

Aline Araújo Passos
Luciana Gaspar Melquiades Duarte
(Organizadoras)

Anais do IV Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFJF

Faculdade de Direito da UFJF
Juiz de Fora
Vol. 4, n.1 (2019)

IV Seminário de Pesquisa e Extensão (2019: Juiz de Fora, MG)

Anais do IV Seminário de Pesquisa e Extensão – Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF – Faculdade de Direito / Organizadores Aline Araújo Passos, Luciana Gaspar Melquíades Duarte – Juiz de Fora: Faculdade de Direito da UFJF (Campus Universitário, Rua José Lourenço Kelmer, s/n - São Pedro, Juiz de Fora - MG, 36036-900), 2019. 565p.

ISSN 2764-0078

1. Direito. I. Passos, Aline Araújo. II. Duarte, Luciana Gaspar Melquíades. III. Título.

CDU 34

SUMÁRIO

EDITORIAL.....	6
1. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA-MG: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO CONSELHO NO ANO DE 2017	7
2. A EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA DO COLETIVO MARIELLE FRANCO – MULHERES UFJF: AÇÕES DE COMBATE À CULTURA DE ESTUPRO NO AMBIENTE UNIVERSITÁRIO	19
3. A EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA DO “NÚCLEO DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA” E NECESSIDADES PREMENTES PARA A EFETIVIDADE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO.....	29
4. A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, SUA UTILIZAÇÃO COMO PRINCIPAL FONTE ENERGÉTICA E REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA.....	45
5. A NECESSIDADE DE TRATADO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DECRETO BRASILEIRO 9571/2018 E A LEI FRANCESA N. 2017-399	58
6. A PREVISÃO E CONCRETUDE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA EM 2017.....	68
7. A PROTEÇÃO COLETIVA DO TRABALHO NO ÂMBITO EXTRAJUDICIAL: APONTAMENTOS SOBRE OS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA POR TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO NA CONSTRUÇÃO CIVIL EM MINAS GERAIS.....	77
8. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL BASEADA NO PLANO ESPECIAL OFERECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTO NA LEI 11.101 DE 2005.	91
9. RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS PARA O DESENVOLVIMENTO E FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR NO BRASIL.....	106
10. A SELETIVIDADE NO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA SITUAÇÃO.....	122
11. ALGUNS REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE EMPRESA.....	130
12. AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 13.467/2017 NA CAPACIDADE INTERPRETATIVA DOS MAGISTRADOS E TRIBUNAIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO.	142
13. AS DECISÕES DO COMITÊ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL	160
14. AS REPERCUSSÕES DA REFORMA TRABALHISTA PARA O DIREITO EMPRESARIAL: TELETRABALHO, TRABALHO INTERMITENTE E SUCESSÃO TRABALHISTA	173
15. CONSEQUENCIALISMO X ESTADO DE DIREITO: A AMEAÇA DA LEI Nº 13.655	186
16. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E DIREITOS LGBTI: DIREITOS	

HUMANOS PENSADOS DE BAIXO PARA CIMA	198
17. DIGNIDADE HUMANA, TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E ISONOMIA SALARIAL: POSIÇÕES DA ANAMATRA E DECISÕES DO TRT -MG DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA	214
18. DIREITO ADMINISTRATIVO E PÓS-POSITIVISMO: UMA RELEITURA CRÍTICA	229
19. DIREITO E CINEMA: PERSPECTIVAS SOBRE O USO DE FILMES NO ENSINO JURÍDICO	243
20. EC 95/2016 – EMENDA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL?	254
21. A INEFETIVIDADE DA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DO DANO MORAL A PARTIR DO ACÓRDÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS: O PROBLEMA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA ENCARCERADA EM SITUAÇÕES DEGRADANTES	265
THE INEFFECTIVENESS OF THE COMPENSATION FOR MORAL DAMAGE FROM THE SUPREME COURT JUDGMENT IN EXTRAORDINARY APPEAL 580.252/MS: THE PROBLEM OF PERSON WITH DISABILITY IMPRISONED IN DEGRADING SITUATIONS.....	265
22. GREENWASHING E A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS DE MINERAÇÃO: UM OLHAR SOB A PERSPECTIVA DO “PÓS-EXTRATIVISMO”	288
23. IMPACTOS DA ECONOMIA COMPARTILHADA NO SETOR DE TURISMO: ANÁLISE DA PLATAFORMA AIRBNB	297
24. ISENÇÃO DE EMOLUMENTOS CARTORÁRIOS NO ÂMBITO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO: UMA ANÁLISE DE SUA APLICAÇÃO NO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA	309
25. NEPCRIM: REFLEXÕES E ACHADOS A PARTIR DA EXTENSÃO E DA PESQUISA ACADÊMICAS	322
26. NORMAS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	335
27. NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO.....	352
28. NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DO DIREITO	386
29. O DESENHO INSTITUCIONAL DO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA-MG: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	397
30. O DIREITO À EDUCAÇÃO E A FAMÍLIA: OS DESAFIOS DA DIVERSIDADE EM UM “ESTADO” DE DESUMANIDADES.....	410
31. O FENÔMENO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS	422
EM BUSCA DE PARÂMETROS OBJETIVOS E RACIONAIS PARA A CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ATENTATÓRIO CONTRA OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CASOS DE CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES PÚBLICOS	422

32. O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO E A INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.....	436
33. O PROCESSO DE CURATELA A PARTIR DO ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	445
34. O REGIME JURÍDICO DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS	468
35. PRINCÍPIO FORMAL DA SUBSIDIARIEDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA PARA UMA TEORIA DOS PRINCÍPIOS FORMAIS.....	478
36. REFLEXÕES SOBRE O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO JUDICIAL	492
37. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: BUSCA POR UMA VIDA DIGNA PARA AS COMUNIDADES DE JUIZ DE FORA POR MEIO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	505
38. TRIBUTAÇÃO DE CRIPTOMOEDAS NO BRASIL	516
39. PLANO NACIONAL DE INTERNET DAS COISAS: REPERCUSSÕES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO NO DESENVOLVIMENTO DE NOVAS TECNOLOGIAS	535
40. TUTELA JURÍDICA DO CAPITAL INTELECTUAL: REFLEXÕES SOBRE O TRADE SECRET NO DIREITO DO CONSUMIDOR SOB O ENFOQUE DA SEARA ALIMENTÍCIA	553

EDITORIAL

Com o objetivo precípua de divulgar estudos, pesquisas e atividades de extensão de nossa comunidade acadêmica, buscando o compartilhamento de ideias e experiências, realizou-se nos dias 27 a 31/05 de 2019 o IV SEMPEX - Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFJF.

A organização do evento, já em sua quarta edição, foi empreendida pela Direção e vice-direção da Unidade, com o suporte técnico-administrativo da Secretaria da Faculdade, concretizando objetivos traçados no projeto pedagógico do curso e no planejamento estratégico da gestão 2018/2022.

Os presentes ANAIS são a reunião dos resumos referentes a 40 trabalhos recebidos e apresentados em 10 painéis. Tais resumos são de autoria de professores da UFJF, de distintas áreas e departamentos, dos *campi* de Juiz de Fora e Governador Valadares, bem como de alunos e ex-alunos da graduação e da pós-graduação em Direito.

A diversidade de temáticas discutidas evidencia a multi e interdisciplinaridade do evento, reflexo da rica pluralidade que caracteriza nossa instituição, permitindo aos professores e aos alunos da Faculdade, bem como ao público externo interessado, o conhecimento da produção e das reflexões de nosso corpo docente e discente.

Agradecemos a todos e todas que participaram, como apresentadores de trabalho ou como ouvintes, professores, alunos e coordenadores de painéis, de Juiz de Fora e Governador Valadares. Desejamos que as próximas edições do SEMPEX possam contar cada vez mais com o engajamento de nossa comunidade acadêmica, promovendo autoconhecimento, integração e crescimento institucional.

Juiz de Fora, junho de 2019.

Aline Araújo Passos
Luciana Gaspar Meqluíades Duarte
Diretora e Vice-Diretora da Faculdade de Direito

1. A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA-MG: análise da atuação do conselho no ano de 2017

Marcos Felipe Lopes de Almeida
Valdemir Jorge de Souto Batista
Waleska Marcy Rosa

Resumo

O presente trabalho visa investigar como a atuação do Conselho Municipal de Habitação (CMH) de Juiz de Fora-MG se relaciona com suas atribuições definidas pelas normas que o instituíram. Desse modo, procura-se responder as perguntas: Como essas atribuições estão sendo concretizadas na atuação prática do conselho? Há uma preponderância entre elas? Para tanto, optou-se por analisar as atas das reuniões ordinárias do Conselho no ano de 2017 à luz da ideia de democracia participativa desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos. A partir desses dados, traçaram-se inferências com o intuito de se comprovar que o CMH possui uma distribuição equânime das suas atribuições em sua atuação.

Palavras-chave: Democracia Participativa; Direito a Moradia; Conselho Municipal.

Abstract

This paper aims to investigate the relations between the practical work of the Local Council on Housing of Juiz de Fora-MG and its assignments normatively defined. Then, the article analyzes the written records of Council's ordinary meetings in year of 2017, relating it to the idea of participatory democracy, developed by Boaventura de Sousa Santos. With these data, inferences are built, being verified that the Council's practical work contemplates all the assignments foreseen, although there is a preponderance of the fiscalizing and deliberative aspects.

Key Words: Participatory Democracy; Right to Housing; Local Council.

Introdução

Os conselhos gestores de políticas públicas representam um importante mecanismo que aproxima a população da tomada de decisões políticas. Tais órgãos têm natureza colegiada e são espaços em que o Poder Público e a sociedade civil atuam conjuntamente na formulação de políticas públicas em prol do público-alvo do conselho. Nesse sentido, existem conselhos que contemplam diversos grupos e temáticas, como por exemplo: habitação, juventude, educação, saúde, entre outros. Ademais, considerando a organização estatal brasileira, a instituição dos conselhos se desdobra nos três níveis da federação, sendo que o mais sensível desses, em razão da sua menor abrangência, é o municipal, no qual os interesses da população são mais palpáveis. Logo, identifica-se uma forte e potencial participação democrática no estabelecimento de conselhos municipais.

Revela-se interessante, então, investigar referida estrutura a partir da ideia de democracia participativa desenvolvida por autores como Boaventura de Sousa Santos, o qual exalta os atributos redistributivos desse modelo democrático e o potencial para combate da globalização neoliberal e do fascismo social.

No caso do município de Juiz de Fora-MG, existem 27 conselhos gestores, mas, para fins deste trabalho, optou-se por analisar apenas aquele referente às políticas de habitação, visto que possui uma composição diferenciada. Além do Poder Público e da sociedade civil, há o segmento das entidades vinculadas à produção de moradia. Ademais, dentre os integrantes da sociedade civil, são reservados espaços para as associações de moradores, cuja vivência é a que mais se aproxima da generalidade da população.

O Conselho Municipal de Habitação (CMH) de Juiz de Fora possui amplas atribuições, as quais estão expressas na lei que instituiu sua criação (Lei municipal nº 9597/99) e no seu Regimento Interno, e podem ser caracterizadas em quatro aspectos: o caráter normativo, fiscalizador, deliberativo e consultivo. Deste modo, investigaremos de que modo as discussões e deliberações documentadas nas atas das reuniões, no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2017, se relacionam com as atribuições do CMH, de modo a responder às perguntas: Como essas atribuições estão sendo concretizadas na atuação prática do conselho? Há uma preponderância entre elas?

Formula-se a hipótese de que a atuação do CMH não possui um viés único de atuação, atuando de maneira equânime nas quatro linhas de atuação, a saber, normativa, fiscalizatória, deliberativa e consultiva. Tal hipótese fundamenta-se na análise do desenho institucional do CMH, de onde se pode depreender a delimitação das atribuições do conselho.

A justificativa dessa pesquisa reside na necessidade de conhecer e investigar a atuação institucional do Conselho Municipal de Habitação, como um passo para aferição da sua efetividade em promover a participação da população.

Assim, o objetivo geral é verificar como a atuação institucional do CMH se relaciona às atribuições definidas pela sua lei de criação e seu Regimento Interno. Quanto aos objetivos específicos, elencam-se: realizar análise documental das atas do CMH; descrever os aspectos de atuação do Conselho; discriminá-la e caracterizar as discussões e deliberações das reuniões a partir de inferências descritivas; confrontar os dados obtidos com os aspectos normativos da sua atuação.

Para atingir referidos objetivos, a metodologia consiste de análise documental das atas de reuniões do Conselho no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2017. Com esse método, busca-se compreender o viés das discussões e deliberações. A partir disso, de posse dos dados supracitados, serão traçadas inferências descritivas, que buscam generalizar determinadas observações com o intuito de compreender um fenômeno maior que, neste caso, trata-se da atuação institucional do CMH e sua correlação com as atribuições delineadas nos diplomas normativos.

Por fim, além da introdução e conclusão, o trabalho possui a seguinte estrutura: inicialmente, será desenvolvida a noção de democracia participativa e a sua relevância para reverter o atual contexto de globalização neoliberal e de fascismo social; em seguida, será apresentada a estrutura dos conselhos gestores de políticas públicas e um panorama da sua institucionalização; na sequência, será caracterizada a atuação institucional do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora, com base nas informações extraídas da análise das atas das reuniões do período em estudo.

A alternativa contrahegemônica da democracia participativa

O projeto sociocultural da modernidade está em vigência atualmente, manifestando-se, desde a década de 1960, sob a forma do capitalismo financeiro (SANTOS, 1999). Nesse sentido, a modernidade ocidental é caracterizada por diversas tensões e contradições, sendo que a mais persistente é a reprodução do que se denomina de pensamento abissal, que consiste em um sistema de distinções visíveis e invisíveis. Estas últimas são responsáveis pela separação de dois universos distintos: o deste lado da linha e o outro lado da linha (SANTOS, 2007).

Sobre isso, Boaventura de Sousa Santos (2007) destaca que o direito moderno é uma das principais manifestações do pensamento abissal. Deste lado da linha, existe a dicotomia entre o legal e o ilegal, já no outro lado há o território sem lei, a-legal. Enquanto deste lado da linha há a tensão entre regulação/emancipação, do outro lado prevalece a apropriação e a violência. Em suma, tais distinções se assemelham à antiga separação entre metrópole e colônia.

Atualmente, o autor identifica um alargamento do outro lado da linha, quer dizer, um agigantamento da lógica de apropriação/violência, que contamina e encolhe o domínio da regulação/emancipação. Vislumbra-se, então, uma intromissão – não necessariamente física – do colonial nas sociedades metropolitanas e a expansão de obrigações contratuais privadas e despolitzadas, nas quais a parte mais fraca é submissa à mais forte. Como parte desse processo, há o fenômeno do regresso do colonizador, em que são ressuscitadas novas formas de governo colonial, nas quais o Estado se retira da regulação social e os serviços públicos são privatizados.

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos (2016) identifica a ascensão da globalização neoliberal, caracterizada pela proliferação de relações de poder extremamente desiguais, decorrentes do crescimento dos agentes privados. Consequentemente, há um predomínio estrutural dos processos de exclusão sobre os de inclusão. Esse cenário é favorável à emergência do fascismo social¹, que não se trata de um movimento político, mas sim de um regime social e civilizacional, de caráter pluralista, quer dizer, produzido pela própria sociedade (SANTOS, 2010).

Nesse contexto, o Estado não detém mais o monopólio da regulação social, restando-lhe a tarefa de coordenação de interesses nacionais e globais, provenientes de esferas privadas e públicas. Assim, o combate à globalização neoliberal e ao fascismo social deve ser promovido por meio do cosmopolitismo subalterno, cuja premissa é que a exclusão social decorre de relações desiguais de poder, então propõe a redistribuição de recursos, com base na igualdade e no reconhecimento da diferença. No entanto, tal objetivo não pode ser alcançado com o modelo hegemônico da democracia representativa, pois ela não comporta potencialidades redistributivas, tendo em vista que foi concebida para ação política convencional, referente à época em que o Estado era o principal agente detentor de poder (SANTOS, 2016).

Surge, então, a democracia participativa como premissa dessa redistribuição social e como expressão do cosmopolitismo subalterno:

(...) [a] nova democracia redistributiva, cuja lógica política consiste na criação de esferas públicas, não estatais, em que o Estado será o principal agente de articulação e coordenação. Nas condições atuais, a criação dessas esferas públicas é a única alternativa à proliferação de esferas privadas de tipo fascista, sancionadas pelo Estado. O novo combate democrático é, enquanto combate em prol de uma democracia redistributiva, um combate antifascista, não obstante ter lugar num campo político que é, formalmente, democrático também (SANTOS, 2016, p. 105).

Com base na construção teórica das Epistemologias do Sul, o sociólogo português enfatiza a necessidade de se aprender com as resistências dos grupos, provenientes do Sul epistemológico, que sofreram opressão causada pelo capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado (SANTOS; MENDES, 2018). Nesse sentido, destaca-se a reinvenção da democracia participativa nos países do Sul, decorrente dos recentes processos de democratização que culminaram na constituição de um ideal inclusivo e participativo. Um traço comum entre esses movimentos democráticos contrahegemônicos reside no fato de que os atores responsáveis por implantar as experiências de democracia participativa confrontaram

¹ O sociólogo português aponta quatro formas de fascismo social: do *apartheid* social; o paraestatal, que se subdivide em contratual e em territorial; o da insegurança; e o financeiro (SANTOS, 2010).

uma identidade atribuída externamente por um Estado colonial ou autoritário e discriminador (SANTOS; AVRITZER, 2002).

De acordo com Leonardo Avritzer (2008), existem três formas de constituição de instituições participativas: o desenho participativo de baixo para cima; a ratificação pública; e a partilha de poder. No Brasil, o autor identifica cada arranjo com uma iniciativa participativa, respectivamente: os orçamentos participativos; os planos diretores municipais; e os conselhos gestores.

No primeiro arranjo, a institucionalidade é criada de baixo para cima, tendo em vista a livre entrada de qualquer cidadão no processo participativo e, na sequência, a eleição de delegados e conselheiros. No arranjo de ratificação pública, os atores da sociedade civil não integram o processo decisório, mas são chamados para referendá-lo publicamente, sendo a discussão do plano diretor de Salvador um exemplo representativo dessa organização (AVRITZER, 2008).

Quanto ao arranjo de partilha de poder, caracteriza-se pela constituição de um espaço em que atores estatais e da sociedade civil participam simultaneamente. As diferenças mais marcantes desse modelo em relação aos outros dois são: a possibilidade de sanção em caso de não instauração desse processo participativo e o fato de não incorporar um número amplo de agentes sociais. Considerando que os principais exemplos dessa categoria são os conselhos gestores de políticas públicas, ora objeto deste trabalho, sua estrutura será explicitada de forma mais aprofundada a seguir.

Os conselhos gestores de políticas públicas enquanto espaços participativos

Os conselhos gestores de políticas públicas são novos instrumentos de expressão, representação e participação, sendo exemplos de constituição de esferas públicas não estatais (GOHN, 2011) e de iniciativas participativas provenientes do Sul. Referidos espaços são compostos por uma pluralidade de entidades, cujos interesses podem ser até antagônicos. Assim, cabe ao Estado coordená-los com o objetivo de formular as políticas públicas a serem implementadas por ele.

Tratando especificamente dos conselhos municipais, Orlando Santos Junior, Sergio de Azevedo e Luiz Ribeiro (2004) ressaltam que, com a interação entre Poder Público e sociedade materializada por tais conselhos, espera-se o surgimento de novos padrões de governo pautados na gestão democrática, centrada em três características fundamentais: maior responsabilidade dos governos municipais em relação às políticas públicas e às demandas dos seus cidadãos; o reconhecimento de direitos sociais; a abertura de canais para a ampla participação cívica da sociedade.

Entretanto, esse projeto de reforma municipal se contrapõe à agenda liberal difundida por organismos internacionais. Para essa orientação, a participação apenas se justifica em razão de uma suposta crise de governabilidade das cidades e da necessidade de coesionar as forças locais para usufruírem as oportunidades da globalização, logo, pauta-se no aumento da competitividade urbana. Em decorrência, referida agenda interpreta negativamente a ênfase em políticas redistributivas e as propostas de novos instrumentos de interação entre Estado e sociedade, pois poderia gerar ou agravar o déficit público, já que seria potencializado o aumento de demandas dos bens públicos e seriam legitimados os direitos sociais. A corrente crítica a essa concepção se estrutura em torno da gestão democrática da cidade, que reconhece a necessidade da transformação das instituições de governo local, valendo-se, para isso, da construção de novos arranjos institucionais. Em suma, a gestão democrática da cidade se fundamenta na crítica à ilusão do governo tecnocrático e na recusa da concepção liberal de participação (SANTOS JUNIOR; AZEVEDO; RIBEIRO, 2004).

No plano jurídico-institucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 contemplou a

participação da comunidade na formulação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, com ênfase nos direitos de segunda dimensão, quais sejam: saúde (art. 198, inciso III); assistência social (art. 204, inciso II); educação (art. 206, inciso VI); entre outros.

O texto constitucional também assegurou, em seu art. 29, inciso XII, a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (BRASIL, 1988). No plano infraconstitucional a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, inciso II, previu a gestão democrática da cidade, por meio da participação da população e de associações representativas, como uma das diretrizes da política urbana. Nesse sentido, o art. 43, inciso I, da referida Lei, fixa os órgãos colegiados de política urbana como um dos instrumentos da gestão democrática da cidade (BRASIL, 2001). Ressalta-se, ainda, o importante papel exercido pelo direito à moradia na discussão da questão urbana, já que é “a base e o pressuposto indispensável à realização dos demais elementos que compõem o direito à cidade” (GAIO, 2016, p. 241).

Desse modo, os conselhos brasileiros podem assumir diversas configurações. Com relação à sua abrangência, podem ser nacionais, estaduais ou municipais, sendo que os últimos são os que mais se aproximam de uma efetiva participação popular, tendo em vista que possuem maior proximidade com os cidadãos e podem ser instituídos conforme a demanda e peculiaridades de cada local.

Com relação às suas funções, comumente podem ser: deliberativos; ou consultivos. Quanto ao primeiro tipo, reconhece-se um campo de ação autônomo, visto que têm competência para tomar decisões. Em contrapartida, aos conselhos com funções consultivas incumbe apenas a emissão de recomendações, sem caráter vinculante, ao Poder Público. Contudo, Marcos Perez (2009) pontua que, de forma geral, a legislação brasileira não prevê conselhos unicamente deliberativos ou exclusivamente consultivos. Na verdade, há uma combinação das duas funções dentro do desenho de cada conselho. Em alguns casos, atribuem-se também as funções normativa, relativa à elaboração de normas, e fiscalizadora, referente ao acompanhamento da execução das políticas públicas.

No que tange à forma de composição, existem as seguintes possibilidades: participação majoritária do Poder Público; participação paritária, isto é, mesmo número de participantes do Poder Público e da sociedade civil; e participação majoritária da sociedade civil. Pontua-se que, mesmo em caso de participação minoritária, o Poder Público possui melhores condições de aprovação de suas propostas, em virtude da sua estrutura técnica e poder de convencimento.

Consequentemente, quanto menor a participação desse segmento nos conselhos, maior a aproximação do ideal participativo (PEREZ, 2009).

Outro ponto de discussão no momento de construção dos conselhos é o modo de escolha de representantes da sociedade civil. Elencam-se cinco situações: (1) escolha incondicionada pelo chefe do Executivo, ministros ou secretários; (2) indicação da sociedade, porém com escolha a cargo do Executivo; (3) escolha pelo Executivo a ser referendada pelo Legislativo; (4) eleição direta pela sociedade civil; (5) composição de listas, em processo eleitoral direto ou indireto, com escolha final atribuída ao Executivo (PEREZ, 2009).

Com base em dados referentes ao ano de 2009, Danitza Buvinich (2014) detectou que já existiam, pelo menos, 43.156 conselhos municipais no Brasil. Aqueles que têm maior percentual de implantação são: Conselhos de Assistência Social com 99%, equivalente a 5.527 municípios; Conselhos de Alimentação Escolar com 98%, o que representa 5.466 municípios; e os Conselhos de Saúde com 97%, isto é, 5.417 municípios. Constatou-se, também, uma maior concentração de conselhos nas regiões Sudeste e Sul, enquanto Norte e Nordeste apresentaram os menores percentuais. Entretanto, o inverso se verifica ao tratar do total de conselhos paritários e com função deliberativa, visto que as regiões Nordeste e Norte apresentaram os maiores índices.

Quanto aos conselhos dedicados às políticas de habitação, ora objeto deste trabalho, o

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2018) apurou, com respaldo em dados relativos ao ano de 2017, a institucionalização de 3.319 conselhos municipais, o que corresponde a 59,6% do total de municípios brasileiros. Apesar da existência legal, apenas 1.680 conselhos se reuniram nos doze meses anteriores à pesquisa, ou seja, apenas 50,6% dos conselhos municipais de habitação estão em atividade. No que se refere à composição, identificou-se: 2.532 conselhos (76,3%) são paritários; 433 conselhos (13,0%) são formados majoritariamente por representantes da sociedade civil; 353 conselhos (10,6%) são compostos majoritariamente por representantes do governo; e um município não informou sua composição. O levantamento também detectou a criação de 2.095 conselhos municipais de habitação concentrada nos anos de 2007 a 2010, o que equivale a 63,1% do total existente em 2017. Por fim, com relação às funções, dentre o total de conselhos existentes: 56,2% são consultivos; 83,2% são deliberativos; 31,8% são normativos; 41,8% são fiscalizadores; e 20,8% dos conselhos reúnem funções dos quatro tipos.

No caso do município de Juiz de Fora, consta, no sítio da Prefeitura de Juiz de Fora, a institucionalização de 27 conselhos gestores, que tratam de diversas temáticas e grupos. A partir de levantamento bibliográfico, foi possível encontrar estudos científicos referentes aos seguintes conselhos gestores do município de Juiz de Fora: Conselho Municipal de Educação (PEREIRA, 2014), Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (GODINHO, 2013), Conselho Municipal de Assistência Social (DONISETE, 2007), Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Cultural (AZEVEDO, 2007) e Conselho Municipal de Desenvolvimento Econômico (CUNHA; GUEDES, 2017).

Na sequência, analisar-se-á o Conselho Municipal de Habitação, visto que não foram encontrados trabalhos que se dedicam à investigação deste espaço especificamente e delimitar a atuação prática do Conselho pode ajudar a delinejar a efetividade do Conselho como instrumento de participação popular.

A atuação do conselho municipal de habitação de Juiz de Fora-MG

Traçado um breve panorama da estrutura dos conselhos no Brasil e especificamente no município de Juiz de Fora, com ênfase no Conselho Municipal de Habitação, importa discutir sobre a atuação do conselho, tomando como referência suas atribuições. Para tanto, são necessárias algumas considerações metodológicas.

No que tange à técnica de coleta de dados, isto é, a análise documental, de acordo com Cellard (2012), o encadeamento de ligações entre a problemática formulada e as diversas observações extraídas do documento possibilitam a produção de explicações plausíveis e de uma interpretação coerente.

Com relação à forma de análise dos dados, serão traçadas inferências, caracterizadas como o “processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 36). Mais especificamente, adotam-se inferências descritivas, que buscam generalizar determinados dados com o objetivo de compreender um fenômeno mais amplo que, neste caso, trata-se do desenho institucional do CMH e sua relação com a democracia participativa.

A partir da análise da Lei municipal nº 9597 de 27 de setembro de 1999, que criou o CMH, e da Portaria municipal nº 3681 de 10 de janeiro de 2001, que aprovou o Regimento Interno do referido conselho, depreende-se os quatro espectros de atuação do CMH: normativo, fiscalizador, deliberativo e consultivo (ALMEIDA; ROSA, 2018).

Esses aspectos serão analisados conforme: (1) normativo, quando houver iniciativa de proposição de instrumentos regulatórios relativos à política de habitação do município; (2) fiscalizador, quando ocorrer atividades no sentido de fiscalizar o Poder Público no exercício da promoção da política de habitação do município; (3) deliberativo, quando existir discussão que

vise encaminhamento prático de atividades do conselho; e (4) consultivo, quando o Poder Público solicita ao Conselho que opine sobre determinado tema.

Neste trabalho, optou-se pela análise das atas das reuniões ordinárias do CMH no recorte temporal do ano de 2017. As reuniões acontecem mensalmente, com a participação de três seguimentos, sendo que cada um possui nove membros titulares e nove suplentes: (1) Poder Público Municipal; (2) entidades vinculadas à produção de moradia; e (3) sociedade civil. As reuniões não se limitam à presença dos representantes desses seguimentos, o regimento interno do Conselho prevê em seu art. 24 que as sessões são públicas e, de acordo com art. 26, é previsto um tempo de tribuna livre, nas reuniões ordinárias, para manifestação de cidadão ou de entidade existente no município que não integra o CMH (JUIZ DE FORA, 2001).

Assim, foram coletadas as 10 atas presentes no sítio da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, que abriga a página dos conselhos, referentes aos meses de Fevereiro, Março, Abril, Maio, Junho, Agosto, Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro do ano em análise. Em Janeiro e Julho não ocorreram reuniões, pois o CMH estava de recesso nesses meses.

Do conteúdo destas atas, extraíram-se os dados referentes às discussões documentadas ocorridas em cada mês e catalogou-se cada discussão em uma categoria, relacionando-as com as atribuições do conselho. No que concerne a discussões referentes à estrutura interna do conselho (apresentação da pauta, recomposição da mesa diretora, composição de comissões, entre outros.) ou apenas a título de repasse de informações, optou-se por não classificá-las, deixando sua análise para um trabalho posterior.

Assim, partindo do método inferencial proposto por Epstein e King (2013), buscaremos categorizar cada uma das discussões pertinentes ao estudo. Neste ponto, vale destacar que a categorização não se refere ao teor da discussão, mas da implicação que essa discussão gera. Tal diferenciação torna-se necessária, pois, na nossa concepção, todas as discussões possuem um caráter deliberativo, pela própria dinâmica discursiva.

Na reunião de Fevereiro não foram discutidos assuntos externos ao conselho, visto que muitos cargos da mesa diretora estavam vacantes, logo as discussões foram no sentido de preencher tais vagas.

Em Março, aconteceu a apresentação do Relatório de Visitas realizadas pela Comissão de Regularização Fundiária aos residenciais do Programa Minha Casa Minha Vida, que para fins desse estudo classificaremos dentro da categoria “fiscalizatória”. Na sequência, as discussões da tribuna livre giraram no sentido de deliberar soluções para os problemas apresentados no relatório supracitado, dessa forma, serão classificadas como “deliberativa”.

A reunião de Abril contou com uma apresentação do trabalho desenvolvido pela EMCASA, cuja atuação gravita entre os eixos de mobilização, organização e fortalecimento social. Como essa pauta limitou-se à apresentação do trabalho, não a classificaremos neste trabalho. Ainda no mês de abril, nas discussões da tribuna livre, levantou-se a necessidade de apoio do CMH à Associação de Moradores do Parque das Águas junto à Caixa, para a antecipação das parcelas do financiamento dos moradores do Parque das Águas mantendo o subsídio, para que possam quitar e realizar as modificações necessárias nos condomínios. Assim, catalogaremos como uma discussão categorizada como “deliberativa”.

A reunião de Maio iniciou-se com a informação de que ocorrerá uma audiência pública para discutir o Programa Minha Casa Minha Vida, resultado de uma reunião da mesa diretora com o secretário da SEPLAG. Esta pauta, classificaremos na categoria “deliberativa”. Em seguida, foi apresentado o relatório da visita aos moradores da Via São Pedro / BR440, cujo teor classificaremos no aspecto “fiscalizatória”. Na sessão da Tribuna Livre, iniciou-se um debate sobre realização de uma audiência pública para ampliar o debate e dar visibilidade às questões apontadas pelos moradores. Esta última pauta, se enquadra na classe “deliberativa”.

Em Junho, a reunião contou com a apresentação da data da audiência pública referente ao Programa Minha Casa Minha Vida, com o posterior encaminhamento de uma síntese dos

relatórios confeccionados pelo conselho, o que implica na classificação da pauta como “consultiva”. Na sequência, levantou-se a discussão do impacto de um empreendimento projetado no bairro Santa Terezinha. Constatou-se que apesar de ser um empreendimento de grande porte, a Lei do Plano Diretor não exige um estudo do Impacto de Vizinhança, sendo este obrigatório apenas para empreendimentos com mais de 1200 habitações. Desse modo, encaminhou-se a necessidade do estudo da possibilidade de emenda no Plano Diretor, para que empreendimentos como este, de 1000 habitações, sejam contemplados pela exigência de um estudo de Impacto de Vizinhança. Assim, a pauta se enquadra na classe “normativa”.

Em Agosto, foram apresentados os encaminhamentos da audiência pública referente ao Programa Minha Casa Minha Vida, cujos principais encaminhamentos foram no sentido de realização de reuniões para a resolução dos problemas levantados na audiência. Da análise dos desdobramentos, depreende-se a classificação da pauta na categoria, “fiscalizatória” dada o papel do conselho em cada uma das reuniões. Na pauta de apresentação do Programa de Regularização Fundiária, foram exibidos a síntese dos processos de Regularização Fundiária realizados no município pela SEPLAG e a EMCASA. Dessa forma, a atuação do conselho nessa questão categoriza-se como “fiscalizatória”. Por fim, houve a apresentação do estudo da cota solidária de habitação, cujo objetivo é o detalhamento do instrumento a ser incorporado como emenda no Plano Diretor que está em análise pelo Legislativo, e constitui uma fonte de recursos importante para a habitação de interesse social. Dada natureza do estudo, classificou-se a pauta como “normativa”.

Em Setembro, foi levantada a existência de um projeto de lei que modifica o plano diretor no que concerne à exigência de estudo de Impacto de Vizinhança, e sobre a necessidade do conselho conhecer melhor tal projeto. Classificaremos esta pauta como “normativa”. Na sequência, discutiu-se sobre o cronograma de visitas da Comissão de Regularização Fundiária e Urbanização, que classificaremos na categoria “fiscalizatória”. Na sessão Tribuna Livre, levantou-se a insatisfação com o procedimento de reintegração de posse, salientando a necessidade de um planejamento estratégico da sua execução. Desse modo, categorizaremos essa atuação do conselho como “fiscalizatória”.

Os informes iniciais da reunião de Outubro se configuram como elementos da categoria “fiscalizatória”, visto que seu teor se refere ao acompanhamento do conselho das reuniões de solução dos programas apresentados na audiência pública do Programa Minha Casa Minha Vida. A seguir, foram apresentados os trabalhos das comissões temáticas do CMH, sendo a primeira de planejamento, cujo encaminhamento é no sentido de modificar o número da proposta do projeto de lei que modifica o plano diretor no que concerne à exigência de estudo de Impacto de Vizinhança, para um número ainda menor do que o de 400 habitações conforme consta na proposta. Classificaremos a discussão como “normativa”. Tanto os trabalhos apresentados pela Comissão de Recursos e Fiscalização, que encaminhou um ofício ao Secretário de Planejamento, Argemiro Tavares Junior, solicitando informações da situação do Fundo Municipal de Habitação, quanto os trabalhos da Comissão de Regularização Fundiária, que apresentou seu calendário de visitas, podem ser classificados na categoria “fiscalizatória”.

Na reunião de Novembro, por não haver quórum mínimo para realização da reunião, houve apenas repasse de andamento das reuniões e do trabalho das comissões. Dada a ausência de participantes suficientes para o quórum mínimo de discussão do conselho, não utilizaremos as discussões de novembro para fins deste estudo.

Em Dezembro, após deliberações acerca do processo eleitoral e posterior repasse dos informes habituais, levantou-se a discussão sobre a quantidade de imóveis ainda não disponibilizados pelo Programa Minha Casa Minha Vida, tomando como encaminhamento um ofício ao Ministério Público, questionando essa questão. Classificaremos a discussão na categoria “deliberativa”. Em seguida, em relação a BR 440, foi sugerida uma audiência com o prefeito para discutir o projeto. A essa pauta daremos a classificação também de “deliberativa”.

Por fim, foi solicitado o apoio do conselho para agendar uma reunião com a Caixa para discutir os problemas do condomínio Araucárias. Desse modo, a categorização da pauta foi como “deliberativa”.

Como se pode depreender dos dados da tabela, há atividades relacionadas às quatro propostas de atuação do Conselho. Entretanto, ao menos da análise do ano de 2017, observou-se uma discrepância entre os quatro aspectos. O aspecto fiscalizatório do Conselho possui uma preponderância entre os outros. Já o aspecto menos aparente é o consultivo, sendo encontrado em apenas duas ocasiões.

Portanto, desses dados infere-se que a atuação prática do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora é compatível com democracia participativa postulada por Boaventura de Sousa Santos, assim como alguns autores já detectaram com relação aos conselhos gestores em abstrato. Essa constatação se deve ao fato de haver um esforço no sentido de se efetuar atividades propostas nos dispositivos que definem sua atuação.

Considerações finais

O contexto de globalização neoliberal e de ascensão do fascismo social demanda reações advindas do campo sociopolítico. Nesse sentido, até a noção de democracia deve ser reconstruída, tendo em vista que o modelo representativo hegemônico tem se revelado insuficiente. Assim, faz-se necessário estimular iniciativas de redistribuição social, cuja premissa é a democracia participativa.

O Sul epistemológico possui um rico repertório de experiências participativas, as quais se pautam na criação de fóruns entre sociedade e Estado. Dentre tais arranjos, no Brasil, pode-se citar os conselhos gestores de políticas públicas.

Os conselhos gestores podem assumir diversas formatações, conforme as funções atribuídas, a composição paritária ou não, a escolha dos membros da sociedade civil, dentre outros fatores. Atualmente, é possível perceber um elevado grau de institucionalização de conselhos municipais do Brasil dedicados a algumas temáticas, como saúde e assistência social.

Todavia, esse panorama não se aplica aos conselhos municipais de habitação, instalados em pouco mais da metade dos municípios brasileiros, sendo que nem todos estão ativos. Ressalta-se que referidos conselhos têm conexão direta com a ideia de gestão democrática da cidade, consolidada em diplomas normativos.

Tais dados demonstram a necessidade de uma investigação da efetividade e do funcionamento dos conselhos, uma vez que a mera existência legal pode não reverberar no mundo dos fatos. No entanto, antes de desenvolver uma pesquisa de campo, faz-se necessário avaliar a atuação do Conselho Municipal de Habitação, para além do plano teórico e buscar o cerne das discussões ocorridas nas reuniões extraordinárias. Por mais que esse caminho metodológico não abarque todas as situações fáticas de atuação do Conselho, ele servirá como base para futuras investigações acerca do tema.

Desse modo, a presente pesquisa constatou uma disparidade de discussões no ano de 2017, em comparação com a atuação teórica balizada pela legislação vigente. Foram detectadas um total de 20 discussões relativas às categorias escolhidas, a saber, consultiva, deliberativa, fiscalizatória e normativa. Dentre as 20 pautas levantadas nessas reuniões, categorizamos 2 como consultivas, 6 como deliberativas, 8 como fiscalizatória e 4 como normativas. O resultado alcançado, apesar de não ter a pretensão de esgotar o tema, demonstrou que o Conselho Municipal de Habitação, no ano de 2017, atuou predominantemente como órgão fiscalizador e deliberativo, deixando os aspectos consultivos e normativos em um segundo plano de atuação. As causas e motivos para justificar tal resultado serão objetos de um estudo posterior, que demandará um estudo de campo para aprofundamento dessas questões.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. *Opinião Pública*, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/02.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2018.
- AZEVEDO, Nilo Lima de. Democracia e patrimônio cultural: as práticas da gestão participativa em Juiz de Fora. 2007. 218 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.
- BRASIL. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.
- BUVINICH, Danitza Passamai Rojas. O mapeamento da institucionalização dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, p. 55-82, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n1/a03v48n1.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean et al (org.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 295-317.
- CUNHA, Elcemir Paço; GUEDES, Leandro Theodoro. Supremacia pequeno-burguesa no conselho municipal de desenvolvimento econômico de Juiz de Fora (2010 a 2014). *RACE - Revista de Administração, Contabilidade e Economia*, Joaçaba, p. 73-104, dez. 2017. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/race/article/view/15176>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- CUNHA, Eleonora Schettini Martins et al. Uma estratégia multidimensional de avaliação dos conselhos de políticas: dinâmica deliberativa, desenho institucional e fatores exógenos. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA, 2011, p. 297-321. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/livro_efetividade.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.
- DONISETE, Denise Alencar. Conselho Municipal de Assistência Social de Juiz de Fora: trajetória híbrida, impactos ideo-políticos e prático-operativos. 2007. 140 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa Empírica em Direito: As regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- FARIA, Claudia Feres; RIBEIRO, Uriella Coelho. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: IPEA, 2011, p. 125-135.

Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/livro_efetividade.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

GAIO, Daniel. O direito à cidade e o seu processo de institucionalização no Brasil. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LOPES, Mônica Sette; NICÁCIO, Camila Silva (org.). Eficiência, Eficácia e Efetividade: Velhos desafios ao novo Código de Processo Civil, Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 236-250. Disponível em: <<http://www.initavia.com/ppgdufmg-linha-2/>>. Acesso em: 29 ago. 2017

GODINHO, Bárbara Campos. Democracia participativa e conselhos municipais: breve análise sobre o Conselho Municipal da criança e do adolescente de Juiz de Fora. 2013. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e participação sociopolítica. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Perfil dos municípios brasileiros 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101595.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

JUIZ DE FORA. Lei n. 9.597, de 27 de setembro de 1999. Cria o Conselho Municipal de Habitação (CMH) de Juiz de Fora e dá outras providências. Disponível em: <https://jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023416>. Acesso em: 17 ago. 2018.

JUIZ DE FORA. Portaria n. 3681, de 10 de janeiro de 2001. Aprova o Regimento Interno do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora. Disponível em: <https://jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000011536>. Acesso em: 17 ago. 2018.

PEREIRA, Lucas Delage. Os conselhos municipais como instrumento de democracia participativa: análise do Conselho Municipal de educação de Juiz de Fora. 2014. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROSA, Waleska Marcy; ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. A democracia participativa no Conselho Municipal de Habitação de Juiz De Fora-MG: Os limites e as potencialidades do seu desenho institucional. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade. Porto Alegre, v. 4, n.2, p.68-84, 2018. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/4873>>. Acesso em: 08 abr. 2019.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; AZEVEDO, Sérgio de; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de (org.). Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 11-56.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 78, p. 3-46, out. 2007. Disponível em:

<http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). As bifurcações da ordem: revolução, cidade, campo e indignação. São Paulo: Cortez, 2016, p. 17-111.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel (org.). Demodiversidade: imaginar novas possibilidades democráticas. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 17-50.

2. A EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA DO COLETIVO MARIELLE FRANCO – MULHERES UFJF: ações de combate à cultura de estupro no ambiente universitário

THE EXTENSIONIST EXPERIENCE OF THE MARIELLE FRANCO COLLECTIVE - UFJF WOMEN: actions to combat rape culture in the university environment

Joana de Souza Machado¹
 Carolina Bezerra
 Iuli Melo
 Vitória Bergo
 Bianca Marlene da Silva
 Lígia Maria Fernandes

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo, por meio de método reconstrutivo de abordagem, relatar e dar visibilidade à experiência do projeto de extensão do Coletivo Marielle Franco – Mulheres UFJF. A partir da construção teórica de Scott sobre gênero, problematiza-se o ambiente universitário como espaço de relações de poder, propício às mais diversas violências de gênero. O Coletivo, criado para desnudar e impactar esse cenário, é formado por professoras, técnicas-administrativas em educação, funcionárias terceirizadas e discentes de vários departamentos da Universidade Federal de Juiz de Fora. Tem como propósito promover ações de escuta, acolhimento, apoio e atenção às vítimas de assédio moral, sexual, estupro e diversas outras violências contra a mulher; bem como acompanhamento e propositura de melhorias das políticas, procedimentos e tratamentos institucionais em casos de violência de gênero, pautando o enfrentamento à cultura do estupro no ambiente universitário.

Palavras-chave: extensão universitária; coletivo de mulheres; violência de gênero

Abstract

The present work aims, through a reconstructive method of approach, to report and give visibility to the experience of the extension project of the Marielle Franco Collective - Women UFJF. From Scott's theoretical construction on gender, the university environment is problematized as a space of power relations, propitious to the most diverse gender violence. The Collective, created to strip and impact this scenario, is formed by female professors, technical-administrative education, outsourced employees and students from various departments of the Federal University of Juiz de Fora. Its purpose is to promote actions of listening, support, care and attention to the victims of moral harassment, sexual assault, rape and various other violence against women; as well as monitoring and proposing improvements in policies, procedures and institutional treatments in cases of gender violence, guiding the

¹ Autoras: Coordenadoras do Projeto de Extensão - Joana Machado, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFJF e Carolina Bezerra, Professora do Colégio de Aplicação João XXIII; e as integrantes discentes do Projeto - Iuli Melo (PPG FACED UFJF), Vitória Bergo (PPG FACED UFJF), Bianca Marlene da Silva (estudante de graduação da História UFJF) e Lígia Maria Fernandes (estudante de graduação do Direito UFJF).

confrontation with the culture of rape in the university environment.

Keywords: university extension; collective of women; gender violence

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo geral, por meio de método reconstrutivo de abordagem, relatar e dar visibilidade à experiência do projeto de extensão do Coletivo Marielle Franco – Mulheres UFJF. A partir da construção teórica de Scott (1997) sobre gênero, problematiza-se o ambiente universitário como espaço de relações de poder propício às mais diversas violências de gênero. Investiga-se a hipótese da necessidade de ações articuladas, voltadas ao combate da cultura do estupro no ambiente universitário, compartilhando-se a experiência extensionista do Coletivo.

São escassas as pesquisas específicas sobre violência de gênero no ambiente universitário, talvez em função da crença infundada de que a Universidade seria um local iluminado, plural, de acolhimento da diversidade, do debate de ideias. Por meio, porém, de literatura crítica e mais ampla do ambiente educacional, tem-se que as universidades não se isolam dos problemas sociais. Ao contrário, o ambiente universitário produz e reproduz em outra escala todas as contradições da formação histórica, política e cultural do nosso país, sendo espaço de manifestação das mais distintas discriminações que estruturam a nossa sociedade, como o racismo, o machismo, ódio de classe, e de sexualidades que não se encaixam na heteronormatividade.

Essas manifestações ainda são um desafio para as instituições de ensino que constroem e reafirmam a norma social padrão, privilegiando a experiência de sujeitos masculinos brancos, cisgêneros e cristãos. “No interior das redes de poder, pelas trocas e jogos que constituem o seu exercício, são instituídas e nomeadas as diferenças e desigualdades” (LOURO,1997, p.43).

Nos últimos anos no Brasil, o tema da violência contra a mulher tem crescido e trazido à tona a necessidade de ações no campo das políticas públicas, dos direitos humanos e das ações afirmativas, evidenciando a importância de se fomentar na universidade uma formação profissional ética, pautada no respeito à diversidade, à igualdade de gênero e aos direitos humanos.

Com as transformações contemporâneas oriundas dos meios de comunicação e da transformação no padrão de comportamento social existente nas relações de gênero, observa-se que as denúncias vêm se tornando cada vez mais frequentes, em muito pelo crescimento de um ciberativismo feminista. Como exemplo, podem-se citar as campanhas realizadas nas redes sociais: #primeiroassedio e #meuamigosecreto, além de sites como "Meu professor abusador", entre outros.

Pesquisa recente sobre assédio sexual nas universidades americanas, divulgando dados de um relatório extenso sobre este tema, revelou que nas Academias Nacionais de Ciência, Engenharia e Medicina mais da metade das mulheres destas áreas sofrem algum tipo de assédio.² Esse cenário se faz presente também no Brasil, assim como apontado por pesquisa divulgada em 2015, pelo Instituto Avon e Data Popular³. Em função disso, foram criados coletivos de mulheres em outras universidades públicas, como é o caso da USP, em São Paulo, e UDESC, em Florianópolis, essencialmente integrados por professoras, como forma de impactar as relações de poder tecidas em especial entre agressores professores e alunas e ampliar as possibilidades de enfrentamento conjunto da cultura de estupro.

²https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/13/ciencia/1528899877_715296.html?%3Fid_externo_rsoc=FB_BR_CM

³ <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/pesquisa/violencia-contra-a-mulher-no-ambiente-universitario-data-popular-instituto-avon-2015/>

No presente trabalho, será relatada especificamente a experiência extensionista do Coletivo “Marielle Franco – Mulheres UFJF”, criado para desnudar e impactar esse cenário no âmbito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Esse Coletivo tem a particularidade de se compor não apenas por professoras, mas também por técnica-administrativas em educação, funcionárias terceirizadas e discentes de vários departamentos da Universidade Federal de Juiz de Fora.

O trabalho se estrutura, para dar conta de seus objetivos específicos, da seguinte forma: no item 2 serão abordadas algumas construções teóricas que embasam a produção desse trabalho e as atividades do projeto de extensão; no item 3, as razões de origem do Coletivo e do projeto de extensão; no item 4, as ações já desenvolvidas; item 5, conclusão.

Violência de gênero e cultura do estupro

Os estudos de gênero têm constituído um lugar nas análises de pesquisas educacionais. Docentes, trabalhadores culturais e intelectuais, de diversas perspectivas teóricas e com diferentes visões, vêm assumindo a associação entre gênero e educação, compreendendo a educação articulada com um todo social. (LOURO, 1994; LOURO & MAYER, 2001).

Há, portanto, uma estreita articulação entre história, biologia e no gênero temos integrado de modo indissolúvel essa duas dimensões. Somente um exercício analítico - e provavelmente inútil – é que poderá distinguir o que é físico, e o que é social dos sujeitos. Se os corpos assumem a organização social, a política, as normas religiosas e culturais, também é através de manifestações físicas e corporais que se manifestam as estruturas sociais. Os processos de educação entre homens e mulheres supõe uma construção social (LOURO, 1994, p.41).

Nesses processos educativos, está implicada a transmissão/aprendizagem de princípios, valores, conhecimento e habilidades; além de supor a internalização de gestos, posturas, comportamentos, disposições apropriadas a cada sexo. (LOURO, 1994). De acordo com Joan Scott “o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, sendo o gênero um primeiro modo de dar significado às relações de poder”. (SCOTT, 1997, p.14). A diferença entre os sexos feminino e masculino foram hierarquizadas e remetem a uma dicotomia.

Para a autora, os elementos constitutivos dessa proposição seriam: os símbolos desenvolvidos culturalmente; as sociedades que os evocam; os conceitos normativos de doutrinas religiosas, políticas e educativas; e as intuições sociais políticas, sociais e econômicas.

Esses conceitos são expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tipicamente tomam a forma de uma oposição binária que afirma de forma categórica e sem equívoco o sentido do masculino e do feminino. De fato essas afirmações normativas dependem da rejeição ou da repressão de outras possibilidades alternativas e às vezes têm confrontações abertas ao seu respeito quando e em que circunstâncias, é isto que deveria preocupar os(as) historiadores(as). (SCOTT, 1989, p.21).

À medida que o gênero reafirma o caráter social do feminino e masculino se faz necessário considerar os diferentes momentos históricos e sociais. Desse modo, o gênero se configura de forma relacional, homens e mulheres em relação constituem as mais diversas formas de poder, nas quais homens vêm sendo privilegiados de forma sistêmica pelo

capitalismo, racismo (homens brancos), e o patriarcado⁴. (LOURO, 1997; SANTOS; 2010)

As desigualdades entre homens e mulheres podem ser percebidas em várias esferas da sociedade, uma vez que as relações pautam-se em concepções construídas culturalmente, atribuindo significado às ações, do que é ser feminino e masculino. As interpretações das diferenças entre homens e mulheres foram, ao longo da história, configurando-se em relações de poder entre desiguais. Na cultura do estupro estão incutidas a formação de feminilidades submissas e inseguras e masculinidades fortes e dominantes. “A ideia de masculinidade repousa sobre a repressão necessária de aspectos femininos – do potencial bissexual do sujeito – e introduz o conflito na oposição do masculino e do feminino.” (SCOTT, 1989, p. 12).

Raywen Connell⁵ reflete sobre as narrativas convencionais que regem as “políticas das masculinidades”. A autora coloca que a maioria dos meninos aprendem condutas e sentimentos que os afastam do comportamento das mulheres. Dessa forma, a construção social de uma hegemonia masculina⁶, branca, heterossexual e cristã se apoia na hierarquização da diferença daqueles que não seguem esses atributos naturalizados culturalmente. “Não existe razão alguma para suspeitar que o predomínio desse tipo de masculinidade possa significar qualquer coisa de bom para as mulheres.” (CONNELL, 1995, p.195).

Nesse sentido, na perspectiva de Michel Foucault (1984), segundo o qual o poder é descentralizado, mas não desconsiderado da política e da economia, e passa a ser percebido em extensão nas relações humanas: “há todo um conjunto de relações de poder que podem ser exercidas entre indivíduos, no seio de uma família, em uma relação pedagógica, no corpo político” (FOUCAULT, 1984 p. 267). O exercício do poder pode se dar em manobras, técnicas e disposições, que podem ser resistidas, contestadas ou respondidas, aceitas e transformadas. Ressaltando que o poder só pode ser exercido por sujeitos capazes de resistir (LOURO, 1997). Na perspectiva Foucaultiana, o contrário configura a violência.

Essa análise das relações de poder constitui um campo extremamente complexo: ela às vezes encontra o que se pode chamar de fatos, ou estados de dominação, nos quais as relações de poder, em vez de serem móveis e permitirem aos diferentes parceiros uma estratégia que os modifique, se encontram bloqueadas e cristalizadas. Quando um indivíduo ou um grupo social chega a bloquear um campo de relações de poder, a torná-las imóveis e fixas e a impedir qualquer reversibilidade do movimento – por instrumentos que tanto podem ser econômicos quanto políticos ou militares –, estamos diante do que se pode chamar de um estado de dominação. (FOUCAULT, 1984, p. 267).

O conceito de cultura do estupro entra em evidência nos Estados Unidos no ano de 1975, em consequência da repercussão de ações do grupo de "Feministas Radicais de Nova Iorque", que inspirou cineastas e escritoras. Margaret Lazarus e Renner Wunderlich produziram o

⁴ Existem várias compreensões de patriarcado que atravessam os estudos feministas para compreender a dominação masculina. Neste texto, patriarcado é entendido como formulação mais adaptada e abrangente às relações de poder contemporâneas, configurando um sistema de exploração não absoluto e inerente a outras formas de opressão (MORGANTE&NADER, 2014).

⁵ Antes Robert Connell.

⁶ Raywen Connell, em "Masculinidade Hegemônica: repensando o conceito", ressalta: “As masculinidades hegemônicas podem ser construídas de forma que não correspondam verdadeiramente à vida de nenhum homem real. Mesmo assim esses modelos expressam, em vários sentidos, ideais, fantasias e desejos muito difundidos. Eles oferecem modelos de relações com as mulheres e soluções aos problemas das relações de gênero. Ademais, eles se articulam livremente com a constituição prática das masculinidades como formas de viver as circunstâncias locais cotidianas. Na medida em que fazem isso, contribuem para a hegemonia na ordem de gênero societal. Não é surpreendente que homens que funcionam como exemplos no nível regional, como os "ironman" discutidos por Donaldson, exibam contradições”. (CONNELL, 2013, p.253)

documentário “Culture Rape” (1975) (Cultura do estupro). O destaque do documentário é a exposição da mídia como incentivadora da cultura do estupro, além de mostrar vários pontos de vista (homens, mulheres, ativistas) sobre o assunto (MOSSONETTO, 2015).

De acordo com Grazi Massonetto (2015), o primeiro registro do termo ocorreu no livro “Rape: The FirstSourcebook for Women” (1974) (Estupro: O Primeiro Livro de Consulta para Mulheres). O trabalho de Susan Brownmiller, “Against Our Will: Men, Womenand Rape” (1975) (Contra a nossa vontade: homens, mulheres e estupro), também foi pioneiro e teve grande repercussão, mas sofreu críticas após a autora defender que os homens negros eram mais violentos e, portanto, tinham potencial maior para o estupro, posição considerada racista (SMITH, 2004).

Contudo, vale ressaltar que com essa construção teórica não se pretende confundir o ato sexual consentido com violência sexual, mas compreender como esses conceitos se atravessam na concepção de agressor e vítima, na relação entre Estado e sociedade (SOUSA, 2017). Para determinar as violências de gênero, leva-se em consideração o que o Código Penal brasileiro, no artigo 213 (com as modificações trazidas pela Lei n.º 12.015, de 2009), estabelece como o crime de estupro, isto é, o crime contra a liberdade sexual de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Antes da citada modificação legislativa, o crime de estupro era tipificado como a conduta de: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, o que sugeria que só mulheres fossem passíveis de serem estupradas e que o estupro só acomodasse a violência via penetração forçada do pênis na vagina. De acordo com Renata Sousa (2017), hoje, ainda é possível encontrar o entendimento falocêntrico, centrado na valorização do pênis, considerando que o estupro ocorre somente quando há penetração vaginal, desconsiderando outras formas de violência que abrangem a sexualidade e o corpo de forma geral, não se levando em conta que o crime pode ser praticado por alguém do mesmo sexo que a vítima, uma valoração excessivamente fálica, e heteronormativa, considerando relações apenas heterossexuais.

A lei 12.015/09 também abrange casos de assédio sexual por compreender que a violência não necessariamente lança mão da força física ou da penetração. O assédio sexual, nos termos do artigo 216-A, configura-se na conduta de: “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função” (incluído pela Lei nº 10.224/2001).

A tipificação do assédio acomoda formas variadas de constrangimento, como importunar, molestar com perguntas ou pretensões, fazer gestos, escritas, expressões verbais, imagens transmitidas, comentários sutis, etc. (JANSSEN, 2013). Os mesmos atos sem a influência da hierarquia são entendidos como abuso sexual e também encontram-se tipificados também como crimes contra a liberdade sexual no Código Penal, no art. 214, sendo a conduta de: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal.”

A cultura do estupro se manifesta de vários modos, tratando-se de uma série de ações e discursos que, aliados a mecanismos culturais dentro das relações de poder, privilegiam o homem de forma que a imagem da mulher e, posteriormente, do que se constitui como feminino, tenha possibilidade de ser desumanizada pela violação do corpo. Dessa forma, a cultura do estupro se manifesta em um cotidiano que coage, constrange e violenta pessoas, sendo em sua grande maioria mulheres. Nas palavras de Renata Sousa (2017), “é denominado cultura do estupro o conjunto de violências simbólicas que viabilizam a legitimação, a tolerância e o estímulo à violação sexual.” (p. 18).

A formação da comunidade acadêmica quanto às questões de gênero promove o debate

da educação como direito fundamental que precisa ser garantido a todas e a todos, sem distinção de cor, classe, gênero, idade, orientação sexual ou identidade de gênero (FARIA, VELOSO, PAULINO, 2013). É urgente o deslocamento, assim como a ressignificação, das questões de gênero articuladas à educação. É urgente pensar novas pedagogias, novas formas de olhar, aprender e ensinar para o reconhecimento da diferença e para a equidade de gênero.

O surgimento do coletivo e do projeto de extensão

Entre os anos de 2015 e 2016, a Universidade Federal de Juiz de Fora, acompanhando a tendência mundial de maior repercussão dos casos de violência de gênero, em muito decorrente do já mencionado ciberativismo feminista, recebeu diversas demandas da comunidade universitária com relação à violência contra a mulher, apresentadas à Diretoria de Ações Afirmativas. Na época, a maioria das mulheres que foram vítimas de violência não quiseram entrar com uma denúncia formal, demandando apenas escuta qualificada e acolhimento, em ambiente seguro e sigiloso. Sentiam-se inseguras quanto à exposição que o rompimento formal do silêncio lhes traria⁷.

Muitas mulheres não formalizam denúncias por medo de represálias, medo do comprometimento não só de suas carreiras e vidas acadêmicas, como também de seus empregos. Ocorre que a ausência da formalização da denúncia e, consequentemente, da apuração dos fatos, acaba gerando um ciclo de impunidade que se perpetua fazendo novas vítimas. Existe ainda outro medo por parte das vítimas: o de serem duplamente violentadas. A primeira violência vem do assédio ou outro tipo de violência de gênero a que foram submetidas; a segunda vem da descrença e desconfiança em relação ao conteúdo de suas denúncias, da culpabilização das vítimas, práticas recorrentes de violência institucional, que geram intimidação das mulheres e por vezes descontinuidade e/ou distorção dos processos de apuração das denúncias.

A partir das necessidades sentidas pelas vítimas de não se exporem, a Diretoria de Ações Afirmativas, naquele contexto, buscou uma resposta institucional que, preservando essa vontade, conseguisse, porém, evidenciar e debater esse cenário de violência junto à comunidade universitária e fortalecer as vítimas para outros encaminhamentos. Desse modo, as vias pensadas foram a construção de diálogos e apoio dos coletivos e movimentos sociais, feministas e LGBTTI da universidade e da cidade, chamamento público via e-mail institucional a todos/as os/as docentes e pesquisadores/as da universidade que trabalhavam com o tema, levantamento de material bibliográfico e publicações sobre a temática, pesquisa sobre as ações de enfrentamento a essa realidade realizadas em outras universidades .

Essas ações culminaram na realização da campanha: "A universidade é pública, meu corpo não", a realização da Semana da Mulher na UFJF, cuja programação contou com a presença de especialistas da própria universidade e outros vindo de fora, na qual foram levantadas várias estratégias de acolhimento às vítimas e de organização de grupos de trabalho para pensar estratégias de ação, bem como o estabelecimento de canais de denúncia.

Algumas questões se apresentavam como complexas, desde aquela época, e exatamente por isso houve uma preocupação para que fosse garantida a participação na semana dos principais interessados e responsáveis pelo acompanhamento dos casos e estabelecimento de punições em cada unidade.

Ao longo dos últimos anos, alguns desses casos e outros foram trazidos formalmente à tona. Não se sabe se porque eles aumentaram ou se porque as vítimas finalmente sentiram-se, após repercussão de debates e campanhas, mais seguras para realizarem denúncias formais das violências, rompendo de forma mais ampla com o silêncio de seus sofrimentos.

⁷ Relato da então Diretora de Ações Afirmativas da UFJF, Professora Carolina Bezerra, ao Coletivo.

O que se tem realmente evidenciado, de acordo com relatórios produzidos pela Ouvidoria Especializada da Diretoria de Ações Afirmativas da UFJF⁸, é que a Instituição vem recebendo diversas denúncias e relatos de estudantes, professoras, TAEs e funcionárias terceirizadas sobre casos de assédio, abuso sexual e estupro, praticados por docentes, discentes, TAEs e funcionários terceirizados. Isso corresponde à manifestação de um problema social e cultural no interior da Universidade, o que demanda de modo urgente produção de dados e de ações que façam frente a esse cenário, os quais nem sempre as instâncias institucionais dão conta de produzir sozinhas.

Desse modo, a criação do Coletivo, estruturado por meio de projeto de extensão aprovado em 2018, potencialmente amplia as possibilidades de desenvolvimento desse conjunto de violências de gênero e de construção colaborativa de respostas institucionais adequadas ao enfrentamento da cultura de estupro, respostas que aumentem a liberdade das mulheres na Universidade para circulação de suas ideias e de seus corpos.

Sementes de Marielle: as ações do coletivo

Na primeira reunião do Coletivo de Mulheres da UFJF, visando ao combate da cultura do estupro no ambiente universitário, decidiu-se o nome que a iniciativa levaria. Por sugestão de uma integrante, a pesquisadora Iuli Melo, deliberou-se a responsabilidade e pertinência de se tomar emprestado o nome de Marielle Franco, vereadora carioca, bissexual, preta, periférica, executada, juntamente com o motorista Anderson, no dia 14 de março de 2018, em circunstâncias e por razões ainda não totalmente apuradas pelo Estado brasileiro.⁹

A sugestão foi recebida na forma de um arrepião coletivo, por tudo que simboliza Marielle e pela grande responsabilidade que o nome imporia ao Coletivo. Quantas Marielles morrem diariamente? Quantas vidas de gente preta, indígena, são violentamente ceifadas diariamente no Brasil por um projeto político genocida, patriarcal, racista e heteronormativo, sem o devido registro social? Como pontua Thula Pires:

o lugar de poder ocupado por Marielle a aproximou de uma zona (a do ser) e abriu a porta para que seu sangue fosse sentido em outras cercanias. Mas, ela nunca ocupou verdadeiramente esse lugar. E, foi a morte brutal e sem ameaças anteriores que fortalecem essa hipótese. Estava-se diante de corpos que habitam a zona do não ser. Sobre eles, historicamente se pode dispor, violentar e matar sem necessidade de aviso ou ameaças. São corpos sobre os quais, normalmente, não há luto. Não que a zona do não ser não chore, não vele os seus e suas, não seja corroída a cada vida perdida. Mas, sua dor não é reconhecida como dor válida. Como dor humana. Como dor política. (PIRES, 2018).

Ao refletir sobre essas questões, suscitadas pela sugestão do nome, o grupo compreendeu que o Coletivo, ainda que marcado por vivências muito distintas do “ser mulher”, tinha em comum o privilégio do acesso à academia e que só havia também “registrado” a vida e a morte de Marielle por conta dessa transposição da zona do não ser. Tomar seu nome emprestado seria uma maneira de colocar para si a tarefa de constantemente pensar o feminismo a partir da interseccionalidade, da multiplicidade de violências que atravessam os corpos que não ocupam espaços de poder, como a Universidade, os poderes estatais, entre outros, a tarefa de problematizar os próprios privilégios e a de não se deixar seduzir por respostas que legitimem sistemas que, como o penal, estruturam-se pelo patriarcado, pelo racismo e outras discriminações.

⁸ <http://www.ufjf.br/diaaf/ouvidoria-especializada/relatorios/>

⁹ https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/12/politica/1552413743_367093.html

Dessa reflexão, nasceu o nome do Coletivo “Marielle Franco – Mulheres UFJF” e foram acordadas algumas referências mínimas de atuação para esse grupo tão diversificado de mulheres no combate à cultura do estupro. A partir de então o Coletivo realizou vários acolhimentos de vítimas de violências de gênero, em especial, de assédio sexual e moral, acompanhou o andamento dos processos de apuração de denúncias (sindicâncias, processos administrativos disciplinares), buscando fortalecer as vítimas com informações e apoio psicológico, procurou dialogar com os espaços institucionais que formalmente se responsabilizam por esses processos, cobrando práticas e respostas adequadas às relações de gênero.

O Coletivo organizou um evento para seu lançamento oficial, no dia 08 de novembro de 2018: “Sororidade e Resistência”, que contou com a presença de Anielle Franco, irmã de Marielle; compondo rica programação voltada à capacitação da comunidade acadêmica da UFJF e da comunidade externa. A programação compreendeu ainda exibição do documentário “Precisamos falar de assédio”, dirigido por Paula Sacchetta, que por meio de vídeo se dirigiu ao público do evento detalhando aspectos da produção; apresentações artísticas diversas; e mesas de debate, com a participação da pesquisadora Ana Flávia d’Oliveira, da Rede Não Cala, de Professoras e Pesquisadoras pelo Fim da Violência Sexual e de Gênero na USP¹⁰.

As beneficiárias diretas e imediatas das ações acima relatadas do projeto são as mulheres que estudam, trabalham, habitam, circulam e vivem na universidade, em razão da constituição de um espaço mais seguro de escuta e acolhimento qualificados para vítimas de violência de gênero e pela potencialidade de, com essas e as futuras ações do Coletivo, a UFJF se tornar um ambiente em que haja uma sociabilidade menos hierarquizada e matizada pelas desigualdades de gênero. Os beneficiários secundários e mediatos do projeto são professores, TAES, funcionários terceirizados, estudantes da UFJF, que, com a atuação preventiva e pedagógica do Coletivo (eventos, oficinas, campanhas), poderão problematizar suas próprias ações e se capacitar minimamente para relações de gênero.

Conclusão

O foco de atuação do Coletivo Marielle Franco – Mulheres UFJF é de extrema relevância para a formação discente, já que estamos em uma sociedade permeada por relações desiguais e hierárquicas de gênero e raça, considerando apenas esses dois marcadores sociais. Além disso, muitas estudantes estão adoecendo e não conseguindo concluir seus cursos e estudos quando estão envolvidas em casos de assédio. Essas alunas quando sofrem assédio na universidade param suas pesquisas e estudos, pois há uma desestabilidade emocional enorme, podendo até mesmo chegarem ao suicídio.

Sendo assim, o impacto deste projeto coletivo na formação discente é enorme, pois contribui para o não adoecimento discente e para a produção de um ambiente de estudo e pesquisa mais igualitário e acolhedor. O projeto pretende ainda contribuir para a produção de dados que amparem pesquisas sobre assédio nas universidades, na trilha de pesquisas similares já realizadas em universidades brasileiras e estrangeiras. Compõem a equipe colaborativa do projeto integrantes que inclusive já conduzem pesquisas em torno desse específico objeto, a exemplo das estudantes de Mestrado, vinculadas ao GESED, e da pesquisa coordenada pela Professora Célia Arribas, no Centro de Pesquisas Sociais da UFJF, sobre a percepção acadêmica do tema na UFJF.

Acredita-se que a execução plena do projeto por essas integrantes e as demais, que também acumulam experiência no trato das relações de gênero, propiciará uma nova dimensão de produção de dados e diagnósticos, mediante troca de saberes e lentes transdisciplinares,

¹⁰ <https://www2.ufjf.br/noticias/2018/11/09/nao-ha-outra-forma-de-seguirmos-se-nao-for-juntas/>

potencializando realização de pesquisa empírica sobre violência de gênero, a ser conduzida por mulheres, com diferentes experiências e lugares de fala¹¹ sobre gênero.

As atividades de extensão propostas neste projeto estão voltadas para intervir na comunidade acadêmica da UFJF, partindo do princípio de que a universidade expressa as contradições sociais e os preconceitos existentes na sociedade. Diante das diferentes denúncias apresentadas e apuradas nesta instituição, nota-se de forma evidente que a universidade não está alheia e pouco difere de todo o ambiente que a cerca, podendo ser vista como uma espécie de “microcosmo” da sociedade devido à forma com que reproduz as desigualdades e violências de gênero.

Mesmo com o seu caráter elitista, a universidade ainda pode representar, em determinados aspectos, a sociedade na sua esfera cotidiana.

Dessa forma, o fato de a UFJF já atuar externamente em temas sobre violência contra mulheres, mas, até o momento, não se voltar para si mesma, não ter atuação extensionista comprometida especificamente com o combate à cultura do estupro no próprio ambiente universitário demonstra a necessidade de um projeto como este, amparado em perspectiva educacional crítica, para atenuar esta enorme contradição.

Espera-se, ainda, que tais ações subsidiarão a permanência das mulheres nos espaços acadêmicos e institucionais, garantindo a continuação de sua formação profissional, uma vez que se desestimulem a ocorrência de novos casos de violência, que acarretam a desmotivação, e, como consequência, a evasão de mulheres da universidade, por motivos tão diversos, como o medo de retaliações, o medo de ser culpabilizada e revitimizada por discursos públicos, o receio de sofrer menosprezo intelectual e profissional, a dolorosa necessidade de revisitar os ambientes onde ocorreram as violências, a perspectiva de depender de professores ou orientadores agressores para o avanço acadêmico e profissional (como em disciplinas obrigatórias, provas ou bancas de pós-graduação e concursos), dentre outros.

Ressalta-se, ainda, que a Universidade é tomada, em nossa sociedade, como uma referência da produção de conhecimento e de pensamento crítico, tornando-se, portanto, premente que deixe de reproduzir e perpetuar estruturas sociais e discursos que fomentam a cultura do estupro, a cultura de subalternização dos corpos femininos, e de que decorrem as diversas violências contra a mulher, do plano discursivo à violência última do feminicídio.

Referências

- CONNELL, Raywen. Políticas da masculinidade. *Educação & Realidade*, n.20, v.2, p.185-206, 1995;
- CONNELL, Raywen. MESSERSCHMIDT, James W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013;
- FARIA, Lívia. VELOSO, Leandro. PAULINO, Alessandro. Entre o dito e o não dito: discursos sobre homossexualidades no curso de gênero e diversidade na escola. In: Diversidade Sexual e de Gênero na Educação. MATTOS, Zaine (org.). UFJF, 2013;
- JANSSEN, Daniella. Assédio sexual? Professor aluno. Disponível em: <<http://phmp.com.br/artigos/o-assedio-sexual-professor-e-aluno/>> acesso em junho de 2018;
- FOUCAULT, Michel. A Ordem do Discurso. Trad. Laura F. de Almeida Sampaio. Loyola. São

¹¹ “[...] o lugar que ocupamos socialmente nos faz ter experiências distintas e outras perspectivas” (RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017, p. 69).

Paulo, 1998o Paulo, v. 28, n. 1, 151-162. 2002;

LOURO, Guacira Lopes, Uma Leitura da História da Educação sob a perspectiva de gênero. In: *Projeto Historia: Revista Programa de Pós-Graduação de História da PUC-SP (on-line)* São Paulo, 11 de novembro de 1994. Disponível em:< <https://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/download/11412/8317> > acesso em Janeiro de 2017;

LOURO, GUACIRA LOPES; MEYER, DAGMAR ESTERMANN. Gênero e educação. In: *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis , v. 9, n. 2, p. 513-514, 2001;

MONOSSETO, Grazi. O silêncio que ecoa: a cultura do estupro no Brasil. Disponível em < <http://lugardemulher.com.br/o-silencio-que-eco-a-cultura-do-estupro-no-brasil/> > acesso em agosto de 2017;

PIRES, Thula. Não solte a minha mão, que eu não soltarei a de vocês. In: *Empório do Direito*. Coluna Empório Descolonial de 19 de março de 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/nao-solte-a-minha-mao-que-eu-nao-soltarei-a-de-voces> acesso em março de 2018;

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017;

SANTOS, Vilma Canazart dos. Indícios de sentidos e significados de feminilidade e de masculinidade em aulas de Educação Física. *Motriz: rev. educ. fis. (Online) [online]*. 2010, vol.16, n.4 [cited 2018-02-05], pp.841-852;

SCOTT, Joan. *Gênero*: uma categoria útil para análise histórica. Disponível em <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php%20185058/.../Gênero-Joan%20Scott.pdf>> acesso em agosto de 2017;

SOUZA, Renata Floriano de. *Cultura do estupro*: prática e incitação à violência sexual contra mulheres. *Rev. Estud. Fem. [online]*. 2017, vol.25, n.1, pp.9-29;

SMITH, Merril D (editor). *Encyclopedia of Rape*. London, Greenwood Press, 2004.

3. A EXPERIÊNCIA EXTENSIONISTA DO “NÚCLEO DE DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA”¹ E NECESSIDADES PREMENTES PARA A EFETIVIDADE DA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Raquel Bellini de Oliveira Salles²

Aline Araújo Passos³

Nina Bara Zaghetto⁴

Resumo

Com base na experiência do projeto de extensão intitulado "Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência", em desenvolvimento na Universidade Federal de Juiz de Fora desde 2017, são compartilhadas algumas constatações no que diz respeito à (não) efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência após a Convenção das Nações Unidas de 2007, sobretudo (i) a importância de se superar o modelo da prescindência e o modelo médico no tratamento das pessoas com deficiência, ainda arraigados socialmente, para se construir um concreto modelo social inclusivo; e (ii) a necessidade de enfrentamento de desafios considerados prementes, afetos à linguagem, à acessibilidade comunicacional, à educação e à empregabilidade. Demonstra-se que, apesar de decorridos mais de dez anos após a mencionada Convenção, o maior óbice para a construção de uma sociedade plenamente inclusiva ainda é a ausência de um real reconhecimento das pessoas com deficiência, o que requer qualificação e engajamento da sociedade. Apresentam-se, ainda, possibilidades e potencialidades do ensino, da pesquisa e da extensão no âmbito acadêmico para o fortalecimento de uma consciência geral mais sensível, atenta e proativa em favor das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Direitos fundamentais. Inclusão. Reconhecimento.

Sumário

Introdução; 1. A superação de antigos modelos e o necessário reconhecimento da pessoa com deficiência; 2. O escopo do projeto “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência” e as potencialidades do ensino, da pesquisa e da extensão na promoção da inclusão; 3. Desafios prementes para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência: linguagem, acessibilidade comunicacional, educação e empregabilidade; Conclusão; Referências.

Introdução

¹ Projeto de extensão em curso, desenvolvido na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), intitulado “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, sob coordenação das duas primeiras autoras.

² Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

³ Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Processual Civil e Diretora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais – Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada. E-mail: aline.passos@ufjf.edu.br.

⁴ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. E-mail: nina_bz@hotmail.com.

O presente trabalho propõe uma análise da efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, com ênfase na experiência brasileira, após a Convenção Internacional de Nova Iorque assinada em 2007⁵ e a Lei Brasileira de Inclusão promulgada em 2015.⁶ Tais atos normativos significaram uma mudança de paradigma quanto ao tratamento jurídico das pessoas com deficiência e instituíram uma perspectiva desestigmatizante e inclusiva que, contudo, ainda encontra muitos óbices e desafios para se concretizar.

O estudo visa compartilhar constatações havidas durante o desenvolvimento do projeto de extensão intitulado “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, da Universidade Federal de Juiz de Fora, que tem entre seus objetivos a identificação e o enfrentamento de violações dos direitos reconhecidos pela normativa antes mencionada e a prestação de assessoria jurídica gratuita a pessoas com deficiência de baixa renda. Com base na experiência do projeto, apresentam-se possibilidades e potencialidades do ensino, da pesquisa e da extensão no âmbito acadêmico para o fortalecimento de uma consciência geral mais sensível, atenta e proativa em favor das pessoas com deficiência.

Importa considerar que o intercâmbio de informações, vivências e soluções entre os países signatários da Convenção⁷ muito pode contribuir para o impulso de reflexões transformadoras, para o redirecionamento de condutas da sociedade civil, das organizações e da administração pública e para o empreendimento de iniciativas voltadas à construção de um mundo verdadeiramente inclusivo.

O ponto de partida é o despertar para o imprescindível *reconhecimento* da pessoa com deficiência, para, então, serem enfrentados os desafios que se mostram mais urgentes para a sua real inclusão, sob uma ótica multi e interdisciplinar.

1. O escopo do projeto “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência” e as potencialidades do ensino, da pesquisa e da extensão na promoção da inclusão.

O projeto em referência tem por objeto o estudo sobre os direitos das pessoas com deficiência e propõe-se a analisar a respectiva normativa internacional, constitucional e infraconstitucional, bem como a debater sua adequação, aplicação e efetividade na experiência brasileira. Além do aprofundamento de pesquisas, o “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência” oferece assessoria jurídica gratuita a pessoas de baixa renda.

A compreensão e enfrentamento jurídico dos problemas postos vêm sendo realizados com grupo selecionado de discentes paralelamente a visitas a institutos e organizações destinados a acolher as pessoas com deficiência e suas famílias, a fim de assegurar a construção cooperativa de um sistema de assessoramento jurídico em favor de tais pessoas. Busca-se o desempenho de ações extensionistas pautadas nos valores da universidade pública e na reciprocidade a ser estabelecida com a sociedade, com vistas à formação humanista dos alunos e à concretização dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

⁵ Referida Convenção foi ratificada pelo Brasil em 2008 e entrou em vigor em agosto de 2009 por força do Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm, acessado em: 29.09.2018.

⁶ Lei nº 13.146 de 6 de julho de 2015, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm#art127, acessado em: 29.09.2018.

⁷ Nesse sentido é que o Brasil firmou com a Colômbia, Chile e México, em 2017, termos de cooperação latino-americana, com foco na efetivação do artigo 32 da Convenção das Nações Unidas, que prevê a cooperação internacional entre os Estados, se necessário com apoio de organizações internacionais e regionais e da sociedade civil, para “facilitar e apoiar a capacitação, inclusive por meio do intercâmbio e compartilhamento de informações, experiências, programas de treinamento e melhores práticas”.

A justificativa para a concepção de tal projeto está na necessidade de proteção jurídica da pessoa com deficiência e de diálogos interdisciplinares, que invocam saberes da ciência do Direito, em suas variadas ramificações, e também de outras ciências. Importa considerar que o ordenamento brasileiro, assim como os sistemas jurídicos dos demais países signatários da Convenção de Nova Iorque, sofreu profundas modificações dela decorrentes.⁸ A subsequente Lei Brasileira de Inclusão, entre outras repercussões, deixou de identificar como civilmente incapaz a pessoa com deficiência e passou a prever o processo de tomada de decisão apoiada além da curatela, como expressão da tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência. A mudança de paradigma, que parte da premissa de que mesmo as pessoas com deficiência são plenamente capazes, salvo se houver necessidade de se reconhecer em juízo a incapacidade relativa para melhor tutelar os seus interesses, teve por escopo assegurar não só a dignidade da pessoa com deficiência, mas, sobretudo, sua plena inclusão social.

Para a realização de seu escopo, o projeto tem por metas: (i) identificar as transformações conceituais, estruturais e funcionais dos institutos jurídicos que tutelam a pessoa com deficiência, bem como compreender novos institutos, à luz da normativa internacional, constitucional e infraconstitucional; (ii) aprofundar pesquisas e realizar produções científicas voltadas à efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, bem como acompanhar e analisar criticamente as orientações jurisprudenciais; (iii) fomentar nos alunos o interesse pela realização de atividades de apoio a pessoas com deficiência, contribuindo para o desenvolvimento de novos extensionistas e atores sociais em tal área; (iv) estabelecer diálogo com as entidades de apoio e com as pessoas com deficiência, buscando diagnosticar suas principais demandas jurídicas e identificar os instrumentos mais adequados para a defesa de seus direitos; (v) produzir material informativo e realizar eventos para conscientização das próprias pessoas com deficiência, de suas famílias e da comunidade em geral acerca dos direitos de tais pessoas, buscando concretizá-los; (vi) prestar assessoria jurídica permanente e especializada; (vii) buscar a solução judicial ou extrajudicial de conflitos para a defesa dos direitos das pessoas com deficiência; (viii) acompanhar processos legislativos sobre o tema e atuar em audiências públicas, no intuito de promover discussões para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Metodologicamente, as atividades de extensão são divididas em três eixos, considerando os seguintes segmentos: (i) interação com instituições que auxiliam e promovem a inclusão das pessoas com deficiência; (ii) interação com órgãos públicos que atuam na assistência e defesa dos direitos das pessoas com deficiência; e (iii) interação com pessoas com deficiência e suas famílias, especialmente as de baixa renda.

A partir da ampla investigação que vem sendo realizada, mostra-se possível assegurar a construção de trabalho coletivo e participativo, que envolva todos os atores que atuam na defesa das pessoas com deficiência, de forma a permitir maior visibilidade às questões dessas pessoas e a assegurar a ampliação do exercício de sua cidadania e a inclusão social.

Explicitadas as linhas gerais do projeto em referência, passa-se a demonstrar as principais percepções havidas até o momento a partir de experiências concretas, destacando-se a necessidade de superação de antigos modelos de tratamento jurídico das pessoas com deficiência, ainda arraigados socialmente, bem como os desafios cujo enfrentamento mostra-se mais urgente para a efetivação dos direitos fundamentais de tais pessoas.

2. A superação de antigos modelos e o necessário reconhecimento da pessoa com deficiência.

⁸ Para um aprofundamento, cf. MENEZES, J. B. de (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

O tratamento da deficiência como questão de direitos humanos foi tardio⁹ e se deu com a Convenção das Nações Unidas de 2007, como resultado de um processo de elaboração que contou com a participação ativa e inédita da sociedade civil¹⁰, incluindo organizações não governamentais e pessoas com deficiência. Todavia, a enunciação normativa de direitos não significa necessariamente a inexistência de obstáculos à sua efetivação.

A Convenção, seguida pela Lei Brasileira de Inclusão, trouxe inegavelmente uma mudança de orientação no modelo de tratamento da pessoa com deficiência, que passa a ser um modelo social, a ensejar o redimensionamento de tal pessoa nas diversas áreas da vida. Vale lembrar que, antes disso, haviam sido concebidos outros modelos, que, atualmente, ao menos em tese, podem-se dizer superados: o modelo da prescindência e o modelo médico.

Segundo o modelo da prescindência, as causas originárias das deficiências tinham um fundamento religioso, sendo entendidas como mensagens “diabólicas”, e pessoas com deficiência e suas vidas eram consideradas “inúteis”. A sociedade, portanto, “prescindiria” dessas pessoas.¹¹ Já o modelo médico decorre dos padrões científicos da modernidade e encara a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Desse modo, a pessoa deveria ser tratada com intervenções médicas, deveria ser “reparada”, para tornar-se, o quanto possível, “normal”. Esse modelo tem como características principais a substituição da divindade pela ciência e a admissão da possibilidade de algum aporte para a sociedade por parte das pessoas com deficiência, na medida em que sejam “reabilitadas” ou “normalizadas”.¹² Não obstante os grandes avanços do modelo médico quanto ao reconhecimento de garantias específicas em relação às pessoas com deficiência, este as considerava inadequadas à convivência social, por deterem um atributo individual oriundo de suas patologias, propugnando que fossem ocultadas até o indivíduo ser reabilitado, preparado, para enfrentar de igual para igual os demais membros da coletividade (sem deficiência). O problema, assim, estaria “no indivíduo”, na sua *anormalidade*.¹³

Diversamente, no modelo social, a deficiência é um problema geral que exige intervenções na sociedade e pela sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas; são predominantemente sociais. As raízes dos problemas não são as restrições ou diferenças individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade, que não tem meios, serviços ou instrumentos adequados para realizar a inclusão.¹⁴ Noutros termos, o problema está “na sociedade” e, não, no indivíduo. A valoração do indivíduo como pessoa e a necessidade de sua inclusão aproximam o modelo social de premissas dos direitos humanos, máxime do princípio da dignidade, ao considerar, em primeiro plano, o respeito à pessoa, seguido, quando necessário, de circunstâncias particulares específicas, relacionadas propriamente à deficiência, entre elas a história clínica da pessoa.¹⁵ A propósito, Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida¹⁶ afirmam:

⁹ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B. L. de; ALMEIDA JUNIOR, V. de A. (Coords.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, p. 6.

¹⁰ DHANDA, A. Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? **Syracuse Journal of International Law and Commerce**, v. 34 (n. 2), 2007, pp. 429-

¹¹ MADRUGA, S. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 34.

¹² BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A., op. cit., p. 14.

¹³ MADRUGA, S., op. cit., p. 36.

¹⁴ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A., op. cit., p. 17.

¹⁵ MADRUGA, S., op. cit., p. 36.

¹⁶ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A., op. cit., p. 17-23.

O primeiro, se não o mais importante, efeito da adoção do modelo social consiste em promover a inversão da perspectiva na apreciação da deficiência, que deixa de ser uma questão unilateral, do indivíduo, para ser pensada, desenvolvida e trabalhada como relação bilateral, na qual a sociedade torna-se efetivamente protagonista, com deveres jurídicos a cumprir.

(...) Depreende-se, portanto, que o desafio na tutela integral das pessoas com deficiência reside na ineficácia social das normas que decorre em boa medida de sua invisibilidade e não reconhecimento, eis que desde a década de 1980 já existe legislação específica, mas a situação pouco avançou na defesa dos direitos desse grupo vulnerável.

A ausência de reconhecimento revela-se, pois, o maior óbice à efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e do pretendido modelo social, ameaçando a eficácia não apenas das normas internacionais, mas também das normas constitucionais e de seus regulamentos legais. Sobre o que se entende por *reconhecimento*, Axel Honneth enfatiza as ideias de que “os sujeitos humanos devem sua identidade à experiência de um reconhecimento intersubjetivo”¹⁷, de modo que “um sujeito só pode adquirir uma consciência de si mesmo na medida em que ele aprende a perceber sua própria ação da perspectiva, simbolicamente representada, de uma segunda pessoa”¹⁸. Para o citado filósofo, “um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros de sua coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa formação discursiva da vontade”¹⁹, e a “solidariedade” pode ser entendida, numa primeira aproximação, como “uma espécie de relação interativa em que os sujeitos tomam interesses reciprocamente por seus modos distintos de vida, já que eles se estimam entre si de maneira simétrica”²⁰, ou seja, de maneira que “todo sujeito recebe a chance, sem graduações coletivas, de experienciar a si mesmo, em suas próprias realizações e capacidades, como valioso para a sociedade”²¹. Honneth constrói sua teoria – com sua tríplice tipologia progressiva de reconhecimento intersubjetivo: amor, direito e solidariedade - partindo da proposição de que a experiência do desrespeito (não-reconhecimento) seria o fator determinante de movimentos, lutas e conflitos reivindicatórios capazes de repercutir avanços normativos e sociais. Daí a pertinente relação entre reconhecimento e Estado Democrático de Direito, bem sintetizada nas palavras de Luciana Poli:

A luta por reconhecimento reflete a necessidade de os indivíduos procurarem espaços de valorização de suas aspirações, de seus sonhos, de seus projetos de construção daquilo que consideram vida boa.

O Estado Democrático de Direito que se propõe inclusivo não deve se contentar em tolerar ou meramente permitir projetos de vida diversos, mas sim promover e valorizar as individualidades, as diferenças de forma a concretizar iguais oportunidades e garantir prerrogativas e direitos sem quaisquer discriminações.

É o exercício desses direitos que mobiliza e confere consistência às instituições do Estado de Direito. Isso significa conferir a todos os indivíduos o poder, a liberdade e a possibilidade de reivindicação de reconhecimento que, por sua vez, acabam por gerar obrigações correlatas para terceiros, conferindo

¹⁷ HONNETH, A. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2009, p. 125.

¹⁸ HONNETH, A., op. cit., p. 131.

¹⁹ HONNETH, A., op. cit., p. 197.

²⁰ HONNETH, A., op. cit., p. 209.

²¹ HONNETH, A., op. cit., p. 211.

ao sistema jurídico democrático a dinamicidade que lhe é inerente.²²

O reconhecimento é, assim, a ponte necessária para que seja possível, mais do integrar, incluir as pessoas com deficiência. A inclusão, diversamente da mera integração, embora com esta não seja incompatível, chama a sociedade à ação, por exigir que se adapte para acolher tais pessoas. A integração, na realidade, já era buscada antes mesmo da Convenção de 2007, o que pode ser exemplificado por diversas normas constantes da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, de natureza mais assistencialista, tais como as que determinam a reserva de percentual de cargos e empregos públicos, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, a prestação de assistência social com os objetivos de habilitação, reabilitação e promoção de integração à vida comunitária, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal se comprovada a impossibilidade de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, o atendimento educacional especializado, o acesso adequado a logradouros e edifícios de uso público e a veículos de transporte coletivo. Como observam Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida²³,

Através da integração buscava-se o fim da prática de exclusão social que atingiu durante séculos a pessoa com deficiência. A exclusão significava o banimento total dessas pessoas de qualquer atividade social, por serem consideradas inválidas, incapazes de trabalhar, portanto sem utilidade para a sociedade. O processo de integração objetivava incorporar física e socialmente as pessoas com deficiência e oferecer-lhes os instrumentos existentes para o exercício da cidadania. Sem embargo desse objetivo, o qual tinha sem dúvida propósitos bem intencionados, verifica-se que a integração dependia da capacidade de adaptar-se ao meio, de superar as barreiras físicas, programáticas e atitudinais presentes na sociedade que permanecia inerte. Nesta perspectiva, as pessoas com deficiência seriam especiais e deveriam se “normalizar” o quanto possível, vale dizer, se adaptar à “normalidade”.

Para além da integração, mostra-se crucial promover a inclusão, refirmando-se e fortalecendo-se a autonomia das pessoas com deficiência, para o que os esforços não devem ser apenas delas, mas de toda a sociedade. Isso requer, a partir do *reconhecimento*, também *qualificação* e *engajamento* de todos os envolvidos.

A qualificação da sociedade deve ocorrer, primeiramente, no plano da linguagem, mediante a superação de terminologias imprecisas, preconceituosas ou discriminatórias, que se valem, por exemplo, de expressões como “deficientes” (pois a pessoa não é deficiente, ela tem deficiência), “portadores de deficiência” (pois a pessoa não porta a deficiência como algo anexo) ou “pessoas especiais ou excepcionais”. Além disso, é necessário superar os preconceitos oriundos da falta de conhecimento sobre as causas das deficiências, em sua multiplicidade, complexidade e particularidades, o que carece de informação. A qualificação social requer um processo de assimilação cultural da coexistência e da convivência entre diferenças, o que a educação, em todas as fases de formação, deve zelar para que aconteça, contribuindo para uma conscientização mais enraizada sobre como se comunicar, como tratar e como se relacionar com as pessoas com deficiência, além de viabilizar vínculos e trocas. A capacitação da sociedade também requer a preparação dos profissionais, em todas as áreas, carreiras e níveis, para o acolhimento de tais pessoas, o que pode se realizar mediante a inserção nos currículos dos cursos técnicos e superiores, inclusive de maneira transdisciplinar, de

²² POLI, L. C. Lei brasileira da pessoa com deficiência: análise sob a ótica da teoria do reconhecimento em Honneth. In: FIUZA, César (Org.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 148.

²³ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A., op. cit., p. 10.

temáticas afetas às pessoas com deficiência, às suas especificidades, aos seus direitos.

O engajamento social, por seu turno, deve repercutir iniciativas privadas e públicas atentas às necessidades de tais pessoas como usuárias de serviços, consumidoras, contratantes, contribuintes e aos seus interesses existenciais e patrimoniais afetos à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à locomoção, à informação, à cultura e ao lazer, propiciando-lhes condições suficientes de acessibilidade, de comunicação e de independência tanto quanto possível. Faz-se inarredável “a implementação de políticas públicas, programas sociais e serviços adaptados que permitam a superação de barreiras”²⁴, o que não é sustentável sem planejamento de curto, médio e longo prazos, sem metas e sem discussões orçamentárias que coloquem em pauta os direitos das pessoas com deficiência, de modo a evitar a frequente alegação de “reserva do possível” devido à escassez de recursos financeiros. Como afirma Luciana Poli, “a plena aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade depende a adoção de políticas públicas que preservem a igualdade de oportunidades”²⁵.

A invisibilidade e a indiferença, depreendidas da realidade que nos cerca e perceptível pela experiência mais comum, refletem a falta daquele necessário *reconhecimento* da pessoa com deficiência e, por conseguinte, da ausência de efetividade das normas jurídicas já concebidas. Por isso, o maior problema que se coloca não é tanto a inércia do legislativo e nem encontra sua solução definitiva no judiciário. O modelo social precisa concretizar-se além das letras da lei, reverberar na cultura e nas rotinas até que se possa naturalizar nas mais diversas dimensões das relações intersubjetivas e sociais.

3. Desafios prementes para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência: linguagem, acessibilidade comunicacional, educação e empregabilidade.

A efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência invoca a necessidade de enfrentamento de problemas em várias áreas, oriundos justamente da falta do mencionado reconhecimento da pessoa com deficiência, a começar pela linguagem e pela comunicação.

Como explicita Silva²⁶, na relação com o desconhecido, com o diferente, é possível situar a relação dialógica e de alteridade na interação entre o *eu* e o *outro* como sujeitos. Bakhtin²⁷ propõe o estudo da ideologia em que a linguagem, os signos e/ou a palavra são carregados de conteúdo ideológico imerso no processo de interação entre os sujeitos, sendo o elo de uma corrente ininterrupta de pensamento. O autor examina a relação do *eu-para-mim* (como me percebo, minha consciência) com indagações de como este *eu* se forma e se percebe a partir das relações com o *outro*. No caso das pessoas surdas, como ainda demonstra Silva²⁸, é possível analisar qual concepção o surdo tem de si mesmo a partir de seu olhar como “ser surdo”, sua diferença linguística em relação às pessoas ouvintes. Nesse sentido, “ser surdo” e ter consciência disso na sociedade ouvinte é algo que ainda está em construção.

Observa-se que, num primeiro momento, o surdo ainda não se reconhece como tal, pois sua noção de surdez surge a partir do contato com outro ouvinte ou com outro surdo, sendo que, comumente, na escola regular, o aluno surdo tem seu primeiro contato com alunos ouvintes e com o professor ouvinte. Suas referências linguística e visual são constituídas a partir de uma

²⁴ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A., op. cit., p. 25.

²⁵ POLI, L. C., op. cit., p. 153.

²⁶ SILVA, C. V. da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. In: FREITAS, M. T. de A.; RAMOS, B. S. da S.. **Bakhtin Partilhado**. Curitiba: CRV, 2017, pp. 109-124.

²⁷ Apud SILVA, C. V. da, op. cit..

²⁸ SILVA, C. V. da, op. cit., p. 114.

vivência que não atende às peculiaridades de ser surdo. Em um universo regulado pelo falar e pelo ouvir, se todos ouvem, supõe-se que o surdo também deve ouvir; se todos copiam, o surdo também deve copiar, “copiar” o outro, ser como o outro, ser para o outro, ser o outro. O outro é quem dá ao aluno surdo toda a visão de quem é e de quem não é. Ademais, nenhuma pessoa é igual à outra, nenhum surdo é igual ao outro e a própria concepção de ser surdo depende das relações que este tem com os outros surdos ou com os ouvintes. Entretanto, para muitos ouvintes, o “ser surdo” ainda está atrelado à ideia de incapaz, uma visão que limita o espaço social das pessoas surdas nas escolas, no ambiente de trabalho e até mesmo na família. Essa fronteira entre surdos e ouvintes, em suas relações entre o *eu* e o *outro*, geralmente não leva em consideração que os surdos e os ouvintes podem se constituir mutuamente nas relações sociais por meio da língua, da cultura e da relação de alteridade.²⁹

Justamente atentando-se para essas possibilidades, o processo de constituição de cada um pode ser enriquecido significativamente com a experiência do outro, permitindo o desenvolvimento de habilidades linguísticas, comunicacionais e relacionais, a ruptura de preconceitos, o crescimento de todos na compreensão e na vivência das diferenças, a relação de alteridade como vetor de uma formação humanista, a convivência em lugar da segregação.

Esse entendimento foi incorporado à Convenção das Nações Unidas de 2007 e à Lei Brasileira de Inclusão, que determinam a superação da ideia de que somente a educação especial, organizada de forma paralela à educação comum, seria a mais apropriada para os alunos com deficiência, passando à compreensão de que a educação especial deve integrar a proposta pedagógica da escola regular. Como afirma Carlos Nelson Konder³⁰,

O atendimento educacional especializado, com organização de recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos, considerando suas necessidades específicas, deixa de ser substitutivo daquele realizado na sala de aula comum, assumindo um papel complementar da formação dos alunos, com vistas à autonomia e independência na escola e fora dela. Em termos práticos, pode demandar, de forma articulada com a proposta pedagógica do ensino comum, a disponibilização de programas de enriquecimento curricular, o ensino de linguagens e códigos específicos de comunicação e sinalização e tecnologia assistiva.

E tal é um direito ao qual corresponde um dever jurídico. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5.357-MC³¹, que questionava uma série de medidas determinadas pela Lei Brasileira de Inclusão voltadas a assegurar um sistema educacional inclusivo, com os custos inerentes, tanto nas redes públicas quanto privadas. A questão, além de invocar a educação inclusiva como parte do *mínimo existencial* da pessoa e a eficácia horizontal (nas relações privadas) dos direitos fundamentais³², foi enfrentada com ênfase no fundamento de que a inclusão é medida necessária não apenas para os alunos com deficiência, mas, também, para os alunos sem deficiência, como

²⁹ SILVA, C. V. da, O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin, op. cit., p. 114-122.

³⁰ KONDER, C. N. O direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino particulares: análise à luz da Lei nº 13.146/2015 e da ADI nº 5.357-MC. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 33-49, nov./dez. 2017, p. 37.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 5.357-MC, Ministro Relator Luiz Edson Fachin, julgamento em 09.06.2016, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>, acessado em: 29.09.2018.

³² KONDER, C. N., op. cit..

sintetizou o Ministro Relator Luiz Edson Fachin, nos seguintes trechos de seu voto:

(...) A atuação do Estado na inclusão das pessoas com deficiência, quer mediante o seu braço Executivo ou Legislativo, pressupõe a maturação do entendimento de que se trata de ação positiva em uma dupla via.

Explico: essa atuação não apenas diz respeito à inclusão das pessoas com deficiência, mas também, em perspectiva inversa, refere-se ao direito de todos os demais cidadãos ao acesso a uma arena democrática plural. A pluralidade - de pessoas, credos, ideologias, etc. - é elemento essencial da democracia e da vida democrática em comunidade. (...)

Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. (...)

Nessa mesma linha, em sede doutrinária se percebeu que "*(...) conviver com a diferença não é direito dos diferentes apenas; é direito nosso, da maioria, de poder conviver com a minoria; e aprender a desenvolver tolerância e acolhimento*".

Tal premissa é importante não apenas no âmbito da educação, pois, qualquer que seja a relação estabelecida com uma pessoa com deficiência, a convivência dialógica implica no processo de formação da identidade de todos os envolvidos, já que a relação intersubjetiva reverbera tanto na pessoa com deficiência quanto na pessoa sem deficiência, permitindo que a construção da imagem do outro impacte na própria concepção de si.

Ainda no tocante à comunicação, cabe enfrentar outro desafio, que é o conhecimento e a implementação da audiodescrição (AD) como ferramenta inclusiva voltada à pessoa com deficiência visual, a qual faz a descrição das imagens em palavras. Kelly Scoralick explica que "além da TV, a AD pode ser usada também no teatro, museu, cinema, palestras, espetáculos de dança, musicais e outras situações que requerem a descrição de um elemento visual não compreendido ou percebido por causa de uma deficiência visual"³³, e também é favorável às pessoas "com deficiência intelectual, com dislexia, idosos, pessoas com déficit de atenção, autistas e outros", inclusive o público infantil.³⁴

Por meio da audiodescrição, promove-se a acessibilidade comunicacional, superando-se barreiras na comunicação interpessoal, escrita e virtual, alusiva à acessibilidade digital. No entanto, sobre a ausência do uso de tal recurso especialmente no telejornalismo, Scoralick alerta para as particularidades das pessoas com deficiência visual:

Percebe-se, assim, que para assistir TV e às notícias nos telejornais o sentido da visão é preponderante. Temos que as imagens falam por si só, traduzem posturas, condições. Significam. E ganham eficácia ainda maior quando complementam ou são complementadas por um texto. Mas e quando o público

³³ SCORALICK, K. Telejornalismo e acessibilidade comunicacional: um olhar para o outro com deficiência. In: **14º Encontro Nacional de Pesquisadores em Jornalismo – SBPJOR**. Palhoça, Brasil: SBPJor - Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo, 2016, p. 2. A autora ainda relata que "No Brasil, a regulamentação do recurso de audiodescrição só foi realizada para o meio televisivo. O uso de AD neste veículo acontece desde julho de 2011, segundo determinação da Portaria nº 188, de 25 de março de 2010. As emissoras de TV estão obrigadas a cumprir, no mínimo, seis horas semanais com o recurso. E deve atingir 20 horas semanais em um prazo de 10 anos, a contar da data da publicação da portaria. No entanto, o recurso de AD na televisão aparece predominantemente em filmes e seriados. E em alguns programas ao vivo, híbridos, não puramente jornalísticos, é realizado de forma esporádica. Ainda não se tem conhecimento do seu uso em telejornalismo, nem mesmo em outros países".

³⁴ SCORALICK, K., op. cit., p. 10.

é formado por pessoas com deficiência visual ou baixa visão? Como essas imagens são percebidas ou podem chegar até eles? “Para Valvo, um oftalmologista, as pessoas cegas constroem o mundo a partir de sequências de impressões tátteis, auditivas e olfativas, já que, por não serem capazes da percepção visual simultânea, não concebem uma cena visual instantânea” (LIMA, 2006, p. 83). A visão para os cegos é um sentido complementar, e não dominante. As imagens mentais são construídas a partir de um sistema perceptivo organizado de modo diferente.³⁵

Fazendo referência ao acesso à cultura, a autora citada também atenta para o tímido e lento uso da audiodescrição, seja porque, de um lado, “o público com deficiência, por muito tempo à margem da produção cultural em todos os ambientes, ainda não tem o hábito de frequentar esses espaços ou acompanhar a programação de tais meios de comunicação”, seja porque, de outro lado, o produtor cultural “diz não ter interesse em produzir trabalhos acessíveis, como audiodescrição, por exemplo, porque não tem público. E assim mantém-se esse ciclo vicioso”.³⁶ Nesse ponto, a vulnerabilidade da pessoa com deficiência e o imperativo de inclusão impõem aos produtores culturais e organizadores de eventos de qualquer natureza um protagonismo na ruptura de dito círculo vicioso, de modo que devem diligenciar meios para tornar não apenas acessíveis, mas também atrativas às pessoas com deficiência as atividades e serviços que venham a oferecer. É nesse sentido, inclusive, que a Lei Brasileira de Inclusão, no artigo 70, estabelece que “as instituições promotoras de congressos, seminários, oficinas e demais eventos de natureza científico-cultural devem oferecer à pessoa com deficiência, no mínimo, os recursos de tecnologia assistiva previstos no art. 67 desta Lei”, sendo que respectivo artigo 67 prevê o uso de subtitulação por meio de legenda oculta, de janela com intérprete de Libras e de audiodescrição.

É interessante notar, ainda no âmbito da acessibilidade comunicacional, que também em eventos, inclusive de natureza acadêmica, o apontado *reconhecimento* da pessoa com deficiência pode se realizar tanto com a atuação de intérpretes de línguas de sinais e de audiodescritores, quanto com o *engajamento* dos próprios expositores, já que, para uma qualificada interpretação de sinais e audiodescrição, os respectivos profissionais necessitam ter disponibilizados, com antecedência razoável, os textos, apresentações e imagens que subsidiarão as falas.³⁷ Trata-se, contudo, de prática ainda não naturalizada, mas que depende apenas de conscientização e planejamento, enfim, de mudanças de rotinas cuja realização cabe precipuamente à sociedade.

Também nas relações de trabalho igualmente se clama por reconhecimento, qualificação e engajamento em favor das pessoas com deficiência, não obstante seja amplo no Brasil o arcabouço normativo que protege tais pessoas nesse âmbito. Com efeito, a Convenção das Nações Unidas de 2007 trouxe o princípio da não discriminação, em convergência com o que já dispunha a Constituição brasileira ao proibir, no artigo 7º, XXXI, qualquer ato discriminatório quanto à remuneração e critérios de admissão do trabalhador. O artigo 37, VIII, também do texto constitucional, determina a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. A Lei Brasileira de Inclusão igualmente estabelece diretrizes para a garantia de condições satisfatórias de trabalho para a pessoa com deficiência e

³⁵ SCORALICK, K., op. cit., p. 7.

³⁶ SCORALICK, K. **Por uma TV acessível: a audiodescrição e as pessoas com deficiência visual (Tese de Doutorado)**. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 15.

³⁷ Observando essa proposta, o “Seminário Direito, Vulnerabilidade e Pessoa com Deficiência”, realizado na Universidade Federal de Juiz de Fora em abril de 2018 e do qual resultou a presente obra, demonstrou a possibilidade e imprescindibilidade de emprego de recursos de acessibilidade, inclusive comunicacional, para a plena participação das pessoas com deficiência das discussões acadêmicas, mormente daquelas que se destinam à efetivação de seus próprios direitos.

veda qualquer discriminação em razão de sua condição, inclusive nas etapas de recrutamento, seleção, contratação, admissão, exames admissional e periódico, permanência no emprego, ascensão profissional e reabilitação profissional, bem como a exigência de aptidão plena. Estabelece o direito à participação e o acesso a cursos, treinamentos, educação continuada, planos de carreira, promoções, bonificações e incentivos profissionais oferecidos pelo empregador, em igualdade de oportunidade com os demais empregados, garantida a acessibilidade em cursos de formação e de capacitação. Ainda segundo a referida lei, os programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, incluídos o cooperativismo e o associativismo, devem prever a participação da pessoa com deficiência e a disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias, sendo que é finalidade primordial das políticas públicas de trabalho e emprego promover e garantir condições de acesso e de permanência da pessoa com deficiência no campo de trabalho. Enfim, de conformidade com a lei mencionada, constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidade com as demais pessoas, atendendo-se às regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável do ambiente de trabalho. Importante mencionar, também, o disposto no artigo 428, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho³⁸, segundo o qual a idade máxima de 24 anos para o termo final do contrato de aprendizagem não se aplica à pessoa com deficiência, consideradas suas particularidades, pois ainda é preciso vencer uma prática contumaz que é a falta de permanência na escola regular para a conclusão do ensino obrigatório e ascensão para outras etapas de formação.³⁹

Apesar de se mostrar bem amplo e avançado o sistema protetivo da pessoa com deficiência no campo do trabalho, sua concretização ainda não é uma plena realidade no Brasil, o que se deve a diversos fatores.

Observa Sidney Madruga que “às pessoas com deficiência são reservadas as taxas de pobreza mais elevadas, piores níveis de saúde e escolaridade e menor participação econômica, em decorrência, principalmente, das barreiras de acesso aos serviços que se entendem básicos: saúde, educação, emprego, transporte e informação”⁴⁰. Segundo o autor, a interface negativa entre deficiência, de um lado, e pobreza, de outro, conduz à marginalização e à vulnerabilidade e, por conseguinte, à exclusão dessas pessoas, sendo que a deficiência tanto pode ser causa quanto advir da pobreza, situação agravada nos países menos desenvolvidos:

Está-se diante de um verdadeiro círculo vicioso e que precisa ser rompido. A desnutrição infantil, por exemplo, pode ter como consequência uma deficiência, que, por sua vez, se apresenta como obstáculo ao acesso à educação, que gera falta de formação escolar e redonda, mais adiante, em escassez ou falta de emprego. Este último fator causa mais pobreza para pessoa com deficiência e seus familiares, o que lhes impossibilita o acesso à alimentação, saúde e moradia adequadas, e a partir daí o círculo recomeça.⁴¹

Pode-se dizer que a ínfima participação das pessoas com deficiência no mercado de trabalho e na geração de riquezas para o país não decorre da falta de um sistema protetor, mas da falta de estímulo e incentivo de instituições que viabilizem a inserção dessas pessoas, oferecendo-lhes as oportunidades necessárias, para que demonstrem o seu potencial. Pastore

³⁸ Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943, com alterações posteriores, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, acessado em: 29.09.2018.

³⁹ GUGEL, M. A. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, C. V. et al.. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 428.

⁴⁰ MADRUGA, S., op. cit., p. 31.

⁴¹ MADRUGA, S., op. cit., p. 33.

preleciona que tal ínfima participação decorre não da falta de leis e de fiscalização, mas sim da carência de ações, estímulos e instituições que viabilizem, de forma concreta, a formação, habilitação, reabilitação e inserção dos portadores de deficiência no mercado de trabalho.⁴²

Nos países mais desenvolvidos que adotam o sistema de cotas, este é apenas uma peça no complexo enredo de leis, programas, instituições e incentivos econômicos concebidos para favorecer o trabalho das pessoas com deficiência. Bertolin afirma que

há de se observar que, geralmente, os países que se preocupam com a qualidade de vida de seus deficientes são aqueles que passaram por longas guerras e viram retornar um grande número de mutilados, que tinham por obrigação receber bem. O Brasil não teve essa experiência e, portanto, não conseguiu esse amadurecimento. Muito ao contrário, em nosso país, grande número de deficiências é causado – ou agravado – pela miséria, que cria gerações de subnutridos, e pela inexistência de um serviço de saúde, que garanta a todos um pré-natal, por meio do qual muitas doenças poderiam ser evitadas ou tratadas; miséria que induz as pessoas a prestarem trabalho submetidas às piores condições, com grave risco à sua saúde e à sua integridade física. Considere-se, ainda, que tais pessoas, doentes ou acidentadas, não recebem tratamento ou reabilitação, que lhes permita retornar às suas atividades [...] Leis, há muitas, sobre o assunto. Belas leis em consonância com os mais modernos documentos internacionais acerca da matéria. ‘Mas o maior desafio é o da mudança cultural, e esta não se realiza por decreto’. Urge uma reforma cultural, pois um país que não trata seus cidadãos como seres humanos e não lhes garante, de fato, os direitos mais fundamentais (e o trabalho é condição para a inserção do ser humano na sociedade; e condição para a cidadania) está fadado a nunca sair da miséria.⁴³

Nota-se significativa mudança de pensamento em vários países, principalmente do continente europeu, com uma tendência clara rumo ao que se chama de “redes de apoio”, baseadas em leis antidiscriminação, sistemas de cotas e esquemas de contribuição. Pode-se entender que a rede de apoio é uma articulação de instituições formais e não-formais que atuam no sentido de educar, formar, reabilitar, informar, intermediar e criar estímulos para inserir, reter e recolocar as pessoas com deficiência no mercado de trabalho e, uma vez dentro dele, assisti-los com amparo técnico, psicológico, econômico e social.⁴⁴ A finalidade das redes de apoio é garantir às pessoas com deficiência a oportunidade de viver de modo mais próximo possível ao das demais pessoas, o que envolve reabilitação médica, educação, treinamento, equipamentos, habilidades profissionais, serviços especializados, disposição de empregar, tolerância no ambiente de trabalho, entre outras atitudes.

Diante desse cenário, revela-se essencial a promoção de condições de empregabilidade das pessoas com deficiência não apenas mediante oferta de postos de trabalho, mas, também, de meios de desenvolvimento, aprendizado e crescimento no cotidiano das empresas e das organizações, de modo a viabilizar a permanência na vaga ofertada. O foco de atenção deve ultrapassar a mera reserva de vagas para alcançar também a sua qualidade, de modo a possibilitar o desempenho de funções que não sejam somente operacionais, o acesso a níveis hierárquicos superiores e o recebimento de remunerações compatíveis com a qualificação dos trabalhadores. Está em jogo a própria efetividade da chamada “Lei de Cotas”, não raro

⁴² PASTORE, J. **Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência**. São Paulo: LTr, 2000, p. 59.

⁴³ BERTOLIN, P. T. M. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. **Revista dos Tribunais Online**, 2012, disponível em: <http://www.rtonline.com.br/>.

⁴⁴ PASTORE, J., op. cit., p. 180.

inviabilizada por práticas excludentes, tais como a preferência por pessoas com deficiências mais leves, que em geral demandam menos custos com obras voltadas à acessibilidade no ambiente de trabalho, ou a destinação a tais profissionais de funções que, muitas vezes, não são compatíveis com suas limitações (como, por exemplo, serviços de limpeza). O resultado é tão somente o cumprimento formal da lei, ou até o seu descumprimento, após comprovação de que as vagas (ainda que inviáveis para pessoas com deficiência) foram ofertadas, porém sem pretendentes interessados, justificativa para afastar a aplicação de sanções.⁴⁵

Com razão se afirma que, mais do que o preenchimento de vagas específicas, “é necessário que haja uma mudança paradigmática cultural do estereótipo normalmente imposto às pessoas com deficiência pela sociedade, a partir do oferecimento de condições para que a inclusão seja produtiva”.⁴⁶ Essa perspectiva da inclusão, que valoriza as condições de trabalho das pessoas com deficiência e as situa igualmente como colaboradoras do desenvolvimento social, propicia também a atuação da função social da empresa⁴⁷, favorecendo a conciliação entre o interesse precípuo desta no desempenho de seu objeto, de natureza econômica, e outras demandas da sociedade. Os imperativos éticos, sociais e normativos que orientam a contratação de pessoas com deficiência reforçam a necessidade de se promover a inclusão efetiva no mercado de trabalho, indo além da mera responsabilidade social⁴⁸ de caráter assistencialista. Para tanto, as pessoas com deficiência devem ter oportunidades de capacitação para atingirem melhor empregabilidade, o que passa por sua formação escolar, técnica, superior e profissionalizante e, também, pela preparação e conscientização dos colegas de trabalho, em todos os níveis. É fato que, sem adequada qualificação e engajamento de todos, a inclusão de profissionais com deficiência no mercado de trabalho torna-se ainda mais difícil.

Conclusão

Com base na experiência do projeto de extensão intitulado “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, em desenvolvimento na Universidade Federal de Juiz de Fora, e na observação analítica de fatos sociais e em relatos de pessoas com deficiência e suas famílias, foram compartilhadas algumas constatações, especialmente (i) a importância de se superar o modelo da prescindência e o modelo médico no tratamento das pessoas com deficiência, ainda

⁴⁵ A observação crítica de tais fatos concretos e comuns é de LIMA, A. S. et al., Lei de cotas e a (in)acessibilidade de pessoas com deficiências severas ao mercado de trabalho formal, in: FIUZA, César (Org.), **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência**, Salvador, Editora JusPodivm, 2018, p. 281. Importante observar também o entendimento dos citados autores quanto à necessidade de classificação dos graus de deficiência, de modo que as diversas deficiências não sejam colocadas no mesmo “padrão” para efeito de aplicação da Lei de Cotas. Segundo os autores, “a CID [Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde] e a CIF [Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde], desenvolvidas pela OMS, sendo utilizadas conjuntamente, apontam possíveis soluções para variados tipos de deficiências e para diversas funções de atividades, sendo referências em outros lugares do planeta” (op. cit., p. 289).

⁴⁶ GONÇALVES, B. G. A. de A.; SAMPAIO JÚNIOR, R. B. Função social da empresa e o sistema legal de reserva de vagas para pessoas com deficiência. In: LIRA, Ricardo-César Pereira; AGUIAR, Roger Silva (Orgs.). **O direito privado brasileiro interpretado pela Academia Brasileira de Direito Civil**. Prefácio por Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, p. 344.

⁴⁷ GONÇALVES, B. G. A. de A. et al., op. cit. p. 345.

⁴⁸ As noções de função social e de responsabilidade social da empresa são objeto de dissenso doutrinário e não se confundem. Numa acepção mais estrita, a previsão legal de responsabilidade social está contida no artigo 154, §4º, da Lei nº 6.404/76, que dispõe que “o conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

arraigados socialmente, para se construir um concreto modelo social inclusivo; e (ii) a urgência de enfrentamento dos desafios afetos à linguagem, à acessibilidade comunicacional, à educação e à empregabilidade.

É indubitável que, a partir da Convenção das Nações Unidas de 2007, as pessoas com deficiência tornaram-se mais visíveis juridicamente. Todavia, decorridos mais de dez anos após a mencionada Convenção, ainda não é possível dizer que vivemos numa sociedade plenamente inclusiva. O maior óbice, como visto, é a ausência de um real reconhecimento dessas pessoas, bem como de qualificação e engajamento de todos os envolvidos.

Em termos de resultados parciais, pode-se dizer que o projeto mencionado vem promovendo uma maior aproximação entre a instituição de ensino – universidade - e a sociedade, com vistas a permitir que o trabalho de pesquisa jurídica acerca das pessoas com deficiência possa não só repercutir na formação dos alunos e alunas, mas também assegurar a ampliação da defesa dos direitos daquelas pessoas a partir do diagnóstico de suas necessidades e da percepção sobre os inúmeros desafios para o seu reconhecimento.

Os impactos na formação discente vêm se mostrando muito positivos, haja vista a oportunidade de aprofundamento nas temáticas de direitos humanos e de conhecimento da legislação e da fundamentação teórica para a proteção das pessoas com deficiência. A pesquisa associada à extensão vem permitindo que os envolvidos no projeto vivenciem a diversidade e, assim, tenham condições de contribuir, na sua vida profissional, como verdadeiros atores da construção de uma sociedade mais solidária e substancialmente igualitária. As atividades extensionistas de atendimento ao público e de visitas às entidades de apoio às pessoas com deficiência viabilizam a compreensão da realidade e das dificuldades enfrentadas diariamente. Além disso, o conhecimento das políticas públicas levanta reflexões sobre possíveis mecanismos de enfrentamento coletivo dos problemas que obstaculizam a efetivação dos direitos das minorias.

A execução do projeto evidencia, enfim, a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, pois permite, mediante contato direto com a comunidade, a assunção da extensão como uma das dimensões da vida acadêmica, oportunizando aos discentes a vivência do processo ensino-aprendizagem além da sala de aula, com a possibilidade de articularem a universidade diretamente à sociedade, numa enriquecedora troca de conhecimentos e experiências, sempre com o objetivo de fortalecer a cidadania das pessoas envolvidas. A pesquisa, por seu turno, é pressuposta e contínua para a execução do projeto em todas as suas fases, pois a tutela jurídica da pessoa com deficiência demanda conhecimento de diversos ramos do Direito e de outros campos do saber, desenvolvendo habilidades analíticas, críticas e de decisão, para a identificação da solução jurídica mais adequada para cada problema concreto, o correto manejo de variados instrumentos jurídicos, extrajudiciais e judiciais, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais aplicáveis, os custos envolvidos e, ainda, a viabilidade de novos mecanismos concebidos ou que venham a surgir.

O empreendimento de projetos dessa natureza é mecanismo de promoção do reconhecimento das pessoas com deficiência, reafirmando a função promocional do Direito, segundo Norberto Bobbio⁴⁹, para a construção de uma sociedade efetivamente inclusiva.

Referências

BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. de A. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, H. H.;

⁴⁹ BOBBIO, N. **Dalla struttura alla funzione**. Roma: Editori Laterza, 2007.

MENDONÇA, B. L. de; ALMEIDA JUNIOR, V. de A. (Coords.). *O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, pp. 1-30.

BERTOLIN, P. T. M. A discriminação às pessoas com deficiência nas relações de trabalho. Revista dos Tribunais Online, 2012, disponível em: <http://www.rtonline.com.br/>.

BOBBIO, N. *Dalla struttura alla funzione*. Roma: Editori Laterza, 2007.

DHANDA, A. *Legal capacity in the disability rights convention: stranglehold of the past or lodestar for the future? Syracuse Journal of International Law and Commerce*, v. 34 (n. 2), 2007, pp. 429-462.

GONÇALVES, B. G. A. de A.; SAMPAIO JÚNIOR, R. B. Função social da empresa e o sistema legal de reserva de vagas para pessoas com deficiência. In: LIRA, Ricardo-César Pereira; AGUIAR, Roger Silva (Orgs.). *O direito privado brasileiro interpretado pela Academia Brasileira de Direito Civil*. Prefácio por Luiz Edson Fachin. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015, pp. 331-347.

GUGEL, M. A. O direito ao trabalho e ao emprego: a proteção na legislação trabalhista. In: FERRAZ, C. V. et al.. *Manual dos direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 412-431.

HONNETH, A. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2009.

KONDER, C. N. O direito à educação inclusiva de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino particulares: análise à luz da Lei nº 13.146/2015 e da ADI nº 5.357-MC. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 106, p. 33-49, nov./dez. 2017.

LIMA, A. S. et al.. Lei de cotas e a (in)acessibilidade de pessoas com deficiências severas ao mercado de trabalho formal. In: FIUZA, César (Org.). *Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 273-290.

MADRUGA, S. *Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, J. B. de (Org.). *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

PASTORE, J. *Oportunidades de trabalho para portadores de deficiência*. São Paulo: LTr, 2000. POLI, L. C. *Lei brasileira da pessoa com deficiência: análise sob a ótica da teoria do reconhecimento em Honneth*. In: FIUZA, César (Org.). *Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, pp. 135-156.

SCORALICK, K. *Por uma TV acessível: a audiodescrição e as pessoas com deficiência visual (Tese de Doutorado)*. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

SCORALICK, K. *Telejornalismo e acessibilidade comunicacional: um olhar para o outro com deficiência*. In: 14º Encontro Nacional de Pesquisadores em Jornalismo – SBPJor. Palhoça, Brasil: SBPJor - Associação Brasileira de Pesquisadores em Jornalismo, 2016.

SILVA, C. V. da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. In: FREITAS, M. T. de A.; RAMOS, B. S. da S. Bakhtin Partilhado. Curitiba: CRV, 2017, pp. 109-124.

4. A EXPLORAÇÃO DO PETRÓLEO, SUA UTILIZAÇÃO COMO PRINCIPAL FONTE ENERGÉTICA E REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA BRASILEIRA

THE EXPLORATION OF OIL, ITS USE AS MAIN ENERGY SOURCE AND BRAZILIAN REGULATIONS

Karol Araújo Durço
Luíza Tostes Teixeira

Resumo

O presente trabalho visa, sobretudo, identificar a atual relevância da exploração do petróleo abordando questões que tangenciam esse assunto, como os problemas cada vez mais evidentes advindos da exploração e consumo do petróleo, que é a principal fonte energética na atualidade. Ao longo do ensaio, temas como os danos ambientais advindos da exploração petrolífera serão abordados. Não é somente neste ponto que o recurso supracitado tem causado enormes danos ambientais, visto que a conversão do petróleo em fonte energética acarreta a liberação de enorme contingente de gases causadores da degradação da camada de ozônio. Nesse contexto, será abordado o papel do Direito que regula a exploração desta fonte energética e também busca a prevenção para evitar que danos ambientais venham a ocorrer, imputando responsabilidade administrativa, civil e penal aos responsáveis por possíveis danos que venham a ocorrer, vez que traz em sua normatização severas punições aqueles que deixarem de observar o dever de não degradar o meio ambiente. Como metodologia, adotou-se um viés qualitativo, a partir de fontes normativas e bibliográficas, utilizando-se o modelo descritivo e os métodos analítico e descritivo. Como conclusão, chama-se atenção para necessidade de produção normativa mais específica que leve em consideração as peculiaridades dessa atividade.

Palavras-Chave: Direito Ambiental; Exploração Petrolífera; Responsabilização.

Abstract

The main objective of this paper is to identify the current relevance of oil exploration by addressing issues that touch on this issue, such as the increasingly evident problems arising from oil exploration and consumption, which is the main source of energy today. Throughout the essay, issues such as environmental damage from oil exploration will be addressed. It is not only at this point that the aforementioned resource has caused enormous environmental damage, since the conversion of oil into an energy source entails the release of a large contingent of gases that cause the degradation of the ozone layer. In this context, the role of the Law that regulates the exploitation of this energy source will be addressed and also seeks prevention to prevent environmental damage from occurring, imputing administrative, civil and criminal liability to those responsible for possible damages that may occur, since it brings in their standardization severe punishments those who fail to observe the duty not to degrade the environment. How methodology, a qualitative bias was adopted, based on normative and bibliographic sources, using the descriptive model and the analytical and descriptive methods. How conclusion, attention is drawn to the need for more specific normative production that takes into account the peculiarities of this activity.

Key-Words: Environmental Law; Oil Exploration; Accountability.

Sumário

Introdução; 1 Histórico Da Regulamentação Da Exploração Do Petróleo No Brasil; 1.1 A Lei nº. 2.004/53: o início do monopólio do petróleo no Brasil; 1.2 A regulamentação do monopólio na Constituição Federal de 1967; 1.3 A atual Constituição Federal de 1988; 1.4 As Emendas Constitucionais nº. 6/95 e nº. 9/95 e a flexibilização do monopólio; 1.5 A Lei do Petróleo (foi exclusiva para contratos de concessão até dezembro de 2010); 2 DANOS AMBIENTAIS; 2.1 Vazamento como principal risco ambiental causado pela atividade petrolífera 2.2 Danos ambientais causados pela transformação do petróleo em fonte energética e sua respectiva combustão; 3 Princípios Do Direito Ambiental Aplicáveis À Exploração Do Petróleo E Basilares Para A Responsabilização Ambiental; 3.1 Princípio do desenvolvimento sustentável; 3.2 Princípio do Poluidor Pagador; 3.3 Princípio do Usuário-Pagador; 3.4 Princípio da Prevenção; 3.5 Princípio da Precaução; 4 Responsabilização Jurídica Dos Danos Advindos Da Exploração Do Petróleo; 4.1 Propostas para o desenvolvimento da indústria de petróleo no Brasil; Conclusão; Referências Bibliográficas

Introdução

O petróleo, há muito tempo, tem sido exaltado como fonte energética de grande importância, a ponto de não se cogitar que um dia esse recurso possa ser extinto do meio ambiente. Essa fonte energética tem ocupado o pódio de mais utilizada, desde o final do século XIX até os dias atuais. Ainda não surgiu outra matriz substitutiva do petróleo.

Diante da notável importância do recurso energético petrolífero no mundo inteiro foram instaurados diversos conflitos entre nações que consomem em grande escala essa fonte de energia e aquelas que detêm, em seu território, reservas dessa riqueza.

Os EUA, Arábia Saudita e Rússia são considerados maiores produtores de petróleo no mundo, eles produzem cerca de 40% de toda produção mundial (segundo dados do FED St. Louis e EIA - US Energy Information Administration - Dados até maio de 2018) Sendo que 22,99% dessa produção pertencem aos EUA¹.

Por sua vez, é importante destacar que do início da produção mundial do petróleo para o início da produção no Brasil existe um espaço temporal de, aproximadamente, 80 anos.

Com este dado, por meio de uma especulação através de comparação histórica do desenvolvimento da exploração do petróleo no mundo e no território nacional, a demora do Brasil para iniciar a exploração petrolífera pode ser apontada como uma das principais causas de haver um atraso tecnológico e procedural na exploração nacional deste recurso energético, como será observado adiante.

Foi em 1859, na Pensilvânia, que o primeiro poço petrolífero foi perfurado. Já no Brasil, a descoberta da primeira jazida de petróleo se deu somente em 1939.

Mesmo com a descoberta da jazida no Brasil, somente nas primeiras décadas do século XX se iniciaram as pesquisas e procura por locais possíveis de ser extraído o petróleo.

Verifica-se, assim, um extenso intervalo temporal entre a descoberta dessa importante fonte energética e a iniciação de sua exploração no território nacional. Fato este que evidencia uma das causas desta atividade econômica ser pouco desenvolvida no Brasil, como será tratado adiante.

Ocorre que, atualmente, tem sido observada uma tendência na substituição dessa fonte energética por outras menos danosas ao meio ambiente. O motivo é o buraco na camada de ozônio estar crescendo desenfreadamente, acarretando em diversos danos de difícil reparação.

¹<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2018/06/06/A-produ%C3%A7%C3%A3o-o-consumo-e-o-re%C3%A7o-do-petr%C3%B3leo-no-mundo-ao-longo-dos-anos>

Além disso, tendo em vista as jazidas de petróleo já descobertas, se a extração petrolífera continuar nesse mesmo patamar, por se tratar de uma fonte não renovável, em algum momento o recurso se extinguirá da natureza.

Tais fatos demonstram a emergência em se investir na persecução de fontes energéticas alternativas, visto a influência do petróleo como principal fonte de energia na atual economia mundial e os protocolos com aumento significativo da quantidade de aderência dos países desenvolvidos.

Além disso, será tratada também a questão ambiental em relação a esse âmbito da exploração de petróleo, destacando casos graves de vazamento, cujos danos ambientais são mais severos quando ocorrem vazamentos dessa substância em alto mar, tudo sob o foco de como se dará a responsabilização jurídica nesse tipo de situação, tomando-se por base os princípios do direito ambiental aplicáveis a casos semelhantes.

Sob esse enfoque, a partir de metodologia de viés qualitativo, utilizando-se fontes normativas e bibliográficas, por meio de modelo descritivo e com o uso dos métodos analítico e descritivo pretende-se contribuir para o debate sobre o tema.

1. Histórico da regulamentação da exploração do petróleo no Brasil

1.1. A Lei nº. 2.004/53: o início do monopólio do petróleo no Brasil

Em 3 de outubro de 1953, foi assinada a Lei 2.004. Essa lei constituiu o monopólio do petróleo no Brasil, para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; e o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no país, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. (QUINTANS: 2015)

1.2. A regulamentação do monopólio na Constituição Federal de 1967

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, finalmente, o monopólio da atividade petrolífera migrou para a esfera constitucional. Em seu art. 162 constava: “A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.” Na esteira das Constituições anteriores, manteve a exploração e o aproveitamento das jazidas, minas e demais recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica dependente de autorização ou concessão federal; desde que com exclusividade a brasileiros ou a sociedades organizadas no país.

1.3. A atual constituição federal de 1988

A Carta de 1988 conservou como bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; o mar territorial; e, entre outros (art. 20), os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Manteve a competência exclusiva da União para legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia.

O caput do art. 176, além de reafirmar que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, estabeleceu que elas pertencessem à União, garantindo ao concessionário a propriedade do produto da lavra. As jazidas são consideradas bens públicos e pertencem, indiscutivelmente, à União, como já dito reiteradamente (CF/88, art. 20). O petróleo estando dentro das jazidas também é considerado parte delas. Portanto, a esta altura, também pode ser considerado como bem público. Na medida em que há a extração do petróleo

ou gás, ele deixa de ser parte da jazida, deixa de ser bem público e se torna fruto resultante da lavra (QUINTANS: 2015).

1.4. As emendas constitucionais nº 6/95 e nº 9/95 e a flexibilização do monopólio

Em 1995, após intensos debates, foram promulgadas as Emendas Constitucionais nº 6/95 e nº 9/95.

A EC nº 6/95 fixou que a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, mas admitiu que a concessão pudesse ser executada por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tivesse sua sede e administração no país, na forma da lei.

Já a EC nº 9/95 fez cortes no texto constitucional original, de forma que os riscos e resultados da atividade, bem como a possibilidade de cessão ou concessão de qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, passaram a ser admissíveis. A bem da verdade, a EC nº 9/95 tornou relativo ou flexível o monopólio da atividade, alterando o § 1º do art. 177 da Constituição mencionando que a “União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades [...] observadas as condições estabelecidas em lei”. Nesse momento, constitucionalmente falando, perdia a Petrobras o privilégio de atuar sozinha no mercado nacional. Porém, ainda não havia lei para regulamentar a matéria.

1.5. A lei do petróleo (foi exclusiva para contratos de concessão até dezembro de 2010)

Em 6 de agosto de 1997 surgiu a “Lei do Petróleo” (Lei nº 9.478), revogando expressamente a Lei nº 2.004/53, criando o CNPE (Conselho Nacional de Política Energética), a ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis); e, especialmente, para regular os contratos de concessão de petróleo com empresas estatais ou privadas.

A lei previu um período de transição definindo normas sobre transferência de informações e dados, informações sobre atividades de pesquisa, exploração e produção, em função da Petrobras ter exercido o monopólio com exclusividade até a publicação da Lei do Petróleo. Entre outras coisas, a empresa ratificou seus direitos sobre cada um dos campos que se encontravam em efetiva produção na data de início de vigência da lei do petróleo e, nos blocos em que a Petrobras realizou descobertas comerciais ou promoveu investimentos na exploração, para poder prosseguir nos trabalhos de exploração e desenvolvimento pelo prazo de três anos e, nos casos de êxito, continuar nas atividades de produção. Cabia à ANP a avaliação da capacitação financeira da Petrobras para verificar se ela tinha condições de dar continuidade a todos os blocos que ela se propunha explorar. Em 1998, a Petrobras obteve da ANP 397 (trezentas e noventa e sete) concessões em blocos exploratórios, de desenvolvimento e campos em produção, o que ficou conhecido – mais tarde – como a Rodada Zero de Licitações.

Efetivamente, a partir da primeira Rodada de Licitações, ocorrida em 1999, era pleno o exercício da livre-iniciativa e da livre concorrência, com a competição via contrato de concessão; e a União exercia (e mantém) o monopólio da atividade oferecendo áreas em licitação para empresas públicas e privadas que quisessem participar dos leilões das áreas oferecidas através da ANP, desde que qualificadas com capacidade jurídica, técnica e financeira e se habilitassem no processo licitatório (QUINTANS: 2015).

2. Danos ambientais

2.1. Vazamento como principal risco ambiental causado pela atividade petrolífera

A regulamentação no âmbito da exploração do petróleo é recente, antigamente essa atividade se dava sem nenhum tipo de fiscalização ou preocupação com a preservação do meio ambiente. São extremamente danosas as consequências em se realizar tal tipo de exploração, porém, falar em preservação ambiental concomitantemente à retirada desse recurso energético da natureza, acaba por resultar na elevação dos preços dos barris de petróleo conforme os princípios norteadores dessa atividade, os quais serão observados posteriormente.

O petróleo encontra-se em locais de difícil acesso na natureza. Sendo que a principal forma de extração é em alto-mar, em camadas muito profundas, localizadas a milhares de metros abaixo do nível do mar. Então, são construídas plataformas que viabilizam a exploração desse recurso energético. No entanto, deve-se considerar o grande risco de vazamentos ocorrerem e causarem danos irreparáveis ao meio ambiente.

O grande problema é que, no decurso dessa extração, podem ocorrer fatores como o movimento de placas tectônicas causando acidentes nas torres de exploração. O acidente mais grave é o vazamento do produto no mar. As consequências da ocorrência desse fato são as mais trágicas possíveis.

A primeira espécie a sofrer as consequências do vazamento do petróleo é o plâncton, microrganismos vegetais e animais os quais servem de alimento para os peixes, que acabam morrendo pela intoxicação em função da contaminação generalizada.

Ocorre, também, que em função do petróleo não ser um produto que se mistura com a água, sendo menos denso que esta, ele forma uma camada contínua por cima dela e acaba por bloquear a passagem da luz do sol para que as algas façam fotossíntese, que é uma forma de “respiração”, transformando o gás carbônico em oxigênio. Sem esse processo, os peixes ficam sem oxigênio, então aqueles que não morrem intoxicados pelo óleo que extravazou acabam morrendo sufocados.

Os animais que sobrevivem, podem ser vítimas de acúmulos de substâncias tóxicas nos seus tecidos. Assim, mamíferos, tartarugas e peixes passam a apresentar distúrbios reprodutivos e cerebrais. Já as aves ao mergulharem, ficam com óleo nas penas, deixando-as impregnadas e por esse motivo acabam morrendo afogadas.

É muito importante, para que haja maior abrangência no interesse de preservação ambiental, que se estabeleçam, no âmbito jurídico, proteções e sanções, além de formas de se responsabilizar os causadores de danos ao meio ambiente.

Antigamente não havia muita preocupação com a preservação ambiental, o grande marco para tal se deu a partir da Conferência de Estocolmo sobre Meio Ambiente no ano de 1972, esta por sua vez, caracterizou-se por resultar na modificação das legislações internas dos países.

Depois foi a vez da ONU que, em 1982, elaborou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, nela houve a codificação relativa ao direito internacional costumeiro referente a assuntos marítimos. Um dos temas alvos dessa regulamentação foi a responsabilidade do Estado pela conservação do ecossistema marinho, de preservação da costa marinha e o dever destes de elaborar legislações nacionais que assegurem o controle da poluição no mar e a respectiva responsabilização pelos danos causados (SANTOS: 2017).

Seguindo esse caminho, a partir de 1988, o ordenamento brasileiro aprimorou e aprofundou a forma que ocorrerá a responsabilização jurídica daqueles que causassem danos ao meio ambiente. Foi por meio da Constituição Federal de 1988 que foi tratado tal assunto, em face da extrema relevância do tema, já que a Constituição caracteriza-se por ser superior às outras espécies normativas e de observância obrigatória.

Ademais, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 a chamada Lei da Política Nacional sobre o Meio Ambiente, nº 6.938/81, na qual já existiam normas que regem a responsabilidade ambiental.

Foi a partir de tais normas que, aos poucos, foi se viabilizando uma ampliação na proteção ambiental e restituição dos danos causados à natureza.

2.2. Danos ambientais causados pela transformação do petróleo em fonte energética e sua respectiva combustão

Além dos danos advindos da exploração do petróleo no meio ambiente, verificam-se, também, os danos decorrentes da sua utilização, principalmente como fonte energética em motores e máquinas.

Pode-se dizer que poluente atmosférico é “toda e qualquer forma de matéria e/ou energia que, segundo suas características, concentração e tempo de permanência no ar, possa causar ou venha a causar danos à saúde, aos materiais, à fauna e à flora e seja prejudicial à segurança, ao uso e ao gozo da propriedade, à economia e ao bem-estar da comunidade. O mesmo significado que contaminante atmosférico” (SANTOS: 2017).

O dióxido de carbono (CO₂) e o monóxido de carbono (CO) são os principais poluentes decorrentes da combustão do petróleo refinado, eles provocam uma poluição do ar de origem antropogênica e são classificados como poluentes primários.

Outra classificação desses componentes químicos poluentes se refere à localização, a poluição aérea pode ser classificada em fontes fixas e estacionárias e em fontes móveis. São fontes estacionárias as indústrias, plantas termelétricas, carvoarias, olarias etc. São fontes móveis os veículos, embarcações, trens, tratores, aviões etc.

O poluente Monóxido de carbono (CO) é um gás sem cheiro, sem gosto e sem cor. É formado a partir da queima incompleta de combustíveis que contêm átomos de carbono. O CO é emitido por motores de veículos, queima de combustíveis fósseis para gerar eletricidade e calor, processos industriais e disposição de resíduos sólidos. Ele atua no organismo humano de forma a asfixiar os sistemas, prejudicando a oxigenação dos tecidos.

A amplitude das consequências decorrentes da poluição advinda dos combustíveis fósseis é muito ampla e abrange variadas áreas.

Uma dessas áreas é a acidificação da atmosfera. A chuva no estado natural já é ligeiramente ácida tendo em vista a grande concentração de dióxido de carbono (CO₂) presente na atmosfera. O CO₂ dissolvido na atmosfera forma o ácido carbônico ao reagir com a água, fazendo com que o pH natural da chuva se situe em torno de 5,6. Os valores baixos de pH das chuvas afetam diretamente os ciclos reprodutivos dos peixes e lixiviam o cálcio e o alumínio dos solos, que, por consequência, levam a problemas fisiológicos nos vegetais.

Quanto aos solos, o aumento de sua acidez interfere na alteração de nutrientes essenciais ao crescimento das plantas. A acentuação do efeito dependerá das condições geográficas de cada região, com isso, regiões com solos já ácidos tenderão a sofrer mais.

O efeito sobre as áreas florestais é que a ação dos poluentes sobre elas pode causar a alteração do metabolismo das plantas, gera necrose das folhas, atingindo diretamente a produtividade florestal. O mesmo ocorre sobre as culturas agrícolas, tendo como efeitos: menor crescimento das culturas, decaimento da produção e diminuição da germinação.

3. Princípios do Direito Ambiental aplicáveis à exploração do petróleo e basilares para a responsabilização ambiental

3.1. Princípio do desenvolvimento sustentável

Esse princípio procura garantir, na medida do possível, o crescimento econômico, a preservação ambiental e a equidade social. Destaca-se que caso um dos três elementos citados não esteja presente, não estará tratando de desenvolvimento sustentável. (THOMÉ DA SILVA:

2012, p. 58)

A busca pelo suprimento das necessidades e anseios das gerações presentes e, ao mesmo tempo, o cuidado para o não comprometimento da capacidade das gerações futuras a se satisfazerem em suas próprias necessidades, caracteriza a ideologia do mandado de otimização pretendido por esse princípio.

A Carta Magna de 1988 é caracterizada por trazer uma visão antropocêntrica do meio ambiente, sendo este qualificado pelo protecionismo. Ao mesmo tempo em que ela traz normas que permitem a exploração ambiental de recursos como, por exemplo, o petróleo, verifica-se também a presença de normas que visam limitar essas explorações, para que não venham a causar danos ambientais irreversíveis que causem prejuízos às futuras gerações.

Resta disposto no art. 225 da Constituição Federal que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com isso verifica-se concepção antropocêntrica protecionista, permitindo a exploração de recursos ambientais, como o petróleo, desde que seja de maneira racional, a garantir a preservação ambiental.

Conclui-se que para as gerações futuras possuírem recursos naturais a explorar, as atitudes da geração presente serão determinantes para tal.

Portanto, dentre as principais funções desse princípio tem-se a de promover uma conscientização de que o petróleo deve ser explorado sem deixar de avaliar as consequências para as gerações futuras que a exploração desse recurso irá acarretar. Levando em consideração a reprodução da espécie e sua forte dependência desse tipo de recurso natural para sobrevivência.

3.2. Princípio do poluidor pagador

Tal princípio pode ser entendido como um instrumento econômico que ao ser identificado o poluidor, este sofrerá o encargo de arcar com as despesas de prevenção e reparação dos danos ambientais.

No caso da exploração do petróleo, esse princípio vai servir como base para a responsabilização em caso de danos, como por exemplo, o vazamento em alto-mar. Também ele encontra-se presente no encargo do causador da poluição ambiental causada em detrimento da exploração desse recurso. O responsável por essa poluição será aquele que deverá arcar com espécies de indenizações para promover o reparo do que foi destruído e uma espécie de compensação pela destruição e prejuízo sofrido pela natureza.

Nesse sentido doutrina Cristiane Derani que “durante o processo produtivo, além do produto a ser comercializado, são produzidas ‘externalidades negativas’. São chamadas externalidades porque, embora resultante da produção, são recebidas pela coletividade, ao contrário do lucro, que é percebido pelo produtor privado. Daí a expressão ‘privatização de lucros e socialização das perdas’, quando identificadas as externalidades negativas. Com a aplicação deste princípio procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização”. (THOME DA SILVA: 2012)

Portanto verifica-se ampla normatização que fundamenta o dever de aplicabilidade desse princípio, como se verifica no art. 225 da Constituição Federal, que obriga o explorador de recursos minerais a recuperar o meio ambiente degradado (art. 225, parágrafo 2º) e estabelece sanções penais e administrativas aos infratores, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, parágrafo 3º).

Além do dispositivo Constitucional supracitado, há também o art. 14, parágrafo 1º, da Política Nacional de Meio Ambiente brasileira (Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981), ele diz que “é o poluidor obrigado independente da existência de culpa, indenizar ou reparar os danos os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” Vale também destacar o art.4º, VII visando “à imposição, ao poluidor e ao pagador, da obrigação de recuperar

ou indenizar os danos causados [...]".

3.3. Princípio do usuário-pagador

Esse princípio é muito semelhante ao do poluidor pagador, sendo que um complementa o outro. Ele estabelece que o usuário de recursos naturais deve pagar por sua utilização. A partir de tal fato, haverá um estímulo por parte dos pagadores em regionalizar o uso dos recursos naturais e evitar o seu desperdício.

Destaca-se que o fato gerador desse princípio é a mera utilização dos recursos naturais, não importando assim se ocorreu ou não algum tipo de dano ambiental, com isso verifica-se que esse princípio tem outros objetivos além da compensação de danos ambientais, como também dá ao usuário o reconhecimento do verdadeiro valor aos recursos naturais limitados. (THOMÉ DA SILVA: 2012)

3.4. Princípio da prevenção

Para evitar a produção de danos é necessário adotar medidas preventivas que se dão através do princípio da prevenção, ou seja, busca respaldo em certeza científica do impacto ambiental. Paulo de Bessa Antunes, cita em seu livro Direito Ambiental, 19º edição, que o princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis.

Em suma, o princípio da prevenção manda que, uma vez que se saiba que uma dada atividade apresenta riscos de dano ao meio ambiente, tal atividade não poderá ser desenvolvida; justamente porque, caso ocorra qualquer dano ambiental, sua reparação é praticamente impossível.

Ao se mencionar a ideia de proteção, esta engloba tanto atividades de reparação, como de prevenção. Consoante ensina Marcelo Abelha Rodrigues sobre o princípio da prevenção:

“Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam” (RODRIGUES: 2005, p. 203).

As ações concretas de crescimento desordenado causa grave lesão ao princípio ambiental em tela, sendo assim a prevenção pode ser compreendida como medida que evitará lesão ao meio ambiente.

3.5. Princípio da precaução

O princípio da precaução está diretamente ligado à busca da proteção do meio ambiente, como também a segurança da integridade da vida humana. Este princípio busca um ato antecipado à ocorrência do dano ambiental. Em sendo assim, Milaré (2004, p. 144) ensina que “precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis”. (MILARÉ: 2004)

Este princípio foi formulado pelos gregos e significa ter cuidado e estar ciente. Precaução baseia-se na associação respeitosa e funcional do homem com a natureza. Trata das

ações antecipatórias para proteger a saúde das pessoas e dos ecossistemas.

Embora inicialmente tenha sido a resposta à poluição industrial, que causava a chuva ácida e dermatites entre outros problemas, o referido princípio vem sendo aplicado em todos os setores da economia que podem, de alguma forma, causar efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente.

Este princípio da precaução pode servir como elemento que causa a inversão do ônus probatório para o réu que tem o encargo de comprovar que a conduta não causou riscos para o meio ambiente.

4. Responsabilização no âmbito jurídico dos danos advindos da exploração do petróleo

Com o crescimento da utilização de fontes energéticas não renováveis, como o petróleo, foi expandida a regulamentação jurídica no que concerne a esse assunto e dela surge uma importante forma de frear a degradação ambiental.

Através da responsabilização de alguém pelos danos provocados no meio ambiente, a preocupação na adoção de medidas preventivas que evitem a ocorrência desses danos aumenta, consideravelmente. Tal responsabilização é munida de encargos. Com isso, aquele que se beneficia da exploração desse valoroso recurso energético fica então juridicamente responsável por fortuitos danos ou acidentes ambientais.

Diante dessa tendência de responsabilização e punição do causador de danos ambientais foram consagradas regras na Constituição Federal, ganhando força normativa de status constitucional. A Constituição, em seu art. 225 estabelece três princípios que se referem a essa matéria da responsabilidade ambiental, quais sejam: o princípio do controle do poluidor pelo poder público, o princípio do poluidor-pagador e o princípio da responsabilização ambiental.

A luz do primeiro princípio, verifica-se o embasamento jurídico para a criação da ANP (Agência Nacional de Petróleo) que é um órgão regulador das atividades que integram as indústrias de petróleo. Dentre suas funções destaca-se a de fiscalizar se a extração do petróleo tem ocorrido em conformidade com o dever de preservação do meio ambiente, sendo que este se trata de um bem indisponível.

O segundo princípio diz que o poluidor deve ser responsável pelas despesas de prevenção e também de reparação de danos ambientais que foram gerados a partir do exercício de sua atividade. Costuma-se chamar o fenômeno desse princípio de “internalização das externalidades negativas”, com isso, os danos externos (ao meio ambiente), devem ser evitados, compensados ou reparados por aquele que exerce a atividade de exploração petrolífera, caracterizando-se assim, o aspecto de internalização das responsabilidades.

Por último, o terceiro princípio serve para que se imponha o dever de reparar as lesões ao meio ambiente. Destaca-se que o dever de promover tal reparação é daquele que a provocou, ou seja, àquele que modificou o meio ambiente natural. Esta responsabilização será, em alguns casos de difícil concretização, tendo em vista que certos danos são de difícil identificação tanto de quem o ocasionou quanto da real amplitude deste, sendo essa, muitas vezes, de difícil mensuração. De qualquer forma, frisa-se que nunca deve ser a sociedade quem deve arcar com as consequências da poluição.

Uma análise conjunta desses três princípios trazidos na Constituição resulta na conclusão de que eles estão fortemente interligados. Então, o controle do poluidor pelo poder público ocasionará na dificuldade dos provocadores dos danos se eximirem de seus deveres em amenizarem e compensarem os danos, ou seja, o poluidor-pagador sofrerá os encargos da responsabilização ambiental.

Ao ser responsabilizado, o indivíduo que provocou a poluição pode ter que responder cível, administrativa e penalmente, sendo que estas responsabilidades ocorrerão de forma simultânea e independentemente, isto é, a condenação em uma esfera não acarretará

obrigatoriamente a condenação na outra esfera.

Muitas vezes acontece que as vítimas dos danos ocasionados pela atividade de extração do petróleo acabam sendo difusas, ou seja, de difícil individualização. Tal fato pode ser exemplificado pelo caso de vazamento do petróleo em alto-mar, é uma árdua tarefa identificar precisamente qual foi a exata dimensão do dano e a quem especificamente ele prejudicou.

Mesmo diante de tais notórias dificuldades, não podem, de forma alguma, estas serem empecilhos para que, dentro do possível, o responsável sofra suas respectivas sanções e se obrigue a empenhar-se na reparação das destruições ocasionadas em detrimento de sua conduta, já que é risco de sua atividade a ocorrência de adventos como esse.

É importante salientar que a forma de responsabilização civil ambiental é objetiva. Não precisa da identificação da conduta como culposa ou como dolosa. Nesse tipo de responsabilidade jurídica, para que seja caracterizada, basta a identificação de dois elementos que é o nexo de causalidade e o dano. Havendo esses dois, será possível que seja lançada a responsabilidade àquele que se encontra contido no contexto dos elementos supracitados.

Somado a essa característica da responsabilização no direito ambiental, cumpre destacar que caso haja mais de um poluidor, a responsabilidade se dará de forma solidária, sendo irrelevante fatos como quem incorreu primeiro na infração ou quem tenha praticado o ato que ocasionou em parcela superior do dano. Serão responsabilizados de forma equivalente.

Ainda sobre a forma peculiar que se dá a responsabilização por danos ambientais no caso de extração de petróleo, é importante observar que a aplicabilidade da teoria do risco ocorre de maneira mais abrangente, denominando-se de teoria objetiva do risco integral. Esta teoria trata-se de uma forma de responsabilização mais extremada. Mesmo que a causa de um vazamento seja um caso fortuito ou de força maior, como por exemplo, falha geológica, algo inevitável pelo homem. Nestes casos, a empresa atuante no campo de petróleo será responsabilizada de forma integral.

Outro aspecto importante da responsabilização é caso haja outra empresa em sociedade daquela extratora do petróleo, ou então terceiros responsáveis pela atividade de produção, se caso tenham que responder por algum dano ao meio ambiente, tal resposta ocorrerá de forma solidária, já que se trata de uma espécie de “poluidor indireto”. A justificativa para isso é que essas empresas ou terceiros, por se beneficiarem e participarem dos resultados obtidos a partir da atividade primária, devem sofrer também os encargos da responsabilização dos danos ambientais juntamente à empresa principal.

Diante de tudo isso, verifica-se a relevância da preservação efetiva do meio ambiente e o intuito do legislador em promover a preservação da fauna e flora ambiental, sendo secundário o interesse na indenização, já que a reconstituição do meio ambiente deve ser priorizada.

Além da responsabilização civil, também existe a administrativa. O entendimento predominante na jurisprudência é de que essa forma de responsabilização também é objetiva. De forma semelhante à responsabilidade civil, haverá a solidariedade das outras empresas ao responderem pelo dano acusado pela fonte primária.

A terceira e última forma de responsabilidade é a penal, essa, por sua vez, não pode ser objetiva, só é possível aplicar esse tipo de responsabilidade a um determinado indivíduo. Essa forma de responsabilidade ocorre, na maioria das vezes em casos de crimes de perigo, principalmente abstratos. Neste tipo de crime não é necessária a comprovação da ocorrência, no caso concreto, do dano. O que justifica esse tipo rígido de tutela ao meio ambiente é que a principal forma de proteção que pode ser concedida a ele é a prevenção da ocorrência de sua degradação. Pouco adianta para o interesse geral da sociedade se o indivíduo sofreu algum tipo mais grave de sanção após uma vasta degradação ambiental. Prevalece, acima de tudo, o interesse em mantê-lo intacto e preservado.

Em relação a responsabilização dos danos ambientais advindos de atividade de extração de petróleo, verifica-se a existência de uma vasta normatização relativa a esse assunto. Em

síntese, esse assunto é tratado na Constituição Federal, Código Civil, Lei da Poluição por Lançamento de Substâncias Nocivas no Mar (Lei nº 9.966/2000), de Crimes Ambientais e Infrações Administrativas Ambientais (Lei nº 9.605/98 e subsequente Decreto nº 6.514/2008), Lei da Política Energética Nacional e das Atividades Relativas ao Monopólio do Petróleo (Lei nº 9.478/97), Lei da Política Nacional sobre o Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). Todas essas normas têm como principal fim a preservação do meio ambiente com intuito de proporcionar aos indivíduos que tenham assegurados seu direito indisponível em ter um meio ambiente conservado e preservado.

4.1. Propostas para o desenvolvimento da indústria de petróleo no Brasil

Existem visões distintas no que concerne ao tema da existência de propostas para uma regulamentação mais efetiva referente ao desenvolvimento da indústria de petróleo no Brasil. Tais propostas se baseiam na propositura da criação de novas leis.

Conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 20, inciso IX, pertence à União todos os recursos naturais localizados em seu território, incluindo aqueles no subsolo. Para tratar da regulamentação da exploração dos recursos de sua propriedade, foi instituído, no art. 176, também da Constituição, que é garantido ao concessionário o resultado da lavra relativa a exploração das jazidas.

Assim, a partir da perspectiva normativa já existente, há quem defenda a criação de leis específicas em relação a esse tema da exploração do petróleo no território nacional, sedo que tais leis deveriam ter como enfoque as condições atuais que a dita exploração tem ocorrido. Podem-se destacar como principais intuios da formulação de nova legislação:

1. Ampliar de 17 para 25 anos a duração dos Contratos de concessão;
 - i) Ampliar a fase de avaliação de 2 para 3 anos; mormente em campos com poços arrasados;
 - ii) Retirar o Bônus de Assinatura para os campos com poços arrasados;
 - iii) Diminuir a incidência de royalties para patamares inferiores aos 5% determinados hoje pela Lei do Petróleo, ou mesmo eliminá-los;
 - iv) Reduzir os tributos e compensações financeiras previstas em lei;
 - v) Conceder incentivos fiscais e tributários para empreendedores que investirem em áreas remotas, longe dos centros consumidores e/ou onde a infraestrutura de escoamento, armazenagem e comercialização sejam precárias, bem como para aqueles que investirem em capacitação de recursos humanos, contratação de mão de obra e/ou aplicarem recursos próprios em novas técnicas e tecnologias de produção;
 - vi) Conceder incentivos fiscais e tributários para grandes empresas que, detendo áreas com produção marginal, abaixo de “x” barris/dia (v.g., 5.000), devolvam estas áreas para a ANP. Nesse caso, quanto mais próximo do limite máximo, maiores os incentivos, sendo certo que abaixo de um determinado limite Y (v.g., 5) barris/dia, não haveria mais qualquer incentivo para que se operasse tal devolução;
 - vii) Estabelecer uma política nacional de preços mínimos para a produção em campos marginais;
 - viii) Incentivar a criação de cooperativas e associações de produtores, bem como o envolvimento dos empreendedores com universidades e outros entes de pesquisa e capacitação profissional e técnico-tecnológica;
 - ix) Ofertar linhas de crédito para pequenos e médios empresários, tendo como garantia uma parcela negociável do óleo produzido, a exemplo do que se faz com o crédito rural.

Há também quem propõe a criação de um código Ambiental exclusivo para atividades petrolíferas. Devendo este cuidar das seguintes questões:

º Regulamentar o art. 23, VI, VII e XI da Constituição Federal, o que concorreria para clarificar as regras para a competência administrativa em matéria ambiental;

x) Aprimorar a legislação, visando a eliminar dispositivos ambíguos e/ou de difícil interpretação, o que diminuiria o número de empresas que atuam à margem da lei;

xi) Clarificar os caminhos pelos quais o concessionário/empreendedor poderá se ocupar de modo mais criterioso do Estudo de Impacto Ambiental – EIA e do respectivo relatório (RIMA), quiçá disciplinando a contratação de empresas especializadas aptas a uma elaboração qualificada dos projetos de E&P;

xii) Regular a inserção da avaliação ambiental estratégica nos Planos Plurianuais do Ministério do Meio Ambiente (o próximo será válido para o período 2007-2011), já que questões de escopo macro, tais como a exploração de petróleo em reservas indígenas e áreas de conservação ambiental, ainda permanecem envoltas em brumas;

xiii) Permitir e incentivar a descentralização das licenças ambientais, tendo como eixo os órgãos estaduais. Essa proposição visa tanto a democratizar e qualificar o processo de licenciamento ambiental quanto a desafogar o IBAMA, que até 2006 licenciava aproximadamente 230 novos projetos de infraestrutura anualmente;

xiv) Promover o reaparelhamento do IBAMA e a contratação de profissionais aptos ao trabalho de licenciamento. O aparelhamento dos órgãos públicos é fundamental para que se desate esse nó. A escassez de mão de obra, as instalações precárias e a falta de equipamentos são incompatíveis com a agilidade que se exige dos órgãos ambientais;

xv) Facultar o licenciamento ambiental prévio, tal como já se vem realizando nos projetos vinculados ao setor elétrico;

xvi) Reorientar as atividades do Ministério Público MP, que, idealmente, deve se ater à sua função de fiscal da lei, deixando a análise de cunho técnico para os órgãos ambientais, com vistas a evitar a crescente “judicialização” do licenciamento ambiental.

Conclusão

Diante da análise sobre os aspectos que envolvem a exploração do petróleo com foco especial no Brasil, é possível verificar que a escassa normatização neste âmbito está diretamente atrelada à considerável demora deste em iniciar essa atividade de exploração do recurso energético em questão.

Com isso, chama-se atenção para uma produção normativa mais específica que leve em consideração as peculiaridades dessa atividade, tendo em vista a sua relevância para manutenção de motores e máquinas, já que se trata da principal fonte energética na atualidade.

Portanto, a vasta normatização encontra-se atrasada e falha para a atual conjuntura da extração do petróleo da natureza.

Referências

QUINTANS, Luiz Cesar P. Manual de direito do petróleo. São Paulo: Atlas, 2015.
SANTOS, Marco Aurélio dos. Poluição do meio ambiente. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GRÁFICOS retirados de site na Internet (acesso em 05 de abril de 2019):
<https://www.nexojornal.com.br/grafico/2018/06/06/A-produ%C3%A7%C3%A3o-o-consumo-e-o-pre%C3%A7o-do-petr%C3%B3leo-no-mundo-ao-longo-dos-anos>.

ZEITOUNCE, Ilana. Petróleo e gás no Brasil regulação da exploração e da produção. Rio de Janeiro: Forense 2016.

PETRÓLEO e gás princípios de exploração, produção e refino. Porto Alegre Bookman 2016 1 recurso online (Tekne). ISBN 9788582604021. ARTIGO retirado da Internet (acesso em 5 de setembro de 2018): A responsabilidade ambiental no vazamento de petróleo no mar - Vanelle Stabilito Mesquita Huff http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16866.

SANTOS, Marco Aurélio dos. Poluição do meio ambiente. 1^a ed. Rio de Janeiro : LTC, 2017.

THOMÉ DA SILVA, Romeu Faria. Manual de Direito Ambiental. 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental: Parte Geral. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 3^a ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 2004.

5. A NECESSIDADE DE TRATADO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O DECRETO BRASILEIRO 9571/2018 E A LEI FRANCESA N. 2017-399

The Need for an International Business and Human Rights Treaty: A Comparative Analysis between Brazilian Decree 9571/2018 and French Law n. 2017-399

Manoela Carneiro Roland
Gabriel Ribeiro Brega
Renata Paschoalim Rocha

Resumo

Este artigo pretende promover uma análise comparativa entre o Decreto brasileiro 9571/2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, e a Lei francesa n. 2017-399, que impôs às empresas matrizes francesas o dever de manter vigilância sobre suas subsidiárias. Para tal fim, serão utilizadas, como marco teórico, as ideias desenvolvidas por Justine Nolan em seu artigo “Human Rights and Global Corporate Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?” e pela Professora Dr.^a Manoela Roland em “Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos”, publicado pelo HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas. Com isso, objetiva-se demonstrar que mesmo sendo possível a elaboração de documentos nacionais mais efetivos para dirimir as violações de Direitos Humanos por transnacionais, como é o caso da lei francesa, ainda assim atos normativos de caráter nacional são insuficientes para resolver a problemática em questão.

Palavras-chave: Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Decreto 9571/2018. Lei Francesa n. 2017-399

Abstract

This article intends to promote a comparative analysis between the Brazilian Decree 9571/2018, which establishes the National Directives on Business and Human Rights, and the French Law n. 2017-399, which required French parent companies to maintain vigilance over their subsidiaries. To this end, the ideas developed by Justine Nolan in her article "Human Rights and Global Corporate Supply Chains: Effective Supply Chain Accountability Possible" and by Professor Dr.^a Manoela Roland in "Reflections on Decree 9571/2018, which establishes National Guidelines on Business and Human Rights," published by HOMA - Human Rights and Business Center, will be used as the theoretical framework. The purpose of this paper is to demonstrate that, even though it is possible to elaborate more effective national documents to resolve violations of human rights by transnational corporations, such as the French law, national regulatory acts are still insufficient to solve the problem here discussed.

Keywords: International Business and Human Rights Treaty. Decree 9571/2018. French Law n. 2017-399.

1. Introdução

Tanto o Direito Internacional, quanto os Direitos Humanos, são tradicionalmente entendidos a partir da perspectiva dos Estados: enquanto o primeiro rege a relação entre os países, o segundo, de acordo com uma das suas formas de classificação, a Teoria Geracional, são caracterizados pela relação entre Estado e indivíduo, indo da passividade na primeira geração à prestação de serviços essenciais na segunda em diante (RAMOS, 2014)¹.

No entanto, os horrores da II Guerra Mundial (1939 - 1945) revelaram que os Estados podem se tornar violadores de Direitos Humanos, o que demonstrou a necessidade de um sistema coeso de proteção a tais Direitos, culminando na ressignificação tanto destes quanto do próprio Direito Internacional, para que os indivíduos fossem protegidos da tirania de governos não democráticos em um campo próprio e mais adequado. Tal perspectiva deu origem a normativas como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que foi o primeiro marco vinculante adotado, seguido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966), dentre outros que influenciaram na consolidação do sistema global e das Nações Unidas.

Mesmo assim, os Estados ainda mantiveram o seu protagonismo e os indivíduos continuaram a ter acesso restrito ao sistema internacional e a não ser considerados como sujeitos de direito, à exceção de alguns contextos regionais, como no Europeu e no Interamericano. (ARAGÃO, 2014)

Ao mesmo tempo, o capitalismo desenvolveu as suas empresas ao ponto de elas se tornarem mais poderosas que boa parte dos Estados, chegando a, em alguns casos, alcançar lucros superiores a certos PIBs² (ZUBIZARRETA, 2009). Elas superaram as fronteiras e, com isso, tornaram-se protagonistas nos planos nacionais e no internacional, inclusive como violadoras de Direitos Humanos em potencial: suas atividades, diversas vezes, são de alto risco e estes tendem a ser absolvidos pela necessidade de o país se desenvolver economicamente e gerar riquezas e empregos, o que aumenta ainda mais a dependência dos territórios pobres em relação aos grandes empreendimentos, levando a simbiose do poder político com o econômico (ZUBIZARRETA, 2009).

Nesse contexto, a complexidade da matéria de Direitos Humanos Empresas vem da necessidade de se discutir disciplinas como Direitos Humanos e o Direito Internacional, o papel das transnacionais e dos Estados a fim de encontrar as devidas prevenção, reparação e remediação dos danos aos Direitos Humanos provocados por grandes empreendimentos.

Diante disso, o presente artigo se propõe fazer, através de um método indutivo, uma análise comparativa entre o Decreto brasileiro 9571/2018 e a Lei francesa n. 2017-399, duas normativas nacionais que buscam dirimir os problemas aqui elucidados. Para tanto, utiliza-se, como marco teórico, do artigo “Human Rights and Global Corporate Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?” e do texto “Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos”.

Assim, inicialmente, é feita uma retomada do histórico da agenda internacional de Direitos Humanos e Empresas, para, em seguida, proceder-se à comparação propriamente dita. Com isso, busca-se demonstrar que, por mais que uma legislação nacional possa se mostrar mais efetiva no combater às violações de Direitos Humanos por transnacionais (caso da legislação

¹ Segundo Karel Vasak, autor da teoria, as três gerações correspondem, respectivamente, aos valores da Revolução Francesa (1789-1799): “liberté, égalité et fraternité” (liberdade, igualdade e fraternidade). Essa teoria é conhecida como Teoria Geracional, mas há autores que defendem que o termo “dimensional” é mais apropriado por transmitir maior profundidade e acúmulo.

² Segundo os dados fornecidos pelo *World Bank*, *World Development Online* e a *Fortunate Magazine* em 21 de junho de 2003, entre as 100 maiores economias do mundo, havia cinquenta e duas corporações e quarenta e oito países. Fonte: Cuadro PIB de Hegoa. Adaptado por Hernández Zubizarreta y Zurbano, 2007.

francesa), tal questão somente poderia ser devidamente enfrentada por um Tratado Internacional.

2. Contexto histórico

O desenvolvimento da agenda de Direitos Humanos e Empresas no âmbito internacional remonta ao início da década de 1970, quando do discurso de Salvador Allende na ONU, ocasião na qual o ex-presidente chileno criticou a atuação das empresas multinacionais em seu país, sustentando a necessidade de uma efetiva regulação de tais entes.

Poucos anos depois, em 1974, após discussões no âmbito da ONU envolvendo o tema, ocorria a criação de uma Comissão e de um Centro sobre Corporações Multinacionais, sendo proposta a elaboração de um Código de Conduta para as corporações internacionais. Entretanto, as diversas tensões entre os países desenvolvidos e aqueles em desenvolvimento que permearam o processo de elaboração desse documento levaram a seu gradativo esvaziamento, o que era ainda mais intensificado pelos efeitos da crise econômica daquela década (ARAGÃO, 2017). Tal tendência, assim, culminou com o fechamento do “Centro” e com arquivamento do Código no início da década de 90 (ARAGÃO, 2017; BERRÓN, 2016).

Contudo, apesar desse fracasso inicial, a discussão sobre a necessidade da construção de um documento que regulasse a atuação das empresas multinacionais continuou a crescer, estimulada sobretudo pelo movimentos sociais, fato que levou à instituição, em 1998, de um Grupo de Trabalho na Comissão de Direitos Humanos (como então era chamado o Conselho de Direitos Humanos), tendo como objetivo a produção das chamadas “Normas sobre as Responsabilidades das Empresas transnacionais e Outras Empresas Comerciais na Esfera dos Direitos Humanos”. Vale dizer que tal documento seguia uma lógica de impor obrigações vinculantes para as empresas, representando um importante avanço nas discussões; porém, não foi aprovado pela Comissão (BERRÓN, 2016).

Concomitantemente ao processo de elaboração das “Normas”, o então Secretário-Geral da ONU, Kofi Annan, lançou o Pacto Global, documento desprovido de caráter vinculante e que consistia em um conjunto de dez princípios voluntários referentes a boas práticas empresariais, baseando-se na lógica da “Responsabilidade Social Corporativa” (ARAGÃO, 2017; BERRÓN, 2016). Entretanto, o documento, em virtude de seu teor eminentemente voluntarista, mostrou-se inefetivo para dirimir os problemas envolvendo a questão de Direitos Humanos e Empresas, de modo que perdeu sua credibilidade com o tempo.

A temática ganhou ainda maior projeção com a nomeação de John Ruggie, professor que havia participado da elaboração do Pacto Global, para o cargo de Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para Empresas e Direitos Humanos, mandato que durou de 2005 a 2011 (contando com duas renovações). Em 2008, Ruggie lançou o “Marco das Nações Unidas para Proteger, Respeitar e Remendar”, o qual foi sucedido, em 2011, pelos “Princípios Orientadores”. Tal documento, assim como o Pacto, seguia a lógica voluntarista, não vinculando as empresas a qualquer tipo de obrigação e apostando na noção de due diligence (devida diligência) para dirimir as violações de Direitos Humanos praticadas por tais agentes. O documento incentivava, ainda, a elaboração de Planos Nacionais de Ação nos diversos países, processo que contaria com o apoio de um Grupo de Trabalho.

A due diligence seria um dever que as empresas teriam de “verificar o potencial lesivo de sua atividade e prevenir consequências graves” (ROLAND et al, 2018). Contudo, conforme já explicitado pelo HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas, tal noção traz diversos problemas intrínsecos. Nesse sentido:

A aplicação é procedimentada em dois atos principais: “um é uma investigação dos fatos, e a outra, é uma avaliação dos fatos à luz de parâmetros

de cuidado” (Taylor, Mark B., Luc Zandvliet, Mitra Forouhar, 2009). O contexto, portanto, dita quais são os riscos aferidos da atividade e quais os direitos por ele ameaçados, cabendo à empresa observar estes aspectos ao elaborar a sua política interna. Dessa forma, possuem um eminente caráter de “soft law” e não apresentam qualquer tipo de solução substancial para tais problemas. Carece, por exemplo, da atribuição de responsabilização da empresa principal pelas ações de suas filiais e contratadas. (ROLAND et. al, 2018)

Vale dizer, ainda, que o problema da lógica instaurada pelos Princípios Orientadores vai além do fato de terem um caráter voluntarista, e de se enquadrarem como soft law. Isso, porque, segundo análise desenvolvida pelo HOMA:

Em uma síntese arriscada podem-se apontar alguns problemas: depositam nos Estados, e nas condicionantes “locais”, independe de uma análise das disputas de poder em jogo, inclusive internacionalmente, as responsabilidades pelas violações de Direitos Humanos; consagram as empresas como vetores do “desenvolvimento”, necessárias para os Estados onde se localizam, fortalecendo a sua imagem de confiabilidade, imparcialidade, honestidade e competência, o que dificulta inclusive um debate mais aprofundado sobre o papel das mesmas na ocorrência de violações estruturais de Direitos Humanos, nos territórios onde atuam; ao serem alçadas a agentes promovedores do “desenvolvimento” serão capazes de orientar o processo de implementação da atividade empresarial e de todo o empreendimento, sem dependerem do consentimento ou não das comunidades locais , e o mais grave, as normas de Direitos Humanos não se apresentam como condicionantes prévias obrigatórias à atividade, mas de cumprimento facultativo, caso adaptáveis à viabilização dos interesses empresariais; essa orientação pela aceitação de um “risco inevitável”, além do fortalecimento da imagem positiva das empresas, cria um ambiente favorável aos acordos, onde os Direitos Humanos de atingidos e atingidas por violações poderão ser negociados, sob a liderança das próprias empresas, evitando-se maiores “conflitos” representados por ações judiciais.(ROLAND, 2018)

A insuficiência dos documentos até então elaborados, todos coadunando com a lógica de soft law, era constantemente acusada por setores da sociedade civil e por diversos Estados. Tal insatisfação culminou, em 2013, com a assinatura, por mais de 80 países, liderados pelo Equador e pela África do Sul, de uma declaração defendendo a necessidade de um instrumento vinculante que responsabilizasse devidamente as empresas por suas violações de Direitos Humanos. Com isso, houve, em 2014, a aprovação da Resolução 26/9, a qual deu início às discussões relativas à elaboração de um Tratado Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Tal processo se encontra, hoje, em sua quinta sessão, estando o Equador incumbido de elaborar o rascunho do futuro documento.

3. Parâmetros nacionais

De acordo com o primeiro relatório do Grupo de Trabalho para o Conselho de Direitos Humanos e para a Assembleia Geral da ONU, cujo objetivo era orientar os Estados, os Guiding Principles são eminentemente recebidos pelos Planos Nacionais de Ação (UNWG, 2014). Como diz o HOMA:

Considerado pelo Grupo de Trabalho como “elemento chave” na concretização e difusão dos Princípios, os Planos Nacionais podem ser compreendidos como um veículo para mapear e destruir os obstáculos e

potencializar a boas experiências para o cumprimento de suas obrigações na proteção dos Direitos Humanos em relação às atividades das empresas de maneira coerente. (UNWG, 2014, p.5).

Desse modo, constata-se como os Planos Nacionais legitimam o caráter voluntário das obrigações para as empresas, mantendo o Estado e a sociedade expostos a violações decorrentes das atividades das ETNs.

Independentemente da elaboração dos Planos Nacionais de Ação, os Estados podem ainda estabelecer suas próprias legislações na matéria, adotando o caráter voluntário ou o obrigacional na medida que considerarem mais adequados a sua realidade. A seguir analisaremos comparativamente duas legislações internas que versam sobre a matéria, mas que demonstram a insuficiência do âmbito nacional para a responsabilização de Empresas violadoras de Direitos Humanos.

3.1. Lei Francesa n. 2017-399

Em fevereiro de 2017, a França inovou ao ser o primeiro país a aprovar uma Lei de caráter vinculante que impõe o dever de vigilância (*“devoir de vigilance”*) às grandes empresas com matrizes francesas em relação a suas subsidiárias e subcontratistas (*“devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre”*).

A normativa prevê, ainda, que as companhias devam ter um plano que descreva os possíveis impactos negativos que as suas atividades podem causar, devendo tal plano englobar desde a matriz até subsidiárias, fornecedores e subcontratantes. Ademais, prevê a responsabilização judicial para o caso de descumprimento, além de pena de multa (HOMA, 2018).

A importância de uma legislação como essa se inicia com o próprio processo da sua elaboração, o qual contou com intensa atuação da sociedade civil em torno do assunto, visando a pressionar a Assembléia Legislativa do país a aprovar o ato normativo - mesmo que, em função do intenso lobby empresarial, parte da redação original tenha sido alterada a fim de ser mais branda, o que levou à retirada da inversão do ônus da prova do texto. Apesar disso, este é um ótimo exemplo de responsabilização eficaz por três principais fatores: a vinculação da empresa aos danos causados por suas atividades, a criação do dever de o agente manter a comunidade informada e a extensão da responsabilidade por toda a sua cadeia de valor³ (HOMA, 2017).

Em primeiro lugar, a lei reconhece que a empresa e sua atividade podem provocar violações a Direitos Humanos e ao meio ambiente. Ao reconhecer a relação entre estes fatos, a responsabilização é direta e vinculante; sendo assim, o dever de cuidado recai sobre a companhia, que deverá conhecer e mapear os riscos decorrentes da sua própria atividade e, no caso de provocar danos, deverá ainda lidar com estes impactos negativos na medida de sua própria natureza. Aliás, a lei prevê o pagamento de multas milionárias pelas violações, atingindo a ETN no seu ponto mais sensível, por diminuir os lucros e o valor do empreendimento. Desse modo, pressupõe-se que lidar de maneira negligente com os altos riscos deixará de ser um atrativo pois, em caso de algo sair errado, o prejuízo será maior e mais

³ De acordo com a Cadeia Global (2017), conforme explicitado em seu site, “a Campanha Global para Recuperar a Soberania dos Povos, Desmantelar o Poder Corporativo e Acabar com a Impunidade é uma rede de mais de 200 movimentos sociais, redes, organizações e comunidades afetadas que resistem à apropriação de terras, mineração extrativa, salários exploradores e destruição ambiental de empresas multinacionais em diferentes regiões, particularmente na África, Ásia e América Latina. A Campanha é uma resposta estrutural global dos povos ao poder empresarial, que facilita o diálogo, a elaboração de estratégias, a troca de informações e experiências, atuando como um espaço de visibilidade da resistência e aprofundamento da solidariedade e apoio às lutas contra as transnacionais.” (Tradução nossa)

expressivo.

Em segundo lugar, ao elaborar um plano de vigilância que preveja todos os possíveis acidentes decorrentes da sua atuação, a empresa permite que a comunidade que será atingida se prepare com medidas de segurança, prevenção, rotas de fuga e o que mais for necessário para atenuar as violações e o número de vítimas. Ainda, o plano permite que a própria empresa possa identificar quais são os riscos da sua atividade e se preparar com técnica e antecedência para evitar que violações ocorram.

Foi lançado em dezembro de 2018 um guia elaborado pela Sherpa⁴, com os princípios a serem observados no plano. Ele deve ser feito em colaboração com todas as partes interessadas, devendo ser transparente, verossímil e acessível, descrever todos os riscos às terceiros e meio ambiente, incluir avaliações regulares das suas respectivas filiais, subcontratantes ou fornecedores e permitir o monitoramento das atividades com mecanismos de alerta funcionais.

Em terceiro lugar, ao estender as obrigações às empresas que fazem parte da cadeia de valor da transnacional, vincula a matriz a exigir de suas subcontratadas, filiais e sucursais a ter os mesmos deveres de cuidado que teriam em solo francês, tornando as atividades mais seguras.

Em 2019, dois anos após a aprovação da lei, a Les Amis de Terre⁵ divulgou um relatório⁶ sobre os impactos da lei, com o intuito de identificar como foi a implementação das obrigações e quais são os setores mais sensíveis.

A pesquisa estima⁷ que foram atingidas por volta de trezentas empresas e cinco mil empregados franceses (impacto direto) e dez mil pelo mundo (impacto indireto), ou seja, como apenas as empresas francesas são vinculadas, o impacto é restrito a um número relativamente pequeno de empresas e companhias, se pensado em uma escala global.

Em relação aos planos de vigilância, o relatório diz que, apesar desta ser uma das obrigações impostas, até dezembro de 2018, havia sido divulgados apenas oitenta planos e que estes são insuficientes e heterogêneos, demonstrando que não há um padrão a ser seguido: cada empresa elaborou seu plano de acordo com seus próprios padrões e mais focados nos riscos para a atividade do que para as pessoas e o meio ambiente. Além disso, os planos são em sua maioria pequenos, vagos, pouco informativos, sem a participação dos interessados.

3.2. Decreto brasileiro 9571/2018

Em novembro de 2018, foi lançado, no Brasil, o Decreto 9571/2018, estabelecendo as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Tal documento, conforme se demonstrará, enquadra-se na lógica instaurada pelos Princípios Orientadores, os quais, inclusive, foram mencionados duas vezes ao longo do ato normativo, como se observa:

Art. 3º A responsabilidade do Estado com a proteção dos direitos humanos em atividades empresariais será pautada pelas seguintes diretrizes:

I - capacitação de servidores públicos sobre a temática de direitos humanos e empresas, com foco nas responsabilidades da administração pública e das empresas, de acordo com os **Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas**, principalmente

⁴ A instituição visa combater as novas formas de impunidade ligadas à globalização dos intercâmbios econômicos e financeiros e defender as comunidades vítimas de crimes econômicos. Disponível em: <https://www.assosherpa.org/publication-guide-de-reference-plans-de-vigilance>

⁵ A Amigos da Terra é uma ONG de alcance global que visa a proteção dos seres humanos e do meio ambiente, contando com diversos “braços” nacionais. Na França, é a *Les Amis de la Terre*.

⁶ Disponível em <<https://www.amisdelaterre.org/RAPPORT-Loi-sur-le-devoir-de-vigilance-des-societes-meres-et-entreprises.html>>

⁷ A estimativa foi feita pela própria organização uma vez que, mesmo sendo requisitados, o Governo da França não divulgou os dados oficiais

ações de:

- a) sensibilização e promoção da educação contínua dos recursos humanos da administração pública para o fortalecimento da cultura em direitos humanos; e
- b) capacitação dos recursos humanos da administração pública para o tratamento das violações aos direitos humanos em contexto empresarial, de seus riscos e de seus impactos; (BRASIL, 2018) - grifo nosso

Art. 5º Caberá, ainda, às empresas:

I - monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa;

II - divulgar internamente os instrumentos internacionais de responsabilidade social e de direitos humanos, tais como:

a) os **Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas**; (BRASIL, 2018) - grifo nosso

Desse modo, o documento coaduna com a lógica voluntarista e da Responsabilidade Social Corporativa, tendo sido, inclusive, expressamente afirmado que as normas (a que atribui o nome de diretrizes) lá previstas possuem caráter voluntário:

Art. 1º Este Decreto estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no País.

[...]

§ 2º As Diretrizes serão implementadas voluntariamente pelas empresas. (BRASIL, 2018)

Vale observar, ainda, que o Decreto se vale da due diligence como instrumento para dirimir as violações de Direitos Humanos pelas empresas, fazendo menção expressa a essa lógica no art 3º, VII, estabelecendo que o Estado brasileiro deve incentivar sua adoção por grandes empresas.

Outrossim, o HOMA - Centro de Direitos Humanos e Empresas teceu, no documento “Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos” (ROLAND et. al, 2018) quatro pontos que devem ser levados em conta na análise de tal ato normativo.

O primeiro deles se refere ao fato de que o processo de elaboração do documento não foi transparente e nem contou com consultas à sociedade civil, algo que seria de suma importância sobretudo em relação aos atingidos e atingidas pelas violações de Direitos Humanos. Com isso, segundo análise do Centro, o Decreto não só ignorou, como também invisibilizou, todo um debate acerca do tema que já ocorria no seio da sociedade civil brasileira, como por exemplo as considerações feitas pelo GT sobre Empresas e Direitos Humanos na Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), sob a coordenação do Procurador Federal Marlon Weichert.

Um segundo ponto a ser considerado é o de que “o Decreto 9571/2018, não estabelece claramente a supremacia dos Direitos Humanos sobre acordos de comércio e investimentos, ou qualquer projeto de empreendimento empresarial” (ROLAND et. al, 2018). Tal tendência pode ser percebida, inclusive, pela terminologia empregada no documento, que se vale de expressões como “impactos” ou “abusos”, no lugar de “violações”.

Já uma terceira crítica diz respeito ao fato de que o Decreto parte do paradigma instaurado pelos Princípios Orientadores, conforme supracitado, o que faz com que suas normas possuam caráter voluntarista. Além disso, o documento não esclarece qual seria a relação entre

o Estado e as empresas, restando dúvida sobre se caberia àquele impor às empresas o que é disposto no Decreto, bem como se seria viável que ele exercesse isso. Ainda, são encontradas outras falhas, como:

a relação entre Estado e empresas não parece muito claro, pairando a dúvida se cabe ao Estado impor às empresas essas condicionantes e a real viabilidade dele realizar tal tarefa. Outros aspectos como o acesso à justiça, inversão do ônus da prova; recortes de gênero, raça dentre outros; necessidade de redefinição do instituto da due diligence no âmbito da cadeia produtiva; relativização da confiabilidade empresarial no seu automonitoramento ou fornecimento de informações; existência de mecanismos de proteção a defensores de Direitos Humanos; direito ao consentimento, ou a dizer “não” ao empreendimento, dentre outros; como ainda, a participação das empresas em órgãos de monitoramento e tomadas de decisão e regulamentação, não correspondem ao avanço do debate e à complexidade da discussão por parte da sociedade civil, tanto nacional, quanto internacionalmente, sobre a temática de Empresas e Direitos Humanos; (ROLAND, 2018)

Por fim, foi apontado que o disposto no artigo 17, incisos I e II, que determina a elaboração, pelo Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos de um plano de ação anual, bem como de estudos e outros documentos, visando à concreção das diretrizes então dispostas, poderia servir de “subterfúgio” para a elaboração de um Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas no Brasil, ideia que vem sido muito criticada por diversos setores da sociedade civil.

Ademais, preocupante se mostra que, quando da determinação da composição do Comitê de Acompanhamento e Monitoramento das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, o documento faz referência a um “terceiro setor” de forma genérica, não fazendo diferenciação entre sindicatos, atingidos e atingidas, setor privado, instituições acadêmicas, dentre outros grupos, algo que seria necessária para garantir uma efetiva representação da sociedade civil nesse órgão.

3.3. A Comparação

Diante do exposto, pode-se dizer que, quando comparadas, a Lei Francesa se mostra mais eficaz do que a brasileira, a começar pelo próprio processo de sua elaboração. Enquanto a primeira contou com extensos debates e forte influência da sociedade civil francesa, a segunda, conforme restou demonstrado, não foi precedida de uma efetiva consulta popular e deixou de lado toda uma produção acadêmica já desenvolvida no país.

No quesito do caráter da norma, a Lei Francesa possui caráter vinculante, impondo responsabilidades diretas às empresas em relação ao dever de vigilância e cuidado, de modo que viabiliza ações judiciais no caso de seu descumprimento. Já a brasileira é meramente voluntária, deixando ampla margem para as companhias atuarem como bem entenderem.

Ambas são fundadas no protagonismo do Estado e no seu papel de criar obrigações, responsabilizar e buscar meios eficazes para reparar as vítimas. Contudo, embora a França reconheça o potencial das ETNs para violar Direitos Humanos e Ambientais e preveja sua responsabilização direta pelos danos provocados, ainda deixa uma margem de voluntariedade na elaboração dos planos de vigilância, ao não definir parâmetros claros para isso.

A lei brasileira se revela ainda mais ineficaz nesses pontos, sendo eminentemente baseada nos Guiding Principles. Assim, diferentemente do que ocorre em relação à normativa francesa, o Decreto estabelece apenas diretrizes, cujo cumprimento é voluntário (conforme expressamente previsto). Dessa forma, confia no automonitoramento e na boa vontade da

empresa, sem trazer mecanismos efetivos que permitam a participação dos afetados nesse processo de “diligência devida”.

4. Conclusão

Pela comparação, fica clara a importância de uma normativa internacional vinculante por dois principais motivos: estender as normas de prevenção e de responsabilização ao maior número de Estados signatários possíveis e impedir que uma empresa escolha onde atuar baseada na existência de leis vinculantes ou não.

Em relação à primeira questão, a elaboração de um Tratado Internacional seria de suma importância não só pelo fato de alcançar um maior número de Estados, mas também pelo fato de que isso permitiria abranger a lógica das cadeias valor, as quais não são alcançáveis por legislações meramente nacionais. Dessa forma, restariam vinculadas pelo documento tanto as matrizess, quanto suas filiais, subsidiárias e subcontratistas.

Nessa toada, é preciso, inclusive, atentar para o fato de que, mesmo no caso da lei francesa, mais eficiente, sua eficácia é limitada a uma pequena parcela de agentes e isto aconteceria ainda que outros países adotassem dispositivo semelhante.

Já no que concerne à segunda questão, é possível supor que, no presente cenário, uma empresa, ao escolher, por exemplo, entre fechar um contrato com uma empresa francesa ou com uma brasileira, poderia preferir o Brasil por ter leis mais fracas e que imponham a ela menores responsabilidades. Com isso, somente um documento internacional e vinculante seria capaz de uniformizar os tratamentos dados às empresas, impedindo o fenômeno chamado race to the bottom (corrida para o fundo), no qual os países disputam entre si para ter legislações mais leniente às empresas a fim de atrair maiores investimentos.

Destarte, constata-se que, por mais bem elaborada e completa que seja uma lei, ou qualquer ato normativo nacional, que verse sobre Direitos Humanos e Empresas, ainda assim será insuficiente para dirimir as violações existentes, tendo em vista que estas extrapolam as fronteiras dos países. Dessa forma, somente um documento internacional, de caráter vinculante, como o Tratado cuja elaboração vem sendo discutida no âmbito da ONU, levaria a uma efetiva solução às violações de Direitos Humanos pelas transnacionais.

Referências

ARAGÃO, Daniel Maurício de. Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o Contexto em que se Discute o Tratado sobre Corporações Transnacionais. In: HOMA Publica - Reviasta Internacional de Direitos Humanos e Empresas. Juiz de Fora: HOMA, 2017. p. 49-62.

BERRÓN, Gonzalo. Derechos humanos y empresas transnacionales: una discusión urgente. In: Nueva Sociedad. n. 264. julio-agosto 2016.

BRASIL. Decreto nº 9571 de 21 de novembro de 2018. Brasília, DF, nov 2018.

FRANÇA. Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017. Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>>. Acesso em 01 mar 2019
FRIENDS OF THE EARTH INTERNATIONAL. France adopts corporate duty of care law. 2012. Acesso em: 01 mar 2019

GLOBAL CAMPAIGN TO RECLAIM PEOPLES SOVEREIGNTY, DISMANTLE CORPORATE

POWER AND STOP IMPUNITY. Treaty on Transnational Corporations and their supply chains with regard to Human Rights. Outubro 2017.

HOMA – Centro de Direitos Humanos e Empresas. Reflexões sobre o Decreto 9571/2018 que estabelece Diretrizes Nacionais sobre empresas e Direitos Humanos. In. Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 7. Juiz de Fora: Homa, 2018.

NOLAN, Justine. *Human Rights and Global Corporate Supply Chains: Is Effective Supply Chain Accountability Possible?*. 2018.

Ramos, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. São Paulo : Saraiva, 2014.

ROLAND, Manoela C.; SOARES, Andressa O.; BREGA, Gabriel R.; OLIVEIRA, Lucas de S.; CARVALHO, Maria Fernanda C. G.; ROCHA, Renata P. Cadeias de Valor e os impactos na responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos. In: Cadernos de Pesquisa Homa. vol. 1, n. 5. Juiz de Fora: Homa, 2018.

_____, Manoela C; ANGELUCCI, Paola, D. O Processo de Elaboração de um Tratado de Direitos Humanos e Empresas: uma oportunidade de superação da perspectiva estadocêntrica adotada pelo Direito Internacional Público. Juiz de Fora: HOMA, Artigo Apresentado no XXV Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), em Curitiba - PR. Disponível em <<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2017/03/O-PROCESSO-DE-ELABORA%C3%87%C3%83O-DO-TRATADO-DE-DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-1.pdf>> Acesso em 01 mar 2019

RUGGIE, John G. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. U.N. Doc. A/HRC/17/31: Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. 17th Session of Human Rights Council, 2011.* Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31_AEV.pdf>. Acesso em 30 Mar. 2019.

SHERPA, “*Le Guide de Référence pour les Plans de Vigilance*”. 2018. Disponível em: <<https://www.asso-sherpa.org/publication-guide-de-reference-plans-de-vigilance>> . Acesso em 01 de Abril. 2019.

ZUBIZARRETA, J. Hernández. Empresas transnacionales frente a los derechos humanos: Historia de una Assimetria Normativa (De la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales). Madrid: OMAL, 2009.

ZUBIZARRETA, J. Hernández; RAMIRO, Pedro. *Against the ‘Lex Mercatoria’: proposals and alternatives for controlling transnational corporations*. Madrid: OMAL, 2016.

6. A PREVISÃO E CONCRETUDE DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA EM 2017

Marcos Felipe Lopes de Almeida
Thales Augusto Andrade Oliveira
Waleska Marcy Rosa

Resumo

O presente artigo analisa a efetividade da participação popular no Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora no ano de 2017. A investigação será acobertada pelas discussões de Boaventura de Sousa Santos acerca da democracia participativa e de seu papel para fazer emergir uma alternativa política capaz de confrontar a globalização neoliberal hegemonic. Como metodologia, adotou-se o exame dos diplomas normativos que regulamentam o Conselho e dos encaminhamentos constantes nas atas das reuniões do ano de 2017. Com esses dados, traçam-se inferências com o intuito de avaliar se a participação popular foi devidamente prevista na esfera legal e prática, de forma a relacionar o órgão colegiado com a democracia participativa. Por fim, constata-se que o CMH/JF colabora satisfatoriamente para esse modelo democrático, mesmo apresentando alguns óbices à plena participação popular.

Palavras-chave: Conselho Municipal; Democracia Participativa; Participação Popular.

THE PREDICTION AND CONCRETENESS OF POPULAR PARTICIPATION IN THE LOCAL COUNCIL ON HOUSING OF JUIZ DE FORA IN THE YEAR OF 2017

Abstract

The present article aims to analyze the effectiveness of popular participation on the Local Council on Housing of Juiz de Fora in the year of 2017. The investigation will be held by the discussions of Boaventura de Sousa Santos about participatory democracy and its role on emerge a political alternative able to confront the hegemonic neoliberal globalization. As methodology, it was adopted the exam of the normative documents that regulate the Council and of its referrals in the records of the meetings in the year of 2017. With these data, will be traced inferences to evaluate if the popular participation was properly estimated in the legal and practical sphere, in order to relate the collegiate organ with participatory democracy. To conclude, it is established that the Local Council on Housing of Juiz de Fora collaborates satisfactorily to this democratic model, even presenting some obstacles to the full popular participation.

Keywords: Local Council; Participatory Democracy; Popular Participation.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 garantiu, por meio do art. 29, inciso XII, a cooperação das associações representativas no planejamento municipal. Com vistas a consagrar um maior alcance democrático em âmbito municipal, os conselhos gestores são importantes meios para conferir expressão e participação popular na coisa pública. As temáticas que eles abarcam vão desde serviços públicos, como saúde, educação e moradia, até camadas específicas da sociedade, como as crianças e adolescentes, mulheres e idosos.

A presente pesquisa investiga a dinâmica em que a participação popular se assentou, em

2017, no Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora (CMH/JF), um conselho gestor de políticas públicas instituído pela Lei municipal nº 9597 de 1999. Para tanto, adotar-se-á como referencial teórico as discussões de Boaventura de Sousa Santos acerca da democracia participativa. As perguntas de pesquisa que incitam essa análise são: a participação popular é devidamente prevista na Lei municipal nº 9597/99 e no Regimento Interno (Portaria municipal nº 3681/2001) do CMH? O Conselho se portou como uma instituição que deu, de fato, relevância às demandas populares, contribuindo para a inclusão por meio da democracia participativa em 2017?

Tendo por base estudos anteriores desenvolvidos no projeto de pesquisa “Direito à moradia e formulação de políticas públicas: a participação popular no Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora”, a hipótese que se formula é que participação popular é satisfatoriamente prevista tanto na Lei que instituiu o Conselho, quanto no Regimento Interno. Entretanto, dado os óbices da participação da sociedade civil apresentados, as demandas populares podem não ter sido devidamente acolhidas, o que enfraqueceria o papel da instituição como colaboradora da democracia participativa.

Assim, o objetivo geral é aferir o acolhimento das demandas populares pelo CMH/JF e sucessiva concretização no plano fático. Para isso, os seguintes objetivos específicos são elencados: estudar a lei que criou o CMH e seu Regimento Interno para medir as potencialidades participativas da população; analisar as atas das reuniões ordinárias do ano de 2017, verificando o quanto as reivindicações populares foram transformadas em encaminhamentos pela Mesa Diretora; e traçar inferências descritivas a partir dos dados coletados, tendo por base a noção de democracia participativa.

Desse modo, para que os objetivos sejam alcançados, a metodologia é constituída pela técnica da análise documental dos diplomas e das atas das reuniões ordinárias do CMH no ano de 2017. Ressalta-se que todos os documentos se encontram disponíveis no site do Conselho. Para análise dos dados supracitados, serão traçadas inferências descritivas, a fim de usar os fatos conhecidos para compreender um fenômeno maior que, neste caso, trata-se da efetividade do CMH/JF em ser uma instituição que contribui com a democracia participativa por meio da participação popular em 2017.

A justificativa desse trabalho se fia na necessidade de conhecer as alternativas atuais da democracia participativa para o enfrentamento da globalização neoliberal. Dentro da gama de entes que podem contribuir para fazer valer o cosmopolitismo subalterno de Boaventura de Sousa Santos, o CMH aparenta ter potencialidades para ser um deles, motivo pelo qual cabe um estudo mais detido sobre ele.

Contextualização da democracia participativa

A consolidação do modelo neoliberal, seguida pela derrocada do bloco socialista, veio a alavancar a política ocidental como a principal supridora de um vazio institucional globalmente verificado. Essa política tem por base o conservadorismo, que se firmou hegemonicamente no direito (entendido aqui tanto como direito estatal, quanto como direitos individuais) como ferramenta apta a fixar um consenso de uma sociedade baseada no mercado. Ao estar imergida em uma lógica de mercado, a sociedade é compelida a fazer expandir obrigações contratuais privadas, nas quais a parte mais fraca é submissa à mais forte. Nessa toada, a polarização de interesses econômicos, sociais, políticos e culturais fez que o Estado perdesse o monopólio da regulação social, facilitando o processo de exclusão.

A exclusão em seu nível mais extremado descrita o que Boaventura de Sousa Santos (2016) denomina de fascismo social, um regime civilizacional que malbarata a democracia e estratifica a sociedade, distinguindo-a em três grupos: a sociedade civil íntima, a sociedade civil estranha e a sociedade civil incivil. A primeira goza de um leque completo de direitos, ao passo

que a segunda desfruta apenas parcialmente destes e a terceira não possui nenhum direito, sendo totalmente excluída e se constituindo como o núcleo de incisão do fascismo social.

A exclusão é sistemática e ganha voz pela globalização, que consiste na publicização da visão política e econômica dos países ocidentais, de forma a homogeneizar o conservadorismo no sentido de promover a exclusão social.

Surge, então, a necessidade de suscitar o que Santos (2016) denomina por globalização contra-hegemônica. Esse fenômeno consiste na insurgência de movimentos e organizações de incidência local ou nacional que propõe concepções alternativas à globalização neoliberal. Essa dinâmica de “baixo para cima” não visa a uma identidade de organização nem a uma bandeira comum: é justamente a pluralidade de experiências, em tempos autônomos, que será capaz de gerar benefícios recíprocos e ser o motor de afrontamento ao conservadorismo e à exclusão, ocasionada pela desigualdade de poderes.

Como foi dito anteriormente, o Estado não mais detém o monopólio da regulação, restando ao cosmopolitismo subalterno, uma representação da globalização contra-hegemônica, a tarefa de redistribuir as relações desiguais de poder. Para tanto, a democracia participativa, devido à sua capacidade redistributiva, elenca-se como um importante meio de aplanar os direitos, como se vê abaixo:

(...) [a] nova democracia redistributiva, cuja lógica política consiste na criação de esferas públicas, não estatais, em que o Estado será o principal agente de articulação e coordenação. Nas condições atuais, a criação dessas esferas públicas é a única alternativa à proliferação de esferas privadas de tipo fascista, sancionadas pelo Estado. O novo combate democrático é, enquanto combate em prol de uma democracia redistributiva, um combate antifascista, não obstante ter lugar num campo político que é, formalmente, democrático também (SANTOS, 2016, p. 105).

Análise da previsão e concretude da participação popular

Os conselhos gestores trouxeram para o âmbito da gestão de políticas urbanas diversas inovações. Dentre elas, destaca-se a possibilidade de rearranjar as políticas públicas nos trilhos democráticos. Segundo Gohn (2011, p.89-92)

Os conselhos gestores são novos instrumentos de expressão, representação e participação; em tese, eles são dotados de potencial de transformação política. Se efetivamente representativos, poderão imprimir um novo formato às políticas sociais, pois se relacionam ao processo de formação das políticas e tomada de decisões. Com os conselhos, gera-se uma nova institucionalidade pública. Eles criam uma nova esfera social-pública ou pública não estatal. Trata-se de um novo padrão de relações entre Estado e sociedade, porque eles viabilizam a participação de segmentos sociais na formulação de políticas sociais e possibilitam à população o acesso aos espaços nos quais se tomam as decisões políticas.

Os conselhos gestores se materializaram como fruto de demandas e pressões populares no processo de redemocratização no país. Por terem ganhado relevância na década de 1990, muito se questionou acerca da participação real, ativa dos integrantes dos órgãos colegiados, uma vez que o Estado se alinhava, aos poucos, ao modelo neoliberal.

O Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora optou pela divisão dos seus 27 membros titulares e igual número de suplentes em três grupos de 9 representantes: do poder

público, de entidades vinculadas à produção de moradias e da sociedade civil organizada. Uma constatação que se faz perceber, sobretudo no Regimento Interno (JUIZ DE FORA, 2001), é a reafirmação de sua composição tripartite. Esta se evidencia na necessidade de haver proporcionalidade dos representantes de cada grupo para convocar reuniões ordinárias e extraordinárias, para a eleição da Mesa Diretora e formação de Comissões Temáticas Permanentes e Temporárias. Entretanto, logo no art. 1º da Lei 9597/99, convém mencionar um enfoque que se deu à participação popular:

Art. 1º - Fica criado o Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora (CMH) de caráter normativo, fiscalizador e deliberativo, com o propósito de viabilizar a participação popular, através da sociedade civil organizada, na formulação e implementação da política, planos e programas de habitação, de saneamento básico e de curadoria dos recursos a serem aplicados. (JUIZ DE FORA, 1999)

Percebe-se que dentre os três blocos de representantes do Conselho, o legislador deu destaque especial à sociedade civil organizada, ressaltando a intenção de endossar a participação popular na formulação de políticas públicas atreladas à moradia.

Outro destaque cabe na análise do art. 2º, III, “b”, que destaca a participação de movimentos populares pela moradia: a Lei delega a representação de não apenas um membro de tais movimentos, tal como se dá nas demais frações da sociedade civil organizada, mas de dois.

Art. 2º - O Conselho Municipal de Habitação será composto por 27 (vinte e sete) membros titulares e igual número de suplentes, com representação do poder público, de entidades vinculadas à produção de moradias e da sociedade civil organizada, na seguinte forma:

III - 9 (nove) representantes da sociedade civil, sendo:
a) 1 (um) representante do Centro de Defesa dos Direitos Humanos da Arquidiocese de Juiz de Fora (CDDH);
b) 2 (dois) representantes de movimentos populares pela moradia;
c) um representante das Cooperativas Habitacionais sediadas em Juiz de Fora;
d) 1 (um) representante das Centrais Sindicais;
e) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Norte;
f) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Sul;
g) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Leste;
h) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Oeste; (JUIZ DE FORA, 1999)

Nota-se também um esforço em flexibilizar determinadas formalidades às entidades comunitárias e aos representantes de movimentos populares pela moradia citados acima: para a primeira e segunda constituição dos conselhos, foi previsto que não seria necessária a apresentação de cópia autenticada do estatuto registrado em cartório, da ata da primeira assembleia, do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), e a comprovação de estar constituída no município há, no mínimo, um ano (JUIZ DE FORA, 1999).

Assim como consta no art. 12 da Lei 9597/99, a Mesa Diretora é a responsável por:

III - encaminhar e fazer cumprir as deliberações tomadas pelo CMH/JF;
VI - efetuar o registro das reuniões do CMH/JF;
VII - acompanhar todos os assuntos administrativos, econômico-financeiros e técnico-operacionais submetidos à apreciação e deliberações do CMH/JF;

VIII - dar amplo conhecimento público de todas as atividades e deliberações do CMH/JF;

IX – encaminhar todas as providências e recomendações pelo plenário do CMH/JF;

Por conseguinte, a forma geral das atas de 2017 consistiu na abertura, aprovação das atas anteriores, nos informes gerais (conhecimento público das atividades e deliberações do CMH/JF), na Tribuna Livre, nos encaminhamentos para a próxima reunião e no encerramento (art. 25, Lei 9597/99). A fim de avaliar a efetividade da Mesa Diretora tanto em encaminhar as deliberações da sociedade civil, quanto em aplicar as demandas, partiu-se à para a análise das atas.

Foram lavradas 10 atas, contando os meses de fevereiro a dezembro e excetuando o mês de julho, em que o Conselho se encontra em recesso. A fim de observar o recorte de 2017, os resultados dos encaminhamentos do mês de dezembro não serão estudados.

A reunião ordinária de fevereiro não resultou em nenhum encaminhamento, ficando restrita à candidatura e posse de membros na Mesa Diretora e das comissões temporárias.

Já na reunião de março, diversos problemas envolvendo a moradia foram suscitados pelos síndicos de residenciais do PMCMV - Programa Minha Casa Minha Vida. Após a Mesa Diretora, seguindo sua competência de acompanhar os assuntos técnico-operacionais, ter apresentado o Relatório de Visitas aos residenciais, foram relatados pela sociedade civil problemas relacionados à coletivização das contas de água, aos imóveis ocupados irregularmente e aos vícios construtivos. Diante disso, decidiu-se direcionar um documento ao prefeito, solicitando sua interferência na negociação com os entes envolvidos na construção e manutenção dos condomínios do Minha Casa Minha Vida, visando à solução dos problemas apontados no relatório. Para dar maior visibilidade aos percalços propôs-se mobilizar os representantes do legislativo e promover uma audiência pública na Câmara. Logo na abertura da reunião de abril foi esclarecido que a solicitação ao prefeito já estava na posse de seu representante, e na reunião de junho foi informado que a audiência pública estava marcada para o dia 29 de junho de 2017.

Quanto aos problemas advindos da coletivização das contas de água, o Conselho relatou que nas reuniões mensais com as subcomissões da Câmara, foi obtido um acordo para dois projetos pilotos para a individualização da água em um bloco nos residenciais 24 de Junho e Araucárias.

A Mesa Diretora realizou, em maio, uma reunião com a SEPLAG (Secretaria de Planejamento e Gestão), na qual foram apresentados os encaminhamentos do CMH relativos aos condomínios do PMCMV. Foi marcada, em julho, uma reunião para o acompanhamento das ações relativas às demandas apresentadas na audiência pública. Essa reunião contou com a presença da Caixa Econômica Federal e de agentes envolvidos na gestão do PMCMV. Com a intenção de elaborar um relatório elencando os riscos referentes a problemas físicos e estruturais, para que pudessem ser solicitados recursos ao Fundo de Arrendamento Residencial, foi redigido um ofício à Defesa Civil, o qual foi atendido. A Mesa Diretora mostrou-se insatisfeita com a vistoria da Defesa Civil, todavia não há registro de que solicitou um novo relatório.

Na reunião de abril, novamente representantes dos residenciais, como Parque das Águas e 24 de Junho, manifestaram-se. Entretanto, apenas uma das demandas foi transformada em encaminhamento, pois o pedido de um trabalho voltado para jovens e adolescentes em situação de vulnerabilidade social não consta nas atribuições do CMH/JF, quais sejam:

- i) Analisar, discutir e deliberar sobre:

- a. objetivos, diretrizes e prioridades da Política Municipal de Habitação;
 - b. políticas de captação e aplicação de recursos para produção de moradias e lotes urbanizados;
 - c. planos anuais e plurianuais de ação e metas;
 - d. planos anuais e plurianuais de captação e aplicação de recursos;
 - e. proposta e projetos oriundos do Poder Executivo relativos às ocupações, assentamentos e regularização de posse em áreas públicas e privadas de interesse social;
 - f. programas de loteamentos populares;
 - g. liberação de recursos para os programas e projetos decorrentes do Plano de Ação e Metas;
 - h. diretrizes e normas de gestão dos recursos destinados à habitação, inclusive aqueles constantes do Fundo Municipal de Habitação instituído pela Lei Municipal nº 7665, de 26 de dezembro de 1989;
- ii) gerir o Fundo Municipal de Habitação.
 - iii) Propor reformulação ou revisão de planos, programas e projetos à luz de avaliações periódicas;
 - iv) Indicar, aos órgãos competentes, as áreas de interesse social do território do município a serem desapropriadas para fins de implantação de Programas de Loteamentos Populares;
 - v) Elaborar seu Regimento Interno. (JUIZ DE FORA, 1999)

Não foi considerada, também, a sugestão de uma moradora para uma audiência na Câmara e uma solicitação à Caixa Econômica Federal para a convocação dos proprietários dos residenciais que ainda não ocuparam e os que já residem com a intenção de esclarecer seus direitos e deveres.

Em maio, foi apresentado um relatório de visita do Conselho aos moradores da Via São Pedro/ BR 440, que seriam impactados pela construção da rodovia. Dentre as objeções apresentadas se destacaram: a falta de interlocução entre a empresa executora do projeto e moradores; os problemas no levantamento cadastral das residências, o qual não contemplou a totalidade das habitações existentes em cada terreno; os problemas relacionados à mobilidade e ao perigo constante aos pedestres, dada à inexistência de sinalização na via; a falta de pavimentação, drenagem pluvial, coleta e individualização das redes de esgoto, acarretando alagamento no período chuvoso. Sendo assim, requereram a apresentação oficial do projeto e o direcionamento das referidas objeções a uma audiência pública. A ata de setembro revelou que a audiência estaria marcada para o dia 21 de setembro na Câmara dos Vereadores.

No mês de junho a Associação de Moradores do bairro Santa Terezinha relatou a insatisfação dos moradores acerca da construção de um novo empreendimento no bairro, que contaria com mais de 1000 unidades habitacionais e diversas lojas. Entretanto, tal como um dos conselheiros pontuou, já que a Lei do Plano Diretor estipulou o estudo do impacto de vizinhança apenas para empreendimentos com mais de 1200 unidades, o Conselho estabeleceu, como encaminhamento, a possibilidade de elaboração de emenda ao Plano Diretor, e a condução de um ofício ao Ministério Público para que este apoie os moradores do Santa Terezinha com um estudo sobre os impactos. O ofício foi encaminhado no mês de julho, entretanto não foi respondido pelo Ministério Público. Foi suscitado, na reunião de setembro, um projeto de revisão da Lei do Impacto de Vizinhança de autoria do vereador José Marcio Garotinho, que propunha a redução de 1200 para 400 unidades para fins de obrigatoriedade do estudo de impacto de vizinhança. No mês de novembro, a presidente da Associação pediu a ajuda do

CMH/JF em relação ao eventual impacto com a construção das unidades. O Conselho, então, solicitou uma reunião juntamente com a Associação e a construtora Inter para entender a posição de cada ente envolvido.

Em agosto foi relatado que houve a entrega de uma carta ao governador em nome do Conselho, solicitando apoio nas demandas e recursos para a política habitacional no município. Não houve nenhuma manifestação da sociedade civil, porém foram apresentados os processos de Regularização Fundiária realizados no município pela SEPLAG e a EMCASA (Empresa Regional de Habitação de Juiz de Fora) para que a situação fundiária das áreas de especial interesse social (AEIS) sejam publicadas. Houve também a apresentação do estudo da cota solidária de habitação, que segundo a presidente do Conselho, se constitui como uma fonte de recursos importante para a habitação de interesse social. Foi agendada uma reunião na Câmara para discutir acerca dos imóveis vazios, invasões e violência nos condomínios do Programa Minha Casa Minha Vida. A discussão supracitada resultou em mais outras audiências na Câmara dos Vereadores, as quais foram relatadas pela presidente da Mesa Diretora como improdutivas e inconclusivas.

A ata de outubro de 2017 revelou a preocupação do Conselho em lidar com a questão da individualização da água em um dos residenciais do PMCMV, pauta que levou a um encaminhamento no mesmo mês. A presidente deu a notícia de que, após as reintegrações de posse no residencial Araucárias terem sido discutidas no mês de março na Câmara, a prefeitura esteve trabalhando propostas para melhorar o planejamento para novas reintegrações. Com o propósito de impedir a construção da rodovia na Via São Pedro, foi sugerido que o juiz responsável pelo processo da BR440 assistisse ao vídeo da audiência realizada na Câmara sobre tal assunto, para que pudesse tomar ciência das implicações da construção da obra. A presidente se encontrou com o juiz, tal como consta na ata de novembro, e este a informou que era possível mudar o objeto do projeto, e para isso teria que ouvir os entes responsáveis por sua elaboração.

As atas contam, ainda, com relatos de visitas da Comissão de Regularização Fundiária e Urbanização – responsável pela implementação da regularização fundiária e reforma urbana – às regiões Norte, Sul, Leste e Sudeste de Juiz de Fora.

Em relação aos vícios construtivos nos residenciais do Programa Minha Casa Minha Vida relatados em março, a Subcomissão de Vícios Construtivos prontificou-se a enviar à Caixa os relatórios emitidos pela Defesa Civil juntamente com o relatório feito pela Comissão de Regularização Fundiária e Urbanização a respeito dos problemas arquitetônicos nos residenciais.

Pela análise das atas, uma informação merece ser destacada. Como já apontado por Rosa e Almeida (2018), os entes da sociedade civil encontraram, em 2017, certa desigualdade no tocante à plena participação nas reuniões. Consta nas atas que o horário de início de todas elas era 17h, visivelmente mais vantajoso aos membros do Poder Público, que cumprem período de expediente, ao passo que os representantes da sociedade civil devem despender tempo e recursos financeiros de forma voluntária para participar. Já que, conforme observado no início deste capítulo, a Lei 9597/99 deu relevo à participação popular no Conselho, as dificuldades impostas pelo horário são prejudiciais à atuação desta camada.

Portanto, valendo-se dos diplomas normativos do CMH/JF e do conteúdo das atas das reuniões, é possível inferir que o órgão colegiado contribuiu para a participação popular dentro de uma estrutura passível de ser equiparada à da democracia participativa. A inferência seguiu o “processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 36). A participação popular não só é prevista nos diplomas normativos, como também destacada, tal como demonstram os arts. 1º e 2º, III, “b”, ambos da Lei 9597/99. Deve-se considerar, todavia, que o horário das reuniões não favoreceu a sociedade civil, grupo que recebeu realce nas normas do Conselho. As demandas populares puderam ser satisfatoriamente atendidas. Por mais que algumas não tenham obtido concretude,

isso se deu, majoritariamente, por circunstâncias não atribuíveis ao órgão colegiado, uma vez que o Conselho deu voz a praticamente todas as demandas, seja transformando-as em ofícios, seja realizando visitas ou encaminhamentos para audiências na Câmara de Vereadores.

Considerações finais

O modelo neoliberal trouxe consigo uma série de paradigmas no âmbito político, social e econômico. Aliando o conservadorismo com o consenso de uma sociedade baseada no mercado, o neoliberalismo polarizou os diversos interesses do Estado, fazendo que esse perdesse a regulação social e que o processo de exclusão sobreviesse naturalmente. É necessária, assim, a emersão de um novo arquétipo político dotado de capacidade redistributiva das relações de poder que haviam se concentrado. Boaventura de Sousa Santos defende que esse modelo é a democracia participativa, cuja lógica consiste na criação de esferas públicas aptas a dar voz aos excluídos.

Os conselhos gestores no Brasil apareceram ter uma formulação análoga às esferas públicas idealizadas pelo autor. Dessa forma, o presente artigo prontificou-se a analisar se, pelo recorte temporal de 2017, o Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora poderia se relacionar à estrutura de democracia participativa por meio da participação popular.

Para averiguar a participação popular, optou-se pela análise de sua previsão nos diplomas normativos, e de sua concretude, conforme as atas de 2017. Assim, inferiu-se que, para além da mera previsão normativa, à participação popular é dado destaque. Além disso, contrariando a hipótese formulada, pôde-se considerar as demandas da sociedade civil foram devidamente acolhidas, tendo sido encaminhadas a maioria das reivindicações.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomposto.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2019.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa empírica em Direito: As regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

JUIZ DE FORA. Lei n. 9.597, de 27 de setembro de 1999. Cria o Conselho Municipal de Habitação (CMH) de Juiz de Fora e dá outras providências. Disponível em: https://jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023416. Acesso em: 05 abr. 2019.

JUIZ DE FORA. Portaria n. 3681, de 10 de janeiro de 2001. Aprova o Regimento Interno do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora. Disponível em: https://www.pjf.mg.gov.br/conselhos/cmh/arquivos/regimento_interno.pdf. Acesso em: 05 abr. 2019.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e participação sociopolítica. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ROSA, Waleska Marcy; ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. A democracia participativa no Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora - MG: os limites e as potencialidades do seu desenho institucional. Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, Porto Alegre, v.4, n.2, p. 68-84, jul./dez. 2018.

SALLES, Ricardo de Pádua. Participação, deliberação e desenho institucional no âmbito do

Conselho Municipal de Educação de Ribeirão Preto. Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais, v.2, n.1, p. 129-156, jul./2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). As bifurcações da ordem: revolução, cidade, campo e indignação. São Paulo: Cortez, 2016.

**7. A PROTEÇÃO COLETIVA DO TRABALHO NO ÂMBITO
EXTRAJUDICIAL: apontamentos sobre os termos de ajustamento de conduta por
trabalho análogo à de escravo na construção civil em minas gerais**

***The collective protection of labor in the extrajudicial framework: notes on the
conduct adjustment terms by slave-like labor in the civil construction sector in Minas
Gerais***

Vinícius Antônio Toscano Simões Nabak
Amanda Maria Martins
Profa. Dra. Karen Artur¹

Resumo

O trabalho em condições análogas à de escravo é um desafio complexo para o devido amparo institucional. Este trabalho apresenta uma análise dos Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) realizados pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), na região de Minas Gerais, com empregadores da construção civil presentes na “Lista Suja do Trabalho Escravo”, de 18 de abril de 2018. Constatou-se que as multas aplicadas não são milionárias e que apenas um TAC apresentou dano moral coletivo. Desse modo, a sua aplicação segue o padrão das pesquisas sobre o tema sobre o uso dos TACs pelo MPT, mesmo em um tema de violação de direitos humanos.

Palavras-chave: trabalho análogo à condição de escravo; termo de Ajustamento de Conduta; construção Civil

Abstract

Working in conditions analogous to slavery is a complex challenge for due institutional protection. This paper presents an analysis of the Conduct Adjustment Terms (TACs) carried out by the Labor Prosecutions Office, in the region of Minas Gerais, with civil construction employers present in the "Transparency List of Slave Labor", on April 18th 2018. We verified that the fines applied are not millionaires and that only one TAC presented collective moral damage. Thus, its application follows the pattern of researches on the topic of the use of TACs by the MPT, even on a subject of human rights violations.

Keywords: slave-like labor; conduct adjustment agreement; civil construction

Introdução

A evolução da consciência social e suas consequentes mudanças no Direito ainda não lograram êxito em extinguir as formas de trabalho semelhantes à condição de escravo. Permanece a ocorrência de trabalho em jornadas extenuantes, sob condições degradantes à integridade psicofísica do trabalhador, por meio de ameaças e outros vários aspectos que tornam aquela atividade laboral contrária aos valores e mandamentos jurídicos celebrados pela ordem normativa pátria e internacional (MIRAGLIA, 2012, p. 135).

Na contemporaneidade, o entendimento das configurações de trabalho que afigem a

¹ A docente orientou a pesquisa, sendo os discentes responsáveis pelo texto. Os discentes fazem parte do Grupo “Trabalho, Direito e Justiça” (TRADJUST).

dignidade da pessoa humana se tornou amplo por uma série de fatores políticos, econômicos e sociais, tratando-se de uma ocorrência complexa e intricada às vulnerabilidades sociais (SCOTT, HÉBRARD, 2017). Não pode ser enxergado como trabalho reprovável tão somente aquele característico, de submissão física da pessoa, mas uma consideração aberta sobre todos os aspectos da atividade, do meio ambiente e do vínculo do labor para a proteção do trabalhador, o que envolve repercussões de caráter penal, cível e administrativo.

Em razão de sua grave permanência na atualidade, as instituições estatais revestem-se de meios para prevenir e reagir sobre as ocorrências de trabalho análogo à condição de escravo, sendo a função do Ministério Público do Trabalho (MPT) de especial destaque para tanto no Brasil. Nesta toada, analisou-se os Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo MPT-MG nas ocorrências de trabalho em condições análogas à de escravo no estado, de acordo com a publicação do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores desta forma.

Os Termos de Ajustamento de Conduta concernem à esfera extrajudicial de atuação de membros do Ministério Público, inclusive ao MPT. Aparecendo como uma alternativa à judicialização e sua morosidade, o TAC apresenta-se sob estimas de maior celeridade e adequação. Contudo, com base em pesquisa sobre o impacto do Compromisso de Ajustamento de Conduta em casos de violação grave a direitos (SOUZA, 2018), indaga-se sobre como esse instrumento tem sido usado para combater o trabalho análogo à condição de escravo.

Além disto, como parte da complexidade do problema, deve-se atentar na relação entre determinadas atividades econômicas com a prática de uma violação grave à dignidade da pessoa trabalhadora. Tendo importância na economia nacional e uma série de incentivos a níveis de políticas públicas, a construção civil foi a atividade econômica escolhida para recorte da amostra a ser analisada.

Assim sendo, no próximo tópico, descreve-se como foi realizada a obtenção das informações e seu devido tratamento para, então, proceder-se à análise dos resultados. Conclui-se pela constatação da assimetria entre os TACs e a gravidade do trabalho análogo ao de escravo na construção civil no tocante ao valor das multas e à ausência de dano moral coletivo².

Descrição das atividades e apresentação de resultados

Entendida como toda e qualquer atividade relacionada à realização de obras imobiliárias (BRASIL, 2000, p. 9), a construção civil é um segmento complexo na economia nacional e de grande relevância. De acordo com dados do CBIC (2019), a construção civil foi parte expressiva do crescimento do Produto Interno Bruto (PIB) entre 2006 e 2014, e atualmente corresponde a um pouco mais de 9% da atividade econômica brasileira.

O mencionado período de conexão entre o crescimento econômico e a construção civil também foi demarcado por uma série de políticas públicas responsáveis por incentivar o setor na economia nacional. O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), em 2007, e o Programa Minha Casa, Minha Vida, em 2009, foram utilizados pelo governo federal para obras de infraestrutura e moradia popular, respectivamente, o que implicou numa série de licitações, empregando grandes construtoras nacionais nestes empreendimentos.

O estímulo à construção civil é sabidamente uma estratégia importante para a geração de empregos, mobilização da produção e, consequentemente, realização de obras necessárias. A exemplo do New Deal, diversos países já implantaram políticas públicas de promoção da construção civil no intuito de aprimorarem suas economias.

² “Na seara peculiar dos interesses transindividuais, a reparação relaciona-se diretamente com a tutela e preservação de bens e valores fundamentais, de natureza essencialmente não-patrimonial, titularizados pela coletividade, e que foram violados de maneira intolerável, não se exigindo, pois, nenhuma vinculação com elementos de foro subjetivo (aflição, consternação, indignação, humilhação, abalo espiritual etc) referidos ao conjunto de pessoas atingidas” (MEDEIROS NETO, 2007, p. 124).

Apesar disto, a construção civil figura como um setor econômico cujo trabalho, especialmente o trabalho de base, da realização da obra em si, é considerado uma atividade de risco. A Secretaria de Inspeção do Trabalho do ENIT (BRASIL, 20 - ?b) afirma:

o setor da construção civil sempre foi destaque em número de acidentes do trabalho no país. Dadas as peculiaridades das atividades desenvolvidas e a diversidade de obras existentes, vários fatores de risco à segurança do trabalhador se apresentam, destacando-se, dentre eles, os riscos de queda em altura, soterramento e choque elétrico [...] (BRASIL, 20 - ?b)

Neste sentido, o Ministério do Trabalho havia regulado, mediante as Normas Reguladoras nº 4, 5, 6, 7 e 9, uma série de observâncias necessárias para o gerenciamento do risco, para a prevenção de acidentes e para definir cuidados com a integridade do trabalhador e do meio ambiente laboral. O próprio Senado Federal já chegou a realizar uma audiência pública sobre o aumento do número de acidentes de trabalho na construção civil, no ano de 2013 (BRASIL, 2013), ainda dentro do período de crescimento conjunto do PIB nacional com o do setor.

Para além da consideração quanto atividade de risco, a construção civil também se apresenta negativamente a respeito do trabalho em condições análogas à condição de escravo no Brasil. O Observatório Digital de Trabalho Escravo no Brasil (BRASIL, 2018c), uma base de dados promovida pelo próprio Ministério Público do Trabalho, demonstra que atividades ligadas à construção civil (servente de obras e pedreiro) figuram em 2º e 4º lugar, respectivamente, entre as 10 ocupações mais frequentes dos resgatados de condições análogas à condição de escravo. Assim, vê-se que o setor de construção civil necessita de grande atenção do poder público, uma vez que é parte expressiva da utilização de trabalhadores em condições degradantes.

Tabela 1 - Ocupação de Resgatados (BRASIL, 2018c)

Ocupação	Quantidade	%	Posição
Trabalhador Agropecuário em Geral	26.755	73,25	1º
Servente de Obras	1.023	2,80	2º
Trabalhador da Pecuária (Bovinos Corte)	965	2,64	3º
Pedreiro	840	2,30	4º

Trabalhador da Cultura de Cana-de-açúcar	756		5º
Trabalhador Volante da Agricultura	719	1,97	6º
Carvoeiro	472	1,29	7º
Operador de Motosserra	462	1,26	8º
Trabalhador da Cultura de Café	376	1,03	9º
Cozinheiro Geral	208	0,57	10º

Fonte: BRASIL (2018c)

No contexto das grandes obras públicas proporcionadas pelas políticas de estímulo à construção civil, como também para a realização de grandes eventos no país, tornou-se necessário para o Estado brasileiro não somente verificar a realização destas obras, mas excluir de incentivos as empresas que flagradas com trabalhadores em condições análogas à condição de escravo. Houve divulgação de diversas ocorrências de trabalho análogo à condição de escravo em obras relativas a construção de hidrelétricas³, projetos habitacionais⁴ e empreendimentos para a realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de Verão de 2016⁵, sendo grave que a Administração Pública figure como contratante ou financiadora dessas edificações. Vale observar a existência de alguns entendimentos presentes na Justiça do Trabalho, como no TRT-MG, em considerar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública quando reconhecido o direito de indenização coletiva por trabalho análogo à condição de escravo em obras que ela promoveu⁶. Nesta toada, foi feita a Portaria Interministerial nº 2,

³ UNISINOS. As condições de trabalho nos canteiros de obras das hidrelétricas. Entrevista especial com José Guilherme Zagallo. **Instituto Humanitas Unisinos**. 13 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/500456-as-condicoes-de-trabalho-nos-canteiros-de-obras-das-hidreletricas-entrevista-especial-com-jose-guilherme-zagallo>>

⁴ G1 GOIÁS. Fiscalização flagra trabalho escravo em obra do Minha Casa, Minha Vida. **G1**. 12 de setembro de 2019. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/09/fiscalizacao-flagra-trabalho-escravo-em-obra-do-minha-casa-minha-vida.html>>

⁵ THOMÉ, Clarissa; VILLELA, Danielle. 11 operários realizavam trabalho escravo em obra olímpica. **Exame**. 14 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/operarios-realizavam-trabalho-escravo-em-obra-olimpica/>>

⁶ BRASIL. TRT-MG - Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **RECURSO ORDINÁRIO**: RO nº 0010195-85.2015.5.03.0171. Recorrentes: Banco do Brasil S.A.; Valmira Eunice Neves Veríssimo. Recorridas: Os mesmos; Conservar Serviços Ltda. ME. Belo Horizonte: 2016d.

de 2011, para remodelar o Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo; somando-se à Cláusula Social⁷ do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), principal agência de fomento destes empreendimentos.

O mencionado Cadastro de Empregadores foi elaborado em 2003, por meio da Portaria 1.234, de 2003, redigida exclusivamente pelo Ministério do Trabalho; e, em 2011, através da redação conjunta do então Ministério do Trabalho e Emprego e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, a passou buscar maior comunicação entre instituições para que promover as devidas repercussões, por outros órgãos, autarquias e empresas públicas, sobre estes empregadores. A Portaria Interministerial nº 2/2011/MTE/SDHPR foi revogada em 2015. O Cadastro de Empregadores ficou sob os ditames da Portaria Interministerial nº 4/2016/MTPS/MMIRJDH.

Tem validez atentar-se em reverberações que as novas formulações do Cadastro de Empregadores provocaram em setores da economia. A Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC), representativa de uma parcela da construção civil, alegou ao Supremo Tribunal Federal a existência de inconstitucionalidade na Portaria nº 2/2011/MTE/SDHPR, argumentando pela ultrapassagem das competências definidas ao Poder Executivo e pela ofensa aos direitos fundamentais de contraditório e de ampla defesa daqueles listados no Cadastro. Na ocasião, foi deferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski o pedido liminar pleiteado, de suspensão da Portaria, ao que foi desfeito com o julgamento final da ADIn nº 5.209/DF, pela Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha - com base em perda de objeto da presente ação, vez que a revogação ocorreu em 31 de março de 2015 e o julgamento ocorreu em 16 de maio de 2016 (BRASIL, 2016c). Em razão de não ter havido decisão direta sobre o mérito da regulamentação feita pela Presidência da República, a ABRAINC retornou ao juízo do STF para discutir a constitucionalidade do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à condição de escravo. No dia 25 de janeiro de 2018, por meio de seus procuradores, a ABRAINC ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 509, a fim de que haja uma decisão sobre a “absoluta insegurança jurídica que hoje reina sobre o assunto” (BRASIL, 2018d, p. 3).

Os empregadores foram conhecidos por meio da publicação, em abril de 2018, do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à condição de escravo⁸, conforme o artigo 2º, caput, da PI nº 4 MTPS/MMIRJDH/2016⁹. No exame do mencionado Cadastro de Empregadores, observando as ocorrências em Minas Gerais e relativas à construção civil, 8 empregadores foram constatados¹⁰.

⁷ “Desde fevereiro de 2008, os contratos de financiamento do BNDES incluem a chamada Cláusula Social, que explicita o combate à discriminação de raça ou de gênero, ao trabalho infantil e ao trabalho escravo no Brasil”. BRASIL. BNDES - Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social. **Cláusula Social**. Rio de Janeiro: 20 - ? a. Disponível em: <<https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/responsabilidade-social-e-ambiental/o-que-fazemos/relacionamento-clientes/clausula-social>>

⁸ Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Atualização periódica de 6/4/2018. Cadastro atualizado em 10/4/2018. Brasília: 2018b. Disponível em: [](https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/04/CADASTRO_DE_EMPREGADORES_2018-04-10_publicacao_semestral_ordinaria_DETRAE_abril-2018.pdf)

⁹ “O Cadastro de Empregadores será divulgado no sítio eletrônico oficial do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), contendo a relação de pessoas físicas ou jurídicas autuadas em ação fiscal que tenha identificado trabalhadores submetidos à condições análogas à de escravo”. Ministério do Trabalho e Emprego. BRASIL. MTPS – Ministério do Trabalho e da Previdência Social. **Portaria Interministerial MTPS/MMIRJDH Nº 4 DE 11/05/2016**. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Brasil: 2016a. Disponível em: <<http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interministerial-mtps-mmirdh-4-2016.htm>>

¹⁰ Acreditamos que um dos empregadores que constavam originariamente da lista foi excluído por cumprir

Logo após, por meio do portal eletrônico¹¹ do Ministério Público do Trabalho de Minas Gerais, na sua aba “Serviços”, opção “Termos de Ajustamento de Conduta”, foi realizada a pesquisa nominal dos empregadores para visualização do Termo de Ajustamento de Conduta, caso tenha sido firmado. Nesta etapa, 2 dos empregadores presentes no Cadastro não foram visualizados:

Concluída a leitura dos 6 Termos de Ajustamento de Conduta obtidos, foi organizado o seguinte quadro:

Compromissário	Data	Cidade	Quadro 1 - TACs obtidos			
			Exposição de Motivos	Detalha obrigações	Faixa de multas	Indenização coletiva
CCM Construtora Centro Minas Ltda.	15 de dezembro de 2016	Belo Horizonte	Não	Sim	R\$ 100.000,00 - R\$ 2.000,00	Não
AEV Empreendimentos imobiliários Ltda	23 de setembro de 2015	Belo Horizonte	Sim	Sim	R\$ 2.000,00	Não
Nova Santa Rita Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda.	22 de janeiro de 2016	Nova Lima	Não	Sim	R\$ 12.000,00 - R\$ 4.000,00	Não
Construtora Modelo Ltda	24 de maio de 2016	Conceição do Mato Dentro	Não	Sim	R\$ 2.000,00	Não
Zafer Engenharia Construção e Locação	9 de setembro de 2015	Belo Horizonte	Sim	Sim	R\$ 200.000,00 - R\$ 2.000,00	Sim
Garra Engenharia e Planejamento	13 de setembro de 2010	Belo Horizonte	Não	Sim	R\$ 30.000,00 - R\$ 2.000,00	Não

Fonte: Elaboração dos pesquisadores (2018)

determinações.

¹¹ Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/ompt/>

Os dados obtidos e fixados no Quadro 1, demonstram que a unanimidade dos compromissários são do setor privado, exprimindo que o ajustamento de conduta foi voltado justamente para a correção de atividades empresariais, isto é, a obediência ao trabalho digno valorado constitucionalmente para a ordem econômica. Especificamente, consistem em sociedades cujos fins lucrativos se dão mediante a construção civil, de maneira que a prática desta atividade empresária se deu em desconformidade aos ditames da lei: condições degradantes, extração de jornada, risco à saúde dos trabalhadores, etc.

Em alguns TACs analisados, encontramos uma exposição de motivos, com a importância do trabalho digno e a afirmação da ocorrência do trabalho análogo à condição de escravo naquele caso, o que consideramos interessante. Contudo, os que não apresentam essa exposição de motivos não há de serem considerados impróprios, vez que o caráter das cláusulas acordadas se faz autoexplicativo. Por outro lado, seriam infrutíferas as proposições realizadas pelo MPT se houvessem cláusulas genéricas sobre o que deve ser feito ou que abrissem margem para voluntariedade do tomador de serviços: pelo contrário, a presença de obrigações bem detalhadas em todos os TACs visualizados traz a responsabilização imediata do compromissário, uma vez que há definições diretas sobre o que deve ou não realizar para o cumprimento do acordo. Nota-se que o TAC reendossa a responsabilidade do tomador de serviços, vez que firma diretamente à autoridade pública o que deve fazer.

Contudo, a questão mais delicada é a fixação das multas por descumprimento. Observou-se em todos os acordos analisados a presença de multas pela mera reincidência, a exemplo da carência de andaimes específicos, como também de multas a serem consideradas pelo número de trabalhadores, como a falta de equipamentos de segurança. A dificuldade de estipulação da multa, que é aplicada em caso de descumprimento, se dá pela variação das circunstâncias de cada caso.

No TAC envolvendo a Empresa Zafer Engenharia Construção e Locação EIRELI, de Belo Horizonte¹², a única que apresentou dano moral coletivo, os trabalhadores estavam alojados na garagem da empresa, sem acesso à água potável, iluminação e alimentação adequada, tendo alguns deles contraído dívidas com o empregador em razão de compras feitas no mercado da empresa. Aqui, em caso de novos aliciamentos e práticas de trabalho em condições análogas à de escravo, a empresa incorrerá em multa de 200 mil reais. Além disso, em caso de não depósito do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, a multa estipulada foi de 2 mil reais por cláusula descumprida. Por fim, a empresa deve implementar o Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção (PCMAT) em todos os estabelecimentos com mais de 20 trabalhadores e implementar o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), que tem caráter preventivo. Nesta questão de meio ambiente e saúde do trabalhador, empresa fica sujeita a pagar multa de R\$ 10 mil. A empresa deverá pagar uma indenização no valor de R\$ 15 mil por dano moral coletivo decorrente de sua prática. Esse valor será destinado para realização de uma obra de contenção em instituição escolhida pelo MPT.

Entende-se que o valor das multas e reparações devem variar de acordo com o poder econômico do compromissário. Deste modo, cabe ao MPT uma análise minuciosa das quantias financeiras envolvidas para o empreendimento, a estimativa de lucro, o capital da empresa, enfim, todos os aspectos aferíveis do porte financeiro do compromissário.

Conforme o Quadro 1, os valores máximos de multas não são grandes perante os investimentos do setor. Defendemos que a extensão das multas deve guardar relação com a capacidade

¹² BRASIL. MPT-MG - Ministério Público do Trabalho em Minas Gerais. **Retrospectiva MPT:** Empresa de engenharia firma TAC para regularizar meio ambiente do trabalho. Belo Horizonte: 2016b. Disponível em: <<http://www.prt3.mpt.mp.br/procuradorias/prt-belohorizonte/558-retrospectiva-mpt-empresa-de-engenharia-firma-tac-para-regularizar-meio-ambiente-de-trabalho>>

econômica de cada compromissário, cabendo, também, a exposição dos seus critérios de mensuração, o que racionaliza o procedimento e dá satisfação ao interesse público de proteger os trabalhadores prejudicados e desestimular recorrências que os prejudiquem, bem como à sociedade, pela quebra do valor do trabalho digno e suas consequências nefastas.

Discussão dos resultados

A crescente dinamização da sociedade trouxe uma série de desafios para a adequação das medidas jurídicas em sanar os conflitos e, principalmente, em corresponder às novas necessidades da coletividade.

Especialmente entre as décadas de 1960 e 1980, vários institutos foram legalmente configurados ou reconfigurados para satisfazer as exigências por um Direito mais célere e eficiente. No Direito Processual Civil, as ideias de Justiça Multiportas ganharam destaque, com a realização de medidas autocompositivas pelo Judiciário, por exemplo; ao passo que, no Direito Público, inclusive em ramos de notório impacto da coletividade, como o Direito Penal e o Direito Tributário, alguns casos de transação tiveram reconhecimento. A adesão por tais medidas mais simplificadas não foi um fenômeno exclusivo de países sob o common law e também tomou força no Brasil a partir da década de 1990, exemplificadamente, a Lei nº 9.099 de 1995, que instituiu os Juizados Especiais¹³.

Em mente do caráter das novas medidas legais e da lógica de sua temporalidade, tem-se os Termos de Ajustamento de Conduta, inicialmente previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor, e, depois, com a ampliação da Lei de Ação Civil Pública¹⁴.

Portanto, a esfera pública passou a dispor dos Termos de Ajustamento de Conduta como uma medida para a solução de conflitos relativos aos direitos coletivos ou transindividuais, configurando-se desde já como algo extrajudicial e de iniciativa do próprio órgão público. Neste sentido, segundo Sady e Greco (2015, p. 171), entende-se o TAC demarcado por três características: i) consensualidade, vez que parte do órgão público autonomamente propô-lo e somente há o TAC se o interessado aceitar; ii) alternatividade, pois o TAC se faz adequado quando for mais vantajoso do que a sanção tradicionalmente cabível, a exemplo da multa; e iii) finalidade pública concreta, ao motivar o TAC na expectativa de que a correção da conduta do agente sob a vigilância do órgão público seja mais benéfica para a reparação do bem jurídico e à coletividade. De acordo com Jappe (2016, p. 28), insta salientar a compreensão do TAC limitada a níveis de responsabilização civil, não sendo a sua celebração impeditiva para a responsabilização penal e outras providências administrativas.

Ademais, ao se discutir a aplicação do Compromisso de Ajustamento de Conduta, tem-se por pressuposto a ocorrência de dano aos direitos coletivos ou transindividuais, de modo que os termos a serem firmados devem primordialmente buscar a reparação disto, isto é, o objeto de um Termo de Ajustamento de Conduta são obrigações, especialmente de fazer e de não fazer, eficazes para a compensação dos danos à coletividade, no mais próximo possível de restabelecimento do status quo ante. A certeza e a liquidez, por isso, são primordiais para que

¹³ Para saber mais: NUNES, Dierle José Coelho. Das tendências de reforma processual no Brasil a partir da década de noventa – Do neoliberalismo processual brasileiro (Da pseudo-socialização). **Processo jurisdicional democrático:** Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 141 – 176.

¹⁴ Ao adicionar o § 6º ao artigo 5º, que assim está: (...) § 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. BRASIL. Lei da Ação Civil Pública. **Lei nº 3.747, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Vide Lei nº 13.105, de 2015. Brasília: 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >

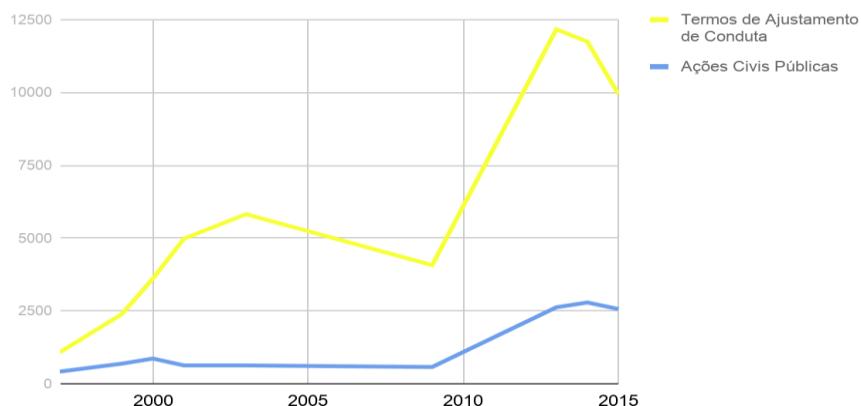
haja a execução plena do que foi acordado, assim como não servirá de escusa para o descumprimento pelo compromissário (STEINSTRASSER, 2012, p. 33), fazendo-se mister a publicidade do acordo em razão de responderem ao interesse coletivo.

Quando se passa para proposição do TAC aos conflitos de aspecto laboral, é o Ministério Público do Trabalho competente para tanto. Integrante do Ministério Público da União (artigo 24, II, da Lei Complementar nº 75, de 1993), o MPT goza dos mesmos poderes, prerrogativas e objetivos do Ministério Público, mas no tocante às questões do Direito do Trabalho. Logo, está o MPT incumbido de zelar pelos mandamentos estabelecidos na Constituição Federal de 1988, tendo em vista não somente os direitos fundamentais do trabalho, mas também a conformação da Lei Fundamental à atividade econômica¹⁵.

Diante o exposto, é necessário atentar-se em repercussões cabíveis sobre a ocorrência de trabalho em condições análogas à condição de escravo - afinal, consiste em caso de violação grave aos preceitos constitucionais e às vinculações transnacionais que o Estado brasileiro compactuou. A legislação vigente trata por três âmbitos a ocorrência de trabalho análogo à condição de escravo: no judicial, em que há a esfera penal, na Justiça Criminal, nos termos do artigo 149¹⁶ do Código Penal Brasileiro; a esfera laboralista, na Justiça do Trabalho, na indenização por danos morais coletivos; e a via administrativa, pela qual o TAC atua, assim como as definições da Portaria Interministerial nº 4, de 2016, da pasta do Trabalho de nível federal.

Torna-se preocupante perceber o aumento da aplicação de Compromissos de Ajustamento de Conduta em detrimento do ajuizamento de Ações Civis Públicas para a proteção de direitos coletivos ou transindividuais, conforme análise de Illan Fonseca de Souza (2018). Com base nos estudos do autor, que fez uso de documentos publicados pelo Ministério Público da União para obtenção de dados, visualiza-se o crescimento da proposição de TACs em relação às Ações Civis Públicas ao longo do tempo:

Gráfico I - TACs e ACPs propostas pelo MPU entre 1997 e 2015



Fonte: (Souza, 2018)

Além disso, o autor também nota a carência de cláusulas relativas à obrigação de indenização por meio do dano moral coletivo. O Quadro 1 coincide com a consideração de

¹⁵ “A constituição econômica formal brasileira consubstancia na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica” (SILVA, 1998).

¹⁶ “Reducir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (...). BRASIL. [Código Penal]. **Decreto-Lei nº 2.848, de 1940.** Código Penal. Vide Lei nº 13.772, de 2018. Brasília: 2018a. Disponível em: < [>](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)

Souza ao demonstrar este problema, pois somente 1 dos TACs analisados dispõe de cláusula neste sentido. A julgar pelas expectativas de lucro dos compromissários do setor da construção civil, a inexistência do dano moral coletivo pode alimentar aquilo que o autor conceitua por “dinâmica conciliatória”, que “apenas reforça a convicção das empresas, no sentido da redução da expectativa de perdas financeiras, tornando-a confiante para novos ilícitos” (SOUZA, 2018).

Considerações finais

A relevância do trabalho sobre a vida das pessoas e da sociedade não é uma constatação recente, mas bastante sólida e, não à toa, amparada pelo Direito, pela Economia, pela Medicina, pelas Ciências Sociais e diversos outros campos do conhecimento.

Cumpre-se salientar, em razão da História, que as modificações do Direito, muito mobilizadas por demandas de “facilitação”, “flexibilização” e “simplicidade”, coincidem com a intensa reconfiguração socioeconômica dos cenários nacionais e internacionais: os avanços tecnológicos, as comunicações dinâmicas, o aumento dos fluxos de capitais financeiros entre os países, em paralelo às privatizações de serviços públicos, às limitações aos sindicatos profissionais e ao aumento da desigualdade social (DELGADO, 2015, p. 150). Tal período, que vivenciamos, é tido como a ruptura¹⁷ do pacto entre Capital e Trabalho, pacto esse que resultou no Estado de bem-estar social, e reflete negativamente no Direito do Trabalho e nos valores que suas instituições ambicionavam. Assim, embora os TACs possam ser uma forma extrajudicial de acesso à justiça, há que pesquisar se estão de fato confirmado os ditames de justiça baseados no princípio de valorização do trabalho e nas políticas de trabalho decente.

Conforme a professora Gabriela Neves Delgado (2015) analisa, é indissociável para a consolidação e efetivação de um Estado Democrático de Direito o cuidado e a valoração do trabalho, das ocupações laborais em todos os sentidos, uma vez que este é componente de identificação das pessoas na sociedade e agência que mobiliza a economia. Neste sentido, ainda de acordo com a autora (DELGADO, 2015) defende-se o direito ao trabalho digno enquanto direito fundamental e integrante necessário para o patamar jurídico de proteção da pessoa humana, ou seja, a existência de normas que contemplem como justo o trabalho que respeite a integridade psicofísica do ser humano e não o alienie de seus potenciais, “fazendo que o trabalhador entenda o sentido de ser parte e de ter direitos na sociedade em que vive” (DELGADO, 2015, p. 210).

Configurado o direito fundamental ao trabalho digno, de acordo com as disposições constitucionais, infraconstitucionais e as normas de Direito Internacional as quais o Estado brasileiro ratificou; por outro lado, tem-se o dever fundamental ao trabalho digno (DELGADO, 2015, p. 182), de modo que determinados conteúdos jurídicos são indisponíveis de qualquer negociação ou afetação. Tendo em vista os compromissários apresentados no Quadro 1, o respeito ao trabalho digno é obrigação e responsabilidade dos que assumem a atividade econômica, de modo que o exercício da livre iniciativa deve se harmonizar com a valorização social do trabalho: a proteção do trabalhador estabelecida no ordenamento jurídico é assumida pelo empregador, tanto quanto os riscos de seu empreendimento.

Sobre a relação entre a atividade empresarial e a observância do dever fundamental ao trabalho digno, faz-se notável a consideração de Laís Abramo (2013), que atualiza esse dever diante da agenda do trabalho decente:

Assim, o trabalho decente constitui uma meta que evolui em compasso com as possibilidades das sociedades, um patamar que se desloca conjuntamente com o progresso econômico e social. O conceito de trabalho decente proporciona assim um marco para a melhoria das condições e relações de

¹⁷ Para saber mais: (SUIPIOT, 2016).

trabalho a partir de determinados parâmetros. As metas concretas, em cada caso, dependerão dos valores, prioridades e possibilidades de cada sociedade e poderão ir sendo modificadas com o tempo. Muitos dos elementos constitutivos do trabalho decente, tais como os níveis de segurança econômica ou de qualidade no emprego são metas de desenvolvimento que costumam ampliar-se de acordo com as possibilidades econômicas e sociais de uma dada realidade (ABRAMO, 2013, p. 368).

Portanto, a aferição de que a ocorrência do trabalho se dá em conformidade com as dimensões do trabalho decente é feita mediante a avaliação concreta do desenvolvimento sócio-jurídico-econômico da realidade. Assim sendo, incorrem em grave irresponsabilidade social das construtoras submeterem trabalhadores a condições análogas à condição de escravo, especialmente em razão das estruturas que empreendimentos desta seara envolvem, assim como a ampla possibilidade de sua adequação para a realização do trabalho - dos 6 Termos de Ajustamento de Conduta obtidos, 4 deles se referem a ocorrências na capital do Estado, Belo Horizonte.

Diante do exposto, e dentro dos limites da pesquisa, já se faz necessário questionar o cabimento do Compromisso de Ajustamento de Conduta por, primeiramente, incidir sobre hipótese de crítica violação a direitos humanos do trabalho, como também da baixa capacidade de sanções econômicas que, em geral, as medidas apresentam. Tais observações dialogam com a constatação realizada por Souza (2018), a partir do exame de dados empíricos dos Termos de Ajustamento de Conduta pelo Ministério Público do Trabalho. A título de comparação, a fixação do quantum indenizatório pelo dano moral coletivo, de maior presença na Ação Civil Pública quando comparado com os TACS, tem por parâmetros valorativos a gravidade da conduta patronal, a extensão do dano, a capacidade econômica das partes, no caso, dos empregadores, e a repercussão social da conduta patronal (PEREIRA, 2018), de maneira a obter racional e justo o valor cabível, e, ainda, a afetar o empregador por constituir um modo de reparar, educar e prevenir quanto à violação de direitos de uma sociedade que pretende proteger a dignidade humana. Desse modo, é também importante que o Compromisso de Ajustamento de Conduta disponha sobre a obrigação de indenizar coletivamente a sociedade. Estes parâmetros mostram, de um modo mais evidente para a sociedade, a dimensão coletiva do trabalho em condições análogas ao de escravo, que afeta os trabalhadores, o desenvolvimento econômico e destrói o pacto constitucional em torno do trabalho digno.

Como um todo, o quadro é reflexo da já constatada frequência da construção civil subordinar trabalhadores a condições análogas à condição de escravo, de acordo com os dados do Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil (BRASIL, 2018c). Trata-se de preocupante inadequação da atividade econômica à ordem constitucional, de modo que a resposta institucional nem sempre tem sido eficiente em realizar os valores constitucionais vigentes.

Referências

ABRAMO, Laís. O Trabalho Decente como Resposta à Crise Mundial do Emprego. REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURAS, Solange Barbosa Castro de (Coord.). Trabalho e justiça social: um tributo a Maurício Godinho Delgado. São Paulo: LTr, 2013, pp. 367 - 375.

BRASIL. BNDES - Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social. Cláusula Social. Rio de Janeiro: 20...? a. Disponível em: <<https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/responsabilidade-social-e-ambiental/o-que-fazemos/relacionamento-clientes/clausula-social>>

_____. [Código Penal (1940)]. Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Código Penal. Vide Lei nº 13.772, de 2018. Brasília: 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

_____. ENIT - Escola Nacional de Inspeção do Trabalho. Fiscalização da Construção Civil. Brasília: 20 - ? b. Disponível em: < <https://enit.trabalho.gov.br/portal/index.php/construcao-civil?view=default> >

_____. Lei da Ação Civil Pública. Lei nº 3.747, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Vide Lei nº 13.105, de 2015. Brasília: 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm >

_____. Ministério da Educação. Educação Profissional: Referenciais Curriculares Nacionais de Educação Profissional de Nível Técnico - Área Profissional: Construção Civil. Brasília: 2000. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/setec/arquivos/pdf/constciv.pdf> >.

_____. Ministério do Trabalho e Emprego. Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Atualização periódica de 6/4/2018. Cadastro atualizado em 10/4/2018. Brasília: 2018b. Disponível em:

< https://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2018/04/CADASTRO_DE_EMPREGADORES_2018-04-10_publicacao_semestral_ordinaria_DETRAE_abril-2018.pdf >

_____. Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Portaria Interministerial MTPS/MMIRJDH Nº 4 DE 11/05/2016. Dispõe sobre as regras relativas ao Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo. Brasil: 2016a. Disponível em: < <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-interministerial-mtps-mmirdh-4-2016.htm> >

_____. MPT - Ministério Público do Trabalho. Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil. Brasília, 31 de dezembro de 2018c. Disponível em: < <https://observatorioescravo.mpt.mp.br/> >

_____. MPT-MG - Ministério Público do Trabalho em Minas Gerais. Retrospectiva MPT: Empresa de engenharia firma TAC para regularizar meio ambiente do trabalho. Belo Horizonte: 2016b. Disponível em: < <http://www.prt3.mpt.mp.br/procuradorias/prt-belohorizonte/558-retrospectiva-mpt-empresa-de-engenharia-firma-tac-para-regularizar-meio-ambiente-de-trabalho> >

_____. Senado Federal. Número de acidentes de trabalho na construção civil preocupa especialistas. Brasília: Senado Notícias, 11 de março de 2013. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/03/11/numero-de-acidentes-de-trabalho-na-construcao-civil-preocupa-especialistas> >

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.209. Requerente: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC). Intimada: Ministra de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Relatora: Ministra Cármem Lúcia. Brasília, 16 de maio de 2016c. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/pt-br/jurisprudencia/decisoes/5209> >

[>](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160530-05.pdf)

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 509. Petição Inicial: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC). Brasília: 25 de janeiro de 2018d. Disponível em: <[>](https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/1/art20180131-07.pdf)

_____. TRT-MG - Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. RECURSO ORDINÁRIO: RO nº 0010195-85.2015.5.03.0171. Recorrentes: Banco do Brasil S.A.; Valmira Eunice Neves Veríssimo. Recorridas: Os mesmos; Conservar Serviços Ltda. ME. Belo Horizonte: 2016d. CBIC - Câmara Brasileira da Indústria da Construção. PIB Brasil e Construção. São Paulo, 28 de fevereiro de 2019. Disponível em: <[>](http://www.cbicdados.com.br/menu/pib-e-investimento/pib-brasil-e-construcao-civil)

DELGADO, Gabriela Neves. Direito fundamental ao trabalho digno. 2ª Edição. São Paulo: LTr, 2015.

THOMÉ, Clarissa; VILLELA, Danielle. 11 operários realizavam trabalho escravo em obra olímpica. Exame, 14 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/operarios-realizavam-trabalho-escravo-em-obra-olimpica/>>

G1 GOIÁS. Fiscalização flagra trabalho escravo em obra do Minha Casa, Minha Vida. G1, 12 de setembro de 2013. Disponível em: <[>](http://g1.globo.com/goias/noticia/2013/09/fiscalizacao-flagra-trabalho-escravo-em-obra-do-minha-casa-minha-vida.html)

JAPPE, Luís Eugênio. Termo de Ajustamento de Conduta no trabalho: considerações pertinentes. 2015. Monografia (Graduação em Direito) - Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí.

MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira. Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. 2ª ed. São Paulo: Ltr, 2007.

NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008

PEREIRA, Emmanoel. Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SADDY, André; GRECO, Rodrigo de Azevedo. Termo de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios. Revista de Informação Legislativa, ano 52, numero 205, pp. 165 - 203, abr.-jun. 2015.

SCOTT, Rebecca J., HÉBRARD, Jean. Trabalho escravo: *l'esclavage contemporain au Brésil. Brésil(s)*, Paris, n. 11, 29 de maio de 2017. Disponível em: <<http://journals.openedition.org/bresils/2250> ; DOI : 10.4000/bresils.2250>

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª Edição, São Paulo:

Editora Malheiros, 1998.

SOUZA, Illan Fonseca de. Inefetividade dos termos de ajuste de conduta firmados pelo ministério público do trabalho: uma análise empírica. Jus (online). Publicado em julho de 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/67324/inefetividade-dos-termos-de-ajuste-de-conduta-firmados-pelo-ministerio-publico-do-trabalho-uma-analise-empirica/1> >

STEINSTRASSER, Marcio Cauduro. O termo de ajustamento de conduta: aspecto gerais, natureza jurídica e necessidade de efetivação de sua publicidade. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. SUPIOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2016.

UNISINOS - Universidade do Vale dos Sinos. As condições de trabalho nos canteiros de obras das hidrelétricas. Entrevista especial com José Guilherme Zagallo. Instituto Humanitas Unisinos. 13 de setembro de 2011. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/500456-as-condicoes-de-trabalho-nos-canteiros-de-obras-das-hidreletricas-entrevista-especial-com-jose-guilherme-zagallo> >

8. A RECUPERAÇÃO JUDICIAL BASEADA NO PLANO ESPECIAL OFERECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NA LEI 11.101 DE 2005.

Caroline da Rosa Pinheiro¹
 Iasmim Cúgola do Espírito Santo²
 Victor Henriques Guimarães Taranto³

Resumo

O presente artigo busca apresentar considerações acerca do instituto da recuperação de empresas, mais especificamente do plano especial de recuperação judicial destinado às microempresas e empresas de pequeno porte disciplinado pela Lei nº 11.101 de 2005. A pesquisa buscou-se guiar pelas disposições constitucionais relacionadas ao tema, baseadas sobretudo no tratamento diferenciado e no princípio da isonomia, bem como pelas previsões infraconstitucionais e suas recentes modificações. Conclui-se, então, que apesar de ainda serem encontrados pontos a melhorar, o tratamento da recuperação das micro e pequenas empresas evoluiu ao longo dos últimos anos. O marco teórico utilizado para análise será o neoconstitucionalismo, enaltecendo as garantias constitucionais no que se refere ao tratamento especial dado às micro e pequenas empresas. Contemplando os objetivos da presente pesquisa, o método científico utilizado é bibliográfico, crítico e dialógico, partindo de uma revisão da doutrina, de textos legais e infralegal sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito Empresarial; Micro e Pequenas Empresas; Recuperação Judicial

THE CORPORATE RECOVERY BASED ON THE SPECIAL PLAN OFFERED TO MICRO AND SMALL ENTERPRISES IN LAW 11.101 OF 2005.

Abstract

The present article intends to show some considerations about the institute of judicial recovery, specifically on the special judicial recovery plan focused on small form business companies regulated under the law nº 11.101/2005. The research was guided by constitutional disposition about the topic, above all on the differential treatment given to such companies, as well as in the infraconstitutional forecasts and their recent modifications. It concludes, that the handling of judicial recovery given to those undertakes evolved since the promulgation of the law 11.101 / 2005, although still there are improvements to be done. The theoretical framework used in this analyse it's the neoconstitutionalism, highlighting the constitutional guarantees regarding the special treatment given to small form business. In accordance with goals in the present article, the scientific methodology worked is bibliographic, critical and dialogical, preceded from reviews of doctrine, legal texts and infralegal rules about the subject.

Keywords: Corporate Law; Micro and small companies; Judicial Recovery

¹ Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutora em Direito pela UERJ (linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas), Mestre pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/Direito-Rio, Especialista em Advocacia Empresarial pela Universidade Gama Filho e Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes – Centro.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

³ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

Introdução

As microempresas e as empresas de pequeno porte (MPEs) representam um importante espaço na economia brasileira, mesmo com suas peculiaridades, se destacam pelo grande número de empregos ofertados. Segundo dados do SEBRAE⁴, os pequenos negócios representam 98,5% dos empreendimentos no Brasil e são responsáveis pela renda de 70% dos brasileiros empregados no setor privado. As MPEs correspondem a aproximadamente 27% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, sendo a maior geradora de riquezas do setor de comércio no país. Além disso contribuem com o empreendedorismo, promovendo relevante impacto no local em que estão inseridas, sendo inquestionável sua função social.

É de notório conhecimento que, assim como qualquer outra empresa, as MPEs estão sujeitas a variações que interferem na economia do país. Tendo em vista a relevância social e econômica das MPE'S o presente artigo pretende analisar o tratamento a elas dado em momentos de crise que colocam em risco a continuidade das atividades exercidas por estas empresas.

O Decreto-Lei n.º 7661/45 foi até o ano de 2005 o responsável por tutelar as empresas que se encontrassem em dificuldade financeira, estabelecendo a aplicação da falência e da concordata, preventiva ou suspensiva. O referido decreto foi alvo de inúmeras críticas, sobretudo acerca da rigidez e forte burocracia que dificultava a aplicação do diploma às empresas em crise. A partir de 2005, após 11 anos de discussão o Decreto-Lei nº 7661/45 foi substituído pela Lei 11.101/05 também conhecida como Lei de Recuperação de Empresas e Falência, e além do já conhecido instituto da falência, a nova lei inovou ao instituir a Recuperação Judicial, a Recuperação Extrajudicial e, dedicada especificamente as micro e pequenas empresas, a Recuperação Especial, que em consonância aos princípios constitucionais previstos nos artigos 146, 170 e 179 da Carta Constitucional brasileira de 1988, positivam políticas e ações que garantem suporte às micro e pequenas empresas estabelecidas no país. Partindo de uma análise constitucional do tratamento diferenciado dado as MPEs e de aspectos sociais, econômicos e empresariais, o presente estudo busca analisar de forma crítica o regime especial de recuperação, visto que, mesmo após 12 anos de vigência, a Lei nº 11.101/2005 se mostra pouco eficaz para reestruturação das MPEs em situação de crise, devido principalmente a complexidade de seus institutos. A pesquisa também intenta a realização de um mapeamento acerca das recentes alterações na tutela às micro e pequenas empresas pela lei falencial.

O tratamento favorecido às micro e pequenas empresas no ordenamento jurídico brasileiro.

Historicamente, o crescimento das micro e pequenas empresas acentuou-se no período pós segunda guerra, absorvendo a mão de obra advinda do conflito e posteriormente, de crises econômicas que afetaram o ocidente. No Brasil, a década de 1980, também denominada “década perdida” representou ponto exponencial no desenvolvimento de micro e pequenas empresas no país, a estagnação econômica, elevados índices inflacionários e a volatilidade do mercado contribuíram para o desemprego, fazendo com que as pequenas empresas tornassem alternativas para absorção de mão de obra, fato que levou o governo brasileiro a incentivar a formalização destas atividades, adotando medidas como a desburocratização e a oferta de linhas de crédito exclusivas para as MPEs.

É inquestionável a importância das micro e pequenas empresas no cenário brasileiro, seja no âmbito econômico quanto no âmbito social, uma vez que as MPEs possuem como característica o emprego de uma mão de obra com dificuldade de inserção no mercado de

⁴ Dados disponíveis em: < <http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/em-cinco-anos-numero-de-pequenos-negocios-crescera-43,608b10f0fc10f510VgnVCM1000004c00210aRCRD>> Acesso em: 9 mai. 2018.

trabalho, como jovens e pessoas com mais de 40 anos. Segundo o SEBRAE⁵ já no ano de 1985 as MPEs representavam 21% do Produto Interno Bruto brasileiro, demonstrando o importante papel socioeconômico destas empresas. Nesse viés, objetivando a inserção e permanência no mercado, a Constituição Federal de 1988 intentou tutelar as micro e pequenas empresas acautelando-lhes a livre concorrência, a livre iniciativa e a igualdade material perante o setor econômico, criando um ambiente institucional favorável ao empreendedorismo e ao desenvolvimento socioeconômico dos particulares e do Estado, conforme se observa do disposto pelos artigos 170, IX⁶ e 179⁷ da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim sendo, é imprescindível mencionar que o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, possui cunho constitucional, e a já mencionada importância econômica certamente justifica a localização topográfica dos dispositivos na Carta Constitucional de 1988, inseridos no título referente a Ordem Econômica e Financeira. Devendo ser ressaltado também que o tratamento favorecido a esses tipos de empresa não se apresenta como afronta ao princípio da isonomia, como explica Mamede:

O estabelecimento de um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte não rompe, absolutamente, com o princípio da isonomia entre as pessoas. Em fato, é constatação vetusta, que o princípio da isonomia expressa-se pelo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Normas como a presente concretizam tal máxima de forma fundamentada e justificada. Reconhece-se a importância para a economia dos microempreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, reconhece-se as dificuldades enfrentadas por tais empreendimentos e busca-se, a partir de um lastro constitucional, atribuir-lhes condições mais propícias ao sucesso. (MAMEDE, 2007, p. 2-4)

Desse modo, conclui-se que os dispositivos constitucionais operam como uma ordem a ser seguida fazendo com que a previsão constitucional acerca do tratamento jurídico diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte possa ser observada em diversos dispositivos da legislação infraconstitucional brasileira.

O Código Civil de 2002 por exemplo, dispôs, de forma geral, em seu artigo 970⁸, do tratamento jurídico diferenciado para as MPE's, objetivando o incentivo de suas atividades através da simplificação de suas obrigações. Entretanto, o código foi alvo de inúmeras críticas por não conter dispositivos mais específicos que garantissem sua adequação com a legislação constitucional e infraconstitucional assegurando às empresas de pequeno porte e microempresas o efetivo tratamento diferenciado, favorecido e simplificado a que teriam direito.

O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, estabelecido pela Lei Complementar nº123, de 14 de dezembro de 2006, institui uma série de dispositivos que além de conceituar esse tipo empresarial apresenta normas gerais relativas ao tratamento

⁵Disponível em: <<https://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2018.

⁶ Art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

⁷ Art. 179 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

⁸ Art. 970 do Código Civil Brasileiro de 2002: “A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.”

diferenciado e favorecido a ser dispensado às MPE's no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ressalta-se também a diversidade de áreas abrangidas pelo tratamento diferenciado dado as micro e pequenas empresas, como por exemplo o acesso ao mercado (artigos 24 a 49), as relações de trabalho (artigos 50 a 55) e estímulos ao crédito e a capitalização (artigos 57 a 63).

Dessa forma, seguindo a diretriz positivada na Constituição brasileira de 1988, a Lei 11.101/2005, que dispõe acerca da recuperação judicial e extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, confere tratamento diferenciado às MPE's, sobretudo no que diz respeito ao instituto da recuperação judicial, instituindo um regramento específico, simplificado e menos complexo a disposição das microempresas ou empresas de pequeno porte. Ressalta-se que estas empresas poderão optar por quaisquer procedimentos previstos na Lei 11.101/2005, sendo-lhes outorgada a opção de eleger aquela que se mostre mais favorável.

Microempresa e empresa de pequeno porte: enquadramento legal.

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a referida lei em seu artigo 1º, caput, disciplina normas gerais referentes ao tratamento diferenciado e favorecido a ser aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Tais normas buscam incentivar o desenvolvimento das atividades realizadas pelos micro e pequenos empresários, bem como estimular a competitividade dessas empresas, seja através do tratamento diferenciado e favorecido previsto constitucionalmente, ou das medidas que simplificam a burocracia, estimulando o crédito e sua capitalização, facilitam também o acesso ao mercado, incentivam o apoio tecnológico e a geração de empregos. Além disso, essas empresas contam com um regime tributário específico, que reduz a carga de impostos e simplifica os processos de cálculo e recolhimento, intitulado de Simples Nacional.

O artigo 3º da LC 123/2006 diz expressamente que se consideram microempresas e empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada (Eireli) e o empresário definido nos termos do art. 966 do Código Civil, desde que devidamente registrados no registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Sendo assim, para que se enquadrem nesta lei e possam se beneficiar do regime especial disciplinado por ela, além do exercício regular da atividade empresária, ou seja, estarem devidamente registrados, os empresários e sociedades devem auferir renda dentro dos limites estabelecidos pela lei. Em relação a esse último aspecto citado , o artigo 3º, inciso I, da LC 123/2006 estabelece que a receita bruta da microempresa deve ser igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) em cada ano-calendário, e o inciso II do mesmo artigo estabelece que a receita bruta da empresa de pequeno porte deve ser superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior à R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) em cada ano-calendário.O parágrafo primeiro do art. 3º, da LC 123/2006, conceitua a receita bruta como:

Art. 3º [...]

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. (BRASIL,2006)

Por fim, o parágrafo quarto, também do artigo terceiro da referida lei, traz em seus incisos as vedações estabelecidas para a não concessão do tratamento diferenciado.

Art. 3º [...]

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (BRASIL,2006)

O instituto da recuperação de empresas na lei 11.101/2005.

Primeiramente, cumpre ressaltar que não é objeto de estudo do presente artigo os modelos de recuperação judicial e extrajudicial, entretanto é de fundamental importância uma análise do instituto de recuperação de empresas trazido pela Lei 11.101 de 2005 visando uma melhor compreensão do regime especial instituído para as microempresas e empresas de pequeno porte.

A Lei 11.101/2005 possui como princípio basilar a preservação da empresa. Assim, objetivando evitar a falência da sociedade, o diploma inovou ao extinguir o instituto da Concordata⁹ e estabelecer três modalidades de recuperação de sociedades economicamente

⁹ A Concordata teve vigência no Brasil até o ano de 2005, existindo na modalidade preventiva e a suspensiva, a primeira se caracterizava pelo seu objetivo de facilitar a quitação dos débitos dos credores, havendo a dilação dos prazos ou remissão do valor devido, permitindo que a falência do devedor não fosse decretada, era concedida por meio de sentença judicial, já a concordata suspensiva intencionava a suspensão do processo de falência que já se encontrava em curso, ofertando ao empresário a possibilidade de restaurar a empresa falida. A concordata foi alvo de inúmeras críticas que ensejaram a formulação de uma nova legislação falencial, tendo em vista que a burocracia do instituto em questão acabava levando as empresas concordatárias à falência

viáveis. O conceito e a finalidade da recuperação encontram-se dispostos no art. 47¹⁰ da Lei 11.101/05.

Diferentemente da falência, que visa encerrar as atividades de uma sociedade, a recuperação possui como principal objetivo o saneamento e posterior superação da crise econômica, financeira e patrimonial que assola o devedor, fazendo cumprir a função social da empresa, uma vez que há a preservação da atividade empresária. A recuperação, em suas três modalidades, permite através de uma ampla negociação entre credores e devedores o reposicionamento da empresa em dificuldade no mercado. Conforme leciona Jorge Lobo:

Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegura a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral (LOBO, 2005, p. 104-105)

Apesar da existência da espécie extrajudicial de recuperação, o controle de legalidade do processo é feito em todas as hipóteses pelo órgão jurisdicionado. Entretanto há diferença quanto a forma de surgimento do plano de recuperação, de modo que, na escolha pela recuperação judicial, o devedor se dirige ao judiciário, que por sua vez deverá interpellar os credores acerca da concordância sobre a proposta de recuperação, já na recuperação extrajudicial, realiza-se um acordo privado entre o devedor e seus credores, cabendo ao poder judiciário a homologação. (FAZZIO JÚNIOR, 2012).

Importante observar que no plano prático, deve ser valorizada a via extrajudicial, tendo em vista que a recuperação judicial possui maior duração de tempo, onerosidade e complexidade.

A partir do advento da Constituição Federal de 1988, o tratamento mais favorável às ME e EPP foi elevado a norma da ordem econômica nacional, baseado principalmente na importância destes empreendimentos para a sociedade brasileira além da valorização da livre iniciativa e da justiça social.

Tendo em vista que, conforme leciona BEZERRA FILHO “a complexidade do processo de recuperação judicial e extrajudicial demonstra que, efetivamente, tais tipos de procedimentos serão aproveitados apenas para empresas de grande porte” (2013, p. 185), para atender aos ditames constitucionais, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência, instituiu um capítulo destinado à recuperação das MPEs, criando um regime de Recuperação Especial, facultando aos que se enquadrem nestes critérios a adoção de um plano simplificado, menos oneroso e custoso.

A recuperação judicial estabelecida para as micro e pequenas empresas

¹⁰ Art. 47 da Lei 11.101/05: “A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Conforme exposto anteriormente, a recuperação convencional trazida pela Lei 11.101 de 2005 se mostra complexa, onerosa e custosa, sobretudo para as microempresas e empresas de pequeno porte, de forma que foi necessário a implementação de um plano especial destinado a estas empresas. O regime de recuperação especial é constituído de regras específicas, embora também sejam aplicadas normas gerais instituídas para a recuperação judicial, desde que não haja conflito. É consolidada na doutrina a posição de que as MPE's não estão obrigadas a recuperação especial, de forma que também podem se valer da recuperação judicial normal, estabelecida nos artigos 51 e 59 da Lei 11.101/05 ou da recuperação extrajudicial presente nos artigos 161 a 167 do mesmo diploma.

Nas palavras de Fabio Ulhôa Coelho:

De fato, se a crise assola microempresário ou empresário de pequeno porte, em vista das reduzidas dimensões das atividades econômicas exploradas, não se justifica observar a complexa sistemática prevista em lei para as sociedades devedoras de médio ou grande porte. Os recursos disponíveis são parcos e modesto o passivo. Se não houvesse na lei regras específicas para a reorganização das empresas de micro ou pequeno porte, seguramente quem as explora não acabaria tendo acesso ao benefício. (COELHO, 2005b, p. 429)

No mesmo sentido, destaca-se a posição do relator do PLC nº 71/2003 – projeto responsável pela elaboração da Lei 11.101/05 – o então Senador Ramez Tebet, demonstrando a necessidade de se estabelecer um plano especial para as MPE's :

Admite-se, todavia, que o processo de recuperação judicial pode tornar-se excessivamente oneroso para algumas empresas, principalmente no que tange aos custos para a convocação e realização de uma Assembléia Geral de Credores para deliberar sobre o plano de recuperação judicial de micro e pequenas empresas, que dispense a aprovação da Assembléia Geral de Credores e, assim, reduza a onerosidade do processo. [...] Dessa forma, propomos um plano especial que, nos moldes da atual concordata, envolva somente credores quirografários, com parcelamento de seus créditos em 36 parcelas mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira 180 dias após o pedido de recuperação. Esse prazo é mais longo que os atuais dois anos concedidos para o pagamento da concordata atualmente em vigor. Ademais, a disciplina do plano especial como seção do capítulo destinado à recuperação judicial deixa claro que todos os dispositivos gerais aplicam-se à recuperação de micro e pequenas empresas, exceto no que tange à realização de Assembléia Geral para aprovação do plano, eliminando-se a insegurança jurídica anterior.(TEBET, 2004, p. 35)

Critica se faz ao fato de que, mesmo representando a grande maioria do setor empresarial, a situação das micro e pequenas empresas foi tratada em plano secundário na Lei de Recuperação de Empresas e Falência (LREF). Nos 11 anos de intensa discussão para posterior aprovação do diploma falencial, muitas das versões apresentadas não continham tratamento específico para as MPE'S. Desse modo, a Lei 11.101/2005 passa a impressão de que a instituição do plano de Recuperação Judicial Especial foi um ajuste para suprir as lacunas do PLC aprovado. (VIDAL, 2011, p. 42)

A Recuperação Judicial Especial muito se assemelha ao instituto da concordata preventiva presente no Decreto Lei 7661 de 1945, que regulava a matéria como já mencionado. Dentre as semelhanças, ressalta-se que a Lei 11.101/2005 obrigava exclusivamente aos credores quirografários, complacente ao artigo 147 da lei antiga, entretanto com redação trazida pela Lei Complementar 147/2014, a Recuperação Especial passou a abranger todos os créditos

existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, executados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos parágrafos 3º e 4º do artigo 49 da mesma lei. A previsão do pagamento parcelado e de prazo máximo também se mostra em conformidade com o artigo 156 da lei anterior. O Decreto Lei também continha previsão de que o débito sujeito à recuperação seria corrigido a juros de 12% ao ano, previsão esta que se repetiu na versão original do diploma atual, além da hipótese de falência do artigo 175, § 8º da lei anterior que se fez presente no artigo 72, parágrafo único da LREF.

De acordo com BEZERRA FILHO (2009) esta semelhança chega a ser contraditória, tendo em vista que um dos principais fatores que suscitaram mudanças legislativas no âmbito da falência e da recuperação de empresas foi o instituto da Concordata, embora perceba-se, com o exposto anteriormente, que a Recuperação Judicial Especial das MPEs trazida pela Lei 11.101 de 2005 teve sua construção embasada na Concordata Preventiva.

Procedimentos da recuperação judicial baseada no plano especial aplicado à micro e pequenas empresas

A recuperação especial para as microempresas e empresas de pequeno porte está disciplinada nos artigos 70 a 72 da Lei 11.101 de 2005. Para se valer do plano especial de recuperação judicial o devedor deverá atender aos pressupostos da Lei Complementar 123/2006, que dispõe em seu artigo 3º:

“Para efeitos desta Lei Complementar, consideram-se micro empresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso de microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e II – no caso da empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)”. (BRASIL, 2006)

O artigo 70, em seu primeiro parágrafo, explicita que a adoção do plano de recuperação especial é uma faculdade do devedor, como já dito, e nos termos do dispositivo em tela: “as microempresas e as empresas de pequeno porte, conforme definidas em lei, poderão apresentar plano especial de recuperação judicial, desde que afirmem sua intenção de fazê-lo na petição inicial de que trata o art. 51 desta Lei”.

Anteriormente à apresentação do plano especial de recuperação especial para MPEs, as empresas deverão requerer o deferimento de seu pedido nos moldes do artigo 51 da mesma lei, que disciplina a instrução da petição inicial nos processos de recuperação judicial, além de informar ao juízo a adoção do plano especial para MPEs. O mesmo artigo em seu segundo inciso estabelece que uma série de demonstrações contábeis deverão constar na petição inicial da recuperação judicial. No caso das MPEs poderão ser apresentados livros e escrituração contábil simplificados nos termos da legislação específica (Art. 51, §2º). Desta forma, o deferimento pelo órgão jurisdicionado acontecerá somente se o magistrado constatar que estão presentes os requisitos do artigo 48¹¹ da LREF.

¹¹ Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerce regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: I – não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; II – não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial; III - não ter, há menos de 5 (cinco)

Após o deferimento, o juiz, de acordo com o disposto no art. 52 da lei, no mesmo ato processual deverá proceder a nomeação do administrador judicial; determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas, exceto quando a empresa devedora contratar com o Poder Público; a apresentação de contas demonstrativas mensais pelo período que perdurar a recuperação, além de ordenar a intimação do Ministério Público e a comunicação às Fazendas Públicas Federal e todos os Estados e Municípios em que a empresa alvo de recuperação tiver estabelecimento. Quanto ao inciso III do mesmo artigo, que diz respeito a suspensão de ações ou execuções contra o devedor, esta só poderá ser determinada pelo juiz após a apresentação do plano especial, visto que o parágrafo único do art. 71 dispõe que a suspensão se dará somente em créditos abrangidos pelo plano, de forma que, o magistrado, tendo ciência apenas da petição inicial, se encontra impedido de determinar o disposto no inciso, devendo aguardar a apresentação do plano para tanto. Sendo deferido o pedido de recuperação judicial, abrir-se-á um prazo de 60 dias para a apresentação do plano especial, conforme o artigo 53.

Por sua vez o artigo 71 da Lei 11.101/05 dispõe que:

“O plano especial de recuperação judicial será apresentado no prazo previsto no art. 53 desta Lei e limitar-se-á às seguintes condições: I – abrangerá todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do art. 49; II – preverá parcelamento em até 36 (trinta e seis) parcelas mensais, iguais e sucessivas, acrescidas de juros equivalentes à taxa Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC, podendo conter ainda a proposta de abatimento do valor das dívidas; III – preverá o pagamento da 1º (primeira) parcela no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da distribuição do pedido de recuperação judicial; IV – estabelecerá a necessidade de autorização do juiz, após ouvido o administrador judicial e o Comitê de Credores, para o devedor aumentar despesas ou contratar empregados”. (BRASIL, 2005)

A redação originária do artigo 71, inciso I, continha disposição de que o plano de recuperação especial das MPEs abrangeeria apenas os créditos quirografários com as mesmas exceções do plano de recuperação judicial normal (artigo 49 §§ 3º e 4º da LREF). Conforme dito anteriormente, a Lei Complementar 147/2014 modificou tal dispositivo, de modo que, atualmente, a recuperação especial abrange “todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, excetuados os decorrentes de repasse de recursos oficiais, os fiscais e os previstos nos §§ 3º e 4º do artigo 49”. Quanto a esse ponto cumpre destacar o posicionamento de Ramez Tebet:

Saliente-se, ainda, que a inclusão de créditos não quirografários e a maior flexibilidade nos termos do plano especial – ao contrário do que pode parecer em um exame desatento e ingênuo do assunto – traria prejuízo, e não benefício, às micro e pequenas empresas, pois o risco envolvido em qualquer negócio realizado com elas seria sobremaneira agravado na avaliação do mercado. Dessa forma, os pequenos teriam o custo do seu crédito aumentado significativamente ou simplesmente perderiam acesso ao financiamento de sua atividade. (TEBET, 2004, p. 36)

Consoante o exposto entende-se que a Recuperação Judicial é absurdamente custosa,

anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; ([Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014](#)) IV – não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

onerosa e complexa e acabou-se caminhando na mesma direção com o estabelecimento de excessivas restrições ao plano de Recuperação Especial, desestimulando à adoção do mesmo, pois um estudo da Fundação Getúlio Vargas¹², encomendado pelo Ministério da Justiça concluiu que a apresentação de plano especial para recuperação de MPEs tinha em prática, efeito nulo. Com o advento da Lei Complementar 147/2014 houve uma correção dessa distorção que em nada favorecia as MPEs, quando o plano especial passou a abranger não só os créditos quirografários e trouxe a opção de parcelamento do débito em 36 parcelas.

Segundo o artigo 72, após ser devidamente apresentado em juízo o plano especial, o magistrado deferirá a recuperação se os requisitos legais estiverem atendidos, de forma que não será convocada assembleia-geral de credores para deliberar acerca do plano, conforme o parágrafo único do mesmo artigo, e o juiz poderá julgar improcedente o pedido de recuperação com base no plano especial se houver objeções, nos termos do artigo 55¹³, de credores titulares de mais da metade de qualquer uma das classes de créditos previstos no artigo 83, computados na forma do artigo 45, decretando assim a falência da empresa.

Mister se faz a discussão doutrinária acerca da possibilidade de declaração de falência por parte do magistrado, da empresa devedora que não preenche os requisitos legais do pedido de recuperação judicial especial, não tendo ocorrido objeção por mais da metade dos credores. Para Gladston Mamede, a decretação da falência é uma consequência da improcedência do pedido:

Ora, (1) por técnica legislativa, cabe ao caput a regra e ao parágrafo os esclarecimentos ou ressalvas. No caso, colocou-se a procedência do pedido no caput e, em oposição, a improcedência do pedido no parágrafo único, que se interpreta, portanto, como uma só solução, uma só consequência para a hipótese versada, qual seja, a improcedência do pedido de recuperação: a decretação da falência. (2) Por interpretação gramatical, vê-se que o advérbio também e a conjunção e estão diretamente relacionados, a significar que se previu, para as duas hipóteses, o mesmo tratamento: a improcedência do pedido e a decretação da falência. (3) Por interpretação estrutural – e, mesmo, por estilística -, sabe-se que, se estivéssemos diante de duas consequências diversas para a mesma hipótese (a improcedência do pedido), tal ressalva deveria resultar clara do texto normativo, o que não ocorre. Não se veem nconjunto do artigo (caput e parágrafo único) duas consequências diversas, mas apenas uma: a falência. (MAMEDE, 2012, p.170)

Marlon Tomazette, com quem comungamos do mesmo ponto de vista, leciona de forma contrária à uma interpretação extensiva das hipóteses de falência:

A nosso ver, porém, a decretação da falência só seria possível nas hipóteses previstas expressamente no artigo 73 da Lei nº 11.101/2005, dentre as quais não se encontra a falta de requisitos. O uso do aditivo também no artigo 72 se refere às demais hipóteses de convocação em falência, como a não

¹² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos. Análise da nova lei de falências. Brasília: [s.n.], 2010.p.75-76.

Disponível em: <[¹³ Art. 55 da Lei 11.101/2005 : “Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 \(trinta\) dias contado da publicação da relação de credores de que trata o § segundo desta Lei”.](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B68E6736C-4DF7-498B-ABC3-DBCFE29195F6%257D%26ServiceInstUID%3D%257B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%257D&ei=eFCHVOXRJoWbNpyihKgO&usg=AFQjCNEAYy7B-37ipn9s_C9tlv4JjdSBYAbvm=bv.81449611,d.eXY>. Acesso em: 09 mai. 2018</p>
</div>
<div data-bbox=)

apresentação do plano de recuperação no prazo legal. Ademais, permitir a decretação da falência em mais casos não se coaduna com a ideia do tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte (TOMAZETTE, 2014, p.256)

Não há previsão legal que discipline tal situação, sendo assim, a decretação da falência por analogia não deveria ser possível, haja vista o quanto grave é esta medida, sobretudo para Microempresários e Empresários de Pequeno Porte. Dessa forma invocando princípios como a adequação, a legalidade e a própria função social da empresa, o juiz, na situação em exame, não deverá decretar a falência, mas sim e apenas, julgar improcedente a recuperação judicial com base no plano especial que não atender aos requisitos da lei.

Vantagens e desvantagens da recuperação judicial especial

Do modo como disposta na legislação, a recuperação judicial apresenta pontos favoráveis quanto desfavoráveis, visto que ao mesmo tempo em que foram propostas diversas facilidades ao micro e pequeno empresário, com a simplificação dos procedimentos, acabou-se de certa forma por limitar as maneiras de implementação do plano de recuperação.

A primeira previsão favorável diz respeito a remuneração do administrador judicial, que fica limitada a 2%, conforme § 5º do artigo 24, da Lei 11.101/2005, regra condizente com a necessidade de tratamento diferenciado. Além disso, vislumbra-se a previsão do § 2, artigo 51, da mesma lei, com relação a apresentação de contabilidade simplificada quando da interposição da petição inicial. Outro aspecto a ser considerado positivo refere-se ao prazo superior concedido às microempresas e empresas de pequeno porte em relação às dívidas perante as Fazendas Públicas e ao INSS, conforme parágrafo único do artigo 68. Igualmente vantajosa é a desnecessidade de convocação da assembleia-geral de credores para aprovação do plano de recuperação.

Com relação ao artigo 71 e as possibilidades postas à disposição dos empresários vê-se grande disparidade com aquelas previstas pelo artigo 50. Pode-se argumentar que a restrição de alternativas ao pequeno empresário se coaduna com a simplicidade pretendida pelo plano especial de recuperação não violando, portanto, o tratamento diferenciado a que essas microempresas e empresas de pequeno porte têm direito. Entretanto, a prática tem demonstrado a necessidade de algumas alterações conforme será explicitado no próximo tópico.

Como última vantagem pode-se citar que para aqueles que optam pelo plano especial não há a suspensão do prazo prescricional em favor do devedor e nem das ações e execuções não contempladas pelo plano, como disposto no parágrafo único do artigo 71.

Novidades legislativas acerca da recuperação para micro e pequenas empresas

Diante da realidade apresentada acima, considerando os pontos frágeis mencionados, algumas modificações legislativas vêm sendo propostas com intuito de aprimorar o tratamento da recuperação judicial das micro e pequenas empresas.

A primeira delas foi publicada recentemente e refere-se a Lei Complementar (PLC) nº 162/2018, que instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte optantes pelo Simples Nacional ou SIMEI (PERT-SN), conhecido como Refis da Pequena Empresa.

O projeto já havia sido aprovado no final de 2017 pelo Senado, mesmo período em que foi promulgada a Lei nº 13.496, que estabeleceu o Programa de Regularização Tributária – PERT, cuja finalidade é a regularização fiscal das empresas de médio e grande porte, não sendo adequada, portanto, aos pequenos empresários e empreendedores.

Com base no princípio da isonomia e do tratamento diferenciado a que tem direito os

que se enquadram nessas categorias, foi realizado grande esforço para que a lei fosse sancionada. Isso porque depois de aprovada pelo Senado, a lei que beneficiaria os pequenos empresários foi vetada pelo Governo Federal, e segundo o presidente do Sebrae, Afif Domingos, cerca de 560 mil microempresários já haviam sido notificados para quitarem seus débitos até 31 de janeiro deste ano, sob pena de serem excluídos do Simples Nacional.

A principal garantia concedida pela lei é a de renegociação das dívidas, abrangendo os débitos vencidos até novembro de 2017. O inciso I, do artigo 1º desta lei estabelece que após o pagamento de no mínimo 5% do valor consolidado da dívida, o restante poderá ser parcelado em até 175 vezes, sendo maiores os descontos quanto menores forem as parcelas. Tal possibilidade é considerada por alguns extremamente relevante, por permitir que os pequenos empresários voltem a ter acesso a financiamentos e sejam capazes de recuperar a capacidade de crescimento.

Outras modificações ainda podem ser concretizadas a depender da aprovação do Projeto de Lei do Senado, nº 285/2011, já aprovado pelo plenário em fevereiro deste ano, e que no momento segue em tramitação na Câmara dos Deputados. O projeto intende aprimorar a recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte, alterando dispositivos da Lei de Falências, nº 11.101/2005, e do Código Tributário Nacional (CTN).

Conforme se depreende da exposição de motivos da lei, seu intuito é o de facilitar a recuperação judicial das microempresas e empresas de pequeno porte, alterando para isso alguns dispositivos legais, como supracitado.

O primeiro deles é o artigo 191-A do CTN, que exige a apresentação de prova de quitação de todos os tributos para que seja concedida a recuperação judicial. No projeto, é proposta a inclusão de um parágrafo único que exime as microempresas e empresas de pequeno porte de apresentarem tais provas de quitação dos tribunhos. Isto porque esses empresários muitas das vezes são motivados a solicitar a recuperação judicial por impossibilidade de quitação dos tributos. Pelo mesmo motivo pretende-se também a modificação do artigo 57 da lei 11.101/2005.

Propõe-se também a modificação do artigo 70 da Lei de Falências, enquadrando como extraconcursais os créditos decorrentes das obrigações contraídas pelas microempresas e empresas de pequeno porte durante a recuperação judicial, em caso de decretação de falência. E, a alteração do inciso II, do artigo 71 da mesma lei, que alteraria de 36 para 48 o número de parcelas mensais para que o empresário tenha mais chances de quitar suas dívidas.

Por fim, impende analisar se a alteração realizada e as que estão sendo propostas serão capazes de dar efetividade a recuperação das micro e pequenas empresas. Foi percebido que buscou-se dar efetividade ao tratamento diferenciado a que essa categoria tem direito, sobretudo porque como dito, benefícios foram e são concedidos muito mais facilmente às médias e grandes empresas. Em ambos os projetos de lei, a possibilidade de renegociação das dívidas com dilatação dos prazos para pagamento, e a redução drástica dos juros e multa, com parcelas mínimas de valores razoáveis, no caso do Refis da Pequena Empresa, favorecem claramente tanto o contribuinte quanto o Fisco, pois aumentam a possibilidade de quitação dos débitos, sobretudo no cenário de crise em que nos inserimos.

A única ressalva a ser feita, diz respeito ao PLS nº 285/2011 com relação a dispensa de apresentação de quitação dos tributos para que possa ser deferida a recuperação judicial, pois parece desconsiderar o critério de viabilidade econômica. Se considerarmos que a recuperação serve àqueles que possuem condições de permanecerem funcionando, parece que tal critério está sendo mitigado, pois na defesa do tratamento diferenciado, pode-se perder um pouco de segurança jurídica. Parece mais coerente com a lógica do instituto a exigência de uma certidão positiva com efeitos de negativa ao invés de não ser solicitada certidão alguma.

Considerações finais

A legislação infraconstitucional buscou e vem buscando se atentar às modificações do cenário econômico e social brasileiro, afim de oferecer o efetivo tratamento favorecido, positivado na Constituição de Cidadã de 1988 para as Micro e pequenas empresas, como forma de tutela para a manutenção de suas atividades e concretização do tratamento isonômico que necessitam para se manter no âmbito da livre concorrência.

Entretanto, após breve análise sobre a historicidade, e especialmente sobre a Recuperação Judicial Especial na lei 11.101/2005, percebe-se que a Lei de Falências poderia ter inovado ainda mais e estabelecido uma regulação mais aprofundada para essas empresas, como por exemplo no que se refere a similitude da Recuperação Judicial Especial com o antigo instituto da concordata preventiva do Decreto Lei 7.661/1945 fortemente criticado. De toda forma, a nova lei representou um grande avanço no tratamento do tema quando comparado às previsões do Decreto n° 7.661/45.

Diante do cenário de crise do país, cujos efeitos ainda serão sentidos possivelmente por um longo período de tempo é necessário o aprimoramento de um instituto como o da recuperação especial, sobretudo para que surtam maiores efeitos práticos. Nesse ponto, propostas de alterações legislativas como as aqui apontadas podem contribuir substancialmente desde que não reproduzam os equívocos das legislações anteriores e se orientem sobretudo pelas disposições constitucionais e pelo princípio da preservação da empresa sobre o qual a Lei 11.101/2005 se alicerça.

Referências

AGENCIA SEBRAE DE NOTÍCIAS. Em cinco anos, número de pequenos negócios crescerá 43%. Disponível em:< <http://www.agenciasebrae.com.br/sites asn/uf/NA/em-cinco-anos-numero-de-pequenos-negocios-crescera-43,608b10f0fc10f510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. Lei de recuperação de empresas e falências: comentada: Lei 11.101/2005: comentários artigo por artigo. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 168.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988

BRASIL. Lei Nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, DF, fev 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 9 mai. 2018.

BRASIL. [Lei Complementar Nº 123, de 14 de dezembro 2006](#). Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília, DF, dez 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 9 mai. 2018

BRASIL. [Lei Complementar Nº 147, de 7 de agosto 2014](#). Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e as Leis nos 5.889, de 8 de junho de 1973, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 9.099, de 26 de setembro de 1995, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 8.934, de 18 de novembro de 1994, 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e 8.666, de 21 de junho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF, ago 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em: 9 mai. 2018.

CAMPINHO, Sérgio. Falência e recuperação de empresa — O novo regime da insolvência empresarial — Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de direito comercial, volume 3: direito de empresa .5^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LOBO, Jorge. Arts. 34 à 69. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles; ABRÃO, Carlos Henrique (Coord.). Comentários à lei recuperação de empresas e falência. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 104-105

MAMEDE, Gladston. et al. Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. São Paulo: editora Atlas, 2007.

MAMEDE, Gladston. Direito empresarial brasileiro: recuperação de empresas. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.170.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Assuntos Legislativos. Análise da nova lei de falências. Brasília: [s.n.], 2010.p.75-76.

Disponível em: <[https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B68E6736C-4DF7-498B-ABC3-DBCFe29195F6%257D%26ServiceInstUID%3D%257B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%257D&ei=eFCHVOXRJoWbNpyihKgO&usg=AFQjCNEAYy7B-37ipn9sC9tlv4JjdSBYA&bvm=bv.81449611,d.eXY">>.](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fportal.mj.gov.br%2Fservices%2FDocumentManagement%2FFileDownload.EZTSvc.asp%3FDocumentID%3D%257B68E6736C-4DF7-498B-ABC3-DBCFe29195F6%257D%26ServiceInstUID%3D%257B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%257D&ei=eFCHVOXRJoWbNpyihKgO&usg=AFQjCNEAYy7B-37ipn9sC9tlv4JjdSBYA&bvm=bv.81449611,d.eXY)

NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa, vol.3. 4º edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Paulo Penalva. (coord). A nova lei de falências e de recuperação de empresas: Lei n. 11.101/05. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TEBET, Ramez. Parecer 534: Lei 11.101/2005.
Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580933>>. Acesso em: 01 mai. 2018, p. 35-36.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas. V.3. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 256.

VIDAL, Odenir Rodrigues. A Lei de Recuperação de Empresas e Falências frente ao Princípio Constitucional do tratamento favorecido às Micro e Pequenas Empresas. Monografia

(Graduação em Direito). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Brasília, p. 42. 2011.

YAMADA, Camila Barboza. Recuperação judicial com base em plano especial para as microempresas e empresas de pequeno porte: alterações promovidas pela lei complementar 147/2014. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4388, 7 jul.2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40656/recuperacao-judicial-com-base-em-plano-especial-para-as-microempresas-e-empresas-de-pequeno-ponte> Acesso em: 9 ago. 2017.

9. RELEVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS PARA O DESENVOLVIMENTO E FORTALECIMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR NO BRASIL

THE RELEVANCE OF PUBLIC TAX POLICIES FOR THE DEVELOPMENT AND STRENGTHENING OF FAMILY AGRICULTURE IN BRAZIL

Luiz Salustiano Bolotari Maroco¹
Profª. Drª. Elizabete Rosa de Mello²

Resumo

O presente trabalho analisa a relevância de políticas públicas de cunho tributário para o desenvolvimento e fortalecimento da agricultura familiar no Brasil. Para tanto, inicialmente foi traçado um panorama elencando as características estruturantes de tal modelo agrário. Enfatizou-se a sua importância para a efetivação de um desenvolvimento sustentável, geração de emprego e renda para fomentar o desenvolvimento regional. Para alcançar tais fins, confere-se a aplicação de políticas públicas de cunho tributário e natureza extrafiscal, como a aplicação de benefícios e incentivos fiscais. Apesar de sua importância, verificou-se que poucas são as políticas públicas tributárias adotadas, e que além disso sua efetividade é questionada. Foram abordadas políticas públicas dos Estados de Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro, confirmando a necessidade de serem criadas outras. A metodologia adotada será a bibliográfica, descritiva e crítico-dialética. O marco teórico que norteará essa pesquisa será o neoconstitucionalismo, visando além do reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e nova dogmática e interpretação constitucional.

Palavras-chave: Agricultura familiar. Políticas públicas tributárias. Extrafiscalidade tributária.

Abstract

This paper analyzes the relevance of public policies of a tax nature for the development and strengthening of family agriculture in Brazil. In order to do so, a panorama was first outlined listing the structural characteristics of such an agrarian model. Its importance was emphasized for the achievement of sustainable development, generation of employment and income to foster regional development. To achieve these goals, it is possible to apply tax-related public policies and extra-fiscal nature, such as the application of tax benefits and incentives. Despite its importance, it was verified that few are the public tax policies adopted, and that in addition its effectiveness is questioned. Public policies of the states of Minas Gerais, Mato Grosso do Sul and Rio de Janeiro were discussed, confirming the need to create others. The methodology adopted will be the bibliographical, descriptive and critical-dialectic. The theoretical framework that will guide this research will be neo-constitutionalism, aiming beyond the recognition of the normative force of the Constitution, expansion of constitutional jurisdiction and new dogmatic and constitutional interpretation.

Keywords: Family agriculture. Public tax policies. Tax extrabudality.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: salu321@hotmail.com

² Professora orientadora. E-mail: elizabeterosademello@gmail.com

1. Introdução

A agricultura familiar, enquanto modelo de produção agrária é responsável pela produção de boa parte dos gêneros alimentícios consumidos pelos brasileiros, apresenta significativa importância para a garantia da política pública para segurança alimentar e nutricional nacional, contribuindo para a redução da fome e miséria em áreas urbanas e rurais. Além disso, é responsável pela geração de empregos e compõe a renda principal de milhões de famílias.

Apesar de toda a sua importância, apenas em meados da década de 1990 quando temas como desenvolvimento sustentável e questões ambientais ganharam relevo, que começaram a ocorrer o desenvolvimento de políticas públicas para o setor, com a institucionalização do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura familiar (PRONAF). Somente na década de 2000, com a promulgação da Lei 11.326 (BRASIL, 2006), que foram estabelecidas as diretrizes para a formulação da política nacional da agricultura familiar e empreendimentos familiares rurais.

A presente pesquisa mostra a relevância da aplicação por parte do ente estatal de políticas públicas tributárias de natureza extrafiscal, como incentivos e benefícios fiscais para o desenvolvimento e fortalecimento da agricultura familiar nacional. Neste sentido, serão abordadas estratégias adotadas por alguns entes da federação, bem como será feita uma análise crítica desses programas.

O segundo capítulo apresenta como temática as características da agricultura familiar no Brasil.

No terceiro capítulo, trata-se da extrafiscalidade tributária e de que forma ela pode ser utilizada como instrumento de efetivação de políticas públicas.

No quarto capítulo, a temática passa a ser a carência de políticas públicas tributárias voltadas à agricultura familiar, bem como eventuais políticas que vem sendo adotadas por alguns entes federativos.

No quinto e último capítulo será tratada a relevância das políticas públicas no Brasil, para o referido setor.

O marco teórico que norteia a presente pesquisa é o neoconstitucionalismo, visto o papel de destaque atestado aos princípios e valores como elementos estruturantes de sistemas constitucionais, além da importância conferida às normas de direitos fundamentais.

A metodologia adotada nesta pesquisa será a bibliográfica, descritiva e crítico-dialética, visto que não nos restringiremos à uma análise legislativa, mas crítica de políticas públicas tributárias para a agricultura familiar.

2. características da agricultura familiar

A agricultura familiar pressupõe uma unidade produtiva em que trabalho e propriedade estão diretamente ligados à família. Nesse processo, a família é vista como estrutura fundamental de organização e reprodução social, onde através de estratégias de cunho familiar ou individual remetem à transmissão do patrimônio material e cultural. Conceitualmente, para a produção ter um caráter familiar, deve-se ter a presença de ao menos um membro da família, que irá combinar atividades de administrador da produção com a de trabalhador (SAVOLDI, CUNHA, 2010).

A utilização da terminologia agricultura familiar ganha relevo a partir da década de 1990, em vista de um modelo de desenvolvimento agrário pautado na modernização do setor e com o intuito de transformar a pequena propriedade em empresa rural. Nota-se a partir da criação e implantação no ano de 1995 do Programa Nacional de fortalecimento da agricultura familiar (PRONAF) que este modelo de agricultura passa a ser vista como uma política pública

no país. Vários fatores contribuíram para que esse modelo de produção agrário ganhasse destaque no cenário nacional, como por exemplo a importância econômica e social para o desenvolvimento regional assim como a ideia de desenvolvimento sustentável em voga desde a Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o ambiente em 1992. Soma-se a isso, a atuação de movimentos sociais que veem nesse modelo produtivo um caminho para ajudar a solucionar desafios históricos do Brasil, como a fome, a desigualdade social e a segurança alimentar.

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) trata no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, o Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, contendo os artigos 184 a 191, que trazem um aperfeiçoamento em relação ao passado, no sentido de se buscar atingir um nível mais elevado de justiça social.

Nesse sentido, movimentos sociais como Confederação nacional dos trabalhadores na agricultura (CONTAG) e Federação dos trabalhadores e trabalhadoras na agricultura familiar (FETRAF) surgem como porta-vozes que foram capazes de implementar práticas democráticas e participativas, que buscaram a efetivação de direitos fundamentais de segmentos excluídos do contexto histórico da agricultura nacional (RATKE, 2015).

A intervenção Estatal via políticas públicas para o meio rural devem ser pautadas na inclusão do agricultor familiar no mercado econômico, acarretando desenvolvimento regional, melhoria na segurança alimentar, com a efetiva transformação da realidade social (RATKE, 2015).

Ressalta-se que no Brasil a agricultura familiar é caracterizada pela heterogeneidade, visto que existem famílias extremamente pobres que possuem a título precário áreas que não apresentam a mínima condição de manter uma produção sustentável, até famílias que detém uma estrutura organizacional elevada para o desenvolvimento de suas atividades (SAVOLDI, CUNHA, 2010).

Uma das grandes limitações ao crescimento sustentável da agricultura familiar no Brasil, é o número significativo de estabelecimentos familiares que não apresentam condições de oferecer dignidade para a família, como por exemplo ausência de eletricidade, água potável ou ainda uma rede de esgoto adequada.

2.1. A estrutura da agricultura familiar no Brasil

O Censo Agropecuário de 2006 traz dados estatísticos de todo o território Nacional e foi realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Agrário, Planejamento, Orçamento e Gestão. Foi consolidada a utilização do termo “agricultura familiar”, termo este utilizado desde 1996, quando da criação do PRONAF. Para que um estabelecimento rural seja enquadrado como de agricultura familiar, deve atender os critérios dispostos na Lei 11.326 de 24 de junho de 2006 (BRASIL, 2006), que estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais (IBGE, 2006).

Foram identificados 4.367.902 estabelecimentos da agricultura familiar, o que corresponde a 84,4% dos estabelecimentos rurais brasileiros. Esse número corresponde a 80,25 milhões de hectares, o que representa 24,3% da área dos estabelecimentos agropecuários do país. A área média dos estabelecimentos é de 18,37 hectares. Cerca de 45% dos 80,25 milhões de hectares da agricultura familiar são destinados às pastagens. Áreas com matas, florestas ou sistemas agroflorestais ocupam 28% dessa área, e as lavouras correspondem à 22% do total (IBGE, 2006).

Pelos dados acima é possível verificar que a sustentabilidade e integração ao meio ambiente é característica da agricultura familiar, uma vez que quase 1/3 das áreas das propriedades tem sistemas naturais preservados. Contudo, há a tendência, assim como nas

grandes propriedades, em privilegiar as atividades pecuárias o que pode significar alguma dificuldade no abastecimento regional de alguns tipos de alimentos.

A agricultura familiar é importante ao garantir boa parte da segurança alimentar do país, sendo responsável por fornecer grande parte de alimentos ao mercado interno. Tem-se como destaque a produção das seguintes culturas: 87% da produção nacional de mandioca, 70% da produção de feijão, 46% de milho, 38% de café, 34% de arroz, 58% de leite, 59% do plantel de suínos, 50% do plantel de aves, 30% de bovinos, 21% de trigo e 16% de soja (IBGE, 2006). Com isso, observa-se a importância econômica atrelada ao abastecimento do mercado interno, bem como ao controle da inflação dos alimentos consumidos na mesa dos brasileiros.

A agricultura familiar responde por um terço das receitas dos estabelecimentos agropecuários brasileiros, porém, apenas três milhões de produtores declararam que obtiveram receita no estabelecimento no ano de 2006. Dos que declararam receita, observa-se uma receita média de R\$ 13.600 anuais, concentradas na venda de produtos vegetais (67,5%) e animais e seus produtos (21%) (IBGE, 2006). Os baixos valores nas receitas das propriedades da agricultura familiar indicam que a atividade não se profissionaliza e, portanto, não é competitiva.

A agricultura familiar constitui a base econômica de 90% dos municípios brasileiros com até 20 mil habitantes; responde por 35% do produto interno bruto nacional; e absorve 40% da população economicamente ativa do país (IBGE, 2006). Mesmo obtendo pequenas rendas, as famílias que trabalham com agricultura familiar, geram alto retorno de investimento para a sociedade, além de absorver um contingente significativo da mão de obra. Sem os programas de incentivo dessas propriedades, muitos trabalhadores não qualificados aumentaria ainda mais a bolha urbana, elevando os índices de desemprego e subemprego e implicaria alto custo social em programas de habitação, educação, saúde e segurança apenas para o acesso individual aos direitos sociais básicos.

3. A extrafiscalidade tributária como instrumento de efetivação de políticas públicas

As políticas públicas são entendidas como mecanismos de atuação estatal que visam a satisfação dos direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), como critério de alcançar os fundamentos da República (RATKE, 2015).

Neste aspecto, Bontempo destaca que:

As políticas públicas estão diretamente ligadas à prática dos direitos sociais, destacando que a constitucionalização de tais direitos sociais exigem uma postura ativa por parte do Estado, com a finalidade de promover condições para que eles possam ser efetivamente usufruídos. Essas condições devem ser produzidas pelo Estado, e nada mais são do que as chamadas “políticas públicas”. (BONTEMPO, 2005, p. 210)

O direito atua como meio decisivo de concretização de políticas públicas a partir do quadro institucional jurídico, por intermédio de resoluções, portaria, decretos e outros instrumentos (RATKE, 2015). Neste aspecto, políticas públicas podem ser elaboradas principalmente por iniciativa dos poderes executivo, ou legislativo, separada ou conjuntamente, a partir de demandas e propostas da sociedade, em seus diversos seguimentos, sendo que o acompanhamento e avaliação das políticas públicas em alguns casos é assegurada na própria lei que as institui (PARANÁ, 2016).

Entendidas como instrumentos práticos relevantes na defesa de direitos fundamentais, as políticas públicas precisam ser efetivadas de forma a configurar uma justiça social. A sociedade, juntamente com o poder público deverá atuar fiscalizando sua implementação e

aplicação, para que ocorra a concretização de direitos sociais, evitando que sejam tratadas apenas como assistencialismo social. Assim, o Estado desempenhará sua função social, apresentando como objetivo principal o interesse coletivo, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais, sem os quais não se satisfaz as condições de uma vida digna.

A política agrária é um modelo de política pública elencada na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu artigo 187. É incumbência do Estado intervir nas atividades agrárias através de políticas públicas, concretizando direitos específicos, garantindo assim recursos e condições de sobrevivência no âmbito rural (RATKE, 2015).

Quando se trata da implementação de políticas públicas através da aplicação da extrafiscalidade tributária deve-se priorizar principalmente o desenvolvimento local e a inclusão social. Nesse escopo, Rodrigues (2005) afirma que a função extrafiscal se materializa em verdadeira política pública de ingerência no meio econômico ou social, tornando mais ou menos gravosas as exigências tributárias. Nesse sentido, tem-se nas palavras de Bucci (2009, p. 269) que, “uma política será pública quando efetivamente contemplar interesses públicos, voltados à coletividade”.

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) preconiza o desenvolvimento, quando em seu artigo 3º, inciso II, estabelece que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é o desenvolvimento nacional. Já em seu artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal reporta-se ao meio ambiente, incluindo sua defesa entre os princípios que regem a atividade econômica e condicionando o desenvolvimento de qualquer atividade à preservação ambiental (BRASIL, 1988). Observa-se a partir da leitura desses dispositivos que o desenvolvimento é almejado, porém deve vir acompanhado da responsabilidade ambiental, ou seja, preconiza-se um desenvolvimento econômico sustentável.

Já os artigos 173 e 174 da Constituição (BRASIL, 1988), dispõem sobre a intervenção estatal na economia, determinando que esta pode ocorrer de forma direta (atuação estatal de determinada atividade econômica) ou de forma indireta (Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica). Esta atuação ou intervenção indireta na atividade econômica é associada às funções de normatização, fiscalização, incentivo, planejamento visto que o poder de tributar do Estado é de grande utilidade.

Vamos tratar de benefícios e incentivos fiscais, mas antes é necessário conceituá-los. Os primeiros podem ser entendidos como forma de desoneração do crédito tributário. No ordenamento jurídico brasileiro, as espécies mais comuns são: imunidades, isenções, anistias, moratórias e alíquota zero. Não estão associados unicamente ao não pagamento de determinado crédito tributário, visto que podem se perfazer por meio de vantagem que o ente Federativo concede ao contribuinte, como na isenção de uma obrigação tributária principal ou na diliação do prazo de pagamento. São concedidos por leis específicas, e apresentam função fiscal e extrafiscal. Comportam como característica a não contraprestação por parte do sujeito passivo da obrigação tributária. Quando da concessão de um benefício fiscal, ocorre uma diminuição da arrecadação, porém, ganha-se com projetos educacionais e sustentáveis (MELLO, 2014).

Já em relação aos incentivos fiscais, estes estão vinculados à supressão ou redução do ônus com o recolhimento de tributos. Entre as principais espécies temos as subvenções, os créditos presumidos, os subsídios, as isenções tributárias onerosas e o diferimento. Todos esses institutos, apesar de apresentarem diferenças em relação aos regimes jurídicos, são instrumentos úteis à intervenção estatal sobre o domínio econômico, onde incentivam comportamentos de agentes econômicos, aliados aos interesses públicos (ELALI, 2007), e ordenam uma contraprestação por parte de quem os recebe.

Ainda, no Brasil, a política tributária pode se valer desses benefícios previstos em legislações infraconstitucionais para alcançar objetivos econômicos e sociais elencados na Constituição (RIBEIRO, MAIDANA, 2009), visto que a extrafiscalidade pode ser alocada como instrumento de indução e provocadora de condutas de caráter sustentável na economia.

Sabe-se que os tributos são a maior fonte de recursos financeiros do Estado, por isso devem proporcionar-lhe o alcance de direitos previstos tanto em matéria constitucional quanto infraconstitucional. Os tributos então, devem cumprir tanto uma função extrafiscal quanto uma função arrecadatória. Destaca-se que os incentivos fiscais muitas vezes podem se perfazer como benefícios fiscais, quando a contraprestação àqueles atribuída não é recobrada pelo ente da federação.

Já a concessão de incentivos fiscais previstos no art. 151, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que visa promover o equilíbrio socioeconômico entre as diferentes regiões do País, está em consonância com a ordem econômica e financeira estatal, que preconiza a redução das desigualdades regionais e sociais.

Nascimento (2009) elenca fatores positivos e negativos associados à concessão de incentivos fiscais a partir da ótica do gestor público. Como aspectos positivos podemos citar a geração de emprego e renda, aumento do PIB local e receita tributária futura. Em relação aos aspectos negativos, podemos citar a perda de receita presente que muitas vezes não poderá ser compensada posteriormente, visto que a atividade agropecuária apresenta riscos associados à questões climatológicas.

Rodrigues Jr. (2003) avalia que tem havido contestações em relação à concessão desses incentivos com o questionamento no sentido de verificar sua finalidade principal, que é a geração de empregos. Nesta seara, Kronbauer et al., (2011, p.5 apud, Viol 1999) considera que crescimento econômico por meio de incentivos fiscais não necessariamente está associado à uma melhoria na condição de vida da população por muitas vezes não ocorrer a contraprestação necessária à sua efetivação.

Ressalta-se que muitas desonerações tributárias promovidas na agricultura visam promover a Política de Comércio Exterior (art 3º, inciso II, e art 32, inciso I, da Lei complementar nº 87/96) (BRASIL, 1996) e ignora a produção destinada ao mercado interno e que é produzido quase em sua totalidade pela agricultura familiar. Aqui teríamos uma violação ao princípio da igualdade. Além disso, quando ocorre um tratamento tributário diferenciado e que favoreça exclusivamente a agricultura voltada à exportação, ocorre também violação ao princípio constitucional da isonomia (Bevilacqua, 2010).

Quando o Estado intervir no processo de desenvolvimento econômico de forma indireta através da tributação, deve se atentar para não conceder incentivos fiscais que irão contribuir para a formação de riqueza individual, mas sim para que o resultado desse incentivo seja observado por um número significativo de pessoas. Nessa alcunha, a agricultura familiar é um campo fértil para efetivação desse modelo, visto que movimenta toda uma cadeia ao seu redor.

4. Carência de políticas públicas tributárias voltadas para a agricultura familiar

Apesar de a agricultura familiar responder por cerca de 70% dos alimentos colocados na mesa dos brasileiros, contribuir para o desenvolvimento econômico regional e ajudar para que se alcance a segurança alimentar nacional, o que se observa é um completo descaso dos governos em relação às necessidades e melhorias para o setor. Muitas vezes, sem instrução, com pouco ou nenhum apoio técnico e sem garantias financeiras, o produtor encontra grandes dificuldades para conseguir preparar a terra e produzir o alimento que irá garantir a sua subsistência, além de um eventual excedente de produção que será comercializado no mercado local (SOUZA, 2016).

A Política Agrícola Nacional é fomentada através de mecanismos de política econômica, sempre englobando políticas fiscais, tributárias, gastos do governo e ou benefícios fiscais, além da política monetária, quando ocorre o estabelecimento de juros específicos para empréstimos agrícolas, além de uma política cambial que visa estabelecer uma estrutura que satisfaça os anseios comerciais e produtivos (SOUZA, 2016).

As principais políticas agrícolas adotas no âmbito governamental são: implantação de perímetros irrigados, financiamento da agricultura familiar por meio do PRONAF; a política de desenvolvimento territorial e o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA)- política de compras governamentais de pequenos produtores rurais por intermédio da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB) (MANAF, FILHO, 2016).

Porém, ocorre grande dificuldade de acesso aos créditos voltados para tal fim principalmente por desconhecimento ou informações incompletas que chegam ao agricultor, o que causa hesitação neste em ir procurar o crédito; ou muitas vezes ele conhece o crédito, mas lhe falta uma garantia para oferecer à instituição bancária (REIS, NETO, 2014).

Questiona-se as políticas voltadas à agricultura familiar realmente vem buscando mecanismos para sua efetivação, como por exemplo estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos e que respeite as múltiplas características do país. Muitas vezes o que se observa é que as políticas públicas destinadas à agricultura familiar visam apenas a atender o mercado, não respeitando os laços culturais, sociais e tradicionais do produtor com sua comunidade.

O art. 187 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) traz a seguinte redação:

A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I - os instrumentos creditícios e fiscais; II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV - a assistência técnica e extensão rural; V - o seguro agrícola; VI - o cooperativismo; VII - a eletrificação rural e irrigação; VIII - a habitação para o trabalhador rural (BRASIL, 1988).

Também, a Lei nº 11.326 de 24 de julho de 2006 (BRASIL, 2006), no que tange a programas para atingir a política voltada à agricultura familiar, traz a redação:

Art. 5º Para atingir seus objetivos, a Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais promoverá o planejamento e a execução das ações, de forma a compatibilizar as seguintes áreas: I - crédito e fundo de aval; II - infra-estrutura e serviços; III - assistência técnica e extensão rural; IV - pesquisa; V - comercialização; VI - seguro; VII - habitação; VIII - legislação sanitária, previdenciária, comercial e tributária; IX - cooperativismo e associativismo; X - educação, capacitação e profissionalização; XI - negócios e serviços rurais não agrícolas; XII - agroindustrialização (BRASIL, 2006).

A partir do dispositivo supracitado, observa-se que o Estado pode e deve se valer de políticas de cunho fiscal e tributário para fomentar o desenvolvimento da agricultura familiar. Ferramentas para tal assertiva não faltam, visto que os tributos podem se valer do caráter da extrafiscalidade, conforme mencionado no item 3.

Uma política pública tributária voltada para o setor está disposta na Lei 13.606, de 09 de janeiro de 2018 (BRASIL, 2018) que instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), também tratado por Refis Rural. O PRR permite o parcelamento, em até 176 vezes com redução integral dos juros de mora, de débitos de produtores rurais com a contribuição social de 2,1% sobre a receita bruta, conhecida popularmente como Funrural.

Ressalta-se que embora existam políticas públicas voltadas para a agricultura familiar, não necessariamente são realizadas e efetivadas ou apresentam a devida publicidade para sua efetivação. Em 2007, o Instituto de Pesquisa econômica Aplicada (IPEA) (BRASIL, 2007),

levantou dados sobre as políticas do Governo Federal em relação ao desenvolvimento e ficou comprovado que ainda não existem informações seguras sobre o impacto no PRONAF na vida dos agricultores. Importante destacar nesse estudo, que existe uma relação direta entre acesso ao crédito, escolaridade e especificidades ecológicas: observou-se que quanto maior a escolaridade e as condições ecológicas para o plantio, maior a possibilidade de acesso às linhas de crédito, o que promete o combate de desigualdades regionais e sociais.

A seguir serão abordados alguns modelos de política pública tributária adotados pelos Estados de Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro com viés de fortalecimento da agricultura familiar.

4.1. Políticas públicas tributárias do Estado de Minas Gerais

Nesta unidade da Federação, existe um modelo tributário simplificado e diferenciado, com o intuito de reduzir a carga tributária, para agricultores da agricultura familiar, que estejam vinculados à cooperativa ou associação de produtores.

Para tanto, o produtor rural deverá efetuar sua filiação a alguma associação ou cooperativa com inscrição coletiva, além de se enquadrar nos requisitos da Lei nº 11.326 de 24 de julho de 2006 (BRASIL 2006), conforme tratado no item 4 deste artigo (MINAS GERAIS, 2012).

A associação ou cooperativa deverá estar inscrita no cadastro de contribuintes do Estado de Minas Gerais referente ao ICMS, caracterizada com a inscrição coletiva, além de ser detentora do regime especial, de acordo com o incisos XIV e V do §7º do artigo 75 do Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (RICMS) (MINAS GERAIS, 2002), para representar os filiados produtores rurais da agricultura familiar.

Os produtores devem atender ainda ao disposto na Lei nº 14.180, de 16 de janeiro de 2002 (MINAS GERAIS, 2012), que dispõe sobre a habilitação de estabelecimento de produtor artesanal ou de agricultor familiar para produzir ou manipular alimentos para fins de comercialização, que foi regulamentada pelo Decreto nº 44.133 de 19 de outubro de 2005 (MINAS GERAIS, 2005), (MINAS GERAIS, 2012).

Entre os benefícios, temos o disposto no item 162 da Parte 1 do Anexo I do RICMS, que trata da isenção do ICMS (MINAS GERAIS, 2002) nas operações de remessa de mercadorias entre o produtor e a associação ou cooperativa (MINAS GERAIS, 2012).

Ainda, o item 51 da Parte 1 do Anexo IV do RICMS (MINAS GERAIS, 2002) trata da redução de base de cálculo nas operações entre a associação ou cooperativa e outro contribuinte do ICMS. Neste caso, a redução da base de cálculo na saída de produtos da agricultura familiar, promovida por cooperativa ou associação que possua inscrição coletiva e beneficiária do crédito presumido de que trata o inciso XIV do art. 75 do RICMS (MINAS GERAIS, 2002), observará o padrão: quando tributada à alíquota de 18%, redução de 61,11%; quando tributada à alíquota de 12%, redução de 41,66%. Em ambos os casos, o ICMS incidente sobre o valor da operação será de 7%. Já em operações com mercadorias destinadas a não contribuinte do imposto, a tributação ocorre com base de cálculo e alíquota previstas na legislação tributária (MINAS GERAIS, 2012).

A Lei nº 11.947 de 16 de junho de 2009 (BRASIL, 2009), dispõe que os produtores da agricultura familiar possam fornecer gêneros alimentícios para atendimento ao cardápio servido nas escolas da rede pública. Em consonância com tal dispositivo, o item 186 da Parte 1 do Anexo I do RICMS, trata da isenção do imposto nas operações destinadas a esse fim (MINAS GERAIS, 2012).

Apesar do modelo tributário diferenciado adotado em Minas Gerais para os agricultores

familiares ser inovador, observa-se uma série de dificuldades para sua implementação, uma vez os produtores carecem de uma estrutura organizacional adequada para se coordenarem em associações ou cooperativas para tal fim.

O interessado em alcançar tais benefícios neste Estado, tem acesso à uma cartilha intitulada “Agricultura Familiar e o ICMS em Minas Gerais” (MINAS GERAIS, 2012), publicação oficial do governo do Estado com termos técnicos e especificações sobre o rito procedural que deve ser seguido. Acessando o site da Secretaria de Estado da Fazenda, o produtor rural também encontra informações relativas à forma de obtenção de tais benefícios (MINAS GERAIS, 2018).

4.2. Políticas públicas tributárias do Estado do Mato Grosso do Sul

Apesar de o Estado do Mato Grosso do Sul utilizar políticas para a agroindústria da agricultura familiar, esta será abordada neste item desta pesquisa por considerar que vários agricultores poderão se unir e constituir tal estabelecimento.

O tratamento tributário diferenciado para agroindústrias da agricultura familiar deste Estado, está regulamentado pelo Decreto nº 9.983, de 17 de julho de 2000 (MATO GROSSO DO SUL, 2000), que institui o Programa de Verticalização da Pequena Produção Agropecuária do Estado de Mato Grosso do Sul – (PROVE Pantanal), estabelecendo normas especiais de tratamento simplificado e diferenciado e dispondo sobre o tratamento tributário dispensado à Unidade Familiar de Processamento Agroindustrial (UFPA) o Decreto nº 10.310, de 4 de abril de 2001 (MATO GROSSO DO SUL, 2001), que disciplina o tratamento tributário dispensado ao pequeno produtor rural que exerce atividade em UFPA, compreendida no Programa denominado Prove Pantanal (BRASIL, 2010).

De acordo com o artigo 5º do Decreto 9.983 de 2000 (MATO GROSSO DO SUL, 2000), é considerada UFPA, a estrutura física, composta de construção civil dotada de equipamentos adequados e ou adaptados, onde a família ou um grupo de famílias, transforma, processa ou agrupa, de formas diversas, valor à matéria prima produzida em sua área familiar ou adquirida de terceiros.

O “Programa de Verticalização da Pequena Produção Agropecuária do Estado do Mato Grosso do Sul” (PROVE Pantanal), que trata de agroindústria familiar, inserindo o pequeno produtor no processo produtivo através da concessão de incentivos fiscais à produção e ao processamento das matérias-primas, para agregar valor à sua produção, aumentar a renda familiar e promover a permanência das famílias no campo, com consequente geração de empregos (BRASIL, 2010).

Enquadramento na legislação, o tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado aos produtores ou cooperativas está nas operações de venda de produtos industrializados diretamente ao consumidor final, onde ocorre a dispensa do pagamento do ICMS. Para operações realizadas dentro do próprio Estado, com mercadorias processadas na própria unidade familiar de processamento agroindustrial, quando destinados a estabelecimentos de contribuintes, o lançamento e o pagamento do ICMS ficam diferidos para o momento da sua saída do estabelecimento adquirente. Neste caso, é concedido ao estabelecimento adquirente, um crédito no valor equivalente ao ICMS da referida operação.

Quando ocorrer a venda de mercadorias processadas em operações interestaduais, o incentivo fiscal é equivalente ao valor do ICMS incidente (BRASIL, 2010).

Com relação à publicidade de tais dispositivos, em pesquisa realizada no site da Secretaria de Estado de Fazenda, encontra-se o Regulamento do ICMS com especificações de enquadramento para obtenção de tais benefícios (MATO GROSSO DO SUL, 2018), já no site da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar tem-se acesso a notícias sobre outros programas de incentivo tributário ao

produtor da agricultura familiar, como a concessão de isenção de ICMS nas operações de saída de leite fluído e redução da pauta fiscal da muçarela (MATO GROSSO DO SUL, 2018).

4.3. Política pública tributária do Estado do Rio de Janeiro

Nesta unidade da Federação, a legislação pertinente à concessão de benefícios fiscais para o setor de agronegócio e da agricultura familiar está disposto na Lei nº 4.177 de 29 de setembro de 2003 (RIO DE JANEIRO, 2003).

Para ser beneficiário dessa política, o empreendimento agro-industrial do agronegócio ou da agricultura familiar, deverá realizar investimento superior à 20.000 UFIR's/RJ2.

Entre os incentivos de natureza tributária, pode-se elencar: crédito presumido do ICMS, correspondente a 6% do valor da operação, nas compras internas de produtos agropecuários produzidos no Estado do Rio de Janeiro, adquiridos de produtores rurais, pessoa física, para o processamento agro industrial; crédito presumido do ICMS correspondente a 4% do valor da operação, nas compras interestaduais de produtos agropecuários produzidos em outros Estados da Federação, adquiridos para o processamento agroindustrial; redução da base de cálculo do ICMS em 1/3, nas saídas internas dos produtos efetivamente fabricados na nova unidade das empresas que se instalarem no Estado e redução da base de cálculo do ICMS em 1/3, restrita ao acréscimo produtivo decorrente do incremento da atividade agro industrial, na saída de produtos agro industriais por empresas já em operação (BRASIL, 2010).

Quando se impõem que a concessão de um benefício está atrelado a um valor a ser investido, bloqueia-se o acesso deste a um número considerável de produtores, dado o caráter heterogêneo observado entre os agricultores da agricultura familiar, que muitas vezes não possuem capital para tal investimento. Logo, a política adotada neste Estado não se perfaz de forma efetiva. Ainda, o indivíduo que pretenda ter acesso às informações sobre como alcançar tais benefícios tem como fonte somente a uma cartilha disponibilizada pelo Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequenas Empresas do Estado do Rio de Janeiro (SEBRAE/RJ), (RIO DE JANEIRO, 2005). Também, pesquisando no site da Secretaria de Estado da Fazenda deste Estado, não há publicidade de tais políticas públicas.

5. Conclusão

A agricultura familiar é um modelo de produção agrário que apresenta grande relevância econômica e social para o desenvolvimento nacional, por fomentar a economia regional gerando emprego e renda; e em virtude de ser responsável por abastecer parcela significativa do mercado interno de gêneros alimentícios, garantindo assim parte da segurança alimentar brasileira. Destaca-se também sua importância como mantenedora de laços tradicionais e culturais regionais.

Apesar de sua importância, muitos são os entraves encontrados para a efetivação desse modelo produtivo, pois boa parte dos estabelecimentos rurais do setor carecem de estrutura mínima para serem viáveis, além disso, existe baixa qualificação profissional dos produtores, o que reflete em dados sobre baixo valor de receita obtida por unidade familiar produtiva, além de prejuízo para competitividade de suas mercadorias.

Nota-se que apenas a partir de meados da década de 1990, com o advento de temas voltados à sustentabilidade e preservação ambiental, que este modelo produtivo passa a receber atenção de políticas públicas, que apesar de virem se aperfeiçoando com o passar dos anos, inclusive com a elaboração de legislação nacional específica, ainda são incipientes. Uma política nacional efetiva para a agricultura familiar é estratégica para geração de emprego, renda, saúde, sustentabilidade e urbanização.

O ente estatal apresentando como principal fonte de receita os tributos, deve se valer

destes através de sua função extrafiscal, seja por benefícios ou incentivos, como ferramenta para a efetivação de políticas públicas tributárias para a agricultura familiar.

A presente pesquisa mostrou que os Estados Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Rio de Janeiro apresentam políticas que visam o desenvolvimento e fortalecimento do setor, porém em diferentes estágios de implementação. Enquanto Minas Gerais e Mato Grosso do Sul apresentam uma legislação ampla e certa transparência das políticas públicas tributárias aplicadas, o Estado do Rio de Janeiro carece de legislação específica e publicidade dessas políticas. Em todos os Estados porém, há imposição de uma série de exigências para que o produtor rural tenha acesso a tais políticas públicas, muitas vezes incompatíveis com a estrutura do empreendimento, tornando o negócio inviável.

Políticas públicas tributárias voltadas para a agricultura familiar devem ser elaboradas visando a integração entre os produtores rurais do setor, através de vínculo destes com cooperativas, associações ou agroindústrias da agricultura familiar. Além disso, o poder público deverá buscar a integração entre entes federativos através de convênios para uma maior satisfação das demandas. Faz-se necessário também o acompanhamento, monitoramento e avaliação dessas políticas em face de uma maior eficiência e transparência das políticas públicas realizadas pelo Estado.

Referências

BEVILACQUA, Lucas. Intervenção do estado na agricultura: política de desenvolvimento agrário, tributação e incentivos fiscais. 2010. 128f. Dissertação (Mestrado)- Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos sociais. Eficácia e açãoabilidade à luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Fazendária. Ministério da Fazenda. Convênio ICMS 26, de 26 de março de 2010. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2010/CV026_10>. Acesso em: 29 mai. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Secretaria de edição e publicações. Coordenação de edições técnicas, 2013. 111 p.

_____. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm>. Acesso em 20 mai. 2018.

_____. Decreto nº 1.946, de 28 de junho de 1996. Cria o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1996/decreto-1946-28-junho-1996-435815-norma-pe.html>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

_____. Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006. Estabelece diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11326.htm>. Acesso em: 06 mar. 2018.

_____. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. Lei nº 13.606, de 09 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR), também tratado por Refis Rural. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13606.htm>. Acesso em 25 mai. 2018.

_____. Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp87.htm>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. Programa de Agroindustrialização da Produção da Agricultura Familiar. Documento orientador sobre tratamento diferenciado e incentivos fiscal e tributário e registro ambiental para agroindústrias da agricultura familiar: experiência de cinco unidades da federação. Brasília, fev. 2010. 31 p.

_____. Resolução nº 2.191, de 24 de agosto de 1995. Crédito Rural – Institui o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf). Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1995/pdf/res_2191_v3_L.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Ana Rita Nascimento; LEONETTI, Carlos Araújo. A observância da função social da propriedade rural e o imposto sobre propriedade territorial rural no Brasil. In: Encontro nacional do CONPEDI, 24, 2015. Aracaju, SE: Direito Agrário e Agroambiental. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 127-141

FAO. *The state of food insecurity in the World*. Roma: FAO, 2001. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/y1500e00.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

HEINEN, Milton Inácio. Propriedade familiar – evolução conceitual e o reconhecimento formal de uma nova categoria rural. Revista da faculdade de Direito da UFG. V37, n.01, 2013. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/33574>>. Acesso em: 09 mai. 2018.

IBGE. Censo Agropecuário 2006 – Agricultura familiar: Grandes Regiões e Unidades da Federação- Primeiros resultados. Rio de Janeiro: 2006. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/50/agro_2006_agricultura_familiar.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Kronbauer, C. A. et al. Relação custo-benefício dos incentivos fiscais: um estudo baseado na DVA de empresas calçadistas incentivadas. ABCustos, São Leopoldo: Associação Brasileira de Custos, v. 6, n. 3, p. 1-22, set./dez. 2011.

MANAF, Marcos Aurelio; SIMÃO FILHO, Adalberto. A (re) evolução da agricultura e sua atividade econômica e social na consolidação da democracia e da efetivação da cidadania. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5, 2016, Montevideu, URU: Direito Agrário e Ambiental. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 115-134.

MATO GROSSO DO SUL. Decreto nº 9.983 de 17 de julho de 2000. Cria o programa de verticalização da pequena produção agropecuária do Estado de Mato Grosso do Sul - PROVE Pantanal, estabelece normas especiais de tratamento simplificado e diferenciado e dispõe sobre o tratamento tributário dispensado à unidade familiar de processamento agroindustrial - UFPA. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=136305>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. Decreto nº 10.310, de 4 de abril de 2001. Disciplina o tratamento tributário dispensado ao pequeno produtor rural que exerce atividade em Unidade Familiar de Processamento Agroindustrial (UFPA), compreendida no Programa denominado Prove Pantanal. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=136568>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

_____. Secretaria de Estado de Fazenda. Regime Especial Disponível em: <<http://www.sefaz.ms.gov.br/regime-especial/>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Desenvolvimento Econômico, Produção e Agricultura Familiar. Agricultura familiar, feiras e eventos. Disponível em: <<http://www.semagro.ms.gov.br/acoes-do-governo-para-fortalecer-agricultura-familiar-de-ms-sao-destaque-na-tecnofam/>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

MELO, Carolina. Jornal UFG. Cooperativas impulsionam agricultura familiar. Organização coletiva é alternativa para superar desafios diários dos pequenos produtores. Reitoria da UFG, Campus Samambaia, 2017, Goiânia, GO. Disponível em: <<https://www.jornalufgonline.ufg.br/n/97529-cooperativas-impulsionam-agricultura-familiar>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

MELLO, Elizabete Rosa de. Os benefícios fiscais brasileiros como instrumentos de educação e proteção ao meio ambiente. In: DE CARLI, Ana Alice; Martins, Saádia Maria Borba. Educação Ambiental: premissa inafastável ao desenvolvimento econômico e sustentável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 355-357.

MINAS GERAIS. Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002. Aprova o regulamento do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (RICMS). Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/d43080_2002.htm>. Acesso em: 21 mai. 2018.

MINAS GERAIS. Decreto nº 44.133, de 19 de outubro de 2005. Regulamenta a Lei nº 14.180, de 16 de janeiro de 2002, que dispõe sobre a habilitação de estabelecimento de produtor

artesanal ou de agricultor familiar para produzir ou manipular alimentos para fins de comercialização. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/d44133_2005.htm>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Lei 14180, de 16/01/2002. Dispõe sobre a habilitação de estabelecimento de produtor artesanal ou de agricultor familiar para produzir ou manipular alimentos para fins de comercialização. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=14180&ano=2002>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

_____. Secretaria de Estado de Agricultura, Pecuária e Abastecimento de Minas Gerais. Subsecretaria da Agricultura Familiar. Agricultura Familiar e o ICMS em Minas Gerais. RC Comunicação. 2012. 40p.

_____. Secretaria de Estado de Fazenda. Produtor Rural. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/>. Acesso em: 21 mai. 2018.

NASCIMENTO, Sidnei P. Guerra Fiscal: Uma análise quantitativa para Estados participantes e não participantes. Revista Economia, Brasília (DF), v.10, n.2, p.211–237, mai/ago 2009.

NUNES, Geilson; ALMEIDA; Patrícia Silva de. O tributo como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais: um caminho para implementação de políticas públicas direcionadas ao bem-estar social. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 26, 2016, Brasília, DF: Direitos sociais e políticas públicas II. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 277-296.

PELLANDA, Patrícia Précoma. Patrimônio natural/cultural e segurança alimentar: perspectivas para um estado de direito ambiental. In: TEMAS DA RIO+20: DESAFIOS E PERSPECTIVAS. Contribuições do GPDA/UFSC, 2012. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux., 2012. p. 297-315.

Política nacional de segurança alimentar e nutricional - proposições do conselho nacional de segurança alimentar e nutricional para sua elaboração documento aprovado na plenária do CONSEA de 12 de agosto de 2009. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/eventos/plenarias/documentos/2009/proposicoes-do-conselho-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-para-elaboracao-da-politica-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-08.2009/@@download/file/documento-com-proposicoes-para-a-elaboracao-da-pnsan.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

PORTAL SEBRAE. Cooperação. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae>>. Acesso em: 30 mai. 2018.

PORTAL SENAR. Associativismo. Disponível em: <<http://www.senar.org.br/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

RATKE, Bruna Nogueira Almeida. A agricultura familiar brasileira e o PRONAF: apontamentos para a construção de um objeto jurídico. 2013. 133f. Dissertação (Mestrado)-Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2013.

_____. Agricultura familiar: políticas públicas para um novo modelo de desenvolvimento rural. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 24, 2015, Aracaju, SE: Direito agrário e agroambiental. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2015. p. 158-186.

REIS, Luá Cristine Siqueira; NETO, João Gonçalves. Produção de alimentos sob a perspectiva da sustentabilidade. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ab58ac7f8dbc975>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

RIBEIRO, Maria de Fatima; MAIDANA, Ana Paula Duarte Ferreira. A constitucionalidade da tributação extrafiscal sócio-ambiental: Reflexos na intervenção da Ordem Econômica e Social. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10523> Acesso em: 10 mai. 2018.

RODRIGUES, Hugo Thamir. A extrafiscalidade tributária como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do ser humano frente à Lei de Responsabilidade Fiscal. In: II Seminário Internacional Sobre Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

RODRIGUES JR., Manuel Salgueiro. A DVA como Instrumento de Mensuração da Relação Custo Benefício na Concessão de Incentivos Fiscais: um estudo de caso. In: ANPAD, Anais..., 2003.

SAVOLDI, Andréia; CUNHA, Luiz Alexandre. Uma abordagem sobre a agricultura familiar, PRONAF e a modernização da agricultura no sudoeste do Paraná na década de 1970. Revista eletrônica do programa de pós graduação em Geografia UFPR. V 5, n. 1, p. 25-45, jan/jun 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/geografar>. Acesso em: 10 mai. 2018.

SOUZA, Rodrigo Mendonça de. A política agrícola atual e seus reflexos na segurança alimentar nacional. In: CONGRESSO DO CONPEDI, 25, 2016, Curitiba, PR: Direito Agrário e Ambiental. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2016. p. 181-198.

TORRES, Ricardo Lobo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 11. ed. Rio de Janeiro, RJ, Renovar 2004.

VAITSMAN, Jeni; RODRIGUES, Roberto W. S.; PAES-SOUSÁ, Rômulo. O Sistema de Avaliação e Monitoramento das Políticas e Programas Sociais: a experiência do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome do Brasil. Brasília, DF: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, 2006.

VIOL, Andréa L. O Fenômeno da Competição Tributária. Aspectos Teóricos e uma Análise do Caso Brasileiro. Monografia vencedora do IV Prêmio de Monografia do Tesouro Nacional. Brasília, 1999. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14 jun. 2011.

WANDSCHEER, Lucelaine dos Santos Weiss; MITO, Daiana De Lima. Agricultura familiar como protagonista da segurança alimentar nacional e a relação estatística com a diminuição da fome. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI, 5, 2016, Montevideu, URU: Direitos sociais e políticas públicas II. Florianópolis: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-

Graduação em Direito, 2016. p. 145-160.

10. A SELETIVIDADE NO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL: uma análise sistemática da situação.

SELECTIVITY IN BRAZILIAN FEMALE INCARCERATION: a systematic analysis

Leandro Oliveira Silva¹
Márcia Adriana Barroso Coelho²
Náyra Santos Oliveira³

Resumo

O presente trabalho, à luz da Criminologia Crítica, visa analisar, de forma ainda singela, a existência de seletividade estrutural no sistema carcerário feminino do Brasil. Assim, o texto discorre sobre o sistema penal e o seu funcionamento, com o fim de demonstrar a forma como o próprio sistema pode ser seletivo e reproduzor das relações de poder e dominação presentes na sociedade. Na sequência, serão analisados os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen Mulheres), publicado em 2018, os quais evidenciarão uma seletividade no sistema prisional e no encarceramento feminino.

Palavras-chave: gênero, seletividade, encarceramento.

Abstract

This article aims to analyse the existence of a structural selectivity in the brazilian female prison system based on critical criminology. For this objective, the text discusses the penal system, as well as its functioning, as a starting point for a demonstration on how the system itself can be selective and can reproduce relations of power and domination that are present in our society. Thereafter, data from the National Prison Information Survey (Infopen Mulheres), published in 2018, will be analysed. This data will highlight a selectivity in the prison system and female incarceration.

Keywords: gender, selectivity, incarceration.

Introdução

A priori, antes de aprofundar no fenômeno da seletividade penal, é necessário buscar compreender os elementos que o circundam e o influenciam, como a desigualdade social, crescimento populacional, marginalização, insegurança criminal, decadência do sistema carcerário, seletividade estatal em relação às políticas públicas de desenvolvimento social e estrutural, entre outros fatores.

Diante das desigualdades de gênero, raça, renda e território presentes no contexto social brasileiro, urge-se refletir sobre como o sistema penal se comunica com tais construções sociais. Nesse sentido, ao pensar a seletividade penal e o encarceramento devemos considerar as relações de poder que estão presentes na sociedade e que são refletidas nas instituições estatais.

Nesse contexto, as questões de gênero devem ser inseridas como uma construção histórica-social que estruturam a sociedade e incidem sobre os indivíduos que a compõem. Espinoza (2004, p. 106-107) cita a timidez e o descaso dos diplomas legais que regulam matéria

penitenciária ao se tratar da mulher, sendo esta não mencionada no que se refere ao modo de acesso à educação e formação profissionalizante, desse modo, na prática, resulta ao não acesso à esses direitos. Além disso, a referida autora, observa a existência de uma interpretação conservadora diante da mulher que comete um delito, seja no acesso a formação ou no exercício de sua liberdade sexual.

O Direito Penal, em síntese, trata-se de um “conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções” (BATISTA. 2007 p.25), ademais, nosso ordenamento jurídico possui diversos dispositivos legislativos concernentes à matéria penitenciária para que o direito penal tenha aplicabilidade fática. Além da necessidade de um conjunto de instituições, especificamente, a Polícia Judiciária - responsável pela investigação da conduta delituosa - e o Judiciário - que julga e aplica as sanções. E, a partir disso, se houver a aplicação da pena privativa de liberdade, a Penitenciária - onde o infrator ficará recolhido. De acordo com Nilo Batista (2007, p.25), a esses três estágios de aplicação do Direito Penal, denomina-se Sistema Penal.

A partir da hipótese de que o sistema penal atua como reproduutor de relações de poder, busca-se realizar uma breve análise sobre a seletividade no encarceramento feminino, os espaços prisionais ocupados pelas mulheres encarceradas e a garantia de direitos para essa parcela atingida pelo poder punitivo, sem a pretensão de abranger todos os contornos acerca do tema, através da metodologia de teorização fundamentada nos dados, utilizando como referência a Criminologia Crítica. A relevância do presente estudo se dá em razão da necessidade de se delinejar quais são os atores do encarceramento em massa, haja vista a violência institucional presente em nosso país. Dessa forma, tem-se por escopo resposta para a seguinte indagação: como se manifesta a seletividade penal no encarceramento feminino?

Sistema penal, prisão e desigualdade de gênero

A realidade social brasileira é caracterizada pela grande desigualdade social e pela marginalização, ocasionada pela população e, principalmente, pelo próprio Estado. Em razão do crescimento urbano desordenado, que impulsiona o crescimento das áreas periféricas, em conjunto com o desinteresse do poder público em implementar medidas sociais efetivas, acarreta a marginalização das classes populares. A penalidade neoliberal, como apresenta Wacquant (1999, p. 4), pretende remediar a inércia do Estado em relação a questões econômicas e sociais, que são própria causa da escalada generalizada da insegurança criminal, com uma atuação estatal voltada para força policial e o encarceramento. No entanto, a violência, bem como a insegurança criminal, tendem a ser agravadas pela intervenção bruta das forças policiais, que ao utilizarem frequentemente a violência letal e a tortura, ocasiona a "banalização da brutalidade estatal", como propõe Wacquant (1999), levando a uma contra resposta, o que por fim, leva ao crescimento da violência por ambos os lados.

A experiência das mulheres se difere da dos homens, sendo assim, o modelo de análise com base no padrão do homem mediano não pode ser aplicado de maneira geral, em particular, a questão das mulheres não pode ser percebida unicamente a partir desse modelo, sendo necessário para entender o processo de criminalização feminina, que se insira a análise das relações de gênero e o papel social atribuído à mulher, como apresenta Chernicharo e Boiteux (2014, p. 2). A mulher pertencente às classes sociais marginalizadas enfrenta maiores dificuldades, em relação aos homens, para acessar os meios formais de trabalho, o que aumenta a sua vulnerabilidade para a inserção na criminalidade, com o intuito, principalmente, de sustentar a família, tendo em vista que essas mulheres tendem a ser "chefes de família" – o que pode ser demonstrado pelas estatísticas oficiais, revelam o perfil de mulheres privadas de liberdade (CHERNICHARO; BOITEUX, p. 3).

De acordo com Zaffaroni (1992, p. s/n), o controle punitivo e vigilante do sistema penal

incide com maior intensidade sobre as mulheres, tendo em vista que esse controle é uma forma de poder a qual faz parte das formas de controle social. É relevante destacar as diversas formas de controle social informais sobre a mulher, as questões de gênero estão presentes seja nas relações familiares, profissionais ou sociais, desse modo, o sistema penal integra-se como um mecanismo de controle formal que reforça o controle informal já existente em uma sociedade marcada pelas desigualdades de gênero.

A partir da ideia acerca da definição do sistema penal, faz-se necessário ressaltar a sua natureza, como um meio de “controle social punitivo institucionalizado” (ZAFFARONI, 1984, p.7). Isso significa dizer que a estrutura do sistema é formada para garantir os interesses daqueles que detêm o poder punitivo, como salienta Da Silva (2014, p.31). Isso porque se firmaram “parâmetros”, para que determinados indivíduos sofram as sanções impostas pelo sistema penal de forma diferente de outros, denominados estereótipos de delinquência. Não por coincidência, são os mesmos que sofrem ou sofreram algum tipo de repressão, pelo Estado ou pela própria sociedade, como negros, mulheres e indivíduos pertencentes a classes sociais inferiorizadas. Nesse sentido, vale ressaltar o exposto por Ferreira (2012, p.6), ao retomar as ideias de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p.76).

“É indiscutível que em uma sociedade plural existam grupos que estão mais próximos das decisões, e que, por isso, utilizam o Estado para o seu sustento. Assim, esse poder de definição, sobretudo no âmbito penal, é imprescindível para que a classe dominante mantenha sua hegemonia na estrutura do poder, uma vez que direciona as instituições de controle social para uma criminalização e neutralização dos comportamentos típicos dos grupos mais afastados”.

A ineficiência do sistema carcerário é inerente à sua própria organização, que ao utilizar formas mais severas do aparato repressivo, tornam os regimes disciplinares rígidos, o que se contrapõe com a finalidade de ressocialização (CARDOSO; MONTEIRO, p. 94). A realidade do sistema penitenciário brasileira é definida por Wacquant (1999, p. 7) como "campos de concentração para pobres", ou ainda como "empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais", o que denuncia graves problemas que são negligenciados pelas políticas públicas nacionais, como a superlotação e as condições subumanas.

O direito penal, como um mecanismo de controle social que interfere bruscamente na esfera dos direitos fundamentais, deve observar, essencialmente, os ideais de justiça e dignidade humana. Tais ideais são valores-fim, que precisam ser buscados pelo Direito (REALE, 1998, p. 308). No entanto, dignidade e justiça são concepções relativas e dinâmicas. Sendo assim, podem ser utilizados como pretexto por certos segmentos sociais e políticos para atender interesses individuais (PERELMAN, 2002, p. 3). Apesar do conceito de justiça ser variável, no Estado Democrático de Direito, ela é intrínseca à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. A dignidade visa assegurar o mínimo existencial para uma vida não degradante e a promoção do desenvolvimento da pessoa humana da maneira mais abrangente possível. Negar tais concepções infringe o princípio base do ordenamento jurídico.

A ideia de justiça pressupõe igualdade material, pois uma perspectiva meramente formal seria insuficiente. A necessidade de tratamento diferenciado a alguns, decorre da desigualdade fática inerente à realidade social. O princípio da igualdade deve ser entendido de maneira dinâmica, implicando compensação positiva das desigualdades fáticas e de oportunidades (CANOTILHO, 1998, p. 332). Fato que está presente frequentemente na realidade do sistema carcerário feminino, que viola o ideal de justiça pautada na isonomia, é a ausência de adaptações necessárias para as mulheres nas penitenciárias, haja vista que grande parte dos estabelecimentos prisionais femininos são adaptações de unidades prisionais masculinas, o que leva às mulheres a se adaptarem a essas instituições que possuem padrões masculinos, sendo

exercida, dessa forma uma violência simbólica e institucionalizada.

Seletividade penal

De acordo com Rosa (2015, p.3), com base no Garantismo Penal de Ferrajoli, para que o Direito Penal seja legítimo no Estado Democrático de Direito, é necessário respeitar os Direitos Fundamentais, atuando de maneira igualitária e fundamentada. Tendo em vista que o poder estatal na esfera penal deve ser limitado, assim, fragmentário e subsidiário, o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, desde que não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas (ROXIN, 2006, p. 32).

Contudo, na realidade, o Direito Penal atua como um instrumento reproduutor de privilégios para as classes sociais dominantes (BARATTA, 2002, p.165). Segundo Zaffaroni (2003, p. 43, apud SOUZA, 2015, p. 397), o sistema penal seleciona um reduzido número de pessoas que serão submetidas à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção, denominada criminalização, resultado da gestão do conjunto de agências que formam o próprio sistema penal, sendo o problema da seletividade inerente a ele.

A seletividade, traça o perfil do criminoso quando seleciona, abstratamente, através da lei, certas condutas que incriminam ou permitem a punição de certas pessoas. Trata-se da criminalização primeira. Na criminalização secundária , o poder punitivo atua concretamente, selecionando atos grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social, que são divulgados como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes, afastando os demais estratos sociais da intervenção penal, levando à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade (ZAFFARONI, 2003, p. 46).

De igual maneira, Andrade (2003) demonstra que, via de regra, a clientela penal é composta pelos estratos sociais marginalizados:

A clientela do sistema penal é composta, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais” e, conclui, que isso “é resultado de um processo de criminalização altamente e seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. (ANDRADE, 2003, p. 52)

Alessandro Baratta, ao analisar a criminalidade através do funcionamento do sistema penal, defende a inconsistência do chamado “mito da igualdade no Direito Penal”, relatando, a priori, que o direito penal defende somente os bens essenciais nos quais todos os cidadãos estão igualmente interessados e quando pune as ofensas a esses bens, o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário. A posteriori, conclui que a lei penal não é igual para todos pois o status criminal é desigualmente distribuído entre os indivíduos, e essa distribuição independe do dano social das condutas e da gravidade das infrações à lei, pois os principais fatores são econômico-sociais.

A seletividade no encarceramento feminino

Tendo em vista o exposto anteriormente, é possível observar que o sistema penal não só reflete como contribui para as desigualdades sociais. Assim, se faz mister a análise de dados empíricos, a saber o Infopen Mulheres (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias) publicado em 2018 com dados levantados em 2016, a fim de expor quem são as encarceradas em massa e as mais vulneráveis ao poder punitivo do Estado.

O Brasil, em 2016, possuía 42.355 mulheres em cárcere, a quarta maior população carcerária feminina no mundo, ficando atrás dos Estados Unidos, China e Rússia. Logo, é possível concluir que um sistema de repressão, encarceramento em massa e criminalização, não diminui a incidência criminal e nem a quantidade de criminosos, a qual se mantém estável ou, pior, em crescimento (FOUCAULT, 2014, p.259), isso fica evidenciado, ao comparar os dados atuais com os dados de anos anteriores, entre os anos 2000 e 2016 houve um aumento na taxa de aprisionamento feminino em 52%.

Das mulheres encarceradas no Brasil, 62% são negras, ao contrastar esse dado com o do IBGE, o qual a população brasileira é 51% composta por pessoas autodeclaradas negras, podemos perceber uma discrepância na criminalização por cor, raça ou etnia, que revela um racismo estrutural presente nesse sistema (CARVALHO, 2015, p. 649). Outrossim, 50% das mulheres em cárcere possuem idade entre 18 e 29 anos. Novamente, ao confrontar esse dado com a quantidade de jovens na população brasileira, percebe-se que há um alto índice de encarceramento de jovens em relação à sua parcela na população, pois estes somam 21% dos brasileiros, segundo o IBGE. Paralelamente, tem-se que 50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental.

Analizando tais dados em conjunto, podemos perceber um perfil da mulher encarcerada, como citado anteriormente, o qual é da juventude negra, com baixa escolaridade e de classes mais carentes. Assim, a seletividade assume uma função marginalizadora das classes mais vulneráveis, acentuando desigualdades sociais (BARATTA, 2002, p.172). Ao colocar o problema da seletividade como inerente ao sistema penal, evidencia-se que este é estruturado para manter determinados grupos no poder e defender seus interesses em detrimento dos interesses coletivos, ou seja, o sistema prisional contém os processos de dominação das classes que detém o poder (FOUCAULT, 2014, p.223).

Portanto, é perceptível que crimes que geram maiores danos sociais, e são praticados por aqueles que detêm o poder econômico ou político, permanecem imunes diante a penalização e criminalização, como exemplo, pode-se citar a criminalidade política e econômica, crimes ambientais, máfia, entre outros.

Tal fato é explicitado quando analisamos os crimes cometidos pelas mulheres em privação de liberdade: 62% estão cumprindo pena por tráfico de drogas, 20% responde por roubo ou furto, 6% por homicídio, 1% por latrocínio e 2% por quadrilha ou bando. Pode-se perceber que a maioria dos crimes punidos não envolvem os chamados “crimes de colarinho branco”, citados anteriormente, os quais geralmente permanecem impunes, enquanto crimes cometidos por aqueles dos estratos sociais marginalizados tendem a ser punidos e, dessa maneira, mantém-se o estereótipo do delinquente (MOREIRA, 2010, p.11).

Consoante ao processo de seletividade do encarceramento feminino, observa-se que tal sistema mantém as desigualdades de gênero em suas estruturas e não considera as demandas das mulheres em privação de liberdade. Constatata-se tal fato ao examinar os dados dos estabelecimentos prisionais, dos quais somente 17% (244) são mistos e 7% (107) exclusivamente femininos. Em relação à assistência para as encarceradas gestantes, destaca-se que 84% dos estabelecimentos, não possuem cela ou dormitório adequado para gestantes e, 86% dos estabelecimentos não possuem berçário ou centros de referência materno-infantil.

Fica evidente que as mulheres gestantes e aquelas que possuem recém-nascidos ou crianças pequenas não dispõem de estruturas que atendam, com dignidade, a sua necessidade e de seus filhos. Logo, coloca-se em risco a saúde da encarcerada gestante, podendo gerar uma gravidez de risco, além da saúde dos recém-nascidos que permanecem em cárcere com a mãe, geralmente, locais insalubres e sem a estrutura necessária para a sua permanência, com dignidade.

Ademais, a Lei de Execução Penal garante, como direito da pessoa presa em seu artigo 41, o direito de receber visita do cônjuge ou companheiro(a) e outras visitas em dias

determinados, entretanto, para a efetivação de tal direito para as encarceradas é necessário que a instituição prisional possua infraestrutura para que ocorra a visita social, observa-se que somente 49% das unidades femininas e 33% das unidades mistas possuem tal infraestrutura. Diante dos dados, é possível concluir que o supracitado direito não é amplamente garantido na prática.

Em relação ao gênero, é perceptível que o sistema age direcionado a uma "seletividade de gênero que fortalece o papel que a mulher deveria exercer na sociedade capitalista patriarcal", pois quando a mulher infringe a lei penal, está também rompendo com expectativas comportamentais pré-estabelecidas e impostas pela sociedade e pela cultura, fato que pode ser evidenciado através dos dados (CHERNICHARO; BOITEUX, p. 5). Em Junho de 2016, a população prisional feminina chegou a 42 mil mulheres, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado em 2000, enquanto no mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%, passando de 169 mil homens encarcerados para 665 mil. Além do crescimento da população prisional, a mulher experimenta maior discriminação por parte da sociedade e maior abandono por parte da família, em relação aos homens.

Tendo em vista os dados apresentados, é notável que o poder punitivo age de maneira direcionada sobre determinado grupo social. Essa seletividade, ao ferir a igualdade material e a dignidade das encarceradas, mostra-se em contradição com o respeito e implementação dos Direitos Fundamentais, garantidos constitucionalmente para ampliação do Estado Democrático de Direito. Viola-se assim, sob a perspectiva da Teoria Garantista de Ferrajoli, os princípios garantistas que o Direito Penal deveria proteger como a igualdade e o respeito à dignidade dos imputados e dos condenados. Observa Moreira (2010, p.8), a função garantidora dos direitos fundamentais exercida pelo Direito Penal, ao retomar Feldens (2007, p.837):

“O Direito Penal e Constituição encontram-se materialmente vinculados no que tange ao ideal de concretização e tutela de direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição apresenta-se como um quadro referencial obrigatório para a atividade punitiva do Estado.”

Considerações finais

Por todo o exposto, fica evidenciado que o funcionamento do sistema penal brasileiro atua em contrariedade à igualdade material e à dignidade humana, pois contradiz o dever ser igualitário implícito à noção de justiça.

As instituições que compõem o poder punitivo têm um público alvo, a saber, a população jovem e negra, das classes marginalizadas, com baixa escolaridade que cometem os chamados “delitos toscos”.

A seletividade penal pode ser evidenciada a partir da análise dos delitos cometidos, sendo os de maior expressividade, os crimes de tráfico de drogas, furto e roubo. A limitada diversificação de infrações indica que o poder punitivo age voltado para a repressão a determinados tipos de crimes e ao encarceramento de determinados grupos sociais em detrimento de outros, como foi demonstrado ao longo do trabalho em questão. Como bem ressalta Salo de Carvalho (2015, p.636), as mulheres e os negros se apresentam como grupos mais vulneráveis diante da política criminal de repressão às drogas.

A partir da criminologia crítica, em conjunto com a análise de dados, foi possível concluir que o crescente fenômeno do encarceramento feminino está relacionado a fatores socioculturais, econômicos e de gênero, que atingem mais incisivamente as mulheres, em razão do lugar que ocupam em uma sociedade patriarcal

Em uma tentativa frustrada de remediar a ausências de políticas públicas efetivas que visem as questões socioeconômicas e culturais, o Estado, através do poder punitivo, utiliza-se de meios mais repressivos como uma resposta à criminalidade. No entanto, não só a taxa de

encarceramento, que materializa a repressão estatal, é crescente, como também a taxa de criminalidade, o que evidencia que a rigidez da resposta estatal aos delitos não é solução para o problema.

Portanto, mostra-se indispensável uma nova visão do Direito Penal e de seu sistema punitivo à luz dos Direitos Fundamentais, a fim de materializá-los e tornar o Estado Democrático de Direito mais amplo. O direito penal deve exercer a função de garantia dos direitos fundamentais e sua consolidação, sempre tendo como fundamento de validade e legitimidade a Constituição e seus princípios fundamentais.

Referências

- AMARAL, João Anilton Santos. Seletividade Penal. Porto Alegre, 2013.
- ANDRADE, Vera Regina. Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARDOSO, Gabriela; MONTEIRO, Felipe. A seletividade do sistema prisional brasileiro e o perfil da população carcerária: um debate oportuno. Civitas, Porto Alegre, v. 13, n. 1, p. 93-117, jan.-abr. 2013.
- CARVALHO, de Salo. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: A decisiva contribuição do poder judiciário. Revista da faculdade de direito UFMG. Belo Horizonte, n. 64, p. 623-652, jul./dez. 2015.
- CHERNICHARO, Luciana; BOITEUX , Luciana. Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica. Trabalho apresentado no VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal no Grupo de trabalho “Punição, Prisão e Gênero” na Universidade Federal do ABC, 2014.
- CONTRUCCI, José Roald. A seletividade do Sistema Penal no Estado Democrático Brasileiro: uma afronta ao princípio da igualdade. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 12, p. 181-208, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uerp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/166/166>>. Acesso em: 10 jun. 2018.
- DA SILVA, Thays do Carmo. A seletividade do sistema penal no Estado democrático brasileiro: criminalização, preconceito e afronta ao princípio constitucional. Centro Universitário de Brasília- Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD. Brasília, 2014. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/51200989.pdf>>
- ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBCCRIM,

2004.

FERREIRA, K. Lima. O controle social localizado exercido pela polícia como ponto de partida para a seletividade da criminalização secundária. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca, São Paulo, v. 6, n.1, p. 01-18, dez/2012. Disponível em <http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/199/126>

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 42 ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014.

LEMOS, Clécio. Seletividade estrutural: sistema punitivo e seu cerne político. Redes: Revista eletrônica direito e sociedade. Canoa, vol. 3, n. 1, maio de 2015.

MOREIRA, Reinaldo Daniel. Notas sobre a seletividade do sistema penal. Revista eletrônica da Faculdade Metodista Granbery, 2010. Disponível em <<http://re.granbery.edu.br/artigos/MzU1.pdf>>

PERELMAN, Chaïm. Ética e direito. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REAL, Miguel. Fundamentos do Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RESENDE, Glícia Paula. Direito penal do inimigo, seletividade penal e relativização de garantias segundo a Teoria do garantismo penal segundo Luiji Ferrajoli. Minas Gerais, 2015. Disponível em <<https://www.fdsm.edu.br/mestrado/arquivos/dissertacoes/2015/04.pdf>>

ROSA, Alexandre Morais da. Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli. Empório do Direito, 2015. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/backup/?p=3156>>

SOUZA, Kelly Ribeiro Felix de. O Sistema Penal como instrumento de controle social: o papel da pena privativa de liberdade. Belo Horizonte: XXIV Congresso do CONPEDI, 2015.

ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. 1ª ed. Rio de Janeiro: 1999.

ZAFFARONI, E. Raul. *Sistemas penales y derechos humanos en America Latina*, B. Aires, 1984, ed. Depalma.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La mujer y el poder punitivo*. In: Vigiladas y castigadas. Lima: CLADEM, 1992.

Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOOPEN Mulheres 2ª Edição. Brasília, 2018. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infoopenmulheres/infoopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>.

11. ALGUNS REFLEXOS DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DE EMPRESA.

SOME REFLECTIONS OF THE STATUTE ON PERSONS WITH DISABILITIES ON THE CAPABILITY TO EXERCISE BUSINESS

Caroline da Rosa Pinheiro¹

Thainara Costa²

Thais Costa²

Resumo

O presente trabalho tem como escopo a análise da Lei nº 11.146/15, também conhecida como Estatuto da pessoa com deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI), face às alterações no regime da capacidade. Dentre as inúmeras repercussões trazidas no bojo do direito pátrio, sobreleva aquelas atinentes ao direito civil em geral, e ao ramo empresarial em específico, conquanto a partir do marco legislativo em análise, pode a pessoa com deficiência intelectual e/ou mental, a princípio, constituir empresa. À vista do exposto, a metodologia adotada consiste em pesquisa teórica com revisão de literatura tendo como partida a reflexão da novel legislação. Para tanto, através do estudo de trabalhos jurídicos já produzidos e apoiados no modelo social da deficiência, busca-se produzir reflexões que possam apontar uma melhor interpretação e aplicação no que atine a constituição/continuação de empresa por pessoa com deficiência mental e/ou intelectual.

Com efeito, problematiza-se a possível contrariedade na qual incorreu o legislador ao conferir maior autonomia às pessoas com deficiência, através da alteração do regime das capacidades; e, ao mesmo tempo, deixou de tutelar situações eminentemente vulneráveis, nas quais a proteção pelo direito é clamada a fim de proteger tal grupo nas relações patrimoniais e comerciais. Nesse meada, destaca-se que a interpretação e aplicação literal destas mudanças podem acarretar em contradições com a finalidade da norma, cujo escopo é justamente a proteção.

Palavras-chaves: Direito Empresarial. Estatuto da Pessoa com deficiência. Capacidade civil e empresarial.

Abstract

The scope of the present paper is to analyze the Law nº 11.146/15, also known as Statute on Persons with Disabilities (EPD) or Brazilian Inclusion Law (LBI), aiming at the changes in the capability regime. Among the uncountable reflexes brought in the national law, overshone those related to civil law, in general, and to commercial law, specifically. In effect, with the new legislation here discussed, the individual with intellectual and/or mental disability, in principle, can constitute business. Under the light of what has been exposed, the adopted methodology consists in a theoretical research with literature revision, considering the new legislation as a starting point. This is accomplished through studies of juridical papers already published,

¹ Professora de Direito Empresarial na UFJF. Doutora em Empresa e Atividades Econômicas pela UERJ.

² Graduanda em Direito pela UFJF.

supported on the social disability model, focusing on new insights that may point better interpretation and application on the subject of constitution and development of enterprises by a person with mental and/or intellectual disability.

Effectively, the paper highlights and discusses the contrariety in which the legislators incurred when providing more autonomy to people with disability, through alteration of the capabilities regime; and, meanwhile, did not take care of vulnerability situations, in which the protection by law is necessary to protect such group in the patrimonial and commercial relations. In this sense, stands out the fact that the interpretation and literal application of these changes may lead to contradictions in the rule's goal, whose aim is to exactly protect.

Keywords: Commercial Law. Statute on Persons with Disabilities. Civil and business capability.

Introdução

A deficiência é inerente à diversidade humana porquanto o padrão normativo, em que pese dominante, não abarca sua multiplicidade e heterogeneidade. Isso porque, cada pessoa constitui-se como ser único, com suas especificidades e singularidades, de modo que não podemos falar, à luz do século XXI, de padrões físicos e psicossociais restritos a um único modo de ser e de se expressar que delimitam e encerram a pessoa humana. Nesta ótica, a forma de se encarar as limitações produzidas pela deficiência é ressignificada, destacando-se o modelo social, cuja premissa é de que as dificuldades na inclusão das pessoas com deficiências advêm sobretudo do modo como a sociedade encara e lida com as restrições de ordem física, intelectual e sensorial. Com efeito, este modelo preconiza a adaptação da sociedade às pessoas com deficiência, de modo a possibilitar meios de superação das múltiplas barreiras socialmente impostas, que acarretam em segregação e exclusão³.

Com a Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência da ONU, ocorrida no ano de 2006 e seu protocolo facultativo⁴, o Brasil se tornou país signatário, passando a mesma ostentar status de emenda constitucional, porquanto aprovada segundo o rito do artigo 5º, §3º da Constituição⁵. Esta adesão ensejou profundas alterações legislativas em nosso ordenamento, sendo a mais importante a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI) de 2015, com vigência desde ano de 2016. Tendo em vista o escopo de inclusão e promoção da pessoa com deficiência, o texto legislativo revisitou institutos clássicos do direito civil, notadamente o regime das capacidades, curatela, interdição e prescrição, modificando substancialmente o modo de aplicá-los e interpretá-los. Cuida-se, na realidade, de verdadeira efetivação dos dispositivos constitucionais, pois, embora não tenha o

³ Os modelos de tratamento conferidos à pessoa com deficiência são classificados segundo a doutrina em três, são eles: O modelo religioso/moral, o modelo médico, e o modelo social. O primeiro encara a deficiência sob a ótica religiosa, entendendo-a como punição divina ou como fruto do pecado, o qual acarretou em práticas infanticidas e genocidas. O segundo atribui à deficiência um caráter patologizador, de modo que a ciência através da reabilitação física, psíquica ou sensorial poderia “normalizar” os corpos e as mentes que se encontravam fora do padrão normativo. Por sua vez, o modelo social, nos termos de Sidney Madruga, “aponta a inadequação da sociedade para incluir aquela coletividade. O problema está “na sociedade” e não no indivíduo. É o contexto social que gera a exclusão. (MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos” São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36/37).

⁴ Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

⁵ Art. 5º [...]

§3º 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Atos aprovados na forma deste parágrafo: DLG nº 186, de 2008, DEC 6.949, de 2009, DLG 261, de 2015, DEC 9.522, de 2018).

Constituinte de 1988 dispensado maior atenção à causa das pessoas com deficiência, elegeu a dignidade humana como princípio fundante da República, bem como objetivou a construção de uma sociedade livre justa e solidária, na qual preconceitos de qualquer ordem deverão ser mitigados a fim de promover o bem estar de todos. Nesse sentido, a LBI, ao criar instrumentos necessários à inclusão social é à efetivação dos direitos fundamentais, realizou imperativos constitucionais há muito ansiados por esta coletividade invisibilizada e vulnerável. Se por um lado, a LBI criou um novo paradigma no que diz respeito ao modo de se conceber a deficiência e incluir estes grupos na sociedade; por outro, suscitou inúmeras indagações aos juristas na aplicação e interpretação de tais institutos, pois, na prática, constatam-se lacunas legislativas na sua regulamentação, de modo a deixar, ocasionalmente, ainda mais vulneráveis aqueles que objetivou proteger.

1. Pessoa com deficiência e capacidade civil

A ordem jurídica reconhece a todo ser humano, sem distinção, a capacidade para aquisição de direitos na vida civil, quanto correlata a ideia de personalidade jurídica e cujos atributos garantem em caráter universal a capacidade de toda e qualquer pessoa adquirir direitos e deveres, o que, sem dúvidas, exprime significativa conquista alcançada pela civilidade. Análoga à noção de personalidade, está a capacidade de direito, pois como ensina Caio Mário, “de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele”⁶. Não basta, contudo, a presença da capacidade de direito para que o exercício dos direitos e deveres se dê de forma pessoal e direta, posto que a legislação ultrapassa a esfera de vontade de praticar determinado ato, exigindo discernimento de quem pratica, isto é, deve-se desfrutar da capacidade de entender e responsabilizar pelas escolhas feitas, pelo que se denomina capacidade de fato ou exercício. Se a capacidade de direito não comporta graduação, uma vez que ligada aos atributos da personalidade, por seu turno, a capacidade de fato permite qualquer modulação em razão do grau de discernimento que a pessoa detenha concretamente. Daí decorre que ausentes requisitos materiais que confira autonomia e discernimento ao indivíduo para a prática de certos atos, este poderá sofrer as chamadas “limitações à sua capacidade jurídica” e condicionará a validade dos atos à intervenção de um terceiro, que o represente ou o assista. Oriunda, pois, toda incapacidade da lei, importa para incidência de seus efeitos, a apuração do discernimento, sendo este “fator que qualifica a vontade de todas as pessoas (com ou sem deficiência), sem qualquer distinção”⁷. O regime das capacidades foi arquitetado tendo em vista a tutela patrimonial do incapaz, com presunção da ausência de discernimento para que ele “administre” seus próprios interesses. Dessa forma, acabava o antigo regime por estender tal tutela às questões de ordem existencial, tais como escolhas sexuais, conjugais e familiares, resultando na negligência em considerar a vontade dessas pessoas. Incorporando as críticas, o Estatuto revisitou o regime das incapacidades e rompeu com a noção de que deficiência é sinônimo de incapacidade.

Nesta ótica, estabelecida a clássica distinção concretizada pela doutrina entre capacidade de direito e capacidade de fato ou de exercício, posto que essencial para entender o regime das capacidades, previsto no 2º ao 4º artigo do Código Civil, e as mudanças nele operadas, passa-se à análise de tais modificações, bem como ao destaque das críticas que vêm

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 29 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 221.

⁷ MENDONÇA, Bruna de Lima. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistemática da (in)capacidade de agir é da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo: 2017. p. 43.

sendo aventadas pela doutrina e as possíveis consequências advindas com a inovação legislativa.

Em atenção às diretrizes da Convenção de Nova Iorque, que fixou para os Estados signatários a obrigação de reconhecerem “que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”⁸, o legislador infraconstitucional, modificando a centenária teoria das incapacidades, rompeu com o sistema de proteção para dar lugar à emancipação e ao empoderamento do indivíduo. Amparada na metodologia civil-constitucional, a alteração promovida é no sentido da valorização da dignidade e da autonomia da pessoa, facilitando sua inclusão social na medida em que se supera a visão protecionista e paternalista segundo a qual à pessoa com deficiência não é dada razão nas escolhas por ela eleitas. Na análise de Flávio Tartuce, essa modificação facilita a inclusão social proporcionando a superação da dignidade-liberdade pela dignidade-autonomia⁹. Em que pese os incontáveis avanços promovidos no seio da capacidade, por razões de ordem técnica e prática, ocasionalmente, encontrar-se-á o julgador defronte situações em que a pessoa com deficiência cuja capacidade, segundo a ordem jurídica, seja reputada plena; contudo, no plano fático restará demonstrada a inviabilidade de se conferir tal status a ela, sob pena de vulnerabilizar a quem mais objetivou proteger. Em casos extremos, verificando o juiz que as particularidades do caso concreto possam desproteger a pessoa com deficiência, ora reputada plenamente capaz e responsável por seus atos, outra saída não há senão aplicação dos novos e antigos institutos existentes na legislação que visam salvaguardar os seus interesses, a exemplo da curatela e tomada de decisão apoiada (TDA). Importa salientar que qualquer interpretação literal da LBI parece prejudicial, pois, como se discutirá adiante, há lacunas deixadas pelo legislador que só podem ser solucionadas lançando mão da interpretação lógico-sistemática e teleológica-axiológica, pois, ao revés, poderia a norma entrar em contradição com seu fim, qual seja, a realização dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência.

No mesmo sentido, Roberto Caldas cuidou em analisar a interpretação das normas sobre direitos humanos segundo o princípio *pro personae*. Nesta ótica, a Convenção só pode ser implementada no sentido de ampliar a proteção às pessoas com deficiência, jamais de modo a restringi-la. Isso significa que as normas internas e internacionais devem interagir. O que define qual norma deve ser aplicada, se a interna ou a internacional, não é uma hierarquia formal previamente estabelecida, mas sim a substância da norma, devendo prevalecer aquela que conferir a proteção mais ampla ao ser humano¹⁰.

É necessário na maior medida possível privilegiar as escolhas da pessoa com deficiência mental/intelectual, levando em consideração seus posicionamentos, na medida em que lhes seja possível expressá-los. Contudo, tais escolhas não podem atentar contra o seu próprio bem-estar, hipótese em que outra alternativa não há senão declarar a incapacidade, ainda que para determinados atos.

Mirando os resultados cuja teoria da incapacidade diretamente implica, a exemplo da validade dos negócios jurídicos, sobressai outros valores, para além da autonomia da pessoa com deficiência, como a segurança jurídica e boa fé nas relações negociais. Notadamente no âmbito do direito da empresa, objeto de enfoque no presente trabalho, hão de ser considerados outros valores, não menos legítimos, que permeiam as trocas comerciais, a exemplo do lucro,

⁸ BRASIL. Decreto nº 6949. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: [“http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm). Acesso em: 14 jan. 2019.

⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016, p. 134.

¹⁰ CALDAS, Roberto. Artigo 4: obrigações gerais. In: DIAS, Joelson et al. (Orgs.). *Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. 3. ed. Rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014, p.51 .

da concorrência e da competitividade. Sendo a capacidade civil plena requisito essencial para constituição de empresa, nos termos do artigo 972, Código Civil, ao modo da discussão acima aventada, desponta a seguinte controvérsia: pode a pessoa com deficiência mental e/ou intelectual sofrer restrição na constituição e continuidade da empresa?

2. O empresário

Sendo a empresa uma atividade e, enquanto tal, um ente abstrato, que não possui vontade própria e que não se autogoverna, ela deve ter necessariamente um sujeito que a exerce, isto é, o empresário. Empresário, nos termos do art. 966 do Código Civil é definido como aquele que exerce atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. A doutrina vai além, atribuindo outros requisitos e definições à condição de empresário. Remo Franceschelli sustenta que além de o empresário carregar elementos como a produção destinada ao mercado e a organização, também deve suportar o risco do empreendimento.¹¹ Túlio Ascárcelli sublinha que é a natureza (e o exercício) da atividade que qualifica o empresário, apontando a natureza econômica como a que se sobressai nesta conceituação¹². Nesse mesmo sentido, Alberto Asquini definiu empresa como “fenômeno econômico poliédrico”¹³.

2.1. O empresário, a empresa e suas particularidades

Esta divagação conceitual pretende demonstrar que o empresário enquanto exercente de uma atividade econômica organizada, em outras palavras, a empresa, que por sua vez, tem a lucratividade como fim, conduz a assunção total dos riscos pela atividade decorrente da realização de seu objeto social, os quais são incertos e ilimitados. Não por outra razão, que o direito empresarial regulado no Livro II do diploma civil possui um capítulo dedicado à capacidade, no qual dos arts. 972 a 980 estabelecem critérios e regula o exercício da atividade empresarial. Da leitura destes dispositivos extrai-se a capacidade civil como requisito da capacidade empresarial e elenca impeditivos legais para a assunção desta atividade, a exemplo do art. 117, IX do Estatuto dos Servidores da União, das autarquias federais e fundações públicas federais, que veda o exercício do comércio aos seus servidores. Aquele que, estando legalmente impedido de exercer a atividade empresarial, se assim o fizer, responderá pelos atos praticados e pelas obrigações contraídas, conforme previsão do art. 973, CC. Fala-se, então, em capacidade especial para o empresário, uma vez que “congrega a capacidade civil e a ausência de impedimento”¹⁴.

A razão de ser desta exigência se dá uma vez que a condição de empresário conserva um risco particular na medida em que combina a um só tempo a assunção de um risco micro e macro.

O primeiro se verifica em função de seu patrimônio pessoal poder ser diretamente afetado, vez que a pessoa física exercente da empresa em nome próprio fica sujeita aos efeitos

¹¹ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário** Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 72.

¹² ASCARELLI, Túlio. São Paulo. **O empresário.** Tradução de Fábio Konder Comparato São Paulo, Universidade de São Paulo. Dezembro de 1997, p. 1-2.

¹³ ASQUINI Alberto, Profili dell'impresa. **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**, 1943, v. 41, I, p. 1.

¹⁴ MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. A capacidade do empresário e o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 416, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

da atividade que executa, ressalvados os bens absolutamente impenhoráveis¹⁵. Em se tratando de atividade empresarial exercida por pessoa jurídica, há diferentes tipos de sociedade, cuja existência de personalidade jurídica e a forma de organização impactam diretamente na espécie de responsabilidade dos sócios. Na sociedade em comum, destituída de personalidade jurídica, o que significa dizer que não sofre os efeitos do princípio da autonomia patrimonial, mesmo com o capital integralizado, os sócios respondem pelas obrigações sociais de maneira subsidiária em relação à sociedade, e solidária entre si, conforme preconiza o Código Civil¹⁶. Ou seja, não há separação patrimonial e obrigacional entre a pessoa jurídica e os seus sócios e/ou administradores. Vale dizer, mesmo no âmbito das sociedades personificadas, cuja separação patrimonial é regra, ainda que de modo excepcional, a lei reconhece a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica¹⁷, cujo efeito é o descarte da autonomia patrimonial entre o sócio e a sociedade.

Já no segundo, plano macro, o risco se relaciona ao mercado, que, por seu turno, reza pela estabilidade financeira e mercadológica. O empresário deve estar pronto para lidar com qualquer resultado decorrente do exercício da empresa, por esta razão entende-se que o risco é elemento ínsito à realização da atividade empresarial. Para além disso, a empresa, sendo por Coase definida como um feixe de contratos¹⁸ envolve uma série de relação com terceiros que inclui nesta órbita fornecedores, empregados e consumidores. Com isso se quer dizer que a assunção da atividade empresarial projeta seus efeitos que superam a seara eminentemente patrimonial da pessoa do empresário, pois como preconiza Borges, a capacidade do interessado à coletividade em geral¹⁹, de maneira que não podemos nos abster de abordar e refletir sobre as implicações que tangenciam a Lei nº 13.146/2015 e afetam a constituição e sobrevida da empresa.

2.2. A continuidade e constituição da empresa por empresário incapaz

Até a LBI, o empresário incapaz não poderia iniciar uma atividade empresária, mas apenas dar continuidade às atividades que já vinham sendo exercidas. Esta regra está contida no art. 974 do Código Civil:

Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.

§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das

¹⁵ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário**. Vol. 1. 9. ed São Paulo: Saraiva, 2018, p. 80.

¹⁶ Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

¹⁷ A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a fraude e o abuso de direito e se verificará quando a autonomia patrimonial da sociedade empresária der margem à realização destas práticas. O seu objetivo é atingir o patrimônio dos sócios, descartando a sua autonomia patrimonial de modo a coibir o uso indevido deste instituto, conforme art. 50 do Código Civil. Vale dizer que sua incidência deve constituir medida excepcional, e deve ser aplicada caso a caso. Contudo, é reconhecida na jurisprudência pátria a aplicação da denominada teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 28 § 5º, que permite que a teoria da desconsideração seja aplicada quando a existência da personalidade jurídica constituir obstáculo ao resarcimento do consumidor.

¹⁸ COASE, R. H. (1937). **The nature of the firm**. In: WILLIAMSON, O. & WINTER, S. (eds.) (1991) **The nature of the firm: origin, evolution and development**. Oxford: Oxford University Press.

¹⁹ BORGES, João Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 123.

circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.

§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.

§ 3º O Registro Público de Empresas Mercantis a cargo das Juntas Comerciais deverá registrar contratos ou alterações contratuais de sociedade que envolva sócio incapaz, desde que atendidos, de forma conjunta, os seguintes pressupostos:

I – o sócio incapaz não pode exercer a administração da da sociedade;

II – o capital social deve ser totalmente integralizado;

III – o sócio relativamente incapaz deve ser assistido e o absolutamente incapaz deve ser representado por seus representantes legais.

Naquilo que afeta o objeto deste trabalho, isto é, a pessoa com deficiência mental ou intelectual, se extrai da leitura deste dispositivo que a superveniência de eventual ausência ou redução de discernimento, não constitui um óbice, a priori, para se dar continuidade à atividade empresarial desenvolvida; hipótese em que haverá necessidade de prévia autorização judicial, de modo a analisar e ponderar os riscos envolvidos na continuidade das atividades. Há de se destacar, ademais, que a doutrina e jurisprudência prestigia o princípio da conservação da empresa o qual objetiva proteger o seu funcionamento, permitindo a exploração do objeto social. O deferimento judicial implicará que o empresário, na condição de incapaz, será representado ou assistido, e, com o fim de proteger os bens que possuía antes da superveniência de sua deficiência, estes não ficarão sujeitos ao resultado da empresa.

O cerne destas previsões legais neste momento cinge-se em saber se, após o advento do EPD, as regulações afetas à capacidade do empresário estão ainda vigentes ou se, ao revés, houve uma revogação tácita das mesmas. Isso porque no que afeta à continuidade da empresa pelo incapaz, o novo regime das capacidades atribui, em uma interpretação literal, capacidade plena a todas as pessoas. Assim, o sujeito que, por ventura, manifestar alguma deficiência de ordem intelectual e/ou mental que acarrete na redução do discernimento, poderá dar continuidade a atividade empresária antes exercida, sem representação ou assistência, dispensando a autorização judicial.

Ainda nesta mesma lógica, verifica-se uma omissão legislativa alvo de muitas críticas. Trata-se da constituição da empresa pelo incapaz, dado que, mais uma vez, o legislador não cuidou tema.²⁰ Em função disso, enquanto nosso legislador permanecer inerte, lacunas legislativas desta ordem devem ser sanadas através do estudo reflexivo por parte da doutrina e jurisprudência, considerando, sempre, a ratio do EPD de modo a concretizar seus pressupostos de inclusão e proteção. Desta feita, propomos uma análise sobre tal temática nos tópicos a seguir.

3. (In)viabilidade da pessoa com deficiência constituir e continuar a empresa

No que concerne à atividade empresarial, o EPD, em que pese não debruçar detidamente sobre as regras atinentes à matéria do direito de empresa enquanto exercido por pessoa com

²⁰ BRASIL. Lei n.13.146, de 6 de jul. de 2015. Art. 34. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

deficiência, depreende-se da leitura de dispositivos da Convenção o compromisso entre os Estados signatários de tomar

todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurá-los que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens²¹.

Ademais, substancialmente ligado ao direito da pessoa com deficiência constituir empresa, está os pormenorizados dispositivos relativos ao direito do trabalho, cujo caráter fundamental é pertinente à medida que se apresenta como condição para efetiva inclusão social, que deve ser vivenciada em um ambiente acessível e com igualdade de oportunidade com as demais pessoas. Não por outra razão, elencou o legislador no parágrafo único do art. 35, da Lei nº 11.146/2016, a obrigatoriedade de participação das pessoas com deficiência em programas de estímulo ao empreendedorismo e ao trabalho autônomo, bem como disponibilização de linhas de crédito, quando necessárias. Evidente, portanto, o escopo de inclusão desta comunidade no mercado de trabalho e, por sua vez, a permissão da pessoa com deficiência ser dona de seu próprio negócio está contemplada neste propósito. Afasta-se, portanto, a lógica assistencialista e paternalista conferida a estas pessoas, segundo a qual estavam destinadas invariavelmente a viverem da caridade alheia ou da assistência estatal, sem que fosse oportunizadas quaisquer chances de garantirem seus próprios proveitos.

Nesse sentido, ganha corpo as indagações da comunidade jurídica, notadamente dos comercialistas, acerca da viabilidade da pessoa com deficiência mental e intelectual constituir empresa e praticar os atos e negócios relativos ao seu exercício.

Resposta a tal questionamento perpassa em retomar a análise do regime das capacidades, posto que sua modificação, segundo uma interpretação literal, implica na não vedação da pessoa que ostenta tal condição constituir empresa, uma vez preenchido o critério do sujeito capaz do art. 972, CC.

Fazendo um exercício mental, nos depararíamos, caso o novo instituto da capacidade fosse levado às últimas consequências, a alguns absurdos. Isso porque as mudanças promovidas no regime das capacidades, as quais atribuíram capacidade jurídica a todas as pessoas com deficiência, não pretendeu, e nem poderia, conferir capacidade de fato aqueles que não a tem. Capacidade aqui entendida como grau de discernimento²² que cada pessoa manifesta a depender da deficiência manifestada, tem íntima relação com atividade comercial, pois estamos falando de uma atividade eminentemente arriscada, conforme já discorrido nos tópicos anteriores. Dito isso, não podemos empreender uma dedução de lógica aristotélica, de causa e consequência, com a qual concluiríamos que uma vez atribuído capacidade jurídica a todas as pessoas, logo, todas poderão a partir de então, constituir empresa. O critério, portanto, a ser levado em conta não é a exclusão de per si de todos que manifestam uma deficiência de ordem intelectual e/ou mental ser empresário, ou o oposto disso, de que com a LBI, todos estarão aptos a ser empresário; o que deve nortear e servir como fundamento para atribuir a qualidade de empresário é o grau de discernimento manifestado caso a caso. Com isto está se querendo afirmar que conferir o mesmo tratamento jurídico a todas as deficiências, nos leva a conclusão

²¹ Artigo 12, item 5 do Decreto Nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

²² Discernimento traduz-se no estado mental cognitivo, o qual engloba fatores biológicos e psicológicos. Teixeira de Freitas define o discernimento como um fato, consistindo na “capacidade de conhecer em geral, a faculdade que fornece motivos à vontade em todas as suas deliberações, e não o conhecimento em particular de qualquer agente em relação a um ato por ele praticado” (FREITAS, 1860, p. 285).

de que a atividade empresária, que tem como característica essencial à assunção de risco poderá ser exercida por pessoas sem o necessário discernimento, elemento indispensável para imputação da responsabilidade pelo exercício de empresa.

Faz-se pertinente destacar que o critério para se legitimar a capacidade empresarial, além do critério etário, não é, como outrora, a deficiência, mas o discernimento apresentado pela pessoa com deficiência intelectual e psíquica in concreto. Na mesma linha de entendimento seguiu o Enunciado n. 138 da IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal que ressaltou a importância do discernimento para a concretização de situações existenciais, orientando a interpretação do art. 3º, do Código Civil nos seguintes termos: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto.”²³

Verificadas graves limitações que impliquem na impossibilidade e/ou dificuldade de se conhecer os efeitos dos atos praticados não só no âmbito da gestão empresarial, mas também na generalidade dos atos civis de cunho patrimonial, deve a pessoa com deficiência psíquica ser apoiada ou curatelada, a depender do grau de afetação e necessidade. Para tanto, conforme assevera Menezes e Caminha, o devido caminho a ser percorrido para justificar a mitigação da capacidade civil do sujeito não é “por mera estimativa, mas por meio do devido processo legal de instituição da curatela, no qual se acertadamente estabeleçam as limitações da pessoa e o âmbito de atuação do curador em seu apoio”²⁴.

3.1. A segurança jurídica e função social da empresa

Ao tocar nesses temas, envolvendo questões tão particulares, como é a deficiência humana, alguns valores vêm à tona, muitas vezes em colisão, de modo que tal debate deve sempre ser norteado pela ponderação e racionalidade. A relevância social da empresa relaciona-se com aspectos da sociedade e do Estado, ou seja, está para além das relações eminentemente de direito privado, na medida em que penetra na seara do direito público, notadamente no direito constitucional; fenômeno que se denomina constitucionalização do direito privado²⁵. A função social da empresa, inobstante ser um assunto pouco explorado, traduz-se no desejo do legislador de conferir à atividade empresária valores indispensáveis como a redução das desigualdades sociais (art. 170, VII, CF/88,), o valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/88) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88). Do mesmo lado, valor preponderante na criação e desenvolvimento do comércio trata-se da segurança jurídica, isso porque práticas já arriscadas como ocorrem com os investimentos e contratos comerciais, sujeitos às flutuações do mercado, poderão se deparar com maiores riscos dos que os esperados. Sabe-se, portanto, que quanto

²³ MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p.432, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

²⁴ Ibid, p. 432-433.

²⁵ Sobre o tema, Bodin analisa a aplicação direta da constituição em searas outrora reservadas ao âmbito exclusivamente privado: “Configura-se inevitável, em consequência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais e pessoais anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. I, PUC-Rio.1991, p. 9.)

maior o grau de incerteza, ou de insegurança jurídica, maior o risco do negócio, e, por consequência lógica, a possibilidade de desistência do empresário quanto à decisão de criar ou expandir seus negócios.

Com isso se pretende afirmar que a despeito de ostentar status constitucional, conforme estabelece o art. 5º, §3º da Constituição, o EPD, por vezes também entrará em colisão com outros princípios constitucionais, igualmente relevantes, conforme os já citados acima, como a segurança jurídica e a função social da empresa. Por essa razão, a solução destes conflitos devem ser guiados pela ponderação, a partir de um debate racional, de maneira a permitir a análise da capacidade apresentada caso a caso, inferidos a partir da manifestação volitiva de cada pessoa que sintetiza-se na vontade de empreender e de entender os riscos de cada decisão tomada no âmbito da empresa, ambos relacionados ao grau de discernimento apresentado.

Conclusão

As mudanças emplacadas pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com deficiência e, principalmente, pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), ao alterar o regime das capacidades, desaguou em incontáveis consequências de ordem teórica e prática para o direito pátrio, razão pela qual a comunidade jurídica mostra-se inquieta e divergente ao tratar da vigente legislação.

No Direito Empresarial, as repercussões relacionam-se com a modificação de um dos requisitos necessários para configuração do empresário individual. A Lei nº 13.146/2016 ao eliminar a deficiência como fator incapacitante, permite, ao menos em tese, que pessoas com deficiência mental possam constituir empresa e exercer a função de sócio-administrador nas mais variadas modalidades empresárias.

Sem perder de vistas o teor emancipatório do EPD, na práxis forense, se a deficiência mental e/ou intelectual afeta consideravelmente o discernimento da pessoa, impedindo-a de exprimir sua vontade, bem como de se responsabilizar-se por ela, há de ser sopesada e, por vezes, até mesmo desconsiderada a permissão para a caracterização de empresário.

Assim, enquanto o legislador não desperte e se pronuncie acerca das críticas levantadas pela doutrina e jurisprudência sobre as inconsistências do regime das capacidades e, em específico, sobre o ramo empresarial, espera-se que a inclusão das pessoas se dê com muita cautela²⁶. A segurança nas relações comerciais, tão cara para o mercado, não deve ser deixada de lado; semelhantemente, a responsabilidade patrimonial da pessoa com deficiência e sua eventual hipervulnerabilidade é fator que não se ignorará na aplicação da novel legislação.

Referências

ASCARELLI, Túlio. São Paulo. O empresário. Tradução de Fábio Konder Comparato São Paulo, Universidade de São Paulo. Dezembro de 1997.

ASQUINI Alberto, *Profili dell'impresa. Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1943, v. 41, I, p. 1.

²⁶ A despeito da crítica, tramita no Congresso Nacional o PLS 757/2015, no momento com andamento na Câmara dos Deputados sob o PL nº 11091/2018. Tem por objetivo alterar o “Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil para não vincular automaticamente a condição de pessoa com deficiência a qualquer presunção de incapacidade, mas garantindo que qualquer pessoa com ou sem deficiência tenha o apoio de que necessite para os atos da vida civil”. (Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187924>). Acesso em 22 jan. 2019).

BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BORGES, João Eunápio. Curso de Direito Comercial Terrestre. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm". Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 3 jan. 2019.

BRASIL. Institui o Código Civil. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm". Acesso em: 05 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6949. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: "http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm". Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei 11091/2018. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2187924>". Acesso em 22 jan. 2019.

CALDAS, Roberto. Artigo 4: obrigações gerais. In: DIAS, Joelson et al. (Orgs.). Novos comentários à Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. 3 .ed. Rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR/Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), 2014. Disponível em: "<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>". Acesso em: 30 dez. 2018.

COASE, R. H. (1937). *The nature of the firm*. In: WILLIAMSON, O.& WINTER, S. (eds.) (1991) *The nature of the firm: origin, evolution and development*. Oxford: Oxford University Press.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 28. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Bruna de Lima. Proteção, liberdade e responsabilidade: uma interpretação axiológico-sistêmática da (in)capacidade de agir é da instituição curatela. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna de Lima; ALMEIDA, Vitor (Coord.). O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; CAMINHA, Uinie. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p.411-442, maio/ago. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.16652.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. Revista

Estado, Direito e Sociedade, vol. I, PUC-Rio. 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 1. 29 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: lei de introdução e parte geral. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário. Vol. 1. 9. ed São Paulo: Saraiva, 2018.

12. AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DA LEI 13.467/2017 NA CAPACIDADE INTERPRETATIVA DOS MAGISTRADOS E TRIBUNAIS DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Lucas Sanábio Freesz Rezende
Flávio Bellini de Oliveira Salles

Resumo

Após célere tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada, em 13 de julho de 2017, a Lei 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, por força da qual o Direito e o Processo do Trabalho sofreram inúmeras alterações. Com o intuito de restringir demasiadamente a capacidade de interpretação dos magistrados e tribunais da Justiça do Trabalho no caso concreto, foram acrescidos os parágrafos segundo e terceiro ao artigo 8º da CLT, o primeiro dificultando a elaboração e votação de súmulas pelos tribunais superiores e, o segundo, limitando a atuação do Poder Judiciário, quando da análise de negociações coletivas, aos aspectos formais destas, sem a possibilidade de exame de seu conteúdo, o que faz com que tais alterações sejam manifestamente inconstitucionais, por ferirem o princípio da separação entre os Poderes, erigido pelo artigo 2º da Carta Magna. O presente artigo tem como objetivo analisar os impactos trazidos pela recente legislação ao ordenamento jurídico pátrio, através da análise de casos concretos e enunciados jurisprudenciais, demonstrando-se as inconstitucionalidades da Lei 13.467/2017.

Palavras-chave: 1. Reforma Trabalhista. 2. Interpretação judicial. 3. Precedentes nos Tribunais.

Abstract

After quickly progressing in Congress, was enacted on 13th July 2017, 13.467/2017 law, better known as Reforma Trabalhista, and labour law has faced numerous changes with the new legislation. On the Labour Justice, in order to restrict the judges' and courts' ability to interpretate this case, a second and a third paragraphs were included on the 8th article on CLT, which makes more difficult precedent's draw up and vote on higher courts. It also limits the Judiciary's work when you analyse the formal aspects of the collective bargain, with no possibility to examine the meaning. That makes those changes clearly unconstitutional, because they disrespect the separation's principle between the Justice Divisions on the Magna Carta's 2nd article. This article was written to analyze the impacts brought by the recent legislation to the legal order of the country, through the analysis of concrete cases and jurisprudential statements, demonstrating the unconstitutionality of Law 13.467/2017.

Keywords: 1. Reforma Trabalhista. 2. Judicial interpretation. 3. Precedents in the Courts.

Histórico sobre a aprovação da lei 13.467/2017

Inicialmente, impede destacar que a Lei 13.467/2017, comumente conhecida como Reforma Trabalhista, não só alterou as disposições contidas na Consolidação das Leis do Trabalho, como também trouxe inovações às Leis 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, que tratam do trabalho temporário nas empresas urbanas, do Fundo de Garantia do Tempo de

Serviço e da Organização da Seguridade Social, respectivamente.

Deve-se destacar que a novel legislação trabalhista fora proposta com o intuito de

[...] Aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei nº 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário¹.

De acordo com dados estatísticos publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil, desde meados do ano de 2015, vinha sofrendo com escalada vertiginosa do número de desempregados, sendo certo que, no interregno compreendido entre os meses de fevereiro e abril de 2016, cerca de 11,2% da população economicamente ativa no país encontrava-se sem emprego, totalizando 11,4 milhões de pessoas, enquanto no período compreendido entre novembro de 2016 e janeiro de 2017 a taxa de desemprego subiu para 12,6%, totalizando 12,9 milhões de pessoas sem ocupação fixa.²

Com o intuito de, supostamente, alavancar o número de empregos formais no país, com o consequente decréscimo do número de pessoas que não possuíam ocupação fixa, o então Chefe do Poder Executivo Federal, Presidente Michel Temer, através do Projeto de Lei 6.787/2016, apresentou à Câmara dos Deputados, em 23 de dezembro de 2016, proposta que visava à alteração de diversos pontos da CLT e da Lei 6.019/74, sob os argumentos da pretensa modernização das relações de trabalho e da ampliação das possibilidades de negociação direta entre trabalhador e empregador.

Sobreleva notar que o Projeto de Lei 6.787/2017 sofreu oitocentos e oitenta e três emendas por parte dos congressistas da Câmara dos Deputados, sendo que a Comissão Especial criada para emitir parecer manifestou-se sobre todas elas, votando pela constitucionalidade/inconstitucionalidade, além da rejeição/aprovação dos dispositivos do referido PL e das emendas parlamentares, posteriormente elaborando a aludida comissão substitutiva ao projeto encaminhado pelo Poder Executivo.

Após aprovação do substitutivo ao Projeto de Lei 6.787/2017 na Câmara dos Deputados, o texto, encaminhado ao Senado Federal em 28 de abril de 2017, foi designado “Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista”.

Quando referido Projeto de Lei já se encontrava em tramitação perante o Senado Federal, foi designada a abertura da Comissão de Assuntos Econômicos, em 03 de maio de 2017, nos termos do art. 99 do Regimento Interno do Senado Federal, além das demais Comissões Regimentais³. Em 11 de julho de 2017, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei da Câmara 38/2017, ressalvados os destaques e as emendas de plenário, tendo referida proposta legislativa recebido, ao final, oitocentas e sessenta e quatro propostas de emenda, tendo sido todas rejeitadas.

Por fim, em 13 de julho de 2017, após a tramitação do Projeto de Lei 6.787/2016 nas duas Casas do Congresso Nacional, o então Presidente, autor da referida proposta, sancionou a

¹ Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961. Acesso em 20 ago. 2018.

² Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/10000-desemprego-atinge-14-milhoes-de-pessoas-em-abril.html>. Acesso em 20 ago. 2018.

³ RISF, Art. 99: A Comissão de Assuntos Econômicos compete opinar sobre proposições pertinentes aos seguintes assuntos:

I - aspecto econômico e financeiro de qualquer matéria que lhe seja submetida por despacho do Presidente, por deliberação do Plenário, ou por consulta de comissão, e, ainda, quando, em virtude desses aspectos, houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário.

Lei 13.467/2017, que trouxe inúmeras modificações e inovações às searas do Direito e do Processo do Trabalho, sofrendo diversas críticas.

A despeito de diversas manifestações em sentido contrário, dos mais variados setores da sociedade, inclusive de magistrados, o Congresso Nacional, em tempo recorde, aprovou a Reforma Trabalhista, sem se preocupar com os efeitos futuros que a novel legislação acarretaria.

Atualmente, vive-se num cenário em que os magistrados trabalhistas estão exercendo efetivamente o papel de legisladores, pois as alterações trazidas pela nova legislação foram tão drásticas que vêm obrigando a Justiça do Trabalho a dar interpretação conforme a Constituição no caso concreto, sendo recorrente a inaplicabilidade da Lei 13.467/2017.

Objetivou-se no presente artigo, através da leitura dos maiores expoentes nos ramos do Direito Material e Processual do Trabalho, além da pesquisa jurisprudencial, a busca de substratos jurídicos para a defesa da inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017, que possui vícios formais, e principalmente materiais.

Da distinção entre direito individual e coletivo do trabalho

É cediço que a Lei 13.467/2017 trouxe inúmeras alterações ao ordenamento jurídico pátrio, tanto ao Direito Material, quanto ao Processual.

Impende salientar que a doutrina brasileira majoritariamente conceitua o termo Direito do Trabalho como gênero, do qual são espécies o Direito Coletivo do Trabalho e o Direito Individual do Trabalho.

Segundo os ensinamentos de Vólia Bonfim Cassar, o Direito Individual do Trabalho “caracteriza-se pela existência de uma relação jurídica cujos interesses são concretos tanto dos trabalhadores quanto dos empresários, analisados de forma individual”. (CASSAR, 2017, p.8) Ao seu turno, Alice Monteiro do Barros, citando Cesarino Júnior, afirma que tal ramo do Direito pode ser entendido como sendo “o conjunto de leis que consideram individualmente o empregado e o empregador, unidos numa relação contratual”. (BARROS, 2017, p.69 *apud* CESARINO JÚNIOR, 1980, p.52). Maurício Godinho Delgado assevera ainda que “trata da regulação do contrato de emprego, fixando direitos, obrigações e deveres das partes. Dedica-se também, por exceção, de outras relações laborativas especificamente determinadas em lei”. (DELGADO, 2017, p.1453)

Ressalta-se ainda que Godinho vai além, propondo uma subdivisão para essa categoria e afirmando que tal ramo

Estrutura-se a partir de dois segmentos claramente diferenciados: a parte geral, compreendendo a Introdução e Teoria Geral do Direito do Trabalho, e a parte especial, que compreende o estudo do contrato de trabalho, de um lado, e, de outro lado, o exame dos contratos especiais de trabalho. (DELGADO, 2017, p.1453)

Levando-se em consideração as classificações acima propostas, pode-se dizer que o Direito Individual do Trabalho tem por escopo fixar obrigações, direitos e deveres inter partes, ou seja, tal ramo do Direito do Trabalho versa sobre a relação empregatícia ordinariamente conhecida, entre empregado e empregador.

Por outro lado, o Direito Coletivo do Trabalho tem por objetivo regular as relações entre conjuntos de empregados e empregadores, principalmente através das negociações coletivas, gênero ao qual pertencem as convenções e acordos coletivos de trabalho.

Segundo Alice Monteiro de Barros, novamente citando Cesarino Júnior, o Direito Coletivo do Trabalho é conceituado como “o conjunto de normas que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades

sindicais” (BARROS, 2017, p.69 apud CESARINO JÚNIOR, 1980, p.69). Já Delgado afirma que, ao contrário do Direito Individual do Trabalho, o Direito Coletivo é uno, não comportando divisões internas, respeitadas suas várias matérias componentes, podendo também ser conceituado como aquele que

Regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente, a par das demais relações surgidas na dinâmica da representação e atuação coletiva dos trabalhadores. (DELGADO, 2017, p.1453).

Conforme elucida Delgado, o Direito Coletivo do Trabalho não trata apenas da figura da associação sindical, sendo tal ramo das ciências jurídicas o responsável pela análise das mais variadas formas de manifestação obreira, tal como ocorre através da greve. Isto posto,

O conteúdo do Direito Coletivo do Trabalho é, pois, dado pelos princípios, regras e institutos que regem a existência e desenvolvimento das entidades coletivas trabalhistas, inclusive suas inter-relações, além das regras jurídicas trabalhistas criadas em decorrência de tais vínculos. São os princípios e normas reguladores dos sindicatos, da negociação coletiva, da greve, do dissídio coletivo, da mediação e arbitragem coletivas, ao lado dos dispositivos criados pela negociação coletiva e dissídios coletivos, por exemplo. (DELGADO, 2017, p.1459).

A partir das conceituações acima elencadas, sobreleva notar que as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista têm impactos diretos no Direito do Trabalho, seja na seara do Direito Individual, seja na do Coletivo, sendo certo que a novel legislação amesquinhou diversos direitos anteriormente previstos, em manifesto e flagrante desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado tecem severas críticas às alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 ao ordenamento jurídico pátrio, afirmado que referida legislação trará inúmeros impactos negativos aos ramos do Direito Individual e Coletivo do Trabalho, servindo como “instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais” (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 40)

No que tange às alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 no Direito Individual do Trabalho, Delgado afirma que a mesma

Busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista. Essa é a marca e o sentido rigorosamente dominantes desse diploma legal no campo laborativo do Direito. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 41).

A partir do excerto acima transcrito, percebe-se que a Reforma Trabalhista é alvo de severas críticas por parte de grande expoente da doutrina trabalhista nacional, sendo este acompanhado por tantos outros⁴, que veem na Lei 13.467/2017 verdadeiro retrocesso nos direitos dos trabalhadores do país.

⁴ Vale lembrar, por oportuno, que a ANAMATRA, na Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovou o Enunciado n. 06, com a seguinte redação: “A lei 13.467/2017 é ilegítima, nos sentidos formal e material”.

Já no que se refere ao Direito Coletivo do Trabalho, a recente legislação trabalhista também sofre diversas críticas, levando-se em consideração que essa vislumbra

No Direito Coletivo do Coletivo (*sic*) um instrumento adicional de regressão no patamar civilizatório mínimo assegurado pelo Direito Individual do Trabalho na ordem jurídica do país [...]meio de redução do patamar civilizatório mínimo trabalhista garantido pela ordem jurídica especializada da República brasileira.

Se não bastasse, o regramento da Lei 13.467/2017 visa também, claramente, enfraquecer as entidades sindicais, de distintas maneiras. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 45).

Isto posto, assim como ocorre com relação ao Direito Individual do Trabalho, a Lei 13.467/2017 trouxe inúmeras inovações que prejudicam o trabalhador, principalmente no que tange à saúde e segurança no trabalho, diminuindo as normas que reduzem os riscos do ambiente laboral, haja vista, por exemplo, o art. 611-B da CLT, “que tenta desconectar a duração do trabalho do campo da saúde laborativa”. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 42).

Independentemente da divisão entre Direito Individual e Coletivo do Trabalho, de viés meramente teórico e doutrinário, incontroverso o fato de que cabe à Justiça do Trabalho, por expressa previsão constitucional, dirimir as controvérsias decorrentes da relação de trabalho, seja na seara individual, seja coletiva.

Conforme preceitua o art. 114 da CRFB/1988, a Justiça do Trabalho possui a função de processar e julgar, principalmente, as ações oriundas das relações de trabalho, assim como as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, nos termos dos incisos I e III do referido dispositivo.

Assim sendo, mesmo que a Lei 13.467/2017, com caráter de lei ordinária, portanto infraconstitucional, tenha inovado negativamente no ordenamento jurídico pátrio, cabe ressaltar que o Poder Judiciário, representado pelos magistrados do trabalho, tem a função de zelar pelos princípios e regras constitucionais. Afinal de contas, o Direito importa “no constante exercício pelo operador jurídico de três operações específicas e combinadas de suma relevância: a interpretação jurídica, a integração jurídica e, finalmente, a aplicação jurídica”. (DELGADO, 2017, p. 236).

Especialmente quando se trata da Justiça do Trabalho, imperioso destacar que os magistrados trabalhistas, quando da aplicação in concreto da lei, valem-se de diversos princípios e regras que regem o ordenamento jurídico, não se atendo à literalidade daquela.

Amauri Mascaro Nascimento elenca alguns princípios constitucionais aplicáveis ao Direito do Trabalho, entre eles destacando-se o respeito à dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (NASCIMENTO, 2003, p. 123), princípios estes não observados pelo legislador pátrio quando da promulgação da Reforma Trabalhista.

Tendo em vista o que foi acima exposto, deve-se ressaltar que a Lei 13.467/2017, apesar de tentar restringir o poder judicante dos magistrados trabalhistas, tolhendo ao máximo a capacidade interpretativa e decisória destes, não tem o condão de afastar as prerrogativas constitucionais conferidas ao Poder Judiciário, assim como a independência entre os Poderes, conforme será analisado nos tópicos subsequentes.

A inconstitucionalidade do art. 8º, § 2º, da clt: restrição desmedida da função interpretativa dos tribunais trabalhistas

Segundo leciona Mauro Schiavi, o art. 8º, caput, da CLT, representaria o princípio da função social do processo trabalhista, levando-se em consideração que

Deve o Juiz do Trabalho direcionar o processo no sentido de que este caminhe de forma célere, justa e confiável, assegurando-se às partes igualdades de oportunidades, dando a cada um o que é seu por direito, bem como os atos processuais sejam praticados de forma razoável e previsível, garantindo-se a efetividade processual, mas preservando-se, sempre, a dignidade da pessoa humana tanto do autor como do réu, em prestígio da supremacia do interesse público. (SCHIAVI, 2017, p. 137).

Com o advento da Lei 13.467/2017, o art. 8º da CLT sofreu profundas modificações, tendo sido acrescidos os parágrafos segundo e terceiro, enquanto o atual parágrafo primeiro remete ao antigo parágrafo único.

Destaca-se que a nova redação do § 1º do art. 8º supriu parte da redação anterior, que previa expressamente a aplicabilidade na jurisdição trabalhista do direito comum somente quando esse não fosse incompatível com os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, sendo essa alteração passível de críticas, por levar em consideração apenas o requisito da omissão.

Sobreleva notar que a redação do art. 8º, § 1º, da CLT vai de encontro com o que dispõe o art. 769 do mesmo diploma, pois este prevê expressamente que “o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título”, não se devendo, portanto, aplicar o direito comum de forma irrestrita.

Assim como aponta Schiavi, a alteração trazida pelo legislador pátrio não é oportuna, pois

O Direito do Trabalho é ramo autônomo da ciência jurídica e tem sua principiologia própria, como eixo central o princípio da proteção ao trabalhador. Já o direito comum, parte do princípio da igualdade de partes que figuram em determinada relação jurídica. A alteração do parágrafo primeiro do art. 8º da CLT deve ser compatibilizada com os princípios, regras e singularidades do Direito do Trabalho. Se norma civilista conflitar com a trabalhista, mesmo havendo omissão da CLT, ela não deverá ser aplicável. (SCHIAVI, 2017, p. 58)

Conforme já mencionado, a Lei 13.467/2017 acrescentou o § 2º ao art. 8º da CLT, que vigora com a seguinte redação:

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.

[...]

2º: Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

A partir da leitura do referido dispositivo, percebe-se que o legislador infraconstitucional visou a obstar a capacidade interpretativa dos Tribunais Regionais do Trabalho e do Tribunal Superior do Trabalho, ao vedar expressamente que o Poder Judiciário restrinja ou crie direito não previsto em lei.

Para que se possa entender as razões que levam à inconstitucionalidade do referido

dispositivo, deve-se ressaltar que a súmula possui função primordial de sanar controvérsias no âmbito jurídico.

Delgado, explanando sobre o tema em discurso proferido em audiência pública realizada em 23 de março de 2017, audiência esta requerida pela Comissão Especial do PL 6.787/2016, asseverou que

As súmulas são produzidas da seguinte maneira: os tribunais decidem, decidem, decidem, os componentes dos tribunais, os Ministros - essa é a melhor maneira de fazer uma súmula -, dialogam, dialogam, dialogam e, depois de anos de decisão, entendem que é preciso fazer uma síntese daquelas decisões reiteradas, e os regimentos internos estabelecem requisitos rigorosíssimos, em termos de repetição de processo, em termos de que só valem processos por unanimidade - e alguns tribunais falam a respeito -, com relatores diversos. Os requisitos são muito rigorosos, para se assegurar que não se trate de uma maioria eventual, não se trate de alguma peculiaridade momentânea e que a súmula realmente traduza uma consolidação do pensamento daquela Corte estruturada pela Constituição da República. A súmula, então, é realmente um instrumento fundamental - fundamental - de segurança jurídica. Não devemos fugir desse parâmetro.⁵

Conforme elucida Delgado, as súmulas têm função precípua no ordenamento jurídico brasileiro, gerando, a partir de reiteradas decisões em consonância, segurança jurídica quando da aplicação da letra fria da lei.

Tendo em vista o princípio constitucional da separação entre os Poderes, previsto no art. 2º da Carta Magna, é certo que não cabe ao Poder Judiciário legislar. No entanto, cabe ressaltar que, hodiernamente, o Direito não se restringe somente à lei posta, sendo permeado por regras e princípios, cabendo ao Judiciário a escorreita interpretação axiológica e teleológica da legislação.

Delgado elucida que não cabe ao Poder Judiciário amesquinhar ou ampliar de forma arbitrária direitos previstos em lei. No entanto,

Isso não quer dizer, é claro, que não deva exercer a sua função judicial, mediante o manejo ponderado e razoável das técnicas científicas da Hermenêutica Jurídica, tais como os métodos de interpretação denominados de lógico-racional, sistemático e teleológico, cumprindo também, no que for pertinente, as denominadas interpretações extensivas, restritivas e/ou literais. (DELGADO, DELGADO, 2017, p.107).

A despeito de as súmulas não possuírem caráter obrigatoriamente vinculante, exceto aquelas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 103-A da CRFB/1988⁶, ressalta-se que possuem a função precípua de uniformizar a jurisprudência, representando “um método de trabalho, um meio para ordenar e facilitar a tarefa jurisdicional de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 1005).

Sobreleva notar que os TRTs possuem regimentos internos próprios, cada qual com suas peculiaridades no que tange à elaboração de súmulas, o que impede a análise de forma específica neste trabalho. Assim sendo, adiante são analisadas as alterações trazidas pela

⁵ Disponível em <https://goo.gl/o5TxQm>. Acesso em 23 ago. 2018.

⁶ CRFB/1988, Art. 103-A: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Reforma Trabalhista ao processo de elaboração de Súmulas pelo TST, como previsto na CLT. Além da disposição prevista no art. 8º, § 2º, da CLT, que por si só já limita o poder de interpretação e criação dos tribunais componentes da Justiça do Trabalho, deve-se analisar, concomitantemente, a nova redação do art. 702, I, “f”, da CLT, modificado pela Lei 13.467/2017, *verbis*:

Art. 702: Ao Tribunal Pleno compete:

I - em única instância:

[...]

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

A redação anterior do art. 702, I, “f”, da CLT previa expressamente que cabia ao Tribunal Pleno do TST estabelecer súmulas de jurisprudência uniforme, na forma prescrita no Regimento Interno.

Analisando-se o Regimento Interno do TST, anteriormente às modificações advindas da Lei 13.467/2017, percebe-se que a edição, a alteração e o cancelamento de súmulas ocorriam de forma facilitada, diante da nova redação do art. 702, I, “f”, da CLT.

O artigo 165 do Regimento Interno do TST⁷ elencava expressamente os pressupostos para que fossem aceitos os projetos de edição de súmulas, destacando-se que eram admitidas várias combinações de julgamentos entre turmas para demonstração de jurisprudência reiterada, enquanto o art. 702, I, “f”, da CLT exige reiterada discussão sobre determinada matéria, decidida de forma unânime em, no mínimo, dois terços das turmas, e em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas.

Com relação à aprovação das súmulas, o art. 166 do mesmo Regimento Interno previa que “a edição, revisão ou cancelamento de Súmula serão objeto de apreciação pelo Tribunal Pleno, considerando-se aprovado o projeto quando a ele anuir a maioria absoluta de seus membros”⁸. O art. 702, I, “f”, da CLT, por seu turno, exige a aprovação de pelo menos dois terços dos membros do Tribunal Pleno, o que dificulta sobremaneira a aprovação de novos

⁷ Regimento Interno do TST, art. 165: O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I - três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

II - cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III - quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV - dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

§ 1º. Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas.

§ 2º. Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público. Disponível em http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html. Acesso em 23 ago. 2018.

⁸ Disponível em http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html. Acesso em 23 ago. 2018.

enunciados.

Comparativamente, pode-se dizer que as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, no tocante à propositura e à aprovação de súmulas, vai de encontro com a sistemática prevista no Código de Processo Civil, no que se refere a esse tema.

O art. 926 do CPC/2015 assim dispõe:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

A partir da leitura do art. 926, § 1º, do CPC, percebe-se que o legislador infraconstitucional, quando da elaboração da Lei Adjetiva Civil, consignou expressamente que os tribunais devem uniformizar a jurisprudência, editando verbetes sumulares que correspondam à sua jurisprudência dominante. Contudo, à CLT foram adicionados dispositivos que, na prática, tornaram a edição de novas súmulas tarefa hercúlea.

Por todos os motivos acima expostos, pode-se dizer que há rigor excessivo quanto aos pressupostos e requisitos exigidos para a proposta, aprovação ou modificação de súmulas e enunciados da jurisprudência trabalhista.

Por outro lado, notadamente a partir do advento da Lei 13.105/15, ou “Novo CPC”, a jurisprudência, em que se baseiam as súmulas, quando de sua elaboração, passou a vincular as decisões judiciais, devendo os magistrados observarem a existência de posicionamento reiterado em determinada matéria, nos termos do art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC de 2015, restando claro que a jurisprudência é fonte do Direito, assim como a lei, premissa que se aplica à seara trabalhista, por força dos arts. 769 da CLT e 15 da Lei 13.105/15.

Conforme entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior,

Se é verdade que o respeito à lei e a proibição da decisão contra legem constituem regras estruturais fortes do sistema, não podemos desconhecer, de um lado, a formação de interpretações uniformes e constantes que, se não inovam a lei, dão-lhe um sentido geral de orientação; é a chamada jurisprudência pacífica dos tribunais. (FERRAZ JÚNIOR, 2018, p. 256).

Tendo em vista o acima exposto e considerando o caráter vinculante da jurisprudência a partir do advento do CPC/2015, ressalta-se que os §§ 3º, 4º, 5º e 6º do artigo 896 da CLT foram revogados pela Lei 13.467/2017. Tais dispositivos tratavam da obrigatoriedade de os TRTs procederem à uniformização de sua jurisprudência, bem como de aplicarem, nas causas da competência da Justiça do Trabalho, no que couber, o incidente de uniformização de jurisprudência.

Assim sendo, pode-se dizer que, com a Reforma Trabalhista, o incidente de uniformização de jurisprudência deixou de existir expressamente nos TRTs, o que acarretará, sem sombra de dúvida, insegurança jurídica, pois constitui flagrante óbice para que seja mantida a jurisprudência íntegra e uniforme.

Por fim, pode-se afirmar categoricamente que os tribunais componentes da Justiça do Trabalho devem ser livres “para realizar interpretações construtivas e evolutivas do direito, a partir dos princípios constitucionais, com a finalidade de encontrar equilíbrio entre a livre-iniciativa e a dignidade da pessoa humana do trabalhador”. (SCHIAVI, 2017, p. 59).

Assim sendo, à luz dos entendimentos de Schiavi e Delgado, pode-se dizer que o art. 8º,

§ 2º, da CLT é manifestamente inconstitucional, seja por “impedir a livre interpretação e aplicação do direito pelos Tribunais Trabalhistas, inibir a eficácia dos direitos fundamentais, bem como dos princípios constitucionais” (SCHIAVI, 2017, p. 58), obstando a evolução da jurisprudência, seja por manifestar

Afronta não apenas ao princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, CF) e a garantia constitucional de independência do Judiciário (arts. 2º e 9º, CF), como também à estrutura, à lógica e às funções constitucionais conferidas ao Poder Judiciário, em conformidade com as regras de competência fixadas na Constituição da República. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 52).

A inconstitucionalidade do art. 8º, § 3º, da clt: limitação da atuação do judiciário no exame das negociações coletivas

Restringindo-se ainda mais a capacidade interpretativa dos magistrados da Justiça do Trabalho, foi acrescido o § 3º ao art. 8º da CLT, que assim dispõe:

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.

[...]

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no [art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Com a promulgação da Reforma Trabalhista, também foi incluído na CLT o art. 611-A, § 1º, em que há menção ao dispositivo anteriormente mencionado, com a seguinte redação:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

[...]

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

A partir da leitura do art. 8º, § 3º, da CLT, percebe-se que o legislador ordinário utilizou-se da expressão “exclusivamente”, deixando claro que o Poder Judiciário, quando da análise das negociações coletivas, deverá se ater somente aos requisitos formais dos negócios jurídicos, previstos no art. 104 do Código Civil de 2002, a saber: capacidade, licitude do objeto e forma prevista ou não defesa em lei.

É cediço na doutrina que o Direito do Trabalho é permeado por diversos princípios, entre os quais destacam-se o princípio da proteção, o da norma mais favorável, o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, o da inalterabilidade contratual lesiva, entre tantos outros.⁹

⁹ Alice Monteiro de Barros enumera ainda os princípios da primazia da realidade, da continuidade e da boa-fé empregatícia, asseverando que “as decisões devem assentar-se nos princípios jurídicos, e não na letra supostamente suficiente do legislador”. (BARROS, 2016. p. 122).

Deve-se destacar que o empregado é parte manifestamente hipossuficiente na relação empregatícia, tendo o Direito do Trabalho a árdua atribuição de balancear as desigualdades existentes, sendo considerado um

Todo centralizado no princípio da tutela ‘compensatória’ ao trabalhador subordinado, que consiste num conjunto de normas estabelecidas para contrabalançar a posição superior do empregador não apenas de fato, mas também juridicamente reconhecida e normativamente sustentada. (BARROS, 2017. p. 122. apud HERNANDEZ, 2004, p. 43).

Consoante o entendimento de Alice Monteiro de Barros, pode-se dizer que “o jurista, ao interpretar a lei, deverá utilizar-se da teoria geral do direito e dela extrair, no processo de integração, os princípios gerais do direito, os princípios constitucionais e os princípios peculiares do Direito do Trabalho” (BARROS, 2017. p. 158, apud HERNANDEZ, 2004, p. 43)..

Destarte, tendo em vista que cabe ao Poder Judiciário fazer a análise não só da legalidade da lei positivada, como também examiná-la em conformidade com as regras e princípios constitucionais, há evidente necessidade de interpretação do mérito das negociações coletivas de trabalho, e não só do aspecto formal, restrito aos requisitos dos negócios jurídicos.

Atendo-se à disposição do art. 8º, § 3º, da CLT, percebe-se que o mesmo baliza a atuação do Poder Judiciário pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Entretanto, tal dispositivo não possui o condão de vedar a atuação da Justiça do Trabalho quando a negociação coletiva pactuada for contrária à lei ou à Constituição, devendo-se ressaltar que

Não cabe a conclusão de que o novo preceito legal permitiu a instauração no País, por intermédio da negociação coletiva trabalhista, de uma ordem jurídica anômala, anti-humanista e antissocial, que faça da Constituição da República, das normas internacionais imperativas no Brasil e das normas federais também imperativas uma exótica tabula rasa em desfavor da pessoa humana que viva de seu trabalho empregatício na economia e na sociedade brasileiras. (DELGADO; DELGADO, 2017, p.107)

Além da possibilidade de análise da legalidade das negociações coletivas, deve-se ressaltar que o Poder Judiciário também tem competência para dirimir os conflitos oriundos da recusa por uma das partes em realizar referidas negociações, nos termos do art. 114, § 2º, CRFB/1988, a seguir transcrito:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

A resolução de dissídios coletivos de natureza econômica, entendidos como aqueles que visam à determinação de novas condições de trabalho, ocorre através das sentenças normativas proferidas nos autos dos processos respectivos, em que a Justiça do Trabalho exerce autêntico poder normativo, “constituindo-se em ato judicial (aspecto formal) criador de regras gerais, impessoais, obrigatórias e abstratas (aspecto material). É lei em sentido material, embora preserve-se como ato judicial do ponto de vista de sua forma de produção e exteriorização”.

(DELGADO, 2017, p. 170).

Assim sendo, o Poder Judiciário tem a incumbência de realizar a pacificação social não somente mediante análise da negociação coletiva, mas também pela solução de conflitos quando há negativa de negociação por uma das partes da relação laboral.

Quanto à capacidade interpretativa dos magistrados trabalhistas em relação às negociações coletivas, a ANAMATRA, após a realização da Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, ocorrida entre os dias 09 e 10 de outubro de 2017, divulgou o enunciado n. 2, que trata da interpretação e aplicação da Lei 13.467/2017, *verbis*:

INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017.

Os Juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. Nessa medida: I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do trabalho o "dever" de interpretar a Lei no 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical. II. A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desenvolvimento do sentido e do alcance da lei trabalhista. É função primordial do Poder Judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB/88. III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-A, § 1º, da CLT. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de trabalho da apreciação da justiça do trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa ao disposto no art. 114, I, da CRFB/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso à justiça e da independência funcional.¹⁰

Portanto, a redação do enunciado 2 da Segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovido pela ANAMATRA demonstrou ser clara a inconstitucionalidade não só do parágrafo segundo, bem como do parágrafo terceiro do art. 8º da CLT, por ofensa ao princípio da separação de Poderes, previsto no art. 2º, CRFB/1988, e por desrespeitar a garantia constitucional da independência do Judiciário, nos termos do art. 92 da Carta Magna.

A despeito da restrição imposta pelo art. 8º, § 3º, da CLT, sobreleva notar que em diversos julgados decididos recentemente pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, já vigorando a Reforma Trabalhista, foi consignada a invalidade de normas oriundas de negociação coletiva, que iam de encontro à legislação pátria em matéria trabalhista.

Segundo o entendimento do Ministro Walmir Oliveira da Costa, Relator dos Embargos interpostos à Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho nos autos 8900-73.2005.5.15.0027,

São inválidas as cláusulas de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho que fixam o pagamento do adicional de periculosidade em percentual inferior ao legal, porquanto tais disposições estão em inequívoco confronto com o arcabouço jurídico-constitucional de tutela do

¹⁰ Disponível em <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>.

trabalho, em se tratando de direito infenso à negociação coletiva (CF, art. 7º, XXII e XXVI).¹¹

Salienta-se que a função jurisdicional exercida pelos magistrados trabalhistas é de suma importância para que possa ser aplicada a lei de forma escorreita, impedindo que sejam cometidos arbítrios principalmente por parte dos empregadores em relação aos empregados, parte manifestamente hipossuficiente na relação empregatícia.

O poder-dever do magistrado de zelar pelo cumprimento da lei e pela observância à Constituição habilita-o a declarar a invalidade não somente de norma coletiva, podendo até mesmo analisar no caso concreto a legalidade de Termos de Ajustamento de Conduta firmados entre o empregador e o Ministério Público do Trabalho, ao qual, nos termos do art. 127 da Carta Magna, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo considerado instituição essencial à função jurisdicional do Estado.

Corroborando a tese acima elencada, deve-se ressaltar a decisão da MM. Juíza Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt, titular da 3ª Vara do Trabalho de Juiz de Fora, Minas Gerais, nos autos 0001544-49.2013.503.0037, em que foi declarada a invalidade de TAC firmado entre o Ministério Público do Trabalho e uma empresa do ramo de supermercados.

Sobreleva notar que referido TAC permitia a concessão de descanso semanal remunerado após o sexto dia consecutivo trabalhado, sob o argumento da empregadora de que haveria impossibilidade fática de conciliar os DSRs com o sétimo dia trabalhado, quando em regime de revezamento, o que foi acatado pelo MPT, mesmo em afronta aos arts. 67 da CLT e 1º da Lei 605/49, que preveem a necessidade de um descanso na semana, assim como à OJ 410 da SDI-1 do TST.

A despeito de ter sido firmado TAC entre a empregadora e o MPT, a Douta Magistrada reputou ser inválido o acordo firmado, levando-se em consideração que “a negociação não pode usurpar espaço legislativo de norma de ordem pública, tal como vem sendo reconhecido o direito ao descanso”.¹²

Levando-se em consideração que a Justiça do Trabalho detém competência para determinar a invalidade de um Termo de Ajustamento de Conduta firmado pelo MPT, também é certo que possui o mister de analisar a legalidade das negociações coletivas.

Assim sendo, por todos os motivos acima expostos, padece de inconstitucionalidade o art. 8º, § 3º, da CLT, seja por restringir a garantia constitucional do acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, seja por limitar a aplicação de normas legais e constitucionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador no caso concreto, em inobservância aos princípios fundamentais que regem o Direito do Trabalho.

Considerações finais

Notadamente após a promulgação da Lei Maior de 1988, foi instituído em nosso país

¹¹ TST. Recurso de Embargos: E-ED-RR-8900-73.2005.5.15.0027. Relator: Min. Walmir Oliveira da Costa. DJ: 01/06/2018. Vide também os seguintes casos: TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista: ARR-68-02.2011.5.02.0254. Data de Julgamento: 21/08/2018. Relatora: Min. Maria Helena Mallmann. 2ª Turma. DJET: 24/08/2018; TST. Recurso de Revista: RR - 10645-43.2016.5.03.0090. Data de Julgamento: 22/08/2018, Relator: Min. Douglas Alencar Rodrigues, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/08/2018; TST. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. AIRR - 3195-90.2012.5.02.0066. Data de Julgamento: 21/08/2018, Relatora: Min. Maria Helena Mallmann. 2ª Turma. Data de Publicação: DEJT 24/08/2018. Acórdãos disponíveis em <http://www.tst.jus.br/> > Jurisprudência > Consulta Unificada. Acesso em 25 ago. 2018.

¹² TRT 3ª Região. Autos: 0001544-49.2013.503.0037. Juíza: Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt. Data da sentença: 06/09/2013. No mesmo sentido, vide sentença nos autos 0000871-53.2013.503.0038, Juiz: Léverson Bastos Dutra. Data da sentença: 07/07/2013; autos: 0000619-25.2014.5.03.0035. Juíza: Sheila Marfa Valério. Data da sentença: 11/06/2014; Disponível em <https://portal.trt3.jus.br/internet>. > Processos > Número único. Acesso em 21 ago. 2018.

um Estado Democrático de Direito, com o intuito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, nos termos do preâmbulo da Carta Magna.

Ressalta-se também que a República Federativa do Brasil possui como fundamento basilar a promoção da dignidade da pessoa humana, princípio que baliza a atuação do Poder Judiciário, erigido pelo art. 1º, III, da CRFB/1988, classificado como

verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.¹³

Conforme explicita o art. 5º, XXXV, da CRFB/1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, decorrendo desse dispositivo o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que demonstra a imprescindibilidade da interpretação judicial para a harmonia entre os três Poderes, incontestável fato de que, “ao lado da função legislativa e da função administrativa, a função jurisdicional compõe o tripé dos poderes estatais”. (DIDIER, 2017, p. 176).

Didier, ao tratar da inafastabilidade da jurisdição, afirma com propriedade que, quando há desrespeito a alguma garantia do indivíduo, “as partes hão de submeter-se ao quanto decidido pelo órgão jurisdicional. Tratando-se de emanação do próprio poder estatal, impõe-se a jurisdição por si mesma”. (DIDIER, 2017, p. 176). Isto quer dizer que a existência do Poder Judiciário representa conditio sine qua non para a existência de um Estado Democrático de Direito, através da separação dos Poderes da União, que, nos termos do art. 2º, CRFB/1988, são independentes e harmônicos entre si.

Assim sendo, levando-se em consideração as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017 ao ordenamento jurídico brasileiro, particularmente no que se refere ao poder interpretativo e criativo dos magistrados e tribunais da Justiça do Trabalho, de se concluir que a referida lei é manifestamente inconstitucional, já que, ao inserir os parágrafos segundo e terceiro ao art. 8º da CLT, afrontou o princípio constitucional de separação entre os Poderes, levando-se em

consideração que cabe ao Poder Judiciário a efetivação das garantias e direitos individuais e coletivos, sob pena de “esse inusitado contingenciamento afrontar a simetria e harmonização conferida aos órgãos do Poder Judiciário pela Constituição ‘art. 92’, respeitada a hierarquia interna que a Constituição estabelece entre eles”. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 52).

Referências

AGÊNCIA IBGE. Desemprego atinge 14 milhões de pessoas em abril. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/10000-desemprego-atinge-14-milhoes-de-pessoas-em-abril.html>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do Trabalho. 10. ed. São Paulo: LTR, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão Especial - PL 6787/16 – Reforma Trabalhista. evento Reforma Trabalhista: audiência pública. Reunião n. 0132/17. Data: 23/03/2017. Local: plenário 11 das comissões . Início: 09h42min. Término: 13h39min. Páginas: 82. Disponível em

¹³ STF. Acórdão no HC 85.237/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 17/03/2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. DJ: 9-04-2005.

<<https://goo.gl/o5TxQm>>. Acesso em 23 ago. 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 21 ago. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Lei 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/L13105.htm>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em 19 ago. 2018.

_____. Resolução Administrativa n. 1295/2008 do Tribunal Superior do Trabalho. Aprovação do novo texto do Regimento Interno da Corte. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html> . Acesso em 23 ago. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença n. 01544-49.2013.503.0037. Reclamante: Cristiane Fernandes. Reclamado: CENCOSUD Brasil Comercial LTDA. Juíza: Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt. Data da sentença: 06/09/2013. Disponível em <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=10155377>. Acesso em 21 ago. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença n. 0000619-25.2014.5.03.0035. Reclamante: Eduardo Augusto do Nascimento. Reclamado: CENCOSUD Brasil Comercial LTDA. Juíza: Sheila Marfa Valério. Data da sentença: 11/06/2014. Disponível em <<http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso2.htm?conversationId=10156109>>. Acesso em 21 ago. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Sentença n. 0000871-53.2013.503.0038. Reclamante: Marli Rodrigues Bastos. Reclamado: CENCOSUD Brasil Comercial LTDA. Juiz: Léverson Bastos Dutra. Data da sentença: 07/07/2013. Disponível em <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?conversationId=10155854>. Acesso em 21 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 3195-90.2012.5.02.0066. Agravante: Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ.

Agravado: João José dos Santos. 2ª Turma. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Data de Publicação: DEJT 24/08/2018. Disponível em <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%203195-90.2012.5.02.0066&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQrYAAN&dataPublicacao=24/08/2018&localPublicacao=DEJT&query](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%203195-90.2012.5.02.0066&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQrYAAN&dataPublicacao=24/08/2018&localPublicacao=DEJT&query=)>. Acesso em 25 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. 68-02.2011.5.02.0254. Agravante: Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. – USIMINAS. Agravado: Adriano Pereira da Silva. 2ª Turma. Relatora: Ministra Maria Helena Mallmann. Data de Julgamento: 21/08/2018. DJET: 24/08/2018. Disponível em <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%2068-02.2011.5.02.0254&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQsIAAH&dataPublicacao=24/08/2018&localPublicacao=DEJT&query](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%2068-02.2011.5.02.0254&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQsIAAH&dataPublicacao=24/08/2018&localPublicacao=DEJT&query=)>. Acesso em 25 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos n. 8900-73.2005.5.15.0027. Embargante: Telecomunicações de São Paulo S.A. – TELESP. Embargado: Luiz Carlos Comim. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator: Ministro Walmir Oliveira da Costa. Brasília, DJ: 01/06/2018. Disponível em <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%208900-73.2005.5.15.0027&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAWR3AAF&dataPublicacao=01/06/2018&localPublicacao=DEJT&query](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-RR%20-%208900-73.2005.5.15.0027&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAWR3AAF&dataPublicacao=01/06/2018&localPublicacao=DEJT&query=)>. Acesso em 25 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 10645-43.2016.5.03.0090. Recorrente: Anglo Ferrous Minas Rio Mineração S.A. Recorrido: Neymar Leander Leão. 5ª Turma. Relator: Ministro Douglas Alencar Rodrigues. Data de Publicação: DEJT 24/08/2018. Disponível em <[http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010645-43.2016.5.03.0090&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQqQAAN&dataPublicacao=24/08/2018&localPublicacao=DEJT&query](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&formato=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2010645-43.2016.5.03.0090&base=acordao&rowid=AAANGhABIAAAQqQAAN&dataPublicacao=24/08/2018&localPublicacao=DEJT&query=)>. Acesso em 25 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Orientações Jurisprudenciais da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais – SDI – I. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_401.html>. Acesso em 20 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 85.237/DF. Paciente: Ricardo Peixoto de Castro. Impetrante: Ataíde Jorge de Oliveira. Autoridade Coatora: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Tribunal Pleno. Min. Celso de Mello. DJ: 9-04-2005. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2260709>>

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 6787/2016. Mensagens, Ofícios e Requerimentos. Disponível em <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_requerimentos?idProposicao=2122076>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, do poder executivo, que "altera o decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - consolidação das

leis do trabalho, e a lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências". Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=1544961>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____ Ficha de tramitação PL 6787/2016. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

_____ Requerimento nº, de 2017. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesweb/prop_mostrarIntegra?codteor=1524902&filenametramitacao-pl+6.787/2016>. acesso em: 20 de agosto de 2018.

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho – De acordo com a Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017. 14^a ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho.16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: 2017.

_____ DELGADO; Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil com comentários à Lei n. 13.467/2017.São Paulo: LTR, 2017.

DIÁRIO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. Diário da Câmara dos Deputados. República Federativa do Brasil. Ano LXXII . n.º 66, Quinta-feira, 20 de abril de 2017. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagen/d/pdf/DCD0020170420000660000.PDF#page=198>>. Acesso em: 20 de agosto de 2018.

DIDIER Jr., Freddie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

ECIDADANIA. Votação: emenda altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=129049>>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 10. ed. rev., atual. e ampl, São Paulo, Atlas, 2018, p. 256.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. :Novo Código de Processo Civil comentado. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2003.

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho : aspectos processuais da Lei n. 13.467. 1.,São Paulo: LTr, 2017.

_____Manual de direito processual do trabalho. 12.ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017.

SENADO FEDERAL. Expressão utilizada pelo Relator do Parecer sobre a Reforma Trabalhista na Comissão de Assuntos Sociais do Senado. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5349695&ts=1534273726938&disposition=inline&ts=1534273726938>>. Acesso em: 24 de agosto de 2018.

_____Parecer (SF) nº 29, de 2017. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5349695&ts=1534273726938&disposition=inline&ts=1534273726938>>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.

_____Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 21 de agosto de 2018.

_____Regimento Interno: Resolução no 93, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/99774>>.

13. AS DECISÕES DO COMITÊ DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA APLICAÇÃO NO BRASIL

Aline Araújo Passos¹
Gabriel Infante Magalhães Martins²

Sumário: 1. A Convenção e o Protocolo Facultativo; 2. A Convenção no Brasil; 3. Distanciamento entre a hermenêutica internacional e a nacional; 4. Panorama parcial sobre as decisões do Comitê; 5. Conclusão; 6. Referências

1. A convenção e o protocolo facultativo

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi adotada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) por meio da resolução nº 61/106, datada de 13 de dezembro de 2006, e aberta à assinatura em 30 de março de 2007, em Nova Iorque, tendo passado a vigorar na ordem internacional a partir de 03 de maio de 2008, após a vigésima ratificação, como acordado no art. 45(1). Além disso, há o Protocolo Facultativo à Convenção, o qual criou o Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, desenvolvido para o monitoramento dos direitos nela previstos. É um documento que, a despeito de acompanhar a Convenção, é independente desta no tocante à ratificação.

Aludido Comitê é composto por dezoito especialistas na área (de acordo com o art. 34 da Convenção, a composição inicial era de doze, até a sexagésima ratificação, momento em que foram acrescidos mais seis), os quais atuam em nome próprio e não como representantes dos países signatários. Eles são incluídos em uma lista pelos Estados Partes e escolhidos por meio de uma votação secreta, têm um mandato de quatro anos e devem ser nomeados de acordo com representação geográfica equitativa, com o fim de gerar uma formação democrática.

A Convenção e seu Protocolo Facultativo, até os dias atuais, foram ratificados por, respectivamente, 177 e 92 países. Algumas ausências importantes são sentidas, como, por exemplo, os Estados Unidos da América (EUA), a Rússia e a China, países membros do Conselho de Segurança da ONU, os quais não ratificaram o Protocolo. Os EUA, diferentemente dos demais, não ratificou a Convenção e nem sequer assinou o Protocolo Facultativo. Na América do Sul, todos os países assinaram e ratificaram os dois Tratados, com exceção da Guiana, Colômbia e do Suriname, que não ratificaram o Protocolo.³

A Convenção, é importante realçar, favoreceu, por meio de uma abordagem mais realística dos fatores ligados à deficiência, a compreensão das inúmeras questões pertinentes às pessoas com deficiência como uma questão de direitos humanos, ligada a uma dimensão de desenvolvimento social.⁴ Ela consiste no primeiro tratado internacional do século XXI, pioneiro no tratamento, especificamente, da questão sobre as pessoas com deficiência no âmbito do sistema de proteção de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), além de ser o mais significativo documento internacional dedicado à temática, de modo a dar a este grupo, bastante heterogêneo, maior visibilidade internacional.

¹ Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais (Subárea Direito Processual Civil) pela PUC/SP. Professora Adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Coordenadora do Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência. Advogada.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Aluno participante do Projeto de Extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, da Faculdade de Direito da UFJF, nos anos de 2017 e 2018.

³ Informação disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em 03 abr. 2019.

⁴ MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193/194.

Ela é inovadora em inúmeros aspectos, especialmente no tocante à criação de uma nova perspectiva sobre a deficiência – ou seja, de mudança na sua percepção. O ponto principal é o reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social são causas ou fatores de agravamento da deficiência e que este é um conceito em construção, o qual depende da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais, como diz a alínea f do Preâmbulo.⁵

Com esse reconhecimento, ela incorporou o denominado modelo social de deficiência, definido da seguinte maneira:

O designativo social serve para destacar que as causas da deficiência não se restringem aos impedimentos naturais da pessoa, mas resulta da interação daqueles com as diversas barreiras sociais que estão disseminadas na sociedade, seja na estrutura organizacional dos espaços públicos e privados da cidade, seja na educação e no comportamento das pessoas, seja nas instituições e normas que regem as diversas relações jurídicas etc.⁶

A despeito deste modelo configurar o estágio atual da compreensão da deficiência, os autores tecem algumas críticas a ele, especialmente em relação ao fato de que não foi possível obter grande êxito na garantia de direitos e no reconhecimento da igualdade com o deslocamento do problema principal para aspectos da sociedade em geral. Dessa forma, pleiteiam a formação de novo modelo, pautado no reconhecimento da deficiência como diversidade – abordagem que foge ao escopo deste texto.

A Convenção não cria direitos, mas os especifica para que as pessoas com deficiência possam deles gozar em igualdade de oportunidades com as demais. Ou seja, “protege e promove os direitos que fazem parte do sistema geral dos direitos humanos, mas que têm sido desrespeitados sistematicamente quando se trata de pessoas com deficiência”.⁷

2. A convenção no Brasil

No Brasil, estes tratados ganharam especial atenção, já que são, em conjunto com o “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso”, os únicos instrumentos internacionais recepcionados via art. 5º, §3º, da Constituição Federal, de forma a garantir-lhes força de emenda constitucional, o que demonstra a preocupação do constituinte derivado com a proteção das pessoas com deficiência.⁸ Eles entraram em vigor no ordenamento interno em 09 de julho de 2008, por meio do Decreto Legislativo nº 186.

Com base no status alcançado, a Convenção reforça os direitos previstos na Carta Cidadã de 1988, integrando-a com direitos das mais variadas dimensões: ela prevê desde direitos civis mais básicos até direitos sociais conquistados mais recentemente – como, por exemplo, o direito à vida (art. 10) e o direito à participação na vida cultural e em recreação, lazer e esporte (art. 30), respectivamente -, trazendo também previsões majoritariamente

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 309/310.

⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES, Herika Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra de. **A abordagem da deficiência em face da expansão dos direitos humanos**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n.2, p. 551-572, jul./dez. 2016. p. 562.

⁷ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. **Os modelos médico e social de deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum**. Rev. Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 736-755, jul./dez. 2016. p. 740.

⁸ Informação disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em 03 abr. 2019.

voltadas às pessoas com deficiência, a exemplo dos direitos à acessibilidade (art. 9º) e à habilitação e reabilitação (art. 30). Além disso, possui previsões que são comuns a todos os tratados internacionais, como as que versam, por exemplo, sobre reservas, emendas e denúncia (artigos 46 a 48).

Com efeito, foi em decorrência da Convenção que surgiu no Brasil a Lei nº 13.146/2015 (denominada de Lei Brasileira de Inclusão ou também de Estatuto da Pessoa com Deficiência), que, apesar de pontuais problemas já reconhecidos por grande parte da doutrina, apresenta grande avanço nesta temática, especialmente quanto ao reconhecimento da capacidade das pessoas com deficiência no tocante às questões existenciais. Nas palavras de Neves e Schreiber,

O aludido Estatuto consubstancia, por um lado, valente intervenção legislativa, que tem a virtude de ter se proposto a revisitar de modo criativo um setor tradicionalmente intocável como o regime das incapacidades, fazendo, enfim, cumprir muito daquilo que já impunha a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência [...]⁹

3. Distanciamento entre a hermenêutica internacional e a nacional

A Convenção e o Protocolo foram incorporados ao ordenamento jurídico-constitucional nacional mediante a observância do regular procedimento exigido, porém, em sua origem, são tratados de Direito Internacional. Considerado este aspecto, observa-se que a interpretação e aplicação das normas produzidas em âmbito internacional ainda se revelam distantes da prática jurídica dos operadores do direito no Brasil.

Apesar da relevância da Convenção e do seu Protocolo Facultativo para a sociedade brasileira, um grande problema surge no cotidiano jurídico nacional: é frequente a ausência de diálogo, principalmente entre os tribunais internos e os órgãos internacionais criados para a hermenêutica de tratados internacionais. Aqueles, especialmente o Supremo Tribunal Federal (STF), passaram a invocar dispositivos de documentos internacionais na fundamentação das decisões, porém fazem isso sem dar atenção à interpretação feita por estes, trilhando um entendimento “nacionalista” que nega a universalidade dos direitos humanos e transforma as declarações internacionais em simples peças de retórica.¹⁰

Por esta razão, é essencial que no Brasil seja dada maior atenção às disposições provenientes dos tratados internacionais, como forma de conceder maior efetividade às normas de proteção dos direitos humanos fundamentais. Além disso, uma vez que o Brasil ratificou as normas internacionais em tela, é imperioso que admita, por conseguinte, a adoção de mecanismos para responsabilização de Estados infratores, sendo certo que mais importante do que utilizar a mesma redação constante de um tratado internacional, é preciso velar pela sua aplicação e valer-se da mesma interpretação realizada por órgão internacional dotado de tal competência, como é o caso do Comitê.¹¹

Como exposto, torna-se cediço que o direito interno deve ser aplicado em consonância com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil, constatação que justifica a urgente necessidade de maior e mais detalhada imersão da prática jurídica nacional nos tratados e na jurisprudência internacionais.

Pretende-se, por todo o exposto, verificar como o Comitê vem interpretando os direitos

⁹ NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. *Rev. Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 9, n.3, p. 1545-1558, 2016. p. 1554.

¹⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 376.

¹¹ Ibidem, p. 37.

previstos na Convenção, por meio dos litígios que já foram “julgados” por este órgão,¹² para identificar por quais motivos os Estados Partes estão sendo responsabilizados internacionalmente e firmar estas decisões como precedentes para o Poder Judiciário e a Administração Pública pátria. Assim, por meio dessa análise será possível evitar ações semelhantes e/ou pensar políticas públicas para aprimorar determinadas situações no Brasil.

4. Panorama parcial sobre as decisões do comitê

Para que o Comitê possa considerar admissível uma comunicação, nos termos do art. 2º do Protocolo, ela não pode ser anônima (alínea a); não pode ser incompatível com as disposições da Convenção ou constituir abuso do direito de submeter uma comunicação (alínea b); não pode tratar de matéria que já tenha sido examinada pelo Comitê ou por outro procedimento de investigação internacional (alínea c); o peticionário deve ter esgotado todos os recursos internos, com exceção dos casos em que a tramitação destes recursos seja injustificadamente prolongada ou que seja improvável uma solução efetiva (alínea d); ela deve ser suficientemente fundamentada (alínea e); e, por fim, os fatos que a motivaram não podem ter ocorrido antes da entrada em vigor do Protocolo para o Estado Parte, salvo se continuem a ocorrer após aquela data (alínea f).

Dito isto, é necessário esclarecer que as decisões do Comitê serão analisadas em razão do critério temporal – desde a mais antiga à mais recente, salvo aqueles casos que apresentem alguma conexão fática, pois serão estudados em conjunto, mesmo que entre o “julgamento” deles tenham outras decisões do Comitê. Não serão examinados aqueles casos cujo mérito não chegou a ser enfrentado pelo Comitê, em decorrência de problemas formais (os requisitos formais para peticionar já foram devidamente explanados), e também os casos em que tenha se concluído pela ausência de violação – ou seja, os casos Kenneth vs United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (13 de novembro de 2012), SC vs Brazil (28 de outubro de 2014), Marie-Louise vs Sweden (14 de novembro de 2014), LML vs United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (17 de maio de 2017), DR vs Australia (19 de maio de 2017), DL vs Sweden (22 de maio de 2017), OOJ vs Sweden (05 de outubro de 2017) e M.R. vs Australia (05 de julho de 2018).

Além disso, pela limitação espacial, não será possível desenvolver grande parte da argumentação, trazida pelas partes litigantes e pelo Comitê, relativa aos acontecimentos concernentes tanto aos aspectos formais quanto ao mérito. Por isso, concentrar-se-á na análise dos principais fatos que deram origem à responsabilização dos Estados Partes, identificando os direitos violados à luz das disposições da Convenção e as determinações expedidas pelo órgão, o que, por conseguinte, permitirá ampliar o conhecimento acerca dos instigantes debates gerados no âmbito do Comitê.

Somente serão exploradas, então, as demandas em que recomendações foram impostas pelo Comitê com base nos direitos previstos na Convenção, tendo em vista a já citada dificuldade. Ademais, também não se mostrou possível proceder à completa transcrição das conclusões adotadas pelo Comitê e da literalidade dos artigos, motivo pelo qual recomenda-se a leitura do presente trabalho com permanente consulta à Convenção.

Finalmente, é pertinente ressaltar que existem outros mecanismos de monitoramento da implementação da Convenção, como a submissão obrigatória de relatórios regulares pelos Estados Parte (dois anos após a assinatura da Convenção e, posteriormente, a cada quatro anos) e a elaboração, pelo Comitê, de observações finais em relação aos relatórios estatais e de

¹² As decisões são encontradas no site do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, disponíveis nas seis línguas oficiais da ONU (inglês, francês, espanhol, chinês, russo e árabe): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeCategoryID=6.

comentários gerais sobre os direitos previstos na Convenção.

4.1. HM vs Sweden, 21 de maio de 2012.

O caso envolve uma pessoa que possuía uma síndrome física muito rara e que, segundo laudos médicos, precisava realizar hidroterapia, única medida que poderia amenizar o sofrimento decorrente dos sintomas. Entretanto, em razão da sua grande debilidade física, ela teria que evitar ao máximo sair de casa e, por isso, pediu permissão para construir uma piscina em casa. Todavia, a área disponível para a obra deveria, de acordo com a legislação do município, permanecer sem nenhum tipo de edificação, o que levou o pedido a ser negado, mesmo que os vizinhos tivessem concordado com a construção e que ela ficasse totalmente envolta por uma grande extensão coberta de árvores e, portanto, invisível ao exterior. Após uma luta judicial interna, o Comitê foi acionado.

Nesse contexto, ele entendeu que o Estado signatário não levou em conta as circunstâncias específicas do caso e as necessidades particulares ligadas à deficiência da autora e que a decisão foi desproporcional. O Comitê expôs que os direitos da autora, no caso, devem prevalecer sobre a normativa de ordenação do território urbano, notadamente os direitos à vida independente e à inclusão na comunidade, à saúde e à habilitação e reabilitação. Portanto, assentou que os artigos 5(1), 5(3), 19, 25 e 26, com base nos artigos 3(b), 3(d), 3(e), 4(1d) da Convenção, foram violados. Determinou, assim, que a permissão para construção da piscina fosse concedida à autora e que a elaboração e a aplicação das legislações internas, sem o efeito de prejudicar o reconhecimento, o gozo e o exercício dos direitos das pessoas com deficiência, fossem, de maneira genérica, asseguradas.

4.2. Szilvia vs Hungary, 21 de junho de 2013.

No caso em epígrafe, a autora é uma pessoa com prejuízos visuais severos e pleiteou, por meio de ações civis, que o banco húngaro OTP adequasse seus caixas eletrônicos com marcações em braile, instruções audíveis e assistência de voz para que não dependesse de terceiros para poder resolver suas demandas financeiras diárias. Não tendo obtido sucesso no Poder Judiciário de seu país e respeitadas as condições de admissibilidade, a autora ingressou com uma petição no Comitê.

Após detida análise das medidas que o Estado Parte argumentou que estavam para ser implementadas, o Comitê verificou que nenhuma delas havia sido, de fato, efetivada. Em razão de ser obrigação de todos os Estados signatários da Convenção assegurar que quaisquer tipos de entidades privadas que promovam serviços abertos ao público ofereçam instalações acessíveis, concluiu-se ter havido violação ao direito à acessibilidade da autora, na forma estipulada no art. 9(2b).

Para que a violação fosse superada, o Comitê determinou, de maneira discricionária ao Estado Parte, a criação das estruturas materiais indispensáveis e de arcabouços legais concretos, exigíveis e vinculantes, bem como que a aplicação de toda a legislação interna seja feita de acordo com os parâmetros da Convenção, para que fossem efetivados todos os ajustes necessários a fim de que os serviços bancários de autoatendimento se tornassem acessíveis às pessoas cegas.

4.3. Zsolt vs Hungary, 16 de outubro de 2013.

Os seis autores da petição são pessoas com deficiência intelectual que foram submetidas, por meio de decisões judiciais, a interdições parciais ou totais. Como consequência automática, prevista na Constituição húngara, seus nomes foram removidos do registro eleitoral, razão pela

qual foram impedidos de participarem das eleições gerais e municipais no ano de 2010.

O Comitê, com base no exposto, entendeu que tal norma violava o direito de participação na vida política e pública, assegurado no art. 29 da Convenção, tendo em mente, também, a previsão do art. 12. Tal afirmação foi feita porque o direito a votar e a ser votado, em igualdade de condições com as demais pessoas, é parte da essência dos direitos políticos, os quais devem ser assegurados às pessoas com deficiência pelos Estados signatários.

Determinou, dessa maneira, que o Estado húngaro considerasse a retirada desta previsão de seu ordenamento jurídico-constitucional e assegurasse o direito de voto às pessoas com deficiência por meio de assistência adequada e acomodações razoáveis, assegurando estruturas e materiais acessíveis, de fácil entendimento e uso, e, eventualmente, permitindo assistência de uma pessoa de confiança para votar.

4.4. X vs Argentina, 18 de junho de 2014.

O autor, em 2010, enquanto estava preso provisoriamente por um crime, realizou uma cirurgia para colocar uma placa a fim de preencher o local destinado a um disco cervical, o qual havia sido retirado em razão de um acidente de trânsito pretérito. No entanto, por causa de complicações cirúrgicas, sofreu um distúrbio sensorial, cognitivo e visual chamado hemianopsia homônima esquerda. Em virtude da deficiência que o acometeu, argumentou que a prisão domiciliar seria a forma de detenção mais compatível com o tratamento, visto que teria alguém por todo o dia para ajudá-lo com as tarefas cotidianas e que toda a infraestrutura da casa havia sido adaptada para ele, além de o instituto de reabilitação ser bem mais próximo de sua residência do que da prisão. Após diversas divergências administrativas e judiciais, o pedido foi negado pelo Judiciário nacional.

Ao ter sua demanda analisada pelo Comitê, verificou-se a ocorrência de violação aos artigos 9(1a), 9(1b), 14(2) e 17 da Convenção, pois o Estado Parte não demonstrou que as acomodações da prisão eram suficientes para que o autor vivesse de modo independente, livre, seguro e com sua integridade protegida, o que expôs carência de acessibilidade e grau insuficiente de acomodações razoáveis na prisão.

Estabeleceu-se, então, as obrigações de efetuar as acomodações necessárias no local onde o autor estava, à época, preso, para que pudesse acessar toda a instalação penitenciária e de provê-lo com acesso a tratamento de saúde e terapia de reabilitação. Ademais, foi ordenado ao Estado argentino que tomasse medidas apropriadas e gerais para evitar situações como a do caso em questão, com o intento de assegurar aos presos com deficiência independência na realização de suas tarefas cotidianas, bem como acesso ao tratamento médico necessário.

4.5. Liliane vs Germany, 07 de julho de 2014.

O filho da autora é uma pessoa com deficiência que argumenta sofrer discriminação em razão dela no tocante à sua integração ao mercado de trabalho, porque não lhe é dado acesso aos programas de treinamento e de orientação técnica, contínua e vocacional, proporcionados por agências de empregos. Foi demonstrado que ele não tinha estes direitos, à época, pois a legislação apenas permitia a concessão de um subsídio destinado à inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho para aquelas que pudessem recuperar a total capacidade para o labor em até três anos. Por isso, a família era obrigada a arcar, por conta própria, com os gastos necessários à manutenção de sua saúde mental e suas capacidades físicas, tais como atividades esportivas, consultas a médicos, fonoaudiólogos e fisioterapeutas.

Pela situação exposta, o Comitê entendeu que o Estado signatário é responsável por violações aos artigos 27(1d), 27(1e) e 27(1h), lidos com base nos artigos 3(a), 3(b), 3(c), 3(e), 4(1a), 4(1b) e 5(1) da Convenção, visto que a previsão legal supracitada coloca determinadas

pessoas com deficiência em posição de desvantagem no que concerne ao acesso ao trabalho e ao emprego, fato que resulta em uma discriminação indireta. Assim, determinou que o Estado revisse suas leis concernentes ao tema, de modo a abranger todas as pessoas com deficiência (e não apenas aquelas que teriam capacidade de retomar seu poder de trabalho em um prazo determinado de tempo) e reavaliasse o caso do filho da autora, tudo isso a fim de promover oportunidades de emprego às pessoas com deficiência à luz da Convenção.

4.6. F vs Austria, 21 de setembro de 2015.

O autor da demanda é cego e depende de transporte público para suas atividades diárias, tanto de cunho privado quanto laboral. Durante o ano de 2004, a empresa responsável pelas linhas férreas de sua cidade passou a equipar determinadas redes com sistemas digitais de áudio, ativados por um simples botão, que reproduzem todas as informações sobre as linhas. Contudo, a linha que era massivamente utilizada pelo autor não foi agraciada com as melhorias durante sua reforma, empreendida no ano de 2011.

Desta maneira, entendeu-se que ocorreram violações aos artigos 5(2), 9(1), 9(2f) e 9(2h) da Convenção, já que, para o Comitê, a obrigação de implementar os diversos aspectos da acessibilidade é incondicional. No caso, o Estado falhou em promover o acesso das pessoas cegas à informação, por meio de tecnologias de comunicação, de instalações e de serviços que lhes possibilitessem viver de forma independente. Assim, fixou que o Estado Parte deveria assegurar padrões mínimos de acessibilidade no transporte público a todas as pessoas cegas e outros tipos de prejuízos oculares e, também, a revisão de regulações e leis internas, em permanente consulta às pessoas com deficiência e suas organizações representativas.

4.7. Gemma vs Australia, 25 de maio de 2016, Michael vs Australia, 30 de maio de 2016 e J.H. vs Australia, 20 de dezembro de 2018.

Os três casos são semelhantes e, portanto, serão analisados em conjunto. No tocante ao primeiro, a autora é surda e utiliza constantemente a língua de sinais (Auslan – Australian Sign Language) para comunicação com outras pessoas. Certa feita, ela foi convocada para servir como jurada em um processo criminal e, de início, demonstrou às autoridades a necessidade de um intérprete para que pudesse participar do júri. Entretanto, o pedido foi negado com base no fato de que o veredito apenas poderia ser proferido por 12 jurados, sem a participação de qualquer pessoa estranha, e que outros tipos de suporte não alcançariam o objetivo de fazê-la compreender a comunicação entre os jurados e impediriam a efetividade e a administração eficiente da justiça.

Assim, o Comitê entendeu que o Estado Parte falhou ao deixar de cumprir suas obrigações nos artigos 5(1), 5(3), 9(1), 13(1), com base nos artigos 3º e 29, bem como o art. 21(b), em sua essência e em combinação com os artigos 2º, 4º, 5(1) e 5(3). Isto porque asseverou que, mesmo que o Estado possua uma margem de apreciação em relação a quais medidas de acomodação razoável deseja aplicar, é seu dever apresentar provas consistentes de que o cumprimento da medida excepcionalmente pleiteada pela pessoa com deficiência seja um fardo desarrazoadão. Tendo em vista que nenhum argumento plausível foi apresentado pelo Estado signatário, a autora viu negados seus direitos de acesso à justiça, de liberdade de expressão e de opinião e de acesso à informação, com base na carência de acessibilidade.

Como medidas, o Comitê determinou a habilitação da autora (e de quaisquer outros surdos que possam ser convocados para realizar seu dever cívico para com a justiça) para participar do júri com o acompanhamento de um intérprete, de uma forma que respeite a confidencialidade do procedimento – como um juramento especial por parte dele, por exemplo –, e uma reforma da legislação, regulação, políticas e programas envolvendo a participação

social das pessoas com deficiência, em consulta com seus grupos representativos.

O segundo caso, como dito, é bastante semelhante ao anterior, tanto fática quanto juridicamente. As alterações residem em datas, em questões relativas à tramitação legal interna e em parte da argumentação trazida pelo autor, sendo a essência, porém, a mesma. O terceiro caso tem, ademais, algumas breves mudanças fáticas, como, por exemplo, a disponibilização pelo Estado de aparelhos auditivos tecnológicos, os quais, porém, foram negados à autora, sob o argumento de que poderia levar à filtragem e omissão de informações, bem como em pequenas partes das alegações e da fundamentação trazidas pela autora. O Comitê, assim, decretou a violação aos artigos 5(2), 5(3), 21(b) e 21(e), determinando, porém, as mesmas medidas aventadas nos outros dois casos.

4.8. Marlon vs Australia, 10 de outubro de 2016.

O autor, em 2001, foi acusado de ter molestado e estuprado meninas menores de idade. Uma vez acusado e processado, foi verificada sua inimputabilidade em juízo e, portanto, sob o bojo da “Lei de Proteção das Pessoas com Deficiência Mental” (Mentally Impaired Defendants Act), uma medida de segurança lhe foi aplicada. Frise-se, contudo, que ele não teve oportunidade de se expressar como inocente, durante o julgamento, da forma que desejava. Assim, ele foi detido em uma prisão comum em 2003, sem ter nenhuma previsão de quando teria sua liberdade decretada, haja vista que não há tempo máximo de reclusão previsto no ordenamento jurídico australiano quando da aplicação de tal medida na legislação; no entanto, em 2012, foi solto sob determinadas circunstâncias.

Segundo o Comitê, foram violados os direitos previstos nos artigos 5(1), 5(2), 12(2), 12(3), 13(1), 14(1b) e 15 da Convenção, em virtude de diversos fatores: ausência de oportunidade de exercer sua defesa de acordo com o devido processo legal; prisão decretada sem que o autor tivesse sido condenado por qualquer crime; e, por fim, a sujeição do autor a diversos atos de violência e abuso durante sua permanência na prisão. De acordo com os fatos narrados, o Comitê afirmou que ele sofreu ofensa a vários direitos previstos na Convenção, notadamente o de reconhecimento como igual perante a lei, o de acesso à justiça, a liberdade e segurança de sua pessoa e a prevenção contra tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Assim, o Comitê mandou que o Estado signatário revogasse as condições de liberdade e que as substituísse por medidas de inclusão na comunidade, adotassem as necessárias reformas na supracitada lei, em consulta às pessoas com deficiência e de acordo com a ratio da Convenção, e, finalmente, tomassem medidas adequadas para prover às pessoas com deficiência meios de exercerem sua capacidade legal perante o Poder Judiciário.

4.9. X vs Tanzania, 31 de agosto de 2017, e Y vs Tanzania, 30 de outubro de 2018.

As duas situações são bastante parecidas e, desta forma, serão explicitadas em conjunto. No primeiro caso, o autor, um fazendeiro albino do interior da Tanzânia, teve um de seus braços cortado por vizinhos, em razão de sua condição peculiar, a qual é compreendida como uma deficiência, já que a falta de pigmentação na pele, no cabelo e nos olhos causam vulnerabilidade ao sol e à luz, além de prejuízos visuais graves. Ele foi vítima deste ato bárbaro porque há diversas lendas no país sobre os albinos, como a de que as partes de seus corpos teriam poderes mágicos, de forma a prover àqueles que as ingerem riqueza e saúde. Após procurar as autoridades competentes para a investigação, que nada fizeram, peticionou ao Comitê, o qual concluiu ter sido ele vítima de violações dos direitos previstos nos artigos 5º, 15 e 17, lidos em conjunto com o art. 4º.

No segundo caso, o autor, também albino, peticionou alegando violações aos artigos 4,

5, 7, 8, 14, 15, 16, 17 e 24 da Convenção. O autor, em 2010, teve seu cabelo raspado à força por um vizinho e, no ano seguinte, teve três dedos de sua mão direita amputados e o ombro esquerdo gravemente ferido por um facão. Em razão do medo, teve que abandonar a escola. Quanto ao primeiro ataque, o criminoso não chegou a ser investigado; em relação ao segundo, três suspeitos foram julgados, mas o Ministério Público retirou as acusações por falta de evidências e disse que precisaria de mais tempo para investigar, porém nada mais fez. Assim, o Estado Parte foi responsabilizado por violação aos artigos 5, 7, 8, 15, 16 e 17, lidos sozinhos e em conjunto com os artigos 4 e 24.

A explicação para a responsabilização em ambos casos se deu, basicamente, com fulcro na falta generalizada de medidas preventivas e repressivas para evitar tal prática, comum no país, e na inércia de efetivas investigações pelas autoridades, que acarretaram na negativa de prevenção contra a tortura ou outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e de proteção da integridade da pessoa.

Neste contexto, determinou-se ao Estado, nos dois casos, a realização de uma investigação imparcial, rápida e efetiva sobre o ataque e o fornecimento do suporte necessário para permitir ao autor uma vida independente. Ademais, recomendou-se a adaptação das estruturas legais nacionais para proteger as pessoas com albinismo de ataques, a criminalização da utilização de partes de corpos em quaisquer contextos e a implementação de campanhas de conscientização da sociedade acerca do respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência.

4.10. Boris Makarov vs Lithuania, 05 de outubro de 2017.

O autor foi casado com a Sra. Glafira Makarova, que, em junho de 2005, sofreu um grave acidente de carro que lhe causou diversos problemas físicos, dentre eles um sério dano cerebral. Com o tempo, as dores de cabeça que sentia em decorrência da deterioração de sua condição física pioraram, vindo a falecer em novembro de 2011. Já que ela não tinha possibilidade de comparecer pessoalmente à delegacia de polícia para ser informada sobre a investigação criminal iniciada contra o causador do acidente, as autoridades policiais e do órgão de acusação não informavam ao autor o andamento da apuração. Além disso, tendo em vista que ela não possuía dinheiro para contratar um advogado para representá-la, o juiz do caso negou-lhe participação no julgamento, mesmo sendo dever do Ministério Público representar a vítima nesta situação, segundo a legislação interna. Por todo o exposto e após ter seu recurso negado, o autor açãoou o Comitê.

Assim, o órgão afirmou que os direitos previstos nos artigos 12(3) e 13(1) foram violados, dado que o Estado Parte não tomou as medidas apropriadas para assegurar que uma pessoa com deficiência pudesse ter o pleno exercício da capacidade legal e o devido acesso à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas. Como determinação, o Comitê afirmou que é dever do Estado promover ao autor o acesso aos registros relativos às transcrições de todas as audiências e aos resultados da integralidade das perícias realizadas durante o processamento e julgamento do caso de sua falecida esposa. Ademais, foi ordenado que o Estado adotasse as modificações legais necessárias para possibilitar às pessoas com deficiência assistência jurídica gratuita e promovesse, assegurasse e monitorasse a provisão de acomodação razoável para pessoas com deficiência em todos os setores público e privado.

4.11. Fiona Given vs Australia, 29 de março de 2018.

A autora possui paralisia cerebral e, em razão disso, possui diversas consequências sensoriais negativas, como, por exemplo, controle muscular limitado. Em setembro de 2013, ocorreram eleições federais no país e, no dia da votação, a autora, acompanhada de seu ajudante,

compareceu a uma unidade eleitoral para votar com base no que diz a lei eleitoral para as pessoas com deficiência física: assistência do presidente da mesa na marcação do voto, de acordo com suas instruções, e depósito na urna. Porém, foi-lhe negada a assistência, com base no argumento que a presidente estava muito ocupada, razão pela qual seu ajudante particular teria que ajudá-la, em contrariedade ao que prevê a lei.

Com base no relato, o Comitê estatuiu que ela teve alguns de seus direitos negados pelo Estado, notadamente aqueles previstos no art. 29(a), I e II, lido sozinho e com base nos artigos 5(2), 4(1a), 4(1b), 4(1d), 4(1e) e 4(1g), bem como 9(1) e 9(2g) da Convenção, visto o não fornecimento de procedimentos e instalações de votação acessíveis, inclusive através do uso de tecnologia assistiva.

Determinou-se, então, a necessidade de medidas adequadas para assegurar que a autora e que qualquer outra pessoa com deficiência tenha acesso a procedimento e facilidades para votar de modo secreto em futuras eleições, ou seja, votar sem que tenha que revelar sua intenção de voto a qualquer outra pessoa por meio de tecnologias assistivas, bem como a alteração da lei eleitoral para que opções de votação eletrônica estejam disponíveis e acessíveis às pessoas com deficiência e que, nos casos em que a assistência de outra pessoa seja necessária, que ela preste compromisso de manter a confidencialidade do voto.

4.12. Simon Bacher vs Austria, 06 de abril de 2018.

O autor tem síndrome de Down e autismo, além de possuir uma condição pulmonar crônica e imunodeficiência, razão pela qual necessita, ocasionalmente, de cadeira de rodas e assistência médica regular. A casa em que morava com sua família e, igualmente, duas casas vizinhas, no entanto, eram acessíveis apenas por meio de uma trilha, na qual foram colocados, pela família do autor, degraus de madeira com cascalho ao longo dela para auxiliá-los e, posteriormente, um telhado, já que o trajeto se tornava perigoso quando chovia e nevava. Todavia, um dos vizinhos foi contra a construção do telhado e, após longa e tortuosa batalha extrajudicial e em juízo, foi determinada a retirada da construção.

O Comitê, neste contexto, previu que o direito do autor sob o manto do art. 9º, em conjunto com o art. 3º da Convenção, foi violado, visto que o Estado signatário deve propiciar acesso às pessoas com deficiência, em igualdade com as demais, aos ambientes físicos e, para tanto, identificar e eliminar os obstáculos e as barreiras que atrapalhem a acessibilidade. Assim, o Estado deve facilitar uma solução para o conflito, levando em conta as necessidades especiais que o autor tem na utilização do caminho, bem como compensá-lo financeiramente por todas as violações sofridas. Ademais, deve desenvolver estrutura de monitoramento eficaz, por meio do estabelecimento de órgãos com capacidade adequada e mandatos apropriados para implementarem planos de acessibilidade, estratégias e padronização.

4.13. Munir al Adam vs Saudi Arabia, 24 de outubro de 2018.

O autor, quando criança, adquiriu uma deficiência auditiva leve em seu ouvido direito, em decorrência de uma lesão. Porém, após ser detido, alega ter sido torturado pelas forças de segurança nacionais e, como um dos resultados, perdeu completamente a audição no ouvido afetado, uma vez que lhe foi negado atendimento médico após grave espancamento. Tendo em vista que não teve o direito de constituir advogado e, quando houve permissão, não pôde ter contato com ele, além do fato que, segundo alega, o aparato judicial saudita estaria em conluio com as autoridades que praticaram os atos de tortura, restou-lhe acionar o Comitê.

Pelo exposto, o Comitê identificou violações ao direito previsto no art. 13(1) da Convenção, lido sozinho e em conjunto com os artigos 4, 15, 16 e 25. Foram determinadas, como recomendações, o fornecimento ao autor de uma investigação imparcial, efetiva e

completa sobre os fatos narrados, bem como reparação efetiva e compensação monetária pela perda de audição; exame de sua condenação de acordo com as garantias da Convenção, inclusive com a exclusão de provas obtidas sob tortura, o acesso a advogados e a adaptações para que participe nos procedimento adequadamente; e, de forma geral, o estabelecimento de uma proibição clara de qualquer ato de tortura no sistema de justiça estatal, a imposição de mecanismos para relatar e investigar alegações de tortura, a garantia de acesso oportuno a serviços médicos no contexto de detenção e a consideração sobre a abolição da pena de morte (condenação recebida pelo autor ao final do processo criminal).

4.14. Iuliia Domina and Max Bendsten vs Denmark, 21 de dezembro de 2018.

Os autores são casados e moram na Dinamarca, sendo a Sra. Domina natural da Ucrânia e o Sr. Bendsten pessoa com deficiência mental, fruto de graves danos cerebrais decorrentes de um acidente automobilístico. Eles alegam violação aos direitos previstos nos artigos 5º e 23, em virtude da rejeição do pedido de reagrupamento familiar e de autorização de residência no país para a autora, feitos em 2013. Alegaram que, como o autor recebia benefícios sociais desde 2009, ano em que sofreu o referido acidente, a legislação dinamarquesa impede a concessão de autorização de residência baseada no reagrupamento familiar se o cônjuge do requerente houver recebido benefícios sociais dentro de um período de três anos antes do pedido, como é o caso de ambos. A decisão do escritório de imigração nacional foi modificada por uma Corte regional, porém foi mantida pela Suprema Corte.

Assim, o Comitê disse que o Estado signatário violou os direitos previstos no art. 5(1) e 5(2), lido sozinho e em conjunto no art. 23(1) da Convenção. Estatuiu, desta maneira, que o país nórdico não poderia expulsar a autora para a Ucrânia, deveria garantir o direito dos autores à vida familiar e, de maneira geral, eliminar as barreiras que impeçam o gozo, por pessoas com deficiência, do direito à vida familiar em igualdade de condições com as demais.

Conclusão

Por todo o exposto, pode-se afirmar que as decisões proferidas nos casos acima descritos ou a eles semelhantes, por encontrarem amparo na “jurisprudência” do Comitê e, portanto, na própria Convenção, devem ser aplicadas pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública dos Estados signatários. Em suma, depois da assinatura da Convenção e do Protocolo, o Brasil, com fulcro no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, assegurou status de emenda constitucional a ambos os diplomas normativos internacionais. Além disso, amparada na Convenção, foi publicada, recentemente, a Lei nº 13.146/2015 – como anteriormente dito –, a qual buscou valorizar a dignidade-liberdade da pessoa com deficiência, objetivando sua inclusão, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Com a Convenção e a supracitada lei, o sistema jurídico-constitucional brasileiro possui uma janela de oportunidades para que possam ser garantidas a igualdade de oportunidades às pessoas com deficiência, a inclusão deste grupo à sociedade, a visibilidade a estes cidadãos historicamente relegados e a garantia de que, em razão da deficiência, um indivíduo não sofra discriminações em sua trajetória de vida.¹³

Nesse sentido, é dever do Estado signatário da Convenção abster-se de participar de qualquer ato ou prática que destoe da ratio deste tratado internacional e, consequentemente, assegurar que as autoridades e instituições públicas atuem em consonância com seu texto – e,

¹³ ROSENVALD, Nelson. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: Menezes, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

de maneira lógica, com as diretrizes e decisões do Comitê quanto aos direitos nela previstos; ademais, devem ser adotadas todas as medidas adequadas para eliminar quaisquer tipos de discriminações baseadas nas mais diversas espécies de deficiência, por parte de qualquer pessoa, organização ou empresa privada.¹⁴

Assim, uma análise detida das decisões já prolatadas pelo Comitê, bem como dos relatórios elaborados pelos Estados signatários e das observações finais e comentários gerais que este órgão apresenta (ou seja, dos outros meios pelos quais o Comitê monitora a implementação da Convenção, inicialmente citados no artigo), permitirá que Estados adotem diretrizes no enfrentamento de determinadas situações, sempre em conformação com os inúmeros direitos previstos na Convenção.

Para o Brasil, em especial, alguns parâmetros bem delineados nas decisões podem ser observados. A título de exemplo, é bem plausível que possam ocorrer, dentre outras, situações parecidas com a do caso HM vs Sweden, em que uma prefeitura negue um pedido de construção ou instalação de alguma infraestrutura com base no Plano Diretor Municipal sem se atentar a uma necessidade bem excepcional de uma pessoa com deficiência. Neste caso, de acordo com o Comitê, seus direitos deverão prevalecer sobre o mecanismo legal que determina a ocupação do solo urbano, entendimento que deve ser seguido pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública pátrios.

Por outro lado, é difícil imaginar que alguma situação semelhante à que ocorreu nos casos X vs Tanzania e Y vs Tanzania venha a ser identificada: mesmo que o Brasil tenha problemas evidentes no bojo do aparato investigatório (muitos crimes não são nem sequer investigados e diversas investigações criminais são concluídas sem resultados satisfatórios) e uma parcela da sociedade bastante intolerante com minorias (é um dos países onde mais se mata transexuais e travestis em razão de sua condição), é bem improvável que uma autoridade policial e um membro do Ministério Público se neguem a realizar uma investigação em situação similar. Mesmo que, eventualmente, isso ocorra, há mecanismos processuais pátrios dos quais a Tanzânia não dispõe, como foi explicitado na decisão, como a ação penal privada subsidiária da pública.

Em todas as situações em que foi verificada alguma violação, além das recomendações feitas caso a caso já expostas – e do dever de indenizar em pecúnia pela violação e pelos gastos que o(a) autor(a) teve com o trâmite processual perante o Comitê, também determinado em todos eles –, o Comitê estabelece o dever de o Estado promover a educação institucional, de modo a instruir as pessoas acerca dos direitos das pessoas com deficiência, especialmente as que se vêem envolvidas nas situações. Trata-se de medida extremamente importante para se tentar evitar a ocorrência de novas violações futuras.

Um meio muito interessante para que essa medida possa ser aplicada consiste na obrigação a servidores públicos de participação em cursos de formação e capacitação, promovidos pelos órgãos aos quais estejam vinculados, e de eventos públicos sobre o tema, abertos a toda a sociedade. Assim, estas pessoas que têm e/ou terão maior contato com o assunto (tais como membros dos três poderes de todos os entes federativos, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Pública e Privada, bem como a comunidade acadêmica e outros atores) devem seguir o entendimento exarado pelo Comitê, a fim de assegurar a uniformização da interpretação nacional à luz da compreensão dos direitos no âmbito internacional.

A adoção, portanto, das decisões do Comitê como parâmetro de interpretação da Convenção mostra-se de fundamental relevância nesse cenário, pois revela o compromisso do Brasil de seguir na defesa dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência e de assumir as responsabilidades pactuadas internacionalmente; para isso, é de suma importância que o

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Poder Público promova a educação institucional sobre a temática, conforme sempre recomenda o Comitê em suas decisões.

Referências

BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula. Os modelos médico e social de deficiência a partir dos significados de segregação e inclusão nos discursos de Michel Foucault e de Martha Nussbaum. Rev. Estudos Institucionais, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 736-755, jul./dez. 2016.

MADRUGA, Sidney. Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MENEZES, Herika Bezerra de; MENEZES, Abraão Bezerra de. A abordagem da deficiência em face da expansão dos direitos humanos. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n.2, p. 551-572, jul./dez. 2016.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. Rev. Quaestio Iuris, Rio de Janeiro, v. 9, n.3, p. 1545-1558, 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
_____. Processo Internacional de Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSENVALD, Nelson. O Modelo Social de Direitos Humanos e a Convenção sobre os Direitos da pessoa com Deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146/2015. In: Menezes, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

14. AS REPERCUSSÕES DA REFORMA TRABALHISTA PARA O DIREITO EMPRESARIAL: teletrabalho, trabalho intermitente e sucessão trabalhista

Flávio Bellini de Oliveira Salles
Fernanda Rocha
Gabriel Ramos
Layne Mageste
Maria Gabriela Andrade
Rafaela Maximiano

Sumário: 1. Introdução 2. A legislação trabalhista e sua tendência à flexibilização 3. Teletrabalho 4. Trabalho Intermitente 5. Sucessão Trabalhista 6. Impactos do teletrabalho, do trabalho intermitente e da sucessão trabalhista para o empresário 7. Considerações Finais 8. Referências

Resumo

A Reforma Trabalhista, incorporada ao ordenamento brasileiro pela Lei nº13.467 de 2017, traz sob o manto da flexibilização inúmeras novidades que impactam não só o direito trabalhista, mas também o direito empresarial. Nesse cenário, o presente trabalho tem como escopo analisar três novidades reguladas pela reforma, a saber, o teletrabalho, o trabalho intermitente e a sucessão trabalhista, bem como as repercussões dessas mudanças para o empresário e para o empregado, tendo como perspectiva os preceitos constitucionais que regem o ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Teletrabalho. Trabalho Intermitente. Sucessão Trabalhista.

1. Introdução

1.1. Objetivos e desenvolvimento

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise e reflexão acerca da Lei nº 13.467 de 2017, que inseriu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) novos dispositivos referentes às relações empregatícias, com foco nos seus impactos sobre o Direito Empresarial.

Considerando o grande número de mudanças trazidas pela lei em questão e que o presente estudo não busca esgotar todas elas, fez-se um recorte temático, para melhor análise de três novidades advindas com a Reforma Trabalhista, a saber, o teletrabalho, o trabalho intermitente e a sucessão trabalhista.

Para atingir o fim proposto, o trabalho inicia-se com uma breve introdução acerca do surgimento e tendência à flexibilização das leis trabalhistas e do advento da lei 13.467. Posteriormente, parte-se para uma exposição e análise (i) dos artigos presentes no Capítulo II – A do Título II da lei 13.467 e do artigo 62, inciso III da CLT, referentes ao teletrabalho, (ii) do artigo 443, parágrafo 3º da CLT e do artigo 452 – A da lei 13.467, referentes ao trabalho intermitente e (iii) do artigo 448 – A, da lei 13.467, referente a sucessão trabalhista. Por fim, faz-se uma breve apresentação de alguns dos impactos dos dispositivos mencionados para a figura do empresário e uma síntese dos temas abordados, com as considerações conclusivas sobre o tema.

1.2. Metodologia

Parte-se de uma perspectiva constitucional, e utiliza-se do método de pesquisa baseado na abordagem dedutiva, contendo como substrato para a análise artigos científicos, obras doutrinárias e jurisprudências relacionadas ao tema.

2. A legislação trabalhista e sua tendência à flexibilização

A institucionalização do Direito do Trabalho começou em 1919, como uma forma de proteger a figura do trabalhador frente a figura do empregador (empresário), tendo em vista a vulnerabilidade daquele perante este. Nesse cenário, o Estado ocupou a posição de provedor de políticas sociais¹, e intervaiu nas relações trabalhistas por meio de leis que regulavam essa atividade mediante garantias ao trabalhador, consolidando o caráter protecionista do direito trabalhista.

Ocorre que, com o passar do tempo, fatores como a crise do petróleo da década de 1970, a revolução industrial atrelada aos avanços tecnológicos, a introdução de novos meios de produção e da informática e o desenvolvimento da microeletrônica, acenderam um questionamento acerca do papel intervencionista do Estado, surgindo, nesse cenário, um clamor maior pela prevalência do acordado / negociado sobre o legislado, tendo em vista a maior validade daquilo que é acordado individualmente ou coletivamente entre as partes interessadas sobre aquilo que é instituído na legislação – desde que os princípios e normas constitucionais sejam respeitados.

Ergue-se então um conflito entre a prevalência da manutenção dos direitos sociais e do protecionismo do trabalhador e a prevalência da manutenção da livre iniciativa.

No Brasil, a pré-disposição flexibilizadora pode ser encontrada a partir da década de 1960, com o advento da Lei 5.107/66 (instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS), da Lei 6.019/74 (passou a regular as formas de contratação temporária) e da própria Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade de redução salarial na parte final do artigo 7º, inciso VI², por exemplo.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) vigente no Brasil foi criada pelo Decreto-Lei nº 5.452 em 1º de maio de 1943, e em 2017 foi aprovado o projeto de lei que altera esse dispositivo, proposto pelo então Presidente da República Michel Temer, consolidando a Reforma Trabalhista em 13 de julho de 2017, com a Lei 13.467.

Advertiu-se que a reforma se fazia necessária considerando que a CLT vigente não esgotava todas relações trabalhistas de forma satisfatória, além de não atender às demandas de mercado atuais, pautadas no mundo globalizado e extremamente tecnológico, no qual a relação entre empregador e empregado se encontra mais dinamizada e flexível. Dessa forma, a flexibilização presente na reforma trabalhista surge como um instrumento às exigências da modernidade, abrandando a rigidez e intensa intervenção estatal e condizendo com a evolução não só do Direito do Trabalho, mas também do Direito Empresarial e do Direito Civil. Segundo Teixeira e Gonçalves:

“As tentativas de precarização da tutela justababalista e de flexibilização dos direitos do cidadão trabalhador fundam-se na necessidade de recuperação da crise que assola não só o Brasil, mas atinge todo o mundo. Divulga-se que o Direito do Trabalho consiste num entrave que veda a prosperidade financeira das empresas, absorve capital que poderia ser destinado a investimentos

¹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 104.

² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo.

empresariais e impede a livre negociação da venda do trabalho humano, conforme as regras próprias do mercado³.”

Nesse sentido, a Lei 13.476 promove meios para que as empresas calibrem a demanda do trabalho à lógica empresarial, legaliza a desresponsabilização das empresas sobre os trabalhadores que contrata e legaliza a transformação do trabalhador em um “empreendedor de si próprio”.

A flexibilização, no entanto, é alvo de inúmeras críticas, levando a seguinte indagação: até que ponto o negociado deve prevalecer sobre o legislado?

3. Teletrabalho

Com o avanço da globalização e com o desenvolvimento da tecnologia, os modelos de trabalho foram alterados e o teletrabalho teve grande destaque por possibilitar o vínculo empregatício feito à distância, o que traz benefícios para o trabalhador e para o empregador.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o teletrabalho é qualquer atividade realizada em um local distante, em que o empregado não mantém contato pessoal com os colegas de trabalho, mas pode se comunicar com eles através das novas tecnologias. Assim, é uma forma de flexibilização do trabalho que permite que o empregado exerça seu ofício em diferentes locais. É importante ressaltar que essa modalidade de trabalho não existe sem uma “estação de trabalho”, sendo necessária a existência de computadores ligados à rede mundial (internet) ou restrita (intranet), em que o empregado mediante seu “acesso” ou login, realize suas atividades de forma flexível. Assim, apesar de ser uma atividade concretizada externamente, não se confunde com outros meios de prestação de serviços, que em sua maioria nem mesmo possuem vínculo empregatício (ESTRADA, 2014, p. 137).

Tal instituto não tinha um conceito definido por lei até a Reforma prevista pela Lei 13.467/2017, uma vez que não era prevista pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Na legislação antiga, foi somente acrescida a hipótese de trabalho relacionado aos meios telemáticos e informatizados em 2011, através da Lei 12.551 que alterou a redação do artigo 6º:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.
(BRASIL, 2011)

A falta de regulamentação específica dificultou a implementação do home office pelas empresas, pela falta de segurança jurídica em relação à fiscalização da atividade.

Contudo, a partir da chamada Reforma Trabalhista, o teletrabalho passou a ter capítulo próprio (Capítulo II – A) na lei e foi finalmente conceituado, pelo artigo 75-B da Lei 13.467/2017.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descharacteriza o regime de teletrabalho.’ (BRASIL, 2017)

A Lei trouxe, portanto, maior segurança jurídica e previsibilidade em relação ao tema.

A partir do conceito de teletrabalho, destacam-se como características a necessidade da prestação de serviços acontecer fora das dependências do empregador e a utilização de tecnologias que não constitua a relação com o trabalho externo, que geralmente não possui local fixo de trabalho, diferentemente do teletrabalho. Além disso, a presença esporádica do empregado no estabelecimento empresarial para reuniões, por exemplo, não é fator que descaracteriza o instituto.

Os benefícios para os teletrabalhadores são diversos, mas os empresários também são beneficiados por esse regime, já que essa postura moderna traz benefícios consideráveis ao empreendimento, reduzindo os custos e, principalmente, fornecendo uma posição de destaque em meio ao fluxo acelerado da concorrência. (HERNANDEZ, 2011, p. 34). Ademais, aumenta a produtividade e os níveis de motivação e comprometimento dos trabalhadores, gerando margens de lucro mais confortáveis (BLOOM et al., 2014)

3.1. Formalidades Contratuais

O artigo 75 – C³ prevê algumas formalidades contratuais exigidas no regime de teletrabalho. Entre elas, está a necessidade de previsão no contrato de maneira escrita, com especificação das atividades a serem exercidas pelo empregado. Em relação aos parágrafos, percebe-se que para a situação na qual a alteração disser respeito ao trabalho originariamente prestado em regime presencial, exige-se o mútuo acordo entre as partes. Já a situação inversa – teletrabalho para presencial – a mera determinação do empregador, independentemente da concordância do empregado, já valida a alteração. Se qualquer das formalidades for descumprida estará descharacterizado o regime de teletrabalho, estando o trabalhador incluído no rol de disciplina comum de trabalho.

3.2. Subordinação

No que se refere à subordinação, a nova lei não modificou o entendimento de que se reconhece a subordinação jurídica em relação ao teletrabalho, como determina o artigo 6º, da CLT. Porém, novas concepções da subordinação vêm surgindo em razão da flexibilização das relações jurídicas do trabalho, já que no âmbito do teletrabalho, a subordinação se atenua.

Nesse sentido, discute-se a autonomia do teletrabalhador. O teletrabalho autônomo constitui atividade definida e concretizada. Há também independência estrutural e assunção de riscos quanto ao exercício efetivo do trabalhado. Contudo, para que o trabalhador possa ser respaldado pela legislação trabalhista é preciso que haja dependência deste em relação ao empregador, vínculo manifestado pela constatação da subordinação jurídica (DELGADO, 2017, p. 373).

3.3. Jornada de Trabalho

Há uma discussão a respeito da possibilidade do direito às horas extras nas hipóteses de

³ Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.⁴ (BRASIL, 2017)

sobrejornada quando se fala de teletrabalho. De acordo com o artigo 62, III, da CLT⁴, os empregados em regime de teletrabalho estão excluídos do regime de duração do trabalho e, assim, não estão aptos ao recebimento de horas extras.

Entretanto, não se deve esquecer da limitação imposta pela Constituição Federal, em seu artigo 7º, XIII, que garante ao trabalhador uma duração normal do ofício de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. Portanto, a exceção do teletrabalho não pode servir como meio de fraudar a imposição constitucional.

Em caso de existir vigilância dos períodos de conexão de trabalho pelo contratante, estarão enquadrados na disposição do artigo 7º da Constituição e no parágrafo único do artigo 6º da CLT e terão direito à proteção da jornada e, inclusive, a horas extras.

Outra polêmica envolvendo a jornada de trabalho do home office está ligada ao sobreaviso, previsto no artigo 244, §2º da CLT:

Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada.
[...]

§ 2º - Considera-se de "sobreaviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobreaviso" será, no máximo, de 24 horas. As horas de "sobreaviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 do salário normal. (Grifos nossos)

O referido dispositivo, porém, não abarca a hipótese do teletrabalho. Com a Reforma da lei trabalhista, passou-se a reconhecer o sobreaviso também a tal regime de trabalho, o que configurou maior proteção ao empregado, evitando que hajam abusos durante a prestação de serviços. O artigo 611 – A⁵, caput, no entanto, estabeleceu a possibilidade de alteração das disposições da lei trabalhista por meio de convenção ou acordo coletivo em se tratando de teletrabalho e sobreaviso, o que tornou o assunto mais controverso.

3.4. Custos do empregador e do empregado

O artigo 75 – D⁶ dispõe sobre as responsabilidades pelos equipamentos e estrutura necessária e adequada ao trabalho remoto e sobre a necessidade de previsão contratual a respeito do reembolso das despesas arcadas pelo empregado. Tal contrato deve ainda prever a forma

⁴ Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados;

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

III - os empregados em regime de teletrabalho.

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (BRASIL, 2017)

⁵ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] (BRASIL, 2017)

⁶ Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.⁷ (BRASIL, 2017)

como se dará o reembolso.

No caso de as despesas referentes ao ofício já constituírem despesas ordinárias do cotidiano do empregado, por exemplo, se ele já possuir o computador que utilizará para trabalhar, o empregado custeará as mesmas. Por outro lado, se o empregador exigir um equipamento especial ou outros custos como condição necessária ao trabalho, o mesmo deve arcar com os custos correspondentes. Qualquer custo extraordinário é de responsabilidade do empregador e deve ser reembolsado.

3.5. Meio ambiente de trabalho

O último artigo do capítulo referente ao teletrabalho (artigo 75 – E⁷) aborda o dever do empregador de instruir os empregados quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Nesse ínterim, o empregado deve assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador. Não obstante, caso haja alegação de acidente de trabalho ou doença relacionada ao ofício, o fato de o trabalhador ter assinado o termo de responsabilidade não exime a empresa de indenizar eventuais danos causados, caso seja provada conduta culposa ou dolosa desta mesma.

3.6. Pontos negativos

Apesar de beneficiar a empresa e o trabalhador em diversos quesitos, existem também pontos negativos referentes ao regime do teletrabalho, que consistem na internalização dos problemas de trabalho ocasionada pela perda de contato com o ambiente coletivo de trabalho; a imposição do custeio das instalações de home office ao trabalhador pode acarretar a execução das tarefas em ambientes inadequados ou insalubres; dificuldade de comprovação de eventuais acidentes de trabalho; cobrança mais intensa de resultados sob a justificativa de que o teletrabalhador está tendo uma condição mais favorável e privilegiada em relação aos trabalhadores convencionais; e exigência de disponibilidade on-line associada a uma dificuldade de comprovação de horas extras (NUNES, 2016).

Além disso, as empresas se expõem a riscos de vazamento de informação confidencial e de terceirização das atividades pelo próprio teletrabalhador. (NOHARA et al., 2010).

4. Trabalho Intermitente

A regulamentação do trabalho intermitente foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro apenas com a reforma trabalhista supracitada, a qual o definiu a partir de uma pequena alteração no art. 443 da antiga CLT inserindo o § 3º⁸, que, anteriormente, tratava do regime de contrato de trabalho individual. Assim, o trabalho intermitente ficou definido como o trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinado em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e dos empregados, exceto para

⁷ Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

⁸ Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017)

aeronautas, regidos por legislação própria.

Em continuidade, o art. 452-A, também inserido na CLT pela reforma trabalhista, trata do regime do contrato desse tipo de trabalho, que pelo texto do mesmo, deve ser feito por escrito e conter especificamente o valor da hora trabalhada, não podendo este ser inferior ao salário mínimo ou aquele que os demais empregados da empresa que exerçam aquela mesma função em contrato intermitente ou não. O valor da remuneração por hora deve ser sempre a mesma em todas as convocações, ser feito imediatamente depois do período trabalhado e incluir férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado e adicionais legais.

O funcionário enquanto aguarda a convocação do empregador fica livre para prestar serviços a outros contratantes, podendo estabelecer outros contratos de trabalho intermitente. Além disso, o empregado pode recusar a convocação, não caracterizando insubordinação, mas se aceita, reza a este pagar indenização de 50% do valor que receberia pelo trabalho em caso de depois de aceita a solicitação do empregador, cancelar o chamado ou faltar injustificadamente, tendo este dispositivo trazido críticas de forma que transfere riscos para o trabalhador, tornando-o mais vulnerável na relação.

As principais críticas quanto a este regime contratual se baseiam na instabilidade tanto para o trabalhador quanto ao contratante. Para o primeiro, esta reside na falta de segurança quanto a quantia que será recebida, já que este só receberá pela hora efetivamente trabalhada e, dessa forma, o trabalhador precisará de mais de um contrato para se sustentar. Quanto ao contratante, essa instabilidade tem fundamento nas dúvidas deixadas pelo texto da reforma, como, por exemplo, a questão do momento do pagamento que, pela lei, deve ser feito imediatamente após a prestação do serviço, mas deixou em aberto para os casos em que a prestação dure mais de um mês - se pode ser feito ao fim do mês como previsto no art. 459 da CLT e estipulado para os outros tipos de contrato -, trazendo assim insegurança jurídica para o contratante.

Por outro lado, a regulamentação do trabalho intermitente pelo direito brasileiro trouxe a expectativa de regularizar o trabalhador informal, surgindo como tentativa de legalizar o trabalho mais precarizado, e, ainda, diminuir os custos da mão de obra para o empregador, uma vez que este só pagará pelo tempo efetivamente trabalhado pelo contratado, relativo ao período que necessitou de seus serviços. Ademais, este substitui para o empresário a necessidade de contratar trabalhadores autônomos para exercer trabalhos esporádicos, que não tem a característica da subordinação do vínculo empregatício, e, dessa forma, não tem de obedecer ordens ou ter seu processo de trabalho supervisionado.

5. Sucessão Trabalhista

Para entendermos as possíveis modificações da CLT em se tratando de sucessão trabalhista após a Lei 13.467/2017, é necessário que antes façamos uma descrição desse fenômeno. Assim, entende-se a sucessão trabalhista como a passagem da titularidade da empresa de um indivíduo para outro. Outrossim, dá-se importância pelo tripé que sustenta a sucessão empresarial trabalhista, que é formado pelos princípios da continuidade, da despersonalização e da intangibilidade contratual, como sustenta Joalvo Magalhães em seu artigo “A reforma trabalhista e alterações na disciplina da sucessão trabalhista”, na revista JOTA⁹. Assim, é através do primeiro princípio que temos a ideia de que, independente da sucessão, os contratos existentes na empresa, via de regra, permanecem como estão,

⁹ MAGALHÃES, Joalvo. **Reforma trabalhista e alteração na disciplina da sucessão trabalhista**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/reforma-trabalhista-e-alteracao-na-disciplina-da-sucessao-trabalhista-25012018>>. Acesso em: 12 out. 2018.

independente da sucessão. Já no segundo, temos a ideia de que, enquanto a lei considera personalíssimo no contrato aquele que está sendo empregado, o empregador, salvo exceções, não é alvo da mesma ideia e, por essa razão, a troca do mesmo não impacta nos contratos vigentes. Nesse diapasão, temos a análise do terceiro elemento, o da intangibilidade contratual objetiva, previsto no Art. 468, da CLT¹⁰ que versa que alterações subjetivas em contratos não justificam alterações nas cláusulas objetivas contratuais.

Consoante ao tema, temos a importância de destacar quando se configura a sucessão trabalhista. Há de se falar que tradicionalmente, tínhamos o entendimento da doutrina que para haver sucessão trabalhista era necessário a observância da transferência do estabelecimento, consoante com a continuidade de prestação de serviço pelo empregado. Do primeiro elemento Délio Maranhão (Maranhão, 1999) pontua que não há de se falar em transferência do estabelecimento enquanto transferência parcial de elementos do mesmo, mas sim em casos de transferência da universalidade do conjunto – a res productiva – em função da sua capacidade de produzir um rendimento. Vencido o entendimento doutrinário tradicional, e, através da OJ 261 da SDI-1, o TST passa a entender que o banco sucessor da empresa arca com todas as obrigações trabalhistas contraídas pelo banco sucedido. Como aponta o MM. Juiz, podemos observar que no julgado E-RR-93400-11.2001.5.02.0048, SBDI-I, rel. Min. Brito Pereira, 4.4.2013, há nítida ideia de que a jurisprudência passa a adotar apenas a transferência da unidade produtiva para que seja instaurada a sucessão do trabalho.

Superado esse obstáculo, torna-se possível a análise desse conteúdo sob os auspícios da CLT antes e após a reforma trabalhista. Num primeiro momento – anterior à lei 13.467/2017 – não havia regramento específico quanto à sucessão trabalhista, mas tal questão era abarcada pelos artigos 10 e 448 da CLT¹¹. Insta salientar que os referidos dispositivos se referem sempre às responsabilidades da empresa, e não das pessoas jurídicas ou naturais, como bem aponta o juiz Joalvo Magalhães. Do mesmo autor, temos que, após a adição do Art. 448-A¹² na CLT, integra-se a OJ 261 da SDI-1 do TST, aos entendimentos da sucessão trabalhista. Há de se pontuar que, via de regra, observando-se fraude, as pessoas envolvidas na mesma irão responder de forma solidária a respeito dos débitos relacionados às sucessões trabalhistas anteriores à sucessão, ao passo que havendo sucessão lícita, deve apenas a adquirente responder pelos mesmos. Por outro lado, temos a análise de que a adoção desse diploma legal gerou problema superável ao tratarmos desse tema relacionado ao desmembramento de município, além da falência e recuperação judicial, temas que não vislumbravam a responsabilidade do sucessor em nosso Ordenamento. Como orienta Joalvo Magalhães, a especialidade dos diplomas legais

¹⁰ Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

¹¹ Art. 10 - Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.

Art. 448 - A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalho dos respectivos empregados.

¹² Art. 448-A. Caracterizada a sucessão empresarial ou de empregadores prevista nos arts. 10 e 448 desta Consolidação, as obrigações trabalhistas, inclusive as contraídas à época em que os empregados trabalhavam para a empresa sucedida, são de responsabilidade do sucessor.

Parágrafo único. A empresa sucedida responderá solidariamente com a sucessora quando ficar comprovada fraude na transferência.

que regem esses casos é suficiente para solução dessas questões.

Tendo em vista os pontos acima estudados, hauridos pelos entendimentos do juiz Joalvo e de Roberta de Oliveira Souza¹³, é importante ressaltar que o Art. 448-A foi de fundamental importância para o trabalhador pois, além da regulamentação dos entendimentos da OJ 261 da SDI-1 do TST, o parágrafo único do já citado artigo vem com função de transmitir ao alienante a responsabilidade que outrora era exclusiva do adquirente. Vale pontuar aqui que o objetivo nesse dispositivo é impedir fraudes diversas vezes observadas - na vigência da CLT anterior a Lei 13.467/2017 - em que, conforme esclarece Ney Maranhão e Antônio Umberto¹⁴, a transferência do título tinha função de exonerar os alienantes em face dos adquirentes inidôneos ou com situação financeira precária. Dessa forma, torna-se evidente que as alterações na CLT – em se tratando de matéria de sucessão trabalhistas- geram um avanço significativo para o trabalhador, foco da mesma, com objetivo de resguardar os direitos desses.

5.1. O avanço da análise jurisprudencial acerca das sucessões trabalhistas.

Diante do exposto, é necessário que sejam analisados na prática, casos em que de fato se observa esse avanço em relação a proteção dos direitos dos empregados, em se tratando de sucessão trabalhista e de uma possível realidade fática da barreira contra as perdas desses direitos em caso de má-fé dos empregadores, para tal, tomamos como análise os seguintes julgados, quais sejam: RO 00120934420145150007 0012093-44.2014.5.15.0007¹⁵ e RTSum-0011375-66.2017.5.03.0010¹⁶.

No primeiro processo, conforme se pode ver através do relatório do Exmos. Sr. Desembargador Luiz Antônio Lazarim, cujo corte do mesmo se segue:

“[...]Para que se opere a sucessão trabalhista, nos termos dos artigos 10 e 448 da CLT, não basta que a suposta sucessora se instale no mesmo endereço, ativando-se no mesmo ramo comercial, é necessário que a prestação de serviços, pelo empregado, não sofra solução de continuidade. [...]”

Referida certidão, aliada ao contrato de locação que prevê a inclusão de bens móveis, bem como aos recibos e notas fiscais que comprovam a aquisição de mobiliário novo, dão conta que não foram transferidos bens de propriedade da empresa empregadora do Reclamante para a Recorrente. Os elementos probatórios, portanto, não permitem concluir pela ocorrência de sucessão entre a segunda e terceira Reclamadas. Desta forma, não comprovado ter

¹³ DE OLIVEIRA SOUZA, Roberta. **O Fenômeno da Sucessão na Reforma Trabalhista**. Disponível em:<<https://www.alcanceconcursos.com.br/novidades-mobile/item/348-o-fenomeno-da-sucessao-na-refor-ma-trabalhista>>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁴ MARANHÃO, Ney. SOUSA JÚNIOR, Antônio Umberto. **Quando a nostalgia salva: novos contornos da responsabilidade trabalhista do sucedido. Desafios da Reforma Trabalhista** (Coordenação por Luciano Martinez e Ricardo Guimarães). 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, p 355.

¹⁵ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15^a REGIÃO. Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região TRT-15 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA : RO 00120934420145150007 0012093-44.2014.5.15.0007 - Inteiro Teor. <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451535867/recurso-ordinario-trabalhista-ro-120934420145150007-0012093-4420145150007/inteiro-teor-451535960?ref=serp>, 25 abr. 2017. Disponível em: <https://trt-15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/451535867/recurso-ordinario-trabalhista-ro-120934420145150007-0012093-4420145150007/inteiro-teor-451535960?ref=serp>. Acesso em: 12 out. 2018.

¹⁶ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3^a REGIÃO. Processo N° RTSum-0011375-66.2017.5.03.0010. <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/166748106/trt-3-judiciario-06-11-2017-pg-2877?ref=breadcrumb>, 6nov.2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/166748106/trt-3-judiciario-06-11-2017-pg-2877?ref=breadcrumb>. Acesso em: 12 out. 2018.

havido a continuidade da prestação de serviço do Reclamante à 3^a Reclamada, e não havendo elementos de prova da existência de confusão de sócios ou a transferência da unidade econômico-jurídica entre estas empresas, ao menos de forma parcial, não há que se cogitar acerca da responsabilidade da Recorrente pelos encargos da condenação, na medida em que, na hipótese, não se operou, efetivamente, a sucessão de empregadores. Acolho o apelo, para julgar improcedente a reclamação trabalhista, em face da 3^a Reclamada, L.T.C. ADMINISTRAÇÃO DE HOTEIS LTDA., restando prejudicada a análise das demais matérias aventadas no apelo.”

temos aqui a nítida visão anterior às alterações da CLT em que a análise da sucessão era inteiramente pautada na ideia de continuidade da prestação de serviço ao novo empregador, após transferência de empresa. Já no segundo caso, o Exmo Juiz, WASHINGTON TIMOTEO TEIXEIRA NETO, analisa que:

“A reclamante alega que sua antiga empregadora JL COMÉRCIO E PANIFICAÇÃO LTDA, foi sucedida pela a reclamada PLANO COMERCIO EIRELI - ME, motivo pelo qual requer o pagamento das verbas rescisórias de direito por esta última. A reclamada nega a sucessão. Diz que, não foi operada a sucessão trabalhista e que a empresa JL COMÉRCIO E PANIFICAÇÃO LTDA continua em funcionamento, porém, em outro endereço. Com razão a reclamante. Ressalto desde já que a alteração na estrutura jurídica do empregador ou mudança de sua propriedade não afeta os contratos de trabalho dos respectivos empregados, tampouco os direitos por ele adquiridos (artigos 10 e 448 da CLT). Para a configuração da sucessão, é necessário a transferência de bens, direitos, ações, ativos e passivos da empresa sucedida para a empresa sucessora. [...]”

Entendo que a configuração da sucessão de empresas não depende da continuidade da prestação de serviços pelo empregado à empresa sucessora. Neste sentido, colha-se o seguinte aresto: Sucessão trabalhista. Contrato de trabalho extinto antes da sucessão. Responsabilidade do sucessor. Nos termos dos arts. 10 e 448 da CLT, a sucessão trabalhista tem contornos diferentes da sucessão do direito civil, de modo que a responsabilidade do sucessor alcança não apenas os débitos provenientes dos contratos de trabalho em vigor à época da venda do fundo de comércio, mas também aqueles oriundos dos contratos extintos antes da sucessão de empresas. Com esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos interpostos pela empresa reclamada (sucessora), por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhes provimento. Vencidos os Ministros Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Delaíde Miranda Arantes, que entendiam ser a prestação do serviço elemento essencial para a configuração da sucessão trabalhista. TST-E-RR-93400-11.2001.5.02.0048, SBDI-I, rel. Min. Brito Pereira, 4.4.2013. No caso dos autos, a prova produzida forma a convicção de transmissão de uma universalidade de bens (ponto de comércio e mesmos sócios) capazes de comprometer o crédito obreiro porventura reconhecido. É o que se extrai da prova oral colhida nestes autos. [...] “

Destarte, evidencia-se a mudança no entendimento jurisprudencial em que a sucessão trabalhista passa a ser vista para além da ideia anterior de necessidade única e exclusiva de continuidade de prestação de serviços do empregado para que esse possa exigir seus direitos frente àquele que detém a empresa pós trespassing.

Em vista da análise supra, podemos entender que a Lei 13.467/2017 buscou disciplinar a sucessão trabalhista de forma expressa, sanando dúvidas que existiam sobre a questão, inclusive a respeito da fixação da natureza das responsabilidades do sucessor e do sucedido,

sendo estabelecido que se tratando de sucessão lícita, a responsabilidade será apenas do sucessor; havendo, porém, sucessão fraudulenta, ambas as empresas serão responsáveis, pois agiram em conluio para prejudicar o trabalhador.

6. Impactos do teletrabalho, do trabalho intermitente e da sucessão trabalhista para o empresário

Ante o exposto, faz-se cabível uma breve apresentação de algumas repercussões dos dispositivos outrora mencionados sob a égide da figura do empresário.

Sobre o Teletrabalho, tem-se que a empresa tem a possibilidade de reduzir custos fixos como gastos com espaços e recursos para o trabalho (computadores, internet, energia, etc), gastos com o transporte do funcionário (vale-transporte, estacionamento, auxílio-combustível) e gastos com recrutamento e treinamento de pessoal, reduzir custos com possíveis acidentes de trabalho, aumentar a produtividade do trabalhador e contratar funcionários em locais distantes, ampliando o alcance de operação da empresa.

Em contrapartida, o teletrabalho dificulta a garantia de que as condições de trabalho são as mais apropriadas para a atividade a ser realizada, gera incertezas quanto à confidencialidade de informações da empresa e pode haver abuso de confiança por parte do trabalhador.

Já o Trabalho Intermitente traz uma oportunidade para quem deseja tentar o trabalho em diferentes empresas, podendo firmar diversos contratos ao mesmo tempo, e, além disso, o trabalhador intermitente passa a ter opção de escolha para executar ou não determinado serviço pelo período para o qual foi convocado.

Sob o ponto de vista do Direito Empresarial, o empresário tem agora a opção de contratar trabalhadores esporadicamente, realizando pagamento apenas pelo período em que há efetiva prestação de serviços. Isso possibilita que em momentos específicos, a empresa possa aumentar sua mão de obra por determinado período de tempo de maneira regular. Outrossim, o funcionário deve obedecer ordens e tem seu processo de trabalho supervisionado, fato que não ocorre com o trabalhador autônomo, tendo em vista que neste caso, o que importa é apenas o resultado.

Por fim, percebe-se que a Sucessão Trabalhista visa garantir e assegurar a intangibilidade dos contratos de trabalho, resguardando-os diante das alterações da organização empresarial. Dessa forma, resta observado o Princípio da Continuidade do contrato de trabalho.

7. Considerações finais

A partir do exposto, é possível concluir que com a reforma o legislador visava uma maior flexibilização da legislação trabalhista, permitindo mais agilidade na contratação do trabalho e mais maleabilidade na administração do contrato de modo a permitir às partes o seu melhor aproveitamento, retirando dele resultados mais positivos e proveitosos em benefício de todos, o que antes não era possível.

Assim, como propõe a regulamentação do teletrabalho, a empresa poderá transferir ao empregado o custo da manutenção do seu local de trabalho (energia elétrica, mobiliário, equipamentos eletrônicos da residência do trabalhador) e, ainda assim, manter de certa forma o controle de sua jornada de trabalho, inclusive exigindo o comparecimento ao estabelecimento empresarial, sem que tal fato desconfigure o instituto ou garanta ao empregado o recebimento de horas extras, bastando, para tanto, que o labor preponderante continue fora das dependências do empregador.

Em relação à regulamentação do trabalho intermitente, apesar de o tema ter sido introduzido de modo a adaptar o contrato de trabalho às relações contemporâneas, com o intuito de diminuir o número de desempregados ou trabalhadores informais, este poderá ser empregado

de maneira oposta. A possibilidade do empregador de convocar o empregado para trabalhar e desistir da execução do serviço sem justo motivo, pagando-lhe apenas 50% da remuneração que seria devida, pode gerar uma insegurança jurídica e uma discussão acerca do "justo motivo" da recusa do serviço, bem como a escolha dessa modalidade de serviço (com o pagamento proporcional ao período trabalhado) não será, propriamente, uma alternativa ao desemprego ou informalidade já existentes.

Diante do exposto, é relevante ressaltar novamente que o presente trabalho não buscou sanar todas as problemáticas envolvendo o tema da reforma trabalhista, sendo necessárias novas abordagens e um estudo aprofundado da Lei 13.467/2017.

8. Referências

. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm. Acesso em 10 out. 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 10 out. 2018.

. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em 10 out. 2018.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de; CARVALHO NETO, Abimael Clementino Ferreira de; GIRÃO, Henrique Andrade. A reforma trabalhista como consequência da necessidade de flexibilização das relações de trabalho diante da evolução da sociedade. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 49-66, set./dez. 2017. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.18546.

DE LIMA, Marco Antonio Aparecido. A nova redação do artigo 6º da CLT – teletrabalho, home office ou anywhere office. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI148522,21048A+nova+redacao+do+artigo+6+da+CLT+teletrabalho+home+office+ou>>. Acesso em: 03 out. 2018.

DE OLIVEIRA SOUZA, Roberta. O Fenômeno da Sucessão na Reforma Trabalhista. Disponível em: <<https://www.alcanceconcursos.com.br/novidades-mobile/item/348-o-fenomeno-da-sucessao-na-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 12 out. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

ESTRADA, Manuel Martíns Pino. Teletrabalho & direito: o trabalho à distância e sua análise jurídica em face aos avanços tecnológicos, Curitiba: Juruá, 2014.

GALVÃO, Andréia et al. A Reforma Trabalhista e seus prováveis impactos. Carta Social do Trabalho, Campinas, n. 35, p. 41-70, jan. 2017. Disponível em: <<http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/12/Carta-Social-35.pdf#page=75>>. Acesso em: 10 out. 2018.

MAGALHÃES, Joalvo. Reforma trabalhista e alteração na disciplina da sucessão trabalhista.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/reforma-trabalhist_a-e-alteracao-na-disciplina-da-sucessao-trabalhista-25012018>. Acesso em: 12 out. 2018.

MARANHÃO, Ney. SOUSA JÚNIOR, Antônio Umberto. Quando a nostalgia salva: novos contornos da responsabilidade trabalhista do sucedido. Desafios da Reforma Trabalhista (Coordenação por Luciano Martinez e Ricardo Guimarães). 1ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, p 355.

MARTINEZ, Thayane. Operações Empresariais E A Reforma Trabalhista. Disponível em: <<http://www.direitoempresarial.com.br/operacoes-empresariais-e-a-reforma-trabalhista/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

MIZIARA, Raphael. O novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 62, p. 36-45, set./out. 2017. NUNES, Talita Camila Gonçalves. O acidente de Teletrabalho e a fiscalização da tecnologia e da telemática: aspectos e consequências do teleassédio moral e do teletrabalho escravo.

RAVAGNANI, Christopher Abreu; RODRIGUES, Raphael Marcos Baccaro. OS IMPACTOS DA NOVEL REFORMA TRABALHISTA NO TELETRABALHO. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, p. 03-23, jun.2018. Disponível em: <<http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2718/266>>. Acesso em: 26 set. 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: Teoria Geral de Direito Societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 697 p.

VALÉRIO, Juliana Herek. Reforma trabalhista: retrocesso em 20 pontos. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reforma-trabalhista-retrocesso-em-20-pontos-26042017>>. Acesso em: 27 set. 2018.

15. CONSEQUENCIALISMO x ESTADO DE DIREITO: a ameaça da lei nº 13.655

Luciana Gaspar Melquiades Duarte
Laura Meireles Quinet de Andrade

Resumo

A Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) introduziu modificações às normas de introdução do Direito brasileiro (Decreto-lei n. 4.657 – BRASIL, 1942), oferecendo, por meio de seus artigos 20, 21 e 22, a possibilidade de interpretação favorável ao emprego do consequencialismo na prática decisional administrativa e judiciária. Contudo, a adoção do consequencialismo jurídico representa uma ruptura ao Estado de Direito, ensejando inúmeras críticas por parte da doutrina. Nesse sentido, conduziu-se uma pesquisa qualitativa, com base em fontes indiretas, sob a metodologia dedutiva, referenciada teoricamente pelo Pós- Positivismo Jurídico, especialmente nas vertentes trabalhadas por Dworkin (2001, 2010) e Alexy (2001, 2008). Procedeu-se, outrossim, a revisão da literatura sobre o consequencialismo (POSNER, 2010), o que permitiu a conclusão pela necessidade de interpretação restritiva à Lei.

Palavras-Chave: Consequencialismo; Pós-Positivismo Jurídico; Lei nº 13.655

Introdução

Em 25 de abril de 2018, foi sancionada a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), responsável por alterar a forma como decisões administrativas e judiciais são fundamentadas, com o propósito de ampliar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do Direito. Nesse sentido, a referida Lei estabelece, em seu artigo 20, que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Aliado aos artigos 21 e 22, configura-se, portanto, aparente adoção do consequencialismo jurídico no ordenamento pátrio.

O consequencialismo jurídico, sob a visão de Posner (2010), pode ser entendido como a atuação do aplicador do Direito, que ao emitir uma decisão, leva em consideração as eventuais consequências práticas que advirão, sejam elas sociais, políticas, econômicas ou jurídicas. Sendo assim, em um processo decisório judicial ou administrativo, analisar-se-iam não só as prescrições de Direito apresentadas, mas também as consequências fáticas pertinentes.

Contudo, conforme o entendimento pós-positivista de Dworkin (2001, 2010), o julgador deve se ater a argumentos de princípio, compreendidos como aqueles que “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo” (DWORKIN, 2010, p. 129), ou seja, ao Poder Judiciário caberia exclusivamente a consideração das questões pertinentes ao Direito. Os argumentos consequencialistas, em viés contrário, são compreendidos como argumentos de política, aqueles que “justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo” (DWORKIN, 2010, p. 129). Os argumentos de política devem orientar a elaboração do Direito Posto, ou seja, são legítimos e esperados no processo legislativo, devendo ser afastados nas decisões do Judiciário e da Administração Pública.

Outrossim, a teoria de Alexy (2001, 2008), ao reconhecer os direitos sociais como princípios, definidos como mandamentos de otimização limitados pela reserva do possível, permite a incorporação pelo próprio Direito, da escassez, tornando desnecessário o recurso ao argumento consequencialista. Da mesma forma, a análise das consequências práticas, na forma prevista em Lei, pode ser aplicada enquanto considerar unicamente os princípios e direitos

envolvidos na situação fática, ou seja, é possível seguir o disposto nos artigos 20 a 22, desde que se atenha às questões de direito que se confrontam no caso concreto.

A adoção do consequencialismo jurídico na práxis decisória é apta a gerar uma série de desdobramentos prejudiciais à ordem constitucional estatuída, ameaçando a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade. É nesse sentido, então, que o presente artigo objetiva demonstrar que a adoção do consequencialismo como técnica decisória implica em ruptura com o Estado Democrático de Direito, de maneira que os dispositivos normativos que permitiram sua adoção devem ser interpretados de maneira restritiva. Dessa forma a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) não seria responsável por ordenar ao aplicador do Direito que considerasse as consequências práticas, em um juízo prognóstico, mas sim ordenar que esse leve em consideração os princípios e direitos afetos ao caso concreto, realizando um exercício de ponderação e estudo de normas-princípio, o que lhe é permitido por uma ótica pós-positivista.

Buscando concretizar tal objetivo, procedeu-se a uma pesquisa qualitativa, mediante estudo e compreensão das teorias de Dworkin (2001, 2010), Alexy (2001, 2008) e Posner (2010), bem como dos inúmeros estudos já realizados acerca da Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018). Com isso, foi possível analisar os dispositivos normativos questionados, para que se pudesse compreender seu real objetivo. Finalmente, fez-se a seleção de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental em trâmite no Supremo Tribunal Federal, com fins de compreender a forma como o consequencialismo jurídico é invocado como embasamento para decisões judiciais, e o perigo que representa à segurança jurídica e igualdade.

O Consequencialismo jurídico sob a crítica de Ronald Dworkin

A Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), ao introduzir modificações às normas de introdução do Direito brasileiro (Decreto-lei nº 4.657 – BRASIL, 1942), passou a determinar que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”. Dessa forma, por meio de seus artigos 20, 21 e 22, trouxe para o âmbito do debate jurídico a importância de se discutir as implicações da adoção de um sistema consequencialista na práxis decisória estatal. Nesse sentido, o referido debate jurídico pode pautar-se no confronto entre os entendimentos consequencialista, sobretudo de Posner (2010), e pós-positivista sob a ótica de Dworkin (2001, 2010) e Alexy (2001, 2008).

O consequencialismo jurídico, analisado sob uma vertente ampla, pode ser compreendido como:

(...) qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas (SCHUARTZ, 2011, p. 130).

Dessa maneira, a aplicação da teoria consequencialista é responsável por levar os aplicadores da lei a discutir e avaliar não só a questão de Direito que lhes é apresentada, como também seus potenciais efeitos jurídicos, considerando as influências da decisão judicial no mundo fático.

Tendo em vista uma análise mais aprofundada da teoria, pode-se eleger como representante do consequencialismo Posner (2010), um dos principais expoentes da Escola Análise Econômica do Direito. O autor, criticando a concepção moral adotada por Dworkin (2001, 2010), acredita que cabe ao juiz possuir domínio sobre questões econômicas, políticas e sociais de seu tempo para que, prevendo as consequências futuras a serem geradas por sua decisão, possa adotar a medida mais benéfica aos envolvidos. É nesse sentido, então, que se afirma que o aplicador do Direito consequencialista deve pautar-se nas implicações futuras.

Posner (2010), então, defendendo uma abordagem prática do Direito, afasta a teoria moral do processo decisório em prol de uma argumentação jurídica pautada nas consequências, tanto específicas do caso concreto, como sistêmicas. O processo decisório deve buscar as melhores consequências possíveis na realidade social – para tal o juiz deve fazer uso de uma visão econômica, centrada no conceito de eficiência. Dessa forma, a eficiência econômica constituiria um apropriado critério a ser adotado pelo aplicador do Direito para avaliar as relações jurídicas que lhes são apresentadas, tornando a práxis decisória mais objetiva.

O método posneriano, então, estabelece que as decisões judiciais adequadas devem produzir o resultado prático definido por critérios de eficiência, os quais podem ser compreendidos como maximizadores do bem-estar social, da riqueza social (constituída por um agregado indeterminado de preferências, objetivos e satisfações dos indivíduos que constituem o grupo social). Tal emprego da racionalidade econômica pelo juiz seria, portanto, capaz de fornecer um artifício jurídico para afugentar questionamentos políticos ou morais em questões controversas, pois a análise da eficiência dos resultados que seriam produzidos pela decisão judicial consistiria em um método imparcial e objetivo.

Dworkin (2001, 2010), por seu turno, dedicou-se à negação do consequentialismo proposto por Posner (2010), visando a criticar sua concepção sobre a técnica decisória pautada no exame das consequências. O pós positivista promove, em sua obra, a convergência entre a filosofia do Direito e a filosofia moral – essa necessária conexão seria responsável pela crença na existência de princípios jurídicos morais, presentes ao longo do ordenamento. É pautado na concepção do ordenamento jurídico como um sistema misto de regras e princípios, que o autor fundamenta sua tese do Direito como integridade.

De acordo com esta tese, o juiz deve decidir os casos concretos tomando por base a doutrina e os precedentes, com lastro no conjunto de princípios jurídicos positivados pelo ordenamento vigente. O aplicador do Direito, desse modo, deve fazer uso de um método interpretativo, invocando princípios gerais e decisões pretéritas para construir sua decisão. Em outras palavras, no momento de aplicação do Direito, o juiz deve buscar o conjunto de princípios que oferta a solução mais adequada ao caso concreto – tal discussão moral acerca dos princípios a serem aplicados deve primar pela argumentação que busque respeitar não só os princípios consagrados pelo ordenamento, como também a forma como foram aplicados no passado, sob um olhar retrospectivo.

Adentrando então a técnica decisória ideal a ser utilizada pelo juiz, Dworkin (2010) classifica os argumentos judiciais em argumentos de política e de princípio, que podem ser invocados para a justificação da decisão do caso concreto. Dessa forma, os argumentos de política seriam aqueles que “justificam uma decisão política mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”, ou seja, “os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo” (DWORKIN, 2010, p. 129), nos quais se incluem, como exemplo, argumentos consequentialistas, que buscam justificar-se pelo resultado atingido no caso concreto. Os argumentos de princípio, por sua vez, podem ser compreendidos como aqueles que “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”, ou seja, “são argumentos destinados a estabelecer um direito individual” (DWORKIN, 2010, p. 129).

Nesse contexto, o objetivo coletivo a ser buscado pela práxis decisional por meio de argumentos de política pode ser compreendido como uma meta, um estado de coisas almejado pela comunidade política, que pode ser beneficiado por certas decisões, ou afastado por outras. O direito individual, por seu turno, é um objetivo individuado que detém certo peso, podendo ser confrontado com metas coletivas em geral.

Assim, embora a justificação de um programa legislativo normalmente demande a utilização conjunta de ambas as classes de argumentos, o mesmo não se pode afirmar quanto ao processo decisório jurisdicional. O juiz, ao julgar o caso que lhe é apresentado, deve invo-

car a legislação, de modo que, mesmo que essa tome por base argumentos de política, esses tornaram-se questão de princípio no momento em que foram expressos em lei. Portanto, conclui o autor pós positivista que decisões judiciais devem pautar-se em argumentos de princípio, e não de política. Com isso, afasta a possibilidade de aplicação dos chamados argumentos consequencialistas, que consideram as consequências práticas da decisão, pois estes seriam tidos como argumentos de política.

Embora, então, Dworkin (2010) se posicione de maneira contrária ao emprego do consequencialismo pelos juízes, este considera importante que haja uma forma de considerar as consequências decisionais. Para solucionar tal questão, o autor estabelece que a atuação do aplicador do direito deve guiar-se pelo conjunto de princípios jurídicos, os quais auxiliam na avaliação das consequências potencialmente geradas – a consideração das consequências deve ser amparada pelos argumentos de princípio, não sendo permitida a utilização de argumentos de política puros. Dessa forma, como explica Dutra (2015):

Dworkin alerta ser um erro pressupor que, como os argumentos de política voltam nossa atenção para as consequências de ter ou não uma regra específica, qualquer argumento que volte nossa atenção para as consequências deva ser um argumento de política. Pelo contrário, argumentos de princípio, que se referem a direitos, também acolhem considerações de consequência que condicionem a sua incidência ou não em casos concretos (...)

Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas (DUTRA, 2015).

Para Dworkin (2001), portanto, as consequências práticas da decisão tomada pelo juiz só podem ser invocadas a título de justificação, mediante uma argumentação pautada em princípios. Deve o aplicador do Direito, nesses casos, expor que seu veredito visa a concretizar um direito individual, e não um objetivo coletivo daquela sociedade.

Apenas a decisão judicial fundada no Direito, composto por regras e princípios, pode garantir que ela será a mesma independentemente do destinatário, uma vez que as normas que a balizarão serão prévias, garantindo a igualdade. Lado outro, por serem tais normas anteriormente estabelecidas, permitem ao destinatário o conhecimento das consequências jurídicas de seus atos, e assim, a previsibilidade da resposta estatal a eles, o que caracteriza o princípio da segurança jurídica.

Portanto, o Direito deve fundamentar as decisões judiciais, em detrimento de consequências eventuais a serem vislumbradas pelo juiz.

O atual posicionamento doutrinário acerca da lei nº 13.655

As discussões acerca da adoção do consequencialismo jurídico no âmbito decisional não são inéditas no cenário brasileiro – como adequadamente aponta Dutra (2015). Em recorrentes situações, é possível identificar, na fala de aplicadores do Direito, a convicção acerca da necessidade de o juiz considerar as consequências de sua decisão, externando um posicionamento posneriano.

Nesse sentido, em entrevista ao Jornal Valor Econômico, em 2004, Nelson Jobim, versando a respeito do aumento de juros, expôs seu posicionamento favorável ao sopesamento, pelos juízes, de consequências econômicas e sociais em suas decisões:

Quando só há uma interpretação possível, acabou a história. Mas quando há

um leque de interpretações, por exemplo cinco, todas elas são justificáveis e são logicamente possíveis. Aí, deve haver outro critério para decidir. E esse outro critério é exatamente a consequência. Qual é a consequência, no meio social, da decisão A, B ou C? Você tem de avaliar, nesses casos muito pulverizados, as consequências. Você pode ter uma consequência no caso concreto eventualmente injusta, mas que no geral seja positiva. E é isso que eu chamo da responsabilidade do Judiciário das consequências de suas decisões (JOBIM, 2004).

Ainda nesse sentido, o posicionamento consequencialista é contemplado pelo Código de Ética da Magistratura Nacional (BRASIL, 2008), o qual intenta erigir princípios éticos basilares para guiar a conduta do magistrado e incrementar a confiança social na instituição judiciária. O Código, então, em seu Capítulo VIII, denominado “Prudência”, prevê que “especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”.

Contudo, a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), ao acrescentar os artigos 20, 21 e 22 ao Decreto-lei n. 4.657 (BRASIL, 1942), foi responsável pela exteriorização normativa da já presente vertente consequencialista, não só conferindo embasamento jurídico àqueles aplicadores do Direito que já sustentavam o sopesamento das consequências em suas decisões, como também permitindo que os demais adotassem tal posicionamento. Dessa forma, emergiu no cenário de discussões jurídicas a importância de se debater as implicações da adoção do posicionamento posneriano. Diante tal conjuntura, faz-se relevante o estudo de recentes pesquisas acadêmicas relativas à Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018).

Não tardando nas pesquisas acerca do tema, Oliveira (2018) debruçou-se sobre os mais variados aspectos da legislação em análise, reservando o segundo capítulo da obra à discussão das “alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e Controle”, que buscavam solucionar a insegurança jurídica e a ineficiência na criação e aplicação do Direito. Nesse sentido, são realizadas inúmeras contribuições relevantes ao estudo do tema, com base em reflexões traçadas em resposta aos argumentos apresentados no Parecer- Resposta à Análise Preliminar realizada pela Consultoria Jurídica do TCU.

Oliveira (2018), em suas reflexões, aponta que a proposta legislativa que originou a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) foi, desde o início, alvo de diversas manifestações técnicas, incluindo numerosos posicionamentos contrários. Nesse sentido, elabora um rol de críticas aos aspectos da legislação em análise. Primeiramente, aponta o forte déficit de legitimidade democrática. Embora trate de temas de grande impacto, tanto na sociedade como na administração pública, os órgãos de controle não foram convocados a participar de debates sobre o projeto de lei, não havendo realização de audiências, o que fere os dispositivos da própria legislação.

Ainda, como forte crítica tecida à Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), ao autor menciona a inexistência de pesquisas empíricas para conferir fundamentação às premissas adotadas nos dispositivos legais. Embora a lei paute-se na solução de supostos problemas vivenciados pela Administração Pública (a saber, insegurança jurídica e ineficiência), a existência desses fatores de distorção não foi investigada ou comprovada por um diagnóstico científico, mas meramente apontada pela experiência prática dos legisladores, sob análises subjetivas e pontuais.

Oliveira (2018) destaca, também, a maneira equivocada com a qual a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) aponta a atuação dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Poder Judiciário como causas primordiais da insegurança jurídica, ineficiência e paralisação da Administração Pública. Em sentido oposto, numerosos estudos levantados apontam diversas causas as estes entraves da Administração, mas a atuação dos órgãos de controle não é sinalizada como um desses fatores, divergindo categoricamente do destacado pelos precursores da lei. Nesse sentido, como defende o autor, o controle não deve ser restringido,

desempenhando relevantes atribuições nos âmbitos da eficiência e combate à corrupção.

Adentrando, então, o escopo do presente estudo, Oliveira (2018) examina o conteúdo e as implicações do disposto nos artigos vinte e seguintes da Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018). Dessa forma, identifica cinco incorreções pertinentes ao artigo vinte:

- Primeiro: exigência de o julgador considerar em sua decisão elementos que não constam dos autos do processo;
- Segundo: inversão do ônus da prova, ao exigir dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário que analisem todas as possíveis alternativas;
- Terceiro: tratamento idêntico a atores com distintas funções constitucionais (esferas administrativa, controladora e judicial);
- Quarto: desprestígio da força normativa dos princípios; Quinto: ênfase desproporcional às consequências práticas da decisão (OLIVEIRA, 2018, p. 39).

Os três primeiros problemas originar-se-iam, como aponta, do emprego da expressão “inclusive em face das possíveis alternativas”. O julgador, conforme o ordenamento pátrio, deve pautar sua decisão nos elementos apresentados nos autos, trazidos pelas partes. A norma, desse modo, não poderia exigir a análise de informações extraprocessuais. Ainda, a expressão é responsável por provocar uma inversão do ônus da prova, retirando-o do administrador público, que deteria dever constitucional de prestar contas, segundo o art. 70 da Constituição (BRASIL, 1988).

Entende, também, que o artigo equivoca-se ao conferir desproporcional ênfase às consequências práticas da decisão: “A Lei nº 13.655/2018, ao inserir os artigos 20 e 21 na LINDB, demonstrou forte preocupação com as consequências práticas, jurídicas e administrativas, das decisões tomadas nas esferas administrativa, controladora e judicial.” (OLIVEIRA, 2018, p. 28). Tal amparo à aplicação consequencialista, contudo, não deveria ser empregado incondicionalmente, por abrir margem ao enfraquecimento do Direito em face da política, bem como à flexibilização de direitos fundamentais. Sendo assim, aceitar que cada aplicador do direito fundamente suas decisões de modo subjetivo e pessoal, com base em eventuais consequências fáticas, provocaria insegurança jurídica, violando os objetivos da própria Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018):

Com fundamento no que se afirmou até aqui, é correto concluir que dar ênfase às consequências práticas como critério principal de decisão nas esferas controladora e judicial traz o risco de produzir um cenário de profunda insegurança jurídica para todos. Disso decorre a importância de se proceder a uma leitura do art. 20, no tocante às consequências práticas, que harmonize esse comando normativo com a Constituição Federal, de modo a se evitar a produção de resultado inverso ao que se proclamou como justificativa para a sua edição, ou seja, insegurança jurídica (OLIVEIRA, 2018, p. 47).

Analizando as disposições incluídas pelos artigos em análise, Leal (2016) também teceu relevantes considerações, sobretudo sobre o acolhimento da corrente consequencialista e a alteração do modo como decisões jurídicas e administrativas são fundamentadas. Explica, assim, que a Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018) visa a impedir o emprego de termos vagos para justificar decisões (tais como “interesse público” e “moralidade”) e reduzir incertezas advindas da subjetividade, por meio da análise de eventuais consequências práticas das possíveis decisões. Contudo, embora, a princípio, a exigência de considerar os efeitos das alternativas decisórias aumentará quantitativamente a carga de justificação, não haverá necessário aumento qualitativo – ao exigir a consideração de consequências, sem conferir ao julgador substrato para decidir quais as eventuais consequências geradas e, entre essas, qual a melhor opção a ser

escolhida, a Lei faz perpetuar a insegurança jurídica, visto que mantém presente a subjetividade na escolha da decisão. Sendo assim, como defende Leal (2016), “não estando claro o critério de valoração, o problema é que o tomador de decisão segue livre para ranquear as consequências à sua maneira”.

De maneira oposta, entretanto, posiciona-se Filho (2018), ao defender a adequação do novo texto conferido pela Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018). Este afirma que, diante da dinamicidade das relações nos tempos modernos, o Direito se torna rapidamente obsoleto, defasado, justificando que legisladores busquem criar normas gerais e abstratas, cuja aplicação possa se adaptar conforme o acelerado surgimento de novas necessidades e problemas. Contudo, tais normas detêm elevado grau de incerteza e insegurança jurídica, possibilitando variações de entendimento, com aplicações divergentes em situações fáticas semelhantes. Ainda, tal emprego de normas abstratas como justificativa decisional é apto a mascarar as reais intenções subjetivas do julgador.

Nesse controverso contexto, o artigo 20 inserir-se-ia como solução, aperfeiçoando a prática decisória: “O art. 20 da LINDB não proíbe a invocação a valores abstratos como fundamento decisório. Determina, no entanto, a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas da aplicação desse valor abstrato.” (FILHO, 2018, p. 29). Sendo assim, o aplicador do Direito deve fundamentar a adequação de sua decisão e do valor abstrato utilizado, com base na previsão dos eventuais efeitos fáticos a serem produzidos – deve, portanto, considerar a relevância política, social e econômica de suas decisões. Como afirma Filho (2018, p. 32), “é indispensável, sempre que existir referência a um valor abstrato, indicar os efeitos práticos estimados e tomar evidente o processo de concretização dos valores”.

Contudo, embora o artigo mencione a consideração das consequências práticas da decisão, Filho (2018) não acredita que configure adoção da corrente consequencialista:

O art. 20 não impôs a preponderância de uma concepção consequencialista do direito. Não estabeleceu que a avaliação dos efeitos determinará a solução a ser adotada, independentemente das regras jurídicas aplicadas. O dispositivo restringe-se a exigir, de modo específico, que a autoridade estatal tome em consideração as consequências práticas da decisão adotada, inclusive para efeito de avaliação da proporcionalidade da decisão a ser adotada (FILHO, 2018, p. 38).

A despeito da menção específica de “valores abstratos” no dispositivo em questão, considera-se que isso permitirá o emprego do consequencialismo no processo de interpretação e aplicação do Direito. Com efeito, os valores abstratos encontram-se difundidos em todo o ordenamento jurídico, constituindo seu próprio fundamento. À vista das características necessárias de generalidade e abstração das normas jurídicas, eles sempre se farão presentes. Dessa forma, considera-se elevado o alcance da disposição legal em cotejo.

A observação dos bens jurídicos afetados pelas decisões

Conforme entende Dworkin (2001, 2010) somente uma vinculação da decisão estatal ao Direito é apta a garantir a igualdade e a segurança jurídica, princípios caros ao Estado Democrático de Direito. Dessa forma, o autor pós positivista afasta a utilização de argumentos de política (entre os quais inclui-se o argumento consequencialista) da prática decisional judicial ou administrativa. O ambiente adequado para a consideração de argumentos consequencialistas, portanto, se restringiria ao Poder Legislativo, constituído por representantes eleitos do povo, com legitimidade e competência para considerar argumentos tanto de princípio, como de política, no momento da elaboração normativa.

Alexy (2001), por sua vez, prevê a possibilidade de adoção de argumentos

consequencialistas em suas regras de fundamentação, ou seja, tais argumentos poderiam figurar no discurso jurídico. Assim, entende pela possibilidade de se considerar a consequência do impacto da decisão no âmbito do ordenamento público, inserido em uma análise da reserva do possível. Contudo, o argumento da reserva do possível, compreendido como “o condicionamento da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais à dependência de recursos econômicos” (SALAZAR, 2009), recebe amparo pelo ordenamento pátrio, de forma a configurar, em realidade, argumento jurídico de princípio, e não de política. Nesse sentido, o Poder Judiciário vê-se autorizado a invocar a reserva do possível em suas decisões sem, com isso, ferir pressupostos do Estado Democrático de Direito. Tal posicionamento, ainda, coaduna-se com o disposto por Dworkin (2010), o qual crê que argumentos de política positivas pelo ordenamento acabam por torna-se verdadeiros argumentos de princípio.

Em Alexy (2008, p. 576), encontram-se os direitos sociais vazados em normas-princípios, definidas como “mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus diversos, e cuja medida devida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. A reserva do possível situa-se entre os limites para a efetivação de tais direitos, sendo, portanto, parte integrante de seu próprio conteúdo jurídico: direitos sociais não serão promovidos ilimitadamente, mas apenas na medida do possível. Portanto, o reconhecimento da ausência de direito subjetivo a uma prestação estatal, que supostamente seria inerente a um direito social, em virtude da ausência de recursos para provê-lo, não decorre da adoção do consequencialismo, mas deriva de sua própria natureza normativa de princípio.

Em sentido semelhante, o ordenamento jurídico suporta a consideração das consequências práticas de uma decisão, sem que com isso se configure o recurso ao consequencialismo. Para tal, é necessário que o aplicador do Direito, ao decidir as questões que lhe são postas, considere não as consequências fáticas, mas sim os princípios pertinentes ao caso. Deve, portanto, realizar uma ponderação dos princípios que se colidem no caso concreto, visando a preservar os bens jurídicos ali presentes. Não há, nesta hipótese, a consideração de consequências práticas de modo aleatório, mas sim a consideração das consequências que se imporiam aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento.

Dessa forma, o julgador deve estar atento aos efeitos que suas decisões produzem nos princípios e direitos pertinentes ao caso concreto. Contudo, tal análise se difere notadamente do mero recurso ao consequencialismo. Neste, o aplicador do Direito realiza previsões infundadas, exercendo uma atividade de futurologia para prever as possíveis consequências que poderiam advir de suas diferentes decisões. De modo oposto, ao considerar a colisão de normas-princípio em sua decisão, o julgador detém alta previsibilidade das consequências a serem provocadas, além de realizar uma análise pautada em bens jurídicos contemplados pelo ordenamento. Resta claro, portanto, que tal atividade envolve o exame de princípios e direitos pertinentes ao caso concreto, os quais devem ser considerados, estando em conformidade com o pós-positivismo jurídico.

Os perigos da adoção do consequencialismo jurídico no âmbito decisional

A adoção do consequencialismo na prática decisional, dadas as características já apontadas, é capaz de gerar inúmeras incongruências, podendo, até mesmo, representar risco aos pressupostos do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, algumas críticas devem ser destacadas, tendo em vista as nefastas consequências que podem se desenvolver.

No contexto jurisdicional pátrio, nota-se recorrentemente a presença de decisões proferidas sem fundamentação teórica consistente, justificadas por uma argumentação abstrata (SUNDFELD, 2014). Em tais decisões, muitas vezes permeadas pela aparente análise das eventuais consequências práticas, o julgador reveste-se de uma falsa racionalidade, de modo a

camouflar a subjetividade que empregou para enfrentar a questão. O julgador, influenciado por concepções prévias, decide o caso discricionariamente, para só então invocar as consequências como forma de justificativa.

Identifica-se, ainda, outro relevante aspecto problemático do consequencialismo decisional – o não oferecimento de métodos claros para a identificação e seleção das consequências práticas a serem consideradas. O emprego do argumento consequencialista é necessariamente fruto de um juízo prognóstico: como diz respeito a uma consequência futura de uma decisão, não se pode afirmar, com certeza, que tal consequência advirá. Sendo assim, casos semelhantes receberão tratamentos distintos, pois os julgadores identificarão consequências diferentes, e as sopesarão de maneiras particulares (considerando suas vivências, aprendizados e ideologias). Faz-se presente, novamente, a discricionariedade do julgador, ferindo não só a segurança jurídica e a previsibilidade, como abrindo caminho para a criação de exceções ao Estado Democrático de Direito.

A discricionariedade do julgador em escolher as melhores consequências para os casos que lhe são apresentados também pode gerar prejuízos às partes envolvidas, na medida em que o aplicador do Direito, muitas vezes, não possui experiência suficiente para se colocar no lugar dos indivíduos que julga. Sendo assim, aquilo que o julgador acredita ser a melhor consequência às partes, o que maximizará o bem-estar individual, pode, na verdade, contrariar seus anseios.

Ainda de maneira problemática, a corrente consequencialista não deixa clara, ao aplicador do Direito, a existência de direitos fundamentais individuais a serem preservados. Nesse sentido, há situações nas quais os direitos de um indivíduo devem prevalecer, mesmo que tal opção não configure o melhor caminho sob a ótica das melhores consequências para acoletividade. O consequencialismo, então, ao buscar a maximização do bem-estar da sociedade, pode levar o julgador a por em risco direitos individuais, abalando pressupostos do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, a abordagem consequencialista, ao valorizar as necessidades sociais e econômicas da época, eleva a opinião pública a uma posição de destaque, sobretudo em casos paradigmáticos, com elevado apelo moral. Dessa forma, tal opinião pública torna-se apta a pressionar a atuação do julgador e influenciar a decisão judicial ou administrativa – contudo, a influência popular é marcada, muitas vezes, por falácias, pré conceitos e ideologias, nem sempre refletindo valores constitucionais.

Esse fenômeno pode ser notado no recente caso levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) número 422, na qual se enfrenta a constitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gravidez (aborto), até a décima segunda semana de gestação.

Na mencionada ADPF, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSol), questiona-se os artigos 124 e 126 do Código Penal (BRASIL. 1940), tendo por base a violação de diversos princípios fundamentais, tais como dignidade da pessoa humana, cidadania, não discriminação, inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, proibições de tortura ou tratamento desumano ou degradante, saúde e planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meninas. Contudo, não se limitando a argumentos de princípio, a ADPF nº 442 alega aspectos práticos resultantes da criminalização do aborto, como a imposição de graves consequências à vida das mulheres, sobretudo as de classes abastadas – a proibição do aborto não impede que este ocorra, contudo, as mulheres acabam por recorrer a clínicas clandestinas de interrupção, mediante condições insalubres e métodos perigosos, pondo suas vidas em risco. Assim, a criminalização do aborto apenas impediria que a interrupção da gravidez de mulheres de baixo poder aquisitivo se desse de modo seguro e igualitário, como afirma-se em Parecer da Comissão de Direito Penal do IAB:

Afigura-se a criminalização do aborto sob o ponto de vista jurídico e constitucional e social como um lamentável equívoco. Por outro lado, sua

proibição expõe a mulher, que decide abortar, repita-se, a grandes riscos de vida, já que ela recorre a expedientes não cirúrgicos, especialmente as mulheres pobres, negras e indígenas que, sem assistência médica e os cuidados higiênicos exigidos para a sua prática acabam se submetendo ao aborto. A desigualdade racial e de classe torna o aborto um evento muito mais comum na vida das mulheres hipossuficientes e que vivenciam maior vulnerabilidade social (TAVARES, 2018, p. 16).

Nota-se, portanto, o emprego de argumentos de política no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a ADPF nº 422, dada a consideração das consequências práticas que adviriam da descriminalização do tipo penal. Contudo, as considerações tecidas deveriam pautar-se exclusivamente em argumentos jurídicos de princípio. Configura-se, dessa forma, um verdadeiro exemplo das marcas do consequencialismo jurídico na atuação judiciária brasileira, comprovando a presença de tal posicionamento da prática decisional.

Nesse sentido, defende-se que a questão da descriminalização da interrupção voluntária da gravidez deve reservar-se ao Poder Legislativo. Somente este possuiria legitimidade para apreciar todas as questões pertinentes, sejam elas questões práticas, ou questões de Direito. Assim, a atuação do Poder Judiciário, nos moldes em que se apresenta, violaria o princípio da separação de poderes e a soberania popular, por usurpar do legislador a competência para regulamentar assuntos pertinentes à vontade do povo.

Conclusão

A Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), por meio de seus artigos 20, 21 e 22, possibilitou uma dupla interpretação, que merece aprofundada discussão e análise. Nesse sentido, pode-se entender que a Lei permite ao aplicador do Direito a adoção do consequencialismo jurídico, de modo a chancelar a consideração subjetiva das consequências ao caso concreto, no momento da atividade decisional judicial e administrativa. Contudo, tal acolhimento da corrente posneriana representa risco a inúmeros pressupostos do Estado de Direito. Sendo assim, o não oferecimento de métodos claros para a identificação e seleção das consequências práticas a serem consideradas leva o julgador que recorre a argumentos consequencialistas a realizar um juízo prognóstico. Desse modo, casos semelhantes poderão receber tratamentos distintos, pois os julgadores identificarão consequências diferentes, e as sopesarão de maneiras particulares. Presente a discricionariedade do julgador ao prever e escolher as consequências, restaria ameaçada a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade.

Realizados, então, os estudos e análises pertinentes ao tema, foi possível identificar as diversas ameaças que a adoção do consequencialismo jurídico representa para o Estado Democrático de Direito. Depreende-se, portanto, a necessidade de realizar uma interpretação restritiva da Lei nº 13.655 (BRASIL, 2018), de modo a afastar a possibilidade de adoção do consequencialismo jurídico. Assim, defende-se que a Lei deve ser lida como incentivo à consideração de consequências jurídicas que adviriam das possíveis decisões do aplicador do Direito. Esse, portanto, deve analisar os bens jurídicos abstratos que colidem no caso concreto que lhe é apresentado, buscando preservar os princípios e direitos pertinentes. Tal atividade não configuraria análise prognóstica de consequências fácticas alheias ao Direito (o que não deve caber ao julgador), mas sim a análise de matéria de Direito. Essa prática decisional, então, é amparada pelo Pós-Positivismo, sendo apta a resguardar pressupostos caros à ordem constitucional vigente, como segurança jurídica, igualdade e previsibilidade das decisões.

Conclui-se, pois, que as decisões jurídicas devem lastrear-se nas normas integrantes do ordenamento jurídico, sejam elas regras ou princípios. Apenas a decisão calcada no Direito Posto é capaz de preservar os objetivos fundantes, estruturantes do Estado de Direito.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.
- _____. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2008
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional. 2008.
- _____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940
- _____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de set. de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Brasília, DF, set.1942.
- _____. Lei n. 13.655, de 25 de abr. de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF, abr. 2018
- DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.64, fev. 2015. Disponível em:
<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html> Acesso em: 25 nov. 2018.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FILHO, Marçal Justen. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.
- JOBIM, Nelson. Entrevista ao Jornal Valor Econômico, 2004. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/NelsonJobim/Entrevistas/2004_dez_13.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2019.
- KATAOKA, K. E. C. B.. A riqueza como valor: o debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin. In: Anais do XXV Congresso do CONPEDI – Curitiba. 2016. Curitiba, PR (p. 79 a 97)
- LEAL, Fernando. Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>>. Acesso em: 16/mar/2019.
- MARRAFON, M. A. Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>>. Acesso em: 25/nov/2018
- OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasi-

leiro e Controle. In PINTO, Élida Graziane et al. Política Pública e Controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael T. Um debate sobre o lugar da Teoria do Direito. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-12/diario-classe-debate-lugar-teoria-direito>>. Acesso em: 25/nov/2018

POGREBINSCHI, Thamy. Dworkin e o Pragmatismo Jurídico. Disponível em: <<http://www.-cis.puc-rio.br/cis/cedes/PDF/paginateoria/Dworkin%20Pragmatismo.pdf>>. Acesso em: 30/mar/2019.

POSNER, Richard. A Economia da justiça. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010

RIEFFEL, Luiz. O mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do Direito de Richard Posner. Dissertação de mestrado. UFRGS, 2006.

SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU, Karina Bozola. A Defesa da Saúde em Juízo. Teoria e Prática. São Paulo: Verbatim, 2009. P. 93-94.

SCHUARTZ, Luiz Fernando. Consequentialismo jurídico, racionalidade e malandragem. In BARBIERI, Catarina Helena Cortada & MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para Céticos. 2014. São Paulo: Malheiros Editores Ltda.

TAVARES, Kátia Rubinstein. Parecer Comissão de Direito Penal do IAB. 2018.

16. CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E DIREITOS LGBTI: direitos humanos pensados de baixo para cima

LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND LGBTI RIGHTS: human rights thought from down up

Rafael Carrano Lelis¹
Joana de Souza Machado²

Resumo

O trabalho apresenta resultados de pesquisa empírica pela qual se investigou qual o atual status de proteção constitucional dos direitos LGBTIs na América do Sul e no México sob a ótica de movimentos sociais. Partindo do marco-teórico da legalidade cosmopolita subalterna, questiona-se se a tutela constitucional desses direitos nos referidos países é suficiente para que se avance na concretização da justiça para as pessoas LGBTI. A pesquisa realiza análise de caráter qualitativo, por meio do emprego das técnicas de revisão bibliográfica, aplicação e exame de questionários. Os questionários foram utilizados para captar a percepção do movimento LGBTI sobre a proteção constitucional de seus direitos, privilegiando-se a perspectiva de construção de direitos humanos de baixo para cima. Tendo em vista as respostas obtidas, a análise de todos os dados primários e secundários coletados, concluiu-se pela existência de uma proteção constitucional precária, que não garante nem os mais básicos direitos da população LGBTI.

Palavras-chave: Constitucionalismo Latino-Americano; direitos humanos; movimento LGBTI.

Abstract

The paper presents empirical research results through which it has been investigated the current status of constitutional protection of LGBTI rights in South America and Mexico, from social movements point of view. Under the theoretical framework of the subaltern cosmopolitan legality, it interrogates whether the constitutional protection of these rights in such countries is sufficient in order to move forward towards the accomplishment of justice to LGBTI people. The research performs qualitative analysis, through the use of bibliographic review techniques, application and examination of questionnaires. The questionnaires were used to capture the perception of the LGBTI movement on the constitutional protection of their rights, favoring the perspective of building human rights from the bottom up. Considering the obtained answers, the analysis of all the primary and secondary data collected, it has concluded by the existence of a precarious constitutional protection, which does not guarantee even the most basic rights of the LGBTI population.

Keywords: Latin-American Constitutionalism; human rights; LGBTI Movement.

Introdução

¹ Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio.

² Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

O presente trabalho apresenta resultados de pesquisa empírica pela qual se investigou qual o atual status de proteção constitucional dos direitos LGBTIs na América do Sul e no México sob a ótica de movimentos sociais. Partindo do marco-teórico da legalidade cosmopolita subalterna, questiona-se se a tutela constitucional desses direitos nos referidos países é suficiente para que se avance na concretização da justiça para as pessoas LGBTI.

Em função do recorte geográfico realizado, o foco no contexto da América do Sul e México, torna-se importante a referência ao Novo Constitucionalismo Latino-American (NCLA), no sentido de sinalizar as convergências que permitem a realização de um estudo comparado – e não de mera justaposição – entre as realidades jurídicas investigadas. Leonardo Avritzer (2017, p. 28-29) aponta que o NCLA possuiria três características principais. Seriam elas: 1) a forte ampliação de direitos, isto é, constituições com pautas substantivas alargadas; 2) a expansão das formas de participação, principalmente por mecanismos democráticos de participação popular direta e indireta; 3) o exercício de um novo papel pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, o autor aponta que essa nova forma de constitucionalismo se distingue pela grande ampliação do reconhecimento de direitos a categorias historicamente oprimidas, avançando, por exemplo, na proteção das comunidades tradicionais e das mulheres.

Apesar do avanço, em termos amplos, na proteção de coletividades oprimidas, a nova tradição constitucional parece ter se amparado na velha lente da cisheteronormatividade, ignorando as demandas de lésbicas, gays, bissexuais, trans e intersexo (LGBTI). Uma análise das constituições sul-americanas e mexicana indica que em apenas três delas (Equador, Bolívia e México) há alguma menção a direitos específicos dessa população e, ainda assim, de forma bastante limitada. Desse modo, diante da ausência de previsão expressa, as pessoas LGBTIs têm dependido do Poder Judiciário – por vezes, mediante ativismo judicial (MACHADO, 2008) – para garantir a tutela de seus direitos constitucionais, o que acarreta grande insegurança jurídica com relação à concretização de sua dignidade, além de ser uma via bastante verticalizada de construção do Direito.

Nesse sentido, o presente trabalho, partindo do marco teórico da *subaltern cosmopolitan legality* (legalidade cosmopolita subalterna), proposta por Santos e Rodríguez-Garavito (2005), questiona se as constituições latino-americanas protegem de modo suficiente as pessoas LGBTIs. Isto é, se as previsões constitucionais abstratas (direitos não específicos) têm o condão de garantir a efetivação dos direitos dessas pessoas. A hipótese inicial indica que não, uma vez que o reconhecimento de direitos básicos tem dependido do aval do judiciário em ações de controle de constitucionalidade.

Para o desenvolvimento de uma pesquisa empírica com caráter qualitativo, utilizou-se o método indutivo de investigação por meio do emprego das técnicas de revisão bibliográfica e aplicação e análise de questionários. A revisão bibliográfica foi utilizada para a melhor compreensão do marco teórico e também para a obtenção de dados secundários relativos às organizações e direitos LGBTIs. Por outro lado, os questionários foram empregados para captar a percepção do movimento LGBTI acerca do status da proteção constitucional de seus direitos, privilegiando-se a perspectiva de construção de direitos humanos de baixo para cima. Desse modo, o objetivo geral do trabalho é constatar a suficiência ou não da tutela constitucional dos direitos LGBTIs a partir da ótica dos movimentos sociais.

O trabalho se estrutura, para dar conta de seus objetivos específicos, da seguinte forma: no item 2 serão abordadas as premissas teóricas que embasaram a produção da pesquisa; no item 3, aspectos metodológicos e análise de dados; no item 4, conclusão.

2. A legalidade cosmopolita subalterna

A definição pelo alto ou solitária do que seria um ordenamento jurídico protetivo poderia comprometer a legitimidade e consistência de um trabalho que se propõe a investigar

qual o atual status da proteção constitucional dos direitos LGBTI no contexto latino-americano. Nesse sentido, é importante que se priorize uma abordagem de construção e interpretação do direito "de baixo para cima"; ou, ainda, nas palavras de Santos e Rodríguez-Garavito (2005), uma "*subaltern cosmopolitan legality*" (legalidade cosmopolita subalterna). Adensando essa discussão, Boaventura de Sousa Santos (2010, p. 59) assevera que, para se alcançar a transformação de nosso modelo atual de Estado e de sociedade, seria necessária a apropriação dos instrumentos políticos hegemônicos por aquelas classes e grupos marginalizados.

Assim, classifica o uso contra-hegemônico como contrário à ideologia dominante e que, para se sustentar, "*necesita [...] de la permanente movilización política que, para ser efectiva, tiene que operar desde dentro de las instituciones y desde fuera*" (SANTOS, 2010, p. 60). No campo constitucional, o autor caracteriza que tal mobilização se daria a partir de um constitucionalismo transformador desde abaixo, contrapondo-se ao constitucionalismo moderno eurocêntrico e liberal (SANTOS, 2010, p. 72).

Desse modo, a perspectiva de legalidade cosmopolita subalterna procura colocar as vítimas em evidência, permitindo a elas, que são excluídas do paradigma hegemônico ("*top-down*"), que remodelem as instituições de forma a serem incluídas e reconhecidas, estabelecendo um padrão que não mais será hegemônico, mas contra-hegemônico. É dizer: "a subalternidade cosmopolita clama por uma concepção do campo legal que seja apropriada para se reconectar o direito e a política e repensar as instituições legais desde abaixo" (SANTOS; RODRÍGUEZ-GARAVITO, 200, p.15).

Além disso, uma abordagem como essa também objetiva superar o paradigma liberal de autonomia individual, a partir da incorporação de formas alternativas de conhecimento jurídico. Isto é, interpretações legais que extrapolam os intérpretes do direito usualmente autorizados e que passem a compreender o campo jurídico enquanto constituído de "elementos de luta que precisam ser politizados antes de serem positivados" (SANTOS; RODRÍGUEZ-GARAVITO, 200, p.16). Esses fatores foram, em grande medida, conjugados e estiveram presentes na maioria dos processos constituintes latino-americanos. Isso resultou em textos amplamente transformadores, principalmente no que diz respeito aos direitos dos povos indígenas e tradicionais, das mulheres e do meio ambiente. Todavia, o mesmo não ocorreu para a população LGBTI, o que precisa prementemente ser alterado, por meio do protagonismo dos indivíduos afetados, o qual se ilustra na construção de um constitucionalismo LGBTI em oposição ao padrão cisgenderonormativo hegemônico.

Com esse intuito, a pesquisa buscou inicialmente identificar, no diálogo com o movimento LGBTI latino-americano, via aplicação de questionários, uma percepção coletiva e qualificada do que seria uma proteção constitucional suficiente dos direitos LGBTI, para depois se engajar na análise mais sistemática dos textos constitucionais. Desse modo, fazendo uso da aplicação de questionário por meio do autopreenchimento, procurou-se não só traçar um padrão protetivo ideal, mas também compreender a percepção desse movimento sobre o cenário dos direitos LGBTIs atualmente, suas causas e possíveis alternativas para sua alteração.

3. Aspectos metodológicos e análise de dados

Epstein e King (2013, p. 47-56) apontam a "replicabilidade" como regra essencial a ser observada pelo investigador na pesquisa empírica. Desse modo, é essencial a exposição, de forma minuciosa, de como se deu a coleta dos dados utilizados na pesquisa. Nesse sentido, os autores apontam que "o bom trabalho empírico adere ao padrão da replicação: outro pesquisador deve conseguir entender, avaliar, basear-se em, e reproduzir a pesquisa sem que o autor lhe forneça qualquer informação adicional" (EPSTEIN; KING, 2013, p. 47-56). Por isso, dedica-se este item à explicitação da forma de aplicação e à análise dos questionários.

Como já mencionado, um dos objetivos desta pesquisa é permitir a construção de uma

interpretação constitucional de baixo para cima, com protagonismo das pessoas LGBTIs. Nesse sentido, tendo em vista a dificuldade de delimitação da população (em virtude de diversos fatores, como a própria condição de anonimato em relação à orientação não heterossexual ou à condição não cisgênera), considerou-se que a melhor forma de atingi-la seria a partir de organizações que trabalham diretamente com a temática. Além disso, o recurso às organizações se mostra ainda mais propício em função do perfil de seus integrantes, em geral mais acostumados à "linguagem dos direitos", devido à experiência de militância; e, também, por permitir uma percepção mais coletiva e menos subjetiva acerca de quais seriam as prioridades na agenda LGBTI, ampliando, embora não garantindo, a possibilidade de obtenção de resultados mais inclusivos, atentos à pluralidade de experiências LGBTIs.

Para sua estruturação, o questionário foi dividido em quatro seções, predominando perguntas de caráter aberto para possibilitar o máximo de captação de informações e, também, um menor grau de influência nas respostas. A primeira seção visava apenas à obtenção de informações gerais sobre a organização, tais quais nome, país e cidade da sede, bem como e-mail de contato. Já na segunda seção, perguntou-se sobre quais direitos a organização considerava que precisam ser expressamente previstos na Constituição, independentemente da realidade de seu próprio país. Foi disponibilizado um espaço para inclusão de até cinco direitos e uma justificativa para cada um deles, sendo obrigatória somente a inclusão de pelo menos um direito. Na seção seguinte, a única que contava com uma pergunta de resposta fechada (as opções dadas eram apenas "sim" ou "não"), questionava-se: "a proteção constitucional dos direitos LGBTIs em seu país é suficiente?". Por fim, a quarta seção variava de acordo com a resposta dada na terceira, inquirindo: por que a organização considerava a proteção suficiente ou não; quais acreditava serem os motivos desse status protetivo; e, nos casos em que havia sido apontada uma proteção insuficiente, questionava-se quais poderiam ser os meios de resolução do problema.

Dentro desse recorte geográfico (que incluía América do Sul e México), excluiu-se a análise das Ilhas Malvinas, das Ilhas Geórgia do Sul e Sandwich do Sul e da Guiana Francesa. Isso porque as duas primeiras estão sob a jurisdição do Reino Unido, enquanto a última se submete ao ordenamento francês. Desse modo, como o objetivo é traçar um panorama da proteção na América Latina, não cabe o exame de suas tutelas constitucionais. Assim, restou um total de treze países contemplados pela pesquisa, sendo eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, México, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela. As organizações para as quais se enviou o questionário foram selecionadas aleatoriamente por meio de pesquisa no Google. Desse modo, para compor o universo amostral, foi digitado no campo do mecanismo de busca do Google a expressão "organizações LGBT"³ seguida pelo nome do país com relação ao qual se pretendia encontrar as organizações. O procedimento foi seguido para os treze países analisados. As pesquisas foram efetuadas em novembro de 2017, sendo a busca realizada sempre na língua do respectivo país, variando entre português, inglês, espanhol e neerlandês.

Para a seleção das organizações, eram levadas em consideração sempre as duas primeiras páginas de resultados mostrados pelo mecanismo de busca do Google; tanto por serem considerados os resultados mais relevantes, quanto pelo fato de, a partir da terceira página, geralmente não aparecerem mais resultados condizentes com a pesquisa. Como aponta Regina Facchini (2005), o perfil das organizações LGBTI é bastante diverso (variando entre coletivos, ONGs e outras formas de estruturação) e essa diversidade também se mostrou verdadeira nos resultados encontrados. Assim, foram selecionadas todas as organizações que possuíam alguma forma de contato virtual (e-mail, facebook etc.) e que, portanto, poderiam receber o questionário para ser respondido. Importante notar que o acesso ao site de uma

³ Utilizou-se LGBT e não LGBTI devido ao fato de o primeiro termo ainda ser mais frequente no nome das organizações.

organização apenas, em muitos casos, acabava por conter contatos de várias outras; essas também foram selecionadas para o envio. À exceção da Guiana, na qual foi encontrada apenas uma organização⁴, foram selecionadas pelo menos quatro organizações de cada país sob estudo.

No que se refere especificamente ao Brasil, na busca a partir do método escolhido, foram encontradas sete organizações LGBTI. Não obstante, para obtenção de uma amostragem mais ampla desse país, optou-se por utilizar uma lista de organizações que trabalham com a causa LGBTI no Brasil, disponibilizada pelo "TODXS App", um aplicativo de celular criado pela ONG TODXS e voltado exclusivamente para a população LGBTI⁵. No app, além de ser disponibilizada a lista de organizações, tem-se acesso a toda a legislação brasileira referente à temática e também podem ser realizadas denúncias de casos de homotransfobia que são encaminhadas diretamente à Controladoria Geral da União (CGU) para investigação.

Diante disso, foi enviado o questionário para um total de 188 organizações⁶, das quais voltaram 26 respostas⁷. À exceção do Chile, houve resposta de pelo menos uma organização de cada país. Os questionários foram enviados em inglês, espanhol e português, de acordo com a língua de cada país⁸. Todos os questionários foram enviados em janeiro de 2018, tendo como prazo para resposta até metade de fevereiro; mais tarde, foram reenviados em fevereiro, estendendo-se o prazo de resposta até início de março.

Com relação ao método, guiou-se pela análise qualitativa tripartite de documentação empírica proposta por Mario Cardano (2017). O método de análise proposto pelo autor compreende as seguintes etapas: segmentação, qualificação e individuação das relações. A segmentação se refere ao estabelecimento de marcadores, "cuja função consiste na identificação de segmentos relativamente homogêneos para submeter à comparação no interior dos materiais empíricos" (2017, p. 273). Nesse sentido, a segmentação seguiu a divisão de perguntas constante no questionário, separando-se o exame em quatro categorias: os direitos e as justificativas; a suficiência ou não da proteção no país e o porquê dessa caracterização; as causas da proteção suficiente ou insuficiente; e as sugestões de superação da insuficiência protetiva, nos casos em que se aplicavam.

Mais adiante, a etapa da qualificação é conceituada por Cardano (2017, p. 273) como a "atribuição de uma ou mais propriedades a um determinado segmento da documentação empírica, úteis à sua caracterização". Desse modo, a técnica permite que se aprofunde a dimensão de análise do documento por meio de sua maior especificação. Portanto, para a qualificação dos segmentos, utilizou-se a chamada template analysis proposta por Nigel King (2012, p. 426-450). O método consiste na composição de uma grade analítica a partir da caracterização de cada uma das propriedades identificadas para possibilitar sua comparação. A utilização da template analysis pode se dar a partir de duas abordagens principais: indutiva (data-drive), sendo a grade composta por meio do observado na análise do material; ou dedutiva

⁴ Esse menor número de organizações evidentes no país pode ser explicado pelo fato de ser o único, dentre todos os analisados, no qual as relações homossexuais ainda são criminalizadas, podendo levar, inclusive, à prisão perpétua.

⁵ Para maiores informações sobre o aplicativo e a organização, acessar: <<https://www.todxs.org/>>.

⁶ O questionário foi também respondido por uma organização brasileira para qual o instrumento não havia sido enviado. Todavia, como o acesso era virtual, por meio de link, é possível que uma das organizações que receberam tenha compartilhado para maior disseminação da pesquisa.

⁷ Do total de e-mails enviados, 39 retornaram indicando que o "endereço não foi encontrado ou não pode receber mensagens". Além disso, a organização "Movilh Chile" respondeu informando que não realiza respostas a questionários online, mas apenas presencialmente. Por outro lado, a ONG "Colômbia Diversa" se disponibilizou para realização de uma entrevista por videochamada; a entrevista foi realizada, tendo sido extremamente útil para captação de informações acerca da realidade colombiana. Porém, os dados não foram inseridos na análise por não seguirem o mesmo padrão dos demais questionários. A relação de todas as organizações para as quais foram enviados questionários está disponível no Apêndice B.

⁸ Devido às limitações linguísticas, aqueles enviados para as organizações do Suriname foram escritos em inglês, e não em neerlandês, a língua oficial do país.

(theory-drive), por meio da qual se encaixa o encontrado no documento analisado a categorias definidas previamente. A análise dos questionários foi feita apenas de modo indutivo, sendo a classificação estabelecida a partir das respostas fornecidas.

Por fim, a individuação das relações consiste na análise a partir da comparação das qualificações; ou, ainda, por meio da separação de determinada qualificação para análise. Sendo assim, nessa última etapa, realizou-se a análise por meio do exame cruzado das qualificações, destrinchando as principais conclusões aduzidas a partir dos dados produzidos.

3.1. Direitos e justificativas

Como já mencionado, o questionário continha espaço para indicação de até cinco direitos LGBTIs que a organização considerasse essenciais e que deveriam ser positivados expressamente nos textos constitucionais, cada um acompanhado de um espaço para justificativa do porquê daquele direito. A intenção era criar um parâmetro ideal de proteção a ser comparado com o encontrado nos textos constitucionais latino-americanos. A partir da análise das respostas, constatou-se o preenchimento de 108 direitos diferentes; sendo 57 deles nos questionários em espanhol, 44 nos em português e sete nos em inglês. Indutivamente, cada um dos direitos levantados foi encaixado em 20 diferentes categorias, em alguns casos havendo a cisão de um mesmo preenchimento em duas categorias diferentes. Na Tabela 01, é possível observar a frequência de aparição de cada uma das categorias nos questionários, divididos ainda pela língua de aplicação.

Tabela 01 – Frequência de Aparição dos Direitos

Direito	Países Língua Espanhola	de Língua Inglesa	Países Língua Brasil	Total
<u>Direito à não discriminação</u>	<u>13</u>	<u>2</u>	<u>5</u>	<u>20</u>
Direito ao trabalho	3	1	1	5
Direito a uma vida digna/segurança	3	-	5	8
<u>Igualdade de direitos e oportunidades</u>	<u>5</u>	<u>;</u>	<u>5</u>	<u>10</u>
<u>Direito à identidade de gênero</u>	<u>7</u>	<u>;</u>	<u>7</u>	<u>14</u>
<u>Direito ao casamento e união civil</u>	<u>9</u>	<u>2</u>	<u>4</u>	<u>15</u>
Direito à saúde	2	1	5	8
<u>Direito à família</u>	<u>4</u>	<u>;</u>	<u>;</u>	<u>4</u>
Criminalização da homofobia	2	-	3	5
Direito à moradia	1	-	1	2
Acesso à Justiça	1	1	-	2

Livre desenvolvimento da personalidade	1	-	-	1
Direito a uma educação plural	3	-	3	6
Direito ao refúgio	1	-	-	1
<u>Direito à maternidade/paternidade/adoção</u>	<u>1</u>	<u>-</u>	<u>3</u>	<u>4</u>
Direito à participação política	1	-	-	1
Direito das pessoas intersex	1	-	-	1
Despatologização da transexualidade	-	-	1	1
Direito à cirurgia de redesignação e à terapia hormonal	-	-	2	2
Direito à informação sobre a sexualidade	-	-	1	1

Fonte: autoria própria

Um exame rápido da tabela anterior nos permite afirmar que a proteção atualmente existente nas constituições latino-americanas está infinitamente aquém do cenário ideal, apontado e esperado pelos movimentos LGBTI. Recortando apenas a partir dos três direitos mais frequentes (à não discriminação, ao casamento e à identidade de gênero), é possível lembrar que somente dois países garantem o direito à não discriminação de forma plena; apenas um abre possibilidade à união civil homoafetiva (e somente pelas via da união estável e não pelo casamento); e nenhum possui previsão específica com relação ao direito à identidade de gênero (que não relacionado à vedação da discriminação). Isso mostra o quanto esses textos constitucionais ainda carecem de avanço para uma proteção plena dos e das LGBTIs e seu reconhecimento enquanto seres e sujeitos de direitos. Desse modo, esses dados ajudam no avanço da compreensão do problema inicialmente levantado.

Para uma melhor compreensão dos motivos pelos quais as organizações consideram tais direitos tão essenciais, procedeu-se à análise cruzada das justificativas apresentadas para aqueles direitos com frequência superior a 10 (marcados em verde). Ademais, optou-se por examinar também as justificativas dos direitos assinalados em amarelo (direito à família e direito à maternidade/paternidade/adoção) em virtude de sua proximidade (e em alguns momentos até confusão) com a temática do casamento e da união civil.

Com relação ao direito à não discriminação, destacam-se cinco grupos de justificativas. O primeiro deles caracteriza esse direito como sendo a base para a proteção de todos os demais direitos e sem o qual não se pode ter acesso à cidadania. Um segundo tipo de argumento aponta que o regramento desse direito meramente por leis infraconstitucionais não seria suficiente para sua concretização. A terceira categoria de justificativa se baseia em dados empíricos, apontando que, em pesquisa realizada diretamente com a população LGBTI, esse foi um direito muitas vezes levantado como essencial. Já um quarto tipo de justificativa se baseia no histórico e na intensidade da discriminação, bem como no número de mortes de LGBTIs. Uma das organizações destaca ainda que, em seu país, essa discriminação está proximamente ligada a

motivações religiosas. Por fim, a quinta categoria de justificativa se refere ao peso simbólico e à visibilidade ocasionados por essa inclusão, bem como ao substrato jurídico que forneceria.

A próxima categoria cujas justificativas foram analisadas ("igualdade de direitos e oportunidades") está intimamente ligada ao direito à não discriminação. Entretanto, esses dois direitos foram categorizados de forma separada, pois sua aparição se deu de maneira apartada em diversos dos questionários. Essa segunda análise de justificativas deu origem, também, a cinco grupos distintos de argumentos. O primeiro deles identifica que, para se enquadrarem enquanto cidadãos, os indivíduos precisam ter todos os seus direitos respeitados. O segundo grupo destaca, novamente, argumentos de base empírica. Já o terceiro, por sua vez, salienta que essa categoria abarca todos os direitos que são negados às pessoas LGBTIs. Sob outro ângulo, o quarto grupo assevera que essa é uma forma de garantir a inclusão de LGBTIs nos serviços fornecidos pelo Estado. E, finalmente, o quinto conjunto de justificativas ressalta que essa seria a forma de retirar a precarização das vidas LGBTIs.

Avançando para a análise do direito à identidade de gênero, foram identificadas duas justificativas principais. A primeira delas se refere à necessidade de respeito à autonomia das pessoas trans de poderem se identificar da maneira que desejarem e sem imposições pela sociedade. Já o segundo grupo reflete que a identidade de gênero é a porta de entrada para efetivação de todos os demais direitos fundamentais para as pessoas trans, garantindo sua dignidade e mitigando sua vulnerabilidade perante o Estado, que não as reconhece enquanto cidadãs.

Finalmente, a análise das últimas três categorias selecionadas traz algumas novas reflexões. Um ponto em comum entre os três grupos de direitos (direito ao casamento e união civil, direito à família e direito à maternidade/paternidade/adoção) diz respeito à importância de positivação desses valores para a população LGBTI. Isto é, independentemente da conquista dessa garantia pela via judicial, é essencial que ela seja expressamente incluída no texto constitucional. Essa preocupação das organizações é extremamente relevante. Não só porque a inclusão textual do direito detém valor simbólico considerável, mas também porque traz maior segurança jurídica a esses indivíduos, que deixam de depender das vontades e interpretações judiciais, facilmente cambiáveis.

Aprofundando a análise, é possível perceber que as categorias de direito à família e direito à maternidade/paternidade/adoção focam sua justificativa na necessidade de igualdade de direito e reconhecimento da existência de uma pluralidade de arranjos relacionais. Por outro lado, os argumentos relacionados ao direito ao casamento e à união civil são mais diversificados, diferenciando-se em quatro grupos. O primeiro deles repete o padrão já ilustrado nas outras análises referentes à base empírica, indicando que essa foi uma das demandas de LGBTIs entrevistados. A segunda justificativa se relaciona à possibilidade de garantir visibilidade aos relacionamentos homoafetivos, tirando-os da esfera privada e alcançando-os à vida pública. Um terceiro diz respeito à possibilidade de estabilização desse direito a partir de sua previsão no texto constitucional, não podendo ser revogado por uma mera aprovação de lei. Por fim, o argumento mais recorrente se refere aos direitos derivados do casamento ou da união civil, que se mostra etapa necessária, na maioria dos ordenamentos, para a garantia de diversos outros direitos civis.

Em suma, é possível concluir que todas as justificativas perpassam a necessidade de reconhecimento das pessoas LGBTIs enquanto vidas que importam e sujeitos de direitos. Buscam-se a efetivação de sua dignidade e a garantia de acesso aos mesmos direitos que heterossexuais e cisgêneros; direitos esses que são histórica e contemporaneamente negados aos e às LGBTIs.

3.2. A (in)suficiência da proteção constitucional dos direitos LGBTIs

O segundo segmento a ser analisado remete também à segunda seção dos questionários. No instrumento, indagou-se se as organizações consideravam a proteção constitucional dos direitos LGBTIs em seu país suficiente ou não. Além disso, foi solicitado que apresentassem as razões em virtude das quais caracterizavam a proteção como suficiente ou insuficiente. O exame das respostas apontou um amplo posicionamento com relação à insuficiência da proteção, conforme demonstrado no Gráfico 3, tendo apenas duas organizações (8% do total) respondido que a proteção seria suficiente em seu país.

Gráfico 1 – A Proteção Constitucional dos Direitos LGBTIs em seu País é Suficiente?



Fonte: autoria própria

Diante do panorama acima apresentado, parece propício que se inicie a análise a partir dos casos desviantes. Isto é, pelas duas organizações que indicaram ser suficiente a proteção. A primeira das duas, a Rincon Perfetti Abogados, possui uma peculiaridade, pois se trata do único escritório de advocacia na lista de questionários enviados. Ele foi selecionado não só por ter aparecido na busca realizada para seleção das organizações, mas também por se tratar de um escritório especializado em direitos LGBTIs. A organização, sediada na Colômbia, indica dois motivos para considerar a proteção suficiente: 1) as interpretações constitucionais bastariam; 2) o estabelecimento pela Constituição colombiana de um "bloque de constitucionalidad".

Com relação à primeira razão apresentada, há de se destacar que a jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana (CCC) é a mais progressista de todos os países da América Latina no que se refere à garantia de direitos sexuais (RIPOLL, 2009, p. 75-87). Além disso, o escritório Rincón Perfetti Abogados foi um dos pioneiros na litigância estratégica que levou o tema dos direitos LGBTI até a CCC (RIPOLL, 2009, p. 81). Desse modo, somando-se a história construída pela organização à jurisprudência realmente mais avançada da corte daquele país, é possível compreender o contexto que levou ao posicionamento de considerar a proteção suficiente⁹. Já com relação ao segundo motivo apontado pelo escritório, parece partir do falso pressuposto de que a proteção no âmbito do Direito Internacional seria satisfatória. No entanto, como já mencionado anteriormente, a proteção na ordem internacional também se mostra extremamente deficitária e insuficiente.

Por outro lado, a outra organização que respondeu "sim" à pergunta formulada, sediada na Argentina, aponta ter a população LGBTI de seu país teria conseguido o reconhecimento

⁹ Apesar de nenhuma outra organização colombiana ter respondido aos questionários, para que possa ser feita a comparação, o posicionamento da ONG Colômbia Diversa, em entrevista concedida, foi no mesmo sentido de que a proteção constitucional seria suficiente em virtude do avanço de direitos proporcionado pela jurisprudência da CCC.

legal de seus direitos a partir dos "enunciados generales" do texto constitucional. Realmente, em matéria legislativa, a Argentina parece ser o país latino-americano mais avançado no tema (CORRALES, 2015, p.6). Isso se deve ao fato de o movimento LGBTI do país ter apostado em um tipo singular de litigância estratégica: ao invés de simplesmente pleitear seus direitos perante o judiciário, utilizou-se da judicialização como forma de pressionar o legislativo para aprovação de leis sobre a temática (CORRALES, 2015, p.78-84).

Em virtude disso, a Argentina é um dos poucos países a ter regramento legislativo acerca de temas cruciais para a causa LGBTI, como o casamento homoafetivo e o direito à identidade de gênero. Não obstante, como já levantado em uma das justificativas com relação à importância da positivação constitucional desses direitos, uma proteção legal que se funda meramente em enunciados constitucionais gerais possui um caráter mais precário, uma vez que o procedimento para revogação de norma legal é, em grande medida, menos oneroso do que aqueles exigidos para mandamentos constitucionais.

No caso da Argentina, houve mais uma organização sediada no país que respondeu ao questionário. *O Proyecto Educar en la Diversidad Sexual da Escuela de Educación Media 20 Mariano Moreno de La Plata* identificou a proteção constitucional dos direitos do país como sendo insuficiente. Como justificativa, apontam que, apesar de ter havido avanços legais, ainda há vazios regulatórios com relação a temas essenciais às e aos LGBTIs, como no caso do direito à não discriminação.

Voltando-se à análise cruzada dos motivos apontados por aqueles que consideram a proteção de seu país insuficiente, foram identificadas doze diferentes razões. Desse total, cinco eram dos questionários brasileiros, cinco dos aplicados em língua espanhola e duas dos em língua inglesa.

No cenário brasileiro, foram apontadas as seguintes justificativas: ausência de acesso dos LGBTIs a direitos básicos; avanços na concretização de direitos amparados apenas em decisões judiciais ou medidas administrativas; privilégios que as pessoas heterossexuais e cisgênero possuem em nosso sistema democrático; grande índice de mortes de LGBTIs no Brasil; e não tipificação do crime de homotransfobia.

Já o segundo ponto levantado se refere aos riscos e às instabilidades de uma proteção eminentemente judicial. Como já abordado no capítulo anterior, a falta de previsão de direitos específicos no texto constitucional, aliada à composição de casas legislativas conservadoras e pouco abertas ao tema da sexualidade e identidade de gênero, ocasionou uma aposta da militância majoritariamente no Poder Judiciário, por meio da litigância estratégica. Entretanto, essa aposta traz uma série de riscos: não só de a concretização do direito se dar de maneira incompleta (em virtude da falta de regulamentação ou de abordagem de todas as nuances da temática pelas decisões judiciais), mas também da insegurança jurídica gerada, por se depender das interpretações promovidas por um judiciário cambiante. Nesse sentido, uma das organizações brasileiras frisa que a segurança e proteção dos LGBTIs "depende muito da interpretação e da boa vontade das pessoas que operam a máquina do Estado". O que reflete, mais uma vez, a precariedade do atual panorama de reconhecimento de direitos às pessoas LGBTIs.

O terceiro ponto levantado traduz a estrutura da opressão veiculada por uma sociedade cisheteronormativa, na qual aqueles e aquelas que transgridem a norma tendem a ser marginalizados e subvalorizados. O quarto aspecto, por sua vez, refere-se ao mesmo fator que sustentou a hipótese inicial de insuficiência levantada por este trabalho: a dimensão dos números de violência contra a população LGBTI.

Nos questionários de língua espanhola foram apresentadas as seguintes justificativas: o fato de os LGBTIs serem mencionados apenas nos princípios constitucionais (levantado por uma organização mexicana); a falta de acesso a direitos fundamentais que são garantidos a heterossexuais e cisgêneros; a expressa negação de direitos para LGBTIs (apontado por

organizações equatorianas); o completo silêncio do texto constitucional com relação aos direitos e à existência dos LGBTIs; e o fato de o Tribunal Constitucional estar adotando uma postura conservadora, interpretando os direitos de forma restritiva, negando-os às e aos LGBTIs (apontado por uma organização venezuelana)¹⁰.

Além disso, as duas organizações dos questionários de língua inglesa indicaram que consideram a proteção insuficiente devido à criminalização das relações homossexuais pelo ordenamento de seu país e à ausência de especificação constitucional do direito à não discriminação.

Cabe destacar, ainda, uma última relação entre os dados produzidos neste segmento e aqueles examinados no capítulo anterior. A partir da análise dos textos constitucionais, concluiu-se que os dois países cujas constituições se mostram mais avançadas na proteção dos indivíduos LGBTIs são Bolívia e Equador. No entanto, das seis organizações desses dois países que responderam ao questionário (duas bolivianas e quatro equatorianas), nenhuma considerou a proteção constitucional dos direitos LGBTIs como sendo suficiente em seu país. Sendo assim, destaca-se que, mesmo naqueles ordenamentos aparentemente mais avançados, há ainda muito progresso necessário.

3.3. As causas dos status de proteção constitucional

Nesta penúltima segmentação, pretendeu-se aferir quais seriam os fatores causadores desses dois diferentes status protetivos: suficiente ou insuficiente. Novamente, inicia-se a análise a partir dos casos desviantes.

As duas organizações que acreditam ser suficiente a proteção constitucional em seu país destacaram que isso é causado pela própria proteção da dignidade humana. Assim, enfatizam a garantia constitucional dos direitos à igualdade, à liberdade e à proteção da família, que se estendem, incluindo o casamento e a adoção igualitária. Nesse ponto, as respostas não parecem se referir, propriamente, às causas da proteção suficiente, mas sim aos mesmos motivos ressaltados no segmento anterior. Isto é, quais elementos permitem que se configure a suficiência ou não da proteção. A intenção com o questionamento acerca da causa era perceber quais questões conjunturais ou estruturais levavam à ausência ou à presença de normas pró-LGBTIs em determinados ordenamentos.

Todavia, se não foi possível esse diagnóstico com essas duas primeiras respostas, a análise cruzada das demais organizações (aqueles que haviam indicado a insuficiência protetiva) se mostrou próspera. Nesse sentido, sobressaem-se oito diferentes categorias de causas levantadas, que se aplicam, pelas respostas apresentadas, à realidade latino-americana como um todo. Contudo, todas elas estão profundamente conectadas, sendo difícil traçar com precisão o que é abarcado por cada uma. São elas: 1) a falta de acesso de LGBTIs à política; 2) a conformação de legislativos conservadores; 3) a falta de vontade política em se avançar na pauta dos direitos LGBTIs; 4) a matriz sociocultural heteronormativa presente na América Latina; 5) a matriz religiosa do continente e seu desvirtuamento a partir do fundamentalismo; 6) a falta de sensibilização dos atores da justiça com temáticas de gênero e sexualidade; 7) a falta de educação da população em temas de gênero de sexualidade; 8) a ausência de diálogo do poder público com os movimentos sociais. Para uma análise completa dos fatores, será feito o agrupamento de alguns deles para um exame conjunto. Desse modo, serão analisados associadamente: os fatores um, dois e três; os fatores quatro e cinco; os fatores seis e sete; e, isoladamente, o último fator apontado.

As três primeiras causas remetem diretamente à dimensão política da justiça e à ideia

¹⁰ Em algumas das justificativas foi indicada a organização ou o país, pois se trata de questões que foram apontadas especificamente a respeito de determinado país, não podendo ser, a princípio, generalizadas. Salienta-se que apenas são nomeadas aquelas organizações que expressamente deram autorização para tanto.

de representação. Como se vê, uma das causas de insuficiência da proteção se liga justamente à injustiça da falsa representação¹¹. Sendo assim, posto que pessoas LGBTIs não conseguem ser eleitas e ter acesso ao legislativo, as chances de que seus reais interesses sejam levados em consideração são proporcionalmente menores¹². Isso se agrava diante da composição de casas legislativas eminentemente conservadoras, cujos integrantes, além de não terem a vivência de uma pessoa LGBTI, esforçam-se para não permitir o avanço de seus direitos. Ainda diretamente ligado a isso está a falta de vontade política, seja do legislativo, seja do executivo, de pautar as demandas LGBTIs por meio de políticas públicas. Ora, em um cenário no qual apenas são eleitos indivíduos heterossexuais e cisgêneros que se posicionam conservadoramente, não há como se esperar, realmente, qualquer avanço pela via da política em seu sentido estrito. Sendo assim, pode-se apontar para uma discriminação institucional ou estrutural da população LGBTI.

As duas causas seguintes se referem às matrizes socioculturais heteronormativa e religiosa, impregnadas em nosso continente. Embora integrem um grupo separado, elas não deixam de se relacionar diretamente com as causas anteriores. Isso porque é justamente a existência de uma tradição cultural heteronormativa que, em grande medida, impede o acesso de LGBTIs aos poderes públicos. E, ainda, é a grande presença de atores religiosos que compõem as casas legislativas que acaba por influenciar negativamente a produção normativa com relação às e aos LGBTIs. Aquilo que caracterizamos como "fundamentalismo religioso" se trata, na verdade, de uma forma de desvirtuamento de valores religiosos para embasar a violação a direitos fundamentais das pessoas LGBTIs; e tem sido com base em argumentos religiosos que propostas extremamente conservadoras têm se legitimado (VITAL; LOPES, 2012, p. 150-167). Já a manutenção dessa realidade e a dificuldade de alteração de mentalidade estão diretamente relacionadas às próximas causas examinadas, encampadas pelo déficit educacional.

Como discorrido, duas outras causas evidenciadas foram: a falta de sensibilização dos atores da justiça com temáticas de gênero e sexualidade e a falta de educação da população nos mesmos temas. Novamente, uma parece ser a consequência da outra, e vice-versa. Neste ponto, destaca-se um fator fundamental para o avanço na concretização dos direitos LGBTIs: a educação. Sem que temas como gênero e sexualidade sejam abordados desde o ensino básico até o ensino superior, não há como promover uma mudança profunda na compreensão da população em geral acerca dos e das LGBTIs. O preconceito, muitas vezes movido pelo desconhecimento, precisa ser combatido por meio de um debate mais amplo e uma educação que desconstrua, principalmente, conceitos biológicos e religiosos indevidamente naturalizados e cristalizados em nossa sociedade. Com relação aos atores da justiça, especificamente, a mudança pode ser mais facilmente iniciada a partir da inclusão de disciplinas específicas sobre a temática nas grades curriculares das faculdades de direito.

O último grupo de causas se sustenta na mesma premissa deste capítulo: a necessidade de construção de um direito de baixo para cima. Isto é, o pouco avanço na pauta de direitos LGBTIs se deve à falta de diálogo do poder público com os movimentos sociais. Isso porque, como já afirmado, são os indivíduos atingidos que possuem maior legitimidade para o auxílio e para a própria criação de políticas públicas. Dessa forma, é essencial que tanto legislativo, quanto executivo e judiciário voltem suas atenções ao movimento LGBTI e às organizações

¹¹ Nesse sentido, Corrales (2015, p. 7) destaca que, até o ano de 2014, só havia tido 15 pessoas, na história da formação legislativa nos países da América Latina e Caribenha, que eram abertamente homossexuais e ocupavam cargos em casas legislativas em nível federal. E isso se restringia aos seguintes países: Argentina, Aruba, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, México e Peru. Atualmente no Brasil, apenas o deputado federal Jean Wyllys se enquadra nessa categoria.

¹² Em pesquisa empírica conduzida sobre o tema, Andrew Reynolds (2013, p. 259) aponta como resultado a existência de uma associação entre a presença (mesmo pequena) de legisladores abertamente gays e a aprovação de normativas que avançam nos direitos dos homossexuais, uma vez que a presença dos gays no legislativo tem um efeito transformador na visão e votação de seus colegas heterossexuais.

que o representam.

Como se aduz, a falta de diálogo tende a partir do próprio poder público e não dos movimentos sociais. Pelo contrário, como identificado pelos questionários, o movimento LGBTI tem se esforçado, em todos os países latino-americanos, para atingir e influenciar o poder público de alguma forma, buscando que suas demandas sejam, ao menos, escutadas e levadas em consideração.

3.4. Em busca de alternativas

O último dos segmentos individualizados para a análise buscou identificar formas de superação do atual paradigma de proteção constitucional insuficiente. Para tanto, as organizações foram questionadas sobre como elas acreditavam que a insuficiência na proteção poderia ser resolvida. Como já anteriormente relatado, essa pergunta foi direcionada apenas àquelas entidades que respondiam "não" na pergunta referente à suficiência da proteção em seu país. Isso porque não há motivos para que se queira alterar uma realidade na qual supostamente os LGBTIs já são satisfatoriamente tutelados pelas normas.

Explorando as respostas dadas ao questionamento, identificou-se que dois principais campos englobavam a maioria das sugestões apresentadas: intervenções/alterações legislativas e políticas educacionais. De forma mais específica, destacam-se seis agrupamentos de soluções: 1) propostas legislativas; 2) maior participação de LGBTIs na política; 3) elaboração de políticas públicas; 4) alterações no modelo educacional; 5) realização de pesquisas relacionadas aos problemas enfrentados pela população LGBTI; 6) litigância estratégica; e 7) criminalização da LGBTIfobia.

Com relação às propostas legislativas, foi apontada a necessidade de realização de advocacy junto ao Poder Legislativo com o intuito de afirmação dos direitos fundamentais das pessoas LGBTIs, garantindo o status de cidadãos a esses indivíduos. Além disso, salientou-se a necessidade de inclusão expressa de direitos LGBTIs no texto constitucional, bem como a "interpretação extensiva dos princípios de não discriminação já previstos para acolher a proteção da população LGBTI". Diretamente ligada a isso, foi apresentada a necessidade de maior de participação de LGBTIs na política. Embora não tenha sido explicitada uma forma específica de se concretizar esse objetivo, sugere-se – ainda que fuja ao propósito deste trabalho desenvolver a ideia – uma alternativa a ser considerada: o estabelecimento de ações afirmativas (por meio de cotas) para possibilitar uma maior representatividade LGBTI nos congressos nacionais.

Além do enfoque meramente legislativo, levantou-se a necessidade de idealização e implementação, pelo executivo, de políticas públicas direcionadas às e aos LGBTIs para que se tornem efetivos os mandamentos legais. É dizer: não basta apenas a edição de lei ou norma constitucional, se ela não vier acompanhada de uma política pública de qualidade para sua efetivação e para a conscientização da população.

Nesse sentido, uma das formas de maior efetividade para alteração de um contexto sociocultural cisgenderonormativo está na reestruturação do sistema educacional. Isso foi apontado por quase a totalidade das organizações. Uma abordagem pedagógico-educacional é necessária não somente para informar melhor os indivíduos acerca de todas as questões relacionadas à identidade de gênero e à sexualidade, mas também como forma de sensibilização e humanização dos futuros legisladores, gestores públicos e juízes¹³. Sem uma formação

¹³ Além dessas três categorias, que influenciam diretamente na garantia estatal dos direitos, cabe também lembrar a necessidade de sensibilização a população como um todo para que não mais haja a reprodução diária de violências conscientes e inconscientes. Também não podem ser esquecidos desse campo de influência os profissionais da saúde e da educação, que estão em posições especialmente propícias ao cometimento de uma violência homotransfóbica.

interdisciplinar desde o ensino básico até o superior/técnico, não há como se alterar por completo nossa realidade homotransfóbica.

Ademais, foi apontada a necessidade de se persistir na atuação de litigância estratégica, levando casos emblemáticos até as cortes para fixação de precedentes que beneficiem a população LGBTI. Entretanto, como já salientado, há de se ter em mente que a utilização da via judicial apresenta diversos riscos, devendo ser utilizada majoritariamente como paliativo, enquanto não se obtêm legislações e políticas públicas satisfatórias.

A sexta proposta analisada se alinha ao próprio objetivo deste trabalho. Foi suscitada a necessidade de realização de investigações para a produção de dados acerca da realidade vivida pelos LGBTIs. Como já ressaltado, considera-se essencial o engajamento científico na temática; não só para fornecer argumentos sobre a necessidade de alteração do paradigma atual, mas também para aprofundar o conhecimento acerca de uma realidade que, em muitos pontos, carece de informações mais confiáveis. É isso que esta pesquisa tem procurado fazer.

Por fim, foi sugerido por uma organização brasileira que o primeiro passo para a alteração da realidade atual seria a criminalização das práticas LGBTIfóbicas. O tema da criminalização é extremamente controverso, até mesmo entre LGBTIs, e deve sempre ser acompanhado de uma necessária visão crítica do instituto penal. Caso se considere a criminalização uma saída, deve-se, concomitantemente, levantar a discussão acerca da problemática da discriminação estrutural do sistema penal, bem como de sua utilização enquanto ultima ratio, buscando evidenciar quais seriam as situações jurídicas que realmente mereceriam ser tuteladas por esse ramo do direito. Ademais, como destaca Thula Pires (2015, p. 278-279) sobre a criminalização do racismo, as normas que visam a combater a discriminação por meio da pena podem carecer de efetividade, uma vez que as instituições punitivas naturalizam padrões de opressão, não enquadrando os atos de discriminação no tipo penal.

4. Conclusão

Este trabalhou buscou contribuir com as reflexões acerca da efetivação da justiça para a população LGBTI. De maneira mais específica, objetivou-se a aferição e a compreensão do alcance e da forma da tutela constitucional dos direitos das pessoas LGBTIs nos países da América do Sul e no México. Assim, o problema da pesquisa questionava se essa proteção é ou não suficiente.

Sob o marco teórico da legalidade subalterna cosmopolita, dedicou-se à análise das respostas a questionários aplicados a diversas organizações que trabalham com a temática LGBTI na América Latina, privilegiando a percepção do direito de baixo para cima. Essa análise constatou a existência de vinte diferentes direitos essenciais às e aos LGBTIs e que deveriam ser positivados no texto constitucional. Além disso, aferiu-se que 92% das organizações que responderam ao questionário consideram a proteção constitucional dos direitos LGBTI insuficientes em seu país, tendo apenas duas considerado a tutela satisfatória. Dentre essas duas respostas desviantes, constatou-se que apenas uma (a resposta da organização argentina) foi motivada por contexto de uma produção legislativa mais porosa aos movimentos e agendas LGBTI. A outra resposta desviante, a da organização colombiana, tomou por base resultados de construção judicial, uma via ainda bastante verticalizada e, portanto, distante de um constitucionalismo efetivamente transformador (*desde abajo*).

Embora o resultado não surpreenda por completo, agrava a preocupação confirmar que aquele que deveria ser um modelo constitucional mais inclusivo, devido a suas constituições de caráter mais substantivo, em alguns momentos ignora e em outros rechaça a existência de pessoas LGBTI. Mais do que isso: nega a LGBTIs elementos básicos caracterizadores da dignidade humana. E, ainda, perturba o fato de que, até mesmo nos países nos quais há um mínimo avanço legislativo, tampouco é mais promissor o cenário, tendo em vista a inefetividade

das normas e a reiteração da cultura cisheteronormativa.

Sendo assim, em virtude dos diversos elementos apresentados ao decorrer do trabalho, foi possível responder ao problema proposto pela investigação, confirmando a hipótese inicial da existência de um déficit na tutela constitucional dos direitos LGBTIs na América Latina. Desse modo, salienta-se a relevância dessa constatação, não somente como denúncia do cenário atual, mas também como forma de estímulo ao engajamento para a superação desse quadro por meio de uma transformação “de baixo para cima”.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 19-42.
- CARDANO, Mario. *Manual de pesquisa qualitativa: a contribuição da teoria da argumentação*. Petrópolis: Vozes, 2017.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- CORRALES, Javier. *LGBT Rights and Representation in Latin America and the Caribbean: The Influence of Structure, Movements, Institutions, and Culture*. University of North Carolina: LGBT Representation and Rights Initiative, 2015.
- CURIEL, Ochy. *La Nación Heterosexual: Análisis del discurso jurídico y el régimen heterosexual desde la antropología de la dominación*. Bogotá: Impresol Ediciones, 2013.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- FACCHINI, Regina. *Sopa de Letrinhas?: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990*. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- GREEN, James Naylor. *Além do Carnaval: a homossexualidade masculina no Brasil do século XX*. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- KING, Nigel. Doing Template Analysis. In: SYMON, Gillian.; CASSEL, Catherine. *Qualitative Methods in Organizational Research: core methods and current challenges*. London: SAGE Publications, 2012, p. 426-450.
- MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/330888797_ATIVISMO_JUDICIAL_NO_SUPREMO_TRIBUNAL_FEDERAL Acesso em 04 nov 2017.
- OLAYA, Mónica Arango. *El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Precedente*, v. 4, p. 79-102, 2004.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do Racismo – entre política de*

reconhecimento e meio de legitimação do controle social dos não reconhecidos. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2012.

REYNOLDS, Andrew. *Representation and Rights: The Impact of LGBT Legislators in Comparative Perspective*. American Political Science Review, v. 107, n. 02, p. 259-274, 2013.

RIPOLL, Julieta Lemaitre. O Amor em Tempos de Cólera: Direitos LGBT na Colômbia. SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, p. 79-97, dez. 2009.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A. Law, Politics, and the Subaltern in Counter-hegemonic Globalization. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; RODRIGUEZ-GUARAVITO, César A. *Law and Globalization from Below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VITAL, Christina; LOPES, Paulo Victor Leite. Religião e Política: uma análise da atuação dos parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2012.

17. DIGNIDADE HUMANA, TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS E ISONOMIA SALARIAL: posições da ANAMATRA e decisões do TRT –MG diante da reforma trabalhista

HUMAN DIGNITY, OUTSOURCING OF SERVICES AND WAGE ISONOMY: ANAMATRA positions and TRT-MG decisions in the face of Labor Reform

Ana Luíza Sampaio Alves
 Amanda Maria Martins
 Prof.^a Dr.^a Karen Artur¹

Resumo

Neste trabalho, serão discutidas as mudanças trazidas pela Lei da Terceirização e Lei da Reforma, no tocante à ampliação da terceirização de serviços e à não regulamentação da isonomia salarial, a partir dos posicionamentos da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e de decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região –MG (TRT 3). Como resultados, encontramos decisões judiciais que destoam dos entendimentos dessa associação e se direcionam para o acolhimento de argumentos econômicos para aceitar a ampliação da terceirização, principalmente devido ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em ações anteriores à Reforma, e para reforçar a aceitação da isonomia salarial apenas na terceirização ilícita, o que pode contribuir para o fechamento das discussões sobre desigualdade nas relações de trabalho.

Palavras chave: reforma trabalhista; terceirização; isonomia salarial; ANAMATRA, TRT 3

Abstract

In this paper, we approached the changes brought by the Outsourcing Law and the Labor Reform Law regarding the extension of the outsourcing of services and the non-regulation of wage isonomy for outsourced workers, from the positions of the National Association of Labor Magistrates (ANAMATRA), and the Regional Labor Court of 3rd Region (TRT 3-MG). As results, we find judicial decisions which disregard the understandings of this association, and which are directed to the reception of economic arguments, mainly due to the position of the Federal Supreme Court in actions about the extension of the outsourcing prior to the Reform, and which reinforce the acceptance of wage isonomy only in illicit outsourcing. This scenario can contribute to limit the discussions about inequality in the labor relations.

Key words: labor reform; outsourcing; wage isonomy; ANAMATRA, TRT 3

Introdução

A partir do trabalho de Vianna e Perlatto (2015), os quais apresentam como agenda de

¹ A docente orientou a pesquisa, sendo as discentes responsáveis pelo texto. As discentes fazem parte do Grupo “Trabalho, Direito e Justiça” (TRADJUST) e participaram como bolsistas voluntárias do projeto “Associações de juristas, instituições judiciais e atores do trabalho: reconfigurações normativas da cidadania” - VIC/UFJF - 2018/2019, instituição à qual agradecemos.

pesquisa a necessidade de investigarmos os caminhos utilizados pelas associações de juristas para, ao defenderem os direitos do trabalho e acompanharem os conflitos trabalhistas, se inserirem na vida política brasileira, por meio da promoção de interpretações da Constituição Federal de 1988, esta pesquisa tem por objetivo geral a investigação das ações da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) diante da reforma trabalhista de 2017 e sua repercussão nas decisões judiciais da Justiça do Trabalho.

A discussão da problemática acerca da terceirização de atividade-fim e sua consequência no tratamento isonômico entre trabalhadores terceirizados e contratados diretamente pela tomadora (doravante contratante, de acordo com a nova legislação) se mostra de grande valia na medida em que coloca em destaque a disputa entre argumentos de cunho econômico, baseados na modernização, muito embora isso signifique redução de custos e diminuição de direitos, e argumentos sociais, pautados na preservação do valor social do trabalho, da isonomia entre trabalhadores e da dignidade da pessoa humana.

Tendo por hipótese que essa disputa poderia ser visualizada nos enunciados da ANAMATRA sobre a reforma trabalhista e em sua aplicação nos tribunais, levantou-se os enunciados dessa associação na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT) sobre o tema da terceirização. Depois, pesquisou-se seu uso no TRT 3 no período de um ano após a reforma de 2017.

Como resultado, encontrou-se que os mais citados foram os enunciados 1 e 3 da Comissão 7 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (números 98 e 100 na contagem geral), sendo o primeiro referente ao acesso à justiça e o segundo à justiça gratuita, direitos fundamentais que buscaram ser restringidos pela reforma através da estipulação de pagamento de honorários de sucumbência pela parte vencida (artigo 791-A da CLT), da previsão de utilização dos créditos trabalhistas reconhecidos em juízo para pagamento de despesas do beneficiário da justiça gratuita com honorários advocatícios ou periciais (artigos 791-A, § 4º e 790-B, § 4º, da CLT), condenação do reclamante ao pagamento de custas- ainda que beneficiário da justiça gratuita- nos casos de não comparecimento à audiência de julgamento, sendo este pagamento uma condição para a propositura de nova demanda (artigo 844, §2º e 3º da CLT), dentre outros dispositivos que limitam os direitos dos trabalhadores de buscarem no Poder Judiciário a solução para seus conflitos.

Não foram encontradas referências aos enunciados sobre terceirização, provavelmente pela falta de tempo de uma maturação jurisprudencial e também pelas restrições institucionais colocadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), mas restou evidenciado que dois temas movimentam as discussões sobre a terceirização nesse âmbito: a ampliação para atividade fim e a isonomia salarial. Tais assuntos trazem à baila um tema ainda maior, que é a necessidade de preservação da dignidade humana do trabalhador diante das novas normas trabalhistas (DELGADO; DELGADO, 2017).

Nessa perspectiva, inegável é o fato de que ampliar a possibilidade de terceirização para a atividade-fim da empresa, sem se construir um leque de normativas capazes de regular a relação que irá surgir, uma vez que um empregado terceirizado exercerá as mesmas funções que outro trabalhador, na mesma empresa, mas com empregadores diferentes, com sindicatos distintos e, consequentemente, com direitos diversos, o que irá levar à uma precarização das condições de trabalho.

Garantir a manutenção do trabalho digno, bem remunerado e em condições ambientais e de saúde ideais para os terceirizados são desafios a serem enfrentados pelas instituições que atuam no direito do trabalho, bem como pelos operadores do direito deste ramo, uma vez que a Lei de Terceirização e a Lei da Reforma Trabalhista, além da desvalorização das instituições do trabalho, deixam diversas lacunas que não contemplam a garantia da dignidade humana do empregado terceirizado.

No entanto, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos para a democracia brasileira e está prevista na Constituição Federal de 1988 no artigo 1º, inciso III, sendo o exercício do trabalho um meio para a efetivação de uma vida com mais dignidade, ao considerar-se que o trabalho é um meio para a sobrevivência, o reconhecimento social, as conquistas pessoais e o desenvolvimento social e econômico, sendo também elucidado como preceito constitucional máximo presente no artigo 1º, inciso IV. Assim, resguarda valores fundamentais que servem de parâmetro para que nenhum direito fundamental seja violado com as crises ou as mudanças sociais.

Com as aprovações, recentemente, da Lei 13.429 de 2017, conhecida como “Lei da Terceirização”, e da Lei nº 13.467 de 2017, chamada de “Lei da Reforma Trabalhista”, houve um aumento do número de empregados terceirizados², uma vez que essas legislações procuraram ampliar as possibilidades lícitas da terceirização na atividade fim. Além disso, a Lei da Reforma Trabalhista também incentiva a adoção da terceirização porque não assegura isonomia salarial para trabalhadores terceirizados contratados por meio da prestação de serviços.

Este trabalho é composto de três partes, além desta introdução. Na primeira parte, apresentamos as mudanças legislativas sobre o tema. Na segunda, abordamos a interpretação do STF sobre a constitucionalidade da terceirização em qualquer atividade. Na terceira parte, trazemos o posicionamento da ANAMATRA em seus enunciados, cotejando as decisões do TRT 3. Por fim, apresentamos nossas considerações finais acerca da perspectiva de possibilidade de discussões futuras sobre desigualdades nas relações de trabalho e sua superação, considerando as limitações do atual direito do trabalho, tanto na legislação quanto na jurisprudência.

Lei 13.429/2017 e Lei 13.467/17: ampliação do contrato temporário e possibilidade de terceirização de serviços em de atividade-fim como precarização de Direitos

Tendo como discurso o melhoramento da produtividade das empresas por meio da entrega a terceiros da execução das atividades periféricas e foco nas atividades inerentes ao seu objeto social, racionalizando as operações, a terceirização surgiu no período pós fordista visando a acumulação de capital (FONSECA, 2018). De fato, afirma-se que:

No Brasil, entretanto, iniciou-se um processo de contratação de mão de obra por meio de terceiros para laborar nas atividades essenciais da empresa tomadora de serviços, desvirtuando o instituto mencionado. Nesse processo, não há repasse das atividades finalísticas para terceiros. Repassa-se apenas a contratação do trabalhador. Terceirizar atividade-fim não é terceirizar. É intermediar mão de obra (FONSECA, 2018, p. 95).

No âmbito privado, a terceirização de mão de obra teve sua primeira regulação com a Lei nº 6019 de 1974 que tratou do “Trabalho Temporário”, regulando assim o fornecimento de mão de obra legalizado. No que tange à prestação de serviços, as primeiras demandas surgiram em agências bancárias na área de segurança e transporte, criando-se assim, durante o período da ditadura militar, o Decreto-Lei nº 1034 de 1969 que possibilitou a contratação de vigilantes através de empresas privadas (MAEDA, 2016). Em seguida, este foi revogado pela Lei nº 7.102 de 1983 que, para além do serviço de vigilância, regularizou a terceirização de serviços no transporte de valores. Após dez anos, esses serviços terceirizados de segurança e transporte de valores passaram a ser lícitos não somente para o setor bancário, mas para qualquer pessoa com

² Para um quadro dos efeitos da reforma trabalhista nas contratações e na desigualdade social, ver: Vazquez (2019?).

a Lei nº 8.863 de 1994 (TOMAZETTI, 2017).

Diante de ações judiciais na seara trabalhista envolvendo situações de empregados que atuavam em relações triangulares, o Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado de súmula nº 256 que admitia a contratação de trabalhadores por empresa interposta somente nos casos de trabalho temporário (Lei 6.019/74, referente ao fornecimento de mão de obra terceirizada) e nos casos de serviço de vigilância (Lei 7.102/83, referente ao fornecimento de serviços terceirizados). Esse enunciado teve como função orientar as ações que chegavam ao TST (ARTUR, 2007).

Em 1993, a súmula é cancelada pelo TST, que criou novo entendimento consubstanciado na Súmula 331, o qual foi responsável por alargar as hipóteses de terceirização no Brasil, sendo assim permitida a terceirização de atividades-meio. Essa foi a forma de proteção encontrada pela Corte às diversas atividades que estavam fraudando os direitos trabalhistas. A súmula supracitada e os entendimentos exarados pelos Tribunais Regionais do Trabalho passaram a ser responsáveis por regulamentar toda a sistemática da relação triangular firmada entre a até então chamada tomadora, o trabalhador e a empresa prestadora de serviços.

Conforme o entendimento firmado pelo TST, não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. Ou seja, só seria lícita a terceirização de prestação de serviços nos casos em que esta estivesse relacionada com a atividade meio da empresa tomadora e, mesmo assim, não devendo haver a existência de elementos formadores da relação de emprego: pessoalidade e subordinação.

Diante das mudanças sociais e políticas, bem como da pressão econômica pela generalização dos serviços terceirizados, foi aprovada a Lei 13.429 de 2017, conhecida como “Lei da Terceirização”, e a Lei nº 13.467 de 2017, chamada de “Lei da Reforma Trabalhista”, as quais se complementam na regulação dos serviços terceirizados no país. Em conjunto, as leis supracitadas permitiram não só a terceirização de serviços ligados à atividades-meio da empresa, mas também daqueles relacionados à atividade-fim. Embora a primeira lei falasse em terceirização de serviços específicos, ela foi utilizada como um ensaio para a segunda lei avançar expressamente a terceirização em atividade fim. Além disso, foi legalizada a quarteirização de prestação de serviços.

Publicada em 31 de março de 2017, a Lei 13.429/17 – Lei de Terceirização- trouxe consigo significativas mudanças no que diz respeito às hipóteses de atividades que podem ser terceirizadas por uma empresa, modificando totalmente o entendimento construído ao longo de décadas na Justiça do Trabalho.

Segundo o artigo 2º da Lei 13.429/17 - que acrescentou o artigo 4º-A (caput e §§ 1º e 2º) na Lei 6.019/74 – a “empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”. Denota-se uma nítida diferença conceitual entre a Instrução Normativa MTB/GM 3/97 e a Lei 13.429/17.

Na Instrução Normativa supracitada havia explicitamente a restrição de que o “serviço determinado e específico” deveria estar fora do âmbito das atividades-fim e normais da empresa tomadora. De modo contrário, a Lei 13.429/17 nada dispõe acerca desta restrição, o que abre espaço para a possibilidade de terceirização irrestrita, independente da atividade que será repassada. Diante da dubiedade da Lei 13.429/17, os juristas e magistrados do trabalho começaram a interpretar a legislação supracitada de maneira restritiva, entendendo que se não há autorização expressa para a terceirização de atividade-fim, esta não poderia ser permitida.

A lacuna deixada pela Lei de Terceirização foi suprida pela Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista - para uns ou Contrarreforma para os que destacam seus efeitos negativos na vida do trabalhador- modificou a redação do artigo 4º-A da Lei 6.019/74 e deixou explícito que poderia ser feita a transferência na execução de quais atividades, inclusive atividades-fim, para uma empresa prestadora de serviço.

Atualmente, a discussão acerca da constitucionalidade do dispositivo supracitado encontra-se no centro dos debates trabalhistas. O Supremo Tribunal Federal (STF) já deu indícios de que esta seria constitucional, todavia, as instituições ligadas ao direito do trabalho e os magistrados da Justiça do Trabalho ainda mantém viva a tese da inconstitucionalidade, não estando o debate totalmente fechado.

Não bastasse a possibilidade de terceirização irrestrita, a nova legislação trouxe ainda a hipótese de a empresa prestadora dos serviços poder subcontratar outras empresas para a realização das atividades designadas a ela pela empresa tomadora. Assim, a Lei 13.429/17, em seu artigo 2º (que acrescentou o artigo 4-A, § 1º na Lei 6.019/74), admite, de forma literal, que a empresa prestadora possa, na consecução das obrigações assumidas junto à empresa tomadora, optar em gerir a mão de obra ou proceder à subcontratação de outras empresas para a realização dos serviços. Isso significa que uma empresa prestadora pode terceirizar a sua própria atividade econômica, que é a prestação de serviços a outras empresas.

Todavia, deve-se lembrar que terceirizar atividade-fim só será vantajoso para as empresas quando diminuir custos e aumentar ganhos. E ela só gerará lucro se os direitos dos trabalhadores foram inobservados. Isto porque a contratante (antiga tomadora dos serviços), além dos gastos com seu próprio pessoal, terá que contabilizar em seus custos o valor que será pago à empresa prestadora de serviços para a execução de uma atividade que ela mesma poderia realizar (FONSECA, 2018). Este sentido, Fonseca dispõe:

A contratação de trabalhadores por meio de terceiros para desenvolver atividades finalísticas da contratante só pode implicar diminuição de custos se a contratada não investir em prevenção de acidentes e em equipamentos de proteção coletiva e individual, pagar salários menores, não pagar horas extras, não depositar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), deixar de conceder os intervalos para descanso para que o trabalhador labore mais etc. A tomadora de serviços arca com o lucro da terceirizada, mas, com a redução de salários e benefícios, a contratação finda sendo vantajosa para ela. Do contrário, a conta não fecharia. Que vantagem teria a fábrica em contratar um trabalhador por meio de terceiros para fazer o serviço que ela sabe como deve ser feito? (FONSECA, 2018, p. 97)

A partir do momento que a prestadora deixar de observar os direitos devidos a seus empregados, será mais barato manter a empresa funcionando, e consequentemente, poderá baixar os preços dos seus serviços, fazendo com que sua contratação pela empresa tomadora se torne mais barata. Assim, a terceirização de atividade-fim se tornará vantajosa, pois haverá uma contabilização de custos em um valor mais baixo pela contratação da fornecedora de serviços, que compensará seus gastos caso tivesse que contratar empregados próprios.

O dossiê realizado pela CUT (Central Única dos Trabalhadores), em 2014, acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores mostra claramente a precariedade das condições de trabalho e a ameaça à vida dos trabalhadores terceirizados, revelando, assim as várias faces da terceirização como o calote nos trabalhadores, as doenças, acidentes e mortes e os ataques aos direitos.

Neste cenário, destaca-se a ausência de previsão legal acerca da obrigatoriedade de ser observar a isonomia salarial entre empregado terceirizado na atividade-fim da empresa e empregado contratado diretamente pela tomadora de serviços. Ou seja, podem dois trabalhadores, um terceirizado e outro contratado direto, estarem exercendo a mesma atividade dentro da empresa contratante (tomadora de serviços) mas recebendo salários diversos, ante a ausência de previsão de isonomia salarial entre eles.

A única previsão relacionada ao tema trazida pela legislação está no artigo 4-C, § 1º da Lei 6.019/74 incluído pela Lei nº 13.467/17, que dispõe que a empresa contratante (tomadora)

e contratada (prestadora) poderão estabelecer, se assim entenderem, salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos. Ou seja, conceder a isonomia salarial é faculdade das empresas. O que era direito, agora, virou um bônus, que pode ser dado ou não.

Outra questão importante de ser destacada é o enquadramento sindical do terceirizado. Isto porque o artigo 8º da Constituição Federal determina que o enquadramento sindical deve observar o sistema confederativo e a organização por categorias. Diante disso, o enquadramento sindical do empregado depende do setor da atividade econômica preponderante de seu empregador (DELGADO, 2016).

Como as leis 13.429/17 e 13.467/17 não trazem qualquer disposição específica quanto ao enquadramento sindical do terceirizado, segue-se adotando a regra geral exarada pela Constituição Federal. Neste sentido, sabe-se que o empregador do terceirizado não é o tomador de serviços (contratante), mas sim a empresa prestadora de serviços. Conclui-se, dentro dessa ótica, que o empregado não integra a categoria profissional da tomadora para a qual efetivamente labora, mas sim a categoria da empresa prestadora de serviços (GARCIA, 2017).

Dessa forma, percebe-se que em uma mesma empresa poderá haver empregados diretamente contratados e trabalhadores terceirizados executando exatamente a mesma atividade, todavia, filiados a sindicatos diversos e, assim, não gozando dos mesmos direitos (SPAGNOL, 2017). Tendo em vista que esses dois trabalhadores não pertencem à mesma categoria profissional, é clara a possibilidade de inexistir isonomia de tratamento entre eles. Isso se dá porque a empresa contratante não pode ser obrigada a cumprir disposições de acordo ou convenção coletiva dos quais não participou, conforme entendimento jurisprudencial do TST (MIZIARA, 2017).

Além disso, a nova lei não traz qualquer disposição que preveja a obrigatoriedade de respeito às negociações coletivas da contratante quanto aos terceirizados, mantendo, assim, válido o entendimento do TST.

Ao final, o empregado terceirizado terá direitos e condições de trabalho totalmente diferentes daquele empregado contratado diretamente pela empresa tomadora, pois: a) para que uma empresa prestadora de serviços – que é quem contrata, dirige e paga os salários aos trabalhadores terceirizados e é responsável pela garantia e preservação de seus direitos- sobreviva no mercado por meio da execução de atividades-fim de outra empresas, ela terá que subjugar direitos dos trabalhadores, tornando sua contratação vantajosa via diminuição de custos para a empresa tomadora; b) seu empregador é a empresa prestadora de serviços, motivo pelo qual não integra a mesma categoria profissional que os empregados diretos da tomadora, não usufruindo assim dos mesmos direitos. Tudo isso contribui para a construção de trabalho terceirizado degradante, em condições que ferem a dignidade da pessoa humana, comprometendo a saúde física, psicológica e até mesmo financeira do trabalhador.

É inconcebível imaginar que em um mesmo ambiente possa haver tanta diferença de tratamento entre um e outro empregado. Foge à racionalidade e à função social do trabalho (que é a de dignificar o homem e propiciar a ele melhores condições de vida para si, para sua família e para a sociedade como um todo) existirem dois trabalhadores exercendo a mesma função, em um mesmo ambiente, colaborando para o lucro da empresa, mas não tendo os mesmos direitos.

Importante destacar aqui a distinção entre terceirização lícita e intermediação de mão de obra. Na terceirização, a contratante deveria adquirir de prestadoras de serviços atividades específicas e especializadas de sua cadeia produtiva que ela não quer realizar, e não mão de obra (trabalho humano). Com efeito, a terceirização deve envolver a prestação de serviços e não o fornecimento de trabalhadores por meio de empresa interposta.

Vale lembrar que a intermediação é, em regra, proibida, tendo o ordenamento aberto exceção somente para o caso de trabalho temporário, sendo esta a única forma lícita de terceirização de mão de obra. Tal proibição se deve à preservação do valor social do trabalho, tratando-se de fornecimento temporário de trabalhadores (mão de obra) para atuação para a

empresa tomadora. Assim, a empresa interposta faz a mera colocação de mão de obra à disposição da empresa contratante, não fornecendo nenhum tipo de serviço específico e especializado, podendo este trabalhador “fornecido” pela empresa de trabalho temporário realizar quaisquer das atividades da empresa tomadora, desde que no prazo e na forma determinados na legislação.

No contrato de trabalho temporário- cujo prazo foi aumentado com a reforma - em casos de substituição transitória de pessoal permanente ou demanda complementar de serviços, devendo o contrato ter prazo determinado. Nesses casos, por ser intermediação lícita, esta pode ser chamada de fornecimento de mão de obra ou terceirização de mão de obra.

Ressalta-se que, muito embora agora seja permitida a terceirização de atividade-fim, não pode haver subordinação e/ou pessoalidade entre o trabalhador terceirizado e a empresa contratante, pois, no caso de terceirização de atividade, contrata-se um serviço e não a mão de obra. Caso haja a presença de um desses elementos restará caracterizada a terceirização ilícita, sendo reconhecido o vínculo empregatício entre empresa contratante e trabalhador terceirizado.

Todavia, por todo o exposto, acreditamos que terceirizar atividade-fim, mesmo que se alegue não haver subordinação, aproxima-se, na realidade fática, mais do instituto da intermediação de mão de obra do que da terceirização especializada de serviços. Será necessária uma forte fiscalização por parte das instituições do trabalho para verificar se o instituto não está mais uma vez sendo utilizado para promover fraude à legislação, como tem ocorrido em nosso histórico de relações de trabalho.

Nos casos da terceirização de atividade-fim não se tratar de terceirizar um serviço objeto do contrato e sim de fornecer mão de obra por meio do repasse da contratação do trabalhador para que este realize um trabalho central da empresa, sendo verdadeiro aluguel de força bruta humana (FONSECA, 2018, p. 96), tem-se mera intermediação de mão de obra, um ato que é totalmente repudiado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), como ficou explícito na Declaração de Filadélfia, pois o homem não é mercadoria.

Tem-se que o ordenamento jurídico reveste com o véu da legalização uma situação que, nos parece, muito se aproxima de uma mera intermediação de mão de obra, principalmente no aviltamento do trabalhador, pois coloca lado a lado empregados diretos e terceirizados em uma atividade que a contratante ainda se interessa, a ponto de ter empregados diretos. Contudo, o legislador se permite essa aproximação, por meio da máscara da legalidade e do argumento da modernização.

Conclui-se que permitir a terceirização irrestrita, como fizeram as Lei 13.429/17 e 13.467/17, nada mais é do que abrir caminho para a precarização do trabalho e a violação de direitos, comprometendo princípios como o da igualdade, o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da vedação do retrocesso social, ambos previstos constitucionalmente e de caro valor social na preservação de um país mais justo, igualitário e decente para se viver. Ainda, viola o regramento estabelecido na legislação brasileira até o momento, no qual o fornecimento de mão de obra só é permitido em situações específicas do contrato temporário e por prazo determinado de no máximo 180 (cento e oitenta) dias prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias, prazo este que foi ampliado com a Lei 13.429/17, já anunciando o aprofundamento da precarização.

Posicionamento do Supremo Tribunal Federal: ADPF 324 e RE 958.252

O Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2018, julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, nos quais se debateu a questão de ser considerada constitucional a terceirização em qualquer etapa do sistema produtivo e foi decidido que o reconhecimento de ser lícita a terceirização em qualquer atividade fim, vencidos por sete votos

a cinco. A favor votaram os ministros Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Cármem Lúcia. Contrariamente, votaram os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio Mello e Ricardo Lewandowski.

Na ADPF 324, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, a Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG) questionou a constitucionalidade da interpretação nas decisões da Justiça do Trabalho com base na Súmula 331 do TST, alegando que viola preceitos constitucionais como a livre iniciativa e a valorização do trabalho. Já no RE 958252, de relatoria do ministro Luiz Fux, a empresa Celulose Nipo Brasileira S/A (Cenibra) interpõe contra decisão do TST que julgou ilícito a terceirização dos serviços de reflorestamento e afins por se tratar de atividade fim de acordo com o entendimento do tribunal que se baseia na Súmula 331.

O Ministro Luís Roberto Barroso firmou como tese a lícitude da terceirização em qualquer atividade, cabendo à contratante verificar a capacidade econômica da terceirizada e responder subsidiariamente por descumprimento de normas trabalhistas. Tem discussão que previdenciária seja solidária. Já a base da tese do Ministro Luiz Fux adotada foi que seria inconstitucional os incisos I, III, IV e VI da Súmula 331 do TST, pois a livre iniciativa também é assegurada como direito constitucional, e, assim, a terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho seria lícita independentemente do objeto social das empresas.

Diante dos entendimentos dos ministros que tiveram voto vencido, chama-se a atenção para o entendimento do Ministro Marco Aurélio, que abordou o ponto crítico que buscamos desenvolver neste trabalho. Para o ministro, a terceirização seria inconstitucional ao ferir o princípio constitucional de isonomia salarial entre os trabalhadores e desrespeitar a Declaração Universal de Direitos Humanos, assim dispõe:

A dispensa de tratamento inferior aos terceirizados – a qual, à míngua de evidências em sentido contrário, surge como regra geral no caso brasileiro – mostra-se incompatível com a garantia da isonomia remuneratória em sentido amplo prevista no inciso XXX do artigo 8º da Constituição Federal, reforçada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da Organização das Nações Unidas – ONU, cujo artigo 23, § 2º, possui a seguinte redação: “Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho” (ADPF 324, STF).

Diante da posição adotada pelo STF, observou-se um olhar voltado exclusivamente para as justificativas econômicas, tais como todo o processo de globalização e a necessidade de mudanças nas relações trabalhistas para geração de emprego e dinamização da economia. Porém, enquanto órgão superior garantidor de direitos constitucionais, a situação do empregado como um agente já considerado hipossuficiente na relação empregatícia não se mostrou como pauta importante a ser discutida e compreendida na mudança de entendimento para a terceirização em qualquer atividade.

Nesse sentido, os argumentos utilizados para rebater as críticas já consolidadas sobre a terceirização e defender a sua constitucionalidade são pautados em argumentos econômicos, alegando a modernização das formas de trabalhos e na falta de um modelo específico de trabalho defendido pela Constituição. No entanto, esse entendimento enfraquece o papel que o direito tem na regulação desse tipo de exploração da mão de obra do trabalhador, o que se mostra contraditório a um órgão jurisdicional que tem a função de resguardar que direitos individuais e sociais para que não sejam violados, mesmo com as mudanças sociais.

Posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e as decisões judiciais

No ano de 2017, diante do avanço do tema da terceirização (ainda PLC 30/2015 e PL

4302-C/1998) e da Reforma Trabalhista (PL 6787/2016) no Congresso Nacional, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) adequou a sua agenda político-institucional do referido ano no intuito de discutir as mudanças na legislação trabalhista que estavam sendo propostas. Assim, deixou clara sua posição contrária à PLC 30/2015, ao PL 4302-C/1998 e ao PL 6787/2016.

Após os desdobramentos legislativos e a aprovação da legislação supracitada, tendo em vista os impactos sociais dela advindos, a agenda político-institucional da ANAMATRA foi obrigada a discutir, com ainda mais afinco, as novas regulações trazidas pela Lei de Terceirização e pela Reforma Trabalhista no que tange aos direitos dos trabalhadores terceirizados. Tornou-se prioridade a discussão acerca das legislações que entraram em vigor no ano de 2017 (a primeira em março e a segunda em novembro), o que restou demonstrado com a divulgação da agenda de 2018.

Neste sentido, percebe-se, pois, que as associações de magistrados procuraram manter uma agenda de defesa de direitos sociais. Isto porque a literatura mostra que a construção dos papéis dos juristas do trabalho dá-se dentro de um processo que envolve não apenas questões corporativas, mas também as disputas sobre as interpretações legítimas da Constituição de 1988 (ARTUR; PESSANHA, 2018).

Assim, nos dias 09 e 10 de outubro de 2017, aconteceu em Brasília-DF a 2^a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, cujo tema era “Reforma Trabalhista”. Foram discutidos pontos cruciais da nova legislação que afetam diretamente a temática constitucional das relações de trabalho, dentre eles, a Terceirização, que ficou a cargo da Comissão 6 da Jornada.

Dentre os temas discutidos pela Comissão supracitada, para este estudo, destacamos três: a isonomia salarial entre os empregados terceirizados e aqueles contratados diretamente pela tomadora, a possibilidade de terceirização de atividade-fim e a representação sindical dos terceirizados.

O Enunciado nº 7 da Comissão 6 da 2^a Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (número 76 na contagem geral) geral dispõe que “os empregados das empresas terceirizadas têm direito de receber o mesmo salário dos empregados das tomadoras de serviços em mesmas atividades, bem como usufruir de iguais serviços de alimentação e atendimento ambulatorial”.

O fórum, neste enunciado, reforça a necessidade de uma leitura hermenêutica constitucional da Reforma Trabalhista, tão cara no ordenamento pátrio, para perceber que entender de maneira diversa do expressado no enunciado supracitado significa violar os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana (artigos 1º, III e 5º, caput, da Constituição Federal).

Contrariando toda a hermenêutica constitucional, a construção doutrinária de décadas, bem como entendimentos exarados pela própria Justiça do Trabalho, no julgamento do Recurso de Revista nº 10733-42.2015.5.03.0179 o Tribunal Superior do Trabalho (TST) entendeu em acórdão publicado na data de 30/11/2018 que, devido ao reconhecimento da licitude ampla da terceirização pelo Plenário do E. STF em julgamento com repercussão geral, revela-se inaplicável a isonomia prevista na Orientação Jurisprudencial nº 383 da SBDI-1 nos casos em que houver terceirização ilícita. Ou seja, o trabalhador terceirizado só tem direito à isonomia salarial com empregados se a terceirização for ilícita; sendo lícita, poderá exercer as mesmas funções que um empregado direto da contratante, mas possuindo salário e outros direitos diversos deste, contrariando totalmente o princípio constitucional da igualdade.

Adotando o mesmo entendimento exarado pelo TST, o Tribunal Regional do Trabalho da 3^a Região (TRT3) já proferiu diversas decisões em que, com base no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 958252, reconheceu a licitude da terceirização e, por isso, negou o pleito de reconhecimento de isonomia salarial, visto que esta só seria devida em casos de terceirização

ilícita³.

Uma luz de sobriedade pode ser encontrada no destaque dado pelos julgadores da Terceira Turma do TRT 3, no julgamento do Recurso Ordinário (RO) 0011285-80.2016.5.03.0014, ao fato de que, mesmo o STF tendo reconhecido a licitude de terceirização de atividade-fim, se presentes os requisitos do art. 3º da CLT, forma-se vínculo de emprego direto com a empresa tomadora de serviços. Havendo pessoalidade e subordinação- que são os elementos que diferenciam o terceirizado e o vínculo do empregado direto do tomador - deve ser reconhecida a ilicitude da terceirização e o vínculo direto entre o terceirizado e o contratante de serviços.

Desde modo, a partir de uma interpretação do ordenamento jurídico brasileiro após a entrada em vigor da Lei de Terceirização e da Reforma trabalhista, e dos entendimentos exarados pela Justiça do Trabalho, tem se entendido que será lícita a terceirização de atividade-fim, só existindo o direito à isonomia entre terceirizado e empregado quando a terceirização for ilícita. Será ilícita a terceirização quando restarem presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego previstos no artigo 3º da CLT, especialmente a pessoalidade e subordinação que, como dito anteriormente, são os elementos que diferenciam o vínculo do terceirizado e do empregado direto da tomadora.

Já o Enunciado nº 11 da Comissão 6 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (número 80 na contagem geral) preceitua que “o caput e parágrafo 1º do artigo 4º-A da lei 6.019⁴, são incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro (artigo. 7º, I, Constituição Federal e artigos 3º e 9º, CLT), pois implicam violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigos. 1º, IV; 5º, § 2º; 6º; 170 e 193, todos da Constituição Federal e constituição da OIT)”.

Todavia, desembargadores do TRT 3 têm adotado o entendimento firmado pelo STF no sentido de ser licitada a terceirização de atividade-fim mesmo que, em alguns casos, deixem claro que este não é o entendimento construído pela Justiça do Trabalho, conforme se depreende do julgamento do RO nº 0011855-87.2016.5.03.0104, em que um empregado de uma empresa de *call center* buscava o reconhecimento da ilicitude da terceirização e o vínculo direto com o banco para o qual prestava serviços de concretização de empréstimos e afins:

EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO - ATIVIDADE-FIM - EFEITOS. A respeito da terceirização em atividade-fim, é certo que esta Turma, em compasso com a jurisprudência trabalhista amplamente dominante, vem entendendo que, de acordo com a ordem constitucional vigente, bem como pelos efeitos nocivos provocados à sociedade, a intermediação de mão de obra é vedada pelo Direito do Trabalho, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador, salvo nas hipóteses de trabalho temporário ou nos casos de contratação de serviços de vigilância, conservação e limpeza, bem como de funções especializadas ligadas à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta, tal

³ Como exemplos, têm-se os Recursos Ordinários no TRT3 de números 0010415-48.2018.5.03.0181; 0000384-58.2013.5.03.0111; 0000020-87.2014.5.03.0067.

⁴ Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017).

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

qual preconizado na Súmula 331, itens I e III, do C. TST. Não se desconhece, porém, que no dia 30/08/2018, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) acolheu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 324 e deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252, com repercussão geral, e estabeleceu a tese jurídica de que "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária das empresas contratantes". É cediço, ainda, que o julgamento realizado pelo STF não se referia ao quadro normativo trazido pelas Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, mas sim às situações anteriores à vigência dessa normatividade, como no caso em apreço. Destarte, não obstante possua entendimento diverso a respeito do tema em questão, curvo-me, por disciplina judiciária, ao entendimento exarado pelo E. STF, pelo que se considera que o trabalhador, malgrado haja laborado na atividade-fim do tomador exclusivo de seus serviços, não faz jus ao pleito de declaração de ilicitude da terceirização perpetrada (RO nº 0011855-87.2016.5.03.0104, grifos nossos).

Por fim, o terceiro Enunciado a ser destacado no presente trabalho é o de número 12 também da Comissão 6 (número 81 na contagem geral), determinando que:

Presume-se como sendo da mesma categoria, e representados pelo mesmo sindicato profissional, todos os trabalhadores terceirizados e aqueles diretamente contratados pela tomadora que realizem serviços relacionados à sua atividade principal. Inteligência que se extrai do interesse integrado e da atuação conjunta da empresa contratada e contratante, previstos no § 3º do artigo 2º da CLT, combinado com o conceito de categoria profissional decorrente do trabalho em comum em atividades econômicas similares ou conexas do artigo 511, § 2º, da CLT, e com a atividade preponderante conceituada no § 2º do artigo 581 da CLT.

A ANAMATRA buscou, por meio deste Enunciado, suprir a lacuna deixada pelo ordenamento no que tange ao enquadramento sindical dos empregados terceirizados. A ausência de previsão legal sobre o tema faz com que haja uma situação complicada, conforme narrado anteriormente: em uma mesma empresa poderá haver empregados diretamente contratados e trabalhadores terceirizados executando exatamente a mesma atividade, todavia, filiados a sindicatos diversos e, assim, não gozando dos mesmos direitos, não se sujeitando às mesmas regras advindas das negociações coletivas.

Corroborando com o compromisso firmado em sua agenda político-institucional de 2018, cujo objetivo era discutir e reinterpretar a Reforma Trabalhista com base na hermenêutica constitucional, além da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, a ANAMATRA realizou, entre os dias 02 e 05 de maio de 2018, em Belo Horizonte - MG, o XIX CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Em tal congresso, fora instituída a Comissão 3: Reforma trabalhista: Constituição, tratados internacionais e Direito do Trabalho, cujo objetivo era discutir os dispositivos da Lei 13.467/17, sua aplicação conforme a constituição e os tratados internacionais.

Tal comissão, em consonância com os enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, aprovou 40 ordens acerca da aplicação e interpretação da Reforma Trabalhista. Uma delas foi a Ordem 33, que constatou ser inconstitucional o art. 4º-A da lei 6.019/74, na disciplina da terceirização irrestrita, por violar: o princípio da vedação ao retrocesso social, da isonomia, o princípio geral de livre acesso democrático aos quadros da administração pública e estimular a rotatividade da mão de obra, em contradição com o sistema constitucional de regras de proteção ao emprego.

Neste mesmo sentido, a Ordem 31 preceitua que os trabalhadores terceirizados e diretamente contratados devem possuir isonomia salarial com base no artigo 7º, XXXIV da Constituição Federal, atribuindo ao artigo 2º da Lei 13.467/2017, que altera o art.4º-c da lei

6.019/1974, uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Em suas razões, os congressistas explicitam que o artigo 2º da Lei 13.467/2017, ao alterar o art.4º-C da Lei 6.019/74, já anteriormente modificada pela Lei 13.429/2017, deve ser declarado inconstitucional por dois motivos. Primeiro, por violar o princípio da proteção do emprego estabelecido constitucionalmente no artigo 7º da Constituição Federal, na medida em que autoriza a contratação de trabalhadores nas atividades-fim das empresas, e, segundo, por restringir o direito de igualdade, limitando o acesso igualitário dos terceirizados a apenas alguns aspectos de dignidade, se comparado com os trabalhadores contratados de forma direta pelo tomador contratante (art.4º-C da referida lei), ao estabelecer que a isonomia salarial só existirá mediante pontuação espontânea, neste sentido, entre a contratante e a prestadora.

Mas os congressistas foram além. Consideraram matéria de ordem pública que deve ser pronunciada de ofício pelos juízes o reconhecimento da isonomia salarial. Isto porque está intimamente ligada a valores e direitos constitucionais, como os do art.5º, XXX; o art. 1º, III e IV (tutela à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho), assim como ao art.3º, III (promessa constitucional de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”), de modo a potencializar a força do art.461 da CLT.

Estes enunciados representam toda uma construção jurisprudencial que vem sendo amadurecida ao longo de anos na Justiça do Trabalho, bem como explica a interpretação dada pelos doutrinadores e pesquisadores do ramo acerca de como as relações de trabalho devem ser reguladas.

Todavia, o resultado da pesquisa demonstrou que não é sempre que os operadores do direito têm aplicado, ou pelo menos colocado em pauta, os Enunciados e as Ordens referentes à terceirização na Reforma Trabalhista. Conforme destacado acima, o TRT 3 vem, em diversas situações ligadas à terceirização, caminhando na contramão daquilo proposto pela ANAMATRA.

Há que destacar que existem enunciados ligados ao acesso à justiça e justiça gratuita que vêm sendo utilizados como mecanismos de garantia e preservação de direitos dos trabalhadores⁵. Isto demonstra a importância de um pensamento jurídico e crítico do direito do trabalho por meio do qual seja possível dar ao texto da Reforma Trabalhista compatível com a Constituição Federal.

Entretanto, ainda há um longo caminho a ser percorrido até que o direito do trabalho seja visto e aplicado enquanto um direito fundamental, promotor do princípio da dignidade humana. Conforme se observa nos discursos, os argumentos econômicos estão imperando nas discussões em detrimento de preceitos de justiça social, o que é extremamente perigoso uma vez que isso promove desigualdades, sendo o papel do direito do trabalho colaborar na superação das mesmas.

Considerações finais

A Lei 13.429/17 e, mais explicitamente, a Lei 13.467/17 trouxeram a possibilidade de terceirização irrestrita. Tal possibilidade é extremamente problemática do ponto de vista social e jurídico porque a terceirização irrestrita abre a possibilidade de tratamento desigual para trabalhadores que exercerem as mesmas funções, sendo um terceirizado e outro contratado direto pela tomadora.

haja vista a ausência de previsão acerca da representação sindical dos empregados terceirizados; promove a precarização de direitos, pois a terceirização de atividade-fim só será lucrativa para a empresa tomadora (contratante) se a empresa prestadora (contratada) reduzir os custos para sua contratação; traz um problema de ordem jurídica, a partir da perspectiva que

⁵ Como os enunciados 1 e 3 da Comissão 7 da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (números 98 e 100 na contagem geral).

terceirizar atividade-fim não se trata propriamente de terceirização enquanto especialização de serviços, mas sim de intermediação de mão de obra aceita pelo ordenamento sob o manto de legalidade mas que fere princípios como o da isonomia e valor social do trabalho, posto que nesses casos a empresa tomadora (contratante) não contrata um serviço específico e especializado, que não conseguiria realizar, mas sim contrata trabalhadores para a realização de um serviço típico da empresa.

Dentro desse contexto, o presente trabalho buscou analisar o entendimento firmado pelo STF na ADPF 324 e no RE 958.252, que reconheceu a constitucionalidade da terceirização de qualquer etapa o sistema produtivo. Apesar de os casos retratados nas ações serem anteriores à entrada em vigor da Reforma Trabalhista, a interpretação exposta pela Suprema Corte já indícios de como o Tribunal deve levar, pelo menos pelos próximos anos, a interpretação acerca do tema: possibilidade de terceirização da atividade-fim.

Além disso, analisou-se também o posicionamento de um dos agentes institucionais formadores de parâmetros interpretativos para a legislação trabalhista, qual seja a ANAMATRA. Esta instituição colocou em sua agenda político-institucional dos anos de 2017 e 2018 - mais especificamente na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho e no XIX CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho) - discussões diretamente voltadas para as modificações trazidas pelas legislações supracitadas, tendo exarado seu posicionamento contrário às alterações trazidas no que tange à terceirização de atividade-fim, fim da isonomia entre trabalhadores terceirizados e contratados diretos e ausência de representatividade sindical adequada dos terceirizados, através da edição de Enunciados e Ordens.

Por fim, levando em consideração o posicionamento do STF, TST e da ANAMATRA, foram apresentados julgados do TRT3, nos quais restou claro que o Tribunal Regional, apesar de possuir, ao longo do tempo, entendimentos diversos dos exarados pela corte constitucional e pela corte do trabalho, tem adotado a interpretação dada pelo STF acerca da possibilidade de terceirização irrestrita e o entendimento firmado pelo TST contrário à possibilidade de reconhecimento de isonomia entre terceirizados e empregados, indo totalmente na contramão dos parâmetros interpretativos dados pela ANAMATRA.

Tem o TRT3 entendido pela licitude da terceirização da atividade-fim e pelo reconhecimento de isonomia entre terceirizados e empregados somente nos casos em que houver terceirização ilícita. Assim, só será ilícita a terceirização quando estiverem presentes pessoalidade e subordinação na relação entre terceirizado e empresa tomadora.

Por todo o exposto, percebe-se, pois, que o direito vem se fechando para a discussão jurídica relacionada à isonomia salarial e desigualdades das partes ao estabelecer que: 1) fica o reconhecimento de isonomia restrito a casos de ilicitude, que agora só se constará se for subordinação, de modo que já não se discute atividade fim; 2) fica a critério da autonomia das partes (contratante e contratada) a concessão ou não de tratamento isonômico entre terceirizados e empregados, conforme legislação anteriormente citada.

Referências

ARTUR, Karen. PESSANHA, Elina Gonçalves da Fonte. Construção social dos direitos do trabalho no brasil: resistências democráticas à reforma trabalhista de 2017. Século XXI, Revista de Ciências Sociais, v.8, no 2, p.563-588, jul./dez. 2018.

BELTRAN, Ari Possidonio. Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações do trabalho. Revista LTr. São Paulo, v. 61, n. 4, p. 490-495, abr. 1997.

COELHO, Gabriela. Terceirização viola princípio da isonomia remuneratória, diz Marco

Aurélio. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-30/terceirizacao-viola-princípio-isonomia-marco-aurelio>>. Acesso em 15 de Março de 2019 às 13:57 hrs.

CUT, Central Única dos Trabalhadores. Terceirização e desenvolvimento: uma conta que não fecha. Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos. Secretaria Nacional de Relações de Trabalho e Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: Central Única dos Trabalhadores, 2014. Disponível em <<https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 08 de Março de 2019 às 21:55 hrs.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito de Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016
_____. DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil. São Paulo: LTr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Terceirização. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Terceirização na reforma trabalhista e impactos da recente jurisprudência do STF. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-05/gustavo-garcia-terceirizacao-reforma-trabalhista-decisao-stf>>. Acesso em 16 de Março de 2019 às 23:18 hrs.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Terceirização do trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Organizador: André Gambier Campos. – Brasília, Ipea, 2018.

MIZIARA, Raphael. Enquadramento sindical do trabalhador temporário e do terceirizado. Os Trabalhistas. Disponível em: <<http://ostrabalhistas.com.br/enquadramento-sindical-do-trabalhador-temporario-e-do-terceirizado/>>. Acesso em 09 de Março de 2019 às 15:32 hrs.

SPAGNOL, Débora. A terceirização, a lei 13.429/2017 e seus impactos – vantagens, desvantagens e modificações. Jusbrasil. Disponível em: <<https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/446554177/a-terceirizacao-a-lei-n-13429-2017-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes>>. Acesso em 09 de Marços de 2019 às 20:02hs.

XIX CONAMAT (Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho). Teses-Plenária Final. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/conamat/teses-plenaria-final>> . Acesso em 11 de Março de 2019 às 15:42 hrs.

Revista Consultor Jurídico. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 324. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-aqui-voto-ministro-marco-aurelio.pdf>>. Acesso em 15 de Março de 2019 às 10:43 hrs.

PUPO, Amanda. Por 7 a 4, STF aprova terceirização irrestrita: Contratação nessa modalidade abrange todo tipo de atividade; decisão vale para processos trabalhistas abertos antes da Lei da Terceirização. Estadão. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,por-7-a-4-stf-aprova-terceirizacao-irrestrita,70002480546>>. Acesso em 16 de Março de 2019 às 20:11 hrs.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). STF decide que é lícita a terceirização em todas as

atividades empresariais. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>>. Acesso em 10 de Março de 2019 às 14:24 hrs.

VAZQUEZ, Barbara Vallejos. Empobrecimento e naturalização das desigualdades são consequências da Reforma Trabalhista. IHUOnline. Disponível em: <http://cee.fiocruz.br/?q=Barbara-Vazquez-Empobrecimento-e-naturalizacao-das-desigualdades>. Acesso em 12.02.2019 às 14: 16.

18. DIREITO ADMINISTRATIVO E PÓS-POSITIVISMO: uma releitura crítica

ADMINISTRATIVE LAW AND POST-POSITIVISM: a critical review

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Victor Luna Vidal

Resumo

O artigo pretende investigar o Direito Administrativo sob a perspectiva do Pós-Positivismo Jurídico, movimento jurídico e filosófico que buscou reconstruir o Positivismo jurídico por meio da releitura crítica dos seus principais institutos. A partir das contribuições de Alexy (2015) e Dworkin (2002), o trabalho promove a releitura crítica dos tradicionais institutos da legalidade, do ato administrativo e do serviço público. De modo a analisar a incompatibilidade das referidas concepções com o atual momento do Estado Democrático de Direito, esta proposta investiga o processo histórico de surgimento do Direito Administrativo. Sob o método dedutivo, a investigação promove a atualização do Direito Administrativo sob os fundamentos da supremacia constitucional e da centralidade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Pós-positivismo Jurídico. Direito Administrativo. Direitos Fundamentais.

Abstract

This article aims to investigate administrative law from the perspective of Post-Positivism, legal and philosophical movement that sought to rebuild Positivism through a critical re-reading of its main institutes. From the contributions of Alexy (2015) and Dworkin (2002), the paper promotes a critical re-reading of the traditional institutes of legality, administrative acts and public service. In order to analyze the incompatibility of these concepts with the current moment of the Democratic State of Law, this proposal investigates Administrative Law historical process of emergence. Under the deductive method, the investigation updates Administrative Law from the perspective of constitutional supremacy and centrality of fundamental rights.

Keywords: Post-Positivism, Administrative Law, Fundamental Rights.

Introdução

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e o surgimento de uma disputa de natureza política e ideológica no período da Guerra Fria, as relações entre Estado e Sociedade passaram por mudanças substanciais, tendo em vista a necessidade de recuperação dos países tanto na esfera econômica quanto política, além da busca de um modelo de repactuação social que impedisse ou, pelo menos, limitasse o avanço do potencial destrutivo bélico daquele período.

Historicamente, a transição do modelo liberal de Estado para outro de conteúdo social e democrático foi viabilizado, no âmbito jurídico, pela abandono de fórmulas jurídicas positivistas em benefício do Pós-Positivismo Jurídico, movimento jurídico e filosófico que buscou reconciliar Direito e Moral, considerados até então impermeáveis entre si, pela adoção de ideias como a supremacia da Constituição e a tutela dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Para compreender o panorama descrito, o presente trabalho pretende promover um

diálogo entre o Direito Administrativo, ramo científico cujo objeto de análise é pautado pela relação entre organização estatal e sociedade, e o Pós-Positivismo jurídico. A partir do panorama descrito, pretende-se traçar algumas das mais significativas mudanças no Direito Público brasileiro.

No primeiro item, promove-se a análise da gênese controversa do Direito Administrativo, caracterizada pelo binômio liberdade-autoridade, e as consequências desse processo na formação acrítica de conceitos teóricos antidemocráticos.

No segundo, são apontadas as principais características do Pós-Positivismo Jurídico, movimento originário da segunda metade do século XX, que tem como referencial a reconciliação entre Direito e Moral, a normatividade em regras e princípios e a busca por justiça material.

O terceiro, por sua vez, destaca algumas das contribuições do Pós-Positivismo na revisão crítica do Direito Administrativo. Os dois subitens seguintes investigam a reformulação do conceito de legalidade e da teoria dos atos administrativos.

O quarto item propõe a revisão do conceito de serviço público. Nesse sentido, são investigados parâmetros para o afastamento da margem de subjetivismo atinente à concepção de serviços públicos adotada por parte significativa da doutrina nacional.

Para a efetivação da presente proposta, a pesquisa qualitativa em tela emprega fontes próprias do Direito, entre elas, normas jurídicas e trabalhos teóricos. Sob o método dedutivo, promove-se uma revisão de literatura baseada especialmente em obras de estudiosos do Pós-Positivismo e do Direito Administrativo. Desse modo, objetiva-se delinear os contornos das novas relações entre sociedade e Administração Pública sob a égide do Estado Democrático de Direito.

2. Direito Administrativo: gênese e releitura crítica

O Estado de Direito tem seu nascedouro nas revoluções liberais empreendidas nos séculos XVII e XVIII na Europa e nos Estados Unidos. Por meio do ideal iluminista, erigiu-se um modelo estatal alicerçado na centralidade dos direitos humanos e no estabelecimento de um pacto social que resultou na derrocada do controle político pelas monarquias tradicionais e o fortalecimento do poder político da burguesia.

A ruptura com o paradigma absolutista foi viabilizada pela Separação dos Poderes, o que permitiu a destinação de competências específicas aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, os quais exerceriam controle recíproco entre si por meio do sistema de freios e contrapesos. Como referencial desse modelo, a supremacia da legalidade no ordenamento jurídico consubstanciou um sistema de controle formalista que permitiu legitimar ideologicamente o poder da burguesia dominante por meio da suposta representação democrática. Desse modo, a lei, então considerada naquele momento, como fruto da vontade popular, tinha no Poder Legislativo a manifestação de sua racionalidade (MELQUÍADES DUARTE; GALIL, 2017).

O destaque conferido ao Direito Positivo na ordem jurídica liberal teve como alicerce a consolidação do Positivismo jurídico. Por meio desse movimento, parcela significativa da doutrina do Direito Administrativo pretendeu compreender a origem do referido ramo jurídico. Com base em sua pretensa origem democrática, o agir administrativo estaria respaldado pela legalidade, princípio então concebido como representativo da vontade popular. Contudo, o suposto surgimento progressista permitiu a criação de institutos que, sob a perspectiva do atual momento do Estado Democrático de Direito, manifestam características autoritárias.

Conforme indicado, a doutrina tradicional, embora tenha tratado da origem democrática do referido ramo jurídico, não conseguiu compreender as razões que levaram ao desenvolvimento de institutos contrários à proposta liberal original do movimento iluminista.

Para explicar tal fenômeno, Otero (2003) cunhou o conceito de ilusão garantística de gênese, conceito que ilustra que, por meio da separação da competência jurisdicional entre os Poderes Executivo e Judiciário e a formação do Conselho de Estado na França, estabeleceu-se verdadeiro sistema de proteção aos interesses dos agentes revolucionários que controlavam o Estado naquele período, consolidando uma espécie de contramovimento revolucionário. Como jurisdição administrativa dotada de autonomia, o Conselho de Estado atuava de modo a concentrar os poderes do Poder Executivo através da criação de normas que seriam utilizadas para o julgamento pela própria instituição criadora.

Em sintonia com tal pensamento, Binenbojm (2005, p. 3) afirma que o surgimento do Direito Administrativo não se realizou pela “submissão do Estado à vontade heterônoma do legislador”. De outro modo, a consolidação do Conselho de Estado francês efetivou-se pela “formulação de novos princípios gerais e novas regras jurídicas [...] que tornaram viáveis soluções diversas das que resultariam da aplicação mecanicista do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública [...]” (BINEMBOJM, 2005, p.3). A criação do Conselho de Estado francês representou, portanto, verdadeira insubmissão do Poder Executivo ao Poder Judiciário.

De modo semelhante, Di Pietro (s.d.) também observa a ocorrência de entendimento equivocado quanto ao surgimento do Direito Administrativo. Mencionando o assunto, a autora trata da existência de “contradições e paradoxos” (DI PIETRO, s.d., p. 13) na origem do referido ramo jurídico. Desse modo, enquanto o Estado Liberal tinha a finalidade de proteger o indivíduo em face dos abusos de poder, o reconhecimento de potestades (prerrogativas) à Administração Pública revelava a face autoritária do regime. Como consequência, a autora caracteriza o mencionado fenômeno pela ocorrência do binômio liberdade-autoridade (DI PIETRO, s.d.).

Outro dois aspectos problemáticos ressaltados pela autora são: 1) o modo de surgimento do novo campo normativo tratado, o que ocorreu pela negação do Direito Civil como fonte adequada, resultando na formação de um sistema lacunoso dependente de construções teóricas com tendência à limitação das liberdades individuais; 2) o significado particular de legalidade para o Conselho de Estado francês, em que era prevista a supremacia de sua jurisprudência sobre a legislação (DI PIETRO, s.d.).

Pela leitura da concepção tradicional da formação do Direito Administrativo, é comum perceber a incorporação acrítica dos institutos antidemocráticos em diversos trabalhos doutrinários. Como forma de promover o diálogo com tais modelos jurídicos, o próximo item investigará as principais características do movimento pós-positivista. Assim, será possível a releitura dos fundamentos administrativas sob a perspectiva democrática.

3. O pós-positivismo jurídico

Consciente dos elevados potenciais de arbitrariedade e de irracionalidade manifestados pelo Positivismo Jurídico, o Pós-Positivismo surgiu como um modelo jusfilosófico que buscou reconstruir a ciência jurídica sob a ótica valorativa. Desse modo, enquanto Kelsen (2006), um dos principais expoentes do Positivismo jurídico, tem na centralidade da lei a principal fonte normativa, o Pós-Positivismo amplia a normatividade jurídica por meio do reconhecimento de regras e princípios. Ao identificar as duas categorias jurídicas, e em especial a última espécie normativa, os autores pós-positivistas demonstram maior sensibilidade com a justiça material das decisões e com a moral. Em Alexy (2015), por exemplo, os princípios positivados no ordenamento jurídico representam valores vinculados essencialmente aos direitos fundamentais. Correspondem, portanto, à incorporação pelos ordenamentos jurídicos nacionais de verdadeiros compromissos éticos originários do debate democrático e da celebração de tratados entre os países após o fim da 2ª Guerra Mundial.

Para estabelecer a distinção entre regras e princípios, o autor afirma que os referidos

comandos possuem dimensões qualitativas próprias. Dessa maneira, os princípios correspondem a “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (ALEXY, 2015, p. 90). Tratam-se, portanto, de “mandados de otimização” (ALEXY, 2015, p. 90), que podem ser realizados, em maior ou menor medida, quando da colisão com outros princípios. Por sua vez, “as regras são normas que apenas podem ser cumpridas ou não; se uma regra for válida, dever-se-á fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos” (ALEXY, 2015, p. 91). Em se tratando de mandamentos definitivos, “(...) as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível” (ALEXY, 2015, p. 91).

4. Pós-positivismo e Direito Administrativo

O avanço do debate pós-positivista permitiu a difusão de suas contribuições nos ordenamentos jurídicos de diversos países. No que concerne ao Direito Administrativo, a referida corrente teórica fundamenta a releitura crítica de tradicionais institutos como discricionariedade, mérito e exorbitância dos contratos administrativos, além de conduzir à ampliação do conceito de legalidade. Além das mudanças de ordem teórica, a tutela de novos valores, como a inserção do princípio da eficiência - incluído pela Emenda Constitucional nº 19 (BRASIL, 1998) - às disposições constitucionais relativas à Administração Pública, também demonstra a sensibilidade do legislador constitucional pâtrio quanto aos clamores sociais contemporâneos. Por consequência, com a assunção da nova carga axiológica, os sujeitos anteriormente considerados pelo Direito Administrativo clássico como administrados passam a receber o tratamento de cidadãos, reconhecidos pela titularidade de direitos e de deveres perante o Estado.

Em alusão ao movimento neoconstitucionalista, uma das vertentes jusfilosóficas associadas ao Pós-Positivismo, Di Pietro (2016) identifica algumas inovações no Direito Administrativo relacionadas às teorias e às mudanças legislativas surgidas no fim do século XX. Sistematicamente, a autora destaca que, segundo a gênese binomial do ramo jurídico estudado (liberdades individuais – prerrogativas públicas), as modificações ora tendem a ampliar as prerrogativas da Administração Pública, ora tendem ao aprimoramento das garantias dos indivíduos.

Em resumo, as principais mudanças identificadas pela autora são quatro: 1) constitucionalização do Direito Administrativo e consequente giro hermenêutico em torno da supremacia constitucional; 2) humanização do direito e adoção de critérios como a razoabilidade; 3) tendência à privatização do direito público, em virtude da influência neoliberal institucionalizada a partir dos anos 1990 no Brasil; 4) desenvolvimento de instrumentos de democratização, por meio da ampliação da participação popular e da adoção de parâmetros para a processualização, a motivação e a transparência dos atos administrativos (DI PIETRO, 2016).

Analisando os itens 1), 2) e 4), tem-se de modo equivalente as propostas pós-positivistas de aprimoramento da pirâmide normativa kelseniana, por meio da supremacia constitucional, a vinculação a critérios de justiça material e a adoção da máxima da proporcionalidade de Alexy (2015, p. 116-117), e a conformação legislativa de institutos progressistas previstos na Constituição (BRASIL, 1988). Relativamente ao terceiro item, verifica-se a tendência à realização de um movimento de flexibilização das conquistas democráticas alcançadas pela sociedade no movimento constituinte, especialmente no que tange aos direitos sociais e ao modelo de atuação estatal.

De modo a tentar traçar alguns aspectos significativos do complexo panorama descrito, os itens seguintes do presente estudo desdobram-se em reflexões quanto a algumas das inovações propiciadas pela releitura dos institutos tradicionais do Direito Administrativo sob o filtro pós-positivista. Relacionadas às releituras dos institutos analisados, destacam-se algumas

das criações legislativas mais recentes.

4.1. Crise da legalidade e adoção da regra da juridicidade

Sob o ponto de vista social, é lugar-comum tratar da crise de representatividade dos modelos democráticos contemporâneos e de suas consequências em diversas nações. Como comando jurídico resultante desse processo, a lei também padece de uma crise dos seus potenciais de regulação e de vinculação. Para investigar a origem dessa tensão na seara administrativa, a doutrina propõe o retorno histórico ao modelo positivista do liberalismo iluminista.

Retomando a formação do Estado de Direito, Chickoski (2015, p. 256) declara que, de modo a romper com a dominação da estrutura absolutista anteriormente vigente, a legalidade correspondeu à ferramenta responsável pela legitimação do poder da burguesia, na medida em que limitava “o poder de certo modo incontrolável do soberano absolutista por meios racionais que o impedissem de alterar sua vontade bruscamente [...]. A proposta de contenção do poder monárquico representava, portanto, elemento essencial à realização das atividades econômicas da classe burguesa. Alinhando-se com a exigência de estabilidade nas relações jurídicas, “a inserção do princípio da legalidade no ordenamento jurídico do Estado de Direito se deu em razão de uma sensível preocupação da burguesia em garantir segurança em suas relações jurídicas” (CHICKOSKI, 2015, p. 256).

Tendo em vista a primazia da legalidade para a defesa dos interesses burgueses, o sistema jurídico da França e dos demais países influenciados pela matriz romano-germânica teve no Positivismo o seu principal fundamento teórico. Considerado como um modelo fechado, isto é, refratário a influências de ordem política, econômica ou moral, o Direito era entendido como um ideal de completude, pensamento que permaneceu dominante até a primeira metade século XX.

Naquele período histórico, o modelo positivista era adequado para atender às demandas sociais por regulação, visto que predominava como modelo institucional o Estado Liberal mínimo (BINEMBOJM, 2006). Desse modo, o ideal de completude legal manifestava-se pelo exercício do Poder Legislativo, considerado legítimo representante popular.

A transição para o século XX demonstrou, contudo, a insuficiência do Positivismo jurídico e do Estado liberal. Alguns referenciais temporais permitem compreender a queda desses modelos. A partir dos anos 1930, por exemplo, Herbst e Duarte (2013, p. 19) destacam que a superação da crise financeira mundial de 1929 e a reorganização econômica no período pós Segunda Guerra Mundial conduziram à realização do acordo de Bretton-Woods, modelo organizacional pautado pela forte regulação estatal das atividades econômicas. Paralelamente, a ascensão de revoluções populares, como a Revolução Russa e a Revolução Mexicana, ambas ocorridas no começo do século XX, resultou na criação de constituições de amplo conteúdo social, como a Constituição do México, de 1917, e a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919 (MACHADO, 2003).

Como produto das novas experiências econômicas, sociais e políticas, erigiu-se o Estado de Bem Estar Social (Welfare State) a partir da “imposição de um número crescente de obrigações prestacionais por parte do Estado, dificultando a previsão legal de cada situação em que o Estado deveria atuar” (MELQUÍADES DUARTE; GALIL, 2017, p. 366). A assunção do novo papel estatal teve como produto a crise do Positivismo Jurídico.

Conforme assinala Binenbojm (2006), são cinco os principais fatores que explicam a crise do modelo positivista: 1) o aumento das funções estatais com a assunção do Estado Social e o consequente inchaço legislativo ocasionaram a banalização das leis e de seu poder normativo; 2) a desvinculação positivista de valores sociais e morais, estruturando um sistema baseado tão somente na formalidade do processo legislativo, o que permitiu a legitimação de

iniquidades como aquelas praticadas pelo nazifascismo; 3) a ascensão do constitucionalismo e o reconhecimento de sua superioridade formal e axiológica resultaram, em certa medida, na decadência da lei como principal fonte normativa; 4) a proliferação de atos administrativos infraconstitucionais, resultando na previsão constitucional de outras espécies de atos normativos primários e na possibilidade de regulação autônoma pela Administração Pública; 5) a ascendência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo quanto ao processo legislativo, seja por previsão constitucional, seja pelo exercício do poder fático.

As razões enunciadas por Binenbojm (2006) podem ser sintetizadas nos fenômenos da deslegalização, em que o desempenho das atividades públicas não depende somente de previsão legislativa, podendo também estar embasadas em outras espécies normativas, e a constitucionalização do Direito Administrativo, processo essencialmente vinculado ao Pós-Positivismo. A ascensão pós-positivista acarretou algumas mudanças na hermenêutica administrativista. Pela ideia de supremacia constitucional, o agir interpretativo passou a ter como referencial a hierarquia normativa e a centralidade dos direitos fundamentais. Desse modo, a observância da hierarquia normativa permitiu a consolidação das atividades administrativas com fundamento imediato no texto constitucional.

A crise da legalidade e a consequente adoção de outros parâmetros normativos na prática jurídica redundam na propositura da juridicidade administrativa. Para determinar a sua esfera de abrangência, são consideradas as seguintes espécies: normas constitucionais, leis em sentido formal ou material e atos derivados do poder regulamentar. Por meio da visão ampliativa, a atividade administrativa é viabilizada sob três formas distintas: 1) a atividade secundum legem, isto é, conforme a lei, quando esta é desprovida de inconstitucionalidade; 2) atividade praeter legem, tendo como recurso imediato as disposições constitucionais no caso de lacunas; 3) atividade contra legem, ou seja, hipótese em que o comando legal aplicável é inconstitucional (BINENBOJM, 2008).

Como parâmetro inovador no Direito Administrativo, a juridicidade administrativa é, sob a leitura pós-positivista, entendida como norma da natureza de regra. Por consequência, trata-se de comando definitivo, vinculando o agir administrativo aos parâmetros normativos definidos pelo ordenamento jurídico e à hierarquia normativa. Consequentemente, a legalidade é considerada como norma de cunho principiológico, equivalendo, assim, a mandamento de otimização pelo qual o intérprete deve tentar se orientar na maior medida possível.

4.2. A processualização do Direito Administrativo

A constitucionalização do Direito Administrativo é fenômeno que influencia o redimensionamento da teoria clássica dos atos administrativos. No Brasil, por exemplo, a Constituição (BRASIL, 1988), em seu artigo 5º, inciso LIV, tem como princípio orientador das atividades públicas o devido processo legal. Segundo Didier Jr. (2018), tratar do referido direito fundamental significa identificar o seu potencial de irradiação sobre todo o ordenamento. Desse modo, além da referida garantia ser aplicada aos processos legislativo e jurisdicional, ela também está presente no objeto do presente estudo, o processo administrativo. Vale ressaltar que, sob a égide pós-positivista, o conceito deve ser interpretado também de maneira ampliativa. Desse modo, quando é mencionado que o devido processo é legal, não se está dizendo que ele está limitado às leis, mas, sob a regra da juridicidade, que ele deve observar o ordenamento jurídico de forma integral.

Para que a transição do ato para o processo administrativo seja compreendida, é preciso retomar o contexto de formação do Direito Administrativo. Para tanto, Baptista (2003) enumera razões que explicam a inicial prevalência da investigação da categoria dos atos em detrimento do processo.

Considerando que o referido ramo jurídico é construção histórica relativamente recente,

no século XIX predominava a insuficiência de marcos regulatórios próprios à sua consolidação na esfera jurídica. Para preencher lacunas e viabilizar a organização do Direito Público, o Direito Civil, segmento jurídico mais tradicional, foi utilizado como padrão normativo para o desenvolvimento dos institutos administrativos. Desse modo, como prepondera na esfera privada a manifestação final da vontade, seja por meio de atos ou de contratos, em detrimento de um processo de formalização decisional, a doutrina dedicou-se a estudar em maior medida os atos administrativos (BAPTISTA, 2003).

Como exteriorização do poder unilateral da Administração Pública, o ato administrativo resultou não na ruptura do modo como o Estado atuava no meio social, mas tão somente na troca de poder dos reis absolutistas para a burguesia efervescente. Assim, segundo Melquíades Duarte e Galil (2017), mantinha-se o padrão de ação estatal aristocrático sob o rótulo de uma suposta legitimidade de direito.

Com o tempo, ao caráter autoritário dos atos administrativos foram somadas novas formas de atuação pelo Estado com a conquista dos direitos sociais. Dessa maneira, as novas competências e responsabilidades da Administração Pública foram essenciais à implantação do Welfare State. Sob a perspectiva social, a limitação do agir público na moldura teórica dos atos administrativos mostrou-se insuficiente às novas tarefas assumidas pelo Poder Público (MELQUÍADES DUARTE; GALIL, 2017). Nesse sentido, a efetivação dos direitos fundamentais sociais constituiu um desafio teórico à doutrina tradicional na medida em que rompeu com a quase exclusividade dos comportamentos absenteístas do Estado Liberal.

Destarte, conforme assinala Baptista (2003), as relações entre setor público e indivíduo não se limitaram ao exercício do poder unilateral do primeiro sobre o segundo. Atos de colaboração, de participação e – em maior proporção com o advento do neoliberalismo a partir do fim do século XX – de regulação, passaram a compor o leque de métodos de ação da Administração.

No direito nacional, a crise doutrinária mencionada e a modernização do Direito Administrativo tiveram como referencial a promulgação da Constituição (BRASIL, 1988). Referido marco regulatório possibilitou, com relação à teoria dos atos administrativos, a demarcação de duas ordens de modificações para a consolidação do fenômeno da processualização administrativa.

A primeira contribuição associa-se à criação e ao aprimoramento de institutos de democracia participativa pelo texto constitucional. Para alcançar tal objetivo, o legislador constituinte incluiu no rol de direitos fundamentais instrumentos de participação e de fiscalização pelos cidadãos. Relacionados a modelos jurídicos complexos, os referidos mecanismos são materializados por meio de procedimentos específicos. Exemplificativamente, o direito de petição, previsto no inciso XXXIV, alínea “a”, do artigo supracitado (BRASIL, 1988), abrange a possibilidade, por exemplo, de exigência de que o Estado adote medidas positivas de modo a prestar informações aos cidadãos. O mecanismo narrado corresponde, portanto, a veículo de provocação do Estado que depende do concatenamento de atos de modo a realizar o controle pela sociedade dos organismos estatais.

A segunda contribuição está atrelada à incorporação pela legislação dos valores constitucionais e à proposta de concretização normativa de seus mandamentos. Nesse sentido, ao dispor sobre parâmetros gerais no processo administrativo federal, a Lei nº 9.784 (BRASIL, 1999), pretendeu, conforme previsto em seu artigo 1º, conferir maior segurança aos cidadãos em suas relações com a Administração Pública, bem com a adequação do seu agir aos fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Recentemente, a Lei nº 13.460 (BRASIL, 2017), conhecida como Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, instituiu parâmetros para a defesa dos interesses dos cidadãos na prestação dos serviços públicos. Nesse contexto, a norma recém-promulgada pressupõe a comunicação entre usuários e Administração Pública pela via procedural, conforme previsto nos artigos 5º, inciso XIII, e 6º, inciso VI, alínea “d”

(BRASIL, 2017). Seguindo a mesma lógica, o artigo 12 do novo estatuto dispõe quanto ao compromisso com os princípios da eficiência e da celeridade na condução dos procedimentos em que são realizadas manifestações dos usuários dos serviços (BRASIL, 2017).

Conforme definem Melquíades Duarte e Galil, (2017), o giro teórico e normativo em torno da concretização da processualização do Direito Administrativo corresponde ao desenvolvimento de um modelo de gestão da Administração pela desconcentração do seu poder de decisão. Desse modo, a aplicação de ritos procedimentais organizados que permitam o desencadeamento de atos sujeitos à participação e ao controle popular tende a impedir, ou, pelo menos, evitar a ocorrência de abuso de poder.

Como exteriorização da participação dos cidadãos na esfera pública, a processualização do Direito Administrativo revela a necessidade de aprofundamento da legitimação democrática das instituições. Para tanto, os instrumentos jurídicos descritos demandam contante aperfeiçoamento, o que é concretizado pela otimização dos direitos fundamentais previstos na Constituição (BRASIL, 1988). Como desafio à criatividade e à competência dos agentes públicos e da sociedade, a proceduralização exige a ruptura com a cultura de atuação unilateral herdada do recente período ditatorial pelo qual o país passou, além do estímulo à criação e à ampliação de instâncias de cooperação entre Estado e indivíduos.

5. Problemática acerca do conceito tradicional de serviço público

Inseridos na moldura doutrinária tradicional, os serviços públicos são considerados como favores ou benesses distribuídas à população, estando desvinculados, portanto, de sua natureza de direito (JUSTEN FILHO, 2009). Historicamente, a referida categoria doutrinária tem suas origens nos estudos da Escola do Serviço Público, também conhecida como Escola de Bordeaux, na França, no início do século XX. Representada por teóricos como os franceses Duguit e Jèze, a corrente teórica francesa concebeu o instituto como um conjunto de atividades realizadas pela Administração Pública. Com a expansão das atividades estatais na esfera econômica e, paralelamente, com o desempenho dessas atribuições pela iniciativa privada, seja em regime de concorrência com o Estado, seja em virtude da delegação pelo setor público aos particulares, verificou-se uma crise teórica do modelo inicialmente proposto (MEDAUAR, 2018).

Segundo Medauar (2018, p. 316), a superação da crise conceitual ocorre, na atualidade, pelo reconhecimento de que o instituto “encerra o atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição”. Para caracterizá-lo, a autora aduz que a discussão proposta “remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel”, o que implica a existência de um “plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição” (MEDAUAR, 2018, p. 316). Continuando seu raciocínio, a autora admite que a doutrina tradicional identifica a existência de um grupo de serviços que são pacificamente considerados como públicos, estando inseridos nessa categoria o fornecimento de água, energia elétrica e iluminação pública, a organização de um sistema de coleta de lixo e de limpeza de ruas e o desempenho das atividades de correio (MEDAUAR, 2018).

Além disso, a qualificação indicada pode ser visualizada pela identificação de características comuns, a saber, 1) vínculo orgânico com o Estado, o que poder ocorrer pela prestação direta do serviço pela Administração ou “pela relação de dependência entre a atividade e a Administração ou presença orgânica da Administração” (MEDAUAR., 2018, p. 316); 2) regime jurídico parcial ou totalmente submetido ao Direito Administrativo (MEDAUAR, 2018, p. 316).

Sob a perspectiva histórica, a conceituação indicada acima, comum a outros doutrinadores administrativistas, desconsidera alguns aspectos essenciais atinentes aos serviços

públicos. A transição de um modelo liberal de Estado para outro de caráter social ocorreu em razão da incorporação dos direitos sociais às responsabilidades do Poder Público. Mais tarde, com o surgimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, inseridos na lógica de fraternidade ou de solidariedade, condutas relacionadas à tutela de grupos humanos e do meio ambiente, bem como a proteção dos interesses dos consumidores e dos direitos à informação e ao desenvolvimento econômico, passaram a integrar os fins da Administração (FINGER, 2003, p. 66).

Comparando a concepção adotada por Medauar (2018, p. 316) com a expansão dos direitos fundamentais e, por consequência, com as tarefas assumidas pelo Estado contemporaneamente, vislumbra-se a sua insuficiência ante o atual estágio de complexidade nas esferas social e jurídica. Conforme se torna evidente, o conceito jurídico acima elencado é dotado de significativa imprecisão, o que revela o seu potencial antidemocrático. Destaca-se, nesse sentido, a eleição de objetivos pelos governantes a despeito de qualquer controle pelos principais interessados nas decisões tomadas, ou seja, os seus usuários. Pela desvinculação conceitual de serviços públicos à noção de direitos, a interpretação de serviço público está sujeita a um espaço suscetível à elaboração de políticas públicas com fundamento em subjetivismos.

Exemplificativamente, na declaração de que o conceito “encerra o atendimento das necessidades básicas da vida social, ligadas, inclusive, a direitos sociais assegurados na Constituição” (MEDAUAR, 2018, p. 316), não há um critério preciso quanto à definição de quais são as necessidades básicas da vida social, nem quais direitos sociais estão nela incluídos. Como é evidente, a falta de rigor técnico na definição tratada possibilita o manejo de decisões que desbordam dos limites da discricionariedade.

No contexto pós-positivista, contudo, até mesmo a discricionariedade está vinculada a contornos mais precisos, haja vista a configuração do campo normativo em regras e princípios. Enquanto no Positivismo Jurídico, a discricionariedade é campo aberto para decisões definidas a critério do intérprete, o Pós-Positivismo limita a eleição de opções na tarefa interpretativa por meio da vinculação dos princípios e, portanto, da argumentação sustentada por tais comandos normativos. Registre-se que o Pós-Positivismo não nega o espaço de atuação dos agentes públicos, uma vez que o reconhece como condição essencial ao desenvolvimento da democracia. Contudo, deve-se retomar a ideia de que o emprego de processos de argumentação racional tende a limitar a perspectiva extremamente ampla defendida pelo Positivismo.

Outros teóricos do Direito Administrativo apresentam definições similares à de Medauar (2018). Na acepção de Carvalho Filho (2015, p. 333), serviço público corresponde “a toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. Conforme indicado, não há definição quanto ao que seriam necessidades essenciais e secundárias. No mesmo sentido, a definição de Meirelles (2016, p. 418) é a seguinte: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.

Nessa perspectiva, a proposta de reformulação do conceito de serviços públicos passa pela leitura pós-positivista. Considerando que, como pacto social, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) tem como princípio basilar, em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade humana, a densificação do comando normativo em análise deve estar atrelada à promoção de tal valor. O entendimento de serviço público como o conjunto de prestações devidas pelo Estado ou pelos particulares – seja por regime de colaboração com o ente público ou por delegação –, não é promessa vazia quando, sob a perspectiva de supremacia constitucional, a dignidade é densificada pelas noções de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais.

5.1. A proposta de Alexy (2015) para os direitos fundamentais e a sua articulação com o conceito de serviço público

Ao assumir a supremacia da Constituição e a centralidade dos direitos fundamentais como filtro hermenêutico, a presente proposta implica algumas consequências. Relativamente à tese da separação de poderes, manifestam-se as seguintes contribuições. Ao Legislativo, poder cujas competências são a criação de leis e a definição de políticas públicas, seja de forma independente, seja com base na cooperação com o Poder Executivo, são confrontados os limites definidos por regras e princípios de direitos fundamentais. Com fundamento nessa premissa, a decisão do legislador quanto aos serviços prestados deve estar calcada na promoção dos direitos dos cidadãos definidos pelo texto constitucional. Como forma de racionalização dos diferentes interesses em conflito em sociedade, o paradigma apontado remete à aplicação de instrumentos de decisão racional para o adequado desenho das políticas públicas. Nesse sentido, a máxima da proporcionalidade de Alexy (2015) é ferramenta tributária do processo de desenvolvimento do debate democrático.

No que tange ao Poder Executivo, a medida sugerida não se limita ao papel de colaboração na definição das políticas públicas, mas também à necessidade, considerando o fato de que os direitos fundamentais são veiculados por princípios otimizáveis, de máxima implementação dos valores constitucionais. Por fim, ao Poder Judiciário, permite-se a realização de controle mais efetivo com relação à atuação dos demais poderes, na medida em que a discricionariedade é restringida ao padrão axiológico do sistema jurídico, especialmente representado pela Constituição (BRASIL, 1988).

Relativamente à dificuldade de estabelecimento de critérios para a determinação das atividades consideradas essenciais, tem-se como parâmetro conceitual a realização de atividades concernentes aos direitos fundamentais. Assim, sua definição é pautada, conforme Alexy (2015), pela aplicação da máxima da proporcionalidade e de suas três submáximas, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Considerando que a prestação de serviços públicos está relacionada essencialmente aos direitos sociais, a adoção dos apontamentos indicados implica a análise do conflito de competências entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como critério para a atuação do operador jurídico, o modelo pós-positivista oferece alguns elementos de correção pautados na análise dos princípios colidentes.

Existem princípios formais e materiais que embasam as decisões no caso concreto. Nesse sentido, como argumento favorável aos direitos sociais tem-se a liberdade em sua acepção fática. Associada à observância da efetivação dos direitos fundamentais, tal premissa sustenta que a liberdade formal, isto é, a possibilidade jurídica de fazer ou não fazer algo, somente se sustenta com a garantia de condições materiais para tanto. Da proteção constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, decorre, portanto, a ação prestacional estatal (ALEXY, 2015).

São dois os argumentos contrários à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Pelo argumento formal, a garantia de tais direitos pelo Poder Judiciário desloca indevidamente as políticas públicas, que são da competência do Poder Legislativo, para a esfera judicial. Por esse raciocínio, a inaptidão institucional para a determinação do conteúdo dos direitos sociais inviabiliza potencialmente a tutela jurisdicional dos direitos sociais. Sob a perspectiva dos princípios da separação de poderes e da democracia, a decisão quanto à determinação do conteúdo dos referidos direitos não é jurídica, mas política, haja vista a contraposição entre a legitimidade conferida pelo voto popular ao Poder Legislativo e o caráter técnico, e portanto, não eletivo, caracterizador do Poder Judiciário (ALEXY, 2015).

Imbricado ao argumento formal está a também indevida interferência da tutela jurisdicional sob os recursos financeiros destinados a políticas públicas. Não sendo o Poder

Judiciário legitimado para o desenho de tais iniciativas, a concessão de pleitos judiciais e a consequente realocação de recursos derivada dessas medidas conduziriam ao comprometimento dos recursos financeiros, os quais estão originalmente a cargo dos demais Poderes (ALEXY, 2015).

O argumento substancial contrário aos direitos fundamentais sociais declara que são incompatíveis ou estão sujeitos à colisão com normas constitucionais materiais. O exercício da liberdade fática de uns colide com a liberdade de outros, uma vez que a realização dos direitos sociais demanda a redistribuição de recursos oriundos da tributação. Está-se diante, portanto, de uma potencial violação do direito de propriedade (ALEXY, 2015).

Considerada a necessidade de proceduralização do tratamento dos direitos fundamentais, Alexy (2015) elabora um modelo que articula os argumentos positivos e negativos acima descritos de forma sistemática. Tal instrumento metodológico tem importância, segundo o autor, em virtude da posição de destaque dos referidos direitos no plano jurídico do país. Assim, declara o autor que os direitos fundamentais não podem estar sujeitos, sob a ótica do direito constitucional, ao arbítrio das maiorias parlamentares.

A fórmula inaugurada por Alexy (2015, p. 511-512) diz respeito à tarefa de determinação de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente possui. Pressupostos a ela estão o arcabouço principiológico e a necessidade de ponderação. De acordo com o conjunto de ideias apresentado, estão, de um lado, o princípio da liberdade fática, e do outro, o princípio da separação dos poderes, os demais princípios materiais, e os direitos fundamentais sociais e os interesses coletivos de outros.

Conforme Alexy (2015, p. 512), o “modelo proposto não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem”. Isso não impede, contudo, que seja estabelecido um ferramental adequado para o tratamento dos diversos questionamentos levados ao Judiciário. Na verdade, tal fator corresponde mais a uma vantagem do que a uma deficiência: a definição de critérios de decisão possibilita a compreensão sistêmica das inúmeras (e complexas) variáveis concernentes ao caso concreto.

O modelo alexyan define que: o direito definitivo a determinada prestação de cunho social deve ser resguardado se (1) o princípio da liberdade fática exigir de forma imediata e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio da democracia – referente à legitimidade popular do Poder Legislativo e à sua competência orçamentária–, (3) além dos princípios materiais em colisão, notadamente representados pela tutela da liberdade jurídica de outrem, forem afetados em proporção diminuta se comparados à garantia da prestação material tutelada constitucionalmente e às decisões do tribunal que a considerarem (ALEXY, 2015).

A proposta de Alexy (2015) tem com vantagem a articulação dos direitos interesses conflitivos em jogo, o que permite a orientação do intérprete para a realização de decisões comprometidas em maior medida com a racionalidade discursiva. Deve-se observar que a precedência geral da ação do Poder Legislativo na definição de políticas públicas não impede, contudo, que o Poder Judiciário atue de forma a garantir prestações fáticas atreladas aos direitos fundamentais. Conforme ressalta Toledo (2017), o significado do princípio formal da separação de poderes não está restrito à impossibilidade prima facie de intervenção da tutela jurisdicional no exercício dos demais poderes estatais. Pela assunção do sistema de freios e contrapesos, é cabível a apreciação judicial sempre que os direitos fundamentais dos indivíduos forem violados ou insuficientemente protegidos.

O padrão argumentativo observado por Alexy (2015) resulta em contribuição teórica essencial à definição de serviço público, conceito vinculado essencialmente à articulação entre os direitos fundamentais sob a ótica constitucional. Não esgotando a capacidade de compreensão dos conflitos de competência na definição de políticas públicas, o modelo apresentado deve servir como ponto de partida para novas reflexões. Destarte, o aperfeiçoamento de tal instrumento demanda a busca pelo desenvolvimento da racionalidade

do discurso aplicada aos direitos fundamentais e ao Direito Administrativo sob a perspectiva pós-positivista.

6. Conclusão

O presente trabalho buscou investigar o Direito Administrativo sob o lume do Pós-Positivismo Jurídico. Com base na leitura na doutrina administrativista nacional, pretendeu-se evidenciar a existência de uma imcompatibilidade entre a construção histórica de institutos que, embora tenham sido compreendidos no momento de sua formulação como democráticos, revelam-se incompatíveis com o atual momento do Estado Democrático de Direito.

De modo a promover a releitura dos institutos administrativistas, adotou-se o Pós-Positivismo jurídico, referencial teórico surgido a partir da segunda metade do século XX. Para tanto, foram apontadas as suas principais características, entre as quais se destacaram a supremacia da constituição e a centralidade dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Analisado o marco teórico, foram investigadas releituras difundidas recentemente no meio jurídico dos institutos do Direito Administrativo. Dessa maneira, foram tecidas considerações pertinentes ao princípio da legalidade e ao instituto do ato administrativo. Com relação ao primeiro, promoveu-se uma ampliação conceitual materializada na regra da juridicidade. No tocante ao segundo, tendo em vista as necessidades de participação popular e de desconcentração do poder estatal propugnadas pela doutrina, observou-se a tendência do Direito Administrativo contemporâneo à proceduralização.

Por fim, propôs-se a revisitação do conceito de serviços públicos, por meio do alicerce teórico dos direitos fundamentais. Da incorporação dos direitos fundamentais ao conceito de serviço público, resultou a investigação do modelo argumentativo proposto por Alexy (2015) para a articulação das relações resultantes do conflito de competências dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Referências

- ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BAPTISTA, Patrícia. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855>. Acesso em: 12 Ago. 2018.
- BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos Fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.
- BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 12 ago. 2018.
- BRASIL. Lei 13.460, de 26 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13460.htm. Acesso em: 12

ago. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Freddie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 3, n. 1, p. 254-283, 11 jan. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/98432>. Acesso em: 11 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Inovações no Direito Administrativo brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. n. 51/52. São Paulo, Malheiros, s.d. P. 12-25. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=1590914>. Acesso em: 12 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Transformações do Direito Administrativo. Revista de Direito da Administração Pública. Niterói, RJ, v. 02, n. 02, p. 188.215., jan/jun 2016, p. 188-215. ISSN 24472042. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/55>. Acesso em: 11 ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades; GALIL, Gabriel Coutinho. Inovações Pós-Positivistas nos Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria, RS, v. 12, n. 2, p. 359-386, ago. 2017. ISSN 1981-3694. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23531>. Acesso em: 11 ago. 2018.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 59-82, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45685>. Acesso em: 12 Ago. 2018.

HERBST, Kharen Kelm; DUARTE, Francisco Carlos. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 16-38, jul. 2013. ISSN 2179-8214. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/6005>. Acesso em: 12 ago. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Aquidaban Flores. Políticas públicas no Estado do bem-estar social e no neoliberalismo: alguns aspectos. Direito em Debate. n. 20, p. 73-98, jul./dez. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/739/456>. Acesso em: 12 ago. 2018.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e conflito de competências. In: TOLEDO, Cláudia (org.). *O pensamento de Robert Alexy como sistema*. Rio de Janeiro: Gen, 2017. p. 278-292.

19. DIREITO E CINEMA: Perspectivas sobre o uso de filmes no ensino jurídico

Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri¹

Ramon Silva Costa²

Samuel Rodrigues de Oliveira³

Resumo

A presente pesquisa aborda o estudo interdisciplinar entre Cinema e Direito, por meio do uso de filmes no ensino jurídico. Nesse sentido, o trabalho parte da análise do direito no cinema, com o intuito de observar os fenômenos jurídicos nas obras cinematográficas. Para tanto, discute-se a superação do excesso normativo e objetiva-se um estudo acerca da interdisciplinaridade acerca do aprendizado do fenômeno jurídico. Para tanto o estudo utiliza como exemplos os filmes Filadélfia (1993) e Erin Brockovich- Uma mulher de talento (2000), para fomentar a discussões como os direitos de pessoas LGBTI, equidade de gênero e meio-ambiente e empresas. Assim, o trabalho desenvolve uma proposta de utilização do cinema para o ensino jurídico como forma de abarcar as representações sociais de forma múltipla e com o intuito de estabelecer uma formação jurídica baseada na observação do Direito por meio das mais diversas ferramentas de análise, sendo os filmes uma opção eficaz no ensino jurídico.

Palavras-chave: Direito. Cinema. Ensino Jurídico.

LAW AND CINEMA: Perspectives on the use of movies in legal teaching.

Abstract

This research deals with the interdisciplinary study between Cinema and Law, through the use of movies in legal teaching. In this sense, the paper starts from the analysis of the law in the cinema, with the intention of observing the law in the movies. For that, the overcoming of normative excess is discussed and a study about the interdisciplinarity about the learning of the juridical phenomenon is objectified. To do so, the study uses as examples the films Philadelphia (1993) and Erin Brockovich (2000), to foment discussions such as the rights of LGBTI people, gender and the environment and companies. Thus, the paper develops a proposal to use cinema for legal education as a way of encompassing social representations in a multiple way and with the aim of establishing a legal education based on the observation of the Law through the most diverse analysis tools. an effective option in legal teaching.

Key-words: Law. Cinema. Legal Teaching. Justice.

Introdução

¹ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora. smcnegri@yahoo.com

² Graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Mestrando (bolsista CAPES) em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: ramoncostta@outlook.com

³ Graduado em Direito e Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: samuelrdeoliveira@gmail.com

O cinema é uma produção cultural humana e retrata de alguma forma as condições, experiências e relações das pessoas, levando em conta aspectos como tempo e espaço ao moldar seus retratos. O direito, como fenômeno histórico, se expressa num contexto humano de poder, de interações e destina-se a controlar comportamentos para assegurar um convívio humano conveniente. Nesse sentido, direito e cinema se interpelam. Em primeiro lugar, pela necessidade de um estudo do direito que comporte uma formação ampla e articulada com outras áreas do saber e do conhecimento humano. Em um segundo momento, devido ao contexto relacional da linguagem textual jurídica com outros parâmetros de análise dos fenômenos sociais na atualidade, incluindo a linguagem cinematográfica que reúne texto, música, artes cênicas, dentre outros aspectos para expressar experiências humanas também observadas no estudo do direito.

Sendo assim, este artigo objetiva proporcionar uma visão crítica acerca do ensino jurídico, a partir da observação do direito no cinema como ferramenta de aprendizagem acerca de temas relacionados aos direitos humanos. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia de revisão bibliográfica alinhada à análise dos fenômenos sociojurídicos presentes nos filmes *Filadélfia* (1993) e *Erin Brockovich* (2000). As questões que guiam o trabalho são: como o cinema pode ser utilizado no ensino jurídico, e de que forma isso pode ser observado nos filmes analisados?

Dessa forma, o cinema é um tema de extrema importância nos estudos jurídicos contemporâneos, pois devemos levar em conta a produção de visões e representações de mundo ocasionadas pelas ferramentas audiovisuais. Contudo, é preciso compreender as representações cinematográficas para retirar dos filmes um senso de justiça razoável para um debate esclarecido das problemáticas sociojurídicas apresentadas.

1. Direito e cinema: considerações acerca do campo de estudo

O estudo interdisciplinar “Direito e cinema” despontou na academia jurídica de países ocidentais na segunda metade do século XX, com características metodológicas e teóricas inovadoras ao analisar e propor uma compreensão acerca do fenômeno jurídico por meio de obras audiovisuais (OLIVO e MARTINEZ, 2014, p.145). O surgimento de pesquisas, obras e estudos correlacionando o direito e as produções cinematográficas permitiu uma aproximação entre a área jurídica e outras manifestações culturais produzidas e observadas na grande tela. Assim, surge a possibilidade de tratarmos sobre o direito em tela, ao abandonarmos uma perspectiva puramente dogmática e formalizada nos padrões da técnica e escrita jurídica e levando-se em conta a análise de filmes, documentários e outras produções cinematográficas como forma ampla de compreender o direito.

As produções cinematográficas que aos poucos foram sendo usadas nos estudos jurídicos já estavam sendo sedimentadas na cultura popular antes mesmo que o meio acadêmico passasse a analisá-las. A pesquisadora Nicole Rafter (2001, p.10-20) ao analisar Os chamados “trial films” ou “courtroom dramas”, conhecidos no Brasil como “filmes de tribunal”, indica que esses filmes se tornaram expressivos no cinema norte-americano a partir de clássicos como “Young Mr. Lincoln” (A mocidade de Lincoln) de 1939, que retrata o primeiro caso defendido por Abraham Lincoln em um tribunal. A obra tornou-se uma referência para os demais filmes com temática jurídica, assinalando o modelo de roteiro com o advogado herói na busca por justiça.

No entanto, há uma chamada “Era de Ouro” dos filmes de tribunal, com uma lista extensa de produções como Doze homens e uma sentença (12 angry men , 1957), Anatomia de um crime (Anatomy of a murder, 1959), Julgamento em Nuremberg (Judgement at Nuremberg, 1961), O sol é para todos (To kill a mockingbird, 1963), dentre outros. (RAFTER, 2001). Porém, o gênero continuou a ser explorado em Hollywood nas décadas seguintes, acarretando

em sucessivas obras com temáticas e problemáticas do mundo jurídico como Justiça para todos (...And Justice for all, 1979), O Veredito (The Verdict, 1983), Questão de honra (A few good men, 1992), Filadélfia (Philadelphia, 1993), Erin Brockovich- Uma mulher de talento (Erin Brockovich, 2000) e O Poder e a Lei (The Lincoln Lawyer, 2011), filmes que não representam apenas o universo jurídico e seus agentes, mas também questões sociais e humanas relevantes para o debate jurídico.

A crescente produção de filmes voltados para temáticas jurídicas fomentam a análise dessas questões por meio das visões proporcionadas. O cinema nos revela uma linguagem jurídica simbólica através da linguagem artística. Assim, a análise jurídica pode partir do cinema em seus mais variados aspectos como: arte, indústria, ideologia e representação da esfera jurídica, não se restringindo a uma mera observação do fenômeno jurídico no cinema, abarcando estudos interdisciplinares que abordam de forma mais contundente as conexões entre direito, sociedade e as relações humanas (ALMEIDA, 2009, p.45).

Nesse sentido, um conjunto de estudos foram efetuados, estruturando uma área de investigação nomeada como “Direito e Cinema”, cujo enfoque mais recorrente era o da representação das instituições jurídicas, em especial do tribunal do júri e do papel central de advogados (GREENFIELD, OSBORN, ROBSON, 2010, p.8). Contudo, o protagonismo dos filmes de tribunal não impossibilitou outras vertentes de análise para os estudiosos da área, havendo uma gama de filmes nos quais não há uma centralidade do universo jurídico, mas que representam implicações sociojurídicas fundamentais para a compreensão do Direito como fenômeno social multifacetado, como uma produção das relações humanas e sociais em suas mais diversas nuances, assim como é o Cinema.

Porém, Orit Kamir (2001) salienta em sua pesquisa que mesmo com a ampliação dos estudos de Direito e Cinema nas últimas décadas, não há uma estabilidade acadêmica nas pesquisas efetuadas nessa temática, visto que as motivações, metodologia e significância dos projetos não estão bem dispostas, ocorrendo dúvidas acerca dos objetos dos estudos e até mesmo sobre as relações e similaridades entre o Direito e o Cinema, que justifiquem o olhar interdisciplinar dos dois fenômenos.

Assim, tornam-se necessárias maiores articulações e conexões entre os pesquisadores da área no intuito de fomentar produções mais consistentes e munidas de alternativas de uso do cinema no direito, como a partir de propostas para a introdução do cinema como ferramenta eficaz no ensino jurídico. Cabe ressaltar projetos desenvolvidos como o de Gabriel Lacerda (2007) que desenvolveu uma disciplina voltada para o uso do cinema no ensino jurídico na faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro, colhendo resultados satisfatórios no desenvolvimento de competências e percepções interdisciplinares na formação dos estudantes.

Portanto, percebe-se que existem pesquisas, práticas e estudos que fomentam o campo, sendo necessário não apenas uma expansão desses projetos, mas também uma maior consistência e clareza metodológica, para que não se tornem ações espaçadas e sem efeitos concretos na consolidação de uma área de estudo interdisciplinar entre Direito e Cinema no Brasil.

2. Direito em tela: As perspectivas de análise jurídica dos filmes

O presente artigo encara os estudos de Direito e Literatura como ponto de partida para a análise e estruturação metodológica de estudos de Direito e Cinema, tal percepção já foi adotada por autores da área como David A. Black (1999), Benjamín Rivaya (2006), Pérez Triviño (2008), Luiz Carlos Cancellier de Olivo e Renato de Oliveira Martinez (2014). Essa perspectiva comparativa entre as duas áreas deve-se a uma necessidade de interpretação dos

desdobramentos da interação entre Direito e Cinema. Nesse sentido, a área Direito e Literatura desenvolvida há mais tempo e com arranjos metodológicos bem definidos para os estudos de cultura e direito- obras literárias e análise jurídica- configura-se como uma referência eficaz para a modulação dos estudos jurídicos em torno de obras cinematográficas.

Black (1999, p. 129-131) concebe uma distinção entre os estudos em dois blocos: “Direito como Cinema” e “Direito no Cinema”. O primeiro engloba os estudos acerca da narrativa e construção cinematográfica, valendo-se de análises mais voltadas aos artifícios midiáticos no desenvolvimento de percepções e representações da realidade. Em contrapartida, o bloco “Direito no Cinema” preocupa-se com análises sobre o universo jurídico no cinema, voltando-se para uma análise jurídica da narrativa. Tal distinção também é feita por Rivaya (2006, p.17) que entende a vertente Direito como Cinema a partir de estudos que refletem sobre o caráter narrativo e dramático do Direito, enquanto Triviño (2008, p.78) aponta que a vertente Direito no Cinema atende às representações do Direito no Cinema. Não obstante, Olivo e Martinez (2014, p.156-158) concebem a distinção advinda das referências “Direito como Literatura” e “Direito na Literatura” e concordam com Black (1999, p.131) acerca da predominância dos estudos da representação jurídica no cinema, salientando que isso atribui à vertente “Direito como Cinema” uma posição relegada.

O presente trabalho utiliza-se de uma análise sobre os temas jurídicos representados nos filmes Filadélfia (1993) e Erin Brockovich (2000). Portanto, está inserido na corrente “Direito no Cinema”. Tal corrente desdobra-se em diversos enfoques: (a) estudos de representação, (b) a formação de um gênero cinematográfico específico denominado “filmes jurídicos” e (c) o exame de filmes como jurisprudência popular (OLIVO e MARTINEZ, 2014, p.157). Assim, o estudo aqui proposto, assim como a maioria dos estudos do Direito no Cinema, ocupa-se de uma análise acerca da representação cinematográfica de instituições jurídicas e de seus personagens. Contudo, os temas jurídicos não serão abordados puramente a partir da análise jurídica das narrativas, voltando-se mais fortemente para a inclusão do conteúdo dos filmes relacionado às situações complexas demonstradas em suas narrativas, alinhando-se em um só tempo, questões jurídicas, filosóficas, sociológicas, psicológicas etc. A representação, aqui, é menos do Direito ou de suas instituições e personagens, mas sim das relações humanas e sociais em si.

No entanto, a abordagem das representações jurídicas deve atentar para o fato de que a representação cinematográfica de instituições jurídicas não necessariamente condiz com o seu funcionamento real. Olivo e Martinez (2014, p.158) elucidam que importa menos o rigor analítico acerca da representação do que as discrepâncias existentes com a própria realidade, pois estas que levam a reflexão sobre a construção de uma imagem distorcida do Direito. Nesse sentido, o próprio caráter didático proposto ao analisar as obras deve ser cauteloso para que os estudos não desemboquem em conclusões errôneas quanto à efetiva correspondência entre o “real” e sua representação cinematográfica.

Ademais, grande parte da produção cinematográfica a esse respeito é estrangeira. Portanto, os estudos dessa área no Brasil devem destinar expressiva preocupação no que tange as diferenças entre o nosso sistema jurídico e o do país em que o filme foi produzido, o que implica muitas vezes em um exercício de direito comparado, principalmente ao levarmos em conta que a maioria dos filmes analisados sob a perspectiva da representação são os chamados filmes de tribunal ou até mesmo filmes que tratam de ordenamentos jurídicos diversificados entre os países, como a respeito de sistema prisional ou sobre pena de morte (OLIVO e MARTINEZ, 2014, p.156-158).

Por fim, observa-se em boa parte dos estudos, a busca por uma superação do paradigma normativista para a construção de um novo modelo teórico que conceba o Direito não como um fenômeno hermético, mas como um elemento cultural que se relaciona de forma dinâmica com outros fenômenos de ordem cultural, social, política, econômica, etc. Assim, os conflitos

jurídicos nem sempre podem ser enfrentados apenas nos limites de um determinado ramo do Direito, sendo indispensável a ponderação constante quanto às suas implicações em outras esferas e com a devida atenção às relações humanas e seus efeitos sociojurídicos.

3. Cinema e ensino jurídico: os filmes como mecanismos para o ensino interdisciplinar do Direito

Nas últimas quatro décadas a Teoria do Direito tem sido perpassada de forma intensa por embates e esforços teóricos que ocasionaram em um esgotamento dos paradigmas Juspositivistas. Isso decorre de um processo de surgimento e adesão das chamadas “Teorias Jurídicas Contemporâneas”, que representam um conjunto diverso de críticas e pontos de vista que, partindo de perspectivas diferenciadas, contribuíram para uma suposta superação do Positivismo e da centralidade da norma jurídica na Teoria do Direito (LUHMANN, 2005, p.64). Segundo Ronald Dworkin (2007, p.17), a “teoria positivista dominante do Direito” não dá conta de legitimar o Direito e o sistema jurídico atual, assim como não é capaz de explicar e justificar os fenômenos jurídicos. O teórico contemporâneo enfatiza em sua crítica que a Teoria Positivista – ou Juspositivista – sustentaria que “a verdade das proposições jurídicas consiste em fatos a respeito de regras que foram adotadas por instituições sociais específicas e em nada mais que isso”. Portanto, esta teoria não consegue lidar de forma satisfatória com os embates da leis e menos ainda com as questões morais e políticas que surgiram no século XX e, dessa forma, seria incapaz de produzir justiça em suas mais diversas manifestações no sistema jurídico contemporâneo.

Sendo assim, acompanhando as Teorias Jurídicas Contemporâneas, o presente estudo comprehende ser possível uma aproximação entre Direito e Cinema, por meio da superação dos paradigmas positivistas e com uma percepção mais ampla dos efeitos constitutivos da justiça na sociedade atual. Nesse sentido, Turner (1997, p.48), observa o cinema como método de pesquisa em um sentido mais amplo, envolvendo os modos de produção e representação cultural, entendendo que este processo “constrói o modo de vida de uma sociedade”.

Dessa forma, falar sobre cultura na contemporaneidade implica na compreensão da mídia e suas tecnologias como base fundamental na percepção das sociedades sobre seus aspectos constituintes, dentre eles, seus sistemas jurídicos (RICCIO, 2004). Portanto, as interpretações, análises, estudos e ações pertencentes ao universo jurídico estão relacionadas ao extrato cultural das sociedades midiáticas, sendo o cinema um produtor expressivo de concepções imagéticas fortalecidas no imaginário popular, que não pode ser relegado de um ensino jurídico interdisciplinar, pois sendo uma linguagem que expressa uma criação humana, o direito não é apenas um conjunto de regras, mas tem uma dimensão de construção da realidade por meio da historicidade dos conflitos humanos (BOBBIO, 2004, p.7).

Contudo, apesar das questões jurídicas estarem sempre relacionadas às interpretações dogmáticas, defendemos que assim como a Filosofia do Direito e a Sociologia do Direito já integram o quadro das disciplinas dos cursos jurídicos brasileiros, por força de determinações oficiais (Resolução CNE/CES do Ministério da Educação e Cultura – MEC, nº 9, de 29 de setembro de 2004) e sendo estas disciplinas munidas por conteúdos interdisciplinares e não restritas a uma ementa dogmática/profissionalizante, o cinema também deve ser observado pelo ensino jurídico como veículo interdisciplinar necessário para a ampliação da compreensão do fenômeno jurídico e suas interpelações com o meio social.

Assim, uma visão mais complexa do fenômeno jurídico propiciada pelo uso de filmes permite a consolidação de um estudo interdisciplinar necessário, especialmente na abordagem dos direitos humanos, que exige uma formação voltada para as relações humanas e socioculturais. Ainda que não se pretenda a instituição de uma disciplina específica (Direito e Cinema ou Cinema Jurídico, por exemplo, o que não seria futuramente de todo nem

impertinente, nem impossível), a utilização de filmes para discussões sobre os mais variados fenômenos jurídicos apresenta-se como uma ferramenta eficaz nos estudos jurídicos.

4. Os filmes filadélfia e erin brockovich como exemplos propostos de análise e ensino dos direitos humanos

Para realizar o trabalho proposto adota-se uma metodologia baseada na pesquisa bibliográfica acerca dos estudos do já referenciado campo “Direito no Cinema”, além de uma análise compacta de questões interdisciplinares pertencentes ao debate dos direitos humanos nos filmes Filadélfia (1993) e Erin Brockovich (2000). Tal vertente de estudo como já delineado, consiste na representação do direito no cinema. No entanto, os filmes escolhidos neste trabalho apresentam debates complexos acerca das relações humanas, fator aqui encarado como primordial para o ensino jurídico dos direitos humanos. Além disso, na escolha dos filmes houve uma preferência por obras comerciais, principalmente pela facilidade de serem encontradas na internet, ou até mesmo de já terem sido vistas na TV.

A forma de apresentação quando da análise apresenta a seguinte estrutura: uma breve ficha técnica, uma sinopse sintética acerca da narrativa da obra e algumas análises acerca de linhas de trabalho e possibilidades de leitura que são admissíveis dentro do campo jurídico a partir de sua recepção. Logicamente que não se busca, nem se propõe à tarefa impossível de esgotar toda gama de questões sociojurídicas representadas nos filmes, bem tão pouco analisá-los por completo. Portanto, a proposta é apresentar alternativas iniciais de análise para as temáticas dos filmes exemplificados, principalmente no que tange os direitos humanos, com ênfase para uma contextualização de debates contemporâneos nas ciências sociais, como os direitos LGBTI no filme Filadélfia e as questões de gênero, além das atividades empresariais e seus efeitos no meio ambiente em Erin Brockovich.

4.1. Filadélfia: a homofobia institucional e a judicialização dos direitos LGBTI

O filme Filadélfia (1993), roteirizado por Ron Nyswaner e dirigido por Jonathan Demme, foi um dos primeiros longas comerciais norteamericanos a tratar questões como a epidemia de HIV/Aids, a homossexualidade e a homofobia. Estrelado por Tom Hanks e Denzel Washington, o longa-metragem retrata o drama pessoal do advogado Andrew Beckett (Tom Hancks). Andrew, um promissor profissional, enfrenta os males de viver como um homossexual soropositivo em um período em que os esclarecimentos sobre o vírus HIV ainda eram pouco disseminados e a discriminação social era uma realidade severa e relacionada à homofobia.

Os sócios-proprietários do renomado escritório de advocacia em que trabalha descobrem sua condição de saúde por alguns sintomas visíveis. Assim, o filme mostra uma das facetas mais cruéis da discriminação, já que o protagonista é sabotado em importante projeto que estava sob sua responsabilidade e isso é utilizado como justificativa para sua demissão. Então, Andrew decide processar o escritório por sua demissão sem justificativa, alegando que trata-se de uma situação de discriminação em relação a sua orientação sexual e estado de saúde. Após muitas tentativas para encontrar um advogado que assumisse sua causa, o advogado Joe Miller (Denzel Washington), com muita relutância, aceita patrocinar a causa de Andrew, que, ao final de um processo desgastante, sai vitorioso, porém sem poder desfrutar da indenização que fizera jus, dado o avanço de sua doença, que retirou sua vida no final do filme.

O filme representa como o preconceito e a discriminação estão presentes na vida de indivíduos como Andrew, especialmente naquele período. Mas, subjacente a esse grave problema, surge outro, de importância não menos relevante: a influência do preconceito no acesso à justiça. Tal problemática pode ser facilmente utilizada no ensino jurídico por meio da abordagem do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que garante a todos os potenciais

ligantes o acesso ao judiciário. Porém, é possível problematizar questões de ordem prática, como o narrado preconceito vivido por Andrew, que ocasiona a ineficácia do princípio jurídico, relatada na dificuldade em encontrar um advogado que o quisesse representar. Tal contexto levou a uma demora na prestação da tutela jurisdicional (impacto negativo do tempo no direito), que, por fim, foi determinante no processo judicial transcorrido pelo filme, já que a procedência da ação foi recebida por Andrew em seu leito de morte.

Todavia, cabe ao ensino jurídico dos direitos humanos no Brasil, tomando como exemplo o filme *Filadélfia*, uma contextualização social que expresse o percurso histórico dos chamados direitos LGBTI no país. Nesse sentido, Regina Facchini (2009) aponta que que o movimento LGBTI brasileiro, foi abalado pela associação entre AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) e a homossexualidade, o que foi acentuado pela epidemia que era considerada a “peste gay”, o que acarretou em uma dispersão do movimento e diminuição considerável do número de grupos e organizações pelo Brasil, devido a uma esfera discriminatória e odiosa gravemente acentuada na sociedade. Tal fato pode ser percebido também em outros países, como demonstra o filme ambientado nos Estados Unidos.

No entanto, a partir dos anos 1990 ocorreu um expressivo crescimento de grupos e organizações LGBTI no Brasil. O novo panorama social do movimento foi possível por um conjunto de fatores como a organização de uma resposta coletiva à epidemia de HIV/AIDS, com a implementação de uma política de prevenção às doenças sexualmente transmissíveis e à AIDS. Isso porque, houve uma união de forças entre o Estado e a sociedade civil que empreenderam esforços para a promoção de pautas voltadas ao incentivo de políticas de identidade como uma estratégia para a diminuição da vulnerabilidade de populações estigmatizadas (FACCHINI, 2009).

No Brasil, a relação entre sexualidade e direitos tem sido efetivada especialmente por meio da atuação dos movimentos feminista e LGBTI. As primeiras políticas públicas brasileiras cujo foco foram homossexuais visavam o combate à epidemia do HIV/Aids no início dos anos 1990. O primeiro documento oficial brasileiro a reconhecer publicamente homossexuais na esfera da promoção dos direitos humanos é o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), feito em 1996 .

As conquistas jurídicas do movimento LGBTI estão relacionadas a uma crescente judicialização dos conflitos vivenciados por estes sujeitos, com decisões judiciais e administrativas expressivas, baseadas por entendimentos principiológicos ocasionados pela estrutura hierárquica e pela lógica da Constituição Federal, que concede aos princípios a qualidade de normas estruturais e informativas de toda a ordem jurídica (CARDINALI, 2018). Segundo Roger Raup Rios (2007), a análise da homofobia no quadro mais amplo dos estudos sobre preconceito e discriminação, acrescida do aporte jurídico do direito da antidiscriminação, fornece elementos a pesquisadores, operadores do direito e ativistas para uma melhor compreensão das violações aos direitos humanos experimentadas por pessoas LGBTI. Portanto, no combate à homofobia, as funções do direito são várias e podem ser perpetradas pela afirmação dos direitos básicos de tais indivíduos e grupos.

Nesse sentido, podemos citar como exemplos de direitos conquistados nos últimos anos: a união homoafetiva pelo julgamento conjunto da ADI 4277 e ADPF 132, a Resolução nº 175 do Conselho Nacional de Justiça que em 2013 impediu a recusa dos cartórios de realizarem casamentos entre pessoas do mesmo sexo e o julgamento em março de 2018 da ADI 4275 pelo STF, que consolidou o entendimento do Supremo de ser possível a alteração do nome e do gênero no assento do registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação sexual. Cabe ressaltar ainda, o julgamento das ações acerca da criminalização da homofobia (MI 4.733 e ADO 26) iniciado em fevereiro de 2019, foi suspenso, sem previsão de quando será retomada a votação, mas conta até agora com 4 votos a favor da criminalização da homofobia, restando ainda o posicionamento de 7 ministros do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, este trabalho enfatiza a situação de violação de direitos humanos vivenciada por pessoas LGBTI no Brasil. Isso também pode ser observado nos Estados Unidos, ressalvadas as distinções entre os sistemas jurídicos dos países e o percurso das questões envolvendo minorias sexuais em suas sociedades, algo que também pode ser desenvolvido em sala de aula, através de uma análise comparativa, mas que aqui não foi nosso objetivo.

4.2. Erin Brockovich: um debate sobre gênero, meio ambiente e empresas

O filme *Erin Brockovich: Uma mulher de talento* (2000), escrito por Susannah Grant e dirigido por Steven Soderbergh, é baseado em fatos reais e conta a história de Erin Brockovich interpretada por Julia Roberts, uma jovem e dedicada mãe de três crianças que luta contra o desemprego na busca do sustento de sua família. Após contratar o advogado Ed Masry para representá-la em uma ação de danos por um acidente de carro, a protagonista se vê em condições ainda piores ao perder a ação, passa a buscar desesperadamente por um trabalho, e acaba por convencer o advogado que a patrocinou a contratá-la.

Ao mexer nos arquivos do trabalho, Erin encontra um caso perdido contra a Pacific Gás & Eletric, uma grande corporação que é acusada de contaminar a água de um pequeno município, dando início a uma investigação do caso. A partir daí passa por diversas situações em que se utiliza de seu poder de convencimento, inteligência e até de sua beleza física para levar a investigação a termo. No fim, consegue justiça para as famílias severamente afetadas pela contaminação, resultando com que uma grande indústria pagasse a maior indenização da história dos Estados Unidos, um processo de 333 milhões de dólares.

Assim, o filme possibilita uma gama variada de debates sociojurídicos que podem ser efetivados em sala de aula. Dentre as questões que serão indicadas aqui, encontra-se a discussão sobre a responsabilidade de empresas com o meio ambiente, assim como a ligação entre as atividades de exploração de recursos naturais e os direitos humanos. Além disso, a presente análise propõe uma discussão acerca das relações de gênero demonstradas pela representação de uma mulher que se vê dividida entre a maternidade e o trabalho, além dos estereótipos que são criados em torno da protagonista por sua estética e comportamento no ambiente judiciário.

O filme expõe um contexto atrelado ao Direito Ambiental e suas nuances, ao tratar da contaminação de reservas de água. No filme são citados o Cromo 3 e 6, responsáveis pela contaminação que gera o processo judicial, entretanto há muitos outros elementos químicos que geram contaminação de lençóis freáticos, além de ações humanas que impactam diretamente nossa relação com a natureza e os direitos humanos de populações locais e até mesmo geram danos em nível global.

Dessa forma, a mudança da conduta das empresas é uma estratégia crucial e apenas é possível a partir de pressões legais e institucionais que introduzam a variável ambiental. Dentre as ações que podem modificar a conduta empresarial perante o meio-ambiente, está: a adoção de instrumentos econômicos; os benefícios à imagem da empresa limpa; as exigências de padrões ambientais para a tomada de crédito e a resposta dos consumidores que demandam produtos e processos limpos (SILVA e LIMA, 2013, p. 4).

A problemática representada no filme pode avançar ainda para a questão das transnacionais e o impacto ambiental causado por suas atividades, o que permite debates no âmbito do Direito Internacional e Direitos Humanos e Empresas. Assim, pode-se discutir sobre a luta pela responsabilização das empresas por violações de Direitos Humanos e seus obstáculos que dizem respeito, tanto à onda de globalização dominante, especialmente na década de 1990, que não abre pouco espaço para perspectivas críticas ao capital, quanto ao marco institucional de debate e negociação sobre o tema no âmbito das Nações Unidas, a qual sofre com a captura corporativa (DEVA e BILCHITZ, 2013). Contudo, mesmo diante das distinções legislativas entre os países no que tange as questões ambientais, a maioria dos países possuem algum nível

de normatização que garanta certa preservação do meio-ambiente, ao mesmo passo há um processo de descaso quando falamos na tradução desses direitos ambientais em políticas públicas efetivas (GONÇALVES e ALVES, 2003). Nesse sentido, devemos pensar a relação entre os direitos ambientais, empresariais e humanos no Brasil em uma perspectiva que comporte o dever da empresa e do Estado de atenderem princípios constitucionais e tratados internacionais, levando-se em conta a influência corporativa sobre as estruturas sociais, políticas, econômicas e ambientais de uma sociedade possuindo, desse modo, uma função socioambiental, que é estabelecida em nossa Constituição.

Outra perspectiva analítica sobre o filme está na observação das relações humanas representadas. A protagonista Erin vive uma situação caótica, ela precisa cuidar dos filhos sozinha, ao mesmo tempo em que sua investigação avança e o processo judicial contra a empresa toma conta de suas funções profissionais e pessoais. A protagonista se envolve emocionalmente com as famílias atingidas pela poluição das águas, recolhe os relatos de pessoas adoecidas e de famílias assoladas por doenças como o câncer.

Essa relação de confiança é bem representada pela sororidade entre ela e uma das moradoras que perde os seios devido ao câncer ocasionado pela água contaminada, assim como pela família que se sente apenas à vontade para conversar com Erin e não com a advogada do escritório mais renomado que passa a participar do processo. Todo esse contexto implica em uma boa utilização no ensino jurídico para a humanização dos processos judiciais, demonstrando que determinados litígios implicam em complexas relações humanas e dependem muito menos de um esclarecimento dogmático para suas resoluções, visto que Erin nem sequer é formada em Direito, mas percebe a importância de uma atividade profissional ética e afetuosa naquele contexto.

Por fim, Erin perpassa diversas questões de gênero, desde o momento em que tem suas capacidades laborais julgadas inferiores por se vestir com roupas decotadas, justas e curtas, ou até mesmo por sua personalidade forte que garante tensões no decorrer da história. Nesse sentido, é possível discutir a questão do machismo empregado nas relações trabalhistas, assim como devemos atentar para a realidade profissional de uma mãe, que se vê diante de variados obstáculos para cuidar de suas crianças ao mesmo tempo em que se dedica satisfatoriamente ao trabalho. Então, debater equidade de gênero nas relações trabalhistas, assim como possíveis modificações legislativas que garantam maior estabilidade profissional para mães, é um passo importante na formação de juristas comprometidos com os direitos humanos.

Considerações finais

As narrativas jurídicas e cinematográficas fornecem um significado para eventos – ordinários e extraordinários – que são prontamente interpretados. São relatos paradigmáticos, experiências de casos ou histórias que expressam relações humanas e sociais contextualizadas. Estas estruturas narrativas são frequentemente realizadas (e culturalmente mantidas) através de símbolos visuais, audiovisuais, sinais e anotações; representações que trazem um conjunto de conotações cognitivas e emotivas. Assim, a conexão entre Direito e Cinema corresponde a um panorama cultural que tem atraído a atenção dos estudiosos interessados nos aspectos mais complexos do fenômeno jurídico.

Nesse sentido, áreas de estudo foram sedimentadas e, tomando como referência o estudos das representações do Direito no Cinema, o presente trabalho esboçou a possibilidade do uso de obras cinematográficas no ensino jurídico, acompanhando a fuga das teorias jurídicas contemporâneas de um positivismo extremado e aliando-se a uma concepção de estudos jurídicos interdisciplinares, que não pode olvidar os efeitos midiáticos sobre nossas formações socioculturais e intelectuais.

Assim, tomando-se como exemplos os filmes *Filadélfia* (1993) e *Erin Brockovich*

(2000), demonstramos a possibilidade de um leque de discussões jurídicas atentas às complexidades das relações humanas e interações sociais, bem como aos debates acerca dos direitos humanos na contemporaneidade, trazendo de forma sucinta questões como a judicialização dos direitos LGBTI, a homofobia, as relações de gênero, maternidade e trabalho e meio ambiente e empresas.

Referências

- ALMEIDA, José Rubens Demoro. Direito, Cinema e Prática. Revista do curso de direito da faculdade campo limpo paulista, São Paulo, n. 7, v.52, p. 38- 47, 2009.
- BLACK, David. A. *Law in film: resonance and representation. Illinois: Board of Trustees of the University of Illinois*, 1999.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- CARDINALI, Daniel Carvalho. A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018.
- DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsibility to Respect?*. Cambridge Press, Londres, 2013.
- ERIN Brockovich – Uma Mulher de Talento. *Jersey Films*, 2000.
- FILADÉLFIA. Sony Pictures, 1993.
- GONÇALVES, D. B.; ALVES, J. C. A legislação ambiental e o desenvolvimento sustentável no complexo agroindustrial canavieiro da bacia hidrográfica do rio MogiGuaçú. In: SEMINÁRIO ECONOMIA DO MEIO AMBIENTE: REGULAÇÃO ESTATAL E AUTO-REGULAÇÃO EMPRESARIAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, 3, 2003, Campinas. Anais. São Paulo: UNICAMP, 2003. p. 1-24.
- GREENFIELD, Steve; OSBORN, Guy; ROBSON, Peter. *Film and the Law. Oxford and Portland: Hart Publishing*, 2010.
- KAMIR, Orit. *Every Breath You Take: Stalking Narratives and the Law. Michigan: University of Michigan Press*, 2001.
- LACERDA, Gabriel. O direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *El derecho de La sociedad*. Cidade do México: Herder, 2005.
- OLIVO, Luis Carlos Cancellier de; MARTINEZ, Renato de Oliveira. Direito, literatura e cinema: o movimento direito e literatura como modelo teórico para os estudos direito e cinema. Kathársis, Passo Fundo, n. 1, v. 2, p. 144-165, 2014.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. *Cine y Derecho. Aplicaciones docentes*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/cine-y-derecho-aplicaciones-docentes-0/>. Acesso em: 4 mar. 2019.

RAFTER, Nicole. *American Criminal Trial Films: an Overview of Their Development, 1930-2000*. In: MACHURA, Stefan; ROBSON, Peter (Ed.). Law and Film. Oxford: Blackwell Publishers, p. 9-24, 2004.

RICCIO, Vicente. A cultura dos operadores do direito diante do reality show: a Justiça em perspectiva não-estatal. RAP, Rio de Janeiro, n. 5, v.38, p.873-892, 2004.

RIOS, Roger Raup. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. In: POCAHY, Fernando (Coord.). Rompendo o Silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea. Políticas, teoria e atuação. Nuances, Porto Alegre, p. 27-48, 2007.

RIVAYA, Benjamin. *Derecho y Cine: sobre las posibilidades del cine como instrumento para la didáctica jurídica*. In: LINERA, Miguel Ángel Presno; RIVAYA, Benjamín (Coord.). *Uma introducción cinematográfica al derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 12-28, 2006.

SILVA, Danielly Ferreira; LIMA, Gustavo Ferreira da Costa. Empresas e Meio Ambiente: contribuições da legislação ambiental. Interthesis, Porto Alegre, n. 2, v. 10, p.334-359, 2013.

TURNER, Graeme. Cinema como prática social. São Paulo: Summus, 1997.

20. EC 95/2016 – EMENDA CONSTITUCIONAL INCONSTITUCIONAL?

CONSTITUTIONAL AMENDMENT 95/2016 – UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENT?

Cláudia Toledo¹
Moisés Paulo dos Santos Jr.²
Karine Barbosa³

Resumo

O artigo trata de projeto de pesquisa BIC/UFJF em andamento. Realiza-se o exame da constitucionalidade ou não da EC 95/2016, à luz dos argumentos colocados pela doutrina e especialmente aqueles trazidos pelas sete Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), algumas delas ajuizadas desde o momento em que a emenda ainda era uma proposta (PEC 241/2016 na Câmara dos Deputados e PEC 55/2016 no Senado). A EC 95/2016 ficou popularmente conhecida como “emenda do teto”, por ter instaurado Novo Regime Fiscal no país, pelo qual (i) fixou-se o limite máximo para os gastos públicos da União relativos às despesas primárias e (ii) congelou-se, por 20 anos, o valor destinado a essas despesas, o qual sofrerá apenas reajuste com base na taxa inflacionária anual estabelecida pelo índice IPCA. A fundamentação da emenda é centrada basicamente no argumento econômico de desequilíbrio das contas públicas, que teria sido gerado por gastos excessivos do governo. A EC 95/2016 teria então a finalidade de rever tais gastos para recuperação da economia nacional. Neste projeto, visa-se ao exame da constitucionalidade ou não da emenda especialmente no que se refere ao tratamento destinado aos direitos fundamentais sociais à saúde e educação. Antes da EC 95/2016, investia-se, para o custeio desses direitos, o mínimo constitucional respectivamente de 15% e 18% da receita corrente líquida advinda da arrecadação anual de impostos pela União (art. 198, § 2º, inc. I e art. 212 da CF/88). A EC 95/2016 determinou o congelamento por 20 anos dos valores das aplicações mínimas em saúde e educação calculados em 2017, transformando então em “teto”, o que antes era “piso”. Há sete ações diretas de inconstitucionalidade em curso no STF: ADI 5633, ADI 5643, ADI 5655, ADI 5658, ADI 5680, ADI 5715, ADI 5734. Para a análise da constitucionalidade da EC 95/2016 quanto ao tratamento que destina aos direitos fundamentais sociais, planejaram-se pesquisas bibliográfica e empírica. Na pesquisa bibliográfica, procedeu-se à abordagem analítico-interpretativa, com metodologia dedutiva, dos referenciais teóricos Robert Alexy e Ingo Sarlet, tendo-se examinado também, dentre outras, as obras de Virgílio Afonso da Silva (relativas à noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais) e de Élida Graziane Pinto (relativas ao controle judicial de políticas públicas). Na pesquisa empírica, verificou-se o andamento processual das sete ADIs no STF, constatando estarem todas elas conclusas para decisão da relatora Ministra Rosa Weber. Todas as petições iniciais dessas ADIs foram lidas e fichadas, destacando-se, como exposto, os argumentos empregados na sustentação da inconstitucionalidade da abordagem feita aos direitos fundamentais sociais. Foram também estudados e fichados os sete pareceres da Procuradoria Geral da República constantes das ADIs. Neste momento, realiza-se a leitura da bibliografia complementar, visando-se à identificação, na doutrina, de propostas alternativas

¹ Professora Associada da Faculdade de Direito – UFJF; Coordenadora do projeto de iniciação científica BIC/UFJF.

² Aluno do curso de graduação em Direito – UFJF.

³ Aluna do curso de graduação em Direito – UFJF.

ao congelamento dos gastos sociais como forma de restabelecimento da economia nacional.

Palavras-chave: Emenda Constitucional; Direitos Fundamentais Sociais; Inconstitucionalidade

Abstract

This article concerns a BIC/UFJF research project in progress. There is the exam of the constitutionality or not of EC 95/2016, in the light of the arguments put forward by the doctrine and especially those brought by the seven Direct Unconstitutionality Actions/lawsuits (Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADIs) filed in Brazilian Constitutional Court (Supremo Tribunal Federal – STF) since the amendment was still a proposal (PEC 241/2016 in the Chamber of Deputies and PEC 55/2016 in the Senate). EC 95/2016 became popularly known as the "emenda do teto" ("ceiling amendment"), because it established a New Tax System in the country, by which (i) the ceiling for the Union's public spending on primary expenditures is fixed, and (ii) the value for these expenses is frozen for 20 years – it will only be readjusted based on the annual inflation rate established by the IPCA index. The reasoning of the amendment is basically focused on the economic argument of imbalance in public accounts, caused by excessive government spending. EC 95/2016 would then have the purpose of reviewing such expenditure for the recovery of the national economy. This project aims to analize the constitutionality or not of the amendment, especially regarding the treatment of fundamental social rights to health and education. Prior to EC 95/2016, the constitutional minimum of 15% and 18% of the revenue of the annual tax collection by the Union was invested for the compliance with these rights (art. 198, § 2, I; art. 212 of the Federal Constitution/88). EC 95/2016 determined the freezing of the minimum spending on health and education calculated in 2017. There are seven direct unconstitutionality actions/lawsuits in progress in the STF: ADI 5633, ADI 5643, ADI 5655, ADI 5658, ADI 5680, ADI 5715, ADI 5734. For the analysis of the constitutionality or unconstitutionality of EC 95/2016 regarding the treatment that it assigns to fundamental social rights, bibliographical and empirical researches were planned. By applying the deductive method in the bibliographical research, there was the analytical-interpretative approach of the theoretical references Robert Alexy and Ingo Sarlet. Among others, the works of Virgílio Afonso da Silva (concerning the notion of essential core of the fundamental rights) and Élida Graziane Pinto (related to judicial control of public policies) were also studied. In the empirical research, the procedural progress of the seven ADIs in STF was verified, all of which are concluded for judgement by Minister Rosa Weber. All the ADIs statements of claim were analized, with emphasis on the arguments grounding the amendment unconstitutional approach to fundamental social rights. The seven legal advices of the Public Prosecutor's Office of the Republic in the ADIs were also examined. At this moment, the complementary bibliography is read, aiming at the identification, in the doctrine, of alternative proposals to the freezing of social expenses as a way of restoring the national economy.

Keywords: Constitutional Amendment; Fundamental Social Rights; Unconstitutionality

Introdução

No prazo recorde de seis meses (entre junho e dezembro de 2016), foi elaborada a EC 95/2016, que instaurou Novo Regime Fiscal no país. A emenda constitucional ficou conhecida como “emenda do teto”, por ter fixado teto máximo para os gastos públicos da União com

despesas primárias⁴, congelando por 20 anos o investimento nessas áreas, o qual será apenas reajustado conforme taxa de inflação calculada pelo índice IPCA.

A fundamentação da emenda é centrada basicamente no argumento econômico de desequilíbrio das contas públicas gerado por gastos excessivos do governo de então⁵. A EC 95/2016 teria assim a finalidade de rever tais gastos para recuperação da economia nacional.

A repercussão social dessa emenda é notória, considerando-se tanto a efetiva crise político-econômica vivenciada pelo país desde 2014, quanto as consequências do congelamento por longo prazo do investimento público nos direitos fundamentais sociais, em um país no qual mais de 70% da população utiliza serviços públicos de saúde e mais de 85% frequenta a rede pública de ensino (IBGE, 2017).

Desde a Proposta de Emenda Constitucional (PEC 241) apresentada, em junho/2016, na Câmara dos Deputados, foram propostas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), que atualmente totalizam sete ações judiciais:

ADI 5633 (Associação dos Magistrados Brasileiros, AMB; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Anamatra; Associação dos Juízes Federais do Brasil, Ajufe);

- **ADI 5643** (Federação Nacional dos Servidores e Empregados Públicos Estaduais e do Distrito Federal, FENASEPE);
- **ADI 5655** (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, CONAMP; Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, ANPT; Associação Nacional dos Procuradores da República, ANPR);
- **ADI 5658** (Partido Democrático Trabalhista, PDT);
- **ADI 5680** (Partido Socialismo e Solidariedade, PSOL);
- **ADI 5715** (Partido dos Trabalhadores, PT);
- **ADI 5734** (Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, CNTE).

Neste projeto, visa-se à investigação da constitucionalidade ou não da EC95/2016 no que se refere às alterações realizadas no tratamento dos direitos fundamentais sociais à saúde e educação. Anteriormente à emenda constitucional, o custeio desses direitos, disciplinado nos art. 198, § 2º, inc. I e art. 212 da CF/88, fixava o investimento mínimo de respectivamente 15% e 18% da receita corrente líquida (resultante da arrecadação anual de impostos) da União. A EC 95/2016 determinou que os valores relativos ao mínimo constitucional destinado à saúde e educação em 2017 fiquem congelados por 20 anos, sofrendo apenas reajuste pela taxa anual de inflação conforme o índice IPCA.

Para tanto, planejaram-se pesquisas bibliográfica e empírica.

Na pesquisa bibliográfica, de abordagem analítico-interpretativa com emprego do método dedutivo, utilizaram-se como marcos teóricos Robert Alexy e Ingo Sarlet, identificando-se em suas obras os principais argumentos doutrinários relacionados aos direitos fundamentais em geral e aos direitos fundamentais sociais em particular. Foram também particularmente examinadas, dentre outras, as obras de Virgílio Afonso da Silva (em relação à noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais) e de Élida Graziene Pinto (em relação ao controle judicial de políticas públicas).

⁴ Despesas correspondentes ao conjunto de gastos que possibilitam a oferta de serviços públicos à sociedade, podendo ser obrigatórias (como gastos com pessoal, benefícios previdenciários, custeio e capital) ou discricionárias (como investimentos em infraestrutura). Prefeitura de São Paulo. *Portal da Transparência*. Disponível em: <http://transparencia.prefeitura.sp.gov.br/Lists/Glossario/DispForm.aspx?ID=83>. Acesso em: 15 dez. 2018

⁵ O Partido dos Trabalhadores (PT) ocupava a presidência do país desde 2003 (gestão de Lula de 2003 a 2011; gestão de Dilma desde 2012 até aquele momento).

Na pesquisa empírica, verificou-se o andamento processual das sete ADIs no STF, constatando estarem todas elas conclusas para decisão da relatora Ministra Rosa Weber. Todas as petições iniciais dessas ADIs foram lidas e fichadas, destacando-se, como exposto, os argumentos empregados na sustentação da inconstitucionalidade da abordagem dos direitos fundamentais sociais. Foram também estudados e fichados os sete pareceres da Procuradoria Geral da República constantes das ADIs.

Atualmente, procede-se à leitura da bibliografia complementar, buscando-se os principais argumentos doutrinários presentes no debate relativo à inconstitucionalidade da EC 95/2016. Visa-se, em especial, à identificação, na doutrina, de propostas alternativas ao congelamento dos gastos sociais como forma de restabelecimento da economia nacional.

I. Argumentos fundamentadores da inconstitucionalidade da EC 95/2016

Na sustentação da inconstitucionalidade da emenda, destacam-se, na doutrina e na justificação das petições iniciais das sete ADIs em curso no STF, os seguintes argumentos:

- Saúde e educação são direitos fundamentais sociais e, como tais, são conteúdo de cláusulas pétreas, cuja restrição somente é permitida até o limite do núcleo essencial do direito fundamental declarado (SILVA, 2014). O congelamento dos gastos públicos por 20 anos afeta o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais à saúde e educação;
- A situação se agrava ainda pelo fato de o ano de 2016, que serviu como base para o cálculo do mínimo constitucional de 2017⁶ (o qual ficará congelado por 20 anos), ter sido um ano de séria crise econômica, em que houve sérios contingenciamentos. Isso significa a perpetuação, por prazo vintenário, de reduções de despesas e cortes circunstanciais a um momento marcadamente crítico (ADI 5643, Petição inicial);
- A Constituição Federal/88 estrutura o Brasil como Estado Social Democrático de Direito. Esse modelo de Estado tem como um dos seus elementos definidores a proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais, marcados pela progressividade na sua implementação (BONAVIDES, 2009; SIMÕES, 2013; NOVAIS, 2010). A paralisação do investimento nos serviços públicos de saúde e educação contraria a implementação progressiva desses direitos, bem como a devida interpretação ampliativa dos direitos fundamentais (PINTO, XIMENES, 2018);
- O congelamento dos gastos públicos por 20 anos, independentemente de aumento da arrecadação tributária durante esse período em caso de recuperação econômica nacional, representa retrocesso em relação ao status quo ante, caracterizando desrespeito aos princípios da proibição do retrocesso e da proibição da proteção insuficiente relativos aos direitos fundamentais sociais (ADI 5643, Petição inicial);
- Quanto maior a taxa de crescimento do PIB, maior a redução da proporção de investimentos em saúde em relação ao PIB ao longo do tempo. Assim, com uma taxa de crescimento de 1%, a proporção será de 1,22% do PIB de investimentos em saúde em 2036. E com 2% do PIB, ela será de apenas 0,84%. No tocante ao piso de gastos com saúde, se o Brasil experimentar um crescimento médio de 2,5% ao ano, em 2026, o piso de gastos com saúde corresponderá a 12% da RCL; e em 2036, a 9,4%. Além disso, a população, que hoje é de 206 milhões, chegará a 226 milhões em 2036. A despeito do envelhecimento populacional e do aumento de 20 milhões de pessoas, o investimento em saúde permanecerá o

⁶ Assim, o valor pago às despesas primárias em 2016 foi corrigido em 7,2% no ano de 2017 e, a partir de então, esse valor será meramente reajustado pela variação do índice IPCA.

mesmo (reajustado apenas pela inflação), do que decorre redução progressiva no montante destinado a cada pessoa. O orçamento federal de 2016 previa a aplicação de R\$ 519 por pessoa. Em função do crescimento populacional, em 2036, os gastos federais per capita com saúde se reduzirão para R\$ 411. Por isso, a EC 95/2016 estabelece, em verdade, um “piso deslizante” de gastos com a saúde (ADI 5658, Petição inicial; ADI 5680, Petição inicial);

- O mesmo piso deslizante ocorre em relação ao direito à educação, pois, se tivermos um crescimento médio no PIB de 2,5% ao ano, o piso de gastos federais com a educação corresponderá, em 2026, a 14,4% da RCL, e, em 2036, a 11,3%. Essa redução dos gastos mínimos com educação ocorrerá a despeito de o investimento público por aluno no país ser ainda muito pequeno. O Brasil aplica anualmente cerca de US\$ 3.000 de recursos públicos para cada aluno da educação básica (dados de 2012). Porém, em média, os países da OCDE investem US\$ 8.200 por aluno da educação básica (ADI 5658, Petição inicial);
- As medidas propostas consideram que a forma exclusiva de enfrentar a crise fiscal é o congelamento dos gastos sociais, a ensejar, portanto, restrições de direitos, ao mesmo tempo em que mantêm intocados os questionamentos sobre os limites dívida pública e seu regime de juros, os quais efetivamente representam a razão maior do comprometimento do Orçamento da União (ADI 5655, Petição inicial);
- Cabe, assim, ao poder judiciário a revisão da emenda, em cumprimento ao dever de controle recíproco entre os poderes, conforme o sistema de freios e contrapesos integrante do princípio da separação dos poderes.

II. Argumentos fundamentadores da constitucionalidade da EC 95/2016 nos Pareceres da Procuradoria Geral da República (PGR)

Os argumentos da PGR no sentido da constitucionalidade da EC 95/2016 no que se refere ao tratamento destinado aos direitos fundamentais sociais à saúde e educação são não apenas semelhantes, mas literalmente os mesmos, a partir do primeiro parecer em que foram expostos, relativo à ADI 5655. Em síntese, resumem-se aos seguintes:

- A EC 95/2016 “não atinge o núcleo essencial dos direitos fundamentais à saúde e à educação. Isso porque ela não elimina ou esvazia nenhum direito fundamental. Inclusive, não houve nenhum corte de despesa específico” (ADI 5655, Parecer N.º 515/2018-SFCONST/PGR; ADI 5658, Parecer N.º 512/2018-SFCONST/PGR; ADI 5680, Parecer N.º 511/2018-SFCONST/PGR; ADI 5715, Parecer N.º 506/2018-SFCONST/PGR; ADI 5734, Parecer N.º 513/2018-SFCONST/PGR);
- O que “se veda é o aumento das despesas primárias, mas não a gestão do orçamento e a destinação de verbas públicas à promoção dos direitos sociais” (ADI 5655, Parecer N.º 515/2018-SFCONST/PGR; ADI 5658, Parecer N.º 512/2018-SFCONST/PGR; ADI 5680, Parecer N.º 511/2018-SFCONST/PGR; ADI 5715, Parecer N.º 506/2018-SFCONST/PGR; ADI 5734, Parecer N.º 513/2018-SFCONST/PGR);
- Assim, cabe “ao Executivo, respeitado o teto dos gastos públicos, alocar as receitas aos serviços públicos de saúde e de educação”, de acordo com o crescimento populacional (ADI 5655, Parecer N.º 515/2018-SFCONST/PGR; ADI 5658, Parecer N.º 512/2018-SFCONST/PGR; ADI 5680, Parecer N.º 511/2018-SFCONST/PGR; ADI 5715, Parecer N.º 506/2018-SFCONST/PGR; ADI 5734, Parecer N.º 513/2018-SFCONST/PGR);

- Em períodos de “retração financeira, os administradores e legisladores veem-se obrigados a reduzir o nível de oferecimento desses serviços em prol do equilíbrio orçamentário e do controle das contas públicas”. Por esse motivo, “o poder constituinte derivado consignou a necessidade de congelamento global de gastos com o objetivo de restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública” (ADI 5655, Parecer N.º 515/2018-SFCONST/PGR; ADI 5658, Parecer N.º 512/2018-SFCONST/PGR; ADI 5680, Parecer N.º 511/2018-SFCONST/PGR; ADI 5715, Parecer N.º 506/2018-SFCONST/PGR; ADI 5734, Parecer N.º 513/2018-SFCONST/PGR);
- A “análise da viabilidade de concretização dos direitos sociais cabe primordialmente ao Legislativo”, devendo o poder judiciário ater-se a verificar “se o núcleo dos direitos sociais em questão foi desrespeitado, de modo a não invadir as escolhas políticas realizadas democraticamente pelo poder constituinte reformador” (ADI 5655, Parecer N.º 515/2018-SFCONST/PGR; ADI 5658, Parecer N.º 512/2018-SFCONST/PGR; ADI 5680, Parecer N.º 511/2018-SFCONST/PGR; ADI 5715, Parecer N.º 506/2018-SFCONST/PGR; ADI 5734, Parecer N.º 513/2018-SFCONST/PGR);
- O “estabelecimento de limite global dos gastos públicos por período de tempo não anula ou esvazia os direitos fundamentais”, pois o “financiamento desses direitos está garantido, assim como os pisos mínimos de investimento em saúde e educação, de maneira que a esfera mínima de proteção está preservada” (ADI 5655, Parecer N.º 515/2018-SFCONST/PGR; ADI 5658, Parecer N.º 512/2018-SFCONST/PGR; ADI 5680, Parecer N.º 511/2018-SFCONST/PGR; ADI 5715, Parecer N.º 506/2018-SFCONST/PGR; ADI 5734, Parecer N.º 513/2018-SFCONST/PGR).

III. Resultados Parciais do Projeto de Pesquisa

Embora a pesquisa esteja em andamento, podem-se destacar algumas conclusões parciais.

Em primeiro lugar, a afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais à saúde e educação é não apenas declarada nas petições iniciais das ADIs e na doutrina examinada, mas comprovada em estudos em que se faz a demonstração estatística, fundada na projeção de dados reais e atuais, do piso deslizante gerado pela EC 95/2016, com a progressiva redução percentual do investimento público naqueles direitos e efetivo descumprimento do piso (mínimo) constitucional.

Os pareceres da PGR são, além de literalmente repetitivos, baseados muito mais em afirmações do que em argumentos. Entretanto, afirmações não são fundamentos, mas, ao contrário, precisam ser fundamentadas para se tornarem argumento justificador de alguma proposição. A PGR limita-se a afirmar não ter havido afetação do núcleo essencial dos direitos fundamentais pelo simples fato de não se ter eliminado o custeio desses direitos, mas apenas vedado o seu aumento. Ora, não se garantem direitos sem investimento financeiro. A redução desse investimento pode realmente não extinguir o direito fundamental social, mas interfere na sua prestação e o que se limita, no tocante a direitos fundamentais (que são cláusulas pétreas), obviamente não é a sua eliminação, mas a afetação do seu núcleo essencial. Como exposto, houve a demonstração matemática dessa afetação.

Entretanto, talvez o maior equívoco identificado nas alegações feitas nos pareceres da PGR tenha sido a absoluta distorção realizada na justificação da não competência do poder judiciário para intervir na decisão do poder legislativo declarando a inconstitucionalidade da EC 95/2016. Segundo a PGR,

“evidenciada a intenção do poder constituinte originário de controlar as despesas públicas com saúde e educação, o pedido de exclusão desses gastos do limite previsto no art. 107 do ADCT caminha na contramão da vontade do legislador e acarreta atuação efetivamente positiva do Judiciário, em descompasso com o princípio da separação dos poderes.” (ADI 5658, Parecer N.º 512/2018 – SFCONST/PGR)

Ocorre que a PGR simplesmente identificou piso constitucional com “controle de despesa”. Ora, piso constitucional, como todo “piso”, é limite mínimo e não “teto máximo”. Isto é, trata-se do investimento mínimo em saúde e educação, e não do teto máximo dessa despesa. Não é necessário, portanto, elevado esforço hermenêutico para se perceber que a finalidade do legislador originário foi garantir uma aplicação elementar da verba pública nesses direitos fundamentais e não limitar um investimento máximo neles.

Desse modo, se o teto máximo estipulado pela EC 95/2016 afeta o custeio mínimo desses direitos, é inteiramente compatível com a teleologia da norma constitucional e com a vontade do legislador originário a declaração da inconstitucionalidade daquela emenda constitucional. Tal declaração não apenas não acarreta “atuação efetivamente positiva do Judiciário”, como se trata de revisão devida de ato legislativo, em cumprimento ao sistema de freios e contrapesos que compõe o princípio da separação dos poderes.

Entretanto, sendo a crise econômica uma realidade nacional, ela deve ser superada. O equilíbrio das contas públicas e aumento de reservas podem ser obtidos tanto com a contenção de despesas, quanto com o aumento de receitas. Para tanto, reforma tributária é imprescindível, sendo elementar uma tributação com caráter progressivo, que pode ser estabelecido em diferentes frentes, tais como:

- Majoração da alíquota relativa ao imposto sobre herança (ITCMD) a patamares de vários dos países centrais no mundo, onde a alíquota chega a 55% (Japão) e 40% (EUA), enquanto no Brasil ela é de 4% (*World Inequality Report 2018*);
- *Tributação de dividendos* pagos pelas empresas a seus acionistas. Entre os países da OCDE, apenas Brasil e Estônia oferecem isenção tributária aos acionistas (ONU-BR, Nações Unidas no Brasil, 2016);
- Reestruturação de *incentivos fiscais de refinanciamento* de débitos de tributos, que representam renúncias fiscais bilionárias. Em 2017, a renúncia ultrapassou R\$ 400 bilhões, valor superior àquele destinado às despesas com saúde e educação (PINTO, 2018).

Conclusões

Esta pesquisa busca verificar a constitucionalidade da EC 95, elaborada em 2016 pelo poder legislativo federal, a partir de proposta do poder executivo, que instaurou Novo Regime Fiscal no país. Houve fixação de limite máximo para os gastos públicos da União relativos às despesas primárias e congelamento de tais gastos por 20 anos, período durante o qual serão apenas reajustados pela taxa inflacionária. Foram propostas sete Ações de Declaração de Inconstitucionalidade contra essa emenda.

Da análise do tratamento doutrinário destinado aos direitos fundamentais e especificamente à EC 95/2016, bem como do exame dos argumentos expostos nas petições iniciais daquelas ADIs e nos pareceres da Procuradoria Geral da República delas constantes, identificou-se como devida a declaração de inconstitucionalidade da emenda. O impacto do limite e congelamento dos gastos públicos destinados ao financiamento dos direitos fundamentais sociais à saúde e educação ultrapassa a barreira do seu núcleo essencial, chegando a reduzir o investimento nesses direitos a valor aquém do piso constitucional.

Realiza-se, neste momento da pesquisa, investigação propositiva na doutrina de contribuições alternativas para o reequilíbrio das contas públicas, não por meio de restrição excessiva de direitos intangíveis, advinda de cortes desproporcionais no seu financiamento, mas pelo aumento de receita pública a partir da instauração de tributação progressiva, com medidas como majoração da alíquota relativa ao imposto sobre herança, cobrança de tributos sobre dividendos e reestruturação de incentivos fiscais de refinanciamento de débitos de tributos.

Referências

Agência Brasil. (2017). Educação. Acedido em 15 de dezembro de 2018, em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2017-12/ensino-basico-tem-735-dos-alunos-em-escolas-publicas-diz-ibge>

ALEXY, Robert. *Constitutional Rights and Constitutional Review*. In: HIMMA, Kenneth Einar; SPAIC, Bojan (ed.). *Fundamental Rights, Justification and Interpretation*. Haia: Eleven International Publishing, p. 63-74, 2016.

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

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5633. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5112200> Acesso em: 22 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5643. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5119673> Acesso em: 25 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5655. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpublish/paginador.jsp?docTP=TP&docID=620262910&pvcID=5130141#> Acesso em: 25 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5658. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5132872> Acesso em: 01 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5680. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5157574> Acesso em: 10 mar. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5715. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5203351> Acesso em: 03 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5734. Relatora: Ministra Rosa Weber. Petição Inicial. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5215453> Acesso em: 20 mar. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5633. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República Nº 514/2018 - SFCNST/DF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5633EC95.pdf.pdf/view> Acesso em: 15 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5643. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República N.º 507 /2018 – SFCNST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339061831&ext=.pdf> Acesso em: 15 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5655. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República N.º 515/2018 – SFCNST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339067808&ext=.pdf> Acesso em: 15 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5658. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República N.º 512/2018 – SFCNST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339068914&ext=.pdf> Acesso em: 17 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5680. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República N.º 511/2018 – SFCNST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339061966&ext=.pdf> Acesso em: 15 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5715. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República N.º 506/2018 – SFCNST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339061832&ext=.pdf> Acesso em: 15 fev. 2019

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5734. Relatora: Ministra Rosa Weber. Parecer Procuradoria Geral da República N.º 513/2018 – SFCNST/PGR. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339061830&ext=.pdf> Acesso em: 15 fev. 2019

COMPARATO, Fábio Konder; PINTO, Élida Graziane. Custeio mínimo dos direitos

fundamentais, sob máxima proteção constitucional. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao-cf> Acesso em: 29 ago. 2018

COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis> Acesso em: 04 set. 2018

DHESCA BRASIL. Relatoria especial dos impactos da política econômica sobre os direitos humanos. Disponível em: <http://austeridade.plataformadh.org.br/> Acesso em: 14 ago. 2018.
LOUREIRO, João Carlos. Pauperização e prestações sociais na idade da austeridade: a questão dos três D's (dívida, desemprego, demografia) e algumas medidas em tempo de crise(s). Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2014.

NOVAIS, J.R. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

ONU-BR, Nações Unidas no Brasil (2016). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/brasil-e-paraiso-tributario-para-super-ricos-diz-estudo-de-centro-da-onu/> Acesso em: 15 dez. 2018.
OSKOZ, J. Crisis y Recortes en Derechos Humanos: la defensa de los derechos humanos en tiempos de crisis. Madri: Catarata, 2013.

PINTO, Élida Graziane. Gasto fiscal (não) tem limite de prazo, nem teto fiscal?. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-30/gasto-tributario-nao-limite-prazo-nem-teto-fiscal> Acesso em: 11 set. 2019.

PINTO, Élida Graziane. Instrumentalidade da responsabilidade fiscal em prol do custeio constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais. In: BUISSA, L.; RIEMANN, S.; MARTINS, R. L. Direito e Finanças Públicas nos 30 Anos da Constituição: experiências e desafios nos campos do direito tributário e financeiro. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018.

PINTO, Élida Graziane. Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos> Acesso em: 28 ago. 2018.

PINTO, Élida Graziane. Sistema de freios e contrapesos desbalanceado piora o ajuste fiscal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-14/contas-vista-sistema-freios-contrapesos-desbalanceado-piora-desajuste-fiscal> Acesso em: 21 nov. 2018.

PINTO, Élida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não teto de gastos em saúde. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto> Acesso em: 21 ago. 2018.

PINTO, Élida Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos Direitos Sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. Educação & Sociedade. Campinas, v. 39, nº. 145, p.980-1003, 2018.

Prefeitura de São Paulo. Portal da Transparéncia. Disponível em: <http://transparencia.prefeitura.sp.gov.br/Lists/Glossario/DispForm.aspx?ID=83> Acesso em: 15

dez. 2018

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther; OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. Economia para poucos: impactos da austeridade e alternativas para o Brasil. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. Cadernos de Direito, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 1988.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIMÕES, Carlos. Teoria e Crítica dos Direitos Sociais: O Estado Social e o Estado Democrático de Direito. São Paulo: Cortez, 2013

SOTELO, I. El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive. Madri: Trotta, 2010.

World Inequality Lab (2018). World Inequality Report 2018. Disponível em: <https://wir2018.wid.world/files/download/wir2018-full-report-english.pdf> Acesso em: 15 dez. 2018.

21. A INEFETIVIDADE DA REPARAÇÃO PECUNIÁRIA DO DANO MORAL A PARTIR DO ACÓRDÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS: o problema da pessoa com deficiência encarcerada em situações degradantes

THE INEFFECTIVENESS OF THE COMPENSATION FOR MORAL DAMAGE FROM THE SUPREME COURT JUDGMENT IN EXTRAORDINARY APPEAL 580.252/MS: the problem of person with disability imprisoned in degrading situations

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹
Gabriel Infante Magalhães Martins²

Resumo

O presente trabalho versa sobre a temática da responsabilidade civil do Estado perante pessoas com deficiência presas em condições carcerárias degradantes, a partir da análise crítica acerca da solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS – que pode ser aplicada a todo e qualquer preso – e, em específico, do regime jurídico de inclusão e proteção das pessoas com deficiência, a fim de pleitear uma solução jurídica diferente para este grupo, em razão de sua vulnerabilidade. Neste contexto, tem-se o objetivo de apurar se a reparação pecuniária, medida concebida pelo STF no julgamento em questão, é ou não a mais adequada para as situações que envolvem as pessoas com deficiência, bem como encontrar outras possibilidades, aventadas ou não no acórdão, por meio de uma análise sistemática do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A pesquisa realizada se baseou em método qualitativo, a partir de fontes jurisprudenciais, normativas e bibliográficas, bem como no modelo jurídico-descritivo. O objetivo da pesquisa é dissecar o tema, decompô-lo em partes pelos métodos analítico e descritivo, de modo a examinar o acórdão em comento, em paralelo com o regime jurídico de proteção e inclusão da pessoa com deficiência no Brasil, o instituto da responsabilidade civil e a situação carcerária atual, para que, ao fim, seja encontrada a solução mais condizente com a dignidade humana do indivíduo preso, notadamente se for pessoa com deficiência. Em sede de conclusão, ficou claro que o remédio determinado pelo STF não é o mais apropriado, bem como o outro mencionado no acórdão (remição da pena), e que existe um mais adequado ao regime jurídico de proteção e inclusão da pessoa com deficiência: a prisão domiciliar.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Pessoa com deficiência. Condições carcerárias.

Abstract

The present work deals with the issue of civil liability of the State towards persons with disabilities imprisoned in degrading prison conditions, based on the critical analysis of the

* O presente artigo foi originalmente publicado in SALLES, Raquel Bellini; PASSOS, Aline Araújo; LAGE, Juliana Gomes (Orgs.), **Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência**, Rio de Janeiro, Processo, 2019.

¹ Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

² Graduando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora. Aluno participante do Projeto de Extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, da Faculdade de Direito da UFJF, nos anos de 2017 e 2018.

solution found by the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 580.252/MS – which can be applied to any prisoner – and, in particular, the legal regime for the inclusion and protection of persons with disabilities, in order to seek a different legal solution for this group, because of their vulnerability. In this context, the objective is to determine whether the pecuniary reparation, the measure conceived by the Supreme Court in the judgment, is or not the most appropriate for situations involving persons with disabilities, as well as find other possibilities, whether or not raised in the judgment, through a systematic analysis of the Brazilian legal-constitutional order. The research was based on a qualitative method, based on jurisprudential, normative and bibliographic sources, as well as on the legal-descriptive model. The purpose of the research is to dissect the topic, to break it down in parts by analytical and descriptive methods, in order to examine the judgment in question, in parallel with the legal regime of protection and inclusion of the person with disability in Brazil, the institute of civil liability and the current prison situation, so that, at the end, the solution founded could be more in keeping with the human dignity of the prisoner, especially if he is a person with a disability. In conclusion, it was clear that the remedy determined by the STF is not the most appropriate, as well the other one mentioned in the judgement (penalty redemption), and that there is one that is more in keeping with the legal regime of protection and inclusion of the person with disability: house arrest.

Keywords: Civil liability. Person with disability. Prison conditions.

Sumário: Introdução; 1. O contexto do acórdão; 2. A proteção jurídica do preso contra situações degradantes e as “condições legais de encarceramento”; 3. A situação carcerária brasileira e a pessoa com deficiência; 4. A proteção jurídica da pessoa com deficiência presa; 5. A solução jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal e outros caminhos possíveis; 5.1 Em primeiro lugar: a urgência de políticas públicas para a concretização de direitos humanos fundamentais; 5.2 A reparação em pecúnia e sua inefetividade; 5.3 A remição da pena e a impossibilidade de transacionar a dignidade humana; 5.4 A prisão domiciliar como a solução mais adequada; Conclusão.

Introdução

O presente estudo parte de análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, publicado em 11 de setembro de 2017 e transitado em julgado em 15 de março de 2018, o qual firmou a tese de que o Estado tem “a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”³.

Muito embora o acórdão não tenha por objeto nenhuma questão que trate, especificamente, de pessoas com deficiência, oferece aparato para uma reflexão sobre o que são as “condições legais de encarceramento” à luz dos direitos humanos fundamentais deste grupo, com base na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, notadamente os direitos à acessibilidade (artigo 9º), à liberdade e segurança (artigo 14) e à habilitação e reabilitação (artigo 26). A análise ora empreendida leva em consideração o status de emenda constitucional concedido à Convenção quando incorporada ao direito brasileiro, conforme artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, por meio do Decreto Legislativo nº

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar 2019, p. 2.

186, em 09 de julho de 2008.

Em seguida, discute-se se a solução encaminhada pelo STF (condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização em dinheiro) é a mais adequada e, em caso negativo, se existem outros instrumentos que poderiam servir para a solução do problema da pessoa com deficiência presa em situações degradantes.

A pesquisa realizada foi baseada no método qualitativo, a partir de fontes jurisprudenciais, normativas e bibliográficas. Considerando-se os tipos de investigação científico-jurídicos, adotou-se o modelo jurídico-descritivo, que deveria ser denominado “jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo”, já que tais expressões se harmonizam melhor às finalidades apresentadas para tal tipo de investigação⁴. Essa opção decorre do fato de que o objetivo da pesquisa é dissecar o tema, decompô-lo em partes pelos métodos analítico e descritivo, de modo a examinar o acórdão em comento, em paralelo com o regime jurídico de proteção e inclusão da pessoa com deficiência no Brasil, o instituto da responsabilidade civil e a situação carcerária atual, para que, ao fim, seja encontrada a solução mais condizente com a dignidade humana do indivíduo preso, notadamente se for pessoa com deficiência.

1. O contexto do acórdão

O Recurso Extraordinário nº 580.252/MS chegou ao STF a partir do caso de um indivíduo preso em situações degradantes em uma prisão estadual na cidade de Corumbá, no Mato Grosso do Sul, o qual teve seu pleito de reparação por danos morais julgado procedente pelo plenário, que condenou o Estado ao pagamento da quantia de R\$ 2.000,00.

O tema é de suma importância, visto que o Brasil é o país com o terceiro maior número de presos no mundo (só perdendo para Estados Unidos, em primeiro lugar, e China, em segundo, a despeito de os dados oficiais da nação asiática não se consubstanciarem em fontes confiáveis), sendo certo que o crescimento da população carcerária foi avassalador nos últimos anos. Como se não bastasse tais constatações, as condições dos estabelecimentos prisionais no Brasil são, em geral, extremamente desumanas⁵.

Segundo dados mais recentes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOOPEN), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)⁶, vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, de junho de 2016, o Brasil tem 368.049 vagas no sistema prisional, porém conta com 726.712 pessoas encarceradas, número que, ainda, encontra-se em drástica progressão.

É certo que, se o estado carcerário nacional é degradante no geral, afeta, de forma ainda mais grave, as pessoas que apresentam agravada vulnerabilidade existencial, notadamente as que têm deficiência, haja vista o comprometimento, ainda que parcialmente, de suas funcionalidades e, em variados graus, de sua independência. Devido a essa vulnerabilidade, a proteção das pessoas com deficiência presas deve ser vista de forma distinta, já que elas se encontram em uma situação pessoal, existencial e social diferente daquela das pessoas sem deficiência.

O *status* de emenda constitucional concedido à Convenção das Nações Unidas e seu

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)Pensando a pesquisa jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 110.

⁵ PASTORAL CARCERÁRIA. Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências da redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>. Acesso em 29 mar. 2019.

⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Levantamento nacional de informações penitenciárias – atualização de junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018. p. 8.

Protocolo Facultativo, de acordo com o artigo 1º do Decreto Legislativo nº 186/2008⁷, que aprovou o texto da Convenção e do Protocolo, reforça a concepção acima exposta e a necessidade de tratamento diferenciado das pessoas com deficiência. Tal fato fica ainda mais nítido quando se observa que os referidos tratados internacionais, em conjunto com o “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso”, são os únicos aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal⁸, fator que demonstra a preocupação do constituinte derivado, ao incorporar determinadas normativas internacionais ao ordenamento nacional, para com as pessoas com deficiência.

Nesse contexto, fica claro que o Brasil se comprometeu, internacional e nacionalmente, a promover, entre outros, o direito à acessibilidade (artigo 9º), à liberdade e segurança (artigo 14) e à habilitação e reabilitação (artigo 26) da pessoa com deficiência, além de todos aqueles que já foram consagrados no ordenamento jurídico-constitucional pátrio e em outras normativas de proteção de direitos humanos.

Busca-se, de forma geral, tomar o acórdão do Supremo como um ponto de partida para o delineamento dos limites da responsabilidade civil nesse cenário, bem como outras possíveis soluções jurídicas, até mesmo fora do campo da responsabilização civil, que operem em favor da humanização da situação carcerária brasileira, especialmente no tocante à inclusão e proteção das pessoas com deficiência.

2. A proteção jurídica do preso contra situações degradantes e as “condições legais de encarceramento”

De início, é importante ressaltar brevemente algumas normas específicas de proteção da pessoa presa contra a exposição a situações degradantes. Segundo a Constituição Federal, são vedadas as penas cruéis e é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, como estipula o artigo 5º, incisos XLVII, alínea “e”, e XLIX, respectivamente⁹.

Em nível infraconstitucional, há algumas disposições concernentes à temática. A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais – LEP) prevê que a assistência ao preso é dever do Estado (artigo 10), que o respeito à integridade física e moral dos presos é imposto a todas as autoridades (artigo 40) e, especificamente, alguns direitos do preso (artigo 41), entre outros comandos normativos¹⁰.

Em casos mais extremos, nos quais a situação degradante à qual o preso está submetido decorra de ato de agente público, a Lei nº 9.455/97 prevê o crime de tortura (artigo 1º) e expõe que incorre na mesma pena quem submete pessoa presa “a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”¹¹.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê, em seu artigo 5º, item 2, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve

⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Seção 1, p. 1.

⁸ Informação disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em 03 abr. 2019.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

¹¹ BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9455.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”¹².

Há também uma resolução (Resolução nº 01/08, de 13 de março de 2008) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), intitulada “Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas”, que prega o irrestrito respeito à dignidade própria à pessoa privada de liberdade¹³.

Por fim, na seara internacional, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, diz, em seu artigo 10, que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”, bem como que “o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”¹⁴. Além disso, há a “Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, também da Organização das Nações Unidas, adotada em 1984 e em vigor para o Brasil desde 1989.

3. A situação carcerária brasileira e a pessoa com deficiência

É bem sabido que as condições carcerárias na realidade brasileira são, regra geral, extremamente precárias, com problemas de infraestrutura e segurança, em especial no tocante à superlotação, à falta de saneamento básico e à violência. Segundo o INFOOPEN, há no Brasil déficit quanto ao padrão razoável estabelecido para o número de agentes de custódia a fim de garantir a segurança física e patrimonial nas unidades prisionais – entre inúmeros outros problemas que podem ser testemunhados na prática.

Por essas e outras constatações que o STF, em setembro de 2015, concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, por meio da qual estatuiu que o sistema carcerário brasileiro se encontra em um “estado de coisas inconstitucional”, compreensão baseada em similar entendimento explicitado, primeiramente, pela Corte Constitucional da Colômbia:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”¹⁵.

Nesse contexto, vale ressaltar que existem, no Brasil, segundo o levantamento mencionado, 4.350 pessoas com deficiência sujeitas a penas privativas de liberdade. No entanto, este dado não é totalmente confiável, visto que apenas 65% das unidades prisionais brasileiras, que totalizam 74% da população prisional geral, possuem informações sobre a presença de presos com deficiência e a natureza delas.

Dentro deste número, o levantamento divide as pessoas com deficiência em cinco categorias, fator que não significa, obviamente, que o tipo de deficiência seja o mesmo dentro

¹² CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos - CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

¹³ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas.** 13 de março de 2008. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁴ PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - INTERNATIONAL Convention on Civil and Political Rights. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Mello, Marco Aurélio. Julgado em 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 01 abr. 2019. p. 3.

de cada categorização, haja vista que as modalidades e o grau em que a deficiência limita a pessoa, em interação com as diversas barreiras presentes na sociedade, podem variar substancialmente.

O primeiro e mais numeroso dos grupos, com 2.557 pessoas, é das que têm deficiência intelectual, ou seja, aquelas que “apresentam limitações no funcionamento mental, afetando tarefas de comunicação, cuidados pessoais, relacionamento social, segurança, determinação, funções acadêmicas, lazer e trabalho”.

Em segundo lugar, estão as pessoas com deficiência física, caracterizadas como aquelas que “apresentam limitação do funcionamento físico-motor, causada por paralisia cerebral, hemiplegias, lesão medular, amputações ou artropatias”, as quais somam o total de 1.169 (destas, 369 são cadeirantes). Em seguida, vêm as pessoas cegas, que “não possuem capacidade física de enxergar por total falta de acuidade visual”, que consistem em 314 indivíduos presos. Em quarto lugar, o grupo dos surdos, com 217 pessoas, que “apresentam perda total comprovada da capacidade auditiva (...) entre 95% e 100%”. O menor grupo, de acordo com a classificação do INFOOPEN, é o de pessoas com deficiências múltiplas (que apresentam duas ou mais deficiências), somando um total de 93.

A título de exemplo, o estudo cita que 64% dos presos que têm algum tipo de deficiência física estão em unidades que não são adaptadas para suas condições específicas de acessibilidade, de acordo com a Norma Brasileira ABNT nº 9.050, de 2015, fator que mina a capacidade de serem incluídas adequadamente no ambiente e de se locomoverem com segurança pela unidade prisional. Quanto aos 36% restantes, 25% dos presos com deficiência estão em unidades parcialmente adaptadas e apenas 11% deles estão em unidades adaptadas.

A questão da acessibilidade, obviamente, “é destinada a todos, não estando restrita, a bem da verdade, unicamente às pessoas com deficiência. As necessidades que se apresentam numa sociedade contemporânea, em que os obstáculos e barreiras são uma constante, dizem respeito ao público em geral”¹⁶. Porém, este grupo é, de uma maneira mais incisiva, prejudicado pela falta de acessibilidade, em razão de sua vulnerabilidade, motivo pelo qual merece especial atenção.

Percebe-se, então, que a deficiência é verificada com base em uma interação do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial que a pessoa possui com as barreiras sociais, físicas, econômicas, culturais e atitudinais, as quais, no ambiente prisional brasileiro, são inúmeras. Em outras palavras, “é o contexto circundante, formado por elementos sociais, culturais, educacionais, urbanísticos, que constroem os verdadeiros obstáculos ao pleno acesso a bens materiais e imateriais desta parcela da população”¹⁷.

Por esta razão, afirma-se que o enfoque direcionado às pessoas com deficiência deve ser diferenciado daquele destinado às pessoas sem deficiência, para que sua proteção e inclusão se deem de forma condizente com a dignidade humana e o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

4. A proteção jurídica da pessoa com deficiência presa

É cristalino, como relatado, que o problema carcerário afeta ainda mais gravemente a pessoa com deficiência, que, consoante o artigo 2º da Lei nº 13.146/2015 - Lei Brasileira de

¹⁶ MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 200.

¹⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016.

Inclusão, é aquela que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”¹⁸.

Em especial, os mais afetados são os direitos à acessibilidade, à segurança e à habilitação e reabilitação, previstos na Convenção (artigos 9º, 14 e 26, respectivamente), por meio da qual o Brasil se comprometeu a criar estruturas de acessibilidade e a combater a discriminação, para possibilitar às pessoas com deficiência o desenvolvimento de suas aptidões.

A Convenção estabelece no artigo 9º a necessidade de se assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, para que elas possam viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida. O Comitê, ao interpretar o §1º deste artigo, por meio do Comentário Geral nº 2, de maio de 2014¹⁹, afirmou expressamente, no parágrafo de número 17, que os Estados devem identificar e eliminar obstáculos e barreiras para promover a acessibilidade nas prisões, além dos locais mencionados no próprio artigo e outros citados no Comentário.

No artigo 14, a Convenção sustenta que a pessoa com deficiência privada de liberdade deve ser tratada de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e em conformidade com os objetivos e princípios da Convenção, inclusive mediante a provisão de adaptação razoável (que, segundo o artigo 2º, consiste em modificações e ajustes necessários e adequados para que pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais). O artigo 26, por fim, preceitua que devem ser adotadas medidas efetivas e apropriadas para possibilitar que a pessoa com deficiência conquiste e conserve o máximo de autonomia e capacidade física, mental, social e profissional²⁰.

Além do que é estatuído pela Convenção, a Lei Brasileira de Inclusão estabelece, no artigo 8º, que é dever do Estado assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação de inúmeros direitos, notadamente à habilitação e à reabilitação, à acessibilidade e à dignidade. Em seu artigo 79, §2º, diz ainda que “devem ser assegurados à pessoa com deficiência submetida a medida restritiva de liberdade todos os direitos e garantias a que fazem jus os apenados sem deficiência, garantida a acessibilidade”.

Com base no princípio da igualdade, em sua acepção material, e no respeito à diversidade, todos os benefícios destinados àqueles indivíduos submetidos a um processo judicial, qualquer que seja o motivo, devem ser considerados também para as pessoas com deficiência, porém observando-se suas especificidades e as circunstâncias físicas para a execução daquilo que lhes seja determinado,²¹ haja vista a situação peculiar de vulnerabilidade à qual tais pessoas estão submetidas.

Em suma, o paradigma dos direitos humanos é o que orienta e o que deve ser concretizado no tratamento das pessoas com deficiência pelo Estado e pela sociedade, com ênfase na relação desta com o meio em que se insere. Assim, é dever do Estado “remover e

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Llei/L13146.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁹ COMENTÁRIO GERAL nº 2 (2014) do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência = GENERAL Comment nº 2 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. 22 de maio de 2014. Disponível em:

<https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2>.

Acesso em 03 jun. 2019.

²⁰ CONVENÇÃO sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência = CONVENTION on the rights of persons with disabilities. 13 de dezembro de 2006. Disponível em:

<<https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convancaopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em 22. mar. 2019.

²¹ LEITE, Flávia Piva de Almeida et alia (coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 336.

eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação”,²² e, por óbvio, tal assertiva deve ser observada, com maior veemência, no ambiente prisional.

5. A solução jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal e outros caminhos possíveis

No caso analisado, após a reforma da sentença que negou o pedido do autor, foi julgada procedente a demanda, de modo a fixar a reparação dos danos morais em R\$ 2.000,00. No entanto, foram opostos embargos infringentes, que restauraram o acórdão de procedência e, novamente, negaram o pedido, razão pela qual o autor recorreu ao STF, apontando ofensa aos artigos 5º (incisos III, X, XLIX) e 37, §6º, da Constituição Federal, bem como ao artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Recurso Extraordinário teve provimento e foi reconhecida a existência de repercussão geral (Tema 365: Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária).

O Supremo, por fim, decidiu que a responsabilidade civil do ente público é configurada, basicamente, quando o preso é submetido a condições degradantes de encarceramento, postulando o seguinte:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.²³

Todavia, a solução apontada pelo plenário do Supremo teria uma repercussão insustentável se adotada como solução primeira e geral, como salientou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto vencido:

(...) penso que a indenização pecuniária neste caso não tem como funcionar bem. Ela é ruim do ponto de vista fiscal, é ruim para o preso e é ruim para o sistema prisional. Brevemente vou dizer cada uma dessas razões. É ruim para o preso, porque ele recebe dois mil reais e continua preso no mesmo lugar, nas mesmas condições degradantes. Portanto, essa indenização não tem o condão de, minimamente, afetar a situação real em que ele vive. Em segundo lugar, do ponto de vista fiscal, a indenização justa, devida, a ser paga a um preso que permaneça oito anos dormindo num ambiente superlotado, como era o caso desse cidadão, que dormia com a cabeça em cima do vaso sanitário, porque não tinha espaço para colocar a cabeça, e a todos os presos em condições semelhantes, seria a de um salário mínimo por mês. Considerando os mais de seiscentos mil presos do País e que esse ônus recairia sobre os Estados, nós obrigaríamos os Estados a pagarem uma indenização para a qual não têm recurso, até porque, se o tivessem, deveriam investir na melhoria do sistema penitenciário.²⁴

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 318.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar. 2019. p. 2.

²⁴ Ibidem, p. 145-146.

Assim, é imprescindível enfrentar os parâmetros traçados pelo STF para a compreensão do que são as “condições legais de encarceramento”, cujo descumprimento autorizaria, segundo o acórdão, a configuração da obrigação do Estado de indenizar, já que é seu dever manter, em seus presídios, os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento, dando ênfase aos direitos constitucionalmente previstos à acessibilidade, à segurança e à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência.

Objetiva-se, portanto, compreender o descumprimento das condições legais específicas de encarceramento das pessoas com deficiência como uma situação ainda mais problemática do que aquela que afeta as pessoas sem deficiência, a demandar um tratamento diferenciado por parte do Poder Público – especialmente em razão do status de emenda constitucional alcançado pela Convenção.

5.1. Em primeiro lugar: a urgência de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais

Como assentado na ementa do acórdão proferido pelo STF, o enfrentamento de violações a direitos fundamentais que causem danos pessoais “depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais”.²⁵

Para a consecução de políticas públicas, há que se ter em mente a diversidade das pessoas com deficiência, os distintos tipos e graus de suas limitações e suas demandas específicas, “o que não é sustentável sem planejamento de curto, médio e longo prazos, sem metas e sem discussões orçamentárias que coloquem em pauta os direitos das pessoas com deficiência”.²⁶ Para tanto, os estabelecimentos prisionais devem estar fisicamente adequados para receber todas elas e, além disso, é necessário implementar medidas de conscientização e de capacitação dos agentes carcerários para lidarem com as diferentes situações que podem estar presentes.

Desta forma, a pessoa com deficiência poderá cumprir a pena privativa de liberdade com dignidade, que é seu dever caso tenha cometido uma infração penal passível de tal sanção. Viabilizar, em condições dignas, o cumprimento das penas a que a pessoa com deficiência estará sujeita devido à prática de infrações é, assim, forma de realizar o exercício de sua própria autonomia, pois, na medida em que a liberdade traz consigo a responsabilidade, poder viver as consequências de suas próprias ações é, sem dúvida, uma reafirmação da própria autonomia.²⁷

Todavia, é preciso assegurar a tais pessoas, em que pese sua vulnerabilidade existencial ínsita à deficiência, condições para que possam responder por seus atos em consonância com o princípio da dignidade humana, norteador de toda a ordem jurídico-constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Neste contexto, cabe ressaltar a decisão do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência no caso *Mr. X vs Argentina*,²⁸ que teve como conteúdo a violação a direitos de uma

²⁵ Ibidem, p. 1.

²⁶ SALLES, Raquel Bellini; PASSOS, Aline Araújo; ZAGHETTO, Nina Bara. A experiência extensionista do “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência” e necessidades prementes para a efetividade da Lei Brasileira de Inclusão. In: SALLES, Raquel Bellini; PASSOS, Aline Araújo; LAGE, Juliana Gomes (Orgs.). **Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

²⁷ A propósito da relação entre autonomia e responsabilidade, mais especificamente no tocante à responsabilidade civil das pessoas com deficiência, cf. SALLES, Raquel Bellini de Oliveira, A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão, **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 1-18, 2 mar. 2021.

²⁸ As decisões são encontradas no site do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, disponíveis nas seis línguas oficiais da ONU (inglês, francês, espanhol, chinês, russo e árabe): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeCategoryID=6

pessoa com deficiência presa, por meio da qual foi determinado pelo mencionado órgão que este país, signatário da Convenção, deveria adotar medidas apropriadas e adaptações razoáveis suficientes para que as pessoas com deficiência presas possam, em igualdade de oportunidade com as demais, viver independentemente, participar de todos os aspectos da vida no local de detenção, acessar os locais físicos e serviços oferecidos e ter os tratamentos médicos e de reabilitação necessários oferecidos.

Além de todos os imperativos constitucionais, legais, regionais e internacionais que determinam a implementação de infraestrutura adequada nos presídios, esta decisão é mais um subsídio argumentativo, uma vez que o Comitê foi criado pelo Protocolo Facultativo à Convenção e ambos os tratados internacionais têm status de emenda constitucional no ordenamento pátrio, conforme já relatado.

Ademais, é imperioso ressaltar a decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, de agosto de 2015, ou seja, julgado logo antes da já mencionada ADPF 347, no qual foi sedimentado que a intervenção judicial deve estar presente para que seja cessado o grave estado de violações a direitos fundamentais dos presos.²⁹ Trata-se de uma Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), buscando que fosse determinada ao Estado do Rio Grande do Sul a reforma do Albergue Estadual de Uruguaiana.

O recurso foi admitido, reconheceu-se a existência de repercussão geral (Tema 220: Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos) e, após o julgamento, ficou sedimentada a seguinte tese:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.³⁰

Consoante expôs o Supremo, não é possível que o Poder Executivo invoque o argumento de separação dos poderes para se furtar dessa obrigação. Segundo explicitou o relator do recurso, Ministro Ricardo Lewandowski, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV, CF) deve prevalecer, tendo em vista que a centralidade do valor da dignidade humana justifica a intervenção judicial a fim de que o seu conteúdo mínimo seja respeitado, não importa a situação.³¹

Em sequência, salientou que o argumento de falta das verbas necessárias (cláusula da reserva do possível) não pode, igualmente, ser suscitado neste caso, já que o Fundo Penitenciário Nacional dispõe de vultosas verbas disponíveis, bastando que os entes federativos apresentem projetos e firmem convênios com a União para a realização das obras, o que pouco acontece na prática.³²

Vislumbra-se que, na expressão “obras emergenciais” citada pelo STF no acórdão, é plenamente factível encaixar a obrigação de realizar as adaptações razoáveis e as medidas

²⁹ O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), de forma pioneira, já havia exarado entendimento similar em 2014, no Agravo de Instrumento n. 2019978-40.2014.8.26.0000, relatado pelo Des. Marcelo Semer e publicado em 29/07/2014.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019, p. 132-133.

³¹ Ibidem, p. 30.

³² Ibidem, p. 49-51.

apropriadas de adequação dos presídios à proteção e inclusão das pessoas com deficiência, com base em tudo que já foi exposto.

Em outras palavras, o regime jurídico-constitucional das pessoas com deficiência e a vulnerabilidade acentuada que têm quando estão aprisionadas justificam, de maneira inequívoca, a emergência de reformas que visem promover o desfrute de todos os direitos humanos fundamentais deste grupo no ambiente carcerário.

Contudo, tal questão consiste em um litígio complexo, o qual, nas palavras de Edilson Vitorelli, é aquele “em que há diversas possibilidades de tutela, todas com relações variáveis de custo-benefício”, e no qual “a homogeneidade de posições entre os membros da classe dificilmente será verificada”.³³ Por isso, trata-se de temática que merece ser tratada de forma global, no âmbito da discussão democrática do Poder Legislativo ou de um processo coletivo estrutural no Poder Judiciário, e que, por óbvio, não pode ser resumida a meras indenizações pecuniárias concedidas, em processos individuais, a cada problema surgido, na forma como erroneamente procedeu a Corte Suprema.

Em suma, as políticas públicas são extremamente necessárias quando se trata da questão penitenciária nacional, porém, enquanto nenhuma que tenha caráter incisivo e relevante é levada a cabo, torna-se vital a atuação do Poder Judiciário na efetivação de medidas que possam fazer cessar a lesão aos direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência presas. Mesmo que ele possa determinar a realização de obras emergenciais e que o Poder Executivo não possa se eximir de realizá-las, como exposto, esta obrigação pode ser extremamente custosa e demorada.

Neste ponto, então, o desafio consiste em identificar quais seriam os mecanismos mais adequados para a proteção e inclusão, de forma mais célere, das pessoas com deficiência no ambiente da unidade prisional no bojo da realidade brasileira partindo-se daqueles apontados pelos Ministros do Supremo no acórdão citado e de interpretação do ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

5.2. A reparação em pecúnia e sua inefetividade

Os problemas apresentados pela solução adotada pelo acórdão em exame são de diversas ordens. Primeiramente, no tocante à própria efetividade do instituto da responsabilidade civil, a condenação do Estado à obrigação de reparar danos morais em pecúnia se mostra insuficiente e pouco incisiva para repercutir mudanças efetivas que visem melhorar as condições dos estabelecimentos prisionais, tendo em vista que ela não permite a cessação imediata da lesão aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência sujeitas a condições de cárcere degradantes.

Além disso, tal solução, sobretudo se for empregada de modo generalizado, pode se converter em mais um fator de congestionamento da máquina judiciária, bem como não ser financeiramente sustentável para os entes federativos que mantêm os presídios - Estados Membros, Distrito Federal e União. Com efeito, a reparação em dinheiro, se concedida de forma irrestrita, esbarraria, entre outros problemas, na crise fiscal enfrentada pelos Estados e pela União.

A título de exemplo, quase metade das unidades federativas brasileiras (13 de 27), no sexto bimestre de 2018, apresentaram gastos que ultrapassaram 100% da receita total e, por conseguinte, déficit no balanço orçamentário, segundo levantamento do Tesouro Nacional.³⁴

³³ VITORELLI, Edilson, **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**, 2. ed., São Paulo, Thomson Reuters, Brasil, 2019, p. 35 e 220.

³⁴ TESOURO NACIONAL. Relatório resumido de execução orçamentária (Foco Estados + Distrito Federal). Disponível em:
<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RREOfocoRetificado01_03/6e2327bd-

Em suma, a pulverização de reparações pecuniárias de danos morais é uma medida paliativa, que em nada muda a drástica situação à qual o preso está submetido, podendo ainda desequilibrar as finanças dos entes federativos.

Todavia, se, por um lado, é questionável a condenação do Estado à reparação pecuniária de danos morais indistintamente a todas as pessoas em situação de cárcere, ainda que presa em situação extremamente insatisfatória, por outro, em relação às pessoas com deficiência detidas em estabelecimentos prisionais sem as devidas adequações para sua inclusão e proteção, a compensação de danos morais se apresenta como uma medida defensável, ainda que não seja a solução ideal. Isto porque a situação degradante à qual a pessoa estará submetida, aliada à sua vulnerabilidade existencial, justifica um tratamento diferenciado, mais protetivo – o qual deve permitir que a reparação se realize das mais diversas maneiras, mesmo por meio daquelas menos efetivas, se outras mais desejáveis forem impossíveis.

A responsabilização do Estado, nesta hipótese, será objetiva, com base na teoria do risco administrativo, se houver nexo causal entre a atuação do Poder Público – ou, neste caso, a falta dela, por causa em razão da inércia em criar políticas de infraestrutura adequada nos presídios – e o dano moral decorrente da exposição do preso com deficiência a condições degradantes.

Se for aplicada, a condenação do Estado à reparação do dano moral deve ser, ao menos, subsidiada com sólida fundamentação que permita, tanto ao ofensor quanto à vítima, compreender em concreto os pressupostos de configuração da responsabilidade civil e os critérios norteadores da fixação do *quantum debeatur*, entre os quais merece especial atenção a vulnerabilidade existencial da pessoa, conforme seu tipo de deficiência, e, por conseguinte, o grau de dependência dela.

Observa-se que a condenação estabelecida no acórdão em comento, no valor de R\$ 2.000,00, foi determinada, em um primeiro momento, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) e, posteriormente, negada em sede de embargos infringentes. Em virtude do Recurso Extraordinário, o Supremo reformou a segunda decisão do TJMS e assentou a primeira condenação como sendo a devida.

Contudo, os Ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Edson Fachin suscitararam a compreensão de que o preso em questão deveria receber o equivalente a um salário mínimo por cada mês em que tenha sido mantido em situação degradante. Tal compreensão levaria a um valor bem discrepante e claramente superior em relação àquele que foi deliberado majoritariamente pelo plenário, o que mostra a ainda persistente falta de critérios para o desempenho da difícil tarefa de fundamentar e de quantificar o valor do dano moral.

Em razão deste tipo de divergência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem, há tempos, adotando certos critérios para a fixação dos valores. Em 2011, no Recurso Especial nº 1.152.541/RS, o Tribunal consolidou o critério da dupla fase (também chamado de critério bifásico). Diz-se que, primeiramente, é necessário arbitrar um valor básico, considerando o interesse jurídico lesado e em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria específica. Em segundo plano, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas circunstâncias pessoais da vítima, na extensão do dano e em outros critérios que poderão ter lugar – a depender da função que se atribua à responsabilidade civil, seja ela meramente compensatória ou também punitiva³⁵ –, gravidade da conduta, grau de culpa do agente e suas condições econômicas, por exemplo.³⁶

8f5d-4db0-ba3d-26d948483e93>. Acesso em 29 mar. 2019.

³⁵ Neste particular, compartilha-se do mesmo entendimento, em regra contrário à atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil, de MORAES, Maria Celina Bodin de, in **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1.152.541/RS. Relator: Sanseverino, Paulo de Tarso. Julgado em 13 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em 29 mar. 2019.

Não se pretende adentrar, neste espaço, nas discussões afetas às funções da responsabilidade civil ou apontar soluções para uma mais adequada quantificação da reparação do dano moral. Todavia, a partir dos aspectos mencionados, evidenciam-se as dificuldades que tornam discutível a pertinência e a efetividade da reparação pecuniária do dano como solução jurídica adequada para enfrentar o problema da degradação das condições carcerárias no Brasil. Neste sentido, sendo a reparação pecuniária uma solução meramente paliativa, não afasta, de todo modo, a necessidade de se fazer cessar, o quanto antes, a lesão dos direitos humanos fundamentais em jogo, especialmente considerando-se a situação de vulnerabilidade e de intolerável vulneração.³⁷

Há que se ter em mente as limitações do instituto da responsabilidade civil, na figura da reparação pecuniária do dano moral, que deve ser vista como solução derradeira, tendo em vista que ela se dá posteriormente à ocorrência do dano e, até hoje, não demonstrou ter a capacidade de ser uma medida que empenhasse o Poder Público a efetivar melhorias infraestruturais nos presídios.

Dessa forma, as soluções não pecuniárias de reparação³⁸ e, antes destas, as preventivas de lesões devem ser sempre priorizadas, sobretudo a adequação estrutural dos presídios e o preparo dos agentes para lidar com as peculiaridades das pessoas com deficiência. Caso não seja possível implementar, a contento, as necessárias medidas de ajuste das dependências físicas dos presídios, e sem prejuízo da reparação pecuniária dos danos morais oriundos da lesão já verificada e irreversível, é imprescindível encontrar outras alternativas aplicáveis para se fazer cessar a lesão, o que será perquirido adiante.

5.3 A remição da pena

Uma alternativa para o enfrentamento do problema posto é a remição da pena, tal como aventado em alguns votos vencidos no acórdão examinado. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, que aduziu a ideia e foi seguido pelos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, a pena poderia ser remida de um a três dias por cada sete em que a pessoa estivesse encarcerada em situações degradantes, a critério do juízo da execução.

Utilizou-se, para tanto, uma interpretação analógica do artigo 126 da Lei de Execução Penal (LEP), o qual diz que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.³⁹

Nas palavras do Ministro, em seu voto-vista,

É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao resarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da *remição* de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.⁴⁰

³⁷ Remete-se ao conceito de vulneração como posição, conforme BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

³⁸ Sobre possíveis soluções não pecuniárias de reparação de danos morais, cf. DANTAS BISNETO, Cícero, **Formas não monetárias de reparação do dano moral**: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada, Florianópolis, Tirant Lo Blanch Brasil, 2019.

³⁹ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar. 2019, p. 38/39.

E, em plenário, prosseguiu:

A minha proposta é a de indenizar esse preso por critérios que seriam fixados pelo Juiz da Vara de Execução, mas com parâmetros. Eu propus, por exemplo, que, para cada sete dias em condições degradantes, ele seria indenizado recebendo um dia de abreviação da sua pena, um dia de remição. De um a três, dependendo das condições e das condições subjetivas do preso, tudo a ser fixado pela Vara de Execução. Portanto, não é nem uma solução de opção filosófica ou ideológica, mas porque não há alternativa: ou daremos uma indenização ridícula, que viola a dignidade do preso, ou daremos uma indenização justa e quebraremos os Estados, ou daremos uma indenização que - penso - deixaria todo mundo feliz - não criaria um problema fiscal, o preso sairia mais rapidamente e desobstruiria o sistema prisional.⁴¹

Esta hipótese, segundo alguns Ministros, depara-se com o problema da falta de previsão legal. O Ministro Marco Aurélio asseverou que “o Supremo não pode atuar como legislador positivo, não pode fazer as vezes do Congresso Nacional”⁴². Já o Ministro Luiz Edson Fachin foi mais breve e apenas sustentou que esta hipótese não está prevista, do ponto de vista de sua literalidade, em lei.⁴³

Percebe-se, contudo, a necessidade de serem construídos critérios hermenêuticos com base na unidade do ordenamento jurídico e de se buscar, para efeito de reparação e prevenção do dano, preferencialmente, soluções não patrimoniais, atentando-se para as possibilidades de despecuniarização da tutela da pessoa e para o papel fundamental que as soluções de natureza preventiva podem desempenhar, preferíveis às soluções reparatórias, meramente paliativas. A proposta toca a importância de se refletir sobre a despecuniarização (desmonetarização ou, ainda, despatrimonialização) da própria reparação,⁴⁴ mormente em se tratando de interesses existenciais, sobre o que, com pertinência, afirma Anderson Schreiber:

(...) mesmo às lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar. Bem vistas as coisas, a tão combatida inversão axiológica – por meio da qual a dignidade humana e os interesses existenciais passam a ser invocados visando à obtenção de ganhos pecuniários, tem como causa imediata não o desenvolvimento social de ideologias reparatórias ou um processo coletivo de vitimização, mas a inércia da própria comunidade jurídica, que insiste em oferecer às vítimas destes danos, como só solução, o pagamento de uma soma em dinheiro (...).⁴⁵

A questão coloca em evidência, também, a necessidade e possibilidade de um maior diálogo entre o direito civil e o direito penal, no sentido de articularem soluções que representem uma efetiva tutela de direitos. A independência entre as responsabilidades civil e penal não afasta a possibilidade de maior interação entre as duas áreas, sendo que, com base na unicidade jurisdicional, oriunda da função precípua do Estado de pacificar os conflitos sociais, pode e deve ser incentivado o uso de alguns instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, essencialmente ligados ao direito penal e processual penal, a fim de oferecer

⁴¹ Ibidem, p. 146.

⁴² Ibidem, p.163.

⁴³ Ibidem, p. 152.

⁴⁴ As expressões são empregadas por SCHREIBER, Anderson, Novas tendências da responsabilidade civil brasileira, in **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 22, abr./jun. 2005, p. 45-69.

⁴⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 195.

respostas mais efetivas às vítimas lesadas.

No caso de aplicação desta solução, é importante também atentar para a realidade de cada pessoa com deficiência presa que vier a ser beneficiada, pois a quantidade de dias remidos pode variar em razão do maior ou menor grau de sua vulnerabilidade existencial, conforme o tipo de deficiência e o grau de dependência da pessoa no contexto da unidade prisional em que se encontre.

A solução apontada encontra amparo na jurisprudência internacional de direitos humanos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), ao ditar medidas provisórias (espécie de medidas cautelares, prevista no artigo 63, nº 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos) contra o Brasil no caso “Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho”, expôs que, em razão das condições degradantes do presídio mencionado (especialmente tendo em vista a superlotação), localizado no Rio de Janeiro, o Estado deveria, exceto para os acusados ou condenados por crimes contra a vida, a integridade física ou sexual (que estarão sujeitos, em cada caso, a um exame criminológico), computar cada dia efetivamente encarcerado à razão de dois.⁴⁶

Assim, a remição da pena, solução minoritária apontada pelo plenário do STF no julgamento do Recurso Extraordinário em comento, balizada em uma interpretação analógica do artigo 126 da Lei de Execução Penal (LEP), pode, ao que tudo indica, repercutir melhores resultados práticos como mecanismo de tutela das pessoas presas expostas a condições degradantes.

Contudo, para as pessoas com deficiência, tal percepção é apenas aparente, já que não tem o condão de alterar substancialmente a situação dos estabelecimentos prisionais, pois não permite, ao Estado, fazer cessar a lesão de direitos fundamentais, o que põe em xeque sua efetividade. Ou seja, a remição da pena encurtaria o tempo durante o qual o preso com deficiência ficaria submetido às condições degradantes de cárcere, sem, todavia, evitar que as lesões aos direitos humanos fundamentais desta pessoa ocorressem.

Em resumo, é forçoso convir que, em se tratando de preso com deficiência, esta solução não parece ser a mais adequada, já que não é apta a fazer cessar, de modo imediato, a lesão a direitos humanos fundamentais. Logo, deve-se analisar outra medida, a qual tenha mais capacidade de concretizar o ideal de evitar a ocorrência da lesão: a concessão de prisão domiciliar.

5.4. A prisão domiciliar

Postas as limitações das soluções anteriormente apresentadas, apresenta-se a prisão domiciliar como alternativa mais idônea a assegurar os direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência em situação de cárcere, uma vez constatada a falta de condições adequadas à permanência delas na unidade prisional. Esta solução atende melhor ao imperativo de proteção da pessoa com deficiência, com base em toda a normativa jurídico-constitucional.

A autorização normativa para a adoção da prisão domiciliar está em uma interpretação analógica dos artigos 318, inciso II, do Código de Processo Penal (CPP) e 117, inciso II, da Lei de Execução Penal (LEP), os quais estabelecem, respectivamente, que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: extremamente debilitado por motivo de doença grave”⁴⁷ e que “somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto

⁴⁶ A versão original, disponível em espanhol, pode ser encontrada em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf. Acesso em 11 abr. 2020.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

em residência particular quando se tratar de: condenado acometido de doença grave”⁴⁸.

A propósito, cumpre realçar dois pontos: o primeiro é que se faz uso da analogia, porque deficiência, certamente, não significa a mesma coisa que doença, porém algumas consequências negativas, de caráter pessoal, são igualmente observadas nas duas situações fáticas; o segundo é que a interpretação da citada norma nesse caso é extensiva, porque poderia ser aplicada não só em caso de prisão preventiva e cumprimento de pena em regime aberto, mas, também, de prisão definitiva e em regime semiaberto e fechado.

Essa interpretação está em consonância com o “método jurídico estruturante”,⁴⁹ assim entendido pelo Ministro do Supremo Gilmar Mendes:

O método em que a norma não se confunde com o seu texto (programa normativo), mas tem a sua estrutura composta também pelo trecho da realidade social em que incide (o domínio normativo), sendo esse elemento indispensável para a extração da norma. O intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar a sua tarefa hermenêutica.⁵⁰

Tal entendimento encontra respaldo em doutrina, a exemplo do Enunciado nº 20 da I Jornada de Direito e Processo Penal do Conselho da Justiça Federal, realizada em agosto de 2020, que afirma o seguinte: “É possível, em situações excepcionais, a aplicação da prisão domiciliar humanitária, prevista no art. 117 da Lei nº 7.210/1984, também aos condenados em cumprimento de regime fechado e semiaberto”.⁵¹

Registra-se ainda o entendimento de Juarez Tavares, que, em seu parecer sobre “relação entre as condições concretas de funcionamento do sistema prisional brasileiro e o alcance dos objetivos manifestos da pena”, datado de 07 de abril de 2015, no tópico de nº 86, expôs que a substituição da pena privativa de liberdade pela prisão domiciliar, ainda que sem expressa previsão legal, é medida necessária à cessação da imposição de pena degradante:

A adoção de estratégias de descarcerização por parte do juiz de execução penal parece ser necessária nesse contexto. A substituição do cárcere pela prisão domiciliar – fora das hipóteses atualmente autorizadas pela lei de execução penal –, como medida necessária à interrupção da aplicação pelo Estado de pena degradante e inumana, aparenta ser mais adequada quando comparada com a medida consistente em impedir o ingresso de novos condenados no cárcere: em primeiro lugar, porque desse modo evita-se a execução de uma pena em momento muito posterior ao cometimento do fato criminoso; em segundo lugar, porque tal solução não comporta, como a suspensão do cumprimento da pena, a liberdade incondicionada do detento, mas permite garantir a executoriedade da sentença condenatória.⁵²

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

⁴⁹ Segundo FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de direito constitucional**, 9. ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 191, aludindo à teoria de Friedrich Müller, na metódica jurídica normativo-estruturante tem-se “a concepção de que a norma jurídica não se identifica com seu texto (expresso), pois ela é o resultado de um processo de concretização. (...) a norma resulta da união entre o programa normativo e o âmbito (campo) normativo. (...) o texto da norma deve ser tomado apenas como ponto inicial do programa normativo”, sendo que “a concretização normativa, então, deve levar em conta dois elementos: um formado pelo conjunto de domínios linguísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico (programa normativo) e outro que diz respeito ao conjunto de domínios reais fáticos, abrangidos em função do programa normativo, ou seja, a porção da realidade social tomada como estrutura fundamental e que o próprio programa normativo autoriza a recortar (âmbito ou campo normativo)”.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93.

⁵¹ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/jornada-direito-processo-penal.pdf>. Acesso em 16 de ago. 2020.

⁵² TAVARES, Juarez Estevam Xavier. 07 abr 2015. Disponível em: <https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%3a1rio-Vers%C3%A3o-Final.pdf>. Acesso em 03 nov. 2019.

Em sequência, é extremamente relevante citar o acórdão prolatado pelo STF no *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, impetrado pela Defensoria Pública da União (DPU), que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de, entre outras pessoas, todas as mães de crianças com deficiência que não tenham cometido crimes contra seus descendentes mediante violência ou grave ameaça, tendo em vista a situação degradante dos presídios brasileiros, que afetam, com mais força, este grupo. Assim, o STF decidiu nos termos a seguir expostos:

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes.

XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima.⁵³

Por meio deste acórdão, restou clara a preocupação do STF com a exposição de grupos vulneráveis a condições degradantes de cárcere e que, em face desta situação inadmissível, medidas preventivas e *in natura* devem ser idealizadas. No contexto assustador em que os presídios brasileiros se encontram, torna-se indispensável que decisões como estas sejam incentivadas e possuam maior abrangência.

Neste caso, é plenamente possível efetuar uma analogia *in bonam partem* e aplicar a solução não só às mães de crianças com deficiência, mas também às pessoas com deficiência. Pode-se, inclusive, com fundamento na obrigação constitucional assumida pelo Brasil quando da concessão, à Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, de *status* de emenda constitucional, estender a abrangência para que a solução possa atingir todas as pessoas com deficiência submetidas a condições degradantes de cárcere, concedendo-lhes prisão domiciliar.

O STF é categórico ao afirmar que é vedada a imposição de regime prisional mais gravoso em razão da inexistência de estabelecimento carcerário apropriado. Esta assertiva está contida no enunciado da Súmula Vinculante nº 56, que foi publicada em agosto de 2016 e é emanada do seguinte modo: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.⁵⁴

O enunciado sumular supracitado faz referência ao acórdão de um Recurso Extraordinário, julgado em repercussão geral, que, logo em sua ementa, traça critérios para subsidiar o juízo da execução penal com as medidas a serem tomadas quando se deparar com a falta de estabelecimento prisional adequado:

Havendo déficit de vagas, deverão ser determinados: (i) a saída antecipada de

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP. Relator: Lewandowski, Enrique Ricardo. Publicado no DJ de 09 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 03 nov. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>. Acesso em 03 nov. 2019.

sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado que progride ao regime aberto. Até que sejam estruturadas as medidas alternativas propostas, poderá ser deferida a prisão domiciliar ao sentenciado.⁵⁵

Neste sentido, o STF quer dizer que, quando não existirem condições adequadas de encarceramento, é indispensável que o condenado, primeiramente, deixe de estar submetido ao regime de cumprimento de pena que lhe foi imposto e passe ao seguinte (do fechado ao semiaberto, por exemplo), de modo a ser eletronicamente monitorado, e, caso progride ao aberto, possa cumprir penas restritivas de direitos e/ou estudo. Porém, caso tais medidas não sejam implementadas, é imperativa a determinação da prisão domiciliar.

Além dos dispositivos legais acima referidos, que percorrem o caminho da autorização da prisão domiciliar a pessoas com deficiência submetidas a condições degradantes de cárcere, impende ressaltar, a título de ilustração, outra possibilidade concedida pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro: a suspensão condicional da pena. Menciona-se, desta forma, a previsão do artigo 77 do Código Penal brasileiro, que, em seu §2º, acrescido ao diploma penal pela Lei nº 9.714/98, contempla a figura que a doutrina chama de “*sursis humanitário*” ou “*sursis por razões de saúde*” e é assim redigido: “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão”.

Em outras palavras, quando a pena privativa de liberdade não exceder o *quantum* de quatro anos e as razões de saúde justificarem, é direito subjetivo de qualquer pessoa não ser encarcerada, sendo plenamente possível afirmar que as “razões de saúde” abrangem os males causados pela incompatibilidade entre as limitações decorrentes da deficiência e as barreiras existentes no presídio, o que confere tal direito às pessoas com deficiência.

Esta hipótese, que já é uma realidade no sistema penal pátrio, apesar de não contemplar, como solução, a possibilidade de prisão domiciliar (que é a medida preferencial defendida neste trabalho), segue a mesma linha, na medida em que consubstancia meio alternativo para diminuir os males causados pela prisão, constatação que é de suma importância quando a situação envolve pessoa com deficiência submetida a condições degradantes de cárcere.

Em suma, à míngua de políticas públicas que zelem pela inclusão no ambiente carcerário, a depender do grau de vulnerabilidade (que deve ser analisado por meio da conjugação entre a deficiência da pessoa no caso concreto e as condições de acessibilidade do estabelecimento prisional), a prisão domiciliar mostra-se, então, a medida mais adequada quando se trata de preso com deficiência.

Todas as soluções acima expostas, já adotadas (como a aplicação Súmula Vinculante nº 56 e do acórdão no *habeas corpus* nº 143.641/SP) ou não (interpretação analógica dos artigos 318, II, do CPP e 117, II, da LEP) no sistema jurídico brasileiro revelam que existem saídas constitucionais e legais para que aos presos com deficiência submetidos a condições degradantes de cárcere seja determinada a prisão domiciliar.

Mesmo que a grande maioria das residências particulares no Brasil possa carecer de acessibilidade, esta também é, como exposto, a realidade das unidades prisionais, que, além disso, possuem inúmeras outras características nefastas e que violam, de maneira mais acentuada, a dignidade humana das pessoas com deficiência, as quais, por meio da prisão domiciliar, poderão contar com o auxílio de sua família e de sua comunidade, que, assim como

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator: Mendes, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 01 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 03 nov. 2019.

o Estado, têm o dever de assegurar à pessoa com deficiência a efetivação de seus direitos, de acordo com o supracitado artigo 8º da Lei Brasileira de Inclusão.

Conclusão

Compreendidas as “condições legais de encarceramento” das pessoas com deficiência à luz da Convenção e do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, foram abordadas algumas soluções jurídicas para o enfrentamento das situações degradantes a que tais pessoas estão sujeitas, à míngua de políticas públicas que possam, por ora, efetivamente resolver a grave questão carcerária no Brasil – solução primordial.

Partiu-se de análise do acórdão proferido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS para refletir sobre a pertinência e efetividade da reparação pecuniária de danos morais às pessoas presas em situação degradante, solução adotada na decisão, bem como sobre outros caminhos possíveis.

Demonstrou-se, assim, que a compensação em pecúnia não é, de fato, a resposta mais adequada, seja porque não permite efetiva indenização dos danos ocorridos durante o tempo em que a pessoa se manteve presa sob condições degradantes, seja porque é insuficiente, seja, enfim, porque não repercute medidas positivas e concretas voltadas à melhoria das condições dos estabelecimentos prisionais. Além disso, se for empregada como uma solução generalizada, dita compensação pode se converter em mais um fator de congestionamento da máquina judiciária, além de não ser financeiramente sustentável para os entes federativos que mantêm os presídios.

Todavia, se é questionável como solução jurídica a condenação do Estado à reparação pecuniária de danos morais a todas as pessoas presas, ainda que em situação extremamente insatisfatória, ela é totalmente defensável (ainda que não seja, obviamente, a medida ideal) em relação às pessoas com deficiência detidas em estabelecimentos prisionais sem as devidas adequações para sua inclusão e proteção. Isto porque a situação degradante à qual a pessoa estará submetida, aliada à sua vulnerabilidade existencial, justifica um tratamento diferenciado.

Neste sentido, caso seja aplicada, a condenação do Estado à reparação do dano moral deve ser ao menos subsidiada com sólida fundamentação que permita tanto ao ofensor quanto à vítima compreenderem em concreto os pressupostos de configuração da responsabilidade civil e os critérios norteadores da fixação do valor da reparação, entre os quais merece especial atenção a vulnerabilidade existencial da pessoa, conforme seu tipo de deficiência e grau de dependência.

Há que se considerar, neste contexto, as limitações do instituto da responsabilidade civil, na figura da reparação pecuniária do dano, razão pela qual ela deve ser vista como solução derradeira, aplicada apenas na impossibilidade de formas não pecuniárias de reparação e de medidas preventivas – que devem ser sempre priorizadas –, tendo em vista que a adequação dos presídios e o preparo de seus agentes para lidar com as peculiaridades das pessoas com deficiência ainda é uma realidade distante no Brasil, mesmo que, como exposto, o Poder Judiciário possa determinar ao Poder Executivo a realização de obras emergenciais nos estabelecimentos prisionais.

Não sendo isso possível, e sem prejuízo da reparação pecuniária voltada à compensação dos danos morais oriundos da lesão já verificada e irreversível à pessoa com deficiência, a concessão de prisão domiciliar, como dito, mostra-se como a alternativa a ser aplicável. Esta solução encontra respaldo no ordenamento jurídico-constitucional pátrio, especialmente na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (artigos 9º, 14 e 26), que tem *status* de emenda constitucional, no Código de Processo Penal (artigo 318, II), na Lei de Execuções Penais (artigo 117, II) e no entendimento do STF (Súmula Vinculante nº 26 e acórdão no *habeas corpus* coletivo nº 143.641).

Com ela, é possível que se faça cessar, o quanto antes, as lesões a direitos humanos

fundamentais em jogo, especialmente diante da situação de vulnerabilidade e de intolerável vulneração a que são submetidas as pessoas com deficiência. Ou seja, ela deve ser priorizada em razão de sua função preventiva, preferível frente à índole meramente compensatória do pagamento de uma quantia em pecúnia, solução esta pouco dissuasiva, que opera somente após a lesão e que ainda pode apresentar dificuldades de execução.

Por fim, é importante ressaltar a imprescindibilidade de uma maior articulação entre o direito civil e o direito penal a fim de se assegurar a efetividade do ordenamento constitucional, sobretudo da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, especialmente às pessoas mais vulneráveis e que, por isso, carecem de maior proteção, tal como as pessoas com deficiência.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9455.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1.152.541/RS. Relator: Sanseverino, Paulo de Tarso. Julgado em 13 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequential=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do habeas corpus coletivo nº 143.641/SP. Relator: Lewandowski, Enrique Ricardo. Publicado no DJ de 09 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Medida Cautelar na Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Mello, Marco Aurélio. Julgado em 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarerepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Lewandowski, Ricardo. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator: Mendes, Gilmar Ferreira. Publicado no DJ de 01 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 56. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3352>.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas**. 13 de março de 2008. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2019.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos - CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 27 mar. 2019.

COMENTÁRIO Geral nº 2 (2014) do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência = GENERAL Comment nº 2 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. 22 de maio de 2014. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2>. Acesso em 03 jun. 2019.

DANTAS BISNETO, Cícero. **Formas não monetárias de reparação do dano moral**: uma análise do dano extrapatrimonial à luz do princípio da reparação adequada. Florianópolis: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Flávia Piva de Almeida et alia (coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – atualização de junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos = INTERNATIONAL Covenant on Civil and Political Rights. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências da redução da população carcerária em outras nações.** Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>. Acesso em 29 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SALLES, Raquel Bellini; PASSOS, Aline Araújo; ZAGHETTO, Nina Bara. A experiência extensionista do “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência” e necessidades prementes para a efetividade da Lei Brasileira de Inclusão. In: SALLES, Raquel Bellini; PASSOS, Aline Araújo; LAGE, Juliana Gomes (Orgs.). **Direito, vulnerabilidade e pessoa com deficiência.** Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A responsabilidade civil das pessoas com deficiência e dos curadores após a Lei Brasileira de Inclusão. **Revista IBERC**, v. 4, n. 1, p. 1-18, 2 mar. 2021.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 22, abr./jun. 2005, p. 45-69.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. 07 abr 2015. Disponível em:

<https://www.patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Parecer-Sistema-Carcer%c3%a1rio-Vers%c3%a3o-Final.pdf>. Acesso em 03 nov. 2019.

TESOURO NACIONAL. Relatório resumido de execução orçamentária (Foco Estados + Distrito Federal). Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RREOfocoRetificado01_03/6e2327bd-8f5d-4db0-ba3d-26d948483e93>. Acesso em 29 mar. 2019.

VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos – 2. ed. – São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

22. GREENWASHING E A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS DE MINERAÇÃO: um olhar sob a perspectiva do “pós-extrativismo”¹

GREENWASHING AND THE ACTION OF MINING COMPANIES: a look from the "post-extractivism" perspective

Fernanda Rocha Ahouagi Pinho²
Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri³

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo propor uma reflexão acerca da atuação e do papel da atividade minerária atualmente, questionando a prática de greenwashing e a governança corporativa por parte das empresas que realizam referida atividade e tendo como foco de análise as mineradoras Samarco S.A. e Vale S.A. Para tal, utiliza-se da estratégia metodológica de pesquisa qualitativa, mediante revisão bibliográfica e análise de conteúdo documental, e tem-se como substrato teórico as reflexões de Eduardo Gudynas, no sentido do “pós-extrativismo”. Ao final, conclui-se que Estado, sociedade civil e empresas, devem trabalhar em conjunto para garantir um desenvolvimento sustentável, de modo que cada ente deve operar com responsabilidade socioambiental dentro de sua área de atuação, havendo uma fiscalização e cobrança mútua entre estes.

Palavras-chave: Greenwashing. Governança Corporativa. Mineração.

Abstract

The purpose of the present work is to analyze the activity and role of mining company in the present, questioning the practice of greenwashing and corporative governance by companies that carry out this activity and focusing on the mining companies Samarco SA and Vale SA. The methodology used is qualitative research, through bibliographical revision and documentary analysis, and has as its theoretical substrate the reflections of Eduardo Gudynas about "post-extractivism". In the end, it's concluded that the State, civil society and companies must work together to ensure sustainable development, seeking social and environmental responsibility in their area of activity.

Keywords: Greenwashing, Corporative Governance. Mining.

Sumário: 1. Introdução 2. Do “extrativismo depredador” ao “extrativismo sensato” 3. O papel da sociedade e a prática de “greenwashing” 4. Mineração sustentável: é possível? 5. Um questionamento acerca da governança corporativa 6. Considerações finais

¹ Trabalho feito através do Projeto de Pesquisa “Greenwashing e a função social das empresas de mineração”, aprovado pelo Propesq em 2018 e realizado pelo coordenador Sérgio Marcos Carvalho de Ávila Negri e a bolsista Fernanda Rocha Ahouagi Pinho.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

³ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação Estrito Senso em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da UFJF.

1. Introdução

A mineração, atividade marcada por uma distribuição desigual dos riscos para as comunidades locais, é uma prática que, por sua natureza extrativista, gera grandes danos socioambientais. A remoção da vegetação nas áreas de extração, a poluição dos recursos hídricos, a contaminação dos solos e águas por elementos tóxicos, a poluição por descarte indevido de materiais não aproveitados e a remoção de comunidades locais para a extração acompanham a mineração no país.

O Brasil se encontra como um dos países mais ricos em recursos minerais do mundo, e é alvo de setores econômicos que extraem grande volume de recursos naturais para comercialização, geralmente no exterior, sem receber quase nenhum procedimento. Por conta disso, o país arca com os ônus advindos dessas atividades, que se materializam em danos socioambientais causados às comunidades locais, acarretando perdas, muitas vezes, inestimáveis.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo propor uma reflexão acerca da atuação e do papel da atividade minerária atualmente, questionando a prática de greenwashing e a governança corporativa por parte das empresas que realizam referida atividade, e tendo como foco de análise as mineradoras Samarco S.A. e Vale S.A.

Para tal, utiliza-se da estratégia metodológica de pesquisa qualitativa, mediante revisão bibliográfica e análise de conteúdo documental, principalmente no que concerne a relatórios disponibilizados pelas empresas Vale S.A. e Samarco S.A.

O substrato teórico aderido para a realização de tal análise tem como ponto de partida as reflexões de Eduardo Gudynas, sobretudo, no que se refere à uma mudança de paradigma rumo ao “pós-extrativismo”, de modo que deve haver uma migração de um modelo de “extrativismo depredador” para um “extrativismo sensato”.

O trabalho foi dividido em quatro partes. Na primeira, faz-se uma breve apresentação das ideias de Eduardo Gudynas, o qual propõe uma mudança de paradigma pautada no “pós-extrativismo”, tendo em vista que considera o modelo de desenvolvimento adotado na América Latina insustentável, porquanto se pauta em um “extrativismo depredador”, que visa a intensa apropriação de recursos naturais para serem derramados nos mercados globais. Essa apresentação é feita focando no papel do Estado sobre a atividade extrativista. Em um segundo momento, faz-se uma análise acerca do papel da sociedade - com foco nas empresas de mineração - nessa mudança de paradigma, considerando o crescimento da preocupação com um desenvolvimento sustentável, que proteja o meio ambiente saudável, e, para isso, é feita introdução ao conceito de greenwashing. Na terceira parte, são apresentados dados publicados tanto pelas empresas Samarco S.A. e Vale S.A. quanto por demais canais de notícias e comunicação sobre a atuação destas mineradoras e os impactos de suas atividades. Na quarta parte, questiona-se o papel do Estado diante da opção por mecanismos privados de autorregulação por parte da Vale S.A. enquanto empresa que realiza atividade extrativista de alto risco. Por fim, erige-se as considerações finais, concluindo que Estado, sociedade civil e empresas devem trabalhar em conjunto para garantir um desenvolvimento sustentável, de modo que cada ente deve atuar com responsabilidade socioambiental dentro de sua área de atuação, além de fiscalizar os demais entes.

2. Do “extrativismo depredador” ao “extrativismo sensato”

Para Gudynas, o atual modelo de desenvolvimento adotado na América Latina – que persiste na dependência da exportação de matérias-primas - se mostra insustentável, tendo em vista o foco em uma intensa apropriação de recursos naturais que, posteriormente, serão derramados nos mercados globais.

Nesse cenário, o autor propõe uma mudança de paradigma e modelo de desenvolvimento, denominado “pós-extrativismo”, de modo que este rompe com a dependência extrativista dos países sul-americanos, superando a ideia de desenvolvimento pautado em um progresso material continuado e linear através da apropriação da Natureza (GUDYNAS, 2016).

O extrativismo sul-americano é considerado como “extrativismo depredador”, considerando que as atividades são executadas de maneira intensiva e em escala exorbitante, com custos externalizados e geração de impactos sociais e ambientais substantivos. Além disso, essa “ecodependência”⁴ enfatiza a primarização econômica, dirimindo as opções de diversificação produtiva e limitando os índices de empregos.

Com vistas a romper com esse panorama latino-americano, Gudynas propõe “alternativas ao desenvolvimento”, que se abrigam no rótulo do Bem Viver. Trata-se de uma crítica ao ideal de progresso e crescimento econômico pautados na intensa apropriação da Natureza e às suas mediações materiais. Assim, se opta pela seguridade da “qualidade de vida” que transcende a dimensão material, individual e antropocêntrica, abrangendo também o bem-estar espiritual e comunitário, o qual se estende por toda a Natureza, visando a manutenção de uma integridade local e global mediante a superação do dualismo que separa sociedade e natureza e, também, da concepção de história linear, que defende que o estilo e a cultura das nações industrializadas devem ser repetidos pelos demais países (GUDYNAS, 2016).

As transições necessárias rumo ao “estado de Bem Viver” – buscando a erradicação da pobreza e o impedimento de novas perdas de biodiversidade - devem ser elaboradas de acordo com o contexto histórico, social e ambiental de cada região, objetivando que a apropriação e organização dos processos produtivos dos recursos naturais sejam feitos com respeito aos limites ambientais e à qualidade de vida da sociedade.

Concomitantemente às ideias apresentadas por Gudynas, tem-se a ideia de ecologia política, a qual questiona os modos de produção e consumo impostos pelo sistema vigente⁵, que intensifica os conflitos socioambientais⁶ através do modelo de desenvolvimento e “progresso” baseado em uma visão estritamente economicista. Assim, a ecologia política busca justamente uma mudança de paradigma pautada na construção de uma racionalidade ambiental inserida em um mundo sustentável (LEFF, 2013).

Importante salientar que o “pós-extrativismo” não consiste na erradicação da atividade extrativista, mas visa a superação do “extrativismo depredador” para um “extrativismo sensato”, ou seja, as modalidades extrativistas genuinamente necessárias, que cumpram requisitos sociais e ambientais, e que estejam relacionadas a redes econômicas nacionais e regionais poderão se manter em atividade. No “extrativismo sensato”, as normas sociais e ambientais são devidamente cumpridas, por meio de controles efetivos e rigorosos, com a internalização dos impactos.

Para caminhar no sentido do “pós-extrativismo”, deve haver a submissão dos empreendimentos mineradores e petrolíferos a controles ambientais e sociais rígidos, de modo a superar o panorama de avaliações de impacto ambiental limitadas e/ou incompletas, de flexibilização de normas (sociais e ambientais) e de baixo controle e monitoramento de empreendimentos. Também é ímpar que os Estados retirem os inúmeros subsídios que, muitas vezes, sustentam as atividades extrativistas, e realizem a cobrança de royalties adequados, cargas tributárias justas e apliquem impostos sobre grandes lucros (GUDYNAS, 2016).

⁴ BARTON, 2006.

⁵ AQUINO, R.J.C. La ecología política como respuesta al problema medio ambiental. In: IX COLÓQUIO INTERNACIONAL DE GEOCRÍTICA, 2007. Porto Alegre, Anais... Porto Alegre: UFRGS, 2007. Disponível em: <www.ub.edu/geocrit/9porto/roquecar.htm>. Acesso em: 06 abri. 2019

⁶ Conflitos socioambientais podem ser definidos como “embates entre grupos sociais em função de seus distintos modos de inter-relacionamento ecológico, isto é, com seus respectivos meios social e natural” (LITTLE, 2004, p. 1).

Ademais, os preços dos produtos do extrativismo devem ser corrigidos, de modo a incluir seus efeitos sociais e ambientais, como os custos com pagamentos por remediação ou descontaminação ambiental, uso da água e perda de áreas agrícolas, etc. Com isso, esses produtos encarecerão, e será necessário que a correção social e ambiental seja coordenada em nível regional, abrangendo toda a América Latina e buscando a harmonização dos preços, tendo em vista que os potenciais compradores procurarão fornecedores mais baratos ou recursos alternativos.

O Estado deve, nesse diapasão, focar também na geração de novas fontes de emprego, no fortalecimento de sistemas educativos e realizar uma boa assistência social.

3. O papel da sociedade e a prática de “greenwashing”

No tópico anterior, o enfoque sobre a mudança de paradigma se deu, principalmente, sob o papel da atuação estatal, e, agora, parte-se de um olhar voltado para o papel da sociedade, mais precisamente, para o papel das empresas de mineração.

Para revisar a atividade extrativista intensa e “depredadora”, faz-se mister uma alteração substancial no modelo de consumo atual, voltado para a quantidade, com vistas a alcançar um modelo de “consumo consciente”, voltado para a qualidade. Nesse sentido, deve-se optar por bens com longo período de uso, e que tenham em sua rede de produção empresas que atuam com alto grau de responsabilidade (ambiental e social) e transparência.

Nesse contexto, existem empresas que têm se preocupado efetivamente com os impactos de suas atividades ao meio ambiente e ao meio social, e, por isso, buscam meios de produção realmente sustentáveis e a redução de seus choques sócio ambientais. Em contrapartida, parte do mercado entende a sustentabilidade como fator meramente simbólico, e utiliza desse ideal como manobra publicitária para atrair consumidores. Surge aí, a prática de “greenwashing”.

O *Greenwashing* (“maquiagem verde” ou “banho verde”, em tradução livre) consiste na injustificada apropriação de virtudes ambientalistas por parte de organizações (empresas, governos, etc.) ou pessoas, mediante o uso de técnicas de marketing e relações públicas, com o objetivo de criar uma imagem positiva acerca de seu grau de responsabilidade ambiental diante da opinião pública, mais especificamente, diante de potenciais consumidores. Essa estratégia, além de propagar uma falsa sustentabilidade, oculta atividades que, na realidade, agredem o meio ambiente.

A prática se dá por slogans falsos, termos vagos ou sem relevância ecológica que remetem a um comprometimento com desenvolvimento sustentável, e seu grande perigo reside no fato de que o consumidor é, além de parte vulnerável na relação de consumo, facilmente ludibriável, de modo que ele deposita confiança no que é apresentado pelos meios de comunicação e publicidade.⁷

Observa-se que, no atual contexto histórico, diante de todos os avanços tecnológicos, pesquisas e conhecimentos adquiridos, a sociedade tem, cada vez mais, buscado estar em acordo com a preservação e proteção ambiental, além de optar por um modus vivendi pautado no consumo consciente. Nesse cenário, as empresas de mineração perceberam que, para obter êxito no mercado nacional e internacional, devem promover uma imagem positiva sob a ótica ambiental, e têm, desde então, caminhado nesse sentido.

Isto posto, faz-se uma reflexão acerca de duas empresas de mineração, a saber, a Samarco S.A. e a Vale S.A.

4. Mineração sustentável: é possível?

⁷ LOVATO, 2013.

A Samarco S.A. - mineradora controlada pela Vale S.A. e pela BHP Billiton -, antes do rompimento da barragem do Fundão em novembro de 2015⁸, era apontada como exemplo de responsabilidade socioambiental no Brasil, e foi a primeira mineradora a ter certificação ISO 14001, a qual estabelece um padrão de gerenciamento empresarial interno que traz uma abordagem preventiva de gestão ambiental. Ocorre que esse certificado é aplicável a qualquer organização e pode ser utilizada em todo o empreendimento ou apenas em parte dele⁹. Assim, “a mineração, apesar de todos os passivos ambientais, caso utilize as melhores práticas disponíveis em relação àquela atividade, pode ser certificada”¹⁰, ou seja, “o crescimento econômico pode ser ilimitado, desde que se respeitem as regras da tecnologia mais avançada, ao tentar-se prejudicar “menos” o meio ambiente.”¹¹

“A ISO, apesar de ser uma organização não governamental independente, apenas é responsável pela criação das normas e não pela certificação em si. Essa certificação é feita pelo mercado, por empresas certificadoras que apenas aplicam as normas criadas pela ISO. Segundo o próprio sítio eletrônico da ISO, embora o credenciamento seja incentivado, essas empresas certificadoras não precisam ser nem ao menos credenciadas.” (NEGRI; FERNANDES, 2019)

A Vale S.A., por outro lado, apresenta na sessão de Transparência e Sustentabilidade de seu site, as unidades que possuem certificação ISO 14001 e, dentre elas, consta a unidade Córrego Feijão¹², localizada na cidade de Brumadinho, onde houve o rompimento da barragem em janeiro de 2019 que deixou mais de 200 mortos, além da inestimável perda de biodiversidade na região e em locais próximos, sendo que os rejeitos dispostos ocupavam um volume de 11,7 milhões de metros cúbicos.

Segundo análise da Fundação SOS Mata Atlântica, entre os inúmeros danos ambientais, tem-se a “morte” do Rio Paraopeba no trecho que corta Pará de Minas, ou seja, não há mais vida aquática neste trecho do rio. A previsão é que não existe possibilidade de recuperação do rio para o abastecimento público, sendo que desde 24 de fevereiro de 2019, a Secretaria de Estado de Saúde, Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável, Pecuária e Abastecimento de Minas Gerais emitiu uma medida de prevenção, “proibindo o uso da água em qualquer finalidade por tempo indeterminado”.¹³

Em 2017, a Vale obteve 62 licenças ambientais, de modo que “algumas unidades operacionais são certificadas nas normas ISO 9001 (Sistema de Gestão da Qualidade), ISO 14001 (Sistema de Gestão Ambiental) e OHSAS 18001 (Sistema de Gestão de Saúde e

⁸ Em 5 de novembro de 2015, ocorreu o rompimento abrupto da estrutura de contenção de rejeitos na barragem de Fundão, na unidade de Germano, em Mariana (MG), operada pela Samarco. [...] 19 pessoas, entre membros da comunidade e empregados da Samarco e de empresas contratadas, desapareceram. Até junho de 2016, 18 corpos haviam sido identificados e um permanecia desaparecido. Dos óbitos confirmados, 13 foram de profissionais de empresas contratadas pela Samarco, quatro de moradores e um de pessoa que visitava Bento Rodrigues. (SAMARCO S.A.)

⁹ NEGRI; FERNANDES, 2019.

¹⁰ NEGRI; FERNANDES, 2019.

¹¹ NEGRI; FERNANDES, 2019.

¹² Dentre as unidades com certificação ISO 14001, tem-se as seguintes unidades: Água Limpa, Alegria, Fábrica Nova, Brucutu, Cauê, Conceição, Fazendão, Timbopeba, Córrego Feijão, Jangada, Fábrica, Mutuca, Mar Azul, Capão Xavier, Pico, Vargem Grande, Tamanduá, Abóbora, Capitão Mato, Carajás, Mina Manganês Azul, Urucum, Santa Cruz, Porto Gregório Curvo, Pelotização Tubarão, Porto Tubarão, Of. Manutenção Ferroviária Tubarão, Pelotização Omã, Salobo, Onça Puma, Sossego, Matsusaka, Dalian.

¹³ ARAGAKI, Caroline. Rio Paraopeba está morto e perda de biodiversidade é irreversível. Jornal da USP, 4 abr. 2019. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/rio-paraopeba-esta-morto-e-perda-de-biodiversidade-e-irreversivel/>. Acesso em: 7 abr. 2019.

Segurança no Trabalho).”¹⁴

Segundo a empresa, a barragem do Córrego Feijão, construída em 1976 pela Ferteco Mineração (comprada pela Vale em 2001), possuía todas as declarações de estabilidade aplicáveis, e passou por auditoria externa e independente em setembro de 2018. Além disso, ela estava em processo de descomissionamento¹⁵, e estava inativa há cerca de três anos.

A Vale sustenta que todas as suas barragens superaram o nível de segurança exigida de qualquer legislação nacional ou internacional¹⁶, e que suas operações ocupam cerca de 1,5 mil km²,

“sendo que os principais riscos e impactos diretos e indiretos da atuação da empresa estão associados a alterações em ambientes naturais e mudanças no uso do solo, que alteram os componentes do meio físico, funcionam como suporte para os elementos do meio biótico (flora e fauna) e, portanto, são capazes de alterar a biodiversidade e os serviços ecossistêmicos de um território.” (VALE, 2017)

Ademais, somente em 2017, foram registrados 474 casos de conflitos pelo uso da terra entre a Vale e comunidades locais, envolvendo povos indígenas e comunidades tradicionais. Destes casos, 93 relacionavam-se a interdições ou invasões de operações e ativos da empresa.

Em contrapartida, tem-se que, desde 2007, a Vale apresenta anualmente um Relatório de Sustentabilidade, com o objetivo de tornar público sua atuação voltada para o propósito de “por meio da mineração, transformar recursos naturais em prosperidade e desenvolvimento sustentável, [...] trabalhando com o intuito de gerar retorno econômico para acionistas e, ao mesmo tempo, adotar boas práticas para a proteção do meio ambiente e de atuação social” (VALE, 2017). Nesse sentido:

A atuação ambiental da Vale é responsável pela conservação de 8,5 mil km² de áreas naturais. A empresa também ajuda a proteger mais de 5 mil espécies de plantas e animais, entre estas mais de 160 espécies ameaçadas de extinção, e 64 espécies endêmicas apenas em uma de suas áreas protegidas, a Reserva Natural Vale, localizada em Linhares (ES, Brasil).¹⁷

No entanto, é válido ressaltar que, mesmo quando a empresa mineradora busca meios de mitigar os impactos de sua atuação, mediante o uso de ações compensatórias, a natureza de sua atividade, ou seja, a mineração, ainda assim está relacionada à precarização do trabalho, ao desrespeito dos direitos de comunidades tradicionais, a órgãos de licenciamento ainda precários que perpetuam a noção de apropriação capitalista da Natureza (ZHOURI, 2008), à baixa diversificação da rede produtiva, à poluição dos recursos hídricos, à contaminação dos solos por elementos tóxicos, entre outros.

Ante o exposto, nota-se que a presença de certificações, como a ISO 14001, não implica em uma atuação necessariamente e efetivamente sustentável das empresas sob o ponto de vista socioambiental, de modo que, muitas vezes, os certificados servem mais como uma “maquiagem” que oculta danos ambientais e sociais diretamente relacionados a atividade mineradora. Nesse sentido, os danos ambientais são considerados apenas como externalidades,

¹⁴ VALE, 2017.

¹⁵ Descomissionamento é o processo de encerramento definitivo do uso de uma barragem, ou seja, a estrutura não possui mais características de barragem e é totalmente reincorporada ao relevo e ao meio ambiente, segundo informações da Vale.

¹⁶ “A Vale mantém a gestão de suas barragens em permanente alinhamento e atualização com as melhores e mais rigorosas práticas internacionais, cujos padrões ultrapassam as exigências legais. Auditores externos e especialistas internacionais reconhecem a empresa como referência na gestão de riscos na indústria mundial.” (VALE S.A., 2017).

¹⁷ VALE, 2017.

e quem suporta os mesmos é a comunidade local afetada.

5. Um questionamento acerca da governança corporativa

Em 22 de dezembro de 2017, a Vale S.A. anunciou sua migração para o Novo Mercado, um segmento especial de listagem da B3 S.A. (Brasil, Bolsa, Balcão), que engloba as empresas listadas na bolsa de valores que possuem práticas de governança corporativa adicionais às que são exigidas pela legislação brasileira¹⁸. Trata-se de uma espécie de “selo de qualidade” quanto à governança corporativa das empresas listadas, “todavia, não há qualquer sanção formal para o descumprimento das condições”¹⁹.

Conforme salientam Ferreira e Negri (2019), “o discurso da governança corporativa é entendido como aquele que reforça a adoção de mecanismos regulatórios privados, isto é, aquelas medidas a serem adotadas e fiscalizadas pelos próprios agentes econômicos, entre si”, dessa forma, essa política voluntária de autorregulação coloca a regulação estatal externa da atividade como algo supérfluo²⁰, e, por vezes, desnecessária.

Nesse contexto, cabe questionar: será que os mecanismos privados de autorregulação são suficientes para garantir a transparência e um alto nível de responsabilidade socioambiental por parte de empresas de mineração? A solução de problemas relacionados a atividade via mercado é a ideal?

Essa reflexão é proposta considerando que a atividade de mineração é naturalmente predatória²¹, e envolve altíssimo risco, que implica em danos não só ambientais, mas também sociais e culturais. Além disso, o Estado deve ser o maior interessado em regular e fiscalizar os recursos do país, visando colocar a proteção das comunidades tradicionais, indígenas e locais, da fauna e da flora brasileiras e da cultura tradicional acima de qualquer lucro empresarial. Assim, cabe a todos nós, sociedade e Estado, indagar acerca dos reais interesses por trás da autorregulação de empresas que assumem tamanho risco.

6. Considerações finais

Ante o exposto, percebe-se que o “extrativismo depredador” não é compatível com o Bem Viver, uma vez que aquele impede a possibilidade de uma “boa vida” tanto individual quanto comunal, pois destrói a Natureza com a qual se vive e, junto a ela, impacta negativamente toda a rede interdependente na qual todos os seres vivos (humanos e não humanos) atuam. Nesse sentido, considerando que a atividade extrativista é essencial para a vida e atuação humana, propõe-se o “extrativismo sensato”, no qual a Natureza passa a ser considerada como patrimônio, e não mais como “coisa” a ser apropriada, mercantilizada e convertida em capital²², e o Estado passa atuar de forma a garantir, efetivamente, que apenas atividades que cumpram com as normas sociais e ambientais sejam realizadas.

Assim, Estado, sociedade civil e empresas, devem atuar, conjuntamente, com o objetivo de alcançar um desenvolvimento sustentável substantivo, de modo que cada setor deve fiscalizar e cobrar ações dos demais, para que estas sejam compatíveis com esse desenvolvimento.

No que concerne à atividade mineradora, nota-se que o Estado deve atuar mais ativamente cobrando das empresas royalties adequados, cargas tributárias justas, aplicando impostos sobre grandes lucros, fiscalizando e monitorando estes empreendimentos mediante

¹⁸ BM&F BOVESPA, 2018.

¹⁹ FERREIRA; NEGRI, 2019.

²⁰ FERNANDES; NEGRI, 2019.

²¹ FERNANDES; NEGRI, 2019.

²² GUDYNAS, 2016.

controles ambientais e sociais rígidos e eficientes, objetivando dirimir ao máximo os danos causados por essa atuação, e buscando erradicar a prática de greenwashing, para que a publicidade seja transparente e responsável sob o prisma socioambiental.

Isto posto, é válido lembrar que os danos ambientais incluem toda uma comunidade e cultura, portanto, se preocupar com um meio ambiente saudável significa uma preocupação com a própria sociedade humana, pois tudo que atinge a Natureza, nos atinge também. Nos dizeres de Beck (1998):

Os problemas do meio ambiente não são problemas do entorno, senão (em sua gênese e suas consequências) problemas sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua referência ao mundo e sua realidade, de seu ordenamento econômico, cultural e político. [...] **Ao final do século XX há de se dizer que a natureza é sociedade, que a sociedade é também natureza.** (grifos nossos)

Referências

- BARTON, J. R. *Eco-dependency in Latin America*. In: *Singapore Journal of Tropical Geography*, v.27, n.2, p.134-149, 2006.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BM&F BOVESPA. Segmentos de listagem. Disponível em: http://www.bmfbovespa.com.br/pt_br/listagem/acoes/segmentos-de-listagem/novo-mercado/. Acesso em: 7 abr. 2019.
- FERREIRA, Luciana Tasse; NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila. O desafio da redução da desigualdade de gênero nas grandes empresas: entre as quotas vinculantes e a autorregulação. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 23, n. 1, p. 164-179, mar. 2019. DOI: 10.5433/2178-8189.2019v23n1p164. ISSN: 2178-8189.
- GUDYNAS, E. (2016). Transições ao pós-extrativismo: Sentidos, opções e âmbitos. Descolonizar o Imaginário. Disponível em: <https://www.academia.edu/38093836/Transi%C3%A7%C3%A7%C3%95es_ao_p%C3%B3s-extrativismo_Sentidos_op%C3%A7%C3%A7%C3%95es_e_%C3%A2mbitos>. Acesso em: 05 abr. 2019.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. *Certification*. Disponível em: <<https://www.iso.org/certification.html>>. Acesso em: 06 abr. 2019.
- LEFF, H. Ecologia política: uma perspectiva latino-americana. Desenvolvimento e Meio Ambiente, v. 27, p. 11-20, jan./jun. 2013. Disponível em: <www.periodicos.capes.gov.br>. Acesso em: 06 abr. 2019
- LITTLE, P.E. A etnografia dos conflitos sócio-ambientais: bases metodológicas e empíricas. In: II Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade - ANPPAS. Indaiatuba, maio de 2004. Disponível em: <www.anppas.org.br>. Acesso em: 06 abr. 2019
- LOVATO, Marcos Luiz. GREENWASHING NO BRASIL: quando a sustentabilidade ambiental se resume a um rótulo. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, 2013. Disponível em: <www.ufsm.br/redevistadireito>. Acesso em: 5 abr. 2019.

MENA, Isabela. Verbete Draft: o que é Greenwashing. Draft, 27 set. 2017. Disponível em: <https://projetodraft.com/verbete-draft-o-que-e-greenwashing/>. Acesso em: 20 jun. 2018.

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad. Democracia e responsabilidade ambiental na mineração: uma relação conflituosa? In: O Estado de Exceção: entre a vida e o Direito, Belo Horizonte, 2019. No prelo

NEGRI, Sergio Marcos Carvalho de Ávila; FERNANDES, Elora Raad. Reivindicações por justiça e a identificação de atingidos no eixo mineralício do Projeto Minas-Rio. In: Scientia Iuris, Londrina, 2018.

ROJAS, C.; PEREIRA, D. O rompimento da barragem de Fundão/MG: reflexões preliminares sobre o modus operandi da Samarco (Vale/BHP Billiton). In: Anais do 41º Encontro Anual da ANPOCS.-GT06 - Conflitos e desastres ambientais: violação de direitos, resistência e produção do conhecimento. Caxambu, 2017.

SAMARCO S.A. Rompimento do Fundão. Disponível em: <https://www.samarco.com/rompimento-de-fundao/>. Acesso em: 7 abr. 2019.

SOUZA, Leandro Ricarte Castro de; MILANEZ, Bruno. Conflitos Socioambientais, Ecologia Política e Justiça Ambiental: Contribuições para uma Análise Crítica. Revista Perspectiva Geográfica-Marechal Cândido Rondon, jan/jun 2016. Disponível em: <http://e-revista.unioeste.br/index.php/pgeografica>. Acesso em: 25 out. 2018.

VALE S.A. Relatório de Sustentabilidade 2017. Disponível em: <www.vale.com/rs2017> Acesso em 03 abr. 2019

VALE S.A. Transparência e Sustentabilidade. 2018. Disponível em: <http://www.vale.com/PT/aboutvale/transparencia-e-sustentabilidade/ambiental-gestao-ambiental/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 1 abr. 2019.

ZHOURI, Andréa. Justiça ambiental, diversidade cultural e accountability: desafios para a governança ambiental. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais (Impresso), v. 23, p. 97-107, 2008.

23. IMPACTOS DA ECONOMIA COMPARTILHADA NO SETOR DE TURISMO: ANÁLISE DA PLATAFORMA AIRBNB

SHARING ECONOMY IN TOURISM: ANALYZING THE PEER PLATFORM MARKET AIRBNB

Fabrício de Souza Oliveira

Julia Nayra Mendes

Rafaela Mendonça Costa Simões

Resumo

O presente artigo tem como foco compreender os impactos resultantes do crescente modelo atual de economia: o consumo colaborativo. Para tal, faz-se um recorte específico desses impactos dentro do setor de turismo, que é representado nesse artigo pela plataforma Airbnb, e dentro do âmbito do Direito. Ademais, utiliza-se da metodologia qualitativa de pesquisa, apresentando estudo de caso de uma plataforma online e revisão bibliográfica sobre o tema. Pode-se afirmar que a análise desse tema é instrumento essencial para o entendimento de disputas judiciais e lacunas dentro do ordenamento brasileiro e de ordenamentos estrangeiros.

Palavras-chave: economia compartilhada; regulação; *Airbnb*.

Abstract

The present article focuses on understanding the impacts resulting from the current growing model of economy: collaborative consumption. To do so, a specific cut of these impacts is made within the tourism sector, which is represented in this article by Airbnb, in the scope of Law. In addition, it uses a qualitative research method, presenting a case study of an online platform and literature review about this subject. It can be affirmed that the analysis of this topic is an essential instrument for the understanding of judicial disputes and loopholes in Brazilian and foreign legal systems.

Keywords: sharing economy; regulation; *Airbnb*.

1. Introdução

A economia compartilhada surgiu como resultado de vários avanços tecnológicos e sociais realizados mundialmente. Percebe-se, entretanto, grande dificuldade do setor jurídico em regularizar esse novo modelo de economia, o que gera conflitos e debates relevantes, que serão apresentados no decorrer do presente artigo.

Para o estudo de tais questões utiliza-se da relação feita por Amanda Flávio de Oliveira (2017) entre os avanços tecnológicos, a mudança da definição de sujeitos dentro de uma relação econômica e a transformação das noções jurídicas tradicionais. Analisa-se, também, o relatório sobre a proteção dos consumidores nas plataformas de mercado peer, desenvolvido por Natali Helberger (2016) e aprovado pelo Comitê de Política da Economia Digital. Como forma de verificar a realidade prática do assunto, faz-se, ainda, um estudo de caso específico a respeito da plataforma Airbnb, através de pesquisas jurisprudenciais, legislativas e revisão bibliográfica.

Ao final, sustenta-se a necessidade de modificações legais a fim de contemplar a nova realidade fática existente com a ascensão desse tipo de serviço. Atenta-se, contudo, para importância da criação de normas compatíveis com esse modelo econômico e suas

peculiaridades.

2. A economia compartilhada

De acordo com definição apresentada por Natali (2016, p.7), em relatório aprovado pelo Comitê de Política da Economia Digital e preparado para publicação pela Secretaria da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico:

The phrase "peer platform markets" is used to describe a wide range of new and emerging production and consumption models that involve the commercial exchange of goods and services between peers through Internet platform (...) More recent examples involve the rental of short-term accommodation and transportation or mobility services. When talking about peer platform markets it is important to realise that there is no single marketplace, but rather thousands of different, decentralised markets, with large variations and different dimensions.¹

Ademais, segundo o assegurado pelo SEBRAE (2017, p. 6 e 7) em cartilha publicada em Curitiba, as iniciativas da economia compartilhada têm como objetivo: 1) desenvolver novas formas de economia; 2) aumentar a qualidade de vida das pessoas e 3) melhorar a economia local.

Apesar dessa forma de consumo não ser uma prática originalmente contemporânea, observa-se atualmente uma maximização de seu uso em função de avanços tecnológicos que facilitam a troca de informações e aproximam consumidores e fornecedores nas redes sociais

Com relação à alta adesão dos consumidores nesse novo estilo de consumo, diversos benefícios podem ser identificados como justificativa e, ao decorrer desse artigo, será feita uma maior análise sobre eles. De forma simplificada, Botsman e Rogers (2010), em livro traduzido por Sardenberg (2011), sustentam a ideia de que o consumo colaborativo garante às pessoas uma economia de dinheiro, espaço e tempo, além de favorecer a criação de laços afetivos e, consequentemente, propiciar o surgimento de cidadãos mais ativos.

É importante ressaltar que além dos benefícios para os consumidores e fornecedores, muito é enfatizado acerca dos benefícios ambientais desse novo sistema de economia. Ao valorizar práticas de uso compartilhado, o consumo colaborativo vai de encontro a práticas de hiperconsumo, que são responsáveis pelos enormes danos ambientais atualmente discutidos e, assim, se tornam componentes da lógica atual de busca por uma maior sustentabilidade e diminuição do consumo exacerbado.

2.1. O Direito frente à economia compartilhada

Em oposição aos benefícios decorrentes do novo modelo econômico, especialistas atestam para as discussões que envolvem as plataformas de mercado, especialmente no que tange às lacunas legais sobre a aplicação da responsabilidade no caso de concretização de atividades contrárias ao ordenamento normativo. Nesse contexto, Oliveira (2017) reafirma a influência dos avanços tecnológicos e suas consequências jurídicas:

¹ Tradução livre: A expressão “mercados de plataformas *peer* (“pares”)” é usada para descrever uma ampla gama de modelos de produção e consumo novos e emergentes que envolvem a troca comercial de bens e serviços entre pares através da plataforma da Internet (...) Exemplos mais recentes envolvem o aluguel de curto prazo e serviços de transporte ou mobilidade. Quando se fala em mercados de plataformas *peer* (“pares”), é importante perceber que não existe um mercado único, mas sim milhares de mercados diferentes, descentralizados, com grandes variações e dimensões diferentes.

A popularização de dispositivos como os smartphones e os tablets; o desenvolvimento expressivo dos métodos de localização e determinação geográfica; o acesso crescente da população à internet; o desenvolvimento de aplicativos e o surgimento de inúmeras startups nacionais ou transnacionais vocacionadas para o mundo digital são identificados como alguns dos fenômenos responsáveis por gerar e alimentar um modelo de negócio que subverte noções jurídicas tradicionais, especialmente no que concerne aos sujeitos de direito envolvidos.

Dentre os empecilhos a uma regulação efetiva, Oliveira (2017) cita a complexidade de identificação dos sujeitos dessa nova relação. A substituição do tradicional modelo de consumidor e fornecedor, em face de um modelo que inclui uma empresa criadora de uma plataforma responsável por conectar os sujeitos com interesses convergentes, interfere significativamente no tema da responsabilidade. Se antes o sistema jurídico, em caso de dano ou má-fé, agia estritamente com relação ao fornecedor, a existência de uma relação econômica envolvendo três sujeitos atenta para a dupla possibilidade de responsabilização: a do fornecedor dos serviços e a da própria plataforma.

Além disso, entender a morosidade do processo jurídico brasileiro faz-se de suma importância na compreensão das dificuldades legais encontradas frente ao consumo colaborativo. Avanços jurídicos e modificações legais se submetem a procedimentos complexos e com longa duração, contrariamente aos avanços tecnológicos, que estão constantemente em desenvolvimento e em rápida mutação. Por isso, aplicar normas jurídicas criadas para o modelo de economia tradicional em casos da economia compartilhada de fato é insuficiente. Assim, Silva, Paiva e Dinix (2017) atestam para o paradoxo dos reguladores entre incentivar a inovação e garantir a proteção dos consumidores.

Pode-se dizer que hoje o maior desafio frente à adaptação do modelo peer-to-peer diz respeito à regulação dessas atividades, o que reflete substancialmente no desenvolvimento de diversos debates judiciais que serão aqui discutidos.

3. Airbnb

3.1 História e considerações iniciais

[Airbnb](#) (Airbed and breakfast – airbed significando “cama de ar”, e breakfast, “café da manhã”) é um [famoso serviço online de aluguel de quartos e imóveis](#) fundado em agosto de 2008 por Nathan Blecharczyk, Brian Chesky e Joe Gebbia, em São Francisco, Califórnia.

De acordo com Pereira (2017), pode-se dizer que o modelo de negócio desse serviço se enquadra na modalidade “Plataforma Multilateral”, pois é criada uma conexão entre os turistas (consumidores), que buscam o aluguel de um espaço por um curto período de tempo, e os proprietários de locais para hospedagem (fornecedores/”hosts”/”anfitriões”), que disponibilizam quartos, apartamentos ou casas. Assim, a empresa é apenas uma intermediária que facilita a conexão com um site reconhecidamente confiável. O Airbnb é de fato um grande exemplo da modificação que o avanço da economia compartilhada tem feito no setor do Turismo, especialmente no que se refere à hospitalidade, pois auxilia os consumidores no planejamento de viagens e os fornecedores na oferta de seus produtos.

É importante ressaltar que, apesar de a especificação ser de responsabilidade do anfitrião, o Airbnb apresenta um algoritmo que ajuda nesse processo, e o lucro da empresa está atrelado ao pagamento de uma taxa de reserva de normalmente 3% para o anfitrião e de 0% a 20% para o hóspede, segundo o próprio site da plataforma. Hoje, ainda segundo informações retiradas do website, mais de 191 países contam com acomodações do Airbnb, sendo 81 mil cidades com casas anunciadas ao redor do mundo.

Com relação aos motivos atrelados à escolha dos viajantes pela plataforma Airbnb em detrimento dos tradicionais serviços hoteleiros, pode-se citar, inicialmente, a criação de relações pessoais mais sólidas. Ao optar por esse tipo de serviço, o consumidor é beneficiado pela possibilidade de receber atendimentos personalizados de seu anfitrião e de criar com ele uma relação de maior proximidade, já que se tem um maior espaço para troca de experiência e valores. Segundo Costa (2017):

O hóspede troca a impessoalidade, padronização e alguns serviços de um hotel (...) quem opta pelo Airbnb está aderindo a um modo de estar no mundo, perpassado, talvez, por uma forma de relação com o outro menos instrumental. Enquanto em um hotel parece que se lida com “funções” (camareira, recepcionista), na experiência do Airbnb talvez seja com “sujeitos”, que podem até desempenhar as funções de um hotel, mas que não se resumem a ela e escapam da padronização.

Outro ponto crucial que interfere na escolha por esse tipo de hospedagem é o aproveitamento de uma maior inserção cultural, garantindo uma melhor qualidade nas experiências. Em um estudo sobre as plataformas de mercado peer Natali (2016, p.12) afirmou:

Aside from financial reasons, consumers may engage in transactions on peer platform markets to obtain better quality goods or services or a better consumer experience. There may be benefits associated with the way consumers experience the overall service, for example, the different look-and-feel (living in a real home like a local instead of staying at a hotel) (...) or the local proximity (food service from a neighbour instead of having to walk or drive to a restaurant).²

De fato, no que tange às acomodações disponíveis no site Airbnb existe uma maior possibilidade de escolha de locais e bairros para hospedagem. Enquanto os serviços de hotelarias tradicionais oferecem acomodações em bairros tipicamente turísticos, a plataforma aqui estudada oferece ao consumidor alternativas que garantem uma maior inserção cultural do viajante, que pode optar por se hospedar em bairros frequentados por residentes locais. Ao escolher permanecer em bairros menos turísticos, aumenta-se a chance de adquirir conhecimentos reais sobre a cultura escolhida, tanto com relação ao ambiente de acomodação quanto no que diz respeito às preferências gastronômicas, já que o indivíduo passa a ter mais contato com pequenos restaurantes e padarias locais.

Ainda sobre o benefício da realocação dos consumidores em seus destinos, Souza e Lemos (2016) atestam a respeito das consequências sob a perspectiva das cidades que contam com iniciativas da economia de compartilhamento na área do turismo. Para eles:

Essa diversificação na alocação de turistas pode transformar o modo pelo qual as cidades se planejam para receber visitantes, ao mesmo tempo em que oferece para o viajante a possibilidade de experimentar uma cidade a partir do ponto de vista um pouco mais aproximado daquele que ali reside. Não é desprezível o potencial desse componente para transformar a forma pela qual as cidades se organizam para exibir seus potenciais turísticos e o modo pelo

² Tradução livre: Além de razões financeiras, os consumidores podem se envolver em transações nos mercados de plataformas peer para obter produtos ou serviços de melhor qualidade ou uma melhor experiência. Pode haver benefícios associados à forma como os consumidores experimentam o serviço como um todo, por exemplo, a aparência diferente (morar em uma casa real como um local em vez de ficar em um hotel) (...) ou a proximidade local (serviço de alimentação de um vizinho em vez de andar ou dirigir até um restaurante).

qual se viaja.

Por fim, o mecanismo de construção da confiança pautado no sistema de avaliações presente no site Airbnb, que inclui classificações de estrelas para pontuar aspectos como limpeza, localização e comunicação, também pode ser analisado como um fator contribuinte do sucesso da plataforma. Apesar de a contratação dos serviços ser feita online e de o consumidor só ter acesso ao produto que deseja adquirir por meio de imagens virtuais, as avaliações presentes no website geram uma maior credibilidade para o produto oferecido. Na perspectiva de Souza e Lemos (2016) sobre sites e aplicativos que constroem a reputação por sistema de avaliação, o fato de avaliações de usuários anteriores serem exibidas induz o aumento da confiança com relação não apenas a quem presta a atividade, mas também com relação à plataforma como um todo.

3.2. A discussão em torno da natureza jurídica da plataforma

Uma vez que a regulação de plataformas de economia compartilhada se encontra tão fragilizada, é natural que essa matéria seja objeto de inúmeros casos de desavenças e desentendimentos. Atualmente, o principal ponto de controvérsia envolvendo o setor de turismo na economia compartilhada está na identificação da natureza jurídica desse tipo de plataforma. Como a regulação ainda é escassa, muito se questiona a respeito de ser esta uma relação de hospedagem ou de locação - e grandes conflitos surgem em torno do tema.

Faz-se mister a identificação da natureza jurídica do serviço, uma vez que as diferentes relações são reguladas de maneiras distintas: tratando-se de hospedagem, dá-se à residência um viés comercial, e o serviço passa a se submeter à Lei nº 11.771/08, que regula a Política Nacional de Turismo; caso, porém, a relação seja considerada como de locação, será amparada pela Lei nº 8.245/91, a Lei de Locações, com tratamento consideravelmente distinto.

Ao considerar a hipótese de se caracterizar como serviço de hospedagem, deve-se levar em consideração o artigo 23 da Lei do Turismo, cujo teor demonstra que esse tipo de estabelecimento ou empreendimento possui como requisito a caracterização de oferta múltipla de prestações de serviços ao consumidor. Ademais, o artigo 24 da referida lei exige que os meios de hospedagem possuam licença de funcionamento e, em alguns casos, licença edilícia de construção ou certificado de conclusão de construção, além de vários outros documentos.

É com base nessa hipótese que muitos afirmam ser ilegal o compartilhamento de imóveis em prédios residenciais e condomínios através do Airbnb, preocupando-se com garantir a efetiva manutenção de seu caráter reservado e privativo. Segundo essa corrente, além da licença, aquele que pretende oferecer o serviço deveria verificar se há previsão de prestação de serviços hoteleiros na Convenção do respectivo condomínio. Para eles, não há que se falar em enquadramento na Lei de Locações, uma vez que a finalidade desta seria regular relações residenciais, não de curtos períodos - o serviço prestado pelo Airbnb estaria visando o lucro e o mercado, sendo, portanto, atípico.

Por outro lado, os que defendem a legalidade da utilização do AirBnb afirmam que, na plataforma, o anfitrião apenas compartilha o que possui com seu hóspede, não havendo, portanto, prestações de serviços hoteleiros. Essa corrente é amparada pela Lei de Locações, cujo artigo 48 trata da estadia por temporada, conceituada como “ aquela destinada à residência temporária do locatário [...] por prazo não superior a noventa dias”. Há, ainda, nesse sentido, divergências que questionam a existência da distinção entre estadia temporária e estadia por temporada, uma vez que esta última possui animus de residência. De qualquer modo, essa corrente argumenta se baseando em um elemento indissociável do direito de propriedade: a faculdade de alugar o próprio imóvel, prevista nos artigos 1.228 - “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente

a possua ou detenha" - e 1.335, inciso I - que prevê como direito dos condôminos "usar, fruir e livremente dispor das suas unidades" -, do Código Civil.

Em junho de 2018, o Juízo da 42ª Vara Cível de São Paulo decidiu proibir um condomínio de tomar esse tipo de atitude, com o argumento de que o AirBnb obedece à restrição de 90 dias prevista na Lei do Inquilinato (nº 8.245/1991), que determina um limite para aluguel por temporada, e não viola a convenção condominial. Após recurso, em agosto do mesmo ano o Tribunal da Justiça de São Paulo manteve a decisão, defendendo que não havia regra na Convenção de Condomínio que proibisse a locação por temporada. Além disso, segundo a relatora do recurso, não há provas de que a utilização do AirBnb possa causar prejuízos aos demais condôminos por violação às regras de convivência, conforme sevê:

Por outro lado, o imóvel do agravante é utilizado na plataforma do "Airbnb" há quase 3 anos, sem prova de efetivo prejuízo ao Condomínio ou aos condôminos, de modo que não há comprovação de violação de um dos deveres impostos pelo artigo 1.336, inciso IV do Código Civil. Ainda assim, caso haja alguma violação de deveres ou regras de convivência, a solução é dada pelo próprio Código Civil, que estabelece no artigo 1.337 a aplicação de multa ao condômino. (TJ-SP 21189466720188260000 SP 2118946-67.2018.8.26.0000, Relator: Maria Lúcia Pizzotti, Data de Julgamento: 08/08/2018, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 09/08/2018)

Trata-se, porém, de uma decisão de um caso específico e, ao que parece, ações individuais na justiça continuarão sendo propostas, uma vez que não há regulação sólida e a jurisprudência, ainda hoje, apresenta muitas divergências acerca do tema - uma decisão definitiva só ocorrerá quando um dos processos chegar, eventualmente, ao Superior Tribunal de Justiça.

Mas os problemas com condomínios não são os únicos enfrentados pelo AirBnb no que tange a sua natureza jurídica: há ainda questionamentos acerca de como se dá a responsabilização da plataforma por imóveis que não são, de fato, como o hóspede esperava. Um caso emblemático e atual foi a condenação da empresa por quarto em Genebra, na Suíça, que se encontrava infestado por percevejos, conforme se lê:

Apelação – Sítio eletrônico na internet que oferece hospedagens – Airbnb. [...] Ainda que o Airbnb não seja o efetivo anfitrião ou locador dos imóveis oferecidos, é dessa empresa que o consumidor busca a prestação do serviço que lhe garanta uma hospedagem tranquila, no local ali divulgado, pelo preço previamente ajustado, e com a garantia da empresa de que o consumidor não está sendo vítima de uma fraude ao aceitar se hospedar em um imóvel indicado na plataforma; logo, Airbnb responde, sim, por eventuais danos causados aos consumidores, incumbindo a ela, querendo, e se for o caso, buscar eventual reparação de danos causados por atos praticados por terceiros - Se o consumidor enfrentou problemas durante a hospedagem, a empresa ré tinha a obrigação de tomar as medidas necessárias para verificar o que estava ocorrendo com o hóspede, o qual contatou diretamente o anfitrião porque a própria Airbnb lhe deu essa opção para que dificuldades fossem solucionadas, em tese, de maneira mais rápida, em razão das alegadas milhares de hospedagens que a plataforma administra - O dano moral é evidente se não houve razoável atendimento à consumidora na busca pela solução do problema que ela encontrou durante a estadia [...] - Quanto aos danos materiais, de afastar-se a condenação quanto àqueles que não foram devidamente comprovados no curso do processo - Quanto à restituição da quantia paga, não se há de falar em devolução integral, uma vez que incontrovertido que a hospedagem foi utilizada por um determinado período,

devendo ser levado em conta, também, que mesmo esse período no qual o serviço foi prestado, a qualidade não foi adequada, razão pela qual razoável o abatimento proporcional do preço. [...] Recurso provido em parte.

(TJ-SP 1009889320178260320 SP 1009888-93.2017.8.26.0320, Relator: Lino Machado, Data de Julgamento: 25/07/2018, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/07/2018)

A decisão é da 30ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), e obrigou a plataforma ao pagamento de R\$ 6 mil a título de danos morais, além de R\$ 9,2 mil em danos materiais. No caso, a autora, Mareísa Lucas de Sá, afirmou que, na primeira semana de estadia, “a mesma começou a sentir picadas pelo seu corpo durante o sono, acordando cheia de marcas”, segundo seus advogados. Após as marcas se tornarem feridas, a hóspede ouviu de residentes que poderia ser uma ocorrência dos chamados “percevejos de cama”, insetos de mais ou menos 7 mm de comprimento - ao procurar, a autora da ação encontrou vários deles em seu quarto e, após consultar um médico, confirmou suas suspeitas, sendo obrigada a deixar o local. Além disso, precisou dedetizar seus pertences e jogar fora sua mala, para que não os trouxesse para o Brasil em sua viagem de volta.

De acordo com Sá (2018):

O Airbnb respondeu afirmando que não iriam dedetizar o imóvel, nem tampouco [sic] devolver a quantia paga pela Requerente pelo quarto, afirmando, em justificativa superficial e desprovida de qualquer argumento, que a proprietária entendeu que os insetos achados no quarto não eram percevejos, e que, por isso, não havia necessidade de qualquer tipo de atitude por parte dela.

Deve-se questionar, portanto, se há, de fato, responsabilização da empresa por ocorridos como esse. Se são aplicadas ao Airbnb as regras do Código de Defesa do Consumidor, então o fornecedor do serviço é, segundo seu artigo 34, solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, independentemente de culpa ou dolo. Deve-se considerar também que os hóspedes são, enquanto consumidores, considerados absolutamente vulneráveis, dependendo apenas da prova de nexo causal entre o serviço e o prejuízo. Assim, aplicar-se-ia a responsabilidade objetiva nos casos envolvendo esse tipo de serviço, o que seria de grande desvantagem para as plataformas de compartilhamento.

É preciso destacar que os riscos inerentes às relações negociais são ainda maiores ao se tratar dessa espécie de economia, o que acaba tornando a responsabilidade objetiva do CDC extremamente onerosa para empresas que, a princípio, são somente mediadoras entre o fornecedor e o consumidor. Nesse âmbito, pode-se considerar também o artigo 942 do Código Civil, uma vez que ele define que, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Assim, faz-se necessário que esse tipo de plataforma possua um termo de uso bem redigido e exponha determinações específicas em seus contratos de prestação de serviço, de maneira a atingir suas peculiaridades e prever possíveis casos de injusta responsabilização. Enquanto a regulação no âmbito da economia compartilhada não se consolida, essas medidas contratuais podem agir como verdadeiros limitadores da responsabilização objetiva para as plataformas mediadoras.

3.3. Regulação no âmbito nacional e internacional

Diante do exposto, é notável a dificuldade que o Direito tem encontrado para se posicionar frente ao novo modelo de serviços, uma vez que se trata de um tipo novo de economia precisando ser enquadrado em leis antigas. Nesse cenário, é possível observar que o

Airbnb, especificamente, recebe tratamentos diversos ao redor do mundo: em algumas cidades, como Berlim, Nova Iorque e Londres, o anfitrião poderá ter limitações, como a obrigação de permanecer ocupando metade do imóvel; além disso, deve haver registro da prestação do serviço junto às Prefeituras e um limite anual de diárias deverá ser respeitado.

Nota-se que cada região é impactada de maneira diferente pelo turismo em âmbitos sociais e econômicos; logo, é necessário haver legislações específicas acerca do tema. Podemos tomar como exemplos as cidades de Barcelona e Lisboa, que em muito se diferem nesse aspecto: a primeira limita as permissões para a prestação do serviço desde 2014, já que tem sofrido com “excesso de turistas”, enquanto a segunda tem se valido do turismo para se desenvolver, estimulando plataformas como o Airbnb.

Nesse contexto, é de grande importância e urgência regulações mais específicas em nosso país, uma vez que existem muitos pontos a serem considerados individualmente. A legislação adequada pode fazer com que os conflitos sejam dirimidos – desafogando o judiciário – e os benefícios do AirBnb, como a movimentação da economia, se mantenham.

Caldas Novas, em Goiás, foi a primeira cidade a editar legislação própria regulando esse serviço. A lei complementar 99/2017 entrou em vigor em janeiro de 2018 e exige, por exemplo, que os imóveis se declarem para o poder público e paguem ISS (Imposto sobre serviços) por locação. Ademais, se o imóvel se localizar em condomínio, é preciso obter autorização dos demais condôminos. A lei também estabelece que “a locação de imóveis residenciais por períodos inferiores a 90 (noventa) dias, reger-se-á pela Lei do Inquilinato” (artigo 2º).

Já na cidade de Ubatuba, em São Paulo, a Lei 4.050 de 2017 foi aprovada, mas, posteriormente, foi suspensa pela Justiça. Segundo a legislação, o anfitrião teria que constituir empresa, firmar contrato formal com o hóspede, recolher ISS, entre outras exigências. Nesse contexto, através de moradores que denunciaram lobby por parte do setor hoteleiro para a aprovação da lei, o Ministério Público de São Paulo abriu inquérito de investigação, declarando a inconstitucionalidade da norma, posto que fere a Lei do Inquilinato. Com tais constatações, o órgão exigiu que nova legislação fosse aprovada, revogando a anterior. Atualmente, o Projeto de Lei 131 de 2018 encontra-se em tramitação e tenta corrigir as falhas anteriores: apenas prestadores de serviços de hospedagem na atividade “cama e café” deverão cadastrar-se junto à Prefeitura - logo, anfitriões de plataformas como o Airbnb continuam sendo regulados pela Lei do Inquilinato, não havendo necessidade de registro, uma vez que não oferecem serviços hoteleiros.

Além disso, o prefeito Marcelo Crivella e o vereador Jones Moura, ambos do Rio de Janeiro, propuseram os projetos de lei 1001/2018 e 935/2018, respectivamente, visando taxar a locação de imóveis por temporada feita através desse tipo de plataforma. Porém, o Diário da Câmara Municipal do Rio de Janeiro publicou análise técnica do PL proposto por Crivella em outubro do referido ano, determinando sua inconstitucionalidade, posto que fere a liberdade do indivíduo de dispor da propriedade do imóvel.

Por ora, está em vigor apenas a legislação de Caldas Novas, ainda que o tema esteja sendo debatido com certa frequência no Senado e na Câmara dos Deputados. É latente a necessidade que o país possua em avançar na regulação dos serviços de economia compartilhada, e espera-se que o poder legislativo seja capaz de inserir esse ramo em nosso sistema atual de maneira rápida, porém cautelosa, a fim de não engessá-lo.

4. Conclusão

Diante dos argumentos e fatos expostos, conclui-se que a atual morosidade do Direito não acompanha os avanços sociais e tecnológicos que têm sido conquistados. Assim, depara-se com lacunas legais, as quais exigem um grande esforço dos operadores do Direito para serem superadas e reiteram a necessidade de criação de normas jurídicas específicas para o novo

modelo de economia pautado em plataformas de mercado, visto que os parâmetros da regulação da economia convencional geram análises insuficientes nesse contexto. É necessário frisar, entretanto, que o presente trabalho contém limitações da própria metodologia qualitativa de estudo de caso e do método indutivo, que condicionam o conhecimento apresentado.

Ao contemplar a questão da economia compartilhada, o legislador deve atentar-se para a proteção dos usuários em ambos os polos, bem como da empresa mediadora. Assim, garantir-se-á segurança jurídica para todos os envolvidos na relação negocial, promovendo um melhor funcionamento das plataformas e, consequentemente, maior nível de satisfação entre os usuários.

Reitera-se, portanto, que a proteção dos polos envolvidos nessa relação econômica deve ser feita sem que o estímulo à livre iniciativa seja prejudicado, garantindo a existência de novos investidores e a manutenção da praticidade dessas plataformas.

5. Referências

BENI, Mario Carlos. Entendendo o Novo Turismo na Economia Colaborativa e Compartilhada: a evolução tecnológica e os impactos na gestão estratégica e no marketing de Turismo. 2017. Disponível em: <https://www.panrotas.com.br/noticia-turismo/mercado/2017/07/artigo-o-novo-turismo-na-era-da-economia-compartilhada_147809.html>. Acesso em: 28 fev. 2019

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. O que é meu é cada vez mais seu: a ascensão da economia colaborativa. São Paulo: Editora Bookman, 2011.

Brasília. Congresso Nacional. Projeto de lei ordinária nº 935/2018. Regulamenta a exploração de imóveis residenciais como meio de hospedagem remunerada no Município do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1720.nsf/249cb321f17965260325775900523a42/063b3d1dfccfbeaa832582dd005251a9?OpenDocument>>. Acesso em: 15 fev. 2019

BUONO, Marcel. Ubatuba (SP) recua em regulação sobre aluguéis de temporada. 2018. Disponível em: <https://www.panrotas.com.br/hotelaria/mercado/2018/12/ubatuba-sp-recua-em-regulacao-sobre-alugueis-de-temporada_161150.html>. Acesso em: 28 fev. 2019

Caldas Novas. Prefeitura Municipal de Caldas Novas. Lei complementar municipal nº 099 de 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.caldasnovas.go.gov.br/wp-content/uploads/2018/08/Lei-Complementar-099-2017.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019

CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação e Concorrência em tempos de disruptão. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/regulacao-e-concorrencia-em-tempos-de-disrupcao-23102018>. Acesso em: 10 mar. 2019

CONSUMERS IN THE DIGITAL ECONOMY. OECD. Disponível em: <<http://www.oecd.org/sti/consumer/consumersinthedigitaleconomy.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2019

COSTA, Ramon Bezerra. Comunicação e consumo: sobre a produção de modos de vida no airbnb. Revista Signos do Consumo, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 27-35, jan./jun. 2017. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/signosdoconsumo/article/view/114718>>. Acesso em: 1 mar. 2019.

Cuiabá: SEBRAE. Economia Compartilhada: oportunidades para os pequenos negócios. 1º Edição, 2017. Acesso em 10 fev. 2019

ENTENDENDO O CONCEITO: o que é economia compartilhada? Disponível em: <<https://consumocolaborativo.cc/entendendo-o-que-e-economia-compartilhada>>. Acesso em: 1 mar. 2019

FERRER, Isabel. Cidades europeias saturadas de turistas se unem contra o Airbnb. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/28/economia/1517154558_107147.html>. Acesso em: 28 fev. 2019

FUJITA, F. Tribunal mantém decisão que impede condomínio de proibir o Airbnb. 2018. Disponível em: <<https://www.zilveti.com.br/tribunal-mantem-decisao-que-impede-condominio-de-proibir-o-airbnb/>>. Acesso em: 1 mar. 2019

GOIDANICH, Maria Elisabeth. *Airbnb e Seus Anfitriões: Empreendedorismo, Comércio e Colaboração na Economia de Compartilhamento.* 2016. Disponível em: <<http://estudosdoconsumo.com/wp-content/uploads/2018/11/ENEC2016-GT08-Goidanich-AirbnbESeusAnfitrioes.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019

HELBERGER, Natali. *Protecting consumers in peer platform markets: exploring the issues.* Committee on Digital Economy Policy; 13 May 2016. nº 253. OECD Secretariat. Acesso em: 10 mar. 2019

JEREISSATI, C.; BEZERRA M. O Airbnb como expressão da economia colaborativa no mercado de hospedagem no brasil. Disponível em: <<http://publica-estaciofic.com.br/ocs17/index.php/UNIVERSO2017/PESQUISA2017/paper/downloadSuppFile/88/1>>. Acesso em: 15 fev. 2019

KLEIN, Thiago Sawaya. Os Condomínios e a Guerra contra os aplicativos Airbnb e a proibição da locação por temporada. Disponível em: <<https://thiagoklein.jusbrasil.com.br/artigos/535200225/os-condominios-e-a-guerra-contra-os-aplicativos-airbnb-e-a-proibicao-da-locacao-por-temporada>>. Acesso em: 10 mar. 2019

Lei nº 11.771, de 17 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11771.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019

Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em: 10 fev. 2019

LOPES, Marcelo Frullani. Condomínio não pode proibir locação de imóvel pelo Airbnb. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-17/marcelo-frullani-condominio-nao-proibir-locacao-airbnb>>. Acesso em: 20 fev. 2019

MACEDO, F. Airbnb indeniza consumidora por quarto em Genebra ‘cheio de percevejos’. 2018. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/airbnb-condenada->>

[por-quarto-em-genebra-cheio-de-percevejos/](#). Acesso em: 28 fev. 2019

MARTINS, Juliana Benvindo. Consumo colaborativo e serviços de hospedagem em turismo: uma interpretação do airbnb na oferta destes serviços. 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/19317/1/2017_JulianaBenvindoMartins_tcc.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019

MENEZES, Fabiane Ziolla. Saída para regulação de Airbnb no Brasil pode ser a “desregulamentação geral”. 2019. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/saida-para-regulacao-de-airbnb-no-brasil-pode-ser-a-desregulamentacao-geral-01txb7gd32jgh6e1m0qa2zsg/>>. Acesso em: 10 mar. 2019

MORAES, C. O caso airbnb e a economia do compartilhamento de moradias: uma análise sobre a responsabilidade civil por danos da plataforma e do anfitrião na defesa do consumidor-turista, 2017. Disponível em: <<http://brasilcon.org.br/artigos/o-caso-airbnb-e-a-economia-do-compartilhamento-de-moradias-uma-analise-sobre-a-responsabilidade-civil-por-danos-da-plataforma-e-do-anfitriao-na-defesa-do-consumidor-turista>>. Acesso em: 15 fev. 2019

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Brasil precisa discutir a proteção do consumidor na economia colaborativa. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-15/garantias-consumo-preciso-discutir-protecao-consumidor-economia-colaborativa>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

OLIVEIRA, Camila. A regulamentação do Airbnb no Brasil e em outros países. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-04/camila-oliveira-regulamentacao-airbnb-brasil-mundo>>. Acesso em: 20 fev. 2019

PEREIRA, Daniel. Modelo de negócio do Airbnb. 2017. Disponível em: <<https://analistamodelosdenegocios.com.br/modelo-de-negocio-airbnb/>>. Acesso em: 1 mar. 2019

POLAZZO, Ana Paula C. et al. A hospitalidade na economia compartilhada: um estudo na Airbnb, Brasil. 2016. Disponível em: <<https://www.aecit.org/files/congress/19/papers/172.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

PROJETO DE LEI QUE INSTITUI FISCALIZAÇÃO E TAXA LOCAÇÃO POR TEMPORADA NO RIO É CONSIDERADO INCONSTITUCIONAL. 2018. Disponível em: <<https://www.airbnbcitizen.com/pt-pt/projeto-de-lei-no-rio/>>. Acesso em: 1 mar. 2019

RIBAS, Rafaela. Começa a regulamentação de aluguéis de curta duração no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/imoveis/comeca-regulamentacao-de-alugueis-de-curta-duracao-no-brasil-22312806>>. Acesso em: 28 fev. 2019

RODRIGUES, Marcel André. A responsabilidade civil e o Código de Defesa do Consumidor. 2014. Disponível em: <<https://marcelandre.jusbrasil.com.br/artigos/126510917/a-responsabilidade-civil-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 1 mar. 2019

ROSARIO, M. Popularização de apps como Airbnb faz crescer conflitos em condomínios: novas iniciativas para receber os forasteiros estão sendo adotadas, 2018. Disponível em: <<https://vejas.p.abril.com.br/cidades/airbnb-disputas-condominios/>>. Acesso em: 10 mar. 2019

SANTOS, Raiza. Airbnb desperta polêmica no setor hoteleiro. 2015. Disponível em:

<<https://www.revistahoteis.com.br/airbnb-desperta-polemica-no-setor-hoteleiro/>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

SILVA, Raphael Andrade; PAIVA, Matheus Silva de; DINIX, Gustavo Saad. Desafios Jurídico-Regulatorios e Economia Compartilhada: Elementos para uma Reflexão Crítica. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 98-125, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p98. ISSN: 2178-8189.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira; LEMOS, Ronaldo. Aspectos jurídicos da economia do compartilhamento: função social e tutela da confiança. *Revista de Direito da Cidade*, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721 pp. 1757- 1777. 2016. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/Artigo-Economia-Compartilhamento-CAF-RL-Direito-da-Cidade.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2019

SUMMARY OF WORKSHOP ON PROTECTING CONSUMERS IN PEER PLATFORM MARKETS. 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/consumer/protecting-consumers-in-peer-platform-markets-workshop-summary.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2019

TONI, Bárbara de Andrade Cunha e. Economia compartilhada: limitações à responsabilidade civil estabelecidas no CDC. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI261353,31047-Economia+compartilhada+limitacoes+a+responsabilidade+civil>>. Acesso em: 10 fev. 2019

Ubatuba. Câmara Municipal de Ubatuba. Projeto de lei ordinária nº 131/2018. Disciplina a instalação e funcionamento do meio de hospedagem remunerado em residência com prestação de serviços no município de Ubatuba/SP, e dá outras providências. Disponível em: <https://camaraubatuba.sp.gov.br/documentos/projeto_lei/2018/pl_105_2018.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019

Ubatuba. Câmara Municipal de Ubatuba. Projeto de lei ordinária nº 105/2018. Revoga a Lei Municipal nº 4050, de 20 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://camaraubatuba.sp.gov.br/documentos/projeto_lei/2018/pl_105_2018.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019

VERA, L.; GOSLING, M. Economia compartilhada no turismo: uma discussão teórica sobre o consumo colaborativo e o compartilhamento. *Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios*, Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 226-251, 2017.

24. ISENÇÃO DE EMOLUMENTOS CARTORÁRIOS NO ÂMBITO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO: uma análise de sua aplicação no Município de Juiz de Fora

EXEMPTION OF EMOLUMENTS IN THE SCOPE OF USUCAPION ACTION: an analysis about its application in Juiz de Fora

Paula Paciullo de Oliveira
Rafaela Mendonça Costa Simões
Regina Lúcia Gonçalves Tavares

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar o tema da isenção de emolumentos cartorários, sua importância e seus reflexos no âmbito da ação de usucapião, a partir de um recorte espacial específico, qual seja o do Município de Juiz de Fora. Aplicando-se a metodologia de entrevistas, consistente na coleta e posterior exposição de dados colhidos junto aos cartórios do primeiro, segundo e terceiro ofícios do referido Município, esses dados foram confrontados com a norma jurídica consistente em leis estaduais e federais. O problema que se coloca neste trabalho advém da necessidade de compreensão acerca da aplicação prática do instrumento da isenção de emolumentos cartorários prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de uma análise fundamental visto a relevância do tema, considerando a hipótese de sua frágil e ineficaz aplicação.

Palavras-chave: Isenção de emolumentos; Usucapião; Município de Juiz de Fora

Abstract

The present article focuses on analyzing the exemption of emoluments, its importance and its repercussions in the scope of usucapion action in Juiz de Fora. Through a methodology that includes interviews with the first, second and third land registry office of Juiz de Fora, the results are collected and exposed by using the state and the federal laws. The problem discussed here comes from the necessity of practical understanding about the exemption of emoluments in Brazilian legal order. It is a fundamental analysis because of the relevance of the subject, considering the hypothesis about its ineffective application.

Keywords: Exemption of emoluments; Usucapion; Juiz de Fora

1. Introdução

Considerando o problema relativo à necessidade de compreensão atinente à aplicação prática do instrumento da isenção de emolumentos cartorários no âmbito do Município de Juiz de Fora, problema este a que se chega em razão da recorrente prática de ajuizamento de ações de usucapião, por ocasião das atividades de assessoria jurídica popular prestadas junto ao Projeto de Extensão Moradia Legal no Entorno da UFJF¹, trata o presente trabalho de uma

¹ O Projeto Moradia Legal no Entorno da UFJF, desenvolvido pela Faculdade de Direito, faz parte do Programa Boa Vizinhança da Pró-reitoria de Extensão (Proex) e visa auxiliar a comunidade do entorno da UFJF na regularização jurídica de imóveis, buscando concretizar o direito fundamental de propriedade, previsto no artigo

análise fundamental do que é previsto no ordenamento jurídico brasileiro acerca desta temática, visto a relevância do tema, que ao seu turno parte da hipótese de sua frágil e ineficaz aplicação, ao menos no contexto pesquisado.

Busca-se demonstrar a existência de um paradoxo entre o tratamento da isenção da taxa de emolumentos notariais e de registro na legislação brasileira e a sua aplicação na prática, o que se fará por meio de um recorte de demanda específica: a ação de usucapião, cuja índole procedural burocrática e onerosa, demanda a importância de ampliar a utilização do benefício da isenção como uma forma de amparo à população carente e como um modo de facilitar o acesso a direitos já positivados, tais como a segurança jurídica da posse e titulação da propriedade.

Para tanto, são analisados os procedimentos necessários para a concessão desse benefício em seu aspecto legal e os mecanismos utilizados para garantir a divulgação dessas informações ao menos no âmbito local, além da realização de pesquisa de campo, mediante entrevistas aplicadas nos três cartórios de registro de imóveis situados no Município de Juiz de Fora. Faz-se uma revisão bibliográfica pautada na interpretação das leis que tratam sobre o tema, sendo elas: Leis Federais nº 6.015/73, nº 8.935/94 e nº 10.169/2000, Constituição Federal de 1988 (CF/1988), Código de Processo Civil (CPC/2015), Código Civil (CC/2002) e Lei Estadual nº 15.424/04.

Por fim, propõem-se certas mudanças para que o benefício da isenção tenha seu âmbito de aplicabilidade ampliado, a fim de amparar indivíduos hipossuficientes que necessitam do reconhecimento de seus direitos perante a Justiça.

2. A isenção de emolumentos na legislação estadual e federal

Pela definição do Supremo Tribunal Federal (STF), dada com base no Agravo de Instrumento nº 795862- SP, com a relatoria do Ministro Dias Toffoli, tem-se a seguinte conceituação de emolumentos: “*Emolumentos são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos.*” (STF, 2012).

Assumindo o seu caráter tributário, os emolumentos podem ser notariais e de registro e sua cobrança é assegurada pelo parágrafo segundo do artigo 236 da Constituição Federal de 1988 e pelas Leis Federais nº 6.015/73, nº 8.935/94 e nº 10.169/2000.

No que tange à isenção de emolumentos, ela deve ser compreendida como um benefício, regulado tanto em nível estadual, quanto federal, o que garante o não pagamento de certas taxas de serviços a determinadas pessoas. Consequentemente, essa isenção guarda paridade com importante mecanismo de materialização do artigo 98 do Código de Processo Civil, que prevê a gratuidade da justiça para pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, detentora de insuficiência de recursos para o custeio de despesas processuais e honorários advocatícios.

Com relação aos aparatos legislativos relacionados à isenção de emolumentos, pode-se citar, inicialmente, a Constituição Federal de 1988, dentro dela o artigo 5º, inciso LXXIV, que dispõe acerca do dever do Estado de prestar assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos e, por meio de uma interpretação ampliada, tal assistência abrange a área de jurisdição, os serviços notariais e de registros. É o que afirma Kämpel (2016,s/p):

Considerando que o legislador sempre apresenta demasiada cautela técnica na nomenclatura legal, não tratando de assistência judiciária meramente, mas de justiça gratuita, passa a abranger não só os atos de jurisdição, propriamente

5º, inciso XXII, da Constituição Federal, mediante a obtenção do respectivo título, e, por conseguinte, viabilizar o exercício do direito social à moradia, previsto no artigo 6º também da Constituição.

ditos, mas todos os demais decorrentes, inclusive os notariais e registrais.

Assim, com base na interpretação feita por Canova (2017, s/p) acerca do entendimento acima exposto, a ideia de assistência jurídica gratuita deve ser encarada como um instituto de natureza material. Por isso, os interessados hipossuficientes devem ser isentos do pagamento de quaisquer ônus processuais ou extraprocessuais, facilitando, assim, o acesso aos serviços oferecidos pelo Judiciário.

Em nível federal tem-se, também, a Lei 10.169/2000, que regula o parágrafo segundo do artigo 236 da Constituição Federal através da formulação de normas gerais para o estabelecimento de emolumentos referentes aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Obedecendo ao disposto em seu artigo 1º, os Estados e o Distrito Federal devem seguir a fixação de valores dos emolumentos relativos aos atos praticados por seus serviços notariais e de registro estabelecidos pela referida Lei.

Entretanto, a natureza tributária dos emolumentos foi afirmada pelo STF na Representação nº 895-GB (STF, 1973) que, conjuntamente com o artigo 151, inciso III da CF, ressalva a impossibilidade de a União estabelecer isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Assim, isenções estabelecidas pela União aos entes anteriormente citados são inconstitucionais.

No Estado de Minas Gerais o dispositivo ligado à isenção de emolumentos, é a Lei nº 15.424/2004. Segundo seu artigo 19, a unidade da federação, bem como suas autarquias e fundações, seriam isentos do pagamento de emolumentos, da Taxa de Fiscalização Judiciária e de qualquer outra despesa pela prática de atos notariais e de registro de seus interesses.

Já em seu artigo 20, a mesma Lei Estadual 15.424/04 elenca uma série de hipóteses de concessões do benefício da isenção, sendo uma delas os casos de cumprimento de mandado e alvará judicial expedido em favor de beneficiários da justiça gratuita, respeitando o exposto no inciso IX do §1º do artigo 98 do CPC. Nesse caso, segundo o assegurado pelo parágrafo primeiro do artigo citado, a concessão da isenção é condicionada à constatação de pobreza do sujeito na acepção legal. A não constatação do quadro de pobreza permite ao notário ou registrador a devida cobrança do pagamento dos emolumentos.

Ainda sobre a isenção em âmbito estadual, a Fazenda de Minas Gerais, em decisão resultante de consulta realizada pelo Sindicato dos Notários e Registradores de Minas Gerais, vetou expressamente o que é denominado de “isenção heterônoma”. Tal expressão, segundo entendimento de Carvalho Ferreira (2012, s/p), remete a um instituto que:

(...) ocorre quando um ente federativo, diferente daquele que detém a competência para instituir o tributo, concede o benefício fiscal da isenção tributária. O instituto da isenção tributária está regulado nos artigos 176 a 179 do Código Tributário Nacional.

Por fim, de acordo com a Fazenda de Minas Gerais, em consulta de contribuinte PTA nº 16.000303095-61 (Jacomino, 2010, s/p):

Isenções previstas em lei federal relativas a custas, emolumentos e outras taxas de competência do Estado de Minas Gerais somente deverão ser observadas quando incorporadas à legislação estadual, posto que o art. 151, inciso III, da Constituição da República/88, veda a instituição de isenções de tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios pela União. Portanto, o Estado não reconhece o instituto da isenção heterônoma.

Portanto, analisando-se esses precedentes, o Estado de Minas Gerais explicitamente impede a atuação da União no que se refere à matéria de isenção de tributos quando se trata de

competência estadual.

3. A importância da isenção na ação de usucapião

3.1. A ação de usucapião

Usucapião, por um conceito apresentado por Souza (2018), é o direito conquistado pelo indivíduo com relação à posse de um bem móvel ou imóvel em função de sua utilização por certo tempo e de maneira incontestada. Assim, a usucapião é definida como uma forma de aquisição de propriedade e está prevista no ordenamento jurídico brasileiro tanto no Código de Processo Civil e no Código Civil, quanto na Constituição Federal de 1988.

Apesar da existência da categoria de usucapião de bens móveis, o presente artigo fará uma análise específica das modalidades e procedimentos da usucapião de bens imóveis.

No que se refere aos fundamentos da ação de usucapião, observa-se a existência de duas teorias que justificam o critério ético da perda do direito do proprietário com relação ao exercício da posse por outrem: a teoria subjetiva e a objetiva. Segundo Campos (1987) citado por Junco (2011, s/p):

A teoria subjetiva fundamenta o usucapião partindo do princípio segundo o qual o proprietário que não exerce seu direito autoriza a presunção de que houve de sua parte o ânimo de renúncia. Já pela teoria objetiva, a fundamentação do usucapião é baseada em ponderações ligadas à utilidade social, entendendo que, sob este aspecto, é conveniente que se dê à propriedade segurança e estabilidade.

Atualmente, pode-se dizer que ordenamento brasileiro se baseia na teoria objetiva de fundamentação. Segundo Bezzera (2015, s/p): “(...) é cabível a afirmação de que o bem jurídico que alicerça o instituto da usucapião é o cumprimento da função socioeconômica da propriedade”.

Com relação ao procedimento da ação de usucapião, tem-se que este, ao contrário do previsto no CPC de 1973, é inserido nos procedimentos comuns e se inicia por meio do requerimento do interessado. Posteriormente, é feita a citação dos vizinhos confinantes, da pessoa que possui o registro do imóvel em seu nome e dos demais interessados. A citação deve ser feita por edital e, no caso dos vizinhos, em respeito ao parágrafo terceiro do artigo 246 do CPC, ela deve ocorrer pessoalmente. De acordo com Fiúza (2015), apesar de o CPC não prever em seu artigo 246 a necessidade de citação dos demais interessados, a importância da citação destes últimos tem relação com o procedimento administrativo da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73).

É importante salientar que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu requisitos para a aquisição da propriedade que tenha como base o tempo e o uso. Assim, a usucapião de bens imóveis pode ser dividida em três espécies: ordinária, extraordinária e especial (urbana e rural).

A usucapião ordinária está positivada no artigo 1.242 do Código Civil e, diferentemente da extraordinária, essa modalidade de usucapião tem como requisitos o decurso do prazo de dez anos de posse contínua e sem contestação, com *animus domini*, justo título e boa-fé. No caso de o sujeito comprovar que o imóvel foi adquirido com base no registro recente no cartório que foi posteriormente cancelado, há a possibilidade de redução do prazo para cinco anos.

Já a usucapião extraordinária está prevista no artigo 1.238 do CC, e é a mais comum na sociedade brasileira. Sua maior frequência é justificada pela ausência de necessidade de justo título e boa-fé, sendo seus únicos requisitos a posse do bem imóvel por quinze anos ininterruptos e sem oposição e a posse com *animus domini*, que é o dever de possuir a coisa como se fosse sua. Há, ainda, a possibilidade de redução do lapso temporal exigido para dez

anos no caso de realização de obras produtivas ou estabelecimento de moradia habitual.

Por último, no que tange à usucapião especial, tal espécie conta ainda com a subdivisão entre: urbana e rural. Esta, também conhecida como *pró-labore*, está prevista no artigo 1.239 do Código Civil e possui como requisitos a ausência de posse de outro imóvel rural ou urbano, lapso temporal de cinco anos ininterruptos, posse mansa, pacífica e com *animus domini* da propriedade, terreno de até cinquenta hectares e a utilização do imóvel como propriedade produtiva. Já aquela está separada ainda em: urbana individual e coletiva. A individual prevista no artigo 183 da CF/88, no artigo 1.240 do CC e no artigo 9º da Lei 10.257/01 (Estatuto das Cidades) e visa alcançar um melhor aproveitamento do solo urbano. Com relação à coletiva, ela está prevista no art. 10 da Lei 10.257/01 e visa regularização fundiária em comunidades urbanas de baixa renda.

3.2. Usucapião extrajudicial

Com o advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o legislador, em seu artigo 1.071, assegurou a possibilidade do pedido de usucapião ser realizado por via extrajudicial. Assim, passa a ser válido o requerimento por parte do interessado de forma direta no cartório do registro de imóveis da comarca na qual o imóvel estiver situado, alterando o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos.

Pela análise desse novo instituto, afirma-se que o objetivo do legislador foi facilitar e simplificar os trâmites do pedido de usucapião, já que a utilização da via extrajudicial exige apenas a representação por advogado, realização de uma ata notarial e, por fim, documentos como certidões negativas, planta e memorial descritivo do imóvel. Segundo Milagres e César (2018,s/p):

(...) é evidente que a usucapião extrajudicial foi instituída para tornar célere um procedimento extremamente moroso, atribuindo ao tabelião e ao oficial de registro de imóveis ferramentas para concretizar o direito de propriedade dos usucapientes.

Entretanto, como será demonstrado no decorrer deste artigo, o processo de isenção de emolumentos é feito pelos cartórios exclusivamente em casos de usucapião judicial.

Visto isso, conclui-se que a negação da isenção em casos de usucapião extrajudicial vai de encontro à tentativa do legislador de simplificar esse processo de aquisição de propriedade, pois torna a via extrajudicial inviável para indivíduos hipossuficientes.

3.3. O custo da ação de usucapião

A ação de usucapião é um instrumento corriqueiramente usado por profissionais do direito para pleitear em juízo o reconhecimento da propriedade adquirida através da posse continuada e sem contestação ao longo do tempo. Entretanto, para o judiciário conhecer o pedido de usucapião, antes mesmo de julgá-lo procedente ou improcedente, são necessários vários documentos que comprovem a posse mansa, pacífica, continuada ao longo do tempo e, dependendo da modalidade da usucapião, o justo título e a boa-fé.

Além dos documentos que qualificam as partes, como RG e CPF, são essenciais os seguintes documentos: i) comprovante de residência; ii) planta e memorial descritivo do imóvel feitos por profissional legalmente habilitado; iii) documentos que comprovem a origem da posse, tais como contratos de promessa de compra e venda, escrituras, declarações, entre outros; iv) documentos que comprovem o tempo em que o usucapiente está em posse do imóvel, como comprovantes de pagamento de IPTU, de contas de água, de energia elétrica e outros; v) nome completo, endereço e estado civil dos vizinhos confinantes, ou seja, aqueles que moram do lado

direito, esquerdo, e se for o caso, fundos, em cima ou embaixo do imóvel usucapiente; vi) nome completo, estado civil, endereço, CPF e RG de pelo menos três testemunhas que possam comprovar o tempo da posse e que não sejam parentes da parte e, por fim, vii) certidão de matrícula atualizada do imóvel em todos os cartórios de registro de imóveis do Município em que esteja o mesmo localizado.

Dessa forma, a exigência de uma extensa lista de documentos para que o juízo analise o pedido de reconhecimento da propriedade pela modalidade de usucapião gera inúmeros gastos para a parte interessada.

Com relação aos gastos referidos anteriormente, pode-se dizer que os mais elevados realizam-se, principalmente, nas certidões cartorárias². Em virtude da existência de três cartórios de registro de imóveis na cidade de Juiz de Fora, solicita-se a emissão de três certidões, quando se tratam de imóveis não regularizados, o que representa acréscimo de custos que, ainda somados às custas processuais e aos honorários advocatícios, representam elevada despesa ao postulante desse direito.

Além disso, a atualização da documentação acima citada, é questão primordial, sendo permitidos apenas aqueles expedidos há no máximo 1 (um) ano, o que gera mais ônus para a parte.

Outro gasto importante diz respeito a eventuais declarações emitidas por testemunhas apresentadas pelo autor com o propósito de respaldar seu tempo de posse, tornando desnecessária a realização de audiências. Ocorre que, para serem reconhecidas e, consequentemente, usadas como prova na ação de usucapião, tais declarações precisam apresentar firma reconhecida em cartório, o que também depende do pagamento de emolumentos.

O fato é que com gastos tão elevados, o indivíduo que busca o reconhecimento do seu direito de propriedade enfrenta grandes dificuldades em pleiteá-lo. E essa dificuldade é ainda mais visível e recorrente nos casos em que o indivíduo se encontra em situação de hipossuficiência e necessita da Assistência Judiciária, positivada nos artigos 98 a 102 do Código de Processo Civil, porquanto do auxílio da Defensoria Pública ou dos escritórios-escola de faculdades de Direito, devido à impossibilidade de arcar com os honorários, uma vez que a própria dependência da gratuidade da justiça pressupõe a escassez de recursos para a obtenção de documentos. Tal questão enseja a discussão sobre a importância da isenção de emolumentos nesse procedimento burocrático e oneroso.

3.4. A isenção na ação de usucapião

Após a constatação da discussão anterior, acrescida da informação de que grande parte das ações cíveis demandadas em escritórios-escola, como ocorre no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Federal de Juiz de Fora, especialmente aqui referenciando o Projeto de Extensão Moradia Legal no Entorno da UFJF, são ações de usucapião, reforça-se a suma importância da isenção de emolumentos no processo de concretização do direito à moradia. A efetiva aplicação desse instrumento facilita a segurança jurídica de situações de posse que se prolongam pelo tempo, visto que o registro da propriedade imobiliária, ou seja, a titulação da propriedade (foco da ação de usucapião) é essencial para garantir que o sujeito não tenha a mera posse sobre o imóvel e, por conseguinte, consiga ter o seu direito de proprietário assegurado.

² No campo das ações de usucapião ajuizadas pelo Projeto Moradia Legal no Entorno da UFJF, as pessoas atendidas por esse projeto de extensão contam com o apoio e parceria do NASFE (Núcleo de Assistência Social da Faculdade de Engenharia), que ao seu turno produzem documentação consistente em planta e memorial descritivo do imóvel, fato que especificamente nessas ações tais gastos não são contabilizados. Todavia, necessário é reconhecer que tal providência documental representa igualmente um ônus para o demandante da ação de usucapião.

Surgida com o nascimento do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica já era vista como um direito fundamental na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão formulada na França em 1789, que é um documento reconhecido internacionalmente e pionero em matéria de direitos fundamentais.

Atualmente, o conceito de segurança jurídica é entendido, segundo o ministro do STF Luís Roberto Barroso (2002), como a existência de instituições estatais dotadas de garantias e submetidas à legalidade, à boa-fé e à razoabilidade, assim como a estabilidade das normas e relações jurídicas e a anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem.

Importa igualmente associar a providência do registro viabilizada pela ação de usucapião com a garantia de outro direito social constitucional: o direito à moradia digna. Assim diz Pansieri (2008 s/p):

O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz e dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância dos seguintes componentes se encontrar plenamente satisfeito: segurança jurídica da posse; disponibilidade de serviços e infraestrutura; custo de moradia acessível; habitabilidade; acessibilidade; localização e adequação cultural.

O atendimento à moradia digna propiciado pelo registro do imóvel assegura ao titular da propriedade a tranquilidade, a estabilidade e a garantia de posse lícita, gerando uma melhor qualidade de vida e de direitos. Como consequência, o registro torna-se um pressuposto fundamental para o atendimento ao postulado da Dignidade da Pessoa Humana, contido no caput do art. 1º da Constituição Federal, que é princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Eis a importância da regularização do imóvel e do seu registro. O reconhecimento da existência da propriedade na ação de usucapião concede garantias para o indivíduo dispor de seu imóvel da forma que julgar mais adequada, assim como reivindicar direitos sobre ele caso seja necessário. Ademais, com o reconhecimento do direito de propriedade em juízo os cartórios de registro de imóveis são vinculados a registrar o imóvel pleiteado em nome da parte. O registro é o ato final que concede a garantia da segurança jurídica, a titulação do indivíduo em relação ao seu imóvel e o cessar de sua instabilidade e vulnerabilidade.

Dessa forma, a isenção cartorária na ação de usucapião é essencial para pessoas consideradas pobres na acepção legal do termo, pois a desoneração no pagamento de emolumentos em favor do postulante permite com que se dê mais agilidade à providência da documentação necessária à instrução da causa, assim aumentando a celeridade do processo de usucapião, possibilitando uma diminuição do tempo de obtenção de documentos essenciais, uma vez que a demora da parte para adquiri-los torna-se recorrente em função da ausência de recursos financeiros para tanto.

Como consequência da isenção, é possível que ocorra um aumento no número de pessoas interessadas em pleitear seu direito a usucapir e, assim, uma expansão do alcance do direito fundamental da segurança jurídica da posse.

4. A isenção cartorária em Juiz de Fora

Com o intuito de analisar a forma jurídica de como a temática da isenção até então discutida no presente trabalho é aplicada na prática, foi realizada uma pesquisa de campo nos cartórios de registros de imóveis do Município de Juiz de Fora e, dentre os resultados alcançados, tem-se o seguinte recorte.

Importante frisar que no curso da pesquisa empírica, no que diz respeito à realização das entrevistas perante os cartórios de Juiz de Fora, observou-se certa resistência no que tange à prestação de informações por parte dos agentes cartorários, o que, decerto, traduz-se como um importante dado a ser mencionado neste trabalho.

Em relação ao cartório do primeiro ofício, Cartório Toscano³, a solicitação de dados acerca do benefício da isenção cartorária foi respondida com a afirmação de que não havia alguém qualificado no cartório que pudesse repassar esse tipo de informação. Portanto, observa-se, logo de início, um relevante desprestígio quanto à concessão de um benefício que é constitucionalmente previsto e reafirmado por diversas leis federais e estaduais.

Ao contrário do relatado acima, no que refere ao cartório do segundo ofício, Cartório Massote⁴, houve uma maior disposição na liberação de informações. Dentre as questões lá indagadas, enfatizou-se a respeito do trâmite utilizado para a autorização da concessão da gratuidade de emolumentos, que se configura, com base no procedimento adotado pelo cartório citado, em um processo dividido em: 1) verificação de um mandado expedido por juiz, identificando o caso como sendo de assistência judiciária, e 2) preenchimento de um formulário desenvolvido pelo próprio cartório no qual a parte se autodeclara hipossuficiente.⁵

Apesar de a maior parte das concessões, segundo o sustentado pelo Cartório entrevistado, ser resultado de um mandado judicial, foi ressaltada a possibilidade de a Defensoria Pública ser sujeito ativo na solicitação da isenção de emolumentos, embora esta mesma prerrogativa não seja dada aos escritórios-escola de faculdades de Direito.

Ainda de acordo com a declaração do cartório Massote, a isenção nunca é negada quando pedida nos moldes apresentados e seu processo de divulgação do benefício restringe-se apenas aos casos em que o sujeito questiona diretamente no balcão. Por fim frisa-se que, diante do exposto, a usucapião extrajudicial não é abarcada pelo processo de isenção do cartório citado.

Já o cartório do terceiro ofício, Cartório Olavo Costa⁶, também ressaltou o fato de que a isenção de emolumentos é feita apenas mediante mandado judicial, sendo o reconhecimento acerca da necessidade ou não da isenção de taxas uma tarefa exclusiva do juiz, nesta ocasião respaldando o seu entendimento no que contido na já parcialmente revogada Lei Federal nº 1060/1950, bem como no art. 20, §1º da Lei Estadual de Minas Gerais nº 15.424/2004.

Também foi enfatizada a necessidade de representação por defensor público ou advogado dativo para que o juiz defira o pedido, bem como foi informado sobre o fato de que a concessão da isenção é realizada para todos os documentos, desde que sob a ordem do juiz. Nos casos de usucapião extrajudicial o entrevistado do referido cartório explicou, ainda, que a isenção cartorária não é concedida, pois acreditam que o requerente não necessita da isenção para ter seu direito assistido. O cartório Olavo Costa não possui um sistema de divulgação do benefício da isenção.

Diante do quadro relatado, conclui-se que a isenção de emolumentos encontra, na prática, grandes empecilhos, o que finda por confirmar a hipótese que deu origem à presente pesquisa. Considerando que a concessão desse benefício tem sido feita substancialmente a mando do juízo e que sem essa forma de coerção por parte do Estado os cartórios não se dispõem a assegurar o direito dos indivíduos hipossuficientes, a proposta das leis estaduais e federais que regulam esse processo de isenção torna-se extremamente frágil e ineficaz quando analisada na prática.

5. Conclusão

³ Av. Barão do Rio Branco, 2337, sala 1207/1210 – Centro, Juiz de Fora

⁴ Av. Barão do Rio Brabdo, 2370, sala 401 – Centro, Juiz de Fora

⁵ O referido formulário foi anexado no presente trabalho

⁶ Rua Halfeld, 828- Centro, Juiz de Fora

Sob uma análise dos fatos, dados e argumentos expostos e discutidos, conclui-se a extrema importância de uma revisão prática do processo de concessão da isenção de emolumentos notariais e de registro. Apesar de haver extensa previsão legislativa sobre o tema, as dificuldades concretas vão de encontro ao fundamento do direito à gratuidade da justiça e, consequentemente, ao próprio acesso à justiça igualitária no sentido material. A opção do legislador pela garantia da isenção nos custos de produção de documentos que compõem a ação de usucapião e da possibilidade de reconhecimento do direito à propriedade mediante a via extrajudicial reforça o entendimento de que essa é uma ação financeiramente custosa, bem como reafirma a tentativa de ajudar o sujeito a conquistar mais facilmente seu direito.

Sendo assim, propõe-se um reexame, inicialmente, acerca da associação feita pelos cartórios entre a concessão da isenção de emolumentos e apresentação de mandado judicial, uma vez que tal condicionamento, inegavelmente, dificulta o procedimento da isenção de emolumentos na ação de usucapião. Ademais, é de suma importância que haja uma readaptação dos sistemas de publicidade que divulgam esse benefício, pois quanto maior a divulgação, maior a chance de essa garantia chegar à esfera de conhecimento de indivíduos hipossuficientes, o que aumenta o número de sujeitos que têm seus direitos efetivados.

Reafirma-se, então, que a realização de mudanças práticas com vistas à uniformização de procedimentos de isenção de emolumentos cartorários no âmbito da ação de usucapião será capaz de tornar o ordenamento jurídico brasileiro mais eficaz e garantirá o pressuposto de justiça e igualdade.

6. Anexo

Formulário apresentado pelo Cartório Massote como parte do processo de requerimento de concessão de gratuidade.

ILMO. SR. OFICIAL DO CARTÓRIO DO SEGUNDO OFÍCIO DE REGISTRO DE
IMÓVEIS DA COMARCA DE JUIZ DE FORA, ESTADO DE MINAS GERAIS

DECLARAÇÃO

Eu, _____, de _____,
nacionalidade _____, estado civil _____,
profissão _____, residente na _____, nº _____, Bairro _____,
CPF _____, em _____, inscrito(a) no CPF _____, venho requerer a V. Sa., nos termos do art. 20, § 1º da Lei 15.424/2004, com a redação dada pela Lei 19.414/2010, seja deferida a isenção dos emolumentos e da taxa de fiscalização judiciária referente ao(s) ato(s) ora descrito(s), qual(is) seja(m): _____

_____, tendo em vista que sou pobre no sentido legal e que não paguei honorários advocatícios no processo judicial ou administrativo respectivo. Estou ciente de que a falsidade da presente declaração importará em responsabilidade civil e criminal.

Juiz de Fora, ____ de _____ de 20 ____.

DECLARANTE

Obs.: Se analfabeto(a), além da digital, é necessário a assinatura a rogo de uma pessoa, bem como, de duas testemunhas.

Declaração de acordo com o disposto no art. 108 do Provimento nº 260/CGJ/2013, da Egrégia Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais.

7. Referências

BAPTISTELA, T. **As isenções dos emolumentos em face da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.** 2016. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/54006/as-isenções-dos-emolumentos-em-face-da-união-estados-distrito-federal-e-municípios>>. Acesso em 21 de março de 2019.

BARROSO, Luís Roberto, **Temas de Direito Constitucional**, 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar,

2002, p. 49.

BEZERRA, Azevedo Maria da Silva. Usucapião especial urbana: uma das conquistas da função social da propriedade. 2015. Disponível em <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,usucapiao-especial-urbana-uma-das-conquistas-da-funcao-social-da-propriedade,54201.html>>. Acesso em 20 de março de 2019.

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 de março de 2019.

_____. **Lei n. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Novo Código Civil. 2002. Legislação. Brasília. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 21 de março de 2019.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 20 de março de 2019.

_____. **Lei Nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.** Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em 21 de março de 2019.

_____. **Lei n. 6.015/1973, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos. 1973. Legislação. Brasília. Disponível em: <<https://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em 21 de março de 2019.

_____. **Lei n. 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm>. Acesso em 20 de março de 2019.

_____. **Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000.** Regula o § 2º do art. 236 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Brasília, DF, 29 dez 2000.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Lex: ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Vademeum universitário de direito. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de instrumento AI 795862 SP.** União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Med Samp Serviços de Medicina SC LTDA. Relator: Ministro Dias Toffoli. 18 de setembro de 2012. DJe-188 Divulg 24/09/2012. Public 25/09/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Representação: Rp 895GB,** Relator Ministro Djaci Falcão. 1973. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14648621/representacao-rp-895-gb/amp>>. Acesso em 18 de março de 2019.

CARVALHO, Bruna da Silveira. **O Procedimento da ação de usucapião no novo Código de Processo Civil.** Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17095>. Acesso em 19 de março de 2019.

CANOVA, Jeferson. **A gratuidade dos serviços forenses prestados pelos Cartórios de Notas e de Registro de Imóveis.** 2017. Disponível em <<https://jefersoncanova.jusbrasil.com.br/artigos/469082782/a-gratuidade-dos-servicos-forenses-prestados-pelos-cartorios-de-notas-e-de-registro-de-imoveis>> Acesso em 18 de março de 2019.

Declaração de direitos do homem e do cidadão. 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo (USP). Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html%20>>. Acesso em 22 de março de 2019.

DUARTE, Hugo Garcez. **Dignidade da pessoa humana e direito à moradia:** reflexões frente ao conceito de Estado Democrático de Direito. 2015. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/42532/dignidade-da-pessoa-humana-e-direito-a-moradia-reflexoes-frente-ao-conceito-de-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 23 de março de 2019.

FERREIRA, G. B. de C. **Do instituto das isenções heterônomas.** 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/21833/do-instituto-das-isencoes-heteronomas>>. Acesso em 20 de março de 2019.

FIUZA, César. **Procedimentos para ação de usucapião ficam claros no novo CPC.** 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-17/direito-civil-atual-procedimentos-acao-usucapiao-ficaclaro-cpc>>. Acesso em 20 de março de 2019.

JACOMINO, Sérgio. **PMCMV – gratuidades plenárias – MG modula a regra.** 2010. Disponível em <<http://iregistradores.org.br/pmcmv-gratuidades-plenarias-mg-modula-a-regra>>. Acesso em 22 de março de 2019.

JUNCO, José Alexandre. **Aspectos materiais e atuais da usucapião.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9111#_ftn25>. Acesso em 19 de março de 2019.

KÜMPEL, V. F. **A gratuidade de escrituras de separações e divórcio.** 2016. Disponível em <<https://www.portaldori.com.br/2016/07/05/artigo-a-gratuidade-de-escrituras-de-separacoes-e-divorcio-por-vitor-frederico-kumpel>>. Acesso em 21 de março de 2019.

LIMA, Lucas Melo. **Documentos necessários para Ação de Usucapião.** 2016. Disponível em <<https://lucasmelo15.jusbrasil.com.br/modelos-peca/345356041/documentos-necessarios-para-acao-usucapiao>>. Acesso em 22 de março de 2019.

MELO JR., R. M. **Da natureza jurídica dos emolumentos notariais e registrais.** 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/6313/da-natureza-juridica-dos-emolumentos-notariais-e-registros>>. Acesso em 21 de março de 2019.

MILLAGRES, A.; CÉSAR, Gustavo Sousa. **Aspectos críticos e práticos da usucapião extrajudicial.** 2018. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-06/opiniao-aspectos-criticos-praticos-usucapiao-extrajudicial>>. Acesso em 22 de março de 2019.

MINAS GERAIS. **Lei n. 15.424, de 30 de dezembro de 2004.** Dispõe sobre a fixação, a contagem, a cobrança e o pagamento de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, o recolhimento da Taxa de Fiscalização Judiciária e a compensação dos atos sujeitos à gratuidade estabelecida em lei federal e dá outras providências. Minas Gerais, Belo Horizonte, 30 dez.2004.

PEDROSO, A. G. de A.; BARTINE, C. **A incidência da gratuidade da Justiça para os emolumentos: possibilidade e procedimento pelo Novo Código de Processo Civil.** 2016. Disponível em <<https://www.anoregsp.org.br/noticias/9584/a-incidencia-da-gratuidade-da-justica-para-os-emolumentos-possibilidade-e-procedimento-pelo-novo-codigo-de-processo-civil->>>. Acesso em 21 de março de 2019.

PENARIOL, Eduardo Luiz. **A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequentes alterações legislativas.** 2012. Disponível em <http://www.ambitodireito.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901>. Acesso em 22 de março de 2019.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. et al. **A usucapião e suas espécies previstas no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/29230/a-usucapiao-e-suas-especies-previstas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 18 de março de 2019.

SOUZA, Fiamma. **Usucapião – conceito, espécies e requisitos.** 2018. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/63442/usucapiao-conceito-especies-e-requisitos>>. Acesso em 19 de março de 2019.

Usucapião – Breves Considerações. Portal e-governo, inclusão digital e sociedade da UFSC. 2012. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/usucapi%C3%A3o-breves-considera%C3%A7%C3%A9es>>. Acesso em 18 de março de 2019.

Usucapião de bem móvel: conceito, modalidades e requisitos. Escola Brasileira de Direito. 2017. Disponível em <<https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/489125017/usucapiao-de-bem-movel-conceito-modalidades-e-requisitos>>. Acesso em 18 de março de 2019.

Usucapião Extrajudicial. Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Disponível em <<http://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/usucapiao-extrajudicial/>>. Acesso em 20 de março de 2019.

25. NEPCrim: reflexões e achados a partir da extensão e da pesquisa acadêmicas

Ellen Rodrigues Brandão¹

Sofia Miranda de Oliveira

Mariana Gaudereto Sena

Yasmin Fernandes Benini

Luiza Cunha Lenzi

Nayra Santos Oliveira

Marcia Adriana Barroso Coelho

Leticia Montebanhuli Pereira Fiorindo

Amanda Maria Martins

Victor Augusto Faria Ribeiro

Debora Morinigo de Sousa

Pedro Rivello da Costa Guimarães

Igor de Souza Figueiredo

Mariana Gaudereto Sena

Eduardo Khoury Alves

Livia Calderaro Garcia

Naiara Marques de Britto

Paula Guimarães

Vinicio Fonseca

Resumo

O NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF) foi criado em 2015 e, desde então, devidamente alocado no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da mesma instituição, com funcionamento de segunda à sexta, nos turnos matutino e vespertino. O NEPCrim consiste em um conjunto de ações de caráter orgânico-institucional que visa proporcionar à comunidade acadêmica e aos cidadãos residentes no município de Juiz de Fora e em seu entorno diversas atividades de extensão, cursos, eventos e pesquisas no âmbito das ciências criminais, de modo a contribuir positivamente quanto às demandas operacionais, educacionais e científicas em relação ao crime e à violência na região. Ao longo do presente trabalho pretende-se apresentar os diferentes projetos que vêm sendo desenvolvidos no núcleo desde sua criação, bem como as reflexões e achados vivenciados pela equipe ao longo das atividades, que contemplam desde pesquisas de campo a análises, peticionamentos judiciais, bem como eventos culturais, rodas de conversa e ações abertas à comunidade.

Palavras-chave: extensão; pesquisa; ciências criminais.

Abstract

NEPCrim (Extension and Research Group in Criminal Sciences of the UFJF's Law School) was created in 2015, and since then, properly allocated in the Legal Practice Center (NPJ) of the same institution, operating from monday to friday, in shifts in morning and afternoon. NEPCrim consists in a group of actions in a organic-institutional character, that aims providing the academic community and the citizens of Juiz de Fora and in its surroundings diverse activities of extension, courses, events and researches in the sphere of the criminal

¹ Professora de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito da UFJF; Doutora em Direito Penal (UERJ), com estágio doutoral na Universidade de Greifswald (Alemanha). Contato: ellen.rodriguesjf@gmail.com

sciences, looking for contribute positively to the operational, educational and scientific demands concerning crime and violence in the region. Throughout this presentation we intend to show the different projects that have been developed in the group since its creation, as well as the reflections and results experienced by the team throughout the activities, which include from field research to analysis, judicial petitions, as well as cultural events, talking groups and actions open to the community.

Key words: extension; research; criminal sciences.

1. Introdução

O NEPCrim (Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFJF) foi criado em 2015 e, desde então, devidamente alocado no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da mesma instituição, com funcionamento de segunda à sexta, nos turnos matutino e vespertino. O NEPCrim consiste em um conjunto de ações de caráter orgânico-institucional que visa proporcionar à comunidade acadêmica e aos cidadãos residentes no município de Juiz de Fora e em seu entorno diversas atividades de extensão, cursos, eventos e pesquisas no âmbito das ciências criminais, de modo a contribuir positivamente quanto às demandas operacionais, educacionais e científicas em relação ao crime e à violência na região.

A motivação para este programa decorreu do ideal, sobretudo por parte de sua coordenadora, de contribuir para o desenvolvimento de projetos e ações de extensão e pesquisa afetos à questão criminal no município de Juiz de Fora e em seu entorno, bem como de contribuir para a produção de conhecimentos empíricos mais amplos sobre a referida temática, o que é uma grande carência no âmbito das ciências jurídicas e sociais de modo geral.

Através do NEPCrim vêm sendo realizadas atividades de caráter interdisciplinar, que, embora sejam coordenadas pela professora proponente, tenham a capacidade de acolher outros professores interessados, bem como alunos, representantes do poder público, lideranças comunitárias, representantes e integrantes de movimentos sociais, pesquisadores interessados no estudo das Ciências Criminais e os cidadãos de modo geral. Tais atividades serão orientadas à reflexão sobre as relações entre as Ciências Criminais e os constantes processos de transformação social que se lhes afetam, tendo por fio condutor a indeclinável observância dos Direitos Humanos. Na conjuntura atual, marcada por tendências político-criminais expansivas e atentatórias às liberdades públicas e aos direitos fundamentais, imperiosos se fazem programas dessa natureza - seja para apontar as vicissitudes do pensamento penal na pós-modernidade, seja para indicar as possibilidades promissoras de superação da conflitividade social afeta ao Direito Penal, à Criminologia e aos demais saberes criminológicos que irrompem a presente quadra histórica.

Antes de avançar, convém destacar que o NEPCrim foi instituído através de ato normativo da Direção da Faculdade de Direito (através da Portaria Nº 02, de 27 de Junho de 2016, emitida pela Diretora da Faculdade de Direito da UFJF (FACDIR), Profa. Dra. Aline Araújo Passos), que permitiu o aperfeiçoamento dos projetos de extensão e pesquisa em andamento no âmbito da FACDIR, sob a coordenação da professora Ellen Rodrigues, professora adjunta de Direito Penal e Criminologia da referida instituição, quais sejam: Projeto de extensão acadêmica “Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes”; Projeto de extensão acadêmica “Diga não à violência contra a mulher”; Projeto de extensão em interface com pesquisa “Diga não à violência contra a mulher. Um estudo de caso sobre a realidade de Juiz de Fora: perspectivas e desafios”; Projeto de extensão acadêmica “Mulheres, apesar do cárcere”; Projeto de pesquisa “A escalada da violência em Juiz de Fora: para pensar melhor...”; Projeto de Pesquisa “Monitoramento eletrônico de pessoas e possibilidades de implantação na Comarca de Juiz de Fora/MG”.

Nesse sentido, tem-se que, através do NEPCrim, foi possível ainda dar continuidade às atividades de atendimento jurídico no NPJ, na Casa da Mulher, no sistema prisional e socioeducativo locais, alcançando especialmente as mulheres, através do Projeto de extensão “Mulheres, apesar do cárcere” e os adolescentes acautelados no Centro Socioeducativo Santa Lúcia de JF. Ademais, foi possível desenvolver novos estudos, cursos e palestras acerca da questão criminal no município, cotejando com os cenários nacionais e internacionais.

As atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim contam com metodologias quantitativas e qualitativas de forma integrada e se destinarão, especialmente, a: adolescentes, entre 12 e 18 anos, em conflito com a lei penal e/ou conflitos escolares e comunitários; adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação no Centro Socioeducativo Santa Lúcia; mulheres vítimas de violência doméstica atendidas na Casa da Mulher de Juiz de Fora, bem como seus familiares e agressores; mulheres em cumprimento de pena e/ou medidas cautelares no sistema prisional de Juiz de Fora; atores jurídicos que trabalham na área penal, alcançando, ainda, de forma indireta, autoridades policiais e municipais responsáveis pelas políticas de segurança pública do município.

Através de tais atividades, bem como de cursos de extensão e campanhas de conscientização realizadas tanto no campus da UFJF como nas redes sociais foi possível atingir a sociedade de maneira ampla, na medida em que não só acadêmicos, mas todos os cidadãos que tiveram contato com as ações extencionistas realizadas no âmbito do NEPCrim puderam participar ativamente de reflexões acerca de problemas que afetam os cidadãos de modo geral, quais sejam: o crime, o medo do crime e os diferentes processos de criminalização que subjazem a chamada "criminalidade".

2. Universidade sem muros: a importância da extensão acadêmica e seu potencial de abertura da Universidade à sociedade

Através de programas de extensão são abertos promissores caminhos para aproximações entre a Universidade e a sociedade, por meio de um processo dialético, que possibilita o aprofundamento e a geração de novos conhecimentos. Nesse sentido, por meio do NEPCrim pretende-se contribuir para a democratização da assistência jurídica no âmbito penal, cujos principais beneficiários são pessoas oriundas das classes menos favorecidas e, por isso, carecem de auxílio para a consecução de devida e efetiva prestação jurisdicional. Ademais, objetiva-se promover e estimular a produção de conhecimentos acerca da questão criminal, bem como propor novos modelos baseados em programas político-criminais comprometidos com os Direitos Humanos e, finalmente, contribuir para o aprimoramento e a difusão dos inovadores programas de Justiça Restaurativa e demais mecanismos informais de resoluções de conflitos criminais no município de Juiz de Fora, de modo a beneficiar seus destinatários e a sociedade como um todo.

Entre os anos de 2015 a 2019 o NEPCrim já contou com a participação de mais de 50 discentes, entre bolsistas e voluntários, sendo atualmente composto por 19 integrantes, que figuram como autora e co-autores do presente trabalho. Além de contar com os discentes vinculados à UFJF, o NEPCrim recebe apoio de voluntários lotados no CPC (Centro de Prevenção à Criminalidade) e pessoas físicas que se aproximaram do núcleo após participarem de cursos de extensão oferecidos à comunidade.

Ao longo desse período, mais de 3000 pessoas foram impactadas pelas ações realizadas no âmbito do NEPCrim, com destaque para os seguintes projetos:

1) Projeto de extensão acadêmica “Além da Culpa: Justiça Restaurativa para adolescentes”: o projeto, que foi premiado na categoria “Direitos Humanos” na Mostra da Extensão de 2016 da UFJF, é fruto de convênio realizado, especificamente para esta finalidade, entre a Universidade Federal de Juiz de Fora e a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

e presta atendimentos a adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais na Comarca de JF ou em cumprimento de medidas socioeducativas nas instituições locais. Desde sua implementação em 2015 até o presente, o “Além da Culpa” já atingiu mais de 1500 beneficiários, tendo a equipe de extensionistas participado efetivamente de mais de 100 círculos e/ou ações restaurativas;

2) Projeto de extensão acadêmica “Diga não à violência contra a mulher”: o projeto é fruto da parceria com o Centro de Referência Casa da Mulher de Juiz de Fora/MG. Sob a coordenação da professora solicitante, estagiários realizam, diariamente, atendimentos às mulheres vítimas de violência doméstica que procuram a Casa da Mulher. Tais atendimentos consistem em: acolhimento; confecção dos pedidos de medida protetiva pertinentes ao caso, acompanhamento de audiências; realização das práticas de Justiça Restaurativa nos termos da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça. Desde sua implementação em 2016 até o presente, o “Diga não à violência contra a mulher” já atingiu mais de 500 beneficiárias, tendo a equipe de extensionistas participado efetivamente de mais de 55 círculos e/ou ações restaurativas;

3) Projeto de extensão em interface com pesquisa “Diga não à violência contra a mulher. Um estudo de caso sobre a realidade de Juiz de Fora: perspectivas e desafios”: este projeto visa a continuidade das atividades prestadas no projeto supra e aprofundamento da análise dos resultados obtidos através da experiência empírica e ainda está em andamento;

4) Projeto de extensão “Mulheres, apesar do cárcere”: este projeto promoverá atendimentos semanais na Penitenciária Professor Ariosvaldo Campos Pires, na cidade de Juiz de Fora, para onde são encaminhadas as detentas do sexo feminino em cumprimento de pena e/ou medida cautelar nesta Comarca. Nesses atendimentos, os estagiários realizarão: acolhimento; intervenções de Justiça Restaurativa e estudos de obras literárias que permitirão a remição da pena pela leitura. A cada ciclo, a equipe interpõe os pedidos processuais de remição de pena, nos termos da Lei de Execuções Penais, sob a supervisão da professora coordenadora. Para cada livro lido, cada detenta pode remir 4 dias de pena. Desde sua implementação em 2017 até o presente, o “Além da Culpa” já atingiu mais de 130 beneficiárias, que além de ações restaurativas, contaram com o devido peticionamento de remição da pena pela leitura em seus respectivos processos junto ao TJMG;

5) Projeto de pesquisa “A escalada da violência em Juiz de Fora: para pensar melhor”: este projeto é fruto de pesquisas anteriores, desenvolvidas pela professora solicitante, e pretende refletir sobre os impactos do crescimento econômico e populacional verificado no município de Juiz de Fora nos últimos anos, tendo por objetivo contextualizar a dita “onda de violência” percebida nos anos de 2012 e 2013 e suas repercussões na sociedade. Tal projeto ainda está em andamento;

6) Projeto de pesquisa “Monitoramento eletrônico de pessoas e possibilidades de implantação na Comarca de Juiz de Fora/MG”: este projeto visa realizar levantamentos sobre a realidade nacional e internacional acerca da utilização da monitoração eletrônica de pessoas como alternativa, ou não, à prisão e as possibilidades de sua implantação na Comarca de Juiz de Fora. Tal projeto foi devidamente concluído no ano de 2018, tendo originado um artigo que será publicado em obra organizada por destacadada universidade alemã;

Além desses projetos, desde a criação do NEPCrim vêm sendo promovida uma série de eventos, tais como: i) 10 ANOS DA LEI 11.343/2006 E A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL²; ii) I Seminário do Núcleo de Extensão e Pesquisa em Ciências Criminais da UFJF³, bem como cursos sobre Justiça Restaurativa e prevenção à violência, todos

² Anais disponíveis em: <http://www.ufjf.br/direito/files/2017/10/Anais-do-Evento-10-anos-da-lei-11.3432006-e-a-pol%C3%ADtica-criminal-de-drogas-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 2 abril 2019.

³ Anais disponíveis em: <http://www.ufjf.br/direito/enspesqexte/anais/anais-do-nepcrim/>. Acesso em: 2 abril 2019.

gratuitos e abertos à comunidade.

Na realização de todas essas atividades, leva-se em conta, precipuamente, a discrepância entre a lei penal e a realidade do sistema judicial e carcerário nacionais e a gravíssima crise carcerária e político-criminal vigentes, ações e pesquisas dessa natureza podem contribuir para a crítica e o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e das políticas públicas destinadas a adultos e adolescentes acusados e/ou condenados pela prática de infrações penais, bem como as mulheres e demais grupos sociais vulneráveis à ação do sistema penal e às diversas formas de violência.

Nesse sentido, por meio do NEPCrim vem sendo possível promover ações afirmativas voltadas à democratização da assistência jurídica no âmbito penal, cujos principais beneficiários são pessoas oriundas das classes menos favorecidas e, por isso, carecem de auxílio para a consecução de acolhimento e da devida e efetiva prestação jurisdicional que se lhes é de direito. Dentre os principais beneficiários das ações desenvolvidas no âmbito do NEPCrim se destacam:

1) adolescentes, entre 12 e 18 anos, em conflito com a lei penal, cujas condutas estejam sob a representação da Defensoria Pública da Vara da Infância e Juventude de Juiz de Fora, bem como seus familiares;

2) adolescentes, entre 12 e 18 anos, envolvidos em conflitos escolares e/ou comunitários, bem como conflitos familiares;

3) adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação no Centro Socioeducativo Santa Lúcia em Juiz de Fora;

4) mulheres vítimas de violência doméstica atendidas no Centro de Referência Casa da Mulher de Juiz de Fora, seus familiares e demais pessoas da comunidade afetadas pelo conflito;

5) agressores das mulheres vítimas de violência doméstica atendidas no Centro de Referência Casa da Mulher de Juiz de Fora, seus familiares e demais pessoas da comunidade afetadas pelo conflito;

6) mulheres em cumprimento de penas e/ou medidas cautelares no sistema prisional de Juiz de Fora;

7) atores jurídicos que trabalham na área penal, seja no âmbito da prevenção, apuração e responsabilização de infrações penais, alcançando, ainda, de forma indireta, autoridades policiais e autoridades municipais que atuam nos referidos processos, bem como os atores responsáveis por levar a efeito as políticas de segurança pública do município.

Além dos beneficiários alcançados pelos projetos supramencionados, o NEPCrim vem promovendo, ao longo de suas atividades, cursos, eventos e campanhas de conscientização voltados para as comunidades e grupos sociais afetados pelo crime, pelo medo do crime e pelos diferentes processos de criminalização que subjazem a chamada “criminalidade”, com vistas à sensibilização dos cidadãos acerca da questão criminal.

3. Perspectiva teórica e horizonte de atuação: uma proposta interdisciplinar e inclusiva

Como já mencionado, as ações ora desenvolvidas no âmbito do NEPCrim visam a manutenção e o aperfeiçoamento dos projetos de extensão e pesquisa já em andamento por parte de sua coordenadora, como também ambicionam o desenvolvimento de outras atividades e estudos interdisciplinares no âmbito das Ciências Criminais. Por “Ciências Criminais” são compreendidos os diferentes ramos do saber que fornecem subsídios bibliográficos e empíricos para o estudo do crime e de seus diferentes impactos. As Ciências Criminais contemplam, na atualidade, diferentes ramos do saber, tais como: a Dogmática Penal, a Criminologia, o Processo Penal; a Sociologia; a História; a Antropologia Criminal; a Psicologia Forense; o Serviço Social; estudos sobre Arquitetura e Urbanismo; a Geografia Urbana; a Medicina Social,

entre outras. Assim, fiel às tendências da moderna Criminologia, o NEPCrim contempla a ideia de interdisciplinaridade no próprio nome, uma vez que ao invés de denominar-se um núcleo promotor de pesquisas e atividades restritas ao Direito Penal, incorpora, em sua nomenclatura, as “Ciências Criminais”.

Por compreender que a pretensão autopoietica do Direito Penal nos debates acerca da questão criminal está ultrapassada e, como comprovado pelas sólidas pesquisas empíricas sobre o tema, em amplo desacordo com as funções declaradas pelas normas jurídicas, o NEPCrim privilegia as abordagens criminológicas que, caracterizadas pelo método empírico e interdisciplinar, visam fornecer novas categorias de pensamento e modernas diretrizes de trabalho que ultrapassam o debate meramente jurídico e alcançam a realidade social.

Tal proposta encontra eco nas exigências da contemporaneidade. Pois, esse novo paradigma criminológico clama por um constante diálogo entre o Direito e as demais ciências, proporcionando uma compreensão mais ampla dos problemas relacionados ao crime e aos diferentes processos de criminalização e seletividade decorrentes da ação do sistema penal.

Diante das constatações empíricas realizadas no âmbito da Criminologia acerca da insuficiência dos aportes teóricos do Direito Penal para enfrentar a conflitividade social relacionada ao crime, a moderna pesquisa criminológico-crítica vem se destacando por seu viés interdisciplinar. Nesse sentido, a própria Criminologia deixa de ser vista como um apêndice teórico-legitimador dos discursos jurídico-penais para ser compreendida a partir de diferentes perspectivas. Tal abordagem, bem como as propostas alternativas aos modelos clássicos, reclamam um esforço empírico e multidisciplinar que une professores, alunos, representantes dos movimentos sociais, agentes comunitários, atores jurídicos, pesquisadores de diferentes abordagens e a sociedade civil, daí a pertinência da criação de um núcleo de extensão e pesquisa aberto à comunidade acadêmica e à sociedade como um todo.

Nesse sentido, as atividades realizadas pelo NEPCrim serão orientadas à reflexão crítica sobre as relações entre as Ciências Criminais e os constantes processos de transformação social que se lhes afetam, tendo por fio condutor a indeclinável observância dos Direitos Humanos. Por isso, nos atendimentos de extensão, desenvolvidas no âmbito da prática penal propriamente dita, será observado o devido cumprimento do arcabouço normativo previsto no ordenamento jurídico pátrio, bem como a observância dos princípios reitores do Direito Penal e do Processo Penal nos Estados Democráticos de Direito (Humanidade; Legalidade; Proporcionalidade; Lesividade; Culpabilidade; Intervenção Mínima; Ampla Defesa; Presunção de Inocência; *In dubio pro reo*; etc.).

Na conjuntura atual, marcada por tendências político-criminais expansivas e atentatórias às liberdades públicas e aos Direitos Humanos, imperiosos se fazem projetos e ações de extensão, bem como pesquisas dessa natureza - seja para apontar as vicissitudes do pensamento penal na pós-modernidade, seja para indicar as possibilidades promissoras de superação da conflitividade social afeta ao Direito Penal, à Criminologia e aos demais saberes criminológicos que irrompem a presente quadra histórica. Nesse espírito é que, através do NEPCrim, vêm sendo promovidas abordagens inovadoras e libertárias acerca da questão criminal no país e, mais especificamente, no município de Juiz de Fora e região. Na atualidade, as demandas por segurança pública vêm ocupando lugar de destaque na agenda local (RODRIGUES, 2015). No entanto, a despeito de reflexões mais aprofundadas sobre o aumento da violência, sobretudo nas áreas de periferia e na região central, a população juiz-forana vem clamando por medidas incisivas de combate e repressão ao crime.

Sendo assim, o NEPCrim cumpre também um papel político, na medida em que pode contribuir, através do ensino, da pesquisa e da extensão, de forma positiva para este importante debate, na medida em que promove ações tendentes a: i) democratizar e expandir as atividades do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) da Faculdade de Direito da UFJF, especialmente no âmbito penal; ii) difundir os mecanismos e práticas de Justiça Restaurativa nas escolas, comunidades

e demais núcleos e/ou instituições de atendimento e atenção de adolescentes e jovens adultos; iii) viabilizar a realização de projetos de pesquisa e extensão acadêmicas, de caráter empírico e interdisciplinar, acerca do crime da criminalidade no país, mais especificamente voltados para os problemas do município de Juiz de Fora e região; iv) contribuir para maior representatividade da Universidade, através da Faculdade de Direito, nos debates e encaminhamentos acerca da questão criminal e segurança pública no município de Juiz de Fora e região; v) possibilitar a integração entre professores, pesquisadores, alunos e comunidade; vi) promover a aproximação entre a Faculdade de Direito e os movimentos sociais, seja através do apoio na realização das atividades de atendimento às comunidades e grupos vulneráveis, como através de eventos e campanhas; vii) promover a aproximação entre a Faculdade de Direito e os atores jurídicos e sociais responsáveis pelo sistema jurídico-penal e pelas políticas públicas de segurança no município de Juiz de Fora; viii) promover campanhas e eventos abertos à comunidade para a sensibilização e conscientização quanto à questão criminal e às políticas criminais levadas a efeito no país e, sobretudo, no município de Juiz de Fora e região; ix) contribuir para o desenvolvimento de estudos sobre o georreferenciamento da criminalidade em Juiz de Fora, como forma de aprofundamento das disciplinas de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, por meio de pesquisas interdisciplinares, visando interfaces entre tais disciplinas e as Ciências Sociais, Arquitetura e Urbanismo; x) desenvolver estudos destinados ao diagnóstico da situação carcerária no estado de Minas Gerais, especialmente no município de Juiz de Fora, promovendo a aproximação entre a Faculdade de Direito da UFJF e as autoridades responsáveis pela Segurança Pública no município; xi) integrar o ensino e a pesquisa com as demandas da sociedade, buscando o comprometimento da comunidade universitária com interesses e necessidades das comunidades e grupos vulneráveis, estabelecendo mecanismos que relacionem o saber acadêmico e a percepção social acerca da questão criminal na atualidade, democratizando, assim, o conhecimento acadêmico; xii) incentivar o desenvolvimento da prática penal discente através de atividades extensionistas que contribuam para o desenvolvimento da consciência social e política, formando profissionais diferenciados, comprometidos com a promoção da cidadania e dos direitos humanos, entre outros.

4. Metodologia utilizada e organização das atividades

As atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim contam com metodologias quantitativas e qualitativas de forma integrada. Na etapa inicial de estruturação dos projetos e ações de extensão e organização dos recortes das pesquisas, privilegiar-se-á a pesquisa bibliográfica – com destaque para autores brasileiros e estrangeiros cuja produção se volta ao estudo da questão criminal, nos seus mais diferentes aspectos.

Cumprida essa etapa, são iniciadas as atividades extensionistas, que, por serem desenvolvidas através do contato direto entre pesquisadores, estagiários (bolsistas e voluntários) e beneficiários, possibilitarão a realização conjunta de pesquisas empíricas qualitativas, privilegiando metodologias características de pesquisas de campo, como a observação participante. Através desse trabalho empírico, são realizados levantamentos e análises dos dados colhidos durante as atividades de extensão, cotejando-os com a pesquisa bibliográfica que serve de suporte teórico aos trabalhos.

Visando a qualificação continuada da equipe, são realizadas reuniões semanais para capacitação, análise e nivelamento dos resultados. Ademais, nessas reuniões são estabelecidos planos de ação para aplicação e tabulação dos questionários aplicados em relação aos principais atores envolvidos nas atividades realizadas pelo NEPCrim. Essas reuniões de capacitação da equipe e nivelamento dos trabalhos são baseadas na metodologia construtivista proposta por Paulo Freire (2005; 1983), segundo a qual o conhecimento deve ser construído dialogicamente,

a partir da interação entre professores e alunos. Propõe-se, com isso, a problematização de mundividências, de forma a permitir que todos os envolvidos participem construtivamente das discussões sobre os problemas pesquisados e da produção do conhecimento obtido a partir deles, o que viabiliza o debate sobre os diversos paradigmas que orientam as diferentes percepções a respeito dos temas centrais dos projetos desenvolvidos no âmbito do NEPCrim, quais sejam: o crime, o medo do crime e os diferentes processos de criminalização que subjazem a chamada “criminalidade” e seus impactos na sociedade.

Durante a execução das atividades extensionistas realizadas diretamente aos beneficiários, sobretudo entre os adolescentes e mulheres, são utilizadas estratégias de comunicação não violenta, que reforçam a importância da cultura de paz e dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, dentro da lógica da Justiça Restaurativa, nos termos da Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Nessas atividades e nas demais ações de extensão e pesquisa, a equipe é dividida de modo a contemplar os diferentes trabalhos serem realizados, de modo que cada estagiário (bolsista ou voluntário) cumprirá uma carga horária no limite de 12 horas semanais, sob a devida supervisão e orientação da coordenação do NEPCrim.

De acordo com o cronograma utilizado pelo grupo, todos as atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim contam com a etapa de preparação, desenvolvimento e relatório final. Tais relatórios são objeto de discussão, adequação e complementação por parte de todos os membros da equipe, o que permite que, feitas as devidas adequações, a coordenadora se dedique à produção das versões finais dos referidos relatórios e promova a publicação dos resultados junto a revistas científicas e/ou sites especializados, de modo a difundir e democratizar os conhecimentos produzidos ao longo dos trabalhos.

Cumpre destacar que todas as atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim privilegiam a metodologia da observação participante e as investigações empíricas no intuito de refletir sobre as práticas institucionais e as peculiaridades dos feitos processados no âmbito do da Justiça Criminal na Comarca de Juiz de Fora/MG, do sistema prisional e socioeducativo local e das diferentes políticas públicas desenvolvidas no município em torno da segurança pública, investigando os possíveis aspectos de seletividade e marginalização social em relação aos cidadãos submetidos às mesmas.

Do ponto de vista pedagógico, as atividades realizadas pelo NEPCrim procuram contemplar diferentes ramos do saber, capazes de fornecer subsídios teóricos e empíricos para o estudo do crime, da criminalidade e de seus diferentes impactos nas sociedades contemporâneas. A necessidade dessa abordagem interdisciplinar é amplamente discutida como proposta pedagógica levada a efeito no âmbito das disciplinas Direito Penal; Estudos do Crime; Criminologia e Tópicos especiais de Direito Penal, todas lecionadas pela professora coordenadora do núcleo. Em tais disciplinas, atenta às novas tendências de ensino das Ciências Penais no Brasil e no mundo, esta professora procura demonstrar aos discentes a importância do desenvolvimento de atividades de extensão e pesquisas empíricas e interdisciplinares para o aprimoramento da formação teórica e prática dos profissionais do Direito e demais áreas afins.

Essa perspectiva se apoia no reconhecimento de que a pretensão autopoietica do Direito Penal, que prevaleceu por séculos nos debates acerca da questão criminal, está ultrapassada e em desacordo com os mecanismos atuais de proteção aos Direitos Humanos no âmbito penal. Nesse sentido, almeja-se que, através das atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim, os processos de ensino e aprendizagem das disciplinas afetas ao Direito Penal e à Criminologia realizados na Faculdade de Direito da UFJF passem a contar com um espaço de transformação social e de produção de conhecimento que funcione como uma oportunidade para o desdobramento e o aprofundamento das discussões travadas em sala de aula sobre os referidos temas.

Por conseguinte, acredita-se que a criação do NEPCrim serve de estímulo e

oportunidade para o aprimoramento do ensino do Direito Penal e da Criminologia no âmbito da Faculdade de Direito da UFJF, sendo de fundamental importância, também, para o aperfeiçoamento da formação prática realizada no Núcleo de Prática Jurídica (NPJ), especialmente no âmbito penal. Pois, além de proporcionar prestação jurisdicional de qualidade aos beneficiários, o núcleo representa um espaço de aprendizagem e discussão para os discentes, docentes, pesquisadores, representantes e integrantes de movimentos sociais e a sociedade como um todo, o que pode abrir canais promissores para a emergência de ideias criativas, pensamento crítico e novas categorias de pensamento que ultrapassam o debate meramente jurídico e alcançam a realidade social de forma transformadora.

Cumpre destacar que tais perspectivas acima em consonância com o art. 5º do Estatuto da UFJF, que dispõe que esta tem por finalidade “produzir, sistematizar e socializar o saber filosófico, científico, artístico e tecnológico, ampliando e aprofundando a formação do ser humano para o exercício profissional, a reflexão crítica, a solidariedade nacional e internacional, na perspectiva da construção de uma sociedade justa e democrática e na defesa da qualidade de vida”. No mesmo sentido estão as diretrizes do Projeto Pedagógico (PPC) do Curso de Direito da UFJF, que dispõem que “o discente deverá desenvolver a capacidade de perceber a complexidade do fenômeno jurídico, compreendendo, mediante análises crítico-construtivas, os limites e as possibilidades das instituições jurídicas. Isto reforça a importância de um curso com perfil interdisciplinar, pautado numa concepção humanista e filosófica, base necessária ao desenvolvimento de pesquisas institucionais interligadas com a prática do Direito”. O referido PPC destaca, ainda, a importância de se desenvolverem “estudos que se baseiem no pluralismo e na construção de identidades éticas, cuja ênfase se encontra, na atualidade, nas necessárias intervenções do Direito na realidade”.

Acredita-se que, ao oportunizar a participação de discentes em atividades acadêmicas sobre temática tão atual e relevante, o NEPCrim pode contribuir positivamente para a sua formação, pois permite aos acadêmicos exercerem um papel ativo junto à sociedade em que vivem. A aproximação dos estudantes de Direito e demais áreas afins com o universo estudado - qual seja: o crime e os conflitos sociais que se lhe subjazem – oportuniza o desenvolvimento de atividades práticas comprometidas com a melhoria da realidade social; com a prevenção do crime e da violência; com a afirmação dos Direitos Humanos; com a implementação dos modernos mecanismos de Justiça Restaurativa e construção de paz e com aperfeiçoamento da administração jurídico-penal como um todo. Importa destacar que as atividades desenvolvidas no âmbito do NEPCrim estarão abertas a toda a comunidade acadêmica e não apenas aos alunos do curso de Direito.

Considerando-se a importância dessas atividades para comunidade acadêmica, para os beneficiários e para a sociedade em geral, os impactos produzidos pelas mesmas na formação dos discentes podem ser percebidos como uma via de mão dupla, que alcança tanto as possibilidades de aprimoramento dos processos de aprendizagem, como também permite que os beneficiários tenham possibilidades de participação na elaboração e na práxis dos conhecimentos acadêmicos. Esse fluxo garante a troca continua e fecunda de saberes acadêmicos e sociais que, consequentemente, impulsionará mudanças positivas quanto às limitações ora verificadas em relação à compreensão do crime e da criminalidade na sociedade atual.

A partir de uma perspectiva humanizada, que contraria o arquétipo do “homem médio” que se enfrenta de forma assombrosa com a lei penal, o NEPCrim confere aos discentes a possibilidade de participação em atividades que contem com a participação de pessoas reais. Através dessas atividades, espera-se despertar nos discentes a capacidade de analisar mais profunda e humanamente os casos com que se deparam, compreendendo que os aspectos sociais que afetam as pessoas e os delitos praticados por elas estão para além da forma fria das estatísticas, dos registros policiais e dos processos penais. Acredita-se que tal experiência

repercucirá de forma positiva na formação discente e contribuirá para o desenvolvimento de profissionais dotados de uma compreensão mais ampla acerca dos problemas relacionados ao crime, ao medo do crime e aos diferentes processos de criminalização existentes na sociedade e à seletividade penal decorrente dos mesmos.

Considerando o cenário atual e a forma preocupante com que o debate sobre o crime e a violência vem sendo conduzido no âmbito acadêmico e na sociedade brasileira como um todo⁴, a formação de profissionais com tal sensibilidade é de grande relevância para afirmação dos Direitos Humanos e dos princípios que servem de limitação ao poder punitivo arbitrário nos Estados democráticos de Direito.

5. Considerações finais

Os encaminhamentos majoritários sobre a questão criminal na atualidade colocam em questão a democracia propriamente dita, assim como seus postulados de igualdade e de observância aos Direitos Humanos. A diferenciação ostensiva de cidadãos a partir de valências econômicas, sociais e políticas, termina por naturalizar a ideia de que os Direitos Humanos existem apenas para “humanos direitos”. Segundo Vera Malaguti Batista, tal estado de coisas nos permite depreender que, nas duas últimas décadas, a percepção da violência por parte dos brasileiros vem produzindo uma espécie de “adesão subjetiva à barbárie” que, grosso modo, consiste em uma crescente demanda coletiva por instrumentos de controle social, cada vez mais ofensivos. Um dos aspectos mais deletérios desse movimento é a privatização e a policização da Academia, dos movimentos sociais, dos núcleos de violência e cidadanias e de diferentes setores da sociedade civil – “todos agora se dirigindo para a construção da expansão do poder punitivo em todas as direções” (BATISTA, 2012, p. 309-310).

Daí a importância da formação de profissionais capazes de resistir a essa “adesão subjetiva à barbárie” e de lutarem pela implementação de ações e modelos político-criminais destinados à prevenção do crime e à redução da violência que reivindiquem, ao mesmo tempo, a devida observância dos limites impostos ao poder punitivo nos Estados democráticos de Direito e lutem pela efetivação dos Direitos Humanos.

Na preocupante quadra histórica que o país atravessa em termos penais, carcerários e político-criminais, contribuir para a formação de profissionais que tenham a oportunidade de construir um pensamento humanizado e contra-hegemônico sobre o crime e a criminalidade e, sobretudo, no âmbito de uma Universidade pública e de qualidade, é uma expressão de resistência democrática, que muito poderá contribuir para as gerações futuras.

O princípio da indissociabilidade universitária entre ensino, pesquisa e extensão, é um dos imperativos da Constituição brasileira de 1988, que em seu art. Art. 207 CF dispõe que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. De acordo com esse preceito fundamental, o tripé formado pelo ensino, pela pesquisa e pela extensão constitui o eixo fundamental da Universidade brasileira. Não obstante, a compreensão sobre a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, não se restringe a uma questão conceitual ou legislativa, mas fundamentalmente, paradigmática, epistemológica e político-pedagógica.

Nesse sentido a articulação entre o ensino e a extensão aponta para uma formação que se preocupa com os problemas da sociedade contemporânea, mas carece da pesquisa, responsável pela produção do conhecimento científico capaz de fornecer aportes teóricos que servirão de alicerces para transformações e avanços sociais. Percebida de tal forma, a relação entre ensino, pesquisa e extensão, quando bem articulada, pode conduzir a mudanças

⁴ WAISELFISZ, 2013; 2014; 2015.

significativas nos processos de ensino e aprendizagem, além de colaborar efetivamente para a formação profissional de estudantes e professores e fortalecer os atos de aprender, de ensinar e de formar profissionais e cidadãos. Assim, compete à Universidade produzir conhecimento e o transmitir, por meio do ensino, aos discentes. Por outro lado, por meio da pesquisa, essa mesma Universidade deve aprimorar o conhecimento acumulado e produzir novos conhecimentos. Finalmente, por meio da extensão, procede-se à difusão, socialização e democratização desses conhecimentos, bem como de novas descobertas alcançadas através deles. Assim, forma-se um ciclo, no qual a pesquisa aprimora e produz novos conhecimentos, que são difundidos por meio do ensino e da extensão, de maneira que as três atividades tornam-se complementares e interdependentes, atuando de forma sistêmica.

É com apoio nessa perspectiva, que, através do NEPCrim, efetiva-se, por meio da extensão acadêmica em interface com a pesquisa, uma prática interdisciplinar e cidadã, que contemple os diversos saberes que compõem as Ciências Criminais, e também uma prestação jurisdicional comprometida com a moderna pesquisa criminológico-crítica, devidamente comprometida com a observância dos Direitos Humanos. Tal proposta permitirá aos alunos do curso de Direito e demais áreas afins contribuírem positivamente para a sociedade em que vivem e colocarem em prática os conhecimentos obtidos em suas respectivas graduações, além de oportunizar a realização da proposta empírica e interdisciplinar.

Através das atividades de extensão, realizadas diretamente junto aos beneficiários dos projetos realizados nos últimos anos, o NEPCrim vem contribuindo para a democratização da assistência jurídica prestada no Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito, especialmente no âmbito penal. Pois, nessas atividades, os principais beneficiários são pessoas oriundas das classes menos favorecidas e, por isso, carecem de auxílio para a consecução de devida atenção e efetiva prestação jurisdicional que se lhes é de direito. Entre os principais beneficiários destacam-se: os adolescentes em conflito com a lei penal e/ou aqueles envolvidos em conflitos escolares, familiares ou comunitários; os adolescentes em cumprimentos de medida de internação no Centro Socioeducativo Santa Lúcia, em Juiz de Fora; as mulheres vítimas de violência doméstica, alcançando, ainda, de forma indireta, os filhos e familiares das mesmas; as mulheres em cumprimento de pena e/ou outras medidas cautelares, alcançando, ainda, de forma indireta, os filhos e familiares das mesmas.

Além da aproximação entre os beneficiários e comunidade, o NEPCrim vem promovendo diálogos com os atores jurídicos, autoridades policiais e municipais e demais representantes do poder público destinados a levar a efeito as políticas carcerárias e políticas de segurança pública no município de Juiz de Fora e região, afim de interferir positivamente, através de abordagens críticas e devidamente fundamentadas, no debate sobre a questão criminal no município, tendo recebido moções honrosas por parte da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora nos anos 2017 e 2018 por sua atuação na área das ciências criminais e justiça. Ademais, através de tais diálogos, foi possível introduzir os modernos programas de Justiça Restaurativa em diversas instituições que compõem o sistema de justiça criminal na Comarca de Juiz de Fora, bem como em instituições que lhe são parceiras, tais como: Vara da Infância e Juventude de Juiz de Fora; Centro Socioeducativo Santa Lúcia; Penitenciária José Edson Cavalieri; Penitenciária Ariosvaldo Campos Pires; Centro de Referência Casa da Mulher (onde são realizados os atendimentos às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no município); além de diversos eventos realizados em parceria com a OAB-Subseção Juiz de Fora e CPC (Centro de Prevenção à Criminalidade), vinculado à Secretaria de Estado e Defesa Social de Minas Gerais.

Em todas essas atividades, foi possível perceber que as demandas por segurança pública vêm ocupando lugar de destaque na agenda local. A despeito de reflexões mais aprofundadas sobre o aumento da violência, sobretudo nas áreas de periferia e na região central, a população juiz-forana vem clamando por medidas incisivas de combate e repressão ao crime. Não

obstante, opondo-se a essa visão excludente, seletiva e pouco comprometida com os direitos humanos, o NEPCrim vem oferecendo, através do ensino, da pesquisa e da extensão, de forma positiva, crítica e fundamentada, contribuições que dialogam com as políticas públicas já existentes e, ao mesmo tempo, apresentam novas estratégias de trabalho afeitas aos programas político-criminais com foco na prevenção e não propriamente na repressão do crime, bem como vem oportunizando a realização de reflexões críticas acerca do crime e da criminalidade tendo por fio condutor a desconstrução de diversos mitos que perpassam a questão da violência que afeta, seletivamente, determinados grupos sociais brasileiros.

Por derradeiro, cumpre destacar que todos os(as) co-autores(as) são acadêmicos do curso de Direito da UFJF (campus Juiz de Fora) que, com sua dedicação e empenho às atividades realizadas no âmbito do NEPCrim, tornaram possível este trabalho. Nesta oportunidade, cumpre ainda agradecer a todos(as) os(as) discentes que passaram pelo núcleo e nos ajudaram a construir essa história de resistência e afeto.

Este artigo em especial é dedicado a Igan Figueiredo Mainieri Silveira e Ayla Sarah Castilho de Paula, nossos ex-integrantes e eternos professores de como existir de forma empática e sensível, sobretudo quando se luta nas trincheiras da liberdade.

Referências

- BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis - drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2003a.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. Maria Luiza X. de Borges. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2008.
- BIRMAN, Joel. Subjetivações e risco na atualidade. In: Revista Epos, v. 4, n. 1, jan./jun. 2013.
- BOURDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.
- FREIRE, P. (2005). *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005a.
- _____. (1983). Criando métodos de pesquisa alternativa. In: BRANDÃO, C. R. (Org.). *Pesquisa participante*. São Paulo. Brasiliense. p. 34-41.
- RODRIGUES, Ellen. *A Justiça Juvenil no Brasil e a responsabilidade penal do adolescente: rupturas, permanências e possibilidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- _____. A escalada da violência em Juiz de Fora: Para pensar melhor.... Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, 2015. v. 7, p. 40.
- WACQUANT, Loïc. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 11-42.
- _____. Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro:FASE, 2001.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2015. Disponível em: <www.juventude.gov.br/juventudeviva>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Mapa da Violência 2014. Os jovens do Brasil. Referência obtida: Flacso Brasil, 2015. Versão preliminar. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil_Preliminar.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. Mapa da Violência: Mortes Matadas por arma de fogo. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2013. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/MapaViolencia2013_armas.pdf>. Acesso em 20 fev. 2016.

ZAFFARONI, E.R. (2008), **Manual de direito penal brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. (2007), **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia.

26. NORMAS PROGRAMÁTICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

PROGRAMMATIC NORMS AND FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS

Marcello Filgueira¹
Cláudia Toledo²

Resumo

Este artigo discorre sobre a eficácia das normas programáticas, tema relacionado com estudos desenvolvidos no projeto de pesquisa de Demanda Universal/FAPEMIG, intitulado *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*, o qual possui dois anos de duração e se encontra no seu último semestre de desenvolvimento. Uma das temáticas mais envolvidas com a questão de judicialização (e de ativismo judicial) são os direitos fundamentais sociais, direitos subjetivos constitucionais à prestação positiva fática do Estado, cuja demanda judicial tem sido crescente no Brasil (e em grande parte do mundo). Verificou-se que, embora a exigibilidade imediata desses direitos seja entendimento atualmente majoritário tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é também recorrente, em ambas as fontes do Direito, a afirmação de que as normas que os declaram possuem “natureza programática”. Entretanto, normas programáticas são consideradas como não vinculantes por grande parte dos autores. Mediante análise bibliográfica lógico-dedutiva, o artigo buscaclarear o conceito e os efeitos atribuídos às normas programáticas pela doutrina brasileira, verificando se é possível que direitos fundamentais sociais sejam por esse tipo de normas declarados.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais sociais; Normas programáticas; Direitos subjetivos a prestações positivas.

Abstract

This article deals with the efficacy of programmatic norms, which is an issue related to the studies developed in the research project Demanda Universal/FAPEMIG, intitled Judicialization of Politics and Politicization of Judiciary. This is a two-year project and it is currently in its last semester. One of the themes most involved with the issue judicialization (and judicial activism) are fundamental social rights, constitutional subjective rights to positive factual provision of the State, whose judicial demand has been growing in Brazil (as well as in many other countries). It was found that, although the immediate enforceability of these rights is currently a majority understanding in both doctrine and case law, the claim that the norms that declare fundamental social rights have a programmatic nature is also recurrent. However, programmatic norms are considered not binding by several authors. Thus, by means of logic-deductive analysis on the bibliography reviewed at the mentioned research project, this article seeks to clarify the concept and the effects assigned to the programmatic norms by Brazilian doctrine, in order to verify if it is possible that the fundamental social rights are declared by them.

Key-Words: Fundamental social rights; Programmatic norms; Subjective rights to positive

¹ Aluno do curso de graduação em Direito – UFJF.

² Professora associada da Faculdade de Direito – UFJF. Coordenadora do projeto de pesquisa de Demanda Universal/FAPEMIG – *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*.

provisions

1. Introdução

O presente artigo apresenta algumas teses sobre a natureza das normas que declaram direitos fundamentais sociais, verificando se elas podem ser classificadas como normas programáticas. Essa investigação integra o projeto de pesquisa de Demanda Universal/FAPEMIG intitulado *Judicialização da Política e Politização do Judiciário*, que possui dois anos de duração e se encontra em curso, no seu último semestre. No referido projeto, busca-se verificar a procedência das reiteradas críticas de ativismo judicial, politização do judiciário e judicialização da política lançadas ao poder judiciário no cenário brasileiro.

A demanda judicial de *direitos fundamentais sociais* (entre os quais, em especial, o direito ao mínimo existencial) e o controle judicial de políticas públicas que os envolvem são temas paradigmáticos para o levantamento de tais críticas. Assim, realizou-se pesquisa bibliográfica sobre questões envolvidas com a temática, seguida de pesquisa empírica (em andamento), com a investigação do tratamento destinado ao direito fundamental social ao mínimo existencial pelo poder judiciário brasileiro, em nível tanto constitucional (decisões do Supremo Tribunal Federal), quanto infraconstitucional (um Tribunal de Justiça de cada uma das cinco regiões brasileiras).

Embora, até o momento, tenha-se constatado que, na maioria das decisões analisadas, o direito ao mínimo existencial pleiteado é deferido mediante sentenças condenatórias ao poder executivo, ordenando-se seu imediato cumprimento, é recorrente nessas decisões a afirmação de que as normas declaradoras de direitos fundamentais sociais apresentam natureza programática. Ocorre que é também recorrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, a concepção de que normas programáticas não são vinculantes. Clara fica, portanto, a contradição entre o caráter vinculante atribuído ao direito fundamental social pela sentença condenatória e a consideração, pela mesma sentença, de que tal direito é declarado por norma não vinculante.

Neste artigo, visa-se a solucionar a aparente contradição, apresentando-se a definição de norma programática que se entende como mais acertada, após as pesquisas bibliográfica e empírica realizadas. Foram estabelecidos quadros comparativos entre diferentes conceitos de normas programáticas atribuídos pela doutrina nacional e internacional. O objetivo desta pesquisa foi verificar (i) a natureza das normas declaradoras de direitos fundamentais sociais e (ii) a possibilidade ou não de tais direitos serem positivados por normas programáticas.

Desse modo, a pergunta central que este artigo busca responder é: *qual o conceito e efeitos das normas programáticas?* A hipótese da pesquisa foi de que as *normas programáticas são normas que apontam diretrizes e programas a serem cumpridos pelo poder executivo e não geram direitos subjetivos, situação que as impossibilita de veicular direitos fundamentais sociais*.

Utilizou-se, como marco teórico, o pensamento de Robert Alexy e Ingo Sarlet, respectivamente nas obras Teoria dos direitos fundamentais (ALEXY, 2017) e A eficácia dos direitos fundamentais (SARLET, 2018).

2. Conceitos básicos para análise

Nesta seção, delimita-se a conceituação básica sobre termos que serão utilizados no decorrer do artigo, buscando rigor científico e terminológico, garantindo-se a inteligibilidade do discurso elaborado.

Normas “são a expressão lógica do sentido da conduta humana para a realização de determinado valor tornado fim” (TOLEDO, 2003, p. 26, nota 07). Normas jurídicas são normas

dotadas de juridicidade, característica que se verifica através do reconhecimento de “quatro categorias próprias do fenômeno jurídico: bilateralidade atributiva, exigibilidade, irresistibilidade e universalidade formal e material” (TOLEDO, 2003, p. 14).

Entretanto, norma não se confunde com enunciado normativo, o qual corresponde à *forma linguística* que expressa uma norma, enquanto, “uma norma é [...] o significado de um enunciado normativo” (ALEXY, 2017, p. 53-54).

Uma mesma norma pode ser expressa por enunciados normativos diferentes. Por exemplo, a mesma norma que proíbe matar alguém, com pena de seis a vinte anos de reclusão, pode ser expressa, ilustrativamente, pelos seguintes enunciados normativos:

(a) Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Ou

(b) Quem causar a morte de alguém será punido com pena de seis a vinte anos de reclusão.

Dessa forma, um enunciado normativo corresponde ao texto (significante) que veicula a norma, enquanto a norma corresponde à interpretação do enunciado (significado).

Em sequência, pode-se analisar a norma jurídica sob diversos prismas: existência, validade, vigência, eficácia, aplicabilidade, efetividade, dentre outros.

Por existência, entende-se a “característica pela qual a norma contém seus elementos constitutivos básicos” (agente, forma e objeto) (BARROSO, 2001, p. 82).

Na esteira do mesmo autor, por validade entende-se o preenchimento, pela norma, dos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para ser considerada como perfeita (requisitos esses que são competência, adequação da forma, licitude e possibilidade do objeto). Validade diferencia-se de existência, pois a norma pode ser inválida por não ter seguido os trâmites legislativos corretos, mas, ainda sim, ter existência (BARROSO, 2001, p. 82).

Já vigência constitui o critério temporal para eficácia da norma, “no seu sentido técnico-formal de norma que foi regularmente promulgada e publicada, com a condição de entrar em vigor em data determinada” (J.A. SILVA, 2015, p. 51).

Uma norma existente, válida e vigente terá, como toda norma jurídica, eficácia, que corresponde à capacidade, em abstrato, de a norma gerar efeitos jurídicos (os quais são de diversos tipos). Eficácia não se confunde com aplicabilidade, que é a capacidade da norma de produzir efeitos jurídicos no caso concreto. O fato de uma norma não ser aplicável em um caso concreto não significa que ela não tenha eficácia. Essa situação frequentemente acontece na ponderação de princípios colidentes (V.A. SILVA, em SARLET, 2018, p. 245-246). Também não se confunde com efetividade (ou efetivação), que é a adequação da conduta fática, no mundo real, ao comando dado pela norma jurídica.

Esses três conceitos – eficácia, aplicabilidade, efetividade –, apesar de serem muito conexos e tratarem dos efeitos jurídicos da norma, fazem-no sob prismas diferentes (SARLET, 2018, p. 246). A eficácia situa-se estritamente no campo do dever-ser; a aplicabilidade antepõe o dever-ser em face do ser; e a efetividade representa a análise do ser em face do dever-ser.

Visando a constatar se é possível que normas programáticas estipulem direitos fundamentais sociais, realiza-se a conexão, com base na noção de eficácia, entre normas jurídicas e direitos fundamentais. Sendo eficácia a capacidade, em abstrato, de a norma jurídica gerar efeitos jurídicos, Ingo Wolfgang Sarlet explica que são reconhecidos aos direitos fundamentais dois grandes tipos de efeitos: os de dimensão objetiva, efeitos que se “irradiam em todo ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes [de atuação] para órgãos legislativos, judiciários e executivos”; e os de dimensão subjetiva, que atribuem ao titular do direito subjetivo “a possibilidade de impor seus interesses juridicamente tutelados” (SARLET, 2018, p. 158). Essa divisão é de caráter estritamente funcional, que analisa o tipo de efeito gerado por essas normas, e não o seu conteúdo material.

Quanto ao conceito e classificação dos direitos fundamentais, da síntese entre as teorias de Robert Alexy (2017, p. 203) e de Sarlet (2018, p. 174-214), extrai-se que os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos de defesa ou direitos a ações negativas, conceituados como direitos que impõem uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos; e direitos a prestações ou direitos a ações positivas, que impõem deveres de ação ao Estado. Os direitos a prestações, por sua vez, são divididos em direitos a prestações normativas ou direitos a prestações em sentido amplo, os quais determinam a regulamentação jurídica de uma matéria, e direitos a prestações fáticas ou direitos à prestação em sentido estrito, que determinam uma ação positiva material.

3. A construção histórica conceito de *normas programáticas*

Nesta seção se procederá à análise dos conceitos de “normas programáticas” inseridos nas diversas classificações produzidas ou influentes no Direito brasileiro. Busca-se analisar quais critérios são utilizados pela doutrina para caracterizar os elementos básicos constitutivos das referidas normas. A análise relativa aos efeitos concedidos às normas programáticas será feita no item 4 deste artigo.

De início, as concepções clássicas sobre o tema podem ser denominadas de “doutrina norte-americana”, que corresponde à doutrina produzida sob influência de Tucker e Cooley (MEIRELES, 2008, p. 263). É Ruy Barbosa quem recepciona o pensamento de tais autores, trazendo para o direito brasileiro a distinção de dois tipos de normas constitucionais: as *autoexecutáveis ou autoaplicáveis (self-executing)*, que estão aptas a gerar efeitos independentemente de atuação do legislador, com conteúdo já determinado; e as não *autoaplicáveis ou não autoexecutáveis (non self-executing)*, que, por não terem conteúdo determinado, dependem de atuação do legislador para gerar efeitos. A divisão poderia ser avaliada a partir da análise de a quem o texto constitucional se dirige: aos tribunais ou aos legisladores? (SARLET, 2018, p. 251).

A doutrina norte-americana sofre duas principais objeções. Por um lado, é criticada a noção de que, nas normas autoaplicáveis, todos os efeitos dessas normas jurídicas se encerrem com a leitura da literalidade dos seus enunciados, já que haveria outros efeitos para além da exegese literal do enunciado normativo. Por outro lado, críticas são endereçadas à total falta de eficácia das normas não autoaplicáveis até interposição legislativa. Por esse entendimento, essas últimas não poderiam ser consideradas jurídicas, pois não gerariam efeito algum (MEIRELES TEIXEIRA, em SARLET, 2018, p. 253).

A doutrina de Ruy Barbosa entra, neste ponto, em contradição. Ao mesmo tempo que sua classificação leva à não juridicidade das normas não autoaplicáveis por não produzirem consequências jurídicas até ulterior regulamentação pelo legislador, o autor também afirma que não existem normas constitucionais destituídas de eficácia e juridicidade (J.A. SILVA, 2015, p. 75).

Como salienta José Afonso da Silva, “toda norma constitucional é executável por si mesma até onde seja possível sua execução” (J.A. SILVA, 2015, p. 75). Condicionar a manifestação de qualquer eficácia de uma norma constitucional à existência de lei é inverter a lógica sistemática do ordenamento jurídico, que é interpretado a partir da Constituição, e não o contrário.

A partir da década de 1950, a doutrina norte-americana, até então majoritária no Brasil, perde espaço para a doutrina italiana, que já se desenvolve no bojo de uma nova realidade constitucional, de Constituições dirigentes, densas e recheadas de princípios relacionados com direitos fundamentais sociais, que até então estavam usualmente apenas na esfera política, não assumindo dimensão jurídica.

Na Itália, com a Constituição de 1948, nasce a Corte Constitucional do país e,

concomitantemente, surge intenso debate doutrinário sobre a natureza dos dispositivos na Constituição que garantem direitos fundamentais sociais. Duas correntes adotam a expressão “normas programáticas”, mas divergem quanto aos efeitos por elas gerados. A primeira corrente, influenciada pela doutrina norte-americana, em que se destaca Gaetano Azzariti, diferencia as normas preceptivas (obrigatórias, de aplicabilidade direta, mediata ou imediata) das normas diretivas ou programáticas (caracterizadas como meros conselhos, preceitos dirigidos aos legisladores, não revogando leis preexistentes, nem mesmo impedindo a edição de novas leis a elas contrárias). Já a segunda corrente, em que se destaca Vezio Crisafulli, critica a imprecisão terminológica desta classificação, ao destacar que todas as normas constitucionais são jurídicas, inclusive as programáticas, as quais teriam eficácia imediata, revogando normas anteriores e posteriores em contrário (MEIRELES, 2008, p. 267-268; J. A. SILVA, 2015, p. 77). Crisafulli define as normas programáticas como

normas constitucionais com as quais um programa de ação é assumido pelo Estado e assinalado aos seus órgãos, legislativos, de direção política e administrativos, como um programa que a eles incumbe a obrigação de realizar nos modos e nas formas das respectivas atividades (J.A. SILVA, 2015, p.135).

Portanto, é na doutrina italiana que a expressão terminológica “normas programáticas” surge, sendo, na primeira corrente, sinônimo de “normas não autoaplicáveis” da doutrina norte-americana, ligadas à ausência de eficácia jurídica. Posteriormente, diante do intenso debate instalado, surge, com o pensamento de Crisafulli, uma segunda corrente italiana, que se torna majoritária. Essa corrente inova em dois principais pontos: (i) atribuição de juridicidade e eficácia imediata às normas programáticas e (ii) associação da noção de “programas” ao conteúdo dessas normas, por veicular “fins, tarefas e objetivos”, a despeito da manutenção da ideia de sua baixa densidade normativa, já presente no conceito de normas *non self-executing*³.

O debate italiano, por sua vez, ecoa no Brasil, sendo recepcionado por José Afonso da Silva e José Horácio Meirelles Teixeira, ambos sob a influência da segunda corrente italiana. O pensamento desses autores é aqui denominado de “doutrina ítalo-brasileira”.

Meirelles Teixeira parte da noção de que, toda norma, é, em certo sentido, incompleta, sendo esta característica, na verdade, sua função, já que toda norma é desenhada para, a partir de um enunciado abstrato e genérico, gerar um mandamento para o caso concreto. Dessa forma, toda norma seria incompleta, procurando abranger uma série de casos específicos (SARLET, 2018, p. 254).

Dessa forma, o autor recepciona Vezio Crisafulli (J.A. SILVA, 2015, p. 81) com algumas mudanças terminológicas, propondo a classificação em normas de eficácia plena e normas de eficácia reduzida ou limitada. As primeiras produziriam “desde o momento de sua promulgação, todos os efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador”, enquanto as segundas “não produzem, desde a promulgação, todos os efeitos essenciais”. Ainda assim, o autor apresenta uma subdivisão das normas de eficácia limitada. Dividem-se em normas programáticas, de caráter ético e social, e normas de legislação, de caráter estritamente organizacional e procedural.

José Afonso da Silva é o segundo autor da doutrina ítalo-brasileira, com várias características semelhantes ao pensamento de Meirelles Teixeira. Porém sua obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* teve maior impacto e relevância no debate jurídico nacional. Essa foi a primeira obra em que o tema foi densamente trabalhado, inspirando grande

³ Embora, nesta concepção, a baixa densidade normativa decorresse da “insuficiência do conteúdo” das normas programáticas.

debate a partir de 1968.

A inovação de José Afonso da Silva (2015, p. 81-83) foi a de criar uma classificação tripla das normas constitucionais. As *normas de eficácia plena* constituem “normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais, [...] porque este [o legislador] criou uma normatividade para isso suficiente”. Já as *normas de eficácia contida* são normas que “produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites”. Finalmente, as *normas de eficácia limitada* são “todas aquelas que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os efeitos essenciais, porque o legislador constituinte [...] não estabeleceu [...] uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário”.

Da mesma forma que Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva divide as normas de eficácia limitada com base em critério material. As normas declaratórias de princípio programático, “que versam sobre matéria eminentemente ético-social” e normas de princípios institutivos ou organizativos, que versam sobre a organização do Estado (J.A. SILVA, 2015, p. 83-85), criticando a terminologia de Meirelles Teixeira quanto às “normas de legislação”.

A doutrina ítalo-brasileira, representada por José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira, parte da noção de que “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma, até onde seja suscetível sua execução”. Dessa forma, ao mesmo tempo que reconhecem a eficácia imediata de todas as normas constitucionais, vinculam a eficácia das normas à sua densidade normativa. Quanto mais densos forem seus dispositivos, maior será sua vinculação.

Assim, ao contrário da norma autoaplicável da doutrina norte-americana, a norma de eficácia plena da doutrina ítalo-brasileira não gera uma completa exaustão de seus efeitos jurídicos ao entrar em vigor, já que existem efeitos para além daqueles essenciais, os quais são efeitos visados pelo constituinte (SARLET, 2018, p. 255).

Em outro ponto de dissonância, a norma de eficácia limitada tem eficácia imediata, ao contrário da norma não autoaplicável. Porém, de forma semelhante, os efeitos essenciais das normas de eficácia limitada são também considerados dependentes de interposição legislativa, pelo fato de o constituinte não ter realizado normatização suficiente (J.A. SILVA, 2015, p. 81).

Essas pequenas mudanças mostram que, para a doutrina ítalo-brasileira, os efeitos de todas as normas constitucionais não se extinguem com a leitura da literalidade do dispositivo constitucional, ao contrário da doutrina norte-americana e da primeira corrente italiana. Da mesma forma, a necessidade de regulamentação posterior pelo legislador infraconstitucional não é exclusiva das normas programáticas, ao contrário do que determina a noção da norma non self-executing.

Outro ponto de destaque é que o conceito de norma programática na doutrina ítalo-brasileira passa ter como principal característica seu conteúdo, o aspecto material, sendo uma subespécie de norma de eficácia limitada, relacionada aos direitos fundamentais sociais, que ambos os autores relacionam a aspectos “éticos e sociais”.

Cabe aqui, antes de introduzir autores atuais, expor o pensamento de Pontes de Miranda, que constitui uma transição entre a doutrina norte-americana e a doutrina ítalo-brasileira (SARLET, 2018, p. 251-252). Sua tese, de 1969, é, de início, semelhante à de Ruy Barbosa, com variações terminológicas: normas completas ou bastantes em si, e normas incompletas ou não bastantes em si (J.A. SILVA. 2015, p. 134), que seriam respectivamente definidas como normas autoaplicáveis e normas não autoaplicáveis, conforme a doutrina norte-americana. Porém, duas são as características que aproximam Pontes de Miranda da doutrina ítalo-brasileira: o foco na baixa normatividade, o que gera uma diminuição dos efeitos; e o reconhecimento da existência de regras jurídicas programáticas, definidas como aquelas em que “o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais hão de se orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria justiça ficam sujeitas a estes ditames” (J.A. SILVA, 2015, p. 134;

BARROSO, 2001, p. 119).

Entrando na seara dos autores contemporâneos, o objeto torna-se vasto. Muito se produziu nos anos posteriores, por vezes, gravitando no entorno da obra José Afonso da Silva, com divergências apenas quanto à terminologia e quanto à preferência de uma classificação dupla ou tríplice. Citam-se as obras de Michel Temer, Maria Helena Diniz, Pinto Ferreira, Dirley da Cunha Júnior, Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos. Como não apresentam tantas diferenças em relação ao pensamento de José Afonso da Silva, opta-se, nesse artigo, por não se realizar a análise de todas as obras.

Em *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Barroso (2001, p. 94, 97, 105) elabora uma “tipologia das normas constitucionais” baseada no “conteúdo e finalidade” dessas normas, isto é, no objeto e nos efeitos que tais normas pretendem alcançar. O autor as divide em três categorias (1) normas constitucionais *de organização*, que “têm como objeto organizar o exercício do poder político” e cujos efeitos são a regulação da forma de Estado e de governo, a criação de órgãos públicos, a definição de competências e o estabelecimento de normas processuais constitucionais; (2) normas constitucionais *fixadoras de direitos*, cujo objeto são “direitos fundamentais” (gênero que se divide nas espécies de “direitos políticos, individuais, sociais e difusos”) e cujo efeito é a criação para titulares de “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas[...], exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma.”; (3) normas constitucionais programáticas, que têm por objeto “estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público” e cujos efeitos são a revogação das normas em contrário e a orientação de políticas públicas.

Não obstante a tentativa de conferir maior rigor à classificação, a proposta de Barroso contém graves problemas de imprecisão conceitual, que prejudicam marcadamente sua inteligibilidade e, por conseguinte, sua adoção. Embora distinga as normas constitucionais claramente nas três categorias citadas, ao discorrer sobre sua classificação, o autor termina por tornar opacos os critérios classificatórios sugeridos. Tal situação resta evidente na sua explicação a respeito de normas programáticas. Segundo Barroso (2001, p. 115, 121), quando o texto constitucional se referir a “um simples programa de ação futura”, está-se diante de uma norma programática, a qual não utiliza “por via direta ou indireta a palavra direito”, e em relação à qual “não existe, tecnicamente, um dever jurídico que corresponda a um direito subjetivo”. No entanto, em seguida, o próprio autor afirma a possibilidade de normas programáticas gerarem direitos subjetivos a ações negativas como “efeito atípico” (BARROSO, 2001, p.121), além de citar, sem se posicionar sobre uma possível contradição, a tese da jurisprudência do STF acerca da existência de “normas definidoras de direito heterogêneas”, que definem direitos subjetivos, mas que também têm “caráter programático” (BARROSO, 2001, p. 110).

Não bastante, o autor declara que os critérios que propõe são fundados na predominância ou preeminência que determinado aspecto possui na norma. Isto é, segundo Barroso, a geração de direitos subjetivos é característica das normas fixadoras de direitos, mas com isso “não se está a significar que as normas dos outros dois grupos não possam igualmente criá-los” (BARROSO, 2001, p.116). Ora, a função de uma classificação de objetos é precisamente identificar as características, os elementos próprios, essenciais e distintivos de tais objetos, para que possam ser diferenciados entre si e definidos individualmente. Atribuir as mesmas características a objetos distintos é exatamente não identificar o que os especifica, não precisar o que os define singularmente, ou seja, é não classificar. Tal circunstância inviabiliza a adoção da proposta de Barroso.

Aliás, sua proposta deve ser desconsiderada em observância às suas próprias palavras: “nada mais dramático para uma ciência do que situações iguais serem identificadas por nomenclatura diversa, e sobretudo situações radicalmente diversas verem-se identificadas por igual denominação” (BARROSO, 2001, p. 102).

Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 260, 300) também aborda o tema das “normas constitucionais de cunho programático”. A terminologia “cunho programático”, ao invés da forma simples “normas programáticas” faz-se necessária, segundo o autor, para diferenciá-las de suas subespécies, que são “normas-tarefa, normas-programas e normas-fins”. A característica fundamental de normas constitucionais de cunho programático seria a “baixa densidade normativa, ou, se preferirmos, uma normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementadas pelo legislador”. Por isso, o autor apresenta uma classificação em “normas de alta e baixa densidade normativa”: as primeiras, “dotadas de suficiente normatividade, se encontram aptas a, diretamente e sem intervenção do legislador ordinário, gerar os seus efeitos essenciais”; as segundas “não possuem normatividade suficiente para – de forma direta e sem uma interpositio legislatoris – gerar seus principais efeitos”. Sarlet salienta que essas últimas sempre apresentam um *grau mínimo de eficácia jurídica*.

Virgílio Afonso da Silva é talvez o autor mais importante e inovador desde a obra de José Afonso da Silva. “Tendo como partida a distinção de regras e princípios, na forma levada a cabo por Robert Alexy” (V.A. SILVA, 2006, p. 26), o autor rejeita duas dicotomias: (i) a diferença entre normas de eficácia plena e eficácia contida e (ii) a distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

O primeiro problema verificado pelo autor na dicotomia entre “normas de eficácia plena e contida” é o da restrinabilidade (V.A. SILVA, 2006, p. 46). A ideia de que somente as normas de eficácia contida podem ser restrinidas ou contidas, ao contrário das normas de eficácia plena, entra em choque com a noção de princípio de Alexy. Todos os princípios possuem eficácia plena. Porém todos eles podem ser restrinidos em um caso concreto por colisão com outros princípios.

O segundo problema está na diferenciação entre eficácia plena e limitada, das quais as normas programáticas são espécies. Às normas de eficácia limitada, “via de regra, nem mesmo se cogita falar em restrição a tais direitos, já que o que ocupa a doutrina, nesses casos, é algo que parece ser anterior à possibilidade de restrição, que é a própria criação de condições para que eles produzam algum efeito” (V.A. SILVA, 2006, p. 46). Com essa visão, as normas já nascem destituídas de um núcleo essencial, entendido como conteúdo mínimo do direito que não pode ser restrinido.

Nos dois casos, essa distinção é afirmada sob a ótica da teoria *interna dos limites dos direitos fundamentais*, em que os limites estão inscritos na própria norma, de forma imanente, enquanto, para a teoria externa, os limites são impostos por elementos exteriores à norma. Segundo Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 46-47), a teoria dos princípios alexiana torna necessária a adoção da teoria externa. Os princípios devem ser aplicados no maior grau possível. Porém diante de sua colisão, pode-se delimitar, numa ponderação, o limite de realização de um princípio em razão do princípio colidente. Ou seja, a norma é limitada por um elemento exterior a ela e não por uma característica imanente, intrínseca a ela. Por isso, na teoria dos princípios, torna-se imperiosa a adoção da teoria externa.

O autor conclui que toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia. Ou seja: “todas as normas são de eficácia limitada” (V.A. SILVA, 2006, p. 48). Virgílio Afonso da Silva faz ressalvas ao pensamento criticado, citando sua inegável contribuição para noção de eficácia de todas as normas constitucionais.

Ana Cristina Costa Meireles (2008, p. 286-291) tenta criar em sua tese uma enorme síntese, ao aglutinar a proposta de Sarlet, focada na baixa normatividade, com a classificação tripartite de José Afonso da Silva, e com críticas realizadas por Virgílio Afonso da Silva. Tamanha síntese causa inconsistências e confusão em algumas de suas considerações.

Entretanto, a autora trouxe singular contribuição: a noção de que normas programáticas se encaixam no conceito “normas estruturalmente abertas” de Alexy. A abertura estrutural

corresponde à impossibilidade de se determinar se a situação prevista como objeto da norma deve ser realizada por meio de ação estatal ou se exige a abstenção estatal (ALEXY, 2017, p. 71). Abertura estrutural não se confunde com “abertura semântica”, que corresponde à “indeterminação dos termos presentes no enunciado normativo”. Comentários sobre essa tese serão apresentados adiante.

Esgrimidos todos os autores estudados, elabora-se um quadro sintético das características que a doutrina, em especial a brasileira, atribui às normas programáticas:

<i>Características</i>	<i>Barbosa</i>	<i>Pontes de Miranda</i>	<i>Azzariti</i>	<i>Crisafulli</i>	<i>Meirelles</i>	<i>Teixeira</i>	<i>J. A. Silva</i>	<i>Barroso</i>	<i>Sarlet</i>	<i>Meirelles</i>
<i>Juridicidade</i>	Sim	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
<i>Baixa Densidade Normativa</i>	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim ⁴	Sim	
<i>Destinam-se ao Legislador e Administrador</i>	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
<i>Mandamentos de Concretização de Fins, Tarefas e Objetivos</i>	Não ⁵	Sim ⁶	Sim ⁷	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
<i>Temática de Direitos Sociais</i>	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim	Não	Não	Não	
<i>Eficácia Imediata Mínima</i>	Não	Não	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

Tabela 1 – Características elementares das normas programáticas na doutrina brasileira. Elaboração própria.

É possível responder, dessa forma, à pergunta desta pesquisa pelo tratamento conceitual dado às normas programáticas pela doutrina.

De modo inicial, percebe-se que a doutrina brasileira é unânime em classificar normas programáticas com os critérios de: (a) destinação ao legislador e ao administrador; (b) baixa densidade normativa (aqui entendida como indeterminabilidade do conteúdo da norma por uma simples interpretação literal); (c) mandamentos de concretização de fins, tarefas e objetivos.

De forma semelhante, a imensa maioria da doutrina atribui (d) juridicidade às normas programáticas, com exceção do autor italiano Azzariti. Ainda, faz-se ressalva da contradição da doutrina norte-americana ao atribuir juridicidade a normas sem efeitos jurídicos possíveis.

Como característica singular, a doutrina ítalo-brasileira (e) vincula o conceito de normas programáticas ao tema de direitos fundamentais sociais, entendendo-as como subespécies de

⁴Para Sarlet, a baixa densidade normativa é na verdade, o principal elemento que caracteriza a norma programática.

⁵ A doutrina norte-americana foi classificada como “Não” dentro desta tabela no que se refere à ausência da noção de fins, tarefas e objetivos. A norma não autoaplicável é um mandado de concretização, porém, isso ocorre devido à baixa densidade normativa, e não ao fato de enunciar programas.

⁶ Pontes de Miranda, apesar de membro da doutrina norte-americana, adota a noção de “fins, tarefas, objetivos”.

⁷ A palavra “mandamentos” não se encaixa na doutrina de Azzariti, pois a norma programática é um mero conselho político. O legislador não está vinculado a ela. A classificação como “Sim” na tabela se refere à caracterização dessas normas como ligadas a fins, tarefas e objetivos.

normas de eficácia limitada.

Por último, analisa-se a (f) eficácia imediata. A doutrina clássica norte-americana somente atribui eficácia mediata através de regulamentação do legislador. Toda a doutrina posterior garante às normas programáticas eficácia imediata mínima, entendida *como geração de algum efeito jurídico*. Entretanto, a questão está longe de ser pacífica, na medida que há marcadas discordâncias em relação a quais os efeitos gerados e em quais circunstâncias, conforme o exposto na próxima seção.

4. Classificação quanto aos efeitos

Nesta seção, busca-se analisar quais são os efeitos atribuídos pela doutrina às normas programáticas. Visando à sistematização do pensamento de diversos autores, delimitaram-se os efeitos atribuídos às normas programáticas em duas grandes classes, segundo sua dimensão *objetiva ou subjetiva*, conforme a tabela seguinte.

	<i>Efeitos em espécie</i>	<i>Autores</i>								
<i>Classe de Efeitos</i>		<i>Barbosa</i>	<i>Pontes de Miranda</i>	<i>Azzariti</i>	<i>Crisafulli</i>	<i>J. A. Silva</i>	<i>Barroso</i>	<i>Sarlet</i>	<i>Lins</i>	<i>Meireles</i>
<i>Efeitos de dimensão objetiva</i>	Parâmetro para interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas	NM	Sim	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Parâmetro para criação de normas jurídicas	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Parâmetro para os atos da Administração Pública	NM	Sim	NM	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Revogação das normas anteriores e contrários	NM	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Inconstitucionalidade de ação futura em contrário	NM	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
	Inconstitucionalidade por omissão Geram direitos subjetivos a prestações negativas	NM	NM	Não	Sim	NM	NM	Sim	Sim	NM
		NM	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim

<i>Efeitos de Dimensão Subjetiva</i>	Geram direitos subjetivos a prestações positivas normativas	NM	NM	Não	NM	Não	Sim	Sim	Sim	Sim
	Geram direitos subjetivos a prestações positivas fáticas	NM	NM	Não	Não	Não	Não	Sim	Sim	Sim

Tabela – Efeitos em espécie das normas programáticas segundo a doutrina. Elaboração própria

Legenda: NM = Não Mencionado

As normas programáticas possuem *eficácia imediata* reconhecida pela doutrina. Em relação à sistematização elaborada na tabela, deve-se observar que vários doutrinadores atribuem diferentes efeitos a essas normas, que podem ocorrer de forma simultânea. Portanto, à mesma norma podem estar vinculadas classes de efeitos distintas.

Os primeiros efeitos analisados são os de as normas programáticas servirem como *parâmetro para interpretação e criação das normas jurídicas, bem como para atos discricionários da Administração Pública*. Segundo parte da doutrina norte-americana (da qual, neste ponto, discorda Pontes de Miranda), esse é o efeito máximo que pode ocorrer (BARBOSA em SARLET, 2018, p. 251-252; AZZARITI em J. A. SILVA, 2015, p. 78). A norma serve apenas de parâmetro para o administrador e o legislador. Esse é o mínimo efeito possível, conforme a doutrina (J.A. SILVA, 2015, p. 160; PONTES DE MIRANDA em J.A. SILVA, 2015, p. 160; CRISAFULLI em MEIRELLES, 2008, p. 267; BARROSO, 2001, p. 121; SARLET, 2018, p. 305; LINS, 2007, p. 59-60; MEIRELES, 2008, p. 343).

O debate sobre a *possibilidade de declaração de inconstitucionalidade* parece simples, mas foi o cerne de todo o tratamento do tema na Itália. A discussão sobre a possibilidade de inconstitucionalidade superveniente, seguida da revogação da norma inconstitucional, tinha consequências relevantes. Na primeira hipótese, qualquer tribunal teria competência para revogar normas com base na Constituição, enquanto na segunda, defendida por Crisafulli, somente a Corte Constitucional seria órgão competente para tal (J.A. SILVA, 2015, p. 159). No Brasil, onde a inconstitucionalidade pode ser declarada em todas as instâncias por meio do controle difuso de constitucionalidade, mostra-se desnecessária esta diferenciação.

A doutrina tornou-se unânime na previsão de revogação de atos anteriores ou da *inconstitucionalidade de atos futuros*, com base inicialmente na segunda doutrina italiana e na doutrina ítalo-brasileira (J.A. SILVA, 2015, p. 160; CRISAFULLI, em J.A. SILVA, 2015, p. 159; BARROSO, 2001, p. 121; LINS, 2007, p. 59-60; MEIRELES, 2008, p. 343; SARLET, 2018, p. 303-305). Consequentemente, a primeira doutrina italiana, representada em Azaritti, é a única em não prescrever esses efeitos (AZARITTI em J.A. SILVA, 2015, p. 157).

Sarlet (2018, p. 273), Lins (2007, p. 60-61) e Crisafulli (em MEIRELES, 2008, p. 267) chegam a mencionar a *inconstitucionalidade por omissão*, diante do não cumprimento do programa designado pela norma. Entretanto, não desenvolvem de forma densa o tema, não fornecem parâmetros para o aferimento da inconstitucionalidade, o que sempre foi um problema que ronda esse efeito.

Por *direito subjetivo*, entenda-se a prerrogativa vantajosa estipulada pelo direito objetivo em benefício do sujeito de direitos, munida de proteção judicial (TOLEDO, 2003, p. 23-24). A geração de direito subjetivo a ações negativas, exigível judicialmente, é efeito atribuído às normas programáticas por todos os doutrinadores, desde a segunda doutrina italiana (J.A. SILVA, 2015, p. 160; CRISAFULLI, em MEIRELES, 2008, p. 267; BARROSO, 2001, p. 122;

LINS, 2007, p. 61; MEIRELES, 2008, p. 384; SARLET, 2018, p. 305-306).

Até aqui, há relativo consenso da doutrina (SARLET, p. 303). O debate toma vigor, com sérias discordâncias, em relação à geração de direito subjetivo a ações positivas – sejam elas fáticas ou normativas – como efeito das normas programáticas. Cabe ressaltar que, para muitos autores, a ação positiva é sinônimo de prestação positiva fática apenas.

Crisafulli (J.A. SILVA, 2015, p. 172) não prevê a possibilidade de reconhecimento de direito subjetivo a ações positivas. Embora entenda tais ações positivas como “interesses legítimos”, não considera que tais interesses se apresentem como direitos subjetivos na concepção tradicional do termo (MEIRELES, 2008, p. 269).

José Afonso da Silva, diretamente influenciado por Crisafulli, também afirma que, via de regra, normas programáticas não geram direitos subjetivos a ações positivas (2015, p. 175). Entretanto, partindo da premissa de que “a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional, tratando-se das situações subjetivas de vantagem” (J.A. SILVA, 2015, p. 168), o autor brasileiro afirma, em sentido diverso, que direitos subjetivos a prestações positivas podem vir a ser gerados por normas programáticas em caso de exceção. Ele cita o art. 170, caput e incisos VII, VIII, e os art. 184 e art. 218 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) como normas que tutelam interesses simples, porque não apontam seu “objeto, sua extensão, nem os meios para tutelar o interesse protegido”. Já na hipótese dos art. 170, III, art. 226, art. 205 e art. 208, §§1º e 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), os interesses já foram tutelados de forma mais densa, podendo gerar direitos subjetivos a ações positivas e negativas. O critério para tal limite, de abertura semântica, é, entretanto, impreciso.

Barroso (2001, p. 121), da mesma forma, associa direitos à prestação positiva apenas à prestação positiva fática, ou seja, não aborda a prestação positiva normativa: “delas, não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação”. No que tange a direitos subjetivos a prestações positivas normativas, apesar de não utilizar tal terminologia, Barroso (2001, p. 269) aponta, ao comentar sobre o mandado de injunção, instrumento processual para garantia de tais direitos, que somente as normas definidoras de direitos subjetivos constitucionais podem gerá-los, negando tal eficácia às normas programáticas.

Lins (2008, p. 55) associa a noção de normas programáticas à baixa densidade normativa. E nesse sentido, tece duras críticas ao argumento de que a abertura semântica teria o condão de desautorizar a eficácia das normas programáticas. A autora afirma que isso acontece tendo em vista a frequente associação das normas programáticas com a temática dos direitos fundamentais sociais, pois às normas que veiculam direitos fundamentais individuais, como o direito de liberdade (nas suas diversas feições), é garantida eficácia plena. Entretanto, comparadas, ambas apresentam, em sua visão, baixa densidade normativa, motivo por que considera que a inexistência de problemas em reconhecer a eficácia e aplicabilidade somente às normas que declaram direitos de liberdade trata-se de um argumento ideológico. A autora reconhece que normas programáticas podem gerar direitos fundamentais a prestações positivas, ou seja, que tais normas podem prever direitos fundamentais sociais (LINS, 2008, p. 68).

Sarlet (2018, p. 364) associa a baixa normatividade como característica principal das normas programáticas. Entretanto, é claro em dizer que “eventual abertura e indeterminação do enunciado normativo não constituem, por si só (sic), argumento suficiente para sustentar a dependência dos direitos sociais prestacionais de interposição legislativa”. O autor salienta que, a definição e especificação que visam a responder às aberturas semântica e estrutural da norma requerem um esforço argumentativo maior. Porém isso não desautoriza o reconhecimento da geração desse tipo de direito como efeito das normas programáticas, de forma que o autor constata “a possibilidade de se reconhecerem, sob determinadas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo independentemente ou para além da concretização pelo legislador” (SARLET, 2018, p. 364). Os direitos que emanam das normas programáticas, são,

para o autor, exigíveis *prima facie*, salientando que, diante de casos em que a aplicação das normas programáticas entra em conflito com o princípio da separação de poderes, o problema “reside menos no grau de completude da norma do que no aspecto da alegada ausência de legitimidade dos tribunais para a determinação do objeto e do quantum da prestação” (SARLET, 2018, p. 364). Sarlet (2018, p. 302-303, 308, 365-366) reconhece a possibilidade de os direitos fundamentais sociais serem veiculados por normas de cunho programático.

Portanto, configura-se um cenário de dissenso na doutrina em relação à questão de normas programáticas terem como efeito a geração de *direitos subjetivos a prestações fáticas*.

Pode-se fazer uma distinção temporal sobre o posicionamento da doutrina, ressaltando que são generalizações sobre seus principais expoentes aqui considerados: a doutrina do século XX não admite a possibilidade de as normas programáticas gerarem tais direitos subjetivos, com base na sua baixa normatividade. Já a doutrina do século XXI, salientando o caráter principiológico dessas normas, atribui-lhes o efeito de geração de tais direitos subjetivos, negando o argumento da impossibilidade prévia e genérica em razão de sua baixa densidade normativa.

Aqui, faz-se a ressalva que o critério temporal não pode se tornar uma falácia do tipo *argumentum ad novitatem*, que designa a superioridade de determinado argumento simplesmente por ser mais recente do que seu oposto. Entretanto, já se pode considerar como incorreta uma mera afirmação de impossibilidade de as normas programáticas gerarem os efeitos acima mencionados como se houvesse um amplo consenso na matéria, sem um grande ônus argumentativo.

5. Análise da doutrina

Do desenvolvimento de toda a temática, chega-se à resposta à pergunta mencionada na introdução “qual o conceito e efeitos das normas programáticas?”.

Após análise da seção 3, conceituam-se normas programáticas como normas que estabelecem ao Estado o dever objetivo de cumprimento de programas de governo e políticas públicas.

Decompondo esse conceito, a primeira característica fundamental das normas programáticas é a juridicidade, isto é, essas são normas jurídicas e não meros conselhos. Como tais, são vinculantes. Não há possibilidade de que ao texto constitucional, documento jurídico que vincula todo o ordenamento jurídico, seja delegado o status de mera diretiva política, sem qualquer vinculação. É necessário conferir normatividade uniformemente a todo texto constitucional.

Das premissas (i) “toda norma jurídica gera efeitos” e (ii) “normas programáticas são normas jurídicas”, decorre, como corolário lógico, a conclusão de que *todas as normas programáticas são aptas, desde sua entrada em vigor, a gerar efeitos jurídicos*, ou seja, todas as normas programáticas possuem eficácia imediata. Afinal, se a eficácia só fosse reconhecida a partir de intermediação legislativa, nenhum efeito seria reconhecido a algumas normas constitucionais, o que inverte a lógica do ordenamento jurídico, em que a legislação infraconstitucional é vinculada à norma constitucional, dela retirando sua validade.

A segunda característica constitutiva das normas programáticas é relativa à sua forma de vinculação, correspondente a um *dever objetivo*, ou seja, irradiam em todo ordenamento jurídico e fornecem diretrizes de atuação para órgãos dos poderes legislativo, judiciário e executivo. Um dever objetivo pode ser *prima facie* ou *definitivo*. O conteúdo de todo dever objetivo *prima facie* é excedente. A delimitação do dever objetivo definitivo ocorre no processo de ponderação, quando de sua exigência no Judiciário. Isso significa que, para a não satisfação do dever objetivo pelo Estado, são necessárias razões aceitáveis e caso não existam essas razões, a ponderação realizada em juízo pode conduzir a um dever definitivo.

Como terceira característica fundamental, o conteúdo do dever objetivo irradiado pelas normas programáticas corresponde a *programas de governo e de políticas públicas*, que devem ser criados para dar efetividade aos fins, tarefas e objetivos estabelecidos.

O principal efeito da norma programática é (a) servir de parâmetro para criação e interpretação de normas jurídicas, bem como para os atos discricionários da Administração Pública. Sendo uma norma que obriga o Estado a perseguir ativamente o fim nela delimitado, ela *proíbe* que o Estado atue em sentido contrário. Desse modo, as normas programáticas representam limites à discricionariedade do Poder Público em suas políticas de governo.

Via de consequência, um dos efeitos das normas programáticas é (b) gerar a inconstitucionalidade de normas futuras que sejam a elas contrárias, bem como revogar (em virtude de inconstitucionalidade) normas anteriores em contrário.

Da mesma forma, ressalvadas todas as polêmicas teóricas acerca do tema – tais quais a legitimidade do poder judiciário, bem como os critérios materiais e temporais para precisar a inércia de outros poderes –, as normas programáticas têm eficácia para (c) gerar inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, (d) elas não declaram ou geram direitos subjetivos, sejam direitos a ações negativas, sejam direitos a prestações positivas fáticas ou normativas. Como visto, todo direito subjetivo, por definição, é uma prerrogativa vantajosa ao indivíduo, estabelecida com base no direito objetivo. Portanto, há uma intensa relação entre as duas dimensões de efeitos. No caso das normas programáticas, por veicularem um dever objetivo, elas constituem parâmetros para interpretação do judiciário na garantia de um direito subjetivo. Porém, dever objetivo e direito subjetivo são conceitos distintos. Inobstante os *deveres objetivos* estipulados pelas normas programáticas gerarem efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, dentre tais efeitos não está a criação de *direitos subjetivos*.

Contudo, deve-se destacar que o *mesmo enunciado normativo* que expressa uma norma programática também pode, simultaneamente, expressar uma *norma declaradora ou fixadora de um direito subjetivo*. A título de exemplo, analisa-se o art. 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

Do início de tal enunciado normativo, em que se lê “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, claramente se identifica uma norma que declara um direito subjetivo, veiculando um objeto (a saúde) aos sujeitos de direito (todos os cidadãos), bem como se prevê o destinatário do dever jurídico correspondente (o Estado). Entretanto, no decorrer do artigo, onde se lê “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário [...]” se expressa uma norma programática, que dispõe sobre políticas públicas de saúde. Não se pode confundir o enunciado normativo, o texto do artigo, com a norma jurídica por ele veiculada.⁸

Portanto, claro fica que as normas programáticas são vinculantes, geram efeitos jurídicos. Entretanto, isso não esgrime eventuais problemas que decorrem de sua aplicação. Se a norma programática é tutelada por meio do Poder Judiciário, e devem ser cumpridas essencialmente pelos Poder Legislativo e Executivo, temas reiteradamente presentes serão o princípio da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos, e o controle judicial de

⁸ A diferenciação entre enunciado normativo e norma permite tratar de forma mais precisa e técnica questão que Barroso (2001, p.111) chamou simplesmente de “normas heterogêneas” – ao comentar a jurisprudência do STF e no RE 271.286-RS, que reconheceu no art. 196 um direito subjetivo à saúde, apesar de seu caráter programático.

políticas públicas adotadas pelos órgãos de governo, como salienta Sarlet (2018, p. 364).

Percebe-se que a polêmica no entorno das normas programáticas reside no campo da aplicabilidade, isto é, no âmbito de sua aplicação em conflito com outras normas, especialmente com o princípio da separação dos poderes, e não no âmbito de sua eficácia, de sua possibilidade, delimitada prévia e abstratamente, de geração de efeitos jurídicos. Neste ponto revela-se o equívoco das doutrinas norte-americana e ítalo-brasileira, bem como de autores contemporâneos, como Barroso, que propõem o estabelecimento de limites imanentes à própria norma programática, determinando previamente a sua ausência de eficácia, por via da teoria interna. Não obstante, como exposto supra, os limites das normas programáticas, em cumprimento à teoria externa, devem ser determinados fundamentadamente no caso concreto, diante de ponderação de princípios.

Esgrimidas as características que devem estar no conceito de normas programáticas, cabe ressaltar as características que não devem compor o conceito de normas programáticas.

A primeira delas é a *baixa densidade normativa*, que pode ser analisada por duas perspectivas: abertura semântica e abertura estrutural. Usando o exemplo de Alexy (2017, p. 70-71) relativo ao enunciado normativo “a ciência, pesquisa e ensino devem ser livres”, a abertura semântica corresponde à indeterminação do que é “ciência”, “pesquisa” e “ensino”, enquanto a abertura estrutural corresponde à indeterminação da forma com que se deve garantir tal liberdade, se por meio de direitos subjetivos a prestações negativas dos cientistas ou de direitos subjetivos a prestações positivas de subsídios aos pesquisadores.

Da mesma forma que uma norma programática, uma norma declaradora de direitos subjetivos pode ser igualmente aberta semântica e estruturalmente. Afinal, a abertura semântica de *conceitos jurídicos indeterminados* tais como “boa-fé”, “honra”, “interesse público”, “função social”, “bem comum” e “bons costumes” não caracteriza as normas que os declaram como programáticas. No âmbito constitucional, o que corresponde aos direitos fundamentais à “liberdade”, “igualdade” e ao “devido processo legal”? A abertura semântica não torna programáticas as normas que os preveem ou impede que os dois primeiros sejam direitos fundamentais.

A título de exemplo, a norma programática do art. 208 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é menos aberta semanticamente e, inclusive, estruturalmente, que uma norma declaradora de direito subjetivo:

Art. 208 – O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

A baixa densidade normativa, seja no aspecto semântico ou estrutural, pode ser característica de qualquer norma, sendo independente de sua natureza programática ou declaradora de direitos subjetivos. Dessa forma, não se entende como correto vincular as “normas de cunho programático” à classe de “normas de baixa densidade normativa”, tal como fez Sarlet (2018, p. 300), ou às normas dotadas de abertura estrutural, como propôs Meireles (2008, p. 289).

A vinculação a temáticas de direitos fundamentais sociais também não merece prosperar, tal como qual fizeram José Afonso da Silva e Meirelles Teixeira, uma vez que a política pública presente na norma programática pode ter qualquer conteúdo, relacionando-se, inclusive, com os direitos fundamentais individuais à vida e à liberdade, como se observa no art. 144 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de

todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...].

Por fim, atribui-se às normas programáticas característica correspondente a uma síntese de baixa normatividade e de direcionamento ao legislador. Diante dessas duas características, as normas programáticas só exerçeriam todos seus efeitos mediante interposição legislativa, por demandarem regulamentação. Porém, deve-se ressaltar que regulamentação não é característica relacionada exclusivamente a normas programáticas, como observa Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 47), o que impede sua distinção entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada. Ilustrativamente, o autor cita o direito à propriedade, que, embora considerado norma de eficácia plena, mostra-se dependente de regulamentação para seu correto funcionamento e garantia, demandando legislação distintiva entre posse e propriedade, bem como criação e manutenção de órgãos e instituições públicas, tais quais polícia, poder judiciário, registro de imóveis etc. (SILVA, V.A., 2011, p. 236).

Por fim, ao conceituar as normas programáticas como normas que estabelecem ao Estado o dever objetivo de cumprimento de programas de governo e políticas públicas, verifica-se que elas *não podem veicular direitos fundamentais sociais*. Não obstante a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que irradiam efeitos simultaneamente de dimensão subjetiva e objetiva, ressaltada por Sarlet (2018, p.161), os direitos fundamentais não se restringem à geração de deveres objetivos, como ocorre com as normas programáticas.

6. Conclusão

Verificam-se notórias concordâncias e discordâncias na doutrina brasileira acerca das normas programáticas. Fica claro que se trata de normas jurídicas e de que têm efeitos vinculantes importantes. Não obstante, no campo dos direitos subjetivos, grandes debates surgem, seja apontando problemas na sua eficácia ou na sua aplicabilidade.

A primeira importante conclusão que se retira, no campo conceitual, reside na fundamental distinção entre os *enunciados normativos e normas*. O mesmo enunciado normativo pode expressar *normas programáticas e direitos subjetivos* simultaneamente.

A segunda conclusão central alcançada é a de que o objeto de normas programáticas são *programas de governo e políticas públicas*, e não direitos subjetivos.

Os grandes problemas jurídicos e políticos das normas programáticas não residem em sua eficácia, mas na sua aplicabilidade, diante da problemática de tutela jurisdicional e o conflito com outros poderes. De forma semelhante, no campo da efetividade também se encontram dificuldades, já que elas impõem aos poderes públicos o cumprimento de metas para satisfação de políticas públicas, o que é um desafio administrativo e financeiro. Dessa forma, como diz José Afonso da Silva (2015, p. 149), por serem “normas incômodas”, é muito mais fácil negar sua eficácia do que cumprir os programas de governo e políticas públicas nelas inseridos.

Como assevera Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 250-251), o conceito de normas programáticas é utilizado de forma a presumir a ausência eficácia, de modo que “sempre que se recorre à ideia de normas de eficácia limitada ou normas programáticas, o resultado já é conhecido: só resta aguardar a ação dos poderes políticos”.

Entretanto, como demonstrado, a norma programática é vinculante, gerando o seu conteúdo (programas de governo e políticas públicas) deveres objetivos, o que impõe diálogo intenso entre poderes, criando ônus argumentativo para todos eles no controle recíproco de seus atos e omissões.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2^a ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 5^a ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 07 de abr. de 2019

LINS, Liana Cirne. Exigibilidade dos direitos fundamentais sociais e tutela inibitória coletiva das omissões administrativas. – Recife: O Autor, 2007. 300 fls. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2007.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais. Salvador: JusPodivm, 2008.

QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais: Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justicialibilidade. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais em Perspectiva Constitucional. 13^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2018.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais: Conteúdo Essencial, restrições e eficácia. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOLEDO, Cláudia. Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito. São Paulo. São Paulo: Landy. 2003.

27. NOVOS CONTORNOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA APÓS A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Raquel Bellini de Oliveira Salles¹

Nina Bara Zaghetto²

Resumo

O presente artigo analisa, no contexto brasileiro, o impacto da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e do Estatuto da Pessoa com Deficiência no instituto da responsabilidade civil, em especial para as pessoas com deficiência maiores de idade e curadores. A partir da compreensão da deficiência à luz do modelo social e das transformações advindas no regime das incapacidades, propõe-se um novo olhar sobre a responsabilidade civil das pessoas com deficiência, com soluções interpretativas atentas à necessária releitura das regras de imputação aplicáveis, especialmente as contidas nos artigos 928, 932, II, e 944 do Código Civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Pessoa com deficiência.

Sumário: 1. Introdução; 2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD); 3. O regime das (in)capacidades; 4. A construção do conceito de vulnerabilidade; 5. A construção do conceito de autonomia; 5.1 A relação entre os conceitos de vulnerabilidade e de autonomia; 5.2 A relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade; 6. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência após a Lei Brasileira de Inclusão; 6.1 A dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade e os pressupostos para a responsabilização civil da pessoa com deficiência; 6.2 O problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial da pessoa com deficiência à luz do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil; 7. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem como motivação as mudanças advindas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI). Esses diplomas inauguraram uma nova visão sobre a deficiência, em âmbitos nacional e internacional, garantindo que as pessoas com deficiência possam exercer seus direitos fundamentais. Uma das principais alterações oriundas do EPD foi a modificação no regime das (in)capacidades, uma vez que as pessoas com deficiência não são mais consideradas, a priori, como absoluta ou relativamente incapazes. Na verdade, através desse estatuto, consagrou-se a presunção da plena capacidade dessas pessoas, o que impactou diretamente na sistemática da responsabilidade civil.

Assim, formula-se as seguintes perguntas: se as pessoas com deficiência intelectual ou psíquica são presumidamente capazes, como será configurada sua responsabilidade civil por danos causados a terceiros? Elas poderão se valer de alguma espécie de redução equitativa da

¹ Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. E-mail: nina_bz@hotmail.com.

indenização? Toda pessoa com deficiência intelectual ou psíquica é vulnerável quando se trata de responsabilidade civil? A partir dessas problematizações, tem-se o objetivo de compreender os fluxos do EPD no instituto da responsabilidade civil.

Assim, partindo de pesquisa de fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, abordam-se, na segunda seção, as principais alterações trazidas pelo EPD, demonstrando a ruptura com a lógica paternalista e assistencialista que sempre permeou a temática das pessoas com deficiência e, por conseguinte, a assunção da nova perspectiva promocional e emancipatória quanto ao seu tratamento e aos seus direitos. Na terceira seção, trata-se, de forma comparativa, do regime das (in)capacidades, evidenciando a presunção da plena capacidade das pessoas com deficiência. Em seguida, nos tópicos quarto e quinto, são diferenciados os conceitos, no âmbito jurídico, de vulnerabilidade, vulneração, vulnerabilidade existencial, vulnerabilidade patrimonial, autonomia e capacidade. Enfim, na sexta seção, debruça-se sobre a responsabilidade civil da pessoa com deficiência após a LBI, passando por seus pressupostos e pelo problema da medida da indenização.

2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD)

A história das pessoas com deficiência³ é marcada por uma estigmatização social, no sentido de serem tratadas, historicamente, como "aberrações", "anormais", "doentes", sendo, portanto, colocadas sob um véu de invisibilidade. Nessa esteira, é importante compreender que a CDPD e o EPD são fruto de movimentos e lutas sociais dessas pessoas por autonomia, voz ativa e participação na sociedade.

Primeiramente, na perspectiva do modelo da prescindência ou modelo eugenésico, a deficiência era vista sob viés religioso, como um sinal divino de que algo de ruim estava por vir ou como uma mensagem diabólica.⁴ O modelo médico ou modelo da reabilitação, por sua vez, tratava a deficiência como algo patológico, que poderia ser "normalizado" no indivíduo. Nesse sentido, entendia-se a deficiência como um problema individual a ser solucionado através de intervenções médicas.⁵ Por fim, o modelo social aborda a deficiência como uma questão

³ Ao longo do trabalho, adotar-se-á a expressão "pessoa com deficiência" e, não, "deficiente", "excepcional", "pessoa especial", "pessoa portadora de deficiência". Quanto ao último vocábulo explicita-se sua inadequação, tendo em vista que a deficiência não é algo que se pode escolher portar ou não. É uma característica, como qualquer outra, da pessoa humana. Sobre o tema, Sidney Madruga ensina: "[...] 'deficiente' (o fato de se possuir uma ou mais de uma deficiência não significa dizer que se é de 'todo' deficiente) e "excepcional" (que traz uma ideia mais ligada à deficiência mental aos considerados 'superdotados', e por isso, não abarca todas as espécies de deficiência, além de contrapor-se na linguagem coloquial, ao termo 'normal', quer dizer, se não é 'normal' é 'excepcional', fora do comum, uma forma de exceção)". Nesse sentido, "o adjetivo 'especial', além de não projetar em si qualquer diferenciação, não se constitui numa característica exclusiva das pessoas com deficiência. Ser considerado 'especial', ou uma 'pessoa especial', vale para todos, possuam ou não alguma deficiência". Feitas essas considerações e tendo em vista o poder simbólico da linguagem, pontua-se que a utilização da expressão "pessoa com deficiência" é de suma importância no processo de inclusão e reconhecimento delas enquanto pessoas humanas. Ainda segundo Madruga, "Essas denominações, por evidente, não são estáticas. Evoluem da mesma forma que a sociedade dos homens incorpora novas realidades e valores, a cada época, em relação aos grupamentos que a compõem. Também não significa dizer que a utilização incorreta dos termos em voga traduz-se em eventual predisposição ou preconceito. Isso, contudo, não afasta a importância do uso e da força da linguagem, como instrumento de informação e conhecimento, que possui e sempre terá repercussão na construção social do coletivo e do individual humano que se queira designar". (MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 18-23)

⁴ Sobre o tema, explica Madruga: "O modelo da prescindência considerava que as causas que dão origem à deficiência possuem fundamento religioso, além de que as pessoas são consideradas inúteis por não contribuírem com as necessidades da comunidade, guardam mensagens diabólicas e suas vidas não merecem ser vividas. A sociedade, portanto 'prescinde' dessas pessoas [...]" (MADRUGA, op. cit., p. 18-23)

⁵ Heloisa Helena Barboza e Vitor Almeida ensinam: "O segundo, que decorre dos padrões científicos da modernidade, designado 'modelo médico', encara a deficiência como condição patológica, de natureza individual. Desse modo, a pessoa deveria ser tratada através de intervenções médicas, ser 'reparada', para tornar-se o quanto

social, ou seja, não é um problema de cunho individual, é algo que deve ser tratado por todos, tendo em vista que a deficiência se configura a partir do momento em que são impostas barreiras sociais para o desenvolvimento da pessoa.⁶

A deficiência é, assim, um problema social, que exige intervenções na sociedade; as causas da deficiência não são religiosas, nem somente médicas – são predominantemente sociais. As raízes dos problemas não são as restrições ou faltas (diferenças) individuais, mas as limitações ou impedimentos impostos pela sociedade que não tem os meios/serviços/instrumentos adequados para que essas pessoas sejam consideradas incluídas na sociedade.⁷

Essa visão, portanto, reflete no conceito de pessoa com deficiência adotado pela CDPD (artigo 1º) e pelo EPD (artigo 2º), qual seja:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (grifos acrescidos)

Dessa forma, aduz-se que a deficiência não é fruto de um sinal religioso e não é algo patológico, que necessite de intervenção médica. É o resultado do contato entre impedimentos pessoais e barreiras impostas pela sociedade, as quais se tornam óbice para o exercício de direitos fundamentais. "Observa-se, assim, que a nova legislação visa a alcançar um número maior de pessoas, não limitando seu alcance a um conceito engessado."⁸

Nessa senda, torna-se importante diferenciar os termos "integração" e "inclusão". O primeiro traduz a ideia de que a pessoa com deficiência poderia participar da sociedade, mas da forma como esta está moldada, tendo aquela que se adaptar para tanto. Ou seja, trata-se

possível 'normal'. Esse modelo, denominado 'modelo reabilitado', tem como características principais a substituição da divindade pela ciência e a admissão da possibilidade de algum aporte para sociedade por parte da pessoa com deficiência, na medida em que sejam 'reabilitadas' ou 'normalizadas'. (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena et al. (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 14)

⁶ A respeito do tema, frisa-se a existência de críticas ao modelo social provindas do movimento feminista, como se observa na seguinte citação: "Isso, no entanto, não afasta as críticas, de caráter inovador e provocativo, formuladas pelo movimento feminista, no fim dos anos 1990, que passa a questionar algumas das premissas teóricas do modelo social, dentre elas a de que a mera supressão de barreiras poria fim às desvantagens e resultaria numa total independência e pleno desenvolvimento das capacidades individuais. Assim, propôs-se rediscutir o postulado da independência absoluta, que desconsidera a subjetividade das pessoas com deficiência, isto é, fatores como a dor e a profunda depressão ocasionadas entre aqueles com deficiências graves e crônicas como algo preponderante para a autoafirmação e nas relações pessoais e sociais. Então, diante de casos severos de deficiência não bastam que as barreiras arquitetônicas ou de transporte sejam suprimidas, porque isso não trará qualquer forma de independência ou produtividade a essas pessoas, devendo ser estabelecidos concomitantemente outros parâmetros (v.g, éticos e morais) que discutam a questão de vulnerabilidade desse grupo que se encontra em situação ainda mais desvantajosa e menos igualitária. Buscou-se, portanto, levar o debate sobre a deficiência além das questões centradas nas barreiras físicas, para se analisar o real significado da dor e de um corpo com deficiência, o que, por conseguinte, leva a um exame de conceitos como a plena autonomia e capacidade". (MADRUGA, op. cit., p. 37-38)

⁷ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 34.

⁸ BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direitos das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 164.

novamente a deficiência como uma questão individual. Já a concepção de "inclusão" social denota um movimento da sociedade para se tornar acessível, criando mecanismos para a participação das pessoas com deficiência. Com isso, entende-se a deficiência como fruto da diversidade humana, consagrando-se, pois, um direito à diferença, o que significa a possibilidade de reconhecimento de sua identidade própria.

Nota-se que a vinculação da deficiência às noções de doença, defeito, anormalidade, é socialmente construída e, por conseguinte, arraigada em nossa sociedade. Quanto à presença desses padrões constituídos no âmbito familiar, recorre-se a Solomon⁹:

Devido à transmissão de identidade de uma geração para a seguinte, a maioria dos filhos compartilha ao menos algumas características com os pais. São o que chamamos de identidades verticais. Atributos e valores são transmitidos de pai para filho através de gerações, não somente através de cadeias de DNA, mas também de normas culturais compartilhadas.

O autor cita, a título exemplificativo, a etnia, geralmente a linguagem e moderadamente a religião. Além das identidades verticais, Solomon afirma que há também o que se denomina de identidade horizontal:

Muitas vezes, porém, alguém tem uma característica inata ou adquirida que é estranha a seus pais e, portanto, deve adquirir identidade de um grupo de iguais. É o que chamamos de identidade horizontal. As identidades horizontais podem refletir genes recessivos, mutações aleatórias, influências pré-natais, ou valores e preferências que uma criança não compartilha com seus progenitores. Ser gay é uma identidade horizontal; a maioria das crianças gays tem pais heterossexuais e, embora sua sexualidade não seja determinada por seus iguais, elas aprendem a identidade gay observando e participando de uma subcultura fora da família. A deficiência física tende a ser horizontal, bem como a genialidade. [...] O mesmo acontece com problemas como o autismo e a deficiência intelectual.¹⁰

Tendo em vista a construção social de padrões, as famílias, em geral, apoiam o florescer das características provindas da identidade vertical e inibem as oriundas da identidade horizontal: "As famílias tendem a reforçar as identidades verticais desde a primeira infância, mas muitas se opõem às horizontais. As identidades verticais em geral são respeitadas como identidade; as horizontais são muitas vezes tratadas como defeitos".¹¹ Isso afeta significativamente o desenvolvimento da pessoa humana em sua diversidade e particularidades, atingindo, consequentemente, todo o processo de formação da identidade, que constitui direito de personalidade.

Demonstra-se que o caminho indicado pela Convenção e pelo Estatuto precisa ser trilhado, a fim de se romper com essa lógica estigmatizante e excludente no que concerne à pessoa com deficiência. Por isso, tais diplomas normativos tornam premente que o Estado e a sociedade assumam posiçõesativas para uma real inclusão, de modo a concretizar as premissas do referido modelo social.

Ademais, a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi incorporada no

⁹ SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore**: pais, filhos e a busca da identidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 12.

¹⁰ Ibidem, p. 12-13.

¹¹ Ibidem, p. 15.

Brasil, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988¹², com status de emenda constitucional, na forma do Decreto nº 6.949/2009. Desse modo, percebe-se que essa matéria, relativa aos direitos das pessoas com deficiência, é de valor constitucional, ocupando o topo da pirâmide na hierarquia das normas. Isso traz consequências jurídicas, tais como:

Duas consequências decorrem de imediato da qualificação da CDPD como norma constitucional: (i) encontram-se na CDPD as diretrizes primordiais e indispensáveis para a interpretação do EPD; e (ii) as pessoas com deficiência em nenhum momento ficarão ao desamparo, na medida em que estão resguardadas diretamente pela Lei Maior, à qual poderão recorrer diretamente, em caso de afronta a seus direitos.¹³

Ao se efetuar uma análise comparativa entre a CDPD e o EPD, nota-se que muitas disposições do primeiro diploma são verificadas no EPD como cópia fiel. Com isso, o EPD apresenta função regulamentadora das disposições contidas na CDPD no plano nacional. Além disso, conforme o trecho acima, o EPD e toda temática relativa aos direitos das pessoas com deficiência devem ser interpretados de acordo com os preceitos instituídos na CDPD – como norma de cunho constitucional, sua serventia também se dá no campo interpretativo.

Nesse sentido, rompe-se com a lógica assistencialista até então presente no tratamento das pessoas com deficiência. A questão passa do âmbito da caridade e alcança o patamar de dever jurídico¹⁴, premissa observada, precipuamente, a partir do artigo 8º do EPD¹⁵, o qual estabelece como dever do Estado, da sociedade e da família garantir o exercício dos direitos fundamentais dessas pessoas, como o direito à vida, à moradia, à sexualidade, à educação, à cultura, ao lazer, ao trabalho, entre outros, o que reafirma o modelo social:

O primeiro, se não o mais importante, efeito da adoção do modelo social consiste em promover a inversão da perspectiva na apreciação da deficiência, que deixa de ser uma questão unilateral, do indivíduo, para ser pensada, desenvolvida e trabalhada como relação bilateral, na qual a sociedade torna-se efetivamente protagonista, com deveres jurídicos a cumprir.¹⁶

Rompe-se, também, com a lógica paternalista, ao garantir às pessoas com deficiência o exercício da liberdade, que pode ser vislumbrada no exercício, por exemplo, da autonomia e da

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

¹³ § 3º 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.

¹⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**, 2018, p. 31.

¹⁵ Sobre isso, Santos cita: "A proteção social das pessoas com deficiência passou a integrar as normas constitucionais no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, as políticas e as ações de proteção e cuidado às pessoas com deficiência situavam-se na esfera do assistencialismo [...]" (SANTOS, Wederson Rufino dos. Pessoas com Deficiência: nossa maior minoria. Rio de Janeiro: **Revista de Saúde Coletiva**, 2008, p. 503)

¹⁶ Art. 8º É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.

¹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis**, 2017, p. 17.

autodeterminação¹⁷, em igualdade com as demais pessoas e sem qualquer tipo de discriminação. "Deste modo, as normas reguladoras e garantidoras de direitos ao ser humano mostram-se essenciais para que suas vidas sejam realmente dignas".¹⁸ As pessoas com deficiência saem do manto da invisibilidade e assumem o papel de protagonistas de suas respectivas vidas. A garantia de seus direitos fundamentais é fruto de um processo em, primeiro, reconhece-se a igualdade não só formal, mas também a substancial e, por conseguinte, faz-se um movimento de verdadeira inclusão social, consagrando o já referido direito à diferença. A respeito disso, recorre-se a Sales e Sarlet¹⁹:

Convém lembrar que a concretização do direito à igualdade somente se aperfeiçoa, na medida em que se contempla na mesma medida o direito à diferença e, no que tange às pessoas deficientes, deve se falar igualmente do direito de inclusão. Pois o direito à inclusão é, na contemporaneidade, a consequência natural do amadurecimento da teoria dos direitos fundamentais e, daí a sua afirmação deve ser pluridimensional no intuito de alcançar a máxima efetividade.

Todas essas transformações – sociais e jurídicas – ensejaram o redimensionamento da pessoa com deficiência na sociedade e nas diversas áreas de suas vidas. A CDPD e o EPD consagram o citado direito à diferença, que enseja um processo dialógico com o outro, no qual é possível que cada um se transforme a partir do reconhecimento do outro como pessoa humana.²⁰ Como afirma Cleuzilaine Silva, "Nessa relação com o outro, com o desconhecido, o diferente, é possível situar a relação dialógica e de alteridade no processo interacional que constitui o eu e outro como sujeitos".²¹

3. O regime de (in)capacidades

Neste tópico, analisar-se-á, de forma comparativa, as disposições legais relativas ao regime das (in)capacidades no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002, antes e depois do EPD. De início, é preciso entender o conceito de capacidade jurídica:

A capacidade jurídica é dividida em capacidade de direito (também dita de aquisição ou de gozo) e capacidade de fato (chamada de capacidade de

¹⁷ "En este sentido se debe trabajar más en la sensibilización de las propias personas en situación de discapacidad, para que desde ellas se promueva el paso de un modelo asistencialista a uno de Derechos y Autonomía". (MERELLO, Andre Rojas; LABBE, Claudia Verdugo; MELO, Sofia Trancoso. Los servicios de apoyo para la vida independiente desde una perspectiva de derecho y autonomía: una experiencia de Senadis. In: **Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos**, Vol 1 (2), 2017, p. 58)

¹⁸ COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O direito de ser e a Lei Brasileira de Proteção aos deficientes. In: PEREIRA, Tânia da Silva et al. (coord.). **Cuidado e o Direito de Ser: Respeito e Compromisso**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018, p. 108.

¹⁹ SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade da Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direitos das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 155-156.

²⁰ Nesse sentido, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357 – Distrito Federal, o Ministro Edson Fachin cita em seu voto o seguinte trecho: "[...] conviver com a diferença não é direito dos diferentes apenas; é direito nosso, da maioria, de poder conviver com a minoria; e aprender a desenvolver tolerância e acolhimento". (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 09/06/2016)

²¹ SILVA, Cleuzilaine Vieira da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. In: FREITAS, Maria Teresa de Assunção; RAMOS, Bruna Sola da Silva. **Bakhtin Partilhado**. Curitiba: CRV, 2017, p. 110.

exercício). Aquela (a capacidade de direito) é reconhecida indistintamente a todo e qualquer titular de personalidade, seja pessoa natural ou jurídica. Se é pessoa, tem personalidade (CC, art. 1º) e, consequentemente, pode titularizar relações jurídicas – o que significa dizer: tem capacidade de direito. A outro giro, a capacidade de fato é a aptidão para praticar pessoalmente, por si mesmo, os variados atos jurídicos da vida civil. Ilustrando a matéria, percebe-se que uma criança com oito anos de idade possui capacidade de direito (que é a potencialidade de ser titular de relações jurídicas), embora não disponha de capacidade de fato, não lhe sendo possível praticar pessoalmente qualquer ato jurídico. Assim, convém notar que a capacidade de fato presume a capacidade de direito, mas a recíproca não é verdadeira. Nem todo aquele que dispõe de capacidade de direito tem, a outro giro, a capacidade de fato.²²

Farias e Rosenvald²³ evidenciam a utilidade dessa diferenciação quando se trata de situações jurídicas patrimoniais. Entretanto, para as situações de cunho existencial, tal distinção classificatória não tem valia, partindo-se do pressuposto de que, quanto aos interesses existenciais, qualquer pessoa humana pode exercê-los, tendo em vista, precípuamente, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988). Além disso, na esfera existencial essa distinção não se mostra pertinente devido à impossibilidade de cisão entre a titularidade e o exercício de direitos nessa seara.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise comparativa da evolução das previsões normativas acerca do regime das incapacidades:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002	Código Civil de 2002 após o EPD de 2015
<p>Art. 5º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - Os menores de dezesseis anos.</p> <p>II - Os loucos de todo o gênero.</p> <p>III - Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.</p> <p>IV - Os ausentes, declarados tais por ato do juiz.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:</p> <p>I - os menores de dezesseis anos;</p> <p>II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;</p> <p>III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.</p>	<p>Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.</p>
<p>Art. 6º São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p>	<p>Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:</p> <p>I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;</p>

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 962.

²³ Ibidem, p. 927.

<p>I - Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).</p> <p>II - As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.</p> <p>III - Os pródigos.</p> <p>IV - Os silvícolas.</p>	<p>II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;</p> <p>III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;</p> <p>IV - os pródigos.</p>	<p>II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;</p> <p>III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;</p> <p>IV - os pródigos.</p>
---	---	--

Percebe-se que, no Código Civil de 1916, pela leitura do artigo. 6o, incisos II e III, sob a denominação de "loucos de todo gênero" e "surdos-mudos", as pessoas com deficiência eram tidas como absolutamente incapazes.²⁴ Já no Código Civil de 2002, antes do advento do EPD, as pessoas com deficiência não mais eram consideradas, taxativamente, como absolutamente incapazes, podendo também ocupar a posição de relativamente incapazes. Nesse processo, afirma-se que o critério para definir a capacidade do sujeito passou a ser o grau de discernimento.²⁵ Desse modo: "As codificações civis de 1916 e 2002 tolhiam qualquer autonomia e independência às pessoas com deficiência, que se viam condicionadas às decisões adotadas pelo curador".²⁶

Com a promulgação do EPD, os supracitados artigos 3º e 4º foram modificados. Absolutamente incapazes são somente aqueles menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, institui-se a presunção da plena capacidade das pessoas com deficiência. Caso seja necessário, a aquela pessoa poderá ser considerada relativamente (in)capaz, ou com "capacidade restringida"²⁷, conforme artigo 4o, inciso III, do CC/2002, para efeito de constituição de curatela. Assim, a incapacidade relativa, na atual dogmática, é definida pela impossibilidade de expressão da vontade.

Tais mudanças causam significativo impacto na estrutura dos regimes das (in)capacidades e evidenciam um processo histórico no tratamento das pessoas com deficiência. Como se observa na redação dos artigos do Código Civil de 1916, a denominação "loucos de todo gênero" e "surdos-mudos" tinham uma perspectiva discriminatória desses indivíduos, explicitando também desconhecimento do que, até então, não se encaixava no "padrão" de ser humano. Assim, essas alterações legais refletem um movimento social das pessoas com deficiência pela inclusão, por sua autonomia e autodeterminação, culminando na presunção de sua plena capacidade.

Quando se investiga o fundamento para a elaboração de uma teoria das (in)capacidades,

²⁴ De acordo com as lições de Hirata e Lima: "Pela leitura atenta dos dispositivos legais infere-se que os fatores objetivos para o reconhecimento da falta de aptidão dos indivíduos para a prática dos atos da vida civil eram a idade do sujeito e seu estado de saúde". (HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de. Teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: SILVA, Marcelo Rodrigues da; FILHO, Roberto Alves de Oliveira (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 87)

²⁵ Como afirma Heloisa Helena Barboza: "O CC/2002 substituiu os loucos de todo gênero – de modo discriminatório – por enfermos e deficientes mentais, e vinculou sua capacidade ao discernimento e ao grau de desenvolvimento mental". (BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**, 2018, p. 62)

²⁶ HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de, op. cit., p. 115.

²⁷ Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira e Joyceane Bezerra de Menezes, "não podemos cogitar repetir que a pessoa com deficiência sob curatela seja incapaz. Até mesmo para evitar os estigmas que o regime das incapacidades produziu ao longo da história, optamos por utilizar a expressão pessoa com capacidade restringida". (MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 201)

aduz-se, pelo momento histórico – liberalismo –, que o regime anterior foi moldado sob a lógica patrimonialista, desconsiderando a pessoa humana no seu aspecto existencial. Nesse sentido, pontuam Menezes e Teixeira²⁸:

A função do regime das incapacidades é a proteção daqueles que não têm condições de transitar na vida civil de forma autônoma. Sua finalidade precípua, dado o momento de criação (época do liberalismo), foi o resguardo do incapaz no trânsito jurídico patrimonial, para sua proteção nos negócios praticados, oferecendo maior segurança às relações jurídicas, o que ocorreu também no Brasil.

Percebe-se que, sob essa perspectiva mercadológica, de segurança jurídica patrimonial, as pessoas com deficiência eram consideradas absolutamente incapazes. Entretanto, partindo da premissa de que o curador passava a representar o curatelado em todos os atos da vida civil, com base no modelo de substituição de vontade, havia uma anulação da pessoa com deficiência enquanto pessoa, uma vez que o curador tomava decisões que afetavam a subjetividade e a pessoalidade desses indivíduos.

E enquanto meros objetos de proteção, o conjunto de seus direitos de personalidade era ameaçado ou integralmente sonegado. Não tinham o reconhecimento de sua autonomia sequer para o trato de questões existenciais, tampouco se viam respeitadas em sua privacidade, imagem ou integridade psicofísica. Por meio de uma carta branca para substituir a vontade do curatelado em todos os atos da vida civil, o curador se imiscuía em assuntos existenciais e se via com poder para decidir sobre doações de órgãos e sobre esterilização sem qualquer parcimônia, a título de exemplo.²⁹

Dessa forma, retirar a pessoa com deficiência da categoria de absolutamente incapaz e, *a priori*, da categoria de relativamente incapaz, evidencia um avanço no sentido de considerar que as deficiências são múltiplas e que elas não vão atingir os indivíduos de forma homogênea. Assim, um tratamento jurídico generalizante, enquadrando essas pessoas, necessariamente, como absoluta ou relativamente incapazes, não traduz as várias nuances da realidade. Hoje, faz-se necessária a elaboração de vários e particulares estatutos de proteção, abarcando a pluralidade e a complexidade do ser humano. Ademais, revela um movimento social pela inclusão e não pela mera integração dessas pessoas na sociedade, consagrando-se o direito à diferença.³⁰ Nessa esteira, a capacidade passa a ser um direito humano, não definida apenas

²⁸ Ibidem, p. 183.

²⁹ Ibidem, p. 191-192.

³⁰ Importante destacar o Projeto de Lei nº 757 do Senado Federal, que elucida, entre outros pontos: Art. 4º O inciso II do art. 3º, o inciso II e o parágrafo único do art. 4º, o inciso I do art. 1.548 e os arts. 1.767, 1.769, 1.772 e 1.777 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passam a vigorar com a seguinte redação: "Art. 3º (...) II – os que, por qualquer motivo, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; (...) (NR)". Ou seja, uma das pretensões desse projeto de lei é reconsagrar a possibilidade de pessoas com deficiência serem consideradas como absolutamente incapazes. Nesse sentido, na justificativa desse projeto, tem-se: "Nesses casos, a pessoa não tem condição alguma de exprimir sua vontade, de maneira que jamais poderia ser considerada relativamente incapaz, dada a sua impossibilidade de praticar atos da vida civil sob assistência. Por essa razão, essas pessoas devem ser consideradas absolutamente incapazes, como sucede atualmente, para que possam ser representadas na defesa de seus interesses." Valendo-se de um viés argumentativo protetivo para as pessoas com deficiência, os senadores Antônio Carlos Valadares e Paulo Paim sugerem que a incapacidade absoluta possa ser aplicada, novamente, para pessoas maiores. Ademais, em consulta pública realizada, 54% (cinquenta e quatro por cento) das pessoas votaram "sim" para a implementação do projeto e 18% (dezotto por cento) dos participantes da pesquisa responderam "não" quanto à implementação dele. Isso demonstra, mais uma vez, a cultura assistencialista e paternalista envolta na temática das pessoas com deficiência e a dificuldade social de aceitar os diferentes modos de vida e o fato de que

como consequencia jurídica da personalidade, de acordo com as lições de Rosenvald³¹:

Com efeito, o conceito atual de capacidade transcende os contornos de sua qualificação como "atributo da personalidade", própria da doutrina civilista tradicional, configurando-se como verdadeiro direito humano. O direito ao igual reconhecimento como pessoa diante da lei evidencia que a capacidade jurídica é um atributo universal inherente a todas as pessoas em razão de sua condição humana e deve ser preservada para as pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Ela é indispensável para o exercício de direitos civil, políticos, econômicos, sociais e culturais e adquire uma importância especial para as pessoas com deficiência quando devem tomar decisões fundamentais com respeito a sua saúde, educação e trabalho.

Com isso, nota-se que a capacidade não é mais óbice para o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência enquanto sujeitos humanos, garantindo que elas exerçam seus direitos fundamentais. "Não se pode mais é admitir que a capacidade civil se posicione como uma barreira institucional tendente a ampliar o quadro de desigualdade e a obstar o gozo dos direitos humanos, fundamentais e de personalidade"³².

Em relação a essas mudanças, não se pode olvidar do artigo 6º do EPD, que consagra a desvinculação dos conceitos de deficiência e capacidade:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.³³

todos os seres humanos correm risco ao viverem, que cada um tem o direito a traçar e a escolher o seu caminho, tendo em vista o seu respectivo entendimento do que é bom. Atualmente, verifica-se que o Senado Federal, com emenda substitutiva, aprovou tal projeto, sendo o destino dele a Câmara dos Deputados. Por fim, em relação a este referido projeto de lei, cita-se: "O retorno da redoma da incapacidade absoluta significa evidente retrocesso, por impor uma 'repatrimonialização' do Direito Civil pela via da interpretação do princípio da segurança jurídica, como a perpetuação dos institutos patrimoniais clássicos – forjados para a realidade socioeconômica e política dos dois últimos séculos – em detrimento da ressignificação do conceito de segurança jurídica do Estado Democrático de Direito, cujo norte no Direito Privado é a edificação de um sistema de direito em que se funcionalizem os modelos jurídicos tradicionais em prol da proteção e promoção da dignidade da pessoa humana". (ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019A, p. 314)

³¹ Ibidem, p. 312-313.

³² MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, op. cit., p. 193.

³³ Pontua-se que este artigo tem seu embasamento no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que enuncia: Artigo 12.1. Os Estados Partes reafirmam que as pessoas com deficiência têm o direito de ser reconhecidas em qualquer lugar como pessoas perante a lei. 2. Os Estados Partes reconhecerão que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. 3. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para prover o acesso de pessoas com deficiência ao apoio que necessitarem no exercício de sua capacidade legal. 4. Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as

Frisa-se que essa mudança no tratamento jurídico das pessoas com deficiência não significa deixar de protegê-las, como ensinam Barboza e Almeida: "O reconhecimento da plena capacidade jurídica não significa ausência de proteção, que é necessária e devida às pessoas com deficiência, na medida das peculiaridades de cada caso, do mesmo modo que se protegem todas as pessoas vulneradas".³⁴ Assim, há, na verdade, uma alteração significativa no modo de vislumbrar a deficiência, percebendo-se que não é substituindo a vontade e colocando um véu de invisibilidade nelas que o ordenamento jurídico consagrará o princípio da solidariedade: "De este modo, es preciso garantizar a todas las personas con discapacidad, con independencia de su concreta deficiencia, el derecho a la capacidad jurídica (de goce y de ejercicio), para decidir donde, como y con quién vivir".³⁵ É dever do Estado, da sociedade e da família fornecer um sistema de apoios, de modo que as pessoas com deficiência possam, além de serem protegidas, serem emancipadas e empoderadas a escreverem sua própria biografia.

4. A construção do conceito de vulnerabilidade

No presente trabalho, é de suma importância compreender o conceito de vulnerabilidade³⁶ e se este influi no instituto da responsabilidade civil, quando o agente causador do dano for pessoa com deficiência maior, não curatelada. Ocorre que o conceito de vulnerabilidade é complexo dentro do campo do Direito, fazendo-se necessário compreender algumas distinções. Para tanto, recorre-se à diferenciação entre os conceitos de vulnerável (vulnerabilidade) e de vulnerado (vulneração), segundo Heloisa Helena Barboza:

Todos os humanos são, por natureza, vulneráveis, visto que todos os seres humanos são passíveis de serem feridos, atingidos em seu complexo psicofísico. Mas nem todos serão atingidos do mesmo modo, ainda que se encontrem em situações idênticas, em razão de circunstâncias pessoais, que agravam o estado de suscetibilidade que lhes é inherente.³⁷

(...) Na verdade, o conceito de vulnerabilidade (do latim *vulnerabilis*), "que pode ser ferido", de *vulnerare*, "ferir", de *vulnus*, "feridas") refere-se a qualquer ser vivo, sem distinção, que pode, eventualmente ser "vulnerado" em situações contingenciais. Trata-se, portanto, de característica ontológica de

preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa. 5. Os Estados Partes, sujeitos ao disposto neste Artigo, tomarão todas as medidas apropriadas e efetivas para assegurar às pessoas com deficiência o igual direito de possuir ou herdar bens, de controlar as próprias finanças e de ter igual acesso a empréstimos bancários, hipotecas e outras formas de crédito financeiro, e assegurarão que as pessoas com deficiência não sejam arbitrariamente destituídas de seus bens.

³⁴ BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**, 2018, p. 65.

³⁵ TESÓN, Inmaculada Vivas. Capacidad jurídica y sistema de apoyos tras la convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 67.

³⁶ Nas palavras de Konder: "No entanto, a proliferação das referências, em contextos e com significados diversos, gera o receio de uma superutilização da categoria, que lhe venha a esvaziar o conteúdo normativo. A falta de cuidado na definição de seus contornos científicos arrisca banalizar sua invocação, transformando-a de importante instrumento jurídico de alteração da realidade em mera invocação retórica, sem força normativa efetiva [...]." (KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 99, 2015, p. 102)

³⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 107.

todos os seres vivos. Determinados seres vivos são circunstancialmente afetados, fragilizados, desamparados ou vulnerados.³⁸

Dos trechos acima transcritos, extraem-se algumas premissas: a primeira, no sentido de que todo ser humano é vulnerável, ou seja, a vulnerabilidade é condição universal de qualquer indivíduo³⁹, visto que todos podem ser feridos; por isso, é denominada vulnerabilidade primária; e a segunda, no sentido de que ser vulnerado significa que, mais do que ter a possibilidade de ser ferido, a pessoa está inserida em uma situação contingencial na qual não consegue desenvolver suas potencialidades e habilidades, sendo, muitas vezes, excluída e estigmatizada na sociedade, o que se denomina vulnerabilidade secundária.⁴⁰

Observa-se que a vulneração denota uma posição, um estado em determinada situação:

O adjetivo pode qualificar aquele que pode ser ferido, afetado, atingido (por um mal físico), bem como ele pode exprimir a qualidade daquele que pode ser facilmente atingido (abstrata ou moralmente) ou que mal se defende (diz-se, por exemplo, que a inexperiência torna "vulnerável"). Aquilo que é preciso reter em nossa perspectiva é que "vulnerável" não é ter alguma "fraqueza". Mais do que um ser atingido por uma tal "deficiência", o emprego do termo serve para qualificar um ser que se encontra em uma situação ou posição.⁴¹

Com isso, chega-se à conclusão de que a vulnerabilidade é algo inerente à condição do ser humano, diferentemente da vulneração, situação na qual o sujeito pode não estar, já que se trata de uma questão social e não individual, nos moldes do modelo social. Afirma-se, pois, que a vulnerabilidade e a vulneração exigem tutelas distintas. Por ser a vulnerabilidade inerente à condição humana, o ordenamento jurídico apresenta uma tutela geral, a saber, a cláusula geral da dignidade humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988). Em contrapartida, o estado de vulneração é contingencial, exigindo, pois, uma tutela específica. Ilustra Heloisa Helena Barboza⁴²:

³⁸ Ibidem, p. 110.

³⁹ Nesse sentido, cita-se: "Pois mesmo o antônimo do vocábulo 'vulnerável' só pode qualificar aquele que se encontra em uma situação em que sua vulnerabilidade foi colocada entre parênteses; ele não poderá jamais qualificar aquele que se encontra em uma situação em que sua vulnerabilidade existencial teria sido suprimida, isso constituiria uma contradição nos termos. Pois nós só poderemos ser parcialmente invulneráveis. Na condição de pessoas humanas, nós teremos sempre um 'ponto fraco', um 'calcanhar de Aquiles', que pode causar até nossa morte. A vulnerabilidade é, então, inerente à condição humana". (MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. In: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, 2017, p. 644)

⁴⁰ Para melhor entender o significado dos termos vulnerável e vulneração, recorrer-se-á aos trabalhos a respeito da bioética da proteção, através da qual alude-se a Schramm: "Historicamente, um princípio moral de proteção está implícito nas obrigações do Estado, que deve proteger seus cidadãos contra calamidades, guerras etc., chamado também de Estado mínimo. Entretanto, poderia muito bem ser chamado de Estado protetor, pois parece intuitivamente compreensível que todos os cidadãos não conseguem se proteger sozinhos contra tudo e todos, podendo tornar-se suscetíveis e até vulnerados em determinadas circunstâncias. Mas, neste caso, devemos distinguir a mera vulnerabilidade – condição ontológica de qualquer ser vivo e, portanto, característica universal que não pode ser protegida – da suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária (por oposição à *vulnerabilidade primária* ou *vulnerabilidade* em geral). Ademais, os suscetíveis podem tornar-se vulnerados, ou seja, diretamente afetados, estando na condição existencial de não poderem exercer suas potencialidades (*capabilities*) para ter uma vida digna e de qualidade. Portanto, dever-se-ia distinguir graus de proteção de acordo com a condição existencial de vulnerabilidade, suscetibilidade e vulneração, o que pode ser objeto de discussões infindáveis sobre como quantificar e qualificar tais estados existenciais". (SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. In: Revista Bioética, 2008, p. 20)

⁴¹ MELKEVIK, Bjarne, op. cit., p. 643.

⁴² BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p. 111.

Justificam-se por mais essa razão, plenamente, a tutela geral (abstrata) da pessoa humana, ontologicamente vulnerável, não só nas relações econômicas, como as de consumo, mas em todas as relações, especialmente as de natureza existencial, e a tutela específica (concreta), de todos os que se encontram em situação de desigualdade, por força de circunstâncias que potencializem sua vulnerabilidade, ou já os tenham vulnerado, como forma de assegurar a igualdade e a liberdade, expressões por excelência da dignidade humana.

Nesse sentido, transpondo os ensinamentos de Heloisa Helena Barboza para o tema das pessoas com deficiência, observa-se que o EPD, com fundamento na Convenção de Nova Iorque, é a ferramenta que visa à garantia da tutela específica dessas pessoas.⁴³ Ou seja, diante da situação de vulneração das pessoas com deficiência, foi elaborado este diploma normativo com o intuito de que os sujeitos com deficiência possam exercer seus direitos e seus deveres, possuindo igualdade de condições para tal.⁴⁴ E mais, o Estatuto garante a autodeterminação das pessoas com deficiência, desvinculando o tema de uma lógica paternalista. Assim, conclui-se que reconhecer que determinadas pessoas são vulneradas não significa tratá-las sob uma perspectiva assistencialista e, sim, fornecer instrumentos para que elas possam viver com dignidade.

Feita essa distinção entre vulnerabilidade e vulneração, cabe analisar, com base nos estudos de Carlos Nelson Konder, a diferença entre vulnerabilidade existencial e vulnerabilidade patrimonial:

A partir dessas premissas, a vulnerabilidade existencial seria a situação jurídica subjetiva em que o titular se encontra sob maior suscetibilidade de ser lesionado na sua esfera extrapatrimonial, impondo a aplicação de normas jurídicas de tutela diferenciada para a satisfação do princípio da dignidade da pessoa humana. Diferencia-se da vulnerabilidade patrimonial, que se limita a uma posição de inferioridade contratual, na qual o titular fica sob a ameaça de uma lesão basicamente ao seu patrimônio, com efeitos somente indiretos à sua personalidade. Diante disso, a intervenção reequilibradora do ordenamento no caso de vulnerabilidade patrimonial costuma ser viabilizada com recurso aos instrumentos jurídicos tradicionalmente referidos às relações patrimoniais, como a invalidade de disposições negociais e a responsabilidade, com a imposição da obrigação de indenizar.⁴⁵

Assim, a vulnerabilidade patrimonial teve maior relevância por bastante tempo, uma vez que os preceitos do direito oitocentista eram pautados pela lógica patrimonialista, valorizando-se o tripé propriedade, contrato e família. Entretanto, dada maior ênfase à pessoa humana pela ordem constitucional vigente, deve-se considerar, também e sobretudo, a esfera extrapatrimonial, existencial, dos indivíduos, inclusive no seu contexto social. Dessa forma, é possível perceber que determinado sujeito pode ser vulnerável no âmbito existencial e não o ser

⁴³ Nessa senda, nota-se que a elaboração de estatutos é técnica legislativa que visa à consagração de uma normativa acerca de pessoas determinadas, consideradas nos seus respectivos contextos fáticos, o que se coaduna com o viés do Direito Civil atualmente, ou seja, com a lógica de se considerar sujeitos concretos, a partir de uma perspectiva personalista e solidária. Assim, afirma Almeida: "Mira-se na confecção dos Estatutos não mais o sujeito genérico e abstrato, mas o cidadão comum, com suas demandas específicas em certas vulnerabilidades". (ALMEIDA, Vitor.

A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 121)

⁴⁴ Em virtude disso, Barboza demonstra: "Portanto, faz-se mister focalizar nesses indivíduos vulnerados, a fim de que possam sair dessa situação de vulneração, o que é feito fornecendo-se a proteção necessária para o desenvolvimento de suas potencialidades". (BARBOZA, Heloisa Helena, op. cit., p. 111)

⁴⁵ KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial:** por um sistema diferenciador, 2015, p. 105.

no âmbito patrimonial e vice-versa. Ademais, observa-se que a vulnerabilidade existencial e a vulnerabilidade patrimonial evocam diferentes tutelas e, por conseguinte, diferentes mecanismos jurídicos. Nesse sentido, com razão assevera, mais uma vez, Konder⁴⁶:

Mais importante, portanto, do que o esforço de construir ou requalificar tipos padrão de vulnerabilidade é criar e sistematizar instrumentos jurídicos próprios e adequados à tutela das situações existenciais, uma vez que a maior parte do instrumental existente foi moldado para as situações patrimoniais.

Em suma, a pessoa com deficiência é vulnerável, é vulnerada, possui vulnerabilidade existencial e pode ou não ter vulnerabilidade patrimonial. Explicando melhor: dado que a pessoa com deficiência é ser humano, logo, é vulnerável; considerando suas limitações, associadas a todas as barreiras sociais, entre elas dificuldades de acessibilidade física, comunicacional, empregabilidade, educação⁴⁷, entre outras, as pessoas com deficiência ainda estão em situações em que a vulnerabilidade é potencializada, por isso, são vulneradas; e, por fim, considerando os obstáculos sociais no que tange à inclusão da pessoa com deficiência, nota-se que a dignidade desses sujeitos é atingida em pelo menos algum de seus substratos – integridade psicofísica, solidariedade, igualdade ou liberdade⁴⁸, configurando, pois, a citada vulnerabilidade existencial. Todavia, a pessoa com deficiência, apesar de ser vulnerável na esfera existencial, pode não o ser na esfera patrimonial, isto é, pode não ocupar uma posição patrimonialmente inferior, quando não houver ameaça de lesão ao seu patrimônio⁴⁹, mormente ao seu mínimo existencial. Não é possível criar uma generalização de que toda pessoa com deficiência tem vulnerabilidade patrimonial.

Feitas essas considerações, passa-se ao exame da concepção de autonomia, outro conceito importante para, posteriormente, avaliar-se a responsabilidade civil das pessoas com deficiência.

5. A construção do conceito de autonomia

A concepção de autonomia remete à possibilidade de o indivíduo poder escrever sua biografia, fazendo escolhas que implicam na construção de sua trajetória.

Trata-se de desempenhar a possibilidade que qualquer indivíduo ("auto" = "eu") detém para fazer suas próprias leis ("nomos" = "lei"). Em outras

⁴⁶ Ibidem, p. 106-107.

⁴⁷ Conforme destaca Madruga: "As pessoas com deficiência são reservadas as taxas de pobreza mais elevadas, piores níveis de saúde e escolaridade e menor participação econômica, em decorrência, principalmente, das barreiras de acesso aos serviços que se entendem básicos: saúde, educação, emprego, transporte e informação". (MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 31)

⁴⁸ Acerca do conceito de dignidade humana, adota-se o conceito apresentado por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual defende que o substrato material da dignidade constitui-se nos seguintes princípios jurídicos: igualdade, integridade física e moral – psicofísica –, liberdade e solidariedade. (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.85-86). Dessa forma, partindo-se da lógica instituída pela Constituição Federal de 1988, a pessoa humana deve estar na centralidade do ordenamento, de modo que a ofensa a um desses referidos corolários representa, por conseguinte, ofensa à cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

⁴⁹ Vale salientar que não se está desconsiderando que são verificadas elevadas taxas de pobreza em relação às pessoas com deficiência, de acordo com Madruga: "Está-se diante de um verdadeiro *círculo vicioso e que deve ser rompido*. A desnutrição infantil, por exemplo, pode ter como consequência uma deficiência, que, por sua vez, se apresenta como obstáculo ao acesso à educação, que gera falta de formação escolar e redonda, mais adiante, em escassez ou falta de emprego. Este último fator causa mais pobreza para a pessoa com deficiência e seus familiares, o que lhes impossibilita o acesso à alimentação, saúde e moradia adequadas, e a partir daí o círculo recomeça...". (MADRUGA, Sidney, op. cit., p. 33)

palavras, a autonomia que se faz referência aqui diz respeito à capacidade que tem um indivíduo de forjar, ele mesmo, sua própria normatividade em função daquilo que ele considera que deve orientar sua vida. Isso significa, portanto, um processo de construção de "consciência". Assim, a autonomia se manifesta na lucidez que pressupõe o ato de criação de uma tal normatividade pessoal.⁵⁰

Isso significa que cada indivíduo tem o direito de se autogovernar, autodeterminar, vivenciando experiências e construindo sua própria história. Assim, percebe-se que, remetendo ao conceito de dignidade humana adotado no presente trabalho⁵¹, o exercício da autonomia associa-se ao corolário da liberdade.⁵² Por outro ângulo, considerado o substrato da solidariedade, associa-se o exercício da autonomia ao contexto social no qual a pessoa se insere. Desse modo, na perspectiva dos modelos da prescindência e médico, que se mostram hoje ultrapassados, por considerarem as pessoas com deficiência fora dos padrões de "normalidade", essas tinham suas vontades substituídas, ou melhor, tinham suprimido o direito de escrever sua história. Nessa senda, as pessoas julgadas capazes, pautadas por seus valores e até vontades, definiam o destino das pessoas com deficiência.

O EPD, inspirado nos valores instituídos pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, rompe com essa lógica, instituindo em seu artigo 1º:

Art. 1º É instituída a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Associado a esse artigo, cita-se o artigo 758 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015): "Art. 758. O curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito." Esses dois dispositivos consagram o que Almeida denomina como "cláusula geral de promoção da autonomia e inclusão da pessoa com deficiência".⁵³ Nesse sentido, por mais que a pessoa tenha deficiência, no caso, mais especificamente intelectual ou psíquica, deve-se primar por sua autonomia, isto é, a possibilidade de desenvolver sua personalidade, realizando-se no âmbito existencial.⁵⁴

5.1. A relação entre os conceitos de vulnerabilidade e de autonomia

É relevante para a problemática que se busca enfrentar, afeta à responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica ou intelectual, a relação entre os conceitos de vulnerabilidade⁵⁵ e de autonomia. Em um primeiro plano, é possível afirmar que a pessoa com deficiência é vulnerada e autônoma. Como bem explica Anjos⁵⁶:

⁵⁰ MELKEVIK, Bjarne, op. cit., p. 647.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, 2003, p. 85-86.

⁵² A corroborar o exposto, "Pode-se entender, também que, como exercício da liberdade e da responsabilidade, a autonomia constitui formalmente uma expressão de máxima grandeza e de dignidade humana e se manifesta na capacidade de os seres humanos poderem fazer escolhas racionais." (ANJOS, Márcio Fabri de. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, vol. 2. Número 2, 2006, p. 178)

⁵³ ALMEIDA, Vitor, op. cit., p. 197.

⁵⁴ De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes: "O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier". (MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, 2003, p. 107)

⁵⁵ O termo "vulnerabilidade" não remete apenas ao vulneráveis, mas também aos vulnerados.

⁵⁶ ANJOS, Márcio Fabri de, op. cit., p. 183.

A vulnerabilidade é um conceito necessário para que o próprio conceito de autonomia possa se dar sob a razão crítica. A ocultação da vulnerabilidade tem uma incidência sobre o próprio sujeito que se imagina autônomo. Ao contrário, levando a sério a vulnerabilidade, o sujeito elabora suas decisões tendo em conta os limites e condicionamentos de sua própria liberdade. Isto significa que o reconhecimento da vulnerabilidade tem uma função metodológica no próprio estabelecimento da autonomia. Quando, por exemplo, se pesquisa sobre procedimentos profissionais com doentes mentais e em centros de terapia intensiva, é preciso considerar não apenas a vulnerabilidade dos doentes, mas, também, a dos próprios profissionais ali atuantes.

Com isso, reconhecer a própria vulnerabilidade, ou melhor, a vulneração é importante para a promoção da autonomia, uma vez que, ao considerar e ter considerada sua situação fática, o indivíduo sente-se circunstanciado para tomar suas próprias decisões. Isso não representa, de maneira alguma, um conformismo com o contexto contingencial de vulneração. Na verdade, (re)conhecer sua própria condição é a chave para se alterar a realidade. Nessa esteira, quando a pessoa com deficiência tem ciência de seu estado de vulneração no que tange, por exemplo, à falta de inclusão nos ambientes laborais ou à falta de acessibilidade física e comunicacional, surge a possibilidade de, apoiada no aparato normativo – como o EPD –, ter voz ativa não só para transformar sua própria história, mas também para alterar positivamente o cenário atual, que ainda é de exclusão e marginalização.⁵⁷

Em sentido diverso, sob o argumento protetivo, ou melhor, paternalista, ser vulnerável e vulnerado não significa propriamente uma restrição da autonomia da pessoa com deficiência, pois essa perspectiva apenas projeta valores pessoais sobre o conceito do que é "bom", "melhor"⁵⁸ para a pessoa com deficiência, sem escutá-la:

Mesmo escolhas tidas como erradas ou repugnantes aos olhos da maioria são, na verdade, cruciais na afirmação da autonomia pessoal uma vez que apenas por tentativa e erro agentes morais podem encontrar os valores que realmente constituem suas concepções de boa vida. Desse modo, o respeito pela liberdade individual é condição necessária para que as pessoas humanas possam realizar e promover abertamente seus valores e suas crenças sem medo de serem corrigidas.⁵⁹

A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi fruto de um trabalho

⁵⁷ Assim, faz-se crucial apostar na capacidade de as pessoas com deficiência, com o devido sistema de apoios, desenvolverem-se, desconstruindo a lógica estigmatizante que permeia essa temática. Portanto, alude-se: "Poderíamos relatar outros tantos casos de pessoas que conviveram com o prognóstico de deficiência mental, mas que frente a diferentes circunstâncias de vida construíram outro caminho de desenvolvimento. Pessoas que não caíram nas armadilhas sociais e não aceitaram o estigma de 'deficiente', mas, ao contrário, buscaram desenvolver-se a partir de interações estabelecidas em seus grupos e também a partir das condições materiais de vida". (SÁ, Maria Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de Síndrome de Down. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282)

⁵⁸ A respeito do tema recorre-se a Freire de Sá e Barbosa: "Autonomia significa autogoverno. Significa que quem a detém pode decidir sobre a própria vida no contexto, inclusive, de sua integridade psicofísica e das suas relações sociais. Quando falamos em autonomia, imediatamente, vislumbramos a tomada de decisões daquilo que seja 'bom' para cada um". (SÁ, Maria Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro, op. cit., p. 290). E mais: "Enfim, há diferentes maneiras de se viver, principalmente hoje, que não há mais um *ethos* comum a definir, para nós, o que é bom." (Ibidem, p. 291)

⁵⁹ ALMEIDA, Vitor, op. cit., p. 148.

internacional conjunto, com plena e ativa participação das próprias pessoas com deficiência. Inclusive, nesse contexto, foi consagrado o lema: "Nada sobre nós, sem nós". Assim, deve-se afastar posturas paternalistas que, ao tentarem proteger as pessoas com deficiência, acabam ceifando o exercício da autonomia. A relação desses conceitos, na verdade, não deve ser de anulação e, sim, de complementação, conforme os ensinamentos de Almeida⁶⁰:

Enquanto que o conceito de vulneração se aplica a determinadas pessoas ou população específicas que, por contingências adversas à própria vontade, não possuem os meios necessários para a superação das barreiras impostas, e que, portanto, são, em regra, ameaçadas e estigmatizadas na sociedade, além de invocar posturas paternalistas que reduzem ou eliminam a autonomia do sujeito vulnerado.

Viver implica riscos, aos quais todos estão sujeitos. Inclusive de errar, falhar ou escolher um caminho diferente faz parte da própria construção do ser humano. Ser vulnerável e vulnerado não é óbice para ser também autônomo. É preciso que as pessoas, mesmo com barreiras sociais, sejam independentes, livres e empoderadas, construindo, pois, seus próprios caminhos.

5.2. A relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade

Para se compreender a relação entre os conceitos de autonomia e de capacidade, mais uma vez recorre-se à atenta observação de Almeida⁶¹:

O exercício da autonomia privada, contudo, apesar de não se confundir com a capacidade civil, a ela se vincula, na medida em que a sujeição do indivíduo ao regime de incapacidade, na forma da lei, restringe à atuação do ser na vida de relações, tolhendo-o da prática de diversos atos civis. A capacidade se relaciona com a autonomia, eis que aquela permite o exercício desta, sem eclipsar as vontades, preferências e desejos das pessoas.

O autor demonstra que os conceitos de capacidade e autonomia se interligam na medida em que a plena capacidade implica o exercício da autonomia sem restrições. Entretanto, evidencia-se também que a concepção de autonomia não se esgota na de capacidade:

Nestes termos, a dissociação entre autonomia e capacidade é relevante para assegurar as vontades e preferências da pessoa considerada legalmente incapaz, mas que apresenta discernimento para determinados atos íntimos e personalíssimos, como disposição do próprio corpo, autolimitação da privacidade, uso da imagem, criação de vínculos familiares, bem como atos patrimoniais que não importem em efetivo prejuízo ao patrimônio do incapaz, mas necessários para sua independência na vivência cotidiana, como compra de alimentos e equipamentos para sua casa ou serviços. Por isso, embora inegavelmente ligadas, a autonomia privada não se esgota no rígido esquema da capacidade civil.⁶²

Destaque-se que, com as mudanças advindas do EPD, a incapacidade não é mais vista em "bloco", isto é, quando se afirma que determinado indivíduo é incapaz, deve-se indagar: incapaz para que ato? Isso significa que, para especificado ato da vida civil, o sujeito precisará

⁶⁰ Ibidem, p. 119.

⁶¹ Ibidem, p. 157.

⁶² Ibidem, p. 159-160.

de um suporte, como por exemplo, o instituto da curatela ou o instituto da tomada de decisão apoiada, em qualquer caso observando-se a medida da necessidade do apoio. Contudo, para outros aspectos, este indivíduo é plenamente capaz. Essa constatação é confirmada pela leitura do já referido artigo 6º do EPD, que enuncia que a deficiência não é óbice para se reconhecer a capacidade plena das pessoas com deficiência. E, mais, como será estudado mais à frente, os artigos 84 e 85 do mesmo diploma legal consagram a curatela como medida excepcional e proporcional, justamente zelando-se pela plena capacidade. Dessa forma, por mais que a pessoa com deficiência seja considerada relativamente (in)capaz (na hipótese do artigo 4º, III, do Código Civil de 2002), ela só é apenas para aquela situação especificada, mantendo sua autonomia para os demais atos da vida nos âmbitos patrimonial e existencial. A rigor, afirma-se que a autonomia é um dos componentes da capacidade, mas não se resume a ela:

Com efeito, pode-se dizer que a autonomia é um dos componentes que preenchem o conteúdo da capacidade, na medida em que a lei considera que a pessoa plenamente capaz atingiu seu ápice de desenvolvimento pessoal e maturidade intelectual para tomar as próprias decisões no campo patrimonial e existencial, como condutor único de sua vida, sendo, por conseguinte, absolutamente autônomo para se autogovernar.⁶³

Outrossim, o conceito de capacidade, na doutrina, sempre foi atrelado à noção de discernimento. Todavia, com o EPD, essa noção foi sendo relativizada, dado que discernimento remete, em geral, aos padrões de "normalidade" instituídos, a depender do contexto social. E, como já visto, a deficiência não se trata de uma questão afeta estritamente ao indivíduo, mas também à forma como a sociedade se estrutura e, por conseguinte, cria barreiras. Assim, considerando-se que o EPD adotou o modelo social, Vitor Almeida⁶⁴ explica que, ao lado do discernimento, deve-se analisar o grau de dependência e a funcionalidade da pessoa para se mensurar sua capacidade.

A respeito do primeiro: "[...] o grau de dependência pode se revelar como um componente seguro para verificar as restrições à plena capacidade de agir, eis que, embora lúcidas e conscientes, tais pessoas têm autonomia restringida em razão de limitações de ordem física".⁶⁵ Quanto à funcionalidade, o autor explica que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em 2001, aprovou o que se denomina de Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF): "A CIF dimensiona os domínios da saúde e aqueles relacionados, contemplando as funções e estruturas do corpo, bem como as atividades e participação do indivíduo, relacionando-os aos fatores ambientais".⁶⁶

A partir do proposto, nota-se, enfim, que a adoção dos critérios do grau de dependência e da funcionalidade se coaduna muito mais com a noção trazida no artigo 2º do EPD, qual seja, a deficiência como algo sobremaneira decorrente do impedimento posto pela sociedade para o desenvolvimento de habilidades e potencialidades da pessoa.

6. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência após a Lei Brasileira de Inclusão

6.1. A dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade e os pressupostos para a responsabilização civil da pessoa com deficiência

O instituto jurídico da responsabilidade civil consubstancia uma relação jurídica entre o

⁶³ Ibidem, p. 163-164.

⁶⁴ Ibidem, p. 179.

⁶⁵ Ibidem, p. 181.

⁶⁶ Ibidem, p. 182.

agente causador do dano e a vítima, fonte da obrigação de indenizar. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷: "[...] a responsabilidade civil consiste em reparar, por meio de uma indenização pecuniária, o dano causado aos indivíduos". E, para que haja a configuração dessa obrigação de indenizar, deve-se observar alguns pressupostos gerais, a saber: o fato antijurídico, o nexo de imputação, o dano, e, por fim, o nexo de causalidade. O fato antijurídico correlaciona-se à lesão a um direito alheio. O nexo de imputação, por sua vez, indica a necessidade de o fato antijurídico ser imputado a alguém. Deve ainda haver um dano, decorrente da lesão a direito alheio e, por fim, o nexo de causalidade, liame entre o fato antijurídico e o dano.

A princípio, destaca-se que o conceito de imputabilidade que se adota, como reunião de aptidões e condições para ser imputável, é um conceito normativo, ou seja, deve-se recorrer a uma dada norma para entendê-lo, e as variadas normas de imputação, conforme seu âmbito de aplicação, estabelecem os requisitos que devem ser preenchidos para, em cada caso concreto, um sujeito poder ser considerado imputável.

Partindo dessa concepção, antes mesmo da vigência do EPD, o ordenamento brasileiro já havia rompido com a tradicional indissociabilidade entre imputabilidade e culpabilidade. Explica-se: a culpabilidade é um requisito da imputabilidade nos casos de ato ilícito – seja este subjetivo (artigo 186, do CC/2002) ou objetivo/abusivo (artigo 187, do CC/2002) –, mas não necessariamente o é, tendo em vista, sobretudo, as hipóteses de imputação objetiva de responsabilidade, ou seja, independentemente de culpa. Rompera, também, com a indissociabilidade entre imputabilidade e capacidade, na medida em que o Código Civil de 2002 passou a prever, no artigo 928, a responsabilidade civil dos sujeitos incapazes, absoluta ou relativamente, ainda que de forma subsidiária em relação aos seus responsáveis legais (conforme artigo 932, I e II) e equitativa (conforme artigo 928, parágrafo único). Enfim, há quem sustente, como se verá adiante, que se teria rompido igualmente com a indissociabilidade entre culpabilidade e capacidade, admitindo-se que até mesmo um sujeito incapaz e desprovido de discernimento possa ser imputável por um dano decorrente da prática de um ato ilícito culposo.

Neste último particular, o dissenso doutrinário se estabelece em torno da discussão acerca da natureza da responsabilidade civil, se subjetiva ou objetiva, a partir de três correntes. Na linha de pensamento de Marcelo Junqueira Calixto⁶⁸, a responsabilidade civil do incapaz seria objetiva, partindo do argumento de que não se poderia imputar um erro de conduta à pessoa desprovida de maturidade ou sanidade, ou seja, de condições de discernimento. A imputabilidade estaria aí atrelada à culpabilidade e à capacidade. Diversamente, Caitlin Mulholland⁶⁹ defende que a responsabilidade do incapaz é subjetiva, fundada, assim como a responsabilidade subjetiva das pessoas capazes, no ato ilícito por culpa objetiva, conferindo menor relevância aos aspectos psicológicos dos sujeitos e ao discernimento. Com efeito, cabe reconhecer a transformação paulatina por que passou o conceito de culpa, bem como os seus parâmetros de aferição, migrando de uma acepção subjetiva, psicológica, essencialmente voltada ao estado anímico do autor do dano, para uma acepção objetiva, muitas vezes normativa, compreendida como um erro de conduta devido à não observância de certos padrões de comportamento, standards cada vez mais concretos, fragmentados e especializados, tal como

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atualizador). **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 13.

⁶⁸ CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 49-55.

⁶⁹ MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 645-648.

elucida Anderson Schreiber⁷⁰:

Prendendo-se a uma elevada generalização, tanto o *bonus pater familias* quanto o *reasonable man* tornam-se inúteis à avaliação das situações concretas em sua rica multiplicidade. A definição de um padrão único de diligência e razoabilidade parece, de todo, incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas. Daí fomentar-se, por toda a parte, um fenômeno que se poderia designar como fragmentação do modelo de conduta, ou seja, a utilização de parâmetros de comportamento específicos e diferenciados para as mais diversas situações.

Essa renovada concepção de culpa, pautada por padrões objetivos de conduta que são esperados de qualquer pessoa em cada situação, a depender do contexto em que se encontra, das exigências normativas existentes (v.g. o motorista não respeitar o sinal vermelho, conforme Código de Trânsito, o que caracterizaria uma culpa objetiva normativa), da profissão ou atividade que se exerce (v.g. o médico não observar um protocolo recomendado pela ciência médica), entre vários outros fatores sempre apreciáveis em concreto, conduz a uma paulatina relegação do discernimento, enquanto "capacidade de reconhecimento da ilicitude de seu ato", a segundo plano, assumindo maior relevância a prática de conduta antijurídica, lesiva de direitos de terceiros, portanto contrária ao Direito. Noutros termos, a tradicional noção de imputabilidade integrada pela condição de discernir entre o que seja um comportamento adequado ou inadequado, que pressupõe, sem dúvida, maturidade e sanidade para que se possa responsabilizar alguém pela prática de uma conduta voluntária, ação ou omissão, culposa ou dolosa (elementos subjetivos do ato ilícito), parece perder relevância e deixa de ser imprescindível, ao passo que a lesão sofrida (violação de direito) ganha maior ênfase, a configurar a antijuridicidade (elemento objetivo do ato ilícito), neste caso em decorrência de um erro de conduta objetivamente apreciável.

Tal somente se justifica a partir da compreensão da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil, das diversas concepções de justiça que o informaram em cada época e de seus fundamentos ético-jurídicos, atualmente pautados pelos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, de estatura constitucional, a deslocar o eixo do instituto para a tutela preferencial da vítima lesada em detrimento da tutela do autor do dano.⁷¹ É justamente essa mudança de eixo, à luz da legalidade constitucional, que autoriza a responsabilização dos sujeitos capazes ou incapazes, qualquer que seja a causa de incapacidade, e, por conseguinte, das pessoas com deficiência, capazes ou com capacidade restringida. Não há, pois, justificativa para se questionar sobre a possibilidade jurídica de responsabilização civil de sujeitos incapazes e, muito menos, de pessoas com deficiência, inclusive psíquica ou intelectual, pelos danos que causarem a terceiros.

É nessa linha que uma terceira corrente, representada por Netto, Farias e Rosenvald⁷²,

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil:** Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2015, p. 41.

⁷¹ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, p. 109-133, 2004.

⁷² NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 619. Diversamente da segunda corrente anteriormente exposta, os autores entendem, no tocante ao artigo 928, que "os menores não cometem ilícitos civis, em virtude de sua inimputabilidade. Podem, contudo, à luz da ordem jurídica vigente, ser civilmente responsáveis por determinados danos. Cabe sempre lembrar que ilicitude civil não se confunde com responsabilidade civil. A incapacidade civil produzirá duas ordens de efeito: (a) atrairá a responsabilidade objetiva dos pais, tutores ou curadores (CC, art. 932, I e II); (b) evidenciará sua própria responsabilidade patrimonial, porém subsidiária e mitigada (CC, art. 928, parágrafo único)". E, mais adiante, explicitam a justificativa para referida norma: "A solução adotada pelo Código Civil evidencia uma tendência contemporânea, perceptível em vários sistemas

sustenta que a responsabilidade, no caso do incapaz, seria simplesmente uma espécie de responsabilidade patrimonial, porém subsidiária e mitigada.

Contudo, independentemente da discussão sobre a natureza da responsabilidade do incapaz e da pessoa com deficiência, verifica-se que o impacto da Lei Brasileira de Inclusão no regime da responsabilidade civil das pessoas com deficiência deu-se justamente no sentido de poderem (e deverem) ser responsabilizadas, em regra, tal como pessoas capazes, sendo imputáveis, ao nosso ver, subjetivamente (pelo ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil, com base na culpa objetiva) ou objetivamente, isto é, independentemente de culpa (pelo ato ilícito abusivo previsto no artigo 187 ou conforme norma de imputação aplicável à hipótese danosa - por exemplo, no caso de exercício de atividade de risco conforme parágrafo único do artigo 927). Assim, a vulnerabilidade das pessoas com deficiência não as torna imunes à obrigação de reparar os danos que causarem, pois sua capacidade – presumida – permite que assumam diretamente tal obrigação. Aliás, sob a ótica da autonomia, considera-se a imposição de obrigações à pessoa com deficiência uma medida emancipatória.

Evidentemente, tratando-se de pessoas consideradas relativamente incapazes ou com capacidade restringida (já que não poderão mais ser consideradas absolutamente incapazes), poderão se valer da responsabilidade subsidiária em relação aos seus genitores ou tutores (quando menores) ou aos seus curadores (quando maiores), de conformidade com os artigos 932, I e II, e 928 do Código Civil.

Indo mais além: já não podendo ser considerada absolutamente incapaz e não tendo sido declarada incapaz (relativamente), ainda que a pessoa não tenha, concretamente, pleno discernimento para reconhecer a ilicitude de seu ato, não poderá ser considerada inimputável e deixar de ser responsabilizada.

Se assim é, cabe indagar, por outro lado, se a vulnerabilidade da pessoa com deficiência, que é justamente o que justifica a tutela protetiva determinada pela Lei Brasileira de Inclusão, também lhe justificaria um tratamento mais benéfico, similar ao das pessoas incapazes, para aplicação da indenização equitativa conforme previsto no parágrafo único do artigo 928 do Código Civil, do seguinte teor:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

É, pois, a medida da indenização que se apresenta como o problema central deste trabalho, a ser enfrentado no próximo tópico. A indagação interessa mais à situação das pessoas maiores de dezoito anos, porque, no caso das pessoas menores, relativamente incapazes em razão da idade, aplica-se, sem maiores discussões, a responsabilidade indireta e objetiva dos pais ou tutores (artigos 932, I e II, e 933 do Código Civil), sendo que o menor responde apenas de forma subsidiária e equitativa (artigo 928 do Código Civil).

6.2. O problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial da pessoa com deficiência à luz do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Sobre a responsabilidade civil das pessoas com deficiência maiores e não curateladas,

jurídicos: não deixar a vítima sem indenização – ainda que, para isso, tenha-se que atingir o patrimônio de um incapaz. A solução legislativa merece aplausos".

Caitlin Mulholland⁷³ observa:

(...) considerando que, apesar de capaz, a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual é vulnerável, conforme afirmado em item acima, sustenta-se a possibilidade de atribuir-lhe diretamente a obrigação de indenizar por fato próprio (artigo 927, do Código Civil), sendo a quantificação do dano ponderada de forma equitativa (parágrafo único, do artigo 928, do Código Civil), com fins de permitir a plena proteção da dignidade da pessoa com deficiência. Considerar o deficiente psíquico ou intelectual como vulnerável é medida que não diminui a sua capacidade, mas promove a teleologia do Estatuto da Pessoa com Deficiência, qual seja, a de proteção de sua dignidade social e da igualdade substancial, tônica da nova legislação.

Em termos gerais, a citada autora sustenta que, a princípio, a pessoa com deficiência, maior e capaz, responderia diretamente pela obrigação de indenizar, nos termos do artigo 927, caput, do Código Civil de 2002; porém, adotando-se o paradigma da vulnerabilidade, poderia se valer do parágrafo único do artigo 928 do mesmo Código, o qual prevê a indenização equitativa, de modo a não "privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem". Diante disso, é preciso primeiro responder: toda pessoa com deficiência deve ser considerada vulnerável para efeito de responsabilização civil?

Primeiramente, de acordo com Netto, Farias e Rosenvald⁷⁴, "Quando o dano ocorre seja, moral, material ou estético –, busca-se compensar, ainda que parcialmente, o equilíbrio perdido. A responsabilidade civil centra-se na obrigação de indenizar um dano injustamente causado". Assim, por mais que não seja possível, em certas situações, indenizar, isto é, voltar ao status quo, tornar aquela situação sem dano, principalmente quando este ocorre na esfera extrapatriomial, a responsabilidade civil é um instituto de base patrimonial, reequilibrador, que visa à reparação ou à compensação.

Nota-se que ser considerado autônomo, isto é, apto a se autogovernar, a trilhar seu próprio caminho, é também ser responsável por seus próprios atos. A responsabilidade reafirma e reforça a liberdade. Não guarda com esta uma relação de contraposição. Adotando-se, pois, o entendimento de Vitor Almeida, que explica a relação intrínseca entre capacidade e autonomia, sendo que aquela reverbera no exercício desta, percebe-se que, no âmbito da responsabilidade civil, o conceito pressuposto para a imputação do fato antijurídico é a autonomia. E mais, considerando que a autonomia não se esgota na concepção de capacidade, afirma-se que, mesmo que o sujeito seja incapacitado para determinado ato da vida civil, continua autônomo, e, por conseguinte, diretamente responsável por sua autodeterminação e pelas consequências, positivas ou negativas, de todos os demais atos.

Dessa maneira, reitera-se, mais uma vez, que a pessoa com deficiência é vulnerável, vulnerada, possui vulnerabilidade existencial, mas é autônoma, podendo ou não apresentar vulnerabilidade patrimonial. O que se deve considerar é que essas noções evocam mecanismos jurídicos de tutela distintos. A constatação de que a pessoa com deficiência é vulnerável, vulnerada e possui vulnerabilidade existencial exige uma tutela específica, tal como o EPD, que busca colocar tais pessoas em condições mais favoráveis para o desenvolvimento de sua personalidade. Essa tutela específica traz consigo um sistema de apoios robusto, por meio de uma curatela moldada à situação concreta, do instituto da tomada de decisão apoiada, do direito a recursos de tecnologia assistiva, do conceito de desenho universal, de um sistema de educação inclusivo, entre outros mecanismos que permitem não só a integração das pessoas com deficiência, mas sua efetiva inclusão social, com participação e voz ativas. "Dessa forma, os

⁷³ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 656.

⁷⁴ NETTO, Felipe Braga; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVOLD, Nelson, op. cit., p. 601.

institutos jurídicos de apoio devem ser reconstruídos para a promoção do exercício da capacidade das pessoas com deficiência, de acordo e proporcionais às suas necessidades a partir de formas apropriadas de suporte".⁷⁵

Por outro lado, a premissa de que a pessoa com deficiência é autônoma impacta diretamente no instituto da responsabilidade civil, uma vez que poderá, por isso, ser responsabilizada por seus atos. Todos estão sujeitos aos riscos de suas condutas, inclusive as pessoas com deficiência. E isso abrange possíveis responsabilidades e sanções. Para que se promova a dignidade humana, é fundamental a proteção da liberdade e, por conseguinte, da autonomia. A responsabilização civil das pessoas com deficiência, como de quaisquer outras pessoas, sejam elas capazes, incapazes ou com capacidade restringida, ainda que a sanção se valha, nos dois últimos casos, da regra da responsabilidade subsidiária do artigo 928 do Código Civil, é medida que corrobora essa autonomia.

Buscando-se ainda responder à pergunta formulada, quanto a serem ou não todas as pessoas com deficiência indistintamente vulneráveis para efeito de responsabilização civil, é interessante mencionar, novamente, o entendimento de Caitlin Mulholland, destacando a proteção especialmente para a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual:

(...) responsabilizar a pessoa com deficiência psíquica ou intelectual nos mesmos moldes que se atribui a responsabilidade civil a pessoas que não se encontravam nesta mesma situação concreta, seria aplicar de forma equivocada o princípio da igualdade. Isto porque, apesar de atribuição de capacidade civil aos deficientes psíquicos ou intelectuais de forma abstrata, isto é, ampla e genericamente, em concreto, às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual falta, em não raras ocasiões, uma plena consciência dos efeitos que seus atos possam causar aos direitos de terceiros – reconhecimento e previsibilidade da conduta danosa. A consideração deste ‘minus’, por sua vez, caracteriza uma específica vulnerabilidade, de natureza existencial. A diferença de desenvolvimento psíquico ou intelectual justificaria uma tutela diferenciada no que diz respeito à obrigação de indenizar que, em último sentido, é calcada na ideia de plena autonomia.⁷⁶

Este ponto coloca em evidência o diálogo entre a vulnerabilidade e a igualdade, eis que “a vulnerabilidade como categoria jurídica insere-se em um grupo mais amplo de mecanismos de intervenção reequilibradora do ordenamento, com o objetivo de, para além da igualdade formal, realizar efetivamente uma igualdade substancial”.⁷⁷ Também referindo-se ao conteúdo da igualdade substancial, Maria Celina Bodin de Moraes⁷⁸ reforça a imprescindibilidade de se assegurar condições de igualdade e respeito à diferença, ou seja, “igual dignidade social”.

Por tudo isso, é fundamental ter em mente que as pessoas com deficiência não constituem uma coletividade homogênea, que possa ser tratada abstratamente, sem distinção das condições pessoais específicas de cada envolvido e dos fatores de vulneração que colocam em risco, sobretudo, os respectivos interesses existenciais. Trata-se de uma realidade complexa, com demandas múltiplas e variadas, que precisam ser bem aferidas e delineadas para que não se incorra, pelo fato de haver uma deficiência em jogo, no equívoco de se conceder uma tutela protetiva injustificada, sob pena de contraditoriamente se prejudicar a autonomia que, em última análise, é a razão de ser da própria tutela.

Pelo exposto, torna-se então necessário responder a uma segunda pergunta: sendo, em

⁷⁵ ALMEIDA, Vitor, op. cit., p. 200.

⁷⁶ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 651.

⁷⁷ KONDER, Carlos Nelson. **Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial:** por um sistema diferenciador, 2015, p. 102.

⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 88.

concreto, aferida a vulnerabilidade patrimonial da pessoa com deficiência, com risco de prejuízo também ao seu mínimo existencial, seria aplicável o parágrafo único do artigo 928, que estabelece a indenização equitativa em favor do incapaz?

Entendendo positivamente, Nelson Rosenvald defende a aplicação extensiva da norma protetiva:

(...) defende-se uma casuística extensão do parágrafo único do artigo 928 do Código Civil à pessoa com deficiência, como norma de abertura para um arbitramento equitativo de danos patrimoniais e morais, sempre que se desincumbam do ônus probatório de demonstrar que, apesar de não submetido à curatela, estava privado de integral consciência sobre as consequências danosas de seu comportamento antijurídico. Para além de uma vulnerabilidade "abstrata", cabe ao réu do processo indenizatório demonstrar pelas circunstâncias do fato o seu desnível concreto em termos de compreensão do caráter da conduta danosa, o que servirá como guia para o magistrado proporcionar a condenação, preservando um acervo patrimonial que se funcionalize como mínimo existencial do autor do ilícito, instrumental para a sobrevivência digna de uma pessoa concretamente vulnerável.⁷⁹

Também Caitlin Mulholland, com base no parágrafo único do artigo 928, afirma:

Ainda que o artigo 944, do Código Civil estabeleça o princípio da reparação integral, considera-se que o deficiente psíquico ou intelectual plenamente capaz pode ter a obrigação de indenizar equitativamente reduzida, fundamentando-se na sua característica de vulnerabilidade.⁸⁰

Igualmente, ao tratar do sentido e alcance da indenização equitativa prevista no artigo 928, parágrafo único, assevera Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho:

Aliás, tal conclusão é corroborada pela interpretação extensiva a ser conferida ao parágrafo único do art. 928, cuja redação, embora limitada ao caso do incapaz causador do dano, deve ser lida de forma a abranger também as demais hipóteses de responsabilidade civil. Assim, não se pode "privar do necessário" – em interpretação conjunta com o parágrafo único do art. 944 – o agente causador do dano que atuou com culpa leve ou levíssima, nem, por outro lado, acrescenta-se aqui, a vítima. Diz-se, em doutrina, que o parágrafo único do art. 928 tem "vocação de expansão", pois contempla regra ligada à garantia do mínimo existencial do ser humano.⁸¹

Ao nosso ver, no entanto, a norma a ser aplicada para fundamentar a indenização equitativa não deve ser a do artigo 928, parágrafo único, nem mesmo por interpretação/aplicação extensiva. Isso porque a referida norma leva em conta a vulnerabilidade específica e agravada das pessoas incapazes para lhes atribuir um regime mais benéfico do que aos sujeitos capazes, que, por seu turno, também dispõem de previsão de indenização equitativa em seu favor, para proteção de seu mínimo existencial, porém com base em requisitos diversos e mais rígidos. Com efeito, tratando-se de pessoa capaz, ainda que possa apresentar alguma

⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, 2019B, p. 6.

⁸⁰ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 651.

⁸¹ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Edson. **O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 784.

espécie de vulnerabilidade em concreto, em razão de fatores os mais diversos, seja pessoa com deficiência ou sem deficiência, é compreensível que a tutela protetiva apresente critérios de aplicação mais rigorosos. Estabelece o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil, excepcionando a regra do caput:

944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Sabe-se que o caput consagra o basilar princípio da reparação integral, que "significa que a indenização deve cobrir os danos em toda a sua amplitude. Ou, por outras palavras, a reparação deve alcançar todo o dano. Precisa ser integral, pois".⁸² Referido parágrafo único, inclusive atentando-se para a técnica legislativa adotada, denota uma exceção à regra. Isto é, a regra é que a reparação seja integral. Contudo, se verificada excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir o quantum debeatur de maneira equitativa. Nesse sentido, observa ainda Monteiro Filho⁸³:

Portanto, quando o parágrafo alude à redução equitativa da indenização em razão do grau de culpa do ofensor parece evidente que se trata de norma de *natureza excepcional*. Porque o intérprete partirá do valor que contemple toda a extensão do dano e, aplicando o parágrafo, o reduzirá por equidade, tornando a indenização, por força das circunstâncias, apenas parcial. A correlação entre o caput e o parágrafo traduz-se, juridicamente, pelo raciocínio regra-exceção. Seja por virtude do exame da força axiológica, seja pela análise da estrutura interna da norma, chega-se à idêntica constatação: a relação é de exceção para com a regra do caput do dispositivo [...]

Na esteira do entendimento do citado autor, importa considerar, ainda, a atecnia presente no mencionado parágrafo no uso da expressão "gravidade da culpa". O caput do referido artigo em nenhum momento elenca a gravidade da culpa como fator que deva influir na quantificação do dano. Dessa forma, no lugar da supracitada expressão, entende-se que: "O grau de culpa não define, per se, a extensão do dano. Por isso, via de regra toma lugar alguma desproporção entre conduta e resultado".⁸⁴ Neste ponto, desloca-se a atenção mais para a desproporção entre a conduta (ordinária) do ofensor e um dano de grande dimensão para a vítima, podendo também acarretar para o autor do dano uma vulnerabilidade patrimonial que comprometa o seu mínimo existencial, que vai depender da situação de cada pessoa.

Quando se avalia a ratio do parágrafo único do art. 944, aduz-se que este foi construído tendo como fundamento o argumento de garantia do patrimônio mínimo do agente causador do dano, uma vez verificada a citada desproporção entre sua conduta e o dano produzido:

Na particular hipótese do parágrafo único do art. 944, o objetivo era o de se evitar, por meio do recurso à equidade, a desgraça do responsável que, por *inxorável descuido momentâneo*, produz *enorme* danos à vítima. Servindo como um temperamento, ou contrapeso, à aplicação asséptica da letra fria do *caput*, que, sob certas condições, redundasse em uma inversão de papéis: uma vítima – a que efetivamente sofreu o prejuízo – seria trocada por outra – o ofensor, arruinado economicamente.⁸⁵

⁸² Ibidem, p. 765.

⁸³ Ibidem, p. 765.

⁸⁴ Ibidem, p. 771.

⁸⁵ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 778.

Também Carlos Nelson Konder⁸⁶ pondera a importância de serem observados os dois critérios para aplicação da norma: desproporção entre a culpa (ao nosso ver, simplesmente a conduta, como sobredito) e o dano e, cumulativamente, quando a reparação integral puder prejudicar o mínimo existencial⁸⁷ necessário para garantir a sobrevivência digna do ofensor, ou seja, apenas em situações excepcionais⁸⁸, justamente atentando para a incidência do princípio da reparação integral. Neste sentido, reportando-nos ainda à solução proposta por Carlos Nelson Konder⁸⁹, o princípio da reparação integral, de índole constitucional, somente poderá ser afastado por outro princípio constitucional que deva prevalecer diante das circunstâncias específicas do caso concreto, a exemplo dos "princípios que, de maneira geral, impõem a tutela do chamado mínimo existencial (dignidade humana, solidariedade social...), isto é, quando a imposição do dever de indenizar ameaçar privar o ofensor daquela ‘esfera patrimonial mínima, mensurada pela dignidade humana à luz do atendimento de necessidades básicas ou essenciais’"⁹⁰.

Em outras palavras, a equidade também pode desempenhar uma função quantificadora⁹¹ do valor reparatório, servindo, por conseguinte, também como critério de atribuição de proporcionalidade⁹² à indenização, justamente (e excepcionalmente) para assegurar ao ofensor o seu mínimo existencial.

⁸⁶ KONDER, Carlos Nelson, in *A Redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil*. In **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 29, jan/mar 2007, p. 3-34.

⁸⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3.

⁸⁸ Sobre o restrito âmbito de aplicação do dispositivo em exame, observa Gustavo TEPEDINO et al., in **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**, cit., p. 860: "(...) a concepção que inspirou o preceito é a de que a convivência social traz consigo determinados riscos de dano, para os quais a situação da vítima muitas vezes contribui, de modo que não é absurdo admitir que, excepcionalmente, o ônus de prejuízos causados por culpa leve do ofensor seja, em parte, deixado ao encargo da própria vítima. O dispositivo, contudo, deve ser visto com cautela e interpretado em estrita conformidade com sua inspiração, sendo recomendável restringir-se sua aplicação àqueles casos em que a própria situação da vítima gera um risco de dano superior ao risco médio que vem embutido no risco social. Assim, pense-se na hipótese do condutor de um veículo popular que, por leve descuido, abalroa um carro de luxo, cujo conserto tem custo excessivamente superior ao que teria em se tratando de um veículo médio. Não se trata de compensar desníveis econômicos, mas tão-somente de reduzir eqüitativamente o valor da indenização para que a excessiva desproporção entre a culpa do agente e a extensão do dano seja dividida, à luz do princípio constitucional da solidariedade, entre o autor do prejuízo e aquele que, embora sendo sua vítima, contribui com a majoração do risco médio do convívio social".

⁸⁹ KONDER, Carlos Nelson. **A Redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa:** apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil, 2007, p. 3-34. Entende o autor, em observância aos limites do dispositivo, ser necessária a avaliação da desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, nos seguintes termos: "Neste contexto, duas advertências devem guiar o intérprete que pretenda fazer uso do dispositivo. Primeiro, a importância de respeitar os limites que estão contidos no próprio dispositivo: somente se autoriza a redução, jamais a majoração (ela não franqueia a imposição de caráter punitivo), e somente se reduzirá a indenização em situações excepcionais, quando a desproporção entre a gravidade da culpa e do dano for excessiva. Segundo, além de respeitar estes limites, para fazer uso do dispositivo o intérprete deve estar amparado pela aplicação de um princípio constitucional que justifique excepcionar a aplicação do princípio da reparação integral do dano em virtude das circunstâncias especiais que cercam aquele caso concreto, tal como a tutela do patrimônio mínimo necessário à subsistência digna do causador do dano".

⁹⁰ Ibidem, p. 33.

⁹¹ Com efeito, no campo da responsabilidade civil, além do disposto no artigo 944, o parágrafo único do artigo 953 dispõe que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, de conformidade com as circunstâncias do caso. No mesmo sentido, o art. 954 recomenda um juízo de equidade no caso de indenização por ofensa à liberdade pessoal, se a vítima não puder provar o prejuízo, e o artigo 928 determina a fixação por equidade da indenização devida pelo incapaz pelos danos que causar.

⁹² MARTINS-COSTA, Judith, BRANCO, Gerson Luiz Carlos, **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 128, comentando o citado parágrafo do artigo 944, afirma: "trata-se aí da concreção, no campo da responsabilidade civil, do princípio da proporcionalidade que domina o ordenamento jurídico em sua integralidade, apresentando-se mais propriamente como *dever de proporcionalidade*" [grifo da autora].

Destarte, percebe-se que o parágrafo único do artigo 944 do Código Civil se coaduna com a diretriz do parágrafo único do artigo 928 do mesmo diploma, ou seja, a necessidade de se observar o limite humanitário na quantificação da indenização, garantindo-se o mínimo existencial, sendo que a diferenciação consiste no fato de, no parágrafo único do artigo 944, ter que se observar o requisito da excessiva desproporção entre a conduta e o dano.

Sendo assim, o "mínimo" será dosado na medida da vulnerabilidade existencial da pessoa e dos suportes de que necessite devido à sua deficiência. É nesse ponto que se estabelecerá a tutela protetiva da pessoa capaz, mas com deficiência, observando sempre a análise de suas especificidades. A garantia constitucional de um mínimo existencial faz parte da garantia também de uma vida digna. Há que se destacar, nesse sentido, que, independentemente de a pessoa ter deficiência ou não, essa proteção deve ser observada em favor de todos. Porém, em uma situação concreta, pode ser que a pessoa com deficiência tenha maiores gastos, por exemplo, com médicos, acompanhantes, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, equipamentos de mobilidade e acessibilidade comunicacional, entre outros, especificidades estas que deverão ser consideradas pelo magistrado no juízo de equidade a fim de tutelar o mínimo existencial em cada caso.

Essa solução interpretativa que ora se propõe não se aplica apenas às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual.⁹³ Aplica-se indistintamente a qualquer pessoa, observadas as condições de aplicação da norma constante do parágrafo único do artigo 944, tenha ou não deficiência, e deficiência de qualquer natureza. Não vislumbramos razões para distinguir as pessoas em função das deficiências que venham a apresentar, mas, sim, em razão do grau de vulnerabilidade que em concreto venha a justificar uma tutela mais ou menos protetiva. Não vislumbramos, tampouco, justificativa para se aplicar às pessoas com deficiência, capazes, o parágrafo único do artigo 928, ainda mais de forma restrita à pessoa com deficiência psíquica ou intelectual. Tal seria equipará-las aos incapazes, na contramão do movimento emancipatório que o EPD busca concretizar, para conferir-lhes um tratamento ainda mais protetivo do que o já deferido às demais pessoas capazes, para as quais também há proteção de seu mínimo existencial. Sobretudo em se tratando do instituto da responsabilidade civil, que precipuamente deve zelar pelas vítimas e por sua integral reparação, e considerando a prática de ato antijurídico, ainda que por uma pessoa com deficiência, a possibilidade mais restrita de redução equitativa da indenização nos termos do parágrafo único do artigo 944, porque sujeita a requisitos mais rígidos, parece ser a resposta que melhor corrobora a tutela da autonomia da pessoa com deficiência, pois reafirma sua responsabilidade, liberdade e capacidade, sem descuidar de sua vulnerabilidade.

Resta, ainda, responder, nas situações em que a pessoa com deficiência apresentar restrição de capacidade, ou seja, quando, "por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade", de conformidade com o artigo 4º, III, do Código Civil, se poderá ocorrer o reconhecimento judicial de sua incapacidade relativa, independentemente de curatela e incidentalmente no âmbito da própria ação de indenização, especificamente para autorizar a aplicação do artigo 928 do Código Civil e, por conseguinte, a responsabilidade subsidiária e equitativa. Entende-se que a resposta deve ser positiva, mas, evidentemente, sem qualquer efeito de constituição de curatela, pois tal deve se dar em procedimento próprio, nos termos do artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015. Também nesse sentido entende Caitlin Mulholland, destacando o ônus da prova a cargo da pessoa com deficiência.⁹⁴

⁹³ Diversamente do entendimento de Nelson Rosenvald e Caitlin Mulholland, mencionados anteriormente, ao sustentarem a aplicação do parágrafo único do artigo 928 do Código Civil.

⁹⁴ MULHOLLAND, Caitlin, op. cit., p. 657. A autora afirma que "a prova de que o deficiente não pode manifestar a sua vontade – e por esse motivo será considerado relativamente incapaz – deverá ser realizada pela pessoa com deficiência, ré da ação indenizatória, como forma de permitir a atração da regra do artigo 928, do Código Civil, a

Em tal circunstância, entende-se, enfim, que o reconhecimento judicial da incapacidade relativa poderá ocorrer de ofício (independente de provocação do interessado) no âmbito da própria ação de indenização, no caso de pessoa com deficiência não curatelada, especificamente para autorizar a aplicação do artigo 928 do Código Civil e, por conseguinte, a responsabilidade equitativa em favor da pessoa com deficiência causadora do dano. Em razão da vulnerabilidade da pessoa com deficiência, reconhecida pela Lei Brasileira de Inclusão, o juiz pode e deve levantar a questão diante de indícios fundados, oficiando o Ministério Público para atuar como fiscal da ordem jurídica – como ocorre nos termos do artigo 752, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 – e determinando a produção de provas da impossibilidade de a pessoa, por causa transitória ou permanente, exprimir sua vontade.

7. Considerações finais

O presente trabalho voltou-se à análise da responsabilidade civil das pessoas com deficiência a partir das alterações advindas da Lei Brasileira de Inclusão, principalmente no tocante ao regime das (in)capacidades. Demonstrou-se o impacto, no campo da reparação de danos, do rompimento, na perspectiva do modelo social e inclusivo, com a lógica paternalista e assistencialista no tratamento da pessoa com deficiência, propondo-se solução jurídica condizente com o reconhecimento de sua capacidade, que passou a ser presumida, e de sua autonomia e autodeterminação.

Aprofundou-se a compreensão do conceito de vulnerabilidade, concluindo-se que a pessoa com deficiência é vulnerável, vulnerada, possui vulnerabilidade existencial e pode ou não ter vulnerabilidade patrimonial, sendo esta última, associada à tutela do mínimo existencial, o que vai repercutir mais diretamente na fixação da indenização a ser suportada.

Realizou-se, ainda, uma incursão nas relações entre os conceitos de autonomia e vulnerabilidade e de autonomia e capacidade, compreendendo-se que a plena capacidade implica o exercício da autonomia sem restrições, que a autonomia é componente da capacidade, mas não se esgota nela, uma vez que, mesmo que a pessoa com deficiência seja considerada relativamente incapaz, ou com capacidade restringida, para determinados atos, ainda terá autonomia para se autogovernar. Viu-se que a atribuição de plena capacidade civil impõe, ao mesmo tempo, a tutela da autonomia privada – livre agir – e a consequente imputação da obrigação de indenizar danos causados a terceiros. Ter autonomia significa ter, na mesma medida, responsabilidade. O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência lhes traz, desejavelmente, também obrigações. E a responsabilização dessas pessoas, a princípio como de qualquer outra pessoa capaz, não se contrapõe à tutela protetiva determinada pelo EPD; pelo contrário, é medida que reafirma sua autonomia.

Para melhor se compreender o atual regime de responsabilidade aplicável às pessoas com deficiência, foram revistos os critérios para a responsabilização civil dos incapazes antes e após o EPD, bem como demonstrada a dissociação entre os conceitos de imputabilidade, culpabilidade e capacidade. Sustentou-se a possibilidade de imputação da responsabilidade civil subsidiária e equitativa prevista no artigo 928 e seu parágrafo único do Código Civil apenas às pessoas com deficiência consideradas relativamente incapazes, ou com capacidade restringida, seja por terem assim sido declaradas judicialmente no processo de constituição de curatela, seja por poderem ser assim consideradas, incidentalmente, para efeito de aplicação das regras mais protetivas do mencionado artigo 928.

O impacto da Lei Brasileira de Inclusão no regime da responsabilidade civil das pessoas com deficiência deu-se justamente no sentido de poderem (e deverem) ser responsabilizadas, em regra, tal como pessoas capazes, sendo imputáveis, ao nosso ver, subjetivamente (pelo ato

possibilitar não só a redução equitativa da indenização devida, mas também a aplicação da subsidiariedade de sua responsabilidade, prevista expressamente no parágrafo único desta norma".

ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil, com base na culpa objetiva) ou objetivamente, isto é, independentemente de culpa (pelo ato ilícito abusivo previsto no artigo 187 ou conforme norma de imputação aplicável à hipótese danosa - por exemplo, no caso de exercício de atividade de risco conforme parágrafo único do artigo 927). Assim, a vulnerabilidade das pessoas com deficiência não as torna imunes à obrigação de reparar os danos que causarem, pois sua capacidade – presumida – permite que assumam diretamente tal obrigação. Aliás, sob a ótica da autonomia, considera-se a imposição de obrigações à pessoa com deficiência uma medida emancipatória.

Para que se promova a dignidade humana, é fundamental a proteção da liberdade e, por conseguinte, da autonomia. A responsabilização civil das pessoas com deficiência, como de quaisquer outras pessoas, sejam elas capazes, incapazes ou com capacidade restringida, ainda que a sanção se valha, nos dois últimos casos, da regra da responsabilidade subsidiária do artigo 928 do Código Civil, é medida que corrobora essa autonomia.

Por derradeiro, enfrentou-se o problema da medida da indenização e a possibilidade de sua fixação equitativa em favor da preservação do mínimo existencial. Diversamente de outros posicionamentos verificados na doutrina, ao nosso ver, a norma a ser aplicada para fundamentar a indenização equitativa em favor de pessoas com deficiência capazes não deve ser a do artigo 928, parágrafo único, nem mesmo por interpretação/aplicação extensiva. Isso porque referida norma leva em conta a vulnerabilidade específica e agravada das pessoas incapazes para lhes atribuir um regime mais benéfico do que aos sujeitos capazes, que, por seu turno, também dispõem de previsão de indenização equitativa em seu favor, para proteção de seu mínimo existencial, porém com base em requisitos diversos e mais rígidos. Tal se afirma porque, tratando-se de pessoa capaz, ainda que possa apresentar alguma espécie de vulnerabilidade em concreto, em razão de fatores os mais diversos, seja pessoa com deficiência ou sem deficiência, é compreensível que a tutela protetiva apresente critérios de aplicação mais rigorosos.

Nesse sentido, para a redução equitativa da indenização em favor da pessoa com deficiência por aplicação do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, devem ser observados dois critérios: desproporção entre a conduta (ordinária) do ofensor e um dano de grande dimensão para a vítima, podendo também acarretar para o autor do dano uma vulnerabilidade patrimonial que comprometa o seu mínimo existencial, o qual vai depender da situação de cada pessoa. Trata-se de regra excepcional, justamente em observância ao princípio da reparação integral da vítima, compreendido à luz do princípio – constitucional – da solidariedade que fundamenta o instituto da responsabilidade civil. Há que se considerar que está em jogo a prática de um ato antijurídico, ainda que por uma pessoa com deficiência, de modo que a possibilidade mais restrita de redução equitativa da indenização, nos termos do parágrafo único do artigo 944, porque sujeita a requisitos mais rígidos, parece ser a resposta que melhor corrobora a tutela da autonomia da pessoa com deficiência, pois reafirma sua responsabilidade, liberdade e capacidade, sem descuidar de sua vulnerabilidade.

Sendo assim, o "mínimo" será dosado na medida da vulnerabilidade existencial da pessoa e dos suportes de que necessite devido à sua deficiência. É nesse ponto que se estabelecerá a tutela protetiva da pessoa capaz, mas com deficiência, observando sempre a análise de suas especificidades.

Essa solução interpretativa que ora se propõe não se aplica apenas às pessoas com deficiência psíquica ou intelectual. Aplica-se indistintamente a qualquer pessoa, observadas as condições de aplicação da norma constante do parágrafo único do artigo 944, tenha ou não deficiência, e deficiência de qualquer natureza.

É essencial ter em mente que as pessoas com deficiência não constituem uma coletividade homogênea, que possa ser tratada abstratamente, sem distinção das condições pessoais específicas de cada envolvido e dos fatores de vulneração que colocam em risco, sobretudo, os respectivos interesses existenciais. Trata-se de uma realidade complexa, com

demandas múltiplas e variadas, que precisam ser bem aferidas e delineadas para que não se incorra, pelo fato de haver uma deficiência em jogo, no equívoco de se conceder uma tutela protetiva injustificada, sob pena de contraditoriamente se prejudicar a autonomia que, em última análise, é a razão de ser da própria tutela.

Conclui-se com a pertinente reflexão de Boaventura de Sousa Santos: "temos direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades".⁹⁵ Em suma, também no campo da responsabilidade civil, a diversidade exige a concepção de soluções jurídicas atentas às diferenças.

Referências

- ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ANJOS, Márcio Fabri de. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**, Vol. 2. Número 2., 2006, p. 173-186. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967/6539>. Acesso em: 18 de janeiro de 2019.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor (coord.). **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência à luz da Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MENDONÇA, Bruna Lima de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo (coord.). **O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Rio de Janeiro: Processo, 2017. p. 1-30.
- BERLINI, Luciana Fernandes. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência: modificações substanciais. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 161-184.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 de dezembro de 2018.
- BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. Brasília, agosto 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 10 de

⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. **Introdução:** para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, janeiro 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em 05 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Brasília, janeiro 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, março 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, julho 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 29 de dezembro de 2018.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 757, de 2015**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4374494&ts=1548944372180&disposition=inline>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2019.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357 Distrito Federal**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJ: 09/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpublish/jsp/consultarprocessoelectronico/ConsultarProcessoElectronico.jsf?seqobjetoincidente=4818214>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A culpa na responsabilidade civil – estrutura e função**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. O direito de ser e a Lei Brasileira de Proteção aos deficientes. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). **Cuidado e o Direito de Ser: Respeito e Compromisso**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2018. p. 87-112.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: famílias**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

HIRATA, Alessandro; LIMA, Matheus Carvalho Assumpção de. Teoria das incapacidades e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15). In: SILVA, Marcelo Rodrigues da; FILHO, Roberto Alves de Oliveira (coord.). **Temas relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência – reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 83-120.

KONDER, Carlos Nelson. A Redução eqüitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. In: **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 29, jan/mar 2007, p. 3-34.

_____. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 99, p. 101-123, 2015.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos:** ótica da diferença e ações afirmativas. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, Direito e Autonomia. Um ensaio sobre o sujeito de direito. In: Rev. **Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez., 2017. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1877/1779>. Acesso em: 14 de dezembro de 2018.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: EHRHARDT JR., Marcos (coord.). **Impactos do Novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 177-203.

MERELLO, Andre Rojas; LABBE, Claudia Verdugo; MELO, Sofia Troncoso. Los servicios de apoyo para la vida independiente desde una perspectiva de derecho y autonomía: una experiencia de Senadis. In: **Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos**, Vol 1 (2), 2017. Disponível em: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/55/21>. Acesso em 22 de dezembro de 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Artigo 944 do Código Civil: O problema da mitigação do princípio da reparação integral. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O direito e o tempo:** embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 757-796.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Na medida da pessoa humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MULHOLLAND, Caitlin. A responsabilidade civil da pessoa com deficiência psíquica e/ou intelectual. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão.** Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 633-659.

NETTO, Felipe Braga; FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo (atualizador). **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ROSENVALD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Direito Civil, Constituição e Unidade do Sistema:** Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019A. p. 311-325.

_____. A responsabilidade civil da pessoa adulta incapaz não incapacitada e a de seu guardião de fato por danos causados a terceiros. **Revista IBERC**, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 43, nov.-fev./2019B. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/5d72ed_eab4a6e8f656485eb82654d44917aff5.pdf. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

SÁ, Maria Fátima Freire de; BARBOSA, Rogério Monteiro. Autonomia e vulnerabilidade: uma análise biojurídica sobre o discernimento dos portadores de Síndrome de Down. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 278-291.

SALES, Gabrielle Bezerra; SARLET, Ingo Wolfgang. O princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. A justiça social e a solidariedade como fundamentos ético-jurídicos da responsabilidade civil objetiva. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 18, p. 109-133, 2004.

SANTOS, Wederson Rufino dos. Pessoas com Deficiência: nossa maior minoria. Rio de Janeiro: **Revista de Saúde Coletiva**, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v18n3/v18n3a08.pdf> Acesso em: 29 de dezembro de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. **Introdução**: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003,

SCHRAMM, Fermin Roland. Bioética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. In: **Revista Bioética**, 2008. p. 11-23. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/52/55. Acesso em: 16 de janeiro de 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
SILVA, Cleuzilaine Vieira da. O processo de interação entre os sujeitos surdos e os sujeitos ouvintes a partir de Bakhtin. In FREITAS, Maria Teresa de Assunção; RAMOS, Bruna Sola da Silva. Bakhtin Partilhado. Curitiba: CRV, 2017. p. 109-124.

SOLOMON, Andrew. **Longe da árvore**: pais, filhos e a busca da identidade. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. II. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TESÓN, Inmaculada Vivas. *Capacidad jurídica y sistema de apoyos tras la convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad*. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES,

Joyceane Bezerra de (coord.). **Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 59-75.

28. NÚMEROS DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL E PROPOSTAS PARA A EFETIVAÇÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL DO DIREITO

Luciana Gaspar Meqluíades Duarte
Liana Barros Pimenta

Introdução

Com o advento da Constituição (BRASIL, 1988) o direito à saúde foi alçado ao status de direito fundamental no ordenamento brasileiro, o que significa que, a partir de então, a saúde deixa de ser uma espécie de favor do estado ou um direito decorrente da relação de trabalho e passa a ser devido a todos os cidadãos, indistintamente, incumbindo ao estado o dever de efetivá-lo (ASENSI, 2010).

Não obstante desde a Constituição de 1934, contextualizada no surgimento do Estado Social e da decadência do Estado Liberal, os direitos sociais tenham ganhado assento constitucional, assevera Sarlet (2012) que apenas com a Constituição Federal de 1988 “a matéria foi tratada com a merecida relevância”.

Tais direitos, caracterizados por como atuações positivas do Estado e, por isso, chamados de direitos fundamentais de segunda dimensão, embora positivados nos textos constitucionais, somente se tornaram exigíveis a partir do reconhecimento, pela doutrina do Pós-positivismo, da normatividade dos princípios e da sua eficácia imediata.

Nesse cenário, no qual o direito social à saúde é garantido a todos cidadãos e as normas do tipo princípio têm sua efetividade e vinculatividade reconhecidas, o Poder Judiciário passa a ser uma das principais instituições do Estado de Direito para a efetivação do direito à saúde, exercendo o controle sobre a gestão dos serviços públicos de saúde e podendo se reconhecer a violação desse direito pelo poder público, seja na concretização de políticas públicas, seja no controle de constitucionalidade e legalidade dos atos normativos.

Asensi (2010) destaca a ampliação dos instrumentos processuais disponíveis para o controle dos atos dos demais poderes, Executivo e Legislativo, como, por exemplo, o ação civil pública, o aumento substancial do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade e a criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão. Contudo, Asensi (2010) também aponta problemas que surgiram com essa ampliação e com a crescente judicialização das demandas de saúde, enfatizando a “supervalorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como o de formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extrajudiciais”.

Na medida em que as demandas que buscam a efetivação do direito à saúde se avolumam, ante a deficiência na prestação dos serviços públicos a ele afetos, ou até mesmo a sua negativa pelos entes estatais, faz-se necessária a definição de critérios objetivos para a concessão judicial desses pleitos, considerando não apenas o direito posto pelo estado, mas também os casos concretos e a doutrina especializada.

Nessa senda, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, visando otimizar a prestação jurisdicional, tem realizado análises acerca da judicialização da saúde, propondo discussões e, a partir delas, fornecendo orientações aos magistrados na condução dos processos. É exemplo dessas medidas o relatório “Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência”, elaborado pelo Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com o CNJ, que teve como objetivo analisar o cenário da judicialização da saúde no Brasil e o perfil dos litígios sobre o tema, apresentando, também, experiências desenvolvidas pelo Poder Judiciário com o fim de efetivar o direito à saúde.

Todavia, o estudo constatou que os magistrados ainda não incorporaram os contributos

do próprio Judiciário para a melhor prestação jurisdicional do direito à saúde. Consta no documento que a maioria das decisões analisadas não utilizou ou enfrentou os argumentos suscitados na Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal realizada em 2009, na qual se discutiu a judicialização da saúde. Da mesma forma, as decisões não mencionam a Recomendação nº 31 do CNJ, que fornece subsídios aos magistrados para a maior eficiência nas demandas envolvendo a assistência à saúde, nem citaram os enunciados interpretativos sobre o direito à saúde, aprovados na Jornadas Nacionais da Saúde realizadas pelo CJN em 2014 e 2015.

Diante desse cenário, objetiva-se estabelecer, com fulcro em um trabalho científico empírico e sob o enfoque das Teorias dos Direitos Fundamentais e dos Princípios de Alexy (2008), aplicadas por Duarte (2011) ao direito fundamental à saúde, critérios objetivos para a concessão de medidas e pleitos judiciais que buscam a efetivação do direito social à saúde.

Das demandas de saúde de primeira e segunda necessidade

Duarte (2011) classifica as demandas de saúde em demandas de primeira necessidade e demandas de segunda necessidade. Nas primeiras, a prestação estatal que se busca possui uma vinculação direta com o direito à vida digna do indivíduo, compondo, desse modo, o núcleo essencial do direito à saúde.

A vida apenas pode ser assegurada ou não, constituindo, assim, o núcleo essencial do direito à saúde, que é uma norma-regra. Ademais, por ser a vida a condição de fruição de qualquer outro direito, estão nele, logicamente, inseridos todos os demais direitos fundamentais.

Destarte, nos casos em que a tutela judicial pretendida for imprescindível para a preservação da vida, ainda que de modo indireto, ou se refira a uma medida de muito elevada essencialidade para a vida com dignidade – como as cirurgias oftalmológicas e de alocação de órteses e próteses nos membros inferiores e superiores –, comprovada a necessidade da prestação estatal, impõe-se, em tese, a procedência do pedido aduzido em juízo.

Já nas demandas de segunda necessidade, embora objetivem prestações estatais que proporcionarão ao demandante uma vida com um maior conforto e, por conseguinte, um maior grau de efetivação do direito à saúde, não são imprescindíveis para a sua sobrevida ou sua vida com dignidade. Logo, não se trata, nessas demandas, de direito inserido no núcleo duro do direito fundamental à saúde. Na análise de tais direitos, o intérprete pode verificar a necessidade de restrição do direito à saúde, diante da colisão com outros princípios constitucionais, hipótese na qual impõe-se a aplicação da máxima da proporcionalidade, a fim de se chegar à regra de colisão do caso concreto, ou da existência de uma regra positivada que se aplica ao caso.

Em suma, tem-se que o primeiro critério a ser observado pelo Poder Judiciário para a concessão de prestações pertinentes ao direito fundamental à saúde é verificar se a medida pretendida se refere à uma demanda de primeira ou segunda necessidade.

Constatando-se que se cuida de uma demanda de primeira necessidade, demonstrado nos autos a sua necessidade para a parte autora, forçosa é a procedência do pedido, pois tal prestação integra o núcleo essencial de seu direito fundamental à saúde, que não é passível de restrição.

Concluindo-se, por outro lado, tratar-se de uma demanda de saúde de segunda necessidade, poderá o intérprete restringi-lo, caso se verifique a prevalência de outro princípio com ele colidente após a aplicação da máxima da proporcionalidade ou da existência de regra específica.

Análise dos dados do conselho nacional de justiça

A análise quantitativa dos dados da judicialização da saúde foi realizada a partir das informações do estudo “Judicialização da saúde no Brasil: dados quantitativos sobre saúde

pública”, realizado em parceria com Conselho Nacional de Justiça – CNJ, de Assensi e Pinheiro (2016), que se caracteriza como uma fonte indireta de pesquisa.

O relatório possibilita visualizar o panorama geral do judiciário brasileiro quanto à judicialização da saúde. Os autores realizaram a coleta e análise de 1.748 acórdãos sobre saúde pública, julgados nos anos de 2011 e 2012, sendo 188 (10,8%) originários do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 325 (18,6%) do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 588 (33,6%) do Tribunal de Justiça do Paraná, 306 (17,5%) do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, 331 (18,9%) do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e 9 (0,5%) do Tribunal de Justiça do Estado do Acre. Em relação dos tribunais de São Paulo e Minas Gerais, o número de decisões corresponde a 2,2% e 10%, respectivamente, do total de decisões encontradas no sítio do tribunal.

Essas decisões foram selecionadas a partir da filtragem com o termo de busca “saúde pública”, fixando-se o período de 01/01/2011 e 31/12/2012 e considerando-se a data de julgamento.

Apesar desse estudo possibilitar uma visão geral sobre o perfil das demandas judiciais envolvendo o direito fundamental à saúde, insta consignar que a o número de ações analisadas é relativamente pequeno, considerando que o “Relatório Analítico Propositivo Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções”, divulgado pelo CNJ, noticia a distribuição de 27.485 ações em segunda instância no ano de 2011 e 27.132 no ano de 2012, conforme dados informados por 15 Tribunais de Justiça estaduais (pág. 47).

Portanto, o número de decisões analisadas no primeiro relatório corresponde a pouco mais de 3,7% do total de processos instaurados na segunda instância da justiça comum estadual nos anos de 2011 e 2012, sendo esta uma de suas limitações. Em consequência, embora a obrigação de prestar os serviços públicos de saúde seja solidária entre os entes da federação, nos acasos analisados a União não figurou em um dos polos da demanda, o que atrairia a competência da Justiça Federal.

Dos dados colacionados no estudo de Asensi e Pinheiro (2016) sobressaem em relevância para os objetivos desta pesquisa aqueles que abordam a proporção das ações que tiveram a antecipação dos efeitos da tutela concedida e negada, a menção das notas de comissões técnicas de apoio nos acórdãos e de precedentes, bem como quem se situava no polo ativo da demanda, se houve a concessão do benefício da justiça gratuita e, nos casos de concessão, quem figurava como patrono da parte autora, além dos argumentos mais recorrentes nos acórdãos proferidos pelos tribunais como fundamento para dar ou negar provimento ao recurso e o objeto da lide.

Antecipação de tutela

O estudo revela que, em ao menos 47,14% dos casos, houve antecipação de tutela em primeira instância, sendo que em apenas 5,09% das decisões não a concederam. Nos demais casos, ou não era cabível a antecipação ou não havia informações disponíveis no acórdão proferido pelo tribunal. Os percentuais são similares nos dois anos analisados.

Em relação à antecipação de tutela em mandados de segurança impetrados diretamente no tribunal, em apenas 12,36% houve o deferimento, destacando-se, contudo, que no Tribunal de Justiça do Estado do Acre a concessão atingiu o percentual de 55,56%.

De plano, tem-se que em quase metade das ações ajuizadas na primeira instância, cuidavam-se de situações nas quais havia a urgência na prestação jurisdicional, considerando que é requisito para a concessão da tutela provisória antecipada que exista o perigo de dano ao direito, caso não seja satisfeito, ainda que parcialmente, o pedido pretendido.

Subtende-se, portanto, que nesses casos a vida estava ameaçada e, assim, havia a ausência da prestação de saúde de primeira necessidade, que, como visto, por vincularem em

absoluto o Estado, já deveriam estar contempladas nas políticas públicas. Desse modo, mostram-se acertadas as decisões de concessão de tutela antecipada.

Referência da decisão à nota de comissão técnica de apoio

O estudo averiguou a menção na decisão judicial de envio de questões para análise de comissão técnica de apoio antes do julgamento do caso, haja vista que a orientação do Conselho Nacional de Justiça prescreve que esta consulta seja realizada (vide o enunciado nº 18 da I jornada de Direito à Saúde). Apesar disso, restou demonstrado que em apenas 1,14% dos acórdãos houve a alusão a tais consultas técnicas.

Embora os autores argumentem que o baixo percentual deve-se ao fato que esse procedimento é realizado apenas na primeira instância, pelo juízo singular, certo é que os tribunais também devem analisar os argumentos trazidos ao processo, seja para utilizá-los como fundamento para o provimento do recurso, seja para contrariá-los. Em consequência, resta demonstrado que há uma deficiência na fundamentação de tais decisões.

Polo ativo das demandas

Dos 1.748 casos analisados, em 1.365 (78,09%) figurava como autor pessoa física, em 5 (0,29%) pessoa jurídica, em 1 (0,06%) a Defensoria Pública e, ainda, em 377 o Ministério Público (21,57%). Conquanto a maior parte dos litígios tenham sido ajuizados por pessoas físicas, o que demonstra o predomínio da litigância individual, destaca-se a atuação do Ministério Público na busca da efetivação do direito social à saúde.

Por mais que a litigância coletiva favoreça a igualdade, não pode afastar o cabimento da litigância individual, diante da insuficiência das políticas públicas que concretizem direitos sociais, uma vez que tais direitos são passíveis de individualização.

Justiça gratuita

Em 39,77% dos casos houve o deferimento da assistência judiciária gratuita, ou seja, o demandante não possuía condições de arcar com os custos do processo, e em 38,74% o benefício não foi concedido. Nos demais casos, o benefício não foi requerido ou não era possível a concessão.

Das ações nas quais houve o deferimento da justiça gratuita, a Defensoria Pública figurou como patrono da parte em 54,18% dos casos, em 44,24% a causa teve como procuradores advogados contratados e em 1,59% advogados nomeados pelo tribunal.

Considerando que o benefício da justiça gratuita se destina à população carente, pode-se concluir que, ao menos em quase 40% dos processos analisados a tutela judicial por buscada por pessoas hipossuficientes financeiros. Nesse aspecto, não se confirma que a judicialização serve como uma via de acesso privilegiado ao direito à saúde. Ademais, deve-se consignar que o fato de litigar mediante o patrocínio de advogado particular não significa, necessariamente, que a parte não seja hipossuficiente para o custeio do medicamento ou tratamento demandado em juízo.

Argumentos utilizados nas decisões

Asensi e Pinheiro (2016) também registraram pesquisa quais argumentos possuíam maior incidência nos julgados, a fim de apontar quais razões as cortes¹ tomam como

¹ TJSP, TJMG, TJPR, TJMS, TJRN e TJAC.

fundamento para a decisão de mérito das demandas que visam tutelar o direito à saúde pública. Os autores classificaram os acórdãos conforme o resultado do exame de mérito, considerando o provimento, o não provimento e o parcial provimento.

Em 70,29% dos casos, a decisão analisada referia-se a recurso interposto pela parte ré, enquanto em 18,43% a recurso da parte autora ou mandado de segurança. Em cerca de 3% dos processos ambas as partes manejaram o recurso contra a sentença proferida em 1º grau e em 8,19% tal dado não foi identificado. Conforme os próprios autores apontam, “esses dados podem sugerir que, no tocante ao pleito pela observância do direito à saúde, bem como de direitos correlatos, os juízes de 1ª instância tendem a julgar procedentes os pedidos” (pág. 41).

Do total de recursos analisados, apenas 16,36% foram providos, sendo que o índice de não provimento foi de 82,15% e o de não conhecimento de 1,49%.

Observação da dotação orçamentária e da reserva do possível

O estudo demonstrou que a observação da dotação orçamentária e do princípio da reserva do possível foi mencionado em apenas 8 (2,8%) das decisões como fundamento para dar provimento ao recurso, todas do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, as quais correspondem a 16,33% dos casos em que o recurso foi provido, sendo 6,45% no ano de 2011 e 33,33% no ano de 2012. Destarte, verifica-se uma elevação significativa na sua utilização neste tribunal. Em relação às decisões que negaram provimento ao recurso, tem-se que o argumento da observação da dotação orçamentária apareceu em somente 1,38% dos casos e exclusivamente nos tribunais dos estados de São Paulo, Minas Gerais e Paraná, confirmado que tal argumento não possui acolhida pelo Poder Judiciário.

O baixo número de decisões nas quais tal argumento aparece revela que o Judiciário, em praticamente todos os casos, ou ignora ou afasta a alegação de insuficiência orçamentária do ente público, cujo propósito é esquivar-se da implementação da prestação de saúde requerida em juízo. Caso acolhida, a indisponibilidade de recursos poderia justificar a restrição do direito fundamental à saúde, e, em consequência, a improcedência do pedido formulado na ação, é ignorada ou afastada pelas cortes.

Todavia, em ações judiciais que têm por objeto demandas de primeira necessidade, considera-se que o argumento da reserva do possível, ou da insuficiência orçamentária, não pode ser acolhido, uma vez que a omissão estatal em as prover é sempre indevida. Com efeito, as demandas dessa natureza vinculam em absoluto o Estado, como é típico das normas-regra, por integrarem o núcleo essencial do direito à saúde e, assim, o conceito de mínimo existencial.

Conforme exposto, porém, os princípios constitucionais devem ser considerados na decisão judicial quando se tratar de demandas de saúde de segunda necessidade. Entre tais princípios estão aqueles relacionados ao orçamento público e ao planejamento do Estado, bem como o da igualdade. A tendência de as decisões desconsiderarem tais princípios demonstra que os tribunais se eximem do ônus de aplicar a máxima da proporcionalidade nos casos concretos.

Responsabilidade solidária entre os entes públicos

O argumento da responsabilidade solidária entre União, Estado e Município foi abordado em 35,66% das decisões que deram provimento ao recurso, com destaque para o tribunal do Estado de São Paulo, cujos acórdãos o utilizaram em 55,56% dos casos no ano de 2011 e do tribunal do Estado do Paraná, no qual teve a incidência de 51,25% das decisões referentes ao ano de 2012. Já naquelas decisões que negaram provimento, a responsabilidade solidária foi mencionada em 53,91% dos acórdãos. Cumpre recordar que tais dados se referem à proporção em que os argumentos foram utilizados nas decisões, seja para manter ou reformar o provimento judicial impugnado.

É significativo o percentual dos casos nos quais houve a discussão sobre a legitimidade dos entes públicos para responder às ações que buscam demandas de saúde, pois revela que estes ainda não reconhecem a responsabilidade solidária entre si, embora se trate de questão pacífica no âmbito dos tribunais.

Hipossuficiência da parte autora

A hipossuficiência da parte autora foi utilizada como fundamento em 47,55% dos acórdãos que deram provimento ao recurso, com maior evidência nas decisões do tribunal do Estado do Paraná, nas quais está presente em 67,95%, sendo 73,75% no ano de 2012, e do Estado do Rio Grande do Norte e Acre, ambos com 50%. Já naqueles que negaram provimento ao recurso com base nesse argumento, foi alvo discussão em 29,06% dos casos, com destaque para o tribunal paranaense, cujas decisões valeram-se deste argumento em 51,59%, e para a amostra de São Paulo, a qual teve menção em 48,73% dos casos.

Quanto a não constatação da hipossuficiência da parte autora, o estudo identificou que em somente 0,35% dos casos, referente a 1 decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, esse argumento foi utilizado para dar provimento ao recurso, e em 0,43% dos casos para negar provimento.

Portanto, pode-se dizer que, mesmo antes do julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, ocorrido em 25/04/2018, o qual fixou como critério para a concessão de demandas de saúde pela via judicial a comprovação de hipossuficiência do demandante, havia uma tendência de utilizar esse argumento para deferir a demanda, ao passo que a não verificação da condição de carência econômica raramente era levantada pelo órgão julgador para negar o pedido deduzido. Em suma, é possível afirmar que havia uma incoerência nas razões de decidir dos tribunais, que pode ter sido amenizada com a fixação dos critérios pelo STJ.

Possibilidade de indenizações

Quanto às indenizações, o estudo constatou que, em geral, não há utilização de argumentos relacionados a elas para dar provimento ao recurso, sendo exceção apenas os julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A possibilidade de indenização por danos morais foi abordada em 1,92% dos casos julgados por este tribunal, de indenização por danos estéticos em 0,64% e de indenização por danos materiais em 2,56%.

Confirmado a tendência, a possibilidade de indenização por danos morais figurou em apenas 1,29% dos acórdãos que negaram provimento aos recursos e constou exclusivamente naqueles proferidos pelos tribunais dos estados do Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte. A possibilidade de indenização por danos estéticos, por sua vez, apareceu em 0,26% dos julgados e a por danos materiais em 0,69%.

Esse dado demonstra que, nas judiciais afetas ao direito à saúde, discute-se, na imensa maioria dos casos, a prestação de saúde em si, e não eventuais compensações financeiras decorrentes do não fornecimento adequado dos serviços públicos. Por outro lado, considerando o elevado volume de ações que são ajuizadas para que se consiga a adequada prestação de tais serviços, tem-se que o Poder Público é pouco demandado para indenizar os danos acarretados pela sua omissão, tendendo o Estado à irresponsabilidade civil pelas lesões ao direito à saúde.

Direito à vida, à saúde e a dignidade da pessoa humana

Os argumentos mais recorrentes nas decisões sobre os pedidos de acesso às prestações de saúde foram: o direito à vida, o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à vida apareceu em 53,50% dos julgados, sendo que nos do tribunal do Estado de São Paulo foi onde houve a menor abordagem desse argumento, que foi utilizado em 30% dos casos. Já no tribunal do Estado do Acre e do Rio Grande do Norte houve maior incidência do direito à vida nas decisões, as quais se valeram em 66,67% e 61,54% dos casos, respectivamente. Em relação às decisões que negaram provimento ao recurso, o direito à vida apareceu como fundamento em 52,88% dos casos.

Esse dado avulta em importância, uma vez que revela que, na maior parte das ações analisadas, a demanda de saúde pleiteada em juízo era de primeira necessidade, ou seja, deveria estar incluída nas políticas públicas ordinárias. A maior incidência do argumento do direito à vida nas decisões examinadas, oriundas dos estados do Acre e do Rio Grande do Norte denota a maior omissão do Poder Público em relação a essas prestações, ao passo que a menor incidência do argumento nas decisões do Estado de São Paulo indica, a contrario sensu, indica a existência de políticas públicas mais satisfatórias, posto salvaguardarem demandas de saúde de primeira necessidade. Essas contemplam, como já esclarecido, prestações afetas à proteção e promoção da vida.

Por sua vez, conforme dão ênfase os autores, o direito à saúde foi o argumento mais comum nos acórdãos analisados, estando presente em 83,57% dos casos. Tal como em relação ao direito à vida, no tribunal paulista foi onde menos se verificou a utilização do argumento: 50% dos casos. Já nos tribunais do Estado do Rio Grande do Norte e do Paraná o percentual de decisões que dão provimento ao recurso e apresentam o argumento do direito à saúde totalizam 96,15% e 88,46% dos casos, respectivamente. Quanto às decisões que negaram provimento, por sua vez, o direito à saúde apareceu em 91,92% dos casos, Asensi e Pinheiro (2016) destacado que “em nenhum tribunal utilizou este argumento em menos de 88% dos casos e que, no caso do Acre, ele foi utilizado em todos os processos” (pág. 118).

O argumento da dignidade da pessoa humana foi observado em 24,48% dos julgados, destacando-se que no Rio Grande do Norte e no Acre as cortes estaduais valeram-se deste princípio em 38,46% e em 33,33% das decisões, nesta ordem, enquanto no tribunal do Estado de São Paulo não se verificou a sua abordagem em nenhum dos acórdãos analisados. Considerando que, como todos os direitos fundamentais, o direito à saúde deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, a não utilização desse argumento em nenhuma das decisões merece atenção. Para negar provimento, a dignidade da pessoa humana apareceu em 35,68% dos casos.

É possível relacionar os percentuais de incidência desses três argumentos (direito à vida, saúde e a dignidade da pessoa humana) nos tribunais classificados como de grande e pequeno porte². Nesses últimos, que exercem a jurisdição em estados com menos disponibilidade de recursos financeiros, considerando que a análise foi realizada nos anos de 2011 e 2012, o Poder Público ainda não é capaz de assegurar o mínimo a seus cidadãos. Exerce o Judiciário, nesses casos, importante papel na efetivação do direito fundamental saúde e da garantia ao mínimo existencial.

Observância das normas de organização do SUS

Por fim, a observância das normas estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde – SUS foi um argumento pouco utilizado, aparecendo em apenas 5,24% dos acórdãos, apesar de o enunciado nº 8 da I Jornada de Direito à Saúde orientar que elas sejam aplicadas, sempre que possível. O argumento foi mais recorrente nas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, as quais o abordaram em 26,53% dos casos, seguido do tribunal do Estado de São Paulo, cujas decisões o aludiram em 10% dos casos.

² Em 2012, classificou-se como de grande porte os tribunais de São Paulo, Minas Gerais e Paraná, e como de pequeno porte os dos estados do Acre, Rio Grande do Norte e Mato Grosso do Sul.

Embora a observância da lista do SUS tenha sido pouco abordada nas decisões judiciais analisadas (3,15% dos julgados), os autores consignam que “nem toda ação judicial em saúde envolva uma discussão sobre as listas de produtos e serviços oferecidos no SUS” (pág. 81), o que justificaria o baixo percentual. Questiona-se, no entanto, esta conclusão dos autores, uma vez que as ações em que são demandados medicamentos correspondem, como será visto, a 76,6% do total dos casos examinados. Isso porque a dispensação de medicamentos é, sim, regulamentada por atos normativos do SUS, de forma que seria de se esperar alusões a eles nas decisões judiciais analisadas.

Menção de precedentes

Os dados informam que em 73,28% dos casos as decisões fazem menção a decisões anteriores do próprio tribunal na fundamentação, já quanto à utilização de precedentes de tribunais diversos, o percentual cai 3,95% dos processos que os citam. A corte que mais citou precedentes próprios foi o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, que o fez em 95,77% dos casos, e a menor no tribunal do Estado do Acre, que citou precedentes próprios em 22,22% dos casos, ao passo que foi o que mais abordou decisões de outros tribunais: 44,44% dos casos.

Foi registrado, ainda, o número de acórdãos que não faz referência a nenhuma decisão local. Estes correspondem a 25,34% do total de acórdãos analisados.

Em relação à menção à jurisprudência dos tribunais superiores, tem-se que em 74,26% dos casos houve a citação de precedentes do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. A decisões que não trouxeram qualquer referência aos tribunais superiores corresponderam a 27,47% do total

Pode-se considerar satisfatório o percentual de referências às decisões dos próprios tribunais, bem como das cortes superiores, considerando que os precedentes judiciais são uma espécie de argumento dogmático, conforme a Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy (2005). É positiva a preocupação dos tribunais com a fundamentação de seus julgamentos. Todavia, a alusão a decisões de outros tribunais é baixa. Isso revela uma lamentável ausência de esforço das cortes em uniformizar as suas decisões, em prejuízo, destarte, do princípio da igualdade.

Objeto da ação

O estudo aponta que o fornecimento de medicamentos representa 76,60% dos casos a analisados, sendo que os maiores percentuais pertencem aos tribunais do Estado de São Paulo e São Paulo e do Paraná, com 80,85% e 81,97%, respectivamente. Lado outro, no Estado do Acre, dos processos analisados pela corte estadual apenas 33,33% versavam acerca do fornecimento de medicamentos.

Os autores apontaram que os demais pleitos “estiveram pulverizados e apresentaram menor recorrência”. A realização de exames correspondeu a 3,78% dos casos, a realização de tratamento a 6,35% dos casos, os procedimentos cirúrgicos foram objeto de 5,55% do total e fornecimento de insumos de 9,50%.

Esses dados denunciam uma política pública de dispensação de medicamentos insatisfatória e vão de encontro com os dados de maiores incentivos fiscais às indústrias farmacêuticas nos anos de 2015 a 2017, em que, paradoxalmente, houve retrocesso no fornecimento público de remédios, conforme revela a pesquisa de Magalhães, Beghin e David (2018).

Observou-se, também, o baixo pleito por indenizações. Em 3,95% dos casos houve o pedido de indenização por danos morais, as indenizações por danos estéticos apareceram em

0,57% dos casos e a indenização por danos materiais foi pleiteada em 1,72%. Em percentuais também baixos foram objetos da ação a liberação de materiais, como próteses, que computou somente 2,86% dos casos.

A baixa demanda judicial por indenizações decorrentes da insuficiência de políticas públicas de saúde demonstra que o cidadão recorre ao Judiciário em busca, de fato, de acesso às prestações de saúde das quais necessita, conforme já se destacou anteriormente.

Conclusão

Os dados analisados demonstram que a judicialização da saúde tem sido um instrumento para suprir a ausência de políticas públicas inerentes à demandas de primeira necessidade, que se referem à proteção da vida e de elevada essencialidade à dignidade humana, conforme restou se verifica na proporção de ações nas quais houve a menção do direito à vida (53%, em relação aos recursos providos) e o deferimento de tutela de urgência (47%, na primeira instância). Cabe destacar que, em razão disso, a judicialização das demandas de saúde tem exercido relevante papel na concretização desse direito social, de modo especial naqueles estados que não dispõe de robusto orçamento e, possivelmente, por isso, são mais negligentes na implementação de políticas públicas satisfatórias.

Contudo, as informações também apontam para a ausência de parâmetros uniformes e com respaldo doutrinário entre os tribunais quanto aos critérios para a concessão das demandas de saúde. Observe-se, por exemplo, que o argumento da reserva do possível e a insuficiência orçamentária do ente público são pouco mencionados pelas cortes (8% das decisões que deram provimento ao recurso), embora nas demandas de saúde de segunda necessidade a hidigidez do orçamento público deva ser considerada e, sendo o caso, deve-se ponderar os princípios orçamentários com o direito fundamental à saúde, que possui natureza normativa de princípio.

Do mesmo modo, os tribunais deveriam observar o princípio da igualdade nas referidas demandas, sob pena não só de invadirem a competência do Poder Legislativo e Executivo, aos quais cabe tomar as decisões políticas de alocação dos recursos financeiros do Estado, como também de concederem, de forma privilegiada, determinada prestação de saúde a um cidadão em detrimento dos demais. Frise-se que tal princípio sequer surgiu no estudo de Asensi e Pinheiro (2016), o que deixa claro que foi baixíssima a sua incidência ou, ainda, inexistente nas decisões analisadas.

Cabe destacar que a constatação de hipossuficiência da parte autora foi utilizada como argumento para prover o recurso em 47,55% das decisões, enquanto a não hipossuficiência apareceu em 0,35% (uma decisão) como fundamento para acolher o recurso. Ou seja, não há consenso se a hipossuficiência do requerente é ou não um critério válido para a concessão das demandas de saúde. Embora o Superior Tribunal de Justiça tenha assentado no julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ que a condição econômica deve ser analisada, tal precedente apenas se refere aos casos de concessão de medicamentos não ofertados pelos Sistema Único de Saúde, não estando, ainda, sedimentado como um critério geral.

Por fim, confirma-se que o Judiciário ainda não incorporou as contribuições do Conselho Nacional de Justiça em seu processo decisório, como a realização de consulta prévia à comissão técnica de apoio e a observância dos enunciados aprovados nas Jornadas de Direito à Saúde, o que revela-se, também, preocupante, tendo em vista que tais orientações visam justamente à otimização da prestação jurisdicional, com o fim de efetivar no maior grau possível o direito fundamental à saúde.

Referências

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional. Zilda

Hutchinson Schild Silva (Trad.). 2^a ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Virgílio Afonso da Silva (Trad.). São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização? As instituições jurídicas e suas estratégias na saúde. *Physis*, 2010, vol.20, n.1, pp.33-55. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100004>>.

ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni. Judicialização da saúde no Brasil: dados quantitativos sobre a saúde pública. Rio de Janeiro: UERJ/IMS/ CEPESC, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Judicialização da Saúde: perfil das demandas, causas e propostas de solução. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Possibilidades e limites para o controle judicial das políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Forum, 2011.

MAGALHÃES, Matheus, BEGHIN, Nathalie; DAVID, Grazielle. Brasil: Recursos federais destinados à assistência farmacêutica em tempos de austeridade. Disponível em: https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2019/03/inesc_medicamentos_portugues_v02_DB.pdf?x40444

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

29. O DESENHO INSTITUCIONAL DO CONSELHO MUNICIPAL DE HABITAÇÃO DE JUIZ DE FORA-MG: contribuições para a consolidação da democracia participativa¹

Waleska Marcy Rosa²
Marcos Felipe Lopes de Almeida³

Resumo

O presente trabalho investiga as contribuições do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora para concretização da democracia participativa. Referido modelo democrático foi desenvolvido por autores como Boaventura de Sousa Santos e se baseia na criação de esferas públicas, não estatais, em que o Estado coordena diversos interesses. Então, procede-se à análise documental dos diplomas normativos que regulamentam o Conselho. Com esses dados, traçam-se inferências com intuito de identificar o desenho institucional do órgão colegiado, relacionando-o com a democracia participativa. Finalmente, constata-se que o Conselho colabora para concretização desse paradigma, contudo possui algumas limitações impeditivas da sua máxima efetividade.

Palavras-chave: Conselho Municipal. Desenho Institucional. Democracia Participativa.

THE INSTITUTIONAL DESIGN OF THE LOCAL COUNCIL ON HOUSING OF JUIZ DE FORA-MG: contributions to the consolidation of participatory democracy

Abstract

This work investigates the contributions of the Local Council on Housing of Juiz de Fora for the participatory democracy. This democratic model was developed by authors such as Boaventura de Sousa Santos and is based on the creation of public, non-state spheres, in which the State coordinate various interests. Then, the article analyzes the normative documents that regulate the Council. Using these data, inferences are built to identify the institutional design of the collegiate agency, relating it to participatory democracy. Finally, the Council is an important element for this paradigm, although it has some limitations that block its maximum effectiveness.

Keywords: Local Council. Institutional Design. Participatory Democracy.

¹ Este trabalho foi apresentado no XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, ocorrido em novembro de 2018, e posteriormente publicado na Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade. Por ser a primeira publicação do respectivo projeto de pesquisa e ter um caráter exploratório que embasa os estudos subsequentes, optou-se por submetê-lo ao IV Seminário de Pesquisa e Extensão da Faculdade de Direito da UFJF.

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e membro do corpo permanente do Mestrado em Direito e Inovação. E-mail: waleska.ufjf@gmail.com.

³ Mestrando em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: marcosfl.almeida@gmail.com.

Introdução

Os conselhos gestores de políticas públicas representam um importante mecanismo que aproxima a população da tomada de decisões políticas. Tais órgãos têm natureza colegiada e são espaços em que o Poder Público e a sociedade civil atuam conjuntamente na formulação de políticas públicas em prol do público-alvo do conselho. Nesse sentido, existem conselhos que contemplam diversos grupos e temáticas, como por exemplo: habitação, juventude, educação, saúde, entre outros. Ademais, considerando a organização estatal brasileira, a instituição dos conselhos se desdobra nos três níveis da federação, sendo que o mais sensível desses, em razão da sua menor abrangência, é o municipal, no qual os interesses da população são mais palpáveis. Logo, identifica-se uma forte e potencial participação democrática no estabelecimento de conselhos municipais.

Revela-se interessante, então, investigar referida estrutura a partir da ideia de democracia participativa desenvolvida por autores como Boaventura de Sousa Santos, o qual exalta os atributos redistributivos desse modelo democrático e o potencial para combate da globalização neoliberal e do fascismo social.

No caso do município de Juiz de Fora-MG, existem 27 conselhos gestores, mas, para fins deste trabalho, optou-se por analisar apenas aquele referente às políticas de habitação, visto que possui uma composição diferenciada. Além do Poder Público e da sociedade civil, há o segmento das entidades vinculadas à produção de moradia. Ademais, dentre os integrantes da sociedade civil, são reservados espaços para as associações de moradores, cuja vivência é a que mais se aproxima da generalidade da população.

Com base nisso, estabelecem-se as seguintes perguntas de pesquisa: tendo em vista a noção de democracia participativa cunhada por Boaventura de Sousa Santos, como o desenho institucional do Conselho Municipal de Habitação (CMH) de Juiz de Fora contribui para a concretização desse tipo de democracia? Quais as potencialidades e as limitações que tal desenho apresenta?

Formula-se a hipótese de que os conselhos gestores de políticas públicas, abstratamente considerados, constituem uma esfera pública não estatal. Representam, então, um dos fóruns entre Estado e sociedade, na esteira do que Boaventura de Sousa Santos propõe acerca das formas de concretização da democracia participativa. Logo, espera-se que o CMH siga essa regra geral.

A justificativa dessa pesquisa reside na necessidade de conhecer e investigar iniciativas que privilegiam a participação da população e servem de complemento à hegemônica democracia representativa, bem como verificar a aplicação prática de determinadas construções teóricas. Ademais, a relevância do estudo do desenho institucional está no fato de que, a partir dele, é possível detectar as possibilidades inclusivas à disposição dos integrantes do espaço em questão.

Assim, o objetivo geral é verificar como o desenho institucional do CMH contribui para a efetivação da democracia participativa. Quanto aos objetivos específicos, elencam-se: realizar análise documental da lei de criação do CMH e do seu regimento; delinear o desenho institucional do CMH a partir de inferências descritivas; confrontar os dados obtidos com a ideia de democracia participativa.

Para atingir referidos objetivos, a metodologia consiste de análise documental da Lei municipal nº 9597/1999, que criou o CMH, e da Portaria municipal nº 3681/2001, que aprovou o Regimento Interno do conselho. Com esse método, busca-se compreender: a função exercida pelo CMH; a sua estrutura organizacional; a relação com a população local; a frequência das reuniões; entre outros elementos. A partir disso, de posse dos dados supracitados, serão traçadas inferências descritivas, que buscam generalizar determinadas observações com o intuito de

compreender um fenômeno maior que, neste caso, trata-se do desenho institucional do CMH e sua relação com a democracia participativa.

Ressalta-se que o presente estudo se dedica apenas às previsões normativas. Uma investigação da efetividade da democracia participativa demandaria uma metodologia de pesquisa de campo, a qual será desenvolvida em momento posterior.

Por fim, além da introdução e conclusão, o trabalho possui a seguinte estrutura: inicialmente, será desenvolvida a noção de democracia participativa e a sua relevância para reverter o atual contexto de globalização neoliberal e de fascismo social; em seguida, será apresentada a estrutura dos conselhos gestores de políticas públicas e um panorama da sua institucionalização; na sequência, será abordado o desenho institucional do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora, com base nas informações extraídas da sua lei de criação e do seu regimento interno.

A alternativa contrahegemônica da democracia participativa

O projeto sociocultural da modernidade está em vigência atualmente, manifestando-se, desde a década de 1960, sob a forma do capitalismo financeiro (SANTOS, 1999). Nesse sentido, a modernidade ocidental é caracterizada por diversas tensões e contradições, sendo que a mais persistente é a reprodução do que se denomina de pensamento abissal, que consiste em um sistema de distinções visíveis e invisíveis. Estas últimas são responsáveis pela separação de dois universos distintos: o deste lado da linha e o outro lado da linha (SANTOS, 2007).

Sobre isso, Boaventura de Sousa Santos (2007) destaca que o direito moderno é uma das principais manifestações do pensamento abissal. Deste lado da linha, existe a dicotomia entre o legal e o ilegal, já no outro lado há o território sem lei, a-legal. Enquanto deste lado da linha há a tensão entre regulação/emancipação, do outro lado prevalece a apropriação e a violência. Em suma, tais distinções se assemelham à antiga separação entre metrópole e colônia.

Atualmente, o autor identifica um alargamento do outro lado da linha, quer dizer, um agigantamento da lógica de apropriação/violência, que contamina e encolhe o domínio da regulação/emancipação. Vislumbra-se, então, uma intromissão – não necessariamente física – do colonial nas sociedades metropolitanas e a expansão de obrigações contratuais privadas e despolitizadas, nas quais a parte mais fraca é submissa à mais forte. Como parte desse processo, há o fenômeno do regresso do colonizador, em que são ressuscitadas novas formas de governo colonial, nas quais o Estado se retira da regulação social e os serviços públicos são privatizados.

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos (2016) identifica a ascensão da globalização neoliberal, caracterizada pela proliferação de relações de poder extremamente desiguais, decorrentes do crescimento dos agentes privados. Consequentemente, há um predomínio estrutural dos processos de exclusão sobre os de inclusão. Esse cenário é favorável à emergência do fascismo social⁴, que não se trata de um movimento político, mas sim de um regime social e civilizacional, de caráter pluralista, quer dizer, produzido pela própria sociedade (SANTOS, 2010).

Nesse contexto, o Estado não detém mais o monopólio da regulação social, restando-lhe a tarefa de coordenação de interesses nacionais e globais, provenientes de esferas privadas e públicas. Assim, o combate à globalização neoliberal e ao fascismo social deve ser promovido por meio do cosmopolitismo subalterno, cuja premissa é que a exclusão social decorre de relações desiguais de poder, então propõe a redistribuição de recursos, com base na igualdade e no reconhecimento da diferença. No entanto, tal objetivo não pode ser alcançado com o modelo hegemônico da democracia representativa, pois ela não comporta potencialidades redistributivas, tendo em vista que foi concebida para ação política convencional, referente à

⁴ O sociólogo português aponta quatro formas de fascismo social: do apartheid social; o paraestatal, que se subdivide em contratual e em territorial; o da insegurança; e o financeiro (SANTOS, 2010).

época em que o Estado era o principal agente detentor de poder (SANTOS, 2016).

Surge, então, a democracia participativa como premissa dessa redistribuição social e como expressão do cosmopolitismo subalterno:

(...) [a] nova democracia redistributiva, cuja lógica política consiste na criação de esferas públicas, não estatais, em que o Estado será o principal agente de articulação e coordenação. Nas condições atuais, a criação dessas esferas públicas é a única alternativa à proliferação de esferas privadas de tipo fascista, sancionadas pelo Estado. O novo combate democrático é, enquanto combate em prol de uma democracia redistributiva, um combate antifascista, não obstante ter lugar num campo político que é, formalmente, democrático também (SANTOS, 2016, p. 105).

Com base na construção teórica das Epistemologias do Sul, o sociólogo português enfatiza a necessidade de se aprender com as resistências dos grupos, provenientes do Sul epistemológico, que sofreram opressão causada pelo capitalismo, pelo colonialismo e pelo patriarcado (SANTOS; MENDES, 2018). Nesse sentido, destaca-se a reinvenção da democracia participativa nos países do Sul, decorrente dos recentes processos de democratização que culminaram na constituição de um ideal inclusivo e participativo. Um traço comum entre esses movimentos democráticos contrahegemônicos reside no fato de que os atores responsáveis por implantar as experiências de democracia participativa confrontaram uma identidade atribuída externamente por um Estado colonial ou autoritário e discriminador (SANTOS; AVRITZER, 2002).

De acordo com Leonardo Avritzer (2008), existem três formas de constituição de instituições participativas: o desenho participativo de baixo para cima; a ratificação pública; e a partilha de poder. No Brasil, o autor identifica cada arranjo com uma iniciativa participativa, respectivamente: os orçamentos participativos; os planos diretores municipais; e os conselhos gestores.

Com relação ao orçamento participativo, a institucionalidade é criada de baixo para cima, tendo em vista a livre entrada de qualquer cidadão no processo participativo e, na sequência, a eleição de delegados e conselheiros. No arranjo de ratificação pública, os atores da sociedade civil não integram o processo decisório, mas são chamados para referendá-lo publicamente, sendo a discussão do plano diretor de Salvador um exemplo representativo dessa organização (AVRITZER, 2008).

Quanto ao arranjo de partilha de poder, caracteriza-se pela constituição de um espaço em que atores estatais e da sociedade civil participam simultaneamente. As diferenças mais marcantes desse modelo em relação aos outros dois são: a possibilidade de sanção em caso de não instauração desse processo participativo e o fato de não incorporar um número amplo de agentes sociais. Considerando que os principais exemplos dessa categoria são os conselhos gestores de políticas públicas, ora objeto deste trabalho, sua estrutura será explicitada de forma mais aprofundada a seguir.

Os conselhos gestores de políticas públicas enquanto espaços participativos

Os conselhos gestores de políticas públicas são novos instrumentos de expressão, representação e participação, sendo exemplos de constituição de esferas públicas não estatais (GOHN, 2011) e de iniciativas participativas provenientes do Sul. Referidos espaços são compostos por uma pluralidade de entidades, cujos interesses podem ser até antagônicos. Assim, cabe ao Estado coordená-los com o objetivo de formular as políticas públicas a serem implementadas por ele.

Tratando especificamente dos conselhos municipais, Orlando Santos Junior, Sergio de

Azevedo e Luiz Ribeiro (2004) ressaltam que, com a interação entre Poder Público e sociedade materializada por tais conselhos, espera-se o surgimento de novos padrões de governo pautados na gestão democrática, centrada em três características fundamentais: maior responsabilidade dos governos municipais em relação às políticas públicas e às demandas dos seus cidadãos; o reconhecimento de direitos sociais; a abertura de canais para a ampla participação cívica da sociedade.

Entretanto, esse projeto de reforma municipal se contrapõe à agenda liberal difundida por organismos internacionais. Para essa orientação, a participação apenas se justifica em razão de uma suposta crise de governabilidade das cidades e da necessidade de coesivar as forças locais para usufruírem as oportunidades da globalização, logo, pauta-se no aumento da competitividade urbana. Em decorrência, referida agenda interpreta negativamente a ênfase em políticas redistributivas e as propostas de novos instrumentos de interação entre Estado e sociedade, pois poderia gerar ou agravar o déficit público, já que seria potencializado o aumento de demandas dos bens públicos e seriam legitimados os direitos sociais. A corrente crítica a essa concepção se estrutura em torno da gestão democrática da cidade, que reconhece a necessidade da transformação das instituições de governo local, valendo-se, para isso, da construção de novos arranjos institucionais. Em suma, a gestão democrática da cidade se fundamenta na crítica à ilusão do governo tecnocrático e na recusa da concepção liberal de participação (SANTOS JUNIOR; AZEVEDO; RIBEIRO, 2004).

No plano jurídico-institucional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 contemplou a participação da comunidade na formulação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais, com ênfase nos direitos de segunda dimensão, quais sejam: saúde (art. 198, inciso III); assistência social (art. 204, inciso II); educação (art. 206, inciso VI); entre outros.

O texto constitucional também assegurou, em seu art. 29, inciso XII, a cooperação das associações representativas no planejamento municipal (BRASIL, 1988). No plano infraconstitucional a Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, em seu art. 2º, inciso II, previu a gestão democrática da cidade, por meio da participação da população e de associações representativas, como uma das diretrizes da política urbana. Nesse sentido, o art. 43, inciso I, da referida Lei, fixa os órgãos colegiados de política urbana como um dos instrumentos da gestão democrática da cidade (BRASIL, 2001). Ressalta-se, ainda, o importante papel exercido pelo direito à moradia na discussão da questão urbana, já que é “a base e o pressuposto indispensável à realização dos demais elementos que compõem o direito à cidade” (GAIO, 2016, p. 241).

Desse modo, os conselhos brasileiros podem assumir diversas configurações. Com relação à sua abrangência, podem ser nacionais, estaduais ou municipais, sendo que os últimos são os que mais se aproximam de uma efetiva participação popular, tendo em vista que possuem maior proximidade com os cidadãos e podem ser instituídos conforme a demanda e peculiaridades de cada local.

Com relação às suas funções, comumente podem ser: deliberativos; ou consultivos. Quanto ao primeiro tipo, reconhece-se um campo de ação autônomo, visto que têm competência para tomar decisões. Em contrapartida, aos conselhos com funções consultivas incumbe apenas a emissão de recomendações, sem caráter vinculante, ao Poder Público. Contudo, Marcos Perez (2009) pontua que, de forma geral, a legislação brasileira não prevê conselhos unicamente deliberativos ou exclusivamente consultivos. Na verdade, há uma combinação das duas funções dentro do desenho de cada conselho. Em alguns casos, atribuem-se também as funções normativa, relativa à elaboração de normas, e fiscalizadora, referente ao acompanhamento da execução das políticas públicas.

No que tange à forma de composição, existem as seguintes possibilidades: participação majoritária do Poder Público; participação paritária, isto é, mesmo número de participantes do Poder Público e da sociedade civil; e participação majoritária da sociedade civil. Pontua-se que,

mesmo em caso de participação minoritária, o Poder Público possui melhores condições de aprovação de suas propostas, em virtude da sua estrutura técnica e poder de convencimento. Consequentemente, quanto menor a participação desse segmento nos conselhos, maior a aproximação do ideal participativo (PEREZ, 2009).

Outro ponto de discussão no momento de construção dos conselhos é o modo de escolha de representantes da sociedade civil. Elencam-se cinco situações: (1) escolha incondicionada pelo chefe do Executivo, ministros ou secretários; (2) indicação da sociedade, porém com escolha a cargo do Executivo; (3) escolha pelo Executivo a ser referendada pelo Legislativo; (4) eleição direta pela sociedade civil; (5) composição de listas, em processo eleitoral direto ou indireto, com escolha final atribuída ao Executivo (PEREZ, 2009).

Com base em dados referentes ao ano de 2009, Danitza Buvinich (2014) detectou que já existiam, pelo menos, 43.156 conselhos municipais no Brasil. Aqueles que têm maior percentual de implantação são: Conselhos de Assistência Social com 99%, equivalente a 5.527 municípios; Conselhos de Alimentação Escolar com 98%, o que representa 5.466 municípios; e os Conselhos de Saúde com 97%, isto é, 5.417 municípios. Constatou-se, também, uma maior concentração de conselhos nas regiões Sudeste e Sul, enquanto Norte e Nordeste apresentaram os menores percentuais. Entretanto, o inverso se verifica ao tratar do total de conselhos paritários e com função deliberativa, visto que as regiões Nordeste e Norte apresentaram os maiores índices.

Quanto aos conselhos dedicados às políticas de habitação, ora objeto deste trabalho, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2018) apurou, com respaldo em dados relativos ao ano de 2017, a institucionalização de 3.319 conselhos municipais, o que corresponde a 59,6% do total de municípios brasileiros. Apesar da existência legal, apenas 1.680 conselhos se reuniram nos doze meses anteriores à pesquisa, ou seja, apenas 50,6% dos conselhos municipais de habitação estão em atividade. No que se refere à composição, identificou-se: 2.532 conselhos (76,3%) são paritários; 433 conselhos (13,0%) são formados majoritariamente por representantes da sociedade civil; 353 conselhos (10,6%) são compostos majoritariamente por representantes do governo; e um município não informou sua composição. Com relação às funções, dentre o total de conselhos existentes: 56,2% são consultivos; 83,2% são deliberativos; 31,8% são normativos; 41,8%, são fiscalizadores; e 20,8% dos conselhos reúnem funções dos quatro tipos. Por fim, o levantamento também detectou a criação de 2.095 conselhos municipais de habitação concentrada nos anos de 2007 a 2010, o que equivale a 63,1% do total existente em 2017.

No caso do município de Juiz de Fora, consta, no sítio da Prefeitura de Juiz de Fora, a institucionalização de 27 conselhos gestores, que tratam de diversas temáticas e grupos. A partir de levantamento bibliográfico, foi possível encontrar estudos científicos referentes aos seguintes conselhos gestores do município de Juiz de Fora: Conselho Municipal de Educação (PEREIRA, 2014), Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (GODINHO, 2013), Conselho Municipal de Assistência Social (DONISETE, 2007), Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Cultural (AZEVEDO, 2007) e Conselho Municipal de Desenvolvimento Econômico (CUNHA; GUEDES, 2017).

Na sequência, analisar-se-á o Conselho Municipal de Habitação, já que a sua estrutura se diferencia da generalidade dos conselhos e não foram encontrados trabalhos que se dedicam à investigação deste espaço especificamente.

O desenho institucional do conselho municipal de habitação de Juiz de Fora-MG

Inicialmente, são necessárias algumas considerações metodológicas. A respeito da relevância da identificação do desenho institucional, destaca-se que, com ele, é possível “antever as possibilidades inclusivas geradas para os atores sociais e políticos no interior desses

espaços” (CUNHA et al., 2011, p. 307).

No que tange à técnica de coleta de dados, isto é, a análise documental, de acordo com Cellard (2012), o encadeamento de ligações entre a problemática formulada e as diversas observações extraídas do documento possibilitam a produção de explicações plausíveis e de uma interpretação coerente.

Com relação à forma de análise dos dados, serão traçadas inferências, caracterizadas como o “processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos” (EPSTEIN; KING, 2013, p. 36). Mais especificamente, adotam-se inferências descritivas, que buscam generalizar determinados dados com o objetivo de compreender um fenômeno mais amplo que, neste caso, trata-se do desenho institucional do CMH e sua relação com a democracia participativa.

A respeito do desenho institucional, Claudia Faria e Uriella Ribeiro (2011) destacam que os documentos aptos a conhecê-lo são: as leis de criação e de alteração dos conselhos, bem como seus regimentos internos. No caso do CMH, serão analisadas a Lei municipal nº 9597 de 27 de setembro de 1999, que criou o CMH, e a Portaria municipal nº 3681 de 10 de janeiro de 2001, que aprovou o Regimento Interno do referido conselho.

Passando à análise do CMH de Juiz de Fora, logo em seu art. 1º (JUIZ DE FORA, 1999), a sua lei de criação determina o caráter normativo, fiscalizador e deliberativo, logo, sua atuação não é meramente opinativa, o que representa um amplo espaço de ação com autonomia em relação ao Poder Público.

Nesse sentido, o Regimento Interno do CMH prevê, de forma mais nítida, as suas atribuições:

Art. 4.º - Respeitadas as competências exclusivas do Poder Legislativo e do Poder Executivo Municipal, são atribuições do CMH/JF:

I - Analisar, discutir e deliberar sobre:

- a) objetivos, diretrizes e prioridades da Política Municipal de Habitação;
- b) políticas de captação e aplicação de recursos para produção de moradias e lotes urbanizados;
- c) planos anuais e plurianuais de ações e metas;
- d) planos anuais e plurianuais de captação e aplicação de recursos;
- e) propostas e projetos oriundos do Poder Executivo relativos às ocupações, assentamentos e regularização de posse em áreas públicas e privadas de interesse social;
- f) programas de loteamentos populares;
- g) liberação de recursos para os programas e projetos decorrentes do Plano de Ação e Metas;
- h) diretrizes e normas de gestão dos recursos destinados à habitação, inclusive aqueles constantes do Fundo Municipal de Habitação, instituído pela Lei Municipal nº 7665, de 26 de dezembro de 1989.

II - Gerir o Fundo Municipal de Habitação (FMH).

III - Propor reformulação ou revisão de planos, programas e projetos de acordo com avaliações periódicas.

IV - Indicar aos órgãos competentes as áreas de interesse social do território do município a serem desapropriadas, para fins de implantação de Programas de Loteamentos Populares.

V - Elaborar seu Regimento Interno.

[....]

Art. 5.º - São, ainda, atribuições do CMH/JF, sem prejuízo da iniciativa de seus membros, avaliar as propostas do Poder Executivo Municipal, através de todos os seus órgãos, tanto da administração direta como da indireta, que tratem:

I - da Política Municipal de Habitação e da Política de Captação e aplicação de Recursos, contendo objetivos, diretrizes e prioridades das ações municipais para o setor;

II - do Plano de Ação e Metas, anual e plurianual, em consonância com o Plano de Captação de Recursos, contendo, inclusive, as linhas de financiamento à população;

III - do Plano de Captação de Aplicação de Recursos, anual e plurianual, contendo previsão orçamentária e de outras receitas, além de operações interligadas, operações de crédito e condições de retorno, política de subsídios, aplicações financeiras, inclusive com receitas do Fundo Municipal de Habitação;

IV - de aquisição de áreas para implantação de loteamentos populares;

V - da intervenção do Governo Municipal relativa à regularização de áreas, imóveis e assentamentos irregulares de interesse social;

VI - de urbanização e reurbanização;

VII - de construção e recuperação de conjuntos habitacionais ou de moradias isoladas;

VIII - de ações emergenciais;

IX - de contratação de assessoria técnico-urbanística (JUIZ DE FORA, 2001).

Como se denota, o Conselho possui amplas atribuições, as quais espelham as funções mencionadas no art. 1º da lei de criação do CMH, além da função consultiva, que não está expressa no dispositivo.

Quanto à sua composição, três segmentos estão presentes, sendo que cada um possui nove membros titulares e nove suplentes: (1) Poder Público Municipal; (2) entidades vinculadas à produção de moradia; e (3) sociedade civil. A estrutura organizacional é a seguinte:

Art. 2º - O Conselho Municipal de Habitação será composto por 27 (vinte e sete) membros titulares e igual número de suplentes, com representação do poder público, de entidades vinculadas à produção de moradias e da sociedade civil organizada, na seguinte forma:

I - 9 (nove) representantes de órgãos governamentais municipais, sendo:

- a) 1 (um) representante da EMCASA;
- b) 1 (um) representante do IPPLAN;
- c) 1 (um) representante da SMA, preferencialmente, da área de patrimônio;
- d) 1 (um) representante da SMG;
- e) 1 (um) representante da Secretaria Municipal de Saúde (SMS);
- f) 1 (um) representante da Secretaria Municipal da Fazenda (SMF);
- g) 1 (um) representante da Secretaria Municipal de Obras (SMO);
- h) 1 (um) representante de Órgão Municipal Ambiental;
- i) 1 (um) representante da Câmara dos Vereadores.

II - 9 (nove) representantes de entidades vinculadas à produção de moradias, sendo:

- a) 1 (um) representante do Clube de Engenharia de Juiz de Fora;
- b) 2 (dois) representantes da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), preferencialmente professores da Faculdade de Engenharia, sendo um do curso de engenharia civil e outro do curso de arquitetura e urbanismo;
- c) 1 (um) representante do Conselho Regional de Engenharia, Agronomia e Arquitetura (CREA);
- d) 1 (um) representante do Sindicato das Indústrias da Construção Civil de Juiz de Fora (SINDUSCON);
- e) 1 (um) representante do Sindicato de Engenheiros do Estado de Minas

Gerais (SENGE);

- f) 2 (dois) representantes do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção e do Mobiliário de Juiz de Fora;
- g) 1 (um) representante da Fundação Solidariedade Pró-Habitação.

III - 9 (nove) representantes da sociedade civil, sendo:

- a) 1 (um) representante do Centro de Defesa dos Direitos Humanos da Arquidiocese de Juiz de Fora (CDDH);
- b) 2 (dois) representantes de movimentos populares pela moradia;
- c) um representante das Cooperativas Habitacionais sediadas em Juiz de Fora;
- d) 1 (um) representante das Centrais Sindicais;
- e) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Norte;
- f) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Sul;
- g) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Leste;
- h) 1 (um) representante de entidades comunitárias da Região Oeste (JUIZ DE FORA, 1999).

Diferentemente de outros conselhos, que consideram a generalidade dos grupos não estatais como sociedade civil, os representantes de interesses associados ao mercado e às instituições técnicas ficam concentrados no segundo segmento do CMH, de modo que o terceiro grupo contempla movimentos sociais e associações de moradores, proporcionando um maior equilíbrio entre os setores. Percebe-se, então, a preocupação com a estrutura paritária e com a abrangência de diversos grupos da sociedade, o que demonstra um enriquecimento democrático.

É possível, ainda, que outras entidades, além das já previstas na legislação do CMH, possam ser integrantes do conselho, vide art. 2º §3º, da lei nº 9597. Porém, deve ser respeitada a proporção entre os segmentos, bem como comprovar a personalidade jurídica regularizada, a atuação na política de habitação há, no mínimo, dois anos e a aprovação pelo plenário do CMH por, pelo menos, 2/3 dos seus membros.

O modo de escolha dos representantes da sociedade civil se dá por eleição, com participação dos seus pares, em assembleia específica para este fim. O primeiro e o segundo mais votado ocuparão, respectivamente, as posições de titular e de suplente, consoante art. 4º da lei de criação.

Todavia, a participação da sociedade civil encontra alguns óbices à sua máxima efetividade. O art. 3º da Lei Municipal 9597/1999 fixa algumas exigências para a adesão de associações da sociedade civil, como: o registro de estatuto em cartório; a constituição há um ano, no mínimo; registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ); e a ata da sua primeira assembleia. Mesmo após seu ingresso no CMH, as entidades da sociedade civil se deparam com uma desigualdade de condições, principalmente em relação ao Poder Público, pois enquanto os integrantes das primeiras devem despender tempo e recursos financeiros de forma voluntária para participar, os representantes do segundo exercem a função no seu período de expediente e tal participação integra as atribuições do seu cargo. Apesar disso, os diplomas normativos ora em análise não estabeleceram mecanismos tendentes ao rompimento desse panorama.

Além da divisão conforme os segmentos, o CMH também possui uma estrutura voltada para seus aspectos operacionais, qual seja: plenária; mesa diretora; comissões permanentes de recursos/fiscalização e temáticas; e comissões provisórias. Enquanto a primeira é a unidade de deliberação em última instância do conselho, as demais dão suporte à atuação do órgão. É na plenária que os membros do CMH têm direito a voz e a voto. Suas reuniões podem ser ordinárias ou extraordinárias, sendo que aquelas devem ser realizadas, no mínimo, uma vez por mês.

Ainda que a composição do CMH busque contemplar o pluralismo sociocultural, o

regimento interno prevê em seu art. 24 que as sessões são públicas e, de acordo com art. 26, é reservado um tempo, nas reuniões ordinárias, para manifestação de cidadão ou de entidade existente no município que não integra o CMH (JUIZ DE FORA, 2001). No entanto, são previstas exigências que podem ser consideradas desarrazoadas, como a inscrição com antecedência mínima de 24 horas e o tempo de 15 minutos de fala a ser dividido proporcionalmente em caso de mais de um inscrito.

Portanto, infere-se a identificação do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora com a democracia participativa postulada por Boaventura de Sousa Santos, assim como alguns autores já detectaram com relação aos conselhos gestores em abstrato. Essa constatação se deve ao fato de haver um esforço no sentido de democratização das decisões acerca das políticas municipais de habitação. Contudo, existem elementos do desenho institucional do CMH que dificultam, especialmente, a participação dos membros pertencentes ao segmento da sociedade civil, de modo que se vislumbra uma limitação à máxima concretização do modelo participativo.

Considerações finais

O contexto de globalização neoliberal e de ascensão do fascismo social demanda reações advindas do campo sociopolítico. Nesse sentido, até a noção de democracia deve ser reconstruída, tendo em vista que o modelo representativo hegemônico tem se revelado insuficiente. Assim, faz-se necessário estimular iniciativas de redistribuição social, cuja premissa é a democracia participativa.

O Sul epistemológico possui um rico repertório de experiências participativas, as quais se pautam na criação de fóruns entre sociedade e Estado. Dentre tais arranjos, no Brasil, pode-se citar os conselhos gestores de políticas públicas.

Os conselhos gestores podem assumir diversas formatações, conforme as funções atribuídas, a composição paritária ou não, a escolha dos membros da sociedade civil, dentre outros fatores. Atualmente, é possível perceber um elevado grau de institucionalização de conselhos municipais do Brasil dedicados a algumas temáticas, como saúde e assistência social. Todavia, esse panorama não se aplica aos conselhos municipais de habitação, instalados em pouco mais da metade dos municípios brasileiros, sendo que nem todos estão ativos. Ressalta-se que referidos conselhos têm conexão direta com a ideia de gestão democrática da cidade, consolidada em diplomas normativos.

Tais dados demonstram a necessidade de uma investigação da efetividade e do funcionamento dos conselhos, uma vez que a mera existência legal pode não reverberar no mundo dos fatos. No entanto, antes de desenvolver uma pesquisa de campo, faz-se necessário avaliar o desenho institucional do órgão colegiado e as possibilidades ofertadas por ele. Essa foi a perspectiva que norteou este trabalho, pois a análise do desenho institucional do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora subsidiará os estudos futuros referentes à efetividade e à atuação da sociedade civil no plano fático.

Desse modo, com relação ao Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora, a presente pesquisa detectou as suas potencialidades no sentido de concretização da democracia participativa, visto que se trata de um órgão de partilha de poder, com atribuições que não se limitam à função consultiva e com participação da sociedade civil e do Poder Público. Além disso, a sua composição tripartite proporciona um enriquecimento democrático, pois viabiliza a participação de diversos setores da sociedade civil em geral. Da mesma forma, destaca-se a possibilidade de manifestação conferida a cidadãos e entidades que não integram o CMH, o que denota uma abertura em relação à comunidade e não apenas aos membros reconhecidos pelos diplomas regulamentadores do Conselho. Entretanto, algumas questões ainda limitam a atuação do Conselho, especialmente no que tange ao segmento da sociedade civil, sendo que o pleno

envolvimento desta é essencial para o paradigma participativo e, por conseguinte, para a democratização das decisões políticas.

Referências

- AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. **Opinião Pública**, Campinas, v. 14, n. 1, p. 43-64, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/op/v14n1/02.pdf>>. Acesso em: 03 set. 2018.
- AZEVEDO, Nilo Lima de. **Democracia e patrimônio cultural**: as práticas da gestão participativa em Juiz de Fora. 2007. 218 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 set. 2018.
- BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 06 set. 2018.
- BUVINICH, Danitza Passamai Rojas. O mapeamento da institucionalização dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, p. 55-82, fev. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v48n1/a03v48n1.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean et al (org.). **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 295-317.
- CUNHA, Elcemir Paço; GUEDES, Leandro Theodoro. Supremacia pequeno-burguesa no conselho municipal de desenvolvimento econômico de Juiz de Fora (2010 a 2014). **RACE - Revista de Administração, Contabilidade e Economia**, Joaçaba, p. 73-104, dez. 2017. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/race/article/view/15176>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- CUNHA, Eleonora Schettini Martins et al. Uma estratégia multidimensional de avaliação dos conselhos de políticas: dinâmica deliberativa, desenho institucional e fatores exógenos. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). **Efetividade das instituições participativas no Brasil**: estratégias de avaliação. Brasília: IPEA, 2011, p. 297-321. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/livro_efetividade.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.
- DONISETE, Denise Alencar. **Conselho Municipal de Assistência Social de Juiz de Fora**: trajetória híbrida, impactos ideo-políticos e prático-operativos. 2007. 140 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito**: As regras de inferência. São

Paulo: Direito GV, 2013.

FARIA, Claudia Feres; RIBEIRO, Uriella Coelho. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, Roberto Rocha (org.). **Efetividade das instituições participativas no Brasil:** estratégias de avaliação. Brasília: IPEA, 2011, p. 125-135. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/livro_efetividade.pdf>. Acesso em: 06 set. 2018.

GAIO, Daniel. O direito à cidade e o seu processo de institucionalização no Brasil. In: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; LOPES, Mônica Sette; NICÁCIO, Camila Silva (org.). **Eficiência, Eficácia e Efetividade:** Velhos desafios ao novo Código de Processo Civil, Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 236-250. Disponível em: <<http://www.initavia.com/ppgdufmg-linha-2/>>. Acesso em: 29 ago. 2017

GODINHO, Bárbara Campos. **Democracia participativa e conselhos municipais:** breve análise sobre o Conselho Municipal da criança e do adolescente de Juiz de Fora. 2013. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos municípios brasileiros 2017.** Rio de Janeiro: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101595.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2018.

JUIZ DE FORA. **Lei n. 9.597, de 27 de setembro de 1999.** Cria o Conselho Municipal de Habitação (CMH) de Juiz de Fora e dá outras providências. Disponível em: <https://jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023416>. Acesso em: 17 ago. 2018.

JUIZ DE FORA. **Portaria n. 3681, de 10 de janeiro de 2001.** Aprova o Regimento Interno do Conselho Municipal de Habitação de Juiz de Fora. Disponível em: <https://jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000011536>. Acesso em: 17 ago. 2018.

PEREIRA, Lucas Delage. **Os conselhos municipais como instrumento de democracia participativa:** análise do Conselho Municipal de educação de Juiz de Fora. 2014. 49 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. **A administração pública democrática:** institutos de participação popular na administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; AZEVEDO, Sérgio de; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: SANTOS JÚNIOR, Orlando Alves dos; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; AZEVEDO, Sérgio de (org.). **Governança democrática e poder local:** a experiência dos conselhos municipais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 11-56.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 3. ed.

São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 78, p. 3-46, out. 2007. Disponível em:
<http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/147_Para%20alem%20do%20pensamento%20abissal_RCCS78.pdf>. Acesso em: 03 set. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **As bifurcações da ordem**: revolução, cidade, campo e indignação. São Paulo: Cortez, 2016, p. 17-111.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39-82.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel. Introdução. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel (org.). **Demodiversidade**: imaginar novas possibilidades democráticas. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 17-50.

30. O DIREITO À EDUCAÇÃO E A FAMÍLIA: OS DESAFIOS DA DIVERSIDADE EM UM “ESTADO” DE DESUMANIDADES

RIGHT TO EDUCATION AND THE FAMILY: THE CHALLENGES OF DIVERSITY IN A "STATE" OF WEAKNESSES

Graziella Montes Valverde¹
Waleska Marcy Rosa²

Resumo

As diversidades trazidas pelas variadas formas de exclusão praticadas ao longo da história devem ser vistas com lentes favoráveis ao desenvolvimento subjetivo de cada ser. Os desafios encontrados pela negação das diferenças, enfrentados e criados pela família, escola e sociedade em um Estado extremamente capitalista é o objeto deste artigo. Do ponto de vista jurídico, a justificativa desse artigo reside na necessidade de avaliar se a frágil democracia na qual se encontra o Brasil hoje é também vista como um entrave à aceitação da diversidade, de modo a investigar se o Estado e a sociedade possibilitam ou dificultam esse processo. Quanto ao aspecto social, vislumbra-se a relevância de proporcionar a inclusão social e a plena aceitação das diferenças através das competências humanas em um Estado extremamente capitalista; papel que o Estado, as escolas, a família e a sociedade devem exercer conjuntamente para a transformação dos cidadãos. Portanto, deve haver um grande envolvimento destes atores, a fim de proporcionar meios exequíveis para a efetivação do respeito à diversidade e às diferentes capacidades humanas através da inclusão e do reconhecimento do outro. Logo, identifica-se a seguinte problemática a ser investigada neste trabalho: como se pode respeitar a diversidade e efetivar as capacidades humanas em uma sociedade de homogeneidades, padrões e preconceitos? O marco teórico é Martha Nussbaum e sua teoria que critica a educação para o lucro e não para as capacidades e competências humanas. O método de pesquisa realizado foi a revisão de literatura. Por fim, pôde-se concluir que há a possibilidade de se mitigar as barreiras da inclusão social em um país capitalista, se houver ações conjuntas do Estado, da família e da sociedade.

Palavras-chave: Educação; Diversidade; Sociedade.

Abstract

The diversities promoted throughout history must be seen with lenses favorable to the subjective development of each being. The challenges encountered by the denial of differences, faced and raised by the family, school and society in an extremely capitalist state is the object of this article. From a legal point of view, the justification for this summary lies in the need to evaluate whether the fragile democracy in Brazil today is also seen as an obstacle to the acceptance of diversity, in order to investigate whether the State makes this process difficult or difficult. As for the social aspect, the relevance of providing social inclusion and full acceptance of differences through the practice of the humanities is glimpsed; role that the State, schools, family and society must jointly play in transforming citizens. Therefore, there must be a strong involvement among the Government, schools, family and society in order to provide feasible

¹ Graduada em Administração e Direito. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação 2018 (PPGD) da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

² Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da UFJF.

means for the realization of respect for diversity and the humanities through the inclusion and recognition of the other. Therefore, we identify the following problem to be investigated in this work: how can one respect diversity and bring about the humanities in a society of homogeneities, patterns and prejudices? The theoretical framework is Martha Nussbaum and her theory that criticizes education for profit and not for the humanities. The research method was the literature review. Finally, it has been concluded that there is a possibility of breaking these barriers to social inclusion in a country if it joins forces and its society.

Key-words: Education; Diversity; Society.

Introdução

A diversidade existe desde à construção da civilização, porém o ser humano fez questão de padronizar comportamentos do Estado, das famílias e das escolas, gerando assim uma sociedade preconceituosa. Os costumes e padrões arraigados pela história são resistentes às mudanças.

O desrespeito à diversidade ocorre diariamente na sociedade brasileira e é um comportamento que deve ser analisado com a finalidade de ser modificado e eliminado. A resistência às diferenças étnicas, ainda em 2019, é traço marcante da maioria dos indivíduos.

Não é fácil conviver com uma pessoa com um nível cultural diferente, com uma linguagem diferente, com um biotipo fora dos padrões ditos normais, com uma religião diversa. A diferença incomoda porque, na verdade, pensa-se que todos devam obedecer a determinado padrão criado historicamente, que limita e aprisiona as várias formas de pensar.

Essa cultura de uniformização e normalidade deve ser convertida para a aceitação da diversidade e seus benefícios. O universo está em constante transformação e os seres humanos, também. Não se pode encobrir e tentar ocultar o que é diverso. Pelo contrário, deve-se aproveitar ao máximo o enriquecimento que a diversidade traz a cada um em sua construção humanitária.

Os desafios a serem enfrentados pela negação da diversidade são revelados através de práticas culturais, comportamento humano da família e da sociedade, da prática educacional, da omissão estatal ou dos seus procedimentos equivocados em uma democracia falha.

Como alcançar o respeito à diversidade e efetivar as capacidades humanas em uma sociedade de homogeneidades, padrões e preconceitos?

Para que uma nação se desenvolva social e democraticamente, torna-se necessária a prática da inclusão social e dos princípios da igualdade substancial, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Para a elaboração deste artigo foi utilizado o método de revisão de literatura. O marco teórico utilizado foi NUSSBAUM, em seu livro “Sem fins lucrativos: por que a democracia precisa das humanidades”, especificamente na teoria em que a autora critica a educação voltada para o lucro e não a educação pura ou a educação voltada para a democracia. Ensina a autora, que os cidadãos devem ser capacitados a se desenvolver enquanto cidadãos precipuamente.

A primeira seção do artigo demonstra a desarmonia da tríade Família, Estado e Escolas enquanto deveriam estar unidas para uma sociedade mais justa e desenvolvida. A segunda seção esboça a diversidade promovida pela evolução da Família e da sociedade contra a ineficiência Estatal na tênue Democracia, ineficiência que contribui para a negação desta pluralidade. A terceira seção traduz os reflexos de um Estado controlador, as novas famílias e a velha escola e a quarta revela a elevação da desigualdade através da ocultação da diversidade: escolas que aprisionam, famílias que não educam e Estado que se omite.

Para atingir os objetivos acima elencados, utilizou-se o levantamento bibliográfico, a fim de delinear o referencial teórico. Será analisado como o respeito à diversidade e o

desenvolvimento das capacidades humanas, se promovidas pelo Estado, família e sociedade, podem contribuir para o crescimento social e para uma democracia humana em um país.

Educação, Família e Estado: a escalada da desigualdade na diversidade

Foi estabelecido no artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Portanto, o Estado criará ou ao menos deveria criar aparatos para essa proteção. A escola é como se fosse o segundo lar dos educandos, já que permanecem por um longo período diariamente e por isso contribui na formação e desenvolvimento humano, porém a base precípua é, sem dúvidas, a família.

A educação não acontece somente na escola. A maioria das características que representam meu foco de estudo também deve ser estimulada na família, tanto nos primeiros anos da criança, como à medida que elas amadurecem. Parte de uma abordagem de política pública abrangente as questões que este manifesto levanta deve incluir a discussão sobre como apoiar as famílias na tarefa de desenvolver as capacidades das crianças (NUSSBAUM, 2015, p. 9-10).

Nota-se a importância de um trabalho conjunto do Estado, das escolas e da família para a construção de uma sociedade justa, igual e humanitária e que respeita o pluralismo epistemológico. Mas não é o que ocorre de fato.

Nas duas últimas décadas, as ciências sociais, a psicologia e o serviço social acumularam estudos sobre o tema famílias, mas poucas pesquisas foram realizadas com aquelas que convivem com a exploração, a miséria, o desemprego e as dificuldades próprias dos grandes centros urbanos no Brasil contemporâneo (ACOSTA e VITALE, 2015, p. 144).

Políticas de inclusão para as famílias devem ter um olhar mais cuidadoso do Estado para que se promova um incentivo à educação através de políticas públicas de desenvolvimento que contribuirão para a evolução das famílias, principalmente para as que se encontram em situação de vulnerabilidade. Quando isso não ocorre, o que se constrói é uma sociedade com mais excluídos e segregados, afetando diretamente a construção social de um Estado democrático.

Segundo Quadros (2012, p. 6) “todos nós somos seres autopoieticos (auto referenciais e auto reprodutivos”) e por isso cada um enxerga o mundo a partir de si mesmo, na medida do conhecimento do mundo que cerca cada um. Por isso, a educação é elementar para a formação de cidadãos que constituirão a sociedade moldada conforme a cultura educacional por ela praticada.

“A educação será promovida pelo Estado, pela família e com a colaboração da sociedade” conforme preceitua o artigo 205 da CF/88. Ocorre que a educação oferecida pelo Estado, na maioria das vezes é a educação voltada para o desenvolvimento econômico, para o lucro e para o mercado (um capitalismo indócil), quando deveria ser pensada para o desenvolvimento da cidadania democrática.

O que significa, então, para um país, progredir? De determinado ponto de vista, significa aumentar seu produto interno bruto per capita. Essa medida do desempenho nacional tem sido, há décadas, o principal critério utilizado por economistas desenvolvimentistas de todo o mundo, como se ela representasse adequadamente a qualidade de vida geral de uma nação (NUSSBAUM, 2015, p. 14).

Na visão da autora, a educação para o lucro impede que se realize a educação para uma

democracia estável e que se obtenha igualdade distributiva e social. De fato, quando o olhar se volta para o crescimento econômico, prioritariamente, as relações humanas e os direitos fundamentais tendem a ser esquecidos e cria-se um modelo segregador que gera mais desigualdades sociais.

As escolas possuem um alto grau de representatividade quando o assunto é diversidade, porque nelas se reúnem alunos de diversos lugares, cores, famílias, culturas, classes, sexos, religiões e costumes.

Especialmente nas escolas públicas, a disparidade é ainda mais notável e em maior número, pois nelas a heterogeneidade é a principal característica. Já nas escolas particulares há mais homogeneidade, o que dificulta muito o processo inclusivo, e propicia que se cultivem mais preconceitos e padrões elevando o nível de exclusão e desigualdade sociais.

Na própria Constituição existe abertura à produção de um sistema desigual e discriminatório. O artigo 209 autoriza a promoção do ensino pela iniciativa privada, desde que atenda aos requisitos e também aos princípios educacionais constitucionais. Ao fazer isso, o Estado abre mais uma porta para a exclusão, pois só se matriculará nas melhores escolas, que na maioria das vezes são as escolas particulares, aqueles alunos de classes mais favorecidas financeiramente. Desta forma, aquela criança que já tem uma origem privilegiada concorrerá com aquela menos abastada, de maneira beneficiada, tanto no vestibular como no mercado de trabalho.

Nesse sentido, poderá haver certo favorecimento às crianças de escolas privadas. Observa-se uma discrepância ao verificar os resultados do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica no Brasil (IDEB, 2018). Os índices das escolas privadas são maiores tanto nos anos iniciais e finais do Ensino Fundamental como no ensino Médio. Não só os índices atingidos são maiores, mas também a própria meta estabelecida pelo IDEB é maior para as escolas privadas.

Deste modo, o motor da desigualdade e da exclusão é aquecido pelo próprio Estado e não há nada a ser feito pelas famílias a não ser a busca pelas ações afirmativas como medidas que tentam minimizar as mazelas promovidas historicamente. O caminho à plena democracia se torna difícil e distante.

As democracias são frágeis, vivem conflitos, e estes podem fazê-la submergir. A democracia ainda não está generalizada em todo o planeta, que tanto comporta ditaduras e resíduos de totalitarismo do século XX, quanto germes de novos totalitarismos. Continuará ameaçada no século XXI. Além disso, as democracias existentes não estão concluídas, mas incompletas ou inacabadas. (MORIN, 2007, p. 109)

Com o crescimento da desigualdade social, econômica, política e cultural há também a escalada da diversidade e o distanciamento de um Estado verdadeiramente democrático. As diferenças criadas pela hegemonia de classes muitas vezes não são observadas, o que amplifica o processo de exclusão social.

A diversidade promovida pela transformação da Família e da sociedade contra a ineficiência Estatal na ténue Democracia

O Estado econômico, capitalista e conservador de direitos abre pequeno espaço a uma multiplicidade de conceitos fazendo ampliar os espaços jurídicos devido à grande presença de elementos heterogêneos e à subjetividade humana. O universo social e jurídico deve ser harmonizado conforme a construção social em constante mudança. Por isso, o Estado se vê obrigado a se adequar e acompanhar essas transformações societárias, para não ser dissonante.

Na visão de Acosta e Vitale (2015, p. 13) “a política social é chamada a considerar a

enorme diversidade de territórios desse país para produzir a integração e articulação da ação pública no território". Para as autoras (2015, p. 23-24) "a família é uma realidade complexa e em movimento. Pensar e repensar a família é uma exigência contínua".

O modelo jurídico de família trazido pelo Código Civil de 1916 foi aquele patriarcal, machista, monolítico, formado pelos pais, unidos pelo casamento civil e seus descendentes, mesmo que na realidade social já existissem variedades de formações familiares.

Com as constantes transformações sociais, políticas e econômicas, a CF/88 consagra uma concepção plural do direito de família superando o paradigma da unicidade familiar, modelo presente na sociedade brasileira até a promulgação da Constituição.

O Código Civil de 2002 consagrou diferentes arranjos familiares considerando as diversidades trazidas pelas evoluções e reafirmando princípios e normas constitucionais democráticas.

A família é a instituição basilar das gerações que formam a civilização. Toda base estrutural inicial de uma criança é sua família e seus moldes. A importância em se reconhecer princípios como o da igualdade jurídica entre cônjuges e filhos, pluralismo, solidariedade e afetividade familiar consiste em se obter um modelo mais sólido de alicerce para o desenvolvimento infantil.

Mesmo com todas essas tentativas em se modernizar as legislações brasileiras, algumas barreiras são encontradas quando a temática é a diversidade sócio-cultural-econômica. Além das leis e da própria CF/88 serem omissas ainda em diversas situações contemporâneas, a barreira atitudinal é um dos maiores obstáculos às mudanças comportamentais e transformações que se fazem necessárias a alcançar desenvolvimento humano e social em uma democracia tão plural. A negação da diferença é realizada diariamente pelos indivíduos, por isso, a mudança de comportamento das pessoas seria o passo crucial ao respeito à diversidade.

É uma relação de dominadores e dominados em um processo homogêneo que o Estado hegemônico articula tanto as escolas quanto as famílias a um pensamento linear castrador. Modelo que ofusca e embaça novas formas de pensar e de incluir o que é diferente, o que foge aos arquétipos padrões praticados ao longo da história brasileira. O Estado permanece dominador até mesmo sendo caracterizado pela CF/88 como um Estado Democrático de Direito. A uniformização faz-se necessária para o poder centralizado e hierarquizado do estado moderno.

Voltando à origem dos estados modernos e dos sistemas de controle do pensamento e dos corpos, devemos lembrar que estes estados desenvolvem um projeto uniformizador a partir de uma hegemonia. A modernidade ocidental caracteriza-se pela hegemonia de um grupo sobre os demais, subalternizados. Assim, uma imensa diversidade será ocultada (QUADROS, 2016, p. 13).

A ocultação da diversidade impede que se avance para a redução das desigualdades e o reconhecimento das diferenças. A ilusória democracia, em que se vive hoje, só conduz a um Estado mais desigual a cada dia. De acordo com estudo da Organização das Nações Unidas (ONU) o Brasil ocupava em 2017 (ONU, 2017) a décima posição no ranking da desigualdade social do mundo, hoje (ONU, 2018) ele está entre os cinco países mais desiguais do mundo. Esse aumento da desigualdade demonstra uma controvérsia aos princípios que regem um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, Santos (1999a, p. 2) identifica a desigualdade como um fenômeno socioeconômico e a exclusão como um fenômeno cultural, social e de civilização. O difícil processo emancipatório e humanizado da cidadania em uma sociedade tão diversa é mascarado pela aparente democracia. A exclusão cultuada ao longo dos tempos é um processo dificultoso de ser revertido ou até mesmo mitigado.

Com base no mesmo autor, observam-se indeterminações ao se articular a inclusão: “em condições de aceleração da história como a que hoje vivemos é possível pôr a realidade no seu lugar sem correr o risco de criar conceitos e teorias fora do lugar?” (SANTOS, 1999b, p. 22). A educação humanista e libertadora de Freire, (2002, p. 43) reitera que o importante é que os homens submetidos à dominação, lutem por sua emancipação. Importante aqui a educação libertadora ensinada pelo autor, pois ela será a base para a possível emancipação dos indivíduos que constituem a sociedade.

Nesse sentido, nota-se a necessidade de reforma por uma educação pura e de mudanças nas políticas educacionais através das ações estatais. Naura Ferreira defende a lógica gramsciana de um Estado ampliado (integral) que comprehende a articulação entre a sociedade civil e a sociedade política.

As relações sociais, sob a hegemonia das relações sociais capitalistas, neste início de milênio, se traduzem como resultantes das complexas e significativas mudanças no processo produtivo e, em decorrência, no conteúdo e nas formas do processo de trabalho até então vigentes. São alterações de toda ordem, que implicam, até mesmo, novos horizontes geopolíticos, sob a égide da mundialização da economia, e que trazem um traço característico intrínseco à exclusão social e à justificativa ideológica – o fim das ideologias e da história, apregoando o neoliberalismo como a única possibilidade de ajuste e de sobrevivência, ainda que a um elevado custo social [...] (FERREIRA, 2011, p. 23).

A diversidade trazida pela evolução das famílias e da sociedade exige uma postura mais ativa do Estado, que inclua programas de governo e políticas públicas para atender a essas minorias tão excluídas e indistintas.

O direito à educação deve avançar e transformar as pessoas em cidadãos, estimulando as capacidades e competências humanas para o alcance de uma sociedade mais solidária e justa. A diversidade humana deve ser reconhecida como uma riqueza em uma nação democrática.

Os reflexos de um Estado controlador, as novas famílias e a velha escola: implicações no direito à educação

Hoje, ao lado dos princípios da liberdade, da dignidade humana e da pluralidade familiar, o princípio da afetividade oxigena o conceito de família. A família é um dos conceitos jurídicos que mais sofreu alterações e avanços nos últimos anos (e ainda se encontra em constante mudança), devido aos valores e práticas sociais dos últimos séculos.

Apesar de ser instituída com uma nova roupagem no sistema jurídico, as entidades familiares precisam ser inseridas no contexto social de forma mais efetiva pelo Estado brasileiro. A padronização de comportamentos instituída ao longo da história impossibilita um avanço eficaz de forma a contemplar a diversidade cultural, social e econômica.

Trata-se do reconhecimento de que a família é realidade social e histórica que precede o direito positivo, e que, nada obstante isso, demanda sua apreensão. Esta não se confunde com a constituição de modelos fechados que engessem a realidade, mas, sim, na possibilidade de inserção no sistema jurídico de rationalidades a ele alheias como a priori, mas que se mostrem aptas a gerar efeitos no âmbito do direito (RUZYK, 2005, p. 37).

O Poder Judiciário evoluiu um pouco em sua contextualização para tentar acompanhar as demandas evolutivas das famílias, mas o conservadorismo ainda impera na cultura brasileira, tanto no âmbito do governo como na própria sociedade. A educação assume um papel vital para

a receptividade de uma sociedade tão diversa e plural. Essa cultura para a civilidade deve ser semeada não apenas na escola, mas essencialmente em cada família.

Neste contexto, Freire (2002, p. 11) afirma que não é apenas a educação que mudará os rumos da história, mas que a educação verdadeira (a problematizadora ou libertadora) conscientiza a respeito das contradições do mundo humano que impelem o homem a ir adiante. Esta seria a busca da emancipação social, de uma sociedade boa (emancipada) que respeita a diversidade em uma democracia efetiva, a qual é delineada por Boaventura de Sousa Santos.

Enquanto o Estado de Direito e a reforma judicial são, hoje em dia, tópicos de debate em todo o sistema-mundo, já toda e qualquer discussão acerca da emancipação social se vê suprimida pela globalização neoliberal, uma vez que, segundo esta, a ordem e a sociedade boas já estão conosco, carecendo apenas de consolidação (SANTOS, 2003, p. 11).

De fato, a consolidação dessa sociedade boa é um dos principais obstáculos à aceitação e ao respeito à pluralidade social. O aumento da diversidade e sua negação podem ser observados pelos movimentos de grupos minoritários lutando pela prevalência de seus direitos. Conquanto, em um Estado que se diz democrático, não deveria haver movimentos nesse sentido, já que a abrangência dos direitos deveria circundar a todos, à luz do princípio da igualdade substancial.

A supremacia estatal, que visa apenas o econômico e despreza o humanismo, se inclina ao desrespeito à democracia e seus fundamentos constitucionais. O Estado não promove modelos puramente educacionais, visa ao lucro acima de tudo. Não é à toa que tragédias anunciamas vêm ocorrendo com frequência no Brasil e tendem a continuar a acontecer. Quanto vale uma vida humana em relação à economia financeira por ela gerada?

É mais fácil tratar as pessoas como objetos manipuláveis se você nunca aprendeu outro modo de enxergá-las. Como disse Tagore, o nacionalismo agressivo precisa anestesiar a consciência moral; portanto, precisa de pessoas que não reconhecem o indivíduo, que repetem o que o grupo diz, que se comportam e veem o mundo como burocratas dóceis (NUSSBAUM, 2015, p. 24).

Nesse contexto, há notório aumento das desigualdades levando à produção de uma sociedade civil estratificada, em que os indivíduos já discriminados se tornam cada vez mais invisibilizados e excluídos do processo civilizatório. Transformar famílias e alunos em cidadãos e concretizar a sólida democracia não parecem ser as prioridades do instituído Estado Democrático de Direito do artigo 1º da CF/88.

A flexibilização da democracia tem crescido substancialmente nos últimos anos e principalmente no último processo eleitoral brasileiro. Mas não é de período pós constituição democrática apenas que se fala aqui. A sociedade brasileira sempre foi insegura e falha em suas escolhas políticas. Será por falta de interesse, por comodismo/conformismo ou por uma cultura de dominação histórica? Seja o que for, o cenário precisa mudar para que o país evolua no ranking do desenvolvimento humano e desça muitas colocações no da desigualdade.

O Brasil é um país com uma sociedade que não sabe ou não quer ainda ser uma democracia plena. Uma sociedade que não se preocupa com o amanhã, nem com a coletividade e sequer tem consciência política, o que dificulta o processo da efetivação da democracia.

Por isso, as famílias têm que evoluir, não apenas com novos e múltiplos arranjos, mas principalmente na educação de seus descendentes, para a transformação e o desenvolvimento social de capacidades e competências humanas.

É dever do Estado o desenvolvimento econômico, mas não há desenvolvimento

econômico sem o homem e quando se envolve qualquer indivíduo, é preciso que haja um paradigma mínimo e um modelo de desenvolvimento humano e social.

As escolas devem formar cidadãos para o pleno desenvolvimento e para o exercício da cidadania. Uma vida digna é o que qualquer pessoa precisa para se desenvolver em sociedade e para a sociedade. Não há que se falar em ordem e progresso como lema nacional, se o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo e seus representantes decidem congelar gastos com direitos sociais mínimos (Emenda Constitucional 95/2016).

O desafio educacional, tem se mostrado a cada ano que passa, com mais obstáculos. Não haveria que se esperar algo melhor de um Estado que, ao invés de aumentar os investimentos na educação, um direito fundamental social que emancipa e faz crescer o capital intelectual de um país, gerando maior desenvolvimento econômico-social, os reduz substancialmente através de uma emenda.

Na visão de MOREIRA (2007, p. 58), o Estado democrático tem como um de seus fundamentos o princípio da igualdade de oportunidades e por isso as ações estatais devem objetivar a criação de estruturas que propicie a participação igual de toda sociedade. E, aqui, há mais um óbice à inclusão social: o Estado não está investindo o capital público no básico.

A crise mundial da educação, de enormes proporções e de grave significado global é denominada por Nussbaum (2015, p. 3) como a crise silenciosa, que passa despercebida e compromete o futuro dos governos democráticos. Segundo a autora as humanidades e as artes estão sendo eliminadas, pois, os países preferem o lucro a curto prazo e não dão importância às competências indispensáveis para manter viva a democracia.

Toda sociedade, e, principalmente as famílias diretamente envolvidas com as questões educacionais devem buscar uma solução junto ao Poder Público a fim de que se efetivem as leis e de que se executem as normas. A educação não pode ficar à deriva como um simples direito fundamental social banalizado diante do sistema normativo.

Na visão de NUSSBAUM (2015, p. 25) quando um país quer favorecer a democracia humana e sensível ao povo, dedicada a promover oportunidade de “vida, liberdade e busca da felicidade” a todos, ele precisa gerar em seus cidadãos diversas capacidades: de raciocinar; de reconhecer; de se preocupar; de conceber; de julgar; de pensar e de perceber. Capacidades que transformarão sua sociedade em uma verdadeira democracia voltada ao ser humano subjetivamente e sua qualidade de vida.

A educação de uma nação é o motor que aquece e faz caminhar a democracia que será delineada conforme seu espelho educacional cultural.

A elevação da desigualdade através da ocultação da diversidade: escolas que aprisionam, famílias que não educam e Estado que se omite

Toda vez que se oculta algum problema, além de sua não resolução, cria-se outro problema que poderá gerar mais consequências ainda. Ao se tentar ocultar toda a pluralidade de gêneros, de culturas, de biótipos, de classes, de crenças, o princípio da igualdade será aplicado formalmente, sem observar o discrimen.

A diversidade deve ser considerada em seus detalhes e em cada caso. Ela pode variar inclusive com o tempo. O que é uma diferença hoje poderá ser comum e padrão amanhã. A tolerância e o respeito devem ser princípios em uma sociedade tão plural. A unidade humana deve ser observada no contexto da diversidade, como preceitua Edgar Morin:

Cabe à educação do futuro cuidar para que a ideia de unidade da espécie humana não apague a ideia de diversidade e que a da sua diversidade não apague a da unidade. [...]. É a unidade humana que traz em si os princípios de suas múltiplas diversidades. Compreender o humano é compreender sua unidade na diversidade, sua diversidade na unidade. É preciso conceber a

unidade do múltiplo, a multiplicidade do uno. A educação deverá ilustrar este princípio de unidade/diversidade em todas as esferas (MORIN, 2007, p. 55).

É preciso reformular o papel da educação para reduzir a negação da diversidade. As escolas são os locais onde mais se oculta a diversidade dos indivíduos. O sistema de ensino é todo padronizado e uniforme, como se todas as crianças fossem iguais em seu desenvolvimento. Martha Nussbaum (2015, p. 4) destaca a obsessão dos países pelo PNB (Plano Nacional Básico) em seus sistemas de ensino e suas limitações. No mesmo sentido, Saviani alerta para as diferenças.

Eis a grande descoberta: os homens são essencialmente diferentes; não se repetem; cada indivíduo é único. Portanto, a marginalidade não pode ser explicada pelas diferenças entre homens, quaisquer que elas sejam: não apenas nas diferenças de cor, de raça, de credo ou de classe, o que já era defendido pela pedagogia tradicional; mas também diferenças no domínio do conhecimento, na participação do saber, no desempenho cognitivo. Marginalizados são os “anormais”, isto é, os desajustados e dasadaptados de todos os matizes. Mas a “anormalidade” não é algo, em si, negativo; ela é, simplesmente, uma diferença. Portanto, podemos concluir, ainda que isto soe paradoxal, que a anormalidade é um fenômeno normal (SAVIANI, 1983, p. 20).

À exceção do tratamento diferenciado dispensado aos alunos com deficiência, os demais são tratados de forma homogênea de acordo com a idade e a série em que se encontra. Foi criado até o bloco pedagógico que não permite a reaprovação do aluno, para que não fique com defasagem na idade escolar.

Atualmente, normas como o [Pacto Nacional pela Alfabetização na Idade Certa \(Pnaic\)](#), assumidas pelos governos federal, estaduais e municipais, preveem que todas as crianças estejam alfabetizadas ao final do 3º ano do Ensino Fundamental. [O Plano Nacional de Educação \(PNE\) estipula o mesmo em sua meta 5](#) (MEC, 2017).

Essas padronizações são uma verdadeira forma de discriminação e falta de respeito com a pluralidade em um país com a dimensão do Brasil e com uma sociedade tão heterogênea. É uma complexa ocultação da diversidade e uma construção contínua de desigualdades.

Na obra que trabalha o conteúdo jurídico do princípio da igualdade pode-se perceber os riscos que são assumidos ao tentar igualar as pessoas de uma maneira formal, sem levar em conta suas subjetividades. A questão é diferenciar os iguais e os desiguais para que se haja um tratamento equânime entre os indivíduos.

Quem são os iguais e quem são os desiguais? A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade facilita a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (MELLO, 2013, p. 11).

A educação deveria ser completamente voltada ao estímulo das capacidades humanas e ao reconhecimento das multiplicidades como fonte de crescimento e engrandecimento de uma nação. Contudo, na prática diária o que ocorre de fato é o esquecimento de atitudes que se voltam para o ser humano como um indivíduo subjetivo e cheio de características próprias. Os detalhes que tornam cada um único e que preenche o mundo das diversidades, muitas vezes são

ocultados pelo Estado, pela família e por toda sociedade.

Cada vez mais, o ter está acima do ser para essa sociedade dotada de imperfeições e individualismos. As escolas, que deveriam ser o espaço para se aprender e ensinar a conviver com o outro e suas particularidades, são, às vezes, um modelo de exclusão com seus paradigmas padrões e seu olhar mirado na lógica de mercado, na educação para o lucro.

As escolas, principalmente as escolas particulares, podem gerar ainda mais desigualdades e a não aceitação da diversidade. Ferreira (2011, p. 63) afirma que “O caráter privatista do processo de educação vem se curvando cada vez mais à rígida lógica de mercado, o que torna difícil a compatibilização com o sentido emancipatório que se deveria esperar da educação.”

Observa-se, com isso, uma forte preocupação com o indivíduo apenas para a geração de renda e economia para o país, sem se preocupar como está a qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana.

Neste mundo onde o ter é mais importante que o ser, a máquina da exclusão caminha para o infinito, sem observar o outro ou o amanhã. O privado está além do público, o individualismo supera à coletividade e o padrão é o modelo ideal que não respeita o diferente ou as diferenças.

Conclusão

A negação à diversidade encontra-se muito presente e nociva ao desenvolvimento humano e social. Os indivíduos invisibilizados são excluídos fortemente do arquétipo histórico de uma sociedade hostil. A discriminação está em todas as partes, desde a família até o Poder Público, perpassando as escolas.

O Brasil possui uma tênue democracia que contribui para o retrocesso social. Um país em desenvolvimento necessita de mais educação para que o seu povo se emancipe socialmente e para que a sociedade seja mais justa, igual e livre. O Estado, por mais capitalista, deve investir nos indivíduos e em sua educação que é essencial à evolução da humanidade.

As famílias, ou melhor, as entidades familiares em geral, base de todo indivíduo, devem estruturar suas crianças com um olhar voltado ao futuro da nação e à coletividade humana.

Os desafios encontrados pela diversidade envolvem um repensar das famílias, da política educacional, da política social e econômica e de toda sociedade. No entanto, não há que se falar em inclusão sem investimentos em políticas públicas e no capital humano. Não há como pensar na educação apenas voltada para o lucro e nas famílias que não educam seus filhos.

Quando esses três setores se unirem para a prática de uma educação voltada para as competências humanas, para o reconhecimento das diferenças, para a aceitação do outro e para o respeito à diversidade e ao pluralismo nacional, o resultado será mais igualdade no mundo. Certamente, esse é o caminho para uma nação se desenvolver socialmente, respeitando a unidade e a diversidade humanas.

Referências

ACOSTA, Ana Rojas; VITALE, Maria Amália Faller (Org.). **Famílias: redes, laços e políticas públicas.** 6 ed. São Paulo: Cortez/Instituto de Estudos Especiais/PUC-SP, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 abr. 2018.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência.** São

Paulo: Direito GV, 2013.

FERREIRA, Naura Syria Carapeto, SCHLEENER, Anita Helena. Políticas Públicas e Gestão da Educação: polêmicas, fundamentos e análises.- Brasília: Liber Livro Editora, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 32. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.
IDEB. (**Índice de Desenvolvimento da Educação Básica**). Disponível em:
<http://ideb.inep.gov.br/resultado/>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MEC. **Ministério da Educação e Cultura**. Disponível em:
<https://novaescola.org.br/conteudo/5387/mec-e-cne-buscam-acordo-sobre-o-ciclo-de-alfabetizacao-na-base> . Acesso em: 05 mar 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed.São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro** / Edgar Morin; tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. – 12. Ed. – São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2007.

NUSSBAUM, Martha C. **Sem fins lucrativos**: Porque a democracia precisa das humanidades. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ONU. (**Organização das Nações Unidas**). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-esta-entre-os-cinco-paises-mais-desiguais-diz-estudo-de-centro-da-onu/>>. Acesso em:04 fev. 2019.

QUADROS, José Luiz, **Pluralismo epistemológico e modernidade**, Disponível em:
<<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com/2012/12/1274-pluralismo-epistemologico-e.html>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

_____. **O Novo Constitucionalismo Latino-Americano 2: rupturas – diversidade**. Revista eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva – Belo Horizonte, n.28, p.10-19, 2016.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Famílias simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional - Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. A construção multicultural da igualdade e da diferença. **Oficina do CES** n. o 135, Coimbra, Janeiro de 1999a.

_____. **Pela mão de Alice**. O social e o político na transição pós-moderna. 7. ed. Porto: Afrontamentos, 1999b.

_____. **Poderá o Direito ser emancipatório?** **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 65, maio 2003, p. 3-76.

SAVIANI, Dermeval. **Escola e Democracia: teorias da educação, curvatura da vara, onze teses sobre educação e política**/Dermeval Saviani. – 30. ed. – Campinas, SP: Autores Associados, 1995. – (Coleção polêmicas do nosso tempo; v. 5)

31. O FENÔMENO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS

Em busca de parâmetros objetivos e racionais para a caracterização do ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública nos casos de contratação irregular de servidores públicos

THE PHENOMENON OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE TEMPORARY HIRING OF PUBLIC WORKS

In search of objective and rational parameters for the characterization of the act of administrative improbity against the principles of Public Administration in cases of irregular hiring of public works

Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro

Resumo

Sob o paradigma pós-positivista, a motivação configura um elemento imprescindível para a concretização de qualquer ato estatal. Neste contexto, a produção científica alexiana é dotada de especial relevo, porquanto ancorada em uma racionalidade fundamentada. O ordenamento jurídico brasileiro está perfeitamente alinhado à perspectiva pós-positivista sob o prisma alexiano. Destarte, através de uma pesquisa eminentemente bibliográfica forjada sob um método de abordagem dedutivo, denota-se que a legitimidade do dimensionamento dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública pressupõe o emprego de parâmetros racionais e objetivos. A despeito disso, a realização de uma pesquisa empírica plasmada na análise de precedentes oriundos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais versando sobre o enquadramento da contratação temporária irregular de servidores públicos enquanto conduta ímproba, revela a prolatação habitual de decisões insuscetíveis de controle objetivo. Litígios desta natureza são recorrentes e a controvérsia jurídica subjacente a eles encontram disciplina detalhada na legislação em vigor. Ainda assim, a pesquisa empírica desenvolvida revelou uma absoluta falta de uniformidade no tratamento regularmente dispensado à referida temática. Diante desse quadro, sob a ótica da justificabilidade e por meio de uma pesquisa qualitativa, busca-se propor critérios aptos a fornecer justeza e segurança jurídica aos julgamentos sobre o assunto.

Palavras-chave: Pós-Positivismo – Motivação – Improbidade Administrativa

Abstract

Under the post-positivist paradigm, motivation constitutes an essential element for the accomplishment of any state act. In this context, the alexiana scientific production is endowed with special relief, because anchored in a reasoned rationality. The Brazilian legal system is perfectly aligned with the post-positivist perspective under the Alexian prism. Thus, through an eminently bibliographical research forged under a method of deductive approach, it is pointed out that the legitimacy of the design of acts of administrative improbity against the principles of Public Administration presupposes the use of rational and objective parameters. In spite of this, the realization of empirical research, based on the analysis of precedents from the Minas Gerais Court of Justice, concerning the framework of irregular temporary hiring of public servants as an impotent conduct, reveals the habitual occurrence of decisions that can not be objectively controlled. Disputes of this nature are recurrent and the legal controversy

underlying them finds detailed discipline in the current legislation. Nonetheless, the empirical research developed revealed an absolute lack of uniformity in the regular treatment given to this theme. In view of this framework, from a viewpoint of justification and through a qualitative research, it is sought to propose criteria capable of providing fairness and legal certainty to the judgments on the subject.

Keywords: Post-positivist – Motivacion - Administrative Improbity

Introdução

O presente trabalho tem por escopo examinar as bases teóricas pertinentes para o dimensionamento do ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública, investigando-se o tratamento regularmente dispensado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao enquadramento da contratação temporária irregular de servidores públicos enquanto conduta ímproba.

Trata-se de matéria fecunda, envolta por controvérsias e marcada por polêmicas, cuja análise implica repercuções tanto teóricas, por servir de contributo à estipulação de balizas para a delimitação do alcance dos atos ímparobos atentatórios contra os princípios administrativos derivados da contratação espúria de servidores públicos; quanto práticas, na medida em que, de acordo com a posição adotada, emergirão perfis absolutamente distintos na composição dos cargos públicos.

A pesquisa desenvolvida ostentará natureza qualitativa e assumirá contornos tanto teóricos quanto empíricos.

Na primeira parte da pesquisa, o método de abordagem da temática será o dedutivo e assumirá feição multidisciplinar, pela concatenação entre elementos pertinentes ao Direito Público e influxos da argumentação jurídica, em necessário e constante intercâmbio.

Neste momento, por meio de documentação indireta, mormente através da pesquisa bibliográfica, buscará delinejar os parâmetros teóricos legítimos para o dimensionamento dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública, sob o paradigma do Estado democrático de Direito.

Logo depois, o estudo desenvolvido volver-se-á para a coleta de dados consubstanciados em decisões judiciais que versem sobre a caracterização ou não de atos ímparobos lesivos aos princípios administrativos em decorrência da contratação temporária de servidores públicos para a consecução de atividades permanentes da Administração Pública sem prévia realização de concurso público.

Neste contexto, buscar-se-á investigar se os parâmetros regularmente empregados pelo Tribunal de Justiça mineiro para o dimensionamento dos sobreditos atos de improbidade administrativa atendem às diretrizes teóricas estabelecidas e proporcionam segurança jurídica.

Enfim, a partir dos resultados obtidos, a pesquisa assumirá feições nitidamente propositivas, endereçadas ao aperfeiçoamento dos critérios utilizados para o reconhecimento ou não dos atos ímparobos derivados da contratação irregular de servidores públicos.

A institucionalização da razão, plasmada na ampla e escorreita justificabilidade, bem como forjada enquanto critério de aferição de justiça na perspectiva desenvolvida por Robert Alexy, servirá de referencial teórico para dimensionar os contornos jurídicos apropriados em torno da caracterização dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública.

Para a consecução deste objetivo, a pesquisa percorrerá um itinerário em que se demonstrará os principais contornos da controvérsia historicamente experimentada acerca do paradigma filosófico subjacente às noções de Direito e Justiça e expor os caracteres mais marcantes do Pós-Positivismo.

Na sequência, buscar-se-á exprimir que o fenômeno da argumentação jurídica, a repaginação do perfil contemporâneo das normas jurídicas e a concepção da natureza dupla do Direito, além de se articularem entre si no processo de formatação do pensamento de Robert Alexy enquanto sistema, representam manifestação concreta do Pós-Positivismo.

Sob tal perspectiva, explicitar-se-á que as bases teóricas acima delineadas repercutem obrigatoriamente sobre todo o ordenamento jurídico, adquirindo especial relevo na órbita do controle de legitimidade dos atos públicos.

Desta feita, confrontar-se-á os resultados obtidos a partir da pesquisa empírica desenvolvida com as diretrizes teóricas supramencionadas e, consequintemente, avaliar eventuais inconsistências.

Os dados coletados até agora revelam que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem reproduzido acriticamente pseudo-entendimentos consolidados através de expressões normativas inócuas, cujo emprego tem sido incapaz de promover julgamentos uniformes.

Logo, a relevância da presente pesquisa se funda na necessidade de enfrentar este estado de apatia jurídica, através da construção de parâmetros objetivos e racionais para o delineamento dos atos de improbidade administrativa atentatórios contra os princípios da Administração Pública no âmbito da contratação temporária espúria de servidores públicos.

Em razão disso, objetiva-se apontar as reformulações necessárias para que o procedimento judicial alusivo à apuração dos atos ímparobos lesivos aos princípios da Administração Pública envolvendo a contratação temporária irregular de servidores públicos assuma natureza racional, segura e objetiva.

1. Pós-positivismo: origens, características e desafios

Ao longo da história, o paradigma filosófico subjacente às noções de Direito e Justiça sempre foi objeto de controvérsias e debates.

Os sofistas, artífices da construção da prática democrática ateniense, valorizavam a retórica e não tinham apreço a uma ideia intrínseca às coisas. Ao contrário da velha tradição pré-socrática, que buscava compreender a natureza das coisas, os sofistas creditavam à justiça a uma convenção social talhada entre os homens (MASCARO, 2016, p. 38).

Os socráticos, por seu turno, em sentido diametralmente oposto, enalteciam a busca pelos fundamentos ínsitos aos conceitos, de sorte que não reduzia a noção de justo ao nível das convenções (MASCARO, 2016, p. 40).

A mesma dicotomia é objeto de percepção entre o movimento epicurista e estoicista.

Segundo o epicurismo, o conceito de justiça é reflexo de uma convenção entre os homens; ao passo que de acordo com o estoicismo, a noção de justo se aproxima da moral, traduzida por meio de uma razão universal (REALE, 1999, p. 33).

Na Idade Média, a disputa acima permaneceu vívida, apesar de ter adquirido novos contornos, notadamente pela forte influência religiosa que recaiu sobre o Direito.

Com o advento da era moderna, o pensamento jusnaturalista foi oxigenado pela razão, mas conservou a mesma essência.

Ultimadas as revoluções burguesas, o direito natural, outrora revolucionário, “foi domesticado e ensinado dogmaticamente” (LOPES, 2000, p. 188). A partir daí, os ordenamentos positivos se encarregaram de relegar sutilmente os direitos naturais ao ostracismo.

Paralelamente a isso, a subordinação da validade do Direito positivo a um Direito natural, base do jusnaturalismo, foi de encontro ao perfil da sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo normativo.

No início do século XX, o Positivismo filosófico, plasmado na valorização incondicional da ciência neutra e invariável, foi incorporado pelo Direito e motivou a

dissociação entre elementos normativos e valores transcedentes.

Diante da demonstração de que a busca por um fundamento material do Direito poderia solapar a harmonia entre visões antagônicas de mundo, a alternativa concebida pelo Positivismo se voltou para a suplantação da base moral ínsita ao Direito natural por um sustentáculo estritamente formal.

Destarte, ao mesmo tempo que o formalismo foi o instrumento pelo qual se blindou o Direito contra o risco de absolutização de uma única visão de mundo, ele também foi a válvula por meio da qual tornou o Direito refém de qualquer conteúdo.

Nas palavras de Trivisonno, “morto o Direito natural, não há mais um critério, interno à Ciência do Direito, que torne possível julgar a legitimidade do conteúdo (matéria) do Direito positivo” (TRIVISONNO, 2008, p. 296).

Neste contexto, eclode o paradigma jus-filosófico consubstanciado no Pós-Positivismo.

Em linhas gerais, o Pós-Positivismo promove um reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito, ensejando uma reaproximação entre a Moral e o Direito.

As principais marcas do Pós-Positivismo são “a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2008, p. 47).

Neste panorama, o Pós-Positivismo busca solver o conflito até então existente entre as perspectivas positivista e jusnaturalista, por meio do manejo apropriado de técnicas de argumentação jurídica.

2. O pensamento de Robert Alexy enquanto sistema

2.1. Argumentação jurídica

Parafraseando Bustamante, a teoria da argumentação jurídica pode ser compreendida como “filha do Pós-Positivismo”, e representa uma evolução do pensamento jurídico contemporâneo na direção da racionalidade decisória plasmada na fundamentação (BUSTAMANTE, 2005, p. 56).

Neste universo, a teoria da argumentação desenvolvida por Alexy adquire especial destaque, porquanto, além do seu acentuado grau de sofisticação, apresenta-se em manifesta sintonia com os anseios que motivaram a eclosão do Pós-Positivismo.

A teoria da argumentação jurídica, sob a ótica alexiana, embora ostente natureza procedural, ergue-se sobre base conteudística mímina plasmada nos valores da igualdade e da liberdade.

Apesar do patente grau de sofisticação da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy, isso não a imuniza contra críticas nem lhe torna desprovida de deficiências.

Uma teoria prescritiva de regras acerca do comportamento humano, tal qual a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy, ostentaria manifesta falsidade se buscassem eliminar completamente toda e qualquer carga de subjetividade das decisões tomadas.

A natureza humana faculta autonomia aos indivíduos e isto, por si só, fecunda um gérmen de imprevisibilidade natural às relações sociais. Todavia, isso também não significa absoluta subserviência à incerteza e consequente inutilidade de qualquer tentativa de racionalização dos processos destinados a solver problemas práticos.

Diante deste dilema, a virtude do pensamento alexiano é patente, uma vez que, ao invés de aceitar irrefletidamente dogmas metafísicos ou se contentar com intelecções estritamente formais despojadas de valoração, enaltece um processo de justificação de diretrizes concebidas para garantir, na maior medida possível, a racionalidade das decisões.

De qualquer sorte, o sucesso da teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy pressupõe bases empíricas típicas de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, o sistema normativo pátrio vigente constitui celeiro propício para o desenvolvimento da teoria da argumentação jurídica alexiana.

Afinal, os valores consagrados enquanto cláusulas pétreas no texto constitucional em vigor, a exemplo da igualdade e liberdade, estão intimamente alinhados às bases axiológicas cultivadas pelo pensamento alexiano.

Aliado a isso, a estrutura dialógica enaltecida no âmbito da teoria da argumentação jurídica alexiana encontra guarida nos direitos fundamentais do acesso à justiça e do devido processo legal.

Finalmente, a importância da fundamentação é compartilhada tanto pelo pensamento de Alexy quanto pela Constituição em vigor.

2.2. A teoria dos princípios

O paradigma pós-positivista motivou o redesenho do perfil das normas jurídicas, bem como fomentou a valorização da hermenêutica.

As Constituições contemporâneas, aí incluída a Constituição brasileira em vigor, incorporaram explicitamente em seus textos elementos normativos umbilicalmente atrelados a valores, muitas vezes antagônicos entre si.

Em razão disso, sob a égide deste novo panorama normativo, naturalmente, instalaram-se colisões, reais e aparentes, entre diferentes visões de mundo, todas incorporadas nos textos constitucionais com o mesmo nível hierárquico (BARCELLOS, 2006, p. 36).

Tais circunstâncias, além de ensejarem uma repaginação das normas jurídicas, representam consequência inevitável do pluralismo, elemento constitutivo da democracia (CANOTILHO, 1998).

Paralelamente a isso, emerge a importância da interpretação enquanto “*atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas*” (GRAU, 2009, p. 211).

Nesse cenário, a ciência do direito hodierna outorga papel de destaque ao estudo dos diferentes tipos de norma jurídica, adquirindo especial relevo a distinção traçada entre regras e princípios.

Os estudos em torno da distinção entre regras e princípios congrega “*uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos*” e isso acarreta “*falta de clareza e polêmica*” (ALEXY, 2015, p. 86).

Todavia, malgrado se pretenda explorar todas as nuances acima no curso da pesquisa intentada, para os fins do ensaio em tela, apenas sufragar-se-á o entendimento esposado por Alexy no processo de distinção entre regras e princípios e, consequintemente, o perfil qualitativo da diferença operacionalizada (ALEXY, 2015, p. 90).

Em linhas gerais, as regras constituem mandamentos de definição, materializando-se por meio de normas que contêm determinações no âmbito do fática e juridicamente possível. Já os princípios configuram mandamentos de otimização, perfazendo-se por meio de normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2007, p. 68).

Não obstante, sob a perspectiva alexiana, tanto as regras quanto os princípios ostentam um caráter prima facie. Apesar disso, os contornos assumidos em casa um dos casos ostentam perfis totalmente diferentes.

O caráter prima facie das regras é mais brando e isso significa que elas só são superadas em hipóteses excepcionais.

Via regra, as regras possuem um caráter definitivo estrito; mas, excepcionalmente, elas podem, in concreto, ser descartadas. Para tanto, não só outorgar-se-á um peso maior a um princípio contrário à razão que sustenta a regra, como também demonstrar-se-á a superação dos

princípios formais, isto é, dos princípios que determinam a obediência às regras em virtude de terem sido criadas por autoridades legitimadas (ALEXY, 2005, p. 105).

Já o caráter prima facie dos princípios é mais acentuado e isso traduz a ideia de que eles só se realizam em determinada medida.

Logo, é comum um princípio perder espaço para outro, antagônico a ele, mediante um processo de sopesamento de ambos (ALEXY, 2005, p. 105).

Indubitavelmente, no Direito Brasileiro, Humberto Ávila é um dos principais estudiosos da temática em tela e, portanto, sua produção científica merece especial atenção.

Humberto Ávila inspira sua obra no pensamento alexiano. Porém, distorce o sentido atribuído por ele aos conceitos de subsunção e ponderação e isto gera uma confusão cuja amplitude extrapola as lindes terminológicas.

Aparentemente, Humberto Ávila comprehende a subsunção como sendo um processo mecânico de enquadramento lógico de uma situação fática a um enunciado normativo, cuja implementação adquire ares de simplicidade.

Todavia, segundo Alexy, a subsunção deve ser entendida em um sentido mais amplo que o usual. Para ele, referida técnica leva em conta aspectos teleológicos e axiológicos subjacentes à ordem jurídica, não se sujeitando a um mero automatismo.

A outro giro, Humberto Ávila sustenta que a ponderação configura uma técnica de valoração comparativa entre razões de decidir emanadas das normas jurídicas.

No entanto, para Alexy, a ponderação exprime um outro significado, consistente em um procedimento de pesagem de princípios jurídicos em rota de colisão.

Nas palavras de Silva, “ser passível ou carente de interpretação é uma característica de textos que exprimem tanto regras quanto princípios. Mas ser passível ou carente de sopesamento é característica exclusiva dos princípios” (SILVA, 2003, p. 617).

De qualquer sorte, apesar destes embargos terminológicos, a partir da difusão da dicotomia entre regras e princípios, fato é que a ponderação eclode como um dos principais instrumentos de satisfação da racionalidade.

Em linhas gerais, diante de uma situação concreta de colisão entre princípios, a identificação do princípio preponderante pressupõe uma análise de sopesamento. Neste processo decisório, são considerados o peso abstrato de cada um dos princípios em colisão e o grau de interferência em cada um deles nas condições fáticas sob análise (ALEXY, 2003, p. 139).

Sob tal lógica, busca-se outorgar controlabilidade aos julgamentos, bem como promover a justiça das decisões tomadas (TOLEDO, 2017, p. 39).

Esta ideia, todavia, não é objeto de consenso. Ao revés disso, é recorrente a crítica de que o sopesamento enseja o decisionismo, por lhe faltarem critérios racionais.

Porém, perfilhando o entendimento de Alexy, o sopesamento proposto por ele não acarreta qualquer irracionalidade nem implica um subjetivismo injustificado, especialmente porque deve ser obrigatoriamente fundamentado (ALEXY, 2015, p. 165).

Sem dúvida, a racionalidade alcançada por meio da ponderação não exclui, por completo, a subjetividade exercida na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Todavia, “exigir isso de qualquer teoria é exigir algo impossível” (SILVA, 2009, p. 147).

Inobstante a sua importância, a ponderação não constitui um instrumento apto para solver qualquer problema jurídico. Pelo contrário, o uso indiscriminado e, muitas vezes, equivocado, da ponderação deforma seu sentido e proporciona críticas contra ela.

Acima de tudo, o cerne de toda a problemática envolvendo a aplicação de normas jurídicas, seja por meio da ponderação, seja por meio da subsunção, repousa obrigatoriamente sobre a fundamentação.

2.3. A dupla natureza do direito

O Direito ostenta uma natureza dupla e consubstancial tanto uma dimensão real ou empírica quanto uma dimensão ideal ou crítica. A primeira dimensão comporta os elementos da emissão autoritativa, isto é, a produção legislativa pela autoridade competente, como também a eficácia social, ou seja, o respeito do Direito pela coletividade sobre a qual ele se impõe. Já a última envolve a pretensão de correção do Direito (ALEXY, 2010, p. 9).

As dimensões acima estão interligadas e revelam que a legitimidade do Direito está subordinada à conjugação dos princípios da segurança jurídica e da justiça, de modo que assegure não só a confiabilidade do direito positivo, como também a satisfação da justiça, materializada através de direitos fundamentais (TOLEDO, 2017, p. 41).

Neste processo, os valores acima, ao invés de contraditórios, assumem feição complementar; contribuindo, em igual medida, para a edificação de um sistema normativo baseado na racionalidade.

O alcance de um resultado equilibrado e racional constitui uma tarefa em construção permanente e se desenvolve por meio de um procedimento argumentativo fundado na justificação.

Neste cenário, o fenômeno da justificabilidade assume papel de redobrada relevância, uma vez que avalia o suporte do direito positivo, facilita sua alimentação com esqueleto na Justiça e baliza a relação entre o plano normativo e o anteparo moral e ético subjacente a ele.

Por um lado, o sistema normativo pátrio em vigor pressupõe o enaltecimento da razão, repudia a arbitrariedade e o subjetivismo, alinhando-se, pois, à perspectiva alexiana de análise do Direito.

Desta feita, a legitimidade da jurisdição, expressão de uma das facetas do Estado, está umbilicalmente atrelada à submissão do Poder Judiciário ao devido processo legal e, em especial, ao dever de motivação de toda e qualquer decisão prolatada.

Indubitavelmente, a motivação não pode ostentar feições meramente estéticas, ou seja, destituídas de conteúdo, pois tal estratégia fulminaria os anseios constitucionais traçados e a busca por justiça efetiva (SCHIMTZ, 2016, p. 415).

Em outras palavras, carecem de legitimidade subterfúgios argumentativos cujo emprego encobre veladamente convicções pessoais ou preferências políticas, sem qualquer elo com preceitos jurídicos válidos.

Por outro, a pretensão de correção ínsita ao sistema normativo somente se perfaz em prol da realização da justiça, cujo sentido está umbilicalmente atrelado à ideia de fundamentação.

Em outros termos, a correção ou não de uma medida está subordinada às razões subjacentes a ela (ALEXY, 1999, p. 106).

Certamente, a pretensão de correção não constitui garantia suficiente para que ordenamentos jurídicos imorais se instituam através do uso da força do Direito (TOVAR, 2017). Todavia, isso não significa que ela comporta qualquer conteúdo.

Sob o prisma do pensamento alexiano, a legitimidade da pretensão de correção pressupõe sua concordância com padrões de moralidade universal, fundados nos dogmas da liberdade e igualdade; sem prejuízo da avaliação de aspectos pragmáticos e éticos derivados do discurso jurídico enquanto caso especial do discurso prático geral (TOLEDO, 2014).

A dupla natureza do Direito repercute diretamente na argumentação jurídica desenvolvida no processo de fundamentação das decisões (KLATT, 2016, p. 43).

Aliás, tal conclusão acima nada mais é que um consectário lógico da natureza do discurso jurídico enquanto caso especial do discurso prático geral. Afinal, a partir desta tese, a argumentação jurídica, ao mesmo tempo em que deve ser reconduzida, com primazia, ao sistema normativo vigente – aí compreendidos os atos normativos, a dogmática e os precedentes

–, não descura de razões morais, éticas e pragmáticas, notadamente nas hipóteses de insuficiência ou irracionalidade do Direito positivo (ALEXY, 1990, p. 175).

2.4. Considerações finais

Parafraseando Toledo, a totalidade da produção científica alexiana explicita uma articulação entre todos os aspectos acima delineados materializada através de um ponto em comum entre eles: a institucionalização da razão (TOLEDO, 2017, p. 47).

Há uma inter-relação contínua entre argumentação jurídica, as diferentes facetas das normas jurídicas e a dupla natureza do Direito, voltada para o aperfeiçoamento da racionalidade da realidade normativa, tendente não só à regulamentação da vida social, mas também à justeza da disciplina instituída.

Neste contexto, a complementariedade entre o discurso prático e o discurso jurídico, em que um implica o outro, é igualmente experimentada na indissociabilidade entre regras e princípios na formatação de um ordenamento jurídico estável e justo, assim como revalidada pela natureza dúplice do Direito.

Enfim, a pedra de toque de todo o sistema se funda na exposição clara e densa de todo o raciocínio subjacente aos atos públicos, ou seja, na ideia de fundamentação.

3. Improbidade administrativa; contratação temporária irregular de servidores públicos e jurisprudência

A Lei de improbidade administrativa constitui uma das principais ferramentas à disposição do Poder Judiciário para combater ilegalidades e reprimir a prática de ilícitos.

A legislação em vigor contempla quatro categorias distintas de improbidade administrativa, prevendo, entre elas, o ato ímparo atentatório contra os princípios da Administração Pública.

A textura aberta da linguagem empregada na confecção da norma inscrita no artigo 11 da Lei 8.429 (BRASIL, 1992) constitui terreno fértil para controvérsias sobre o alcance e o sentido dela.

Neste cenário, a motivação subjacente à decisão prolatada constitui a principal garantia da submissão do Poder Judiciário aos ditames do Estado de Direito no processo de reconhecimento de um ato de improbidade administrativa ofensivo a princípios.

É cediço que o ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública pode se materializar em incomensuráveis situações fáticas.

Porém, independentemente das circunstâncias, as premissas teóricas deverão ser sempre as mesmas, em decorrência na necessidade de se preservar uma unidade normativa.

É natural que situações fáticas novas se submetam a um processo de amadurecimento antes da consolidação de posicionamentos.

Contudo, hipóteses tradicionais, em tese, deveriam dispor de tratamento uniforme.

Diante disso, a escolha da temática enfrentada no presente estudo é proposital, pois almeja examinar se a abordagem clássica sobre litígio recorrente atende aos parâmetros de justificabilidade exigidos e proporciona segurança jurídica.

Diante da vastidão de dados e dos limites temporais e humanos que envolveram o estudo em tela, a pesquisa sob comento se limitará à análise de acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no último triênio.

O objetivo inicial era escolher o Superior Tribunal de Justiça como sendo a fonte de coleta de dados, em razão do caráter nacional da referida Corte e do papel uniformizador da jurisprudência atribuída a ela no ordenamento jurídico vigente.

As circunstâncias acima, pelo menos em tese, proporcionariam maiores chances de

radiografar o entendimento jurisprudencial dominante no cenário nacional sobre a temática sob apreço.

Entretanto, deflagrada a pesquisa em consonância com a intenção original, foi detectado empecilho intransponível para a consecução deste objetivo.

A tendência atual do Superior Tribunal de Justiça, pelo menos nos últimos dois anos, tem sido a de se abster de apreciar o mérito das demandas envolvendo o objeto de estudo em tela, sob o fundamento de que ela implicaria o revolvimento de questões eminentemente fáticas.

A conclusão acima foi alcançada a partir da análise de 45 (quarenta e cinco) acórdãos.

O processo de seleção dos arrestos supramencionados se deu através do emprego das seguintes palavras-chave no sistema de busca de julgados do Superior Tribunal de Justiça: “improbidade [e] administrativa [e] concurso [e] público”.

O período de análise foi restrinido ao interregno compreendido entre 01 de janeiro de 2017 a 01 de agosto de 2018, uma vez que o propósito foi descortinar a tendência atual do Superior Tribunal de Justiça.

Diante da amplitude dos vocábulos empregados para a consecução da pesquisa, foram descartados 12 (doze) acórdãos, uma vez que eles versavam sobre objeto estranho ao do estudo em tela.

O universo remanescente, formado por 33 arrestos, revelou que o Superior Tribunal de Justiça reexaminou a matéria ventilada no recurso aviado em apenas 03 (três) julgamentos, ou seja, em apenas 10% dos julgados.

Portanto, a esmagadora maioria dos acórdãos (90%) não enfrentou o mérito da demanda, com esteio na verbete sumular n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Com efeito, os rumos da pesquisa foram alterados, redirecionando-se para o Tribunal de Justiça Inconfidente, com o propósito de radiografar o entendimento jurisprudencial dominante no âmbito das Minas Gerais.

A delimitação do objeto de inferência pautou-se pelo emprego das seguintes palavras-chave no sistema de busca de julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “improbidade [e] administrativa [e] concurso [e] público”.

A escolha dos vocábulos acima, além de ter obedecido ao mesmo padrão utilizado na pesquisa levada a efeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, foi proposital e almejou alcançar o maior número possível de julgados envolvendo a temática, mesmo ciente de que poderia resultar no descarte ulterior de parte dos dados coletados, porquanto estranhos ao objeto de pesquisa.

Em contrapartida, conforme já aventado, em virtude dos limites temporais e humanos subjacentes à pesquisa sob apreço, só foram analisados julgados cujo arresto tenha sido publicado no período compreendido entre 1º de janeiro de 2015 a 1º de agosto de 2018.

A delimitação temporal acima enunciada não trouxe qualquer prejuízo para a pesquisa realizada, especialmente porque o interesse precípua foi primar pela atualidade do entendimento jurisprudencial examinado.

Independentemente disso, o intervalo em questão, conforme adiante demonstrado, foi suficiente para atingir índices de saturação, facultando, a partir de regras de inferência, traçar a *ratio decidendi* subjacente à caracterização do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública em decorrência da contratação temporária de servidores públicos sem a prévia realização de concurso público.

Acima de tudo, através desta técnica metodológica, o estudo desenvolvido será suscetível de replicação, podendo ser testado por outros estudiosos que, eventualmente, busquem examinar a temática na esfera de outras Cortes de Justiça, a exemplo dos demais Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais.

Diante do interesse em restringir a pesquisa apenas ao exame de julgamentos de mérito, as classes de ações pesquisadas também foi objeto de delimitação, compreendendo apenas as

seguintes: “Ação Civil Pública”; Ação Civil-Proc. Ordinário”; “Ação Cv Improbidade Adm”; “Ap Cível/Rem Necessária”; “Apelação Cível” e “Embargos Infringentes”.

Em tese, em virtude do objeto da pesquisa, a filtragem poderia ser mais radical, restringindo-se à análise da classe “Ação Cv Improbidade Adm”. Porém, considerando a possibilidade de cadastramento equivocado das classes das demandas por serventuários da Justiça, optou-se por alargar o raio da pesquisa e evitar incompletudes.

Finda a pesquisa, restaram analisados o inteiro teor de 105 (cento e cinco) acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

A maior parte dos arrestos tratou do objeto de estudo em tela. Porém, conforme antevisto, diante da amplitude dos vocábulos empregados na coleta de precedentes, foram encontrados julgamentos destituídos de serventia para os fins desta pesquisa.

Ao longo do período analisado e a partir dos critérios de pesquisa retro detalhados, sobraram 63 (sessenta e três) arrestos com aptidão para exprimir os padrões regularmente utilizados para averiguar o que caracteriza um ato ímparo atentatório contra os princípios da Administração Pública em decorrência da contratação de servidores públicos sem a prévia realização de concurso público.

Neste universo, 36 (trinta e seis) arrestos reconheceram a prática de ato de improbidade administrativa em decorrência da contratação irregular de servidores públicos, isto é, sem prévia realização de concurso público; ao passo que o restante, ou seja, 27 (vinte e sete) arrestos entenderam o oposto.

Em decorrência disso, a análise empreendida descortinou a ratio decidendi de cada um dos acórdãos cotejando os parâmetros regularmente empregados nos arrestos analisados, com o escopo de averiguar eventuais inconsistências e riscos aos padrões de igualdade e segurança jurídica exigidos.

Em 13 (treze) demandas, houve o reconhecimento da prática de um ato ímparo apenas em decorrência da violação à exigência constitucional de realização de concurso público para provimento de cargos públicos efetivos.

Em contrapartida, em 10 (dez) ações, a conclusão foi diametralmente oposta, pautada no entendimento de que a contratação temporária de servidores para o desempenho de atividades permanentes da Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público implicaria mera irregularidade.

Indubitavelmente, houve diferença na complexidade da motivação desenvolvida em cada um dos arrestos acima. Porém, a essência dos fundamentos empregados no corpo dos julgados pertencentes a cada um dos grupos mencionados ressaiu contraditória.

O descumprimento de uma decisão judicial destinada a regularizar a situação jurídica de servidores serviu para justificar o elemento anímico do ato de improbidade administrativa em dois arrestos.

Todavia, esta mesma circunstância foi tida como insuficiente em outro julgado.

Igualmente incoerente foi o tratamento jurídico dado ao inadimplemento de obrigação voluntariamente assumida em termo de ajustamento de conduta.

Em 10 (dez) ações, o descumprimento acima aludido configurou o principal fundamento para o reconhecimento do ato ímparo. Porém, o mesmo não ocorreu em outras 03 (três) demandas.

Neste universo, não se ignorou que, no âmbito de 03 (três) acórdãos, houve o emprego de outros fundamentos para motivar o ato ímparo além do inadimplemento do termo de ajustamento de conduta. Sem embargo, tal detalhe não altera a conclusão de que padece de padronização segura o tratamento jurídico conferido à matéria.

Outra inconsistência verificada a partir da pesquisa se deu em torno de eventual amparo legislativo à contratação irregular de servidores.

A maior parte dos julgados que enfrentou esta temática compreendeu que a existência

de lei autorizando a contratação inviabilizava o reconhecimento da improbidade administrativa, por afastar a má-fé do agente público.

Porém, a mesma circunstância acima não recebeu o mesmo tratamento em outra ação, na qual a lei de amparo, tida como constitucional, não isentou de responsabilidade o agente público.

Em apenas 02 (duas) demandas, a pesquisa revelou que o ato ímparo não foi reconhecido em virtude de não ter sido comprovado algum benefício pessoal ou político em decorrência da contratação irregular de servidores públicos.

Contudo, fundado em raciocínio jurídico extremamente oposto, em 02 (dois) acórdãos, além de não ter sido exigido um propósito específico para a caracterização da improbidade administrativa, restou decidido que a responsabilidade sob apreço independe da má-fé ou de qualquer outro elemento subjetivo.

Neste panorama, diante dos dados coletados e devidamente resumidos, por meio de uma inferência descritiva derivada da amostragem acima enunciada, a conclusão alcançada foi a de que, no Estado de Minas Gerais, em hipóteses versando sobre a contratação irregular de servidores públicos em desacordo com os ditames constitucionais, situações fáticas semelhantes têm ensejado soluções jurídicas díspares.

Independentemente disso, todos os acórdãos analisados fizeram tabula rasa em torno do significado de cada um dos princípios supostamente violados, carecendo de qualquer tipo de aprofundamento sobre os critérios de reconhecimento de um ato ímparo lesivo aos princípios administrativos.

Aliás, é incomum o desenvolvimento de estudos ancorados em raciocínios jurídicos sofisticados versando sobre os contornos de atos ímpuros atentatórios contra os princípios da Administração Pública.

4. As novas balizas propostas

Diante das insuficiências dos critérios tradicionalmente adotados pela jurisprudência mineira para exprimir os contornos do caráter ímparo ou não da contratação temporária irregular de servidores públicos, busca-se propor parâmetros novos, racionalmente desenvolvidos sob o prisma da argumentação jurídica, para delinear comportamentos lesivos aos princípios da Administração Pública.

A primeira diretriz cunhada prima pela fixação de balizas de definição de cada um dos princípios da Administração Pública inscritos no texto constitucional em vigor e o papel desempenhado por eles no processo de caracterização do ato de improbidade administrativa (MARTINS, 2009).

Sob tal perspectiva, a pretensão é detectar aspectos normativos espalhados pela legislação vigente para dimensionar o alcance de cada um dos princípios acima enunciados no âmbito da contratação temporária de servidores públicos fora das hipóteses constitucionalmente admitidas.

Diante disso, os estudos desenvolvidos por Alexy em torno da dicotomia entre regras e princípios norteará a fixação de diretrizes, sobretudo porque o perfil assumido por cada uma destas espécies normativas impactará substancialmente nas conclusões alcançadas.

Por outra vertente, em virtude da relevância dos elementos morais e pragmáticos na formatação de qualquer decisão, inclusive jurídica, o estudo em tela buscará traçar critérios de interpretação dos deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, todos aludidos na conceituação legal do ato ímparo atentatório contra os princípios da Administração Pública.

Neste cenário, a compreensão do discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, assim como a inter-relação entre as duas facetas do Direito servirão de base teórica

para o delineamento normativo dos postulados acima.

Em seguida, enfatizar-se-á a autonomia da responsabilidade derivada da prática do ato de improbidade administrativa (OLIVEIRA, 2009, p. 416) e a consequente necessidade de instituição de um regime jurídico próprio de análise de sua amplitude.

A pedra angular do paradigma alexyano é a justificabilidade e somente o enquadramento adequado da improbidade administrativa dentro do sistema jurídico permitirá o desenvolvimento de uma motivação legítima.

Por derradeiro, a natureza do cargo preenchido por meio de uma contratação temporária espúria; o percentual de cargos providos por meio deste tipo de contrato; a existência ou não de termo de ajustamento de conduta entabulado para solver eventual irregularidade envolvendo a matéria; a existência ou não de decisão judicial enfrentando a problemática; a ciência dos gestores públicos acerca das irregularidades detectadas e as eventuais providências adotadas para solvê-las; o lapso temporal de duração da irregularidade; entre outros aspectos, serão objeto de sistematização concatenada com o perfil atribuído a cada um dos princípios da Administração Pública.

Diante das balizas criadas, todas elas devidamente materializadas através da motivação, a expectativa é que os julgamentos primem por mais justeza, facultem maior controle e exprimam maior segurança jurídica.

Conclusões

O paradigma pós-positivista enaltece o emprego da racionalidade no processo de formatação dos atos públicos e outorga à motivação a responsabilidade de explicitá-la.

Sob tal perspectiva, o manejo da produção científica alexiana enquanto referencial teórico proporciona o alcance equilibrado dos valores da justiça e segurança jurídica.

O sistema jurídico nacional se edifica sobre um Estado Democrático de Direito e, conseguintemente, preza pela sujeição dos atos públicos a um rígido controle de objetividade.

O controle de racionalidade sufragado pelo pensamento alexyano valoriza os aspectos normativos legalmente instituídos, mas não despreza as circunstâncias éticas e pragmáticas no processo de formatação de decisões.

A improbidade administrativa constitui uma ferramenta a serviço de anseios republicanos e, sobretudo a modalidade que busca tutelar os princípios regentes da Administração Pública, enseja a valorização da força cogente deles.

Não obstante, a conservação da legitimidade do instituto em tela pressupõe rigor científico e dimensionamento criterioso.

O ato de improbidade administrativa atentatório contra os princípios da Administração Pública pode se materializar em incomensuráveis situações fáticas.

Entretanto, diante das limitações temporais e humanas da pesquisa em tela, a investigação empreendida se limitou a um campo de incidência da improbidade administrativa: a contratação temporária irregular de servidores públicos.

A escolha da temática enfrentada foi proposital, uma vez que constitui um litígio recorrente no meio forense e, portanto, uma plataforma empírica dotada de aptidão para espelhar o tratamento regularmente dispensado à improbidade administrativa.

A análise de arrestos prolatados pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre referida problemática explicitou o emprego recorrente de uma motivação frágil e eivada de contradições e isto representa um sintoma convincente da necessidade de repaginação da temática.

Com tais considerações, mesmo ciente de que o recorte operacionalizado configura uma técnica metodológica que, malgrado necessária, restringiu sensivelmente o espectro de estudo da improbidade administrativa, reputa-se que a pesquisa em tela constitui uma iniciativa relevante para apontar rumos hermenêuticos racionais e seguros ao processo de

dimensionamento de atos ímparos lesivos aos princípios da Administração Pública envolvendo a contratação temporária irregular de servidores públicos, cujo delineamento é suscetível de replicação e aperfeiçoamento em outras órbitas de análise.

Referências

- ALEXY, Robert. *A Discourse-Theoretical Conception of Practical Reason*. In *Ratio Iuris*. Volume 5. n.º 03. December, 1992.
- _____. Conceito e validade do Direito. Organização: Ernesto Garzo Valdés, Hartmut Kliemt, Lothar Kuhlen e Ruth Zimmerling Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. *Constitucional Rights, Balancing and Rationality*. In *Raio Juris*, vol. 16, n.º 02, June. 2003, p. 131-140.
- _____. *Justicia como corrección. Traducción del italiano Giustizia come correttezza por Ana Inés Haquín, revisión técnica a cargo de la traductora y de Rodolfo Luis Vigo. Título original Gerechtigkeit als Richtigkeit, publicado em Ragion pratica, 1997/9, pp. 103-113, com traducción de Bruno Celano.*
- _____. Principais elementos da dupla natureza do Direito. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, jan./abr. 2010, p. 09-30.
- _____. Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão técnica e apresentação - Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- _____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.
- _____. Teoria dos princípios e aplicação do Direito. Org. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2ª edição. Belo Horizonte: Grupo Editorial Nacional, 2015.
- _____. *The Special Case Thesis*. In *Ratio Juris* vol. 12, n.º 4, December, 1999: Oxford: Blackwell Publishers.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. In SARMENTO, Daniel e GALDINO, Flávio. Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-60.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. 3ª edição revista. Editora Renovar. Rio de Janeiro: 2008.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação contra legem. A teoria do discurso e a

justificação jurídica nos casos mais difíceis. Editora Renovar. Rio de Janeiro: 2005.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5º edição. São Paulo: Malheiros, 2009

KLATT, Matthias. Legal Argumentation and the Rule of Law, edited by Eveline Feteris, Harm Kloosterhuis, José Plug, and Carel Smith, 27–46. 2016. The Hague: Eleven International Publishing.

LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito. 5º edição. Revista ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional. São Paulo: Forense, 2009.

REALE, Miguel. Horizontes do direito e da história. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Por que fundamentar, o que fundamentar, e como (não) fundamentar no CPC/15. In DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre. Normas fundamentais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). Salvador: Juspodvim, 2016, p. 411-450.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1. São Paulo, 2003, p. 617-630.

TOLEDO, Cláudia. O pensamento de Robert Alexy como sistema – argumentação jurídica, direitos fundamentais, conceito e validade do direito. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Pretensão de correção e "razões transcendentais ao direito positivo" no pensamento de Robert Alexy. Anais do Congresso Brasil-Alemanha de teoria do direito e direito constitucional: conceito e aplicação do direito em Robert Alexy. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno; Aziz Tuffi Saliba e Mônica Sette Lopes (Organizadores).

TOVAR, Alejandro Nava. Não positivismo e a pretensão de correção. In TOLEDO, Cláudia (organizadora). O pensamento de Robert Alexy como sistema. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. Fundamentação do Direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. In COELHO, Nuno Manoel Morgadinho Santos; MELLO, Cleyson de Moraes (Org.). O fundamento do direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogó. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p.295-310.

32. O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO E A INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

ESSENTIAL CORE OF THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO WORK AND THE INTERVENTION IN COLLECTIVE PRIVATE AUTONOMY

Shayna Akel Militão¹
Cláudia Toledo²

Resumo

O presente artigo trata de recorte de tema de dissertação de mestrado e tem o propósito de apresentar o contexto no qual se inserem as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, Reforma Trabalhista, em específico, no que trata do princípio da autonomia privada coletiva. Dentre as alterações, restou positivada a prevalência do negociado sobre o legislado, limitando-se, ainda, a atuação do Judiciário à intervenção mínima no princípio da autonomia privada coletiva. Partindo do estudo do processo de constitucionalização, da tese de Virgílio Afonso da Silva relativa à eficácia normativa das normas constitucionais; de análise das teorias de eficácia das normas constitucionais nas relações privadas, na qual o modelo de três níveis de Robert Alexy se mostra mais adequado; e, ainda, da defesa do direito fundamental social ao trabalho como direito subjetivo, aponta-se a importância da atuação judicial a fim de evitar a redução do direito fundamental social ao trabalho para além do núcleo essencial e, assim afetar a ordem social estabelecida na Constituição e a garantia da dignidade humana.

Palavras – Chave: Direito Fundamental Social ao Trabalho; Reforma Trabalhista; Princípio da Autonomia Privada Coletiva

Abstract

This article deals approaches a dissertation issue, and its purpose is to present the context in which the changes brought by Law 13.467/2017, Labor Reform, specifically, in what concerns the principle of collective private autonomy. Among the changes, was turned into legal text the prevalence of the negotiated on the legislated, being limited, also, the action of the Judiciary to the minimal intervention to the principle of the collective private autonomy. Based on the study of the Constitutionalisation process, Virgílio Afonso da Silva's thesis on the normative effectiveness of Constitutional norms, the analysis of the theories of efficacy of constitutional norms in private relations, in which Robert Alexy's 3-level model is more appropriate and the defense of the Fundamental Social Rights as Subjective Rights, it is pointed out the importance of judicial action in order to avoid the reduction of labor rights beyond the essential core and, thus, affect the social order established in the Constitution and the guarantee of the human dignity.

Key Words: *Fundamental Social Right to Work; Labor Reform; Principle of Collective Private Autonomy*

¹ Mestranda em Direito e Inovação - UFJF

² Professora Associada da Faculdade de Direito – UFJF

Introdução

Em novembro de 2017, entrou em vigor a Lei 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista. Referida Lei trouxe muitas alterações legais, tanto quantitativa, quanto qualitativamente, uma vez que alterou grande número de dispositivos legais e mudou, e em alguns casos extinguiu, a proteção dispensada aos trabalhadores.

Dentre tais alterações, a positivação da prevalência do negociado sobre o legislado se mostra uma das mais marcantes, tendo em vista que o art. 611-A elencou rol extensivo de direitos nos quais a norma negociada prevalecerá sobre a previsão legal.

Ainda, a nova legislação determinou que, na análise das normas negociadas, o Judiciário se atentará somente aos critérios de validade do negócio jurídico previstos no Código Civil, respeitando a intervenção mínima no princípio da autonomia privada coletiva.

Esta previsão, numa leitura superficial, pode acarretar a restrição da interferência do Judiciário nas relações trabalhistas e, consequentemente, a proteção insuficiente de direitos dos trabalhadores.

Baseando-se na tese de Robert Alexy, cujo representante nacional é Virgílio Afonso da Silva, acerca da eficácia normativa das normas constitucionais, entende-se que as normas que estipulam direitos fundamentais trabalhistas possuem eficácia normativa.

Partindo desta ideia, defende-se que tal eficácia ocorre também quando se trata de direito fundamental social nas relações privadas, trata-se do efeito horizontal dos direitos fundamentais. Assim, são analisadas as principais teorias sobre o modo como estas normas produzem efeitos sobre os particulares, para então defender o direito fundamental social ao trabalho como direito subjetivo, de modo que consiste em direito a prestações positivas, exigíveis também perante particulares.

Em seguida, são analisadas as mudanças na CLT sobre a negociação coletiva, em que há a valorização do exercício do princípio da autonomia privada.

O artigo tem, por fim, como objetivo geral a demonstração de que a previsão legal que limita o controle judicial ao princípio da autonomia privada não impede a eficácia das normas constitucionais. Estas, produzem efeitos sobre as relações entre empregador e empregado, exigindo que as restrições cumpram, portanto, os critérios da proporcionalidade, sob pena de serem invalidadas.

Entende-se, portanto, que o exercício da autonomia privada coletiva não pode ter como consequência a afetação do núcleo essencial do direito fundamental social ao trabalho. O exercício da autonomia privada coletiva não pode afastar o controle judicial da decisão que afeta o núcleo essencial. Na verdade, a atuação do Judiciário se justifica pela exigência do princípio da inafastabilidade da jurisdição e, também, pela proteção do núcleo essencial do direito do trabalho envolvido.

1. Eficácia das Normas Constitucionais

Neste tópico remete-se ao trabalho de Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, no qual o autor descontrói a noção de que haveria a classificação das normas constitucionais a partir de graus de normatividade em *programática, de eficácia limitada e eficácia plena*.

Com o objetivo de conceituar o *núcleo essencial*³ dos direitos fundamentais, o autor parte da noção de que as normas de direito fundamentais possuem suporte fático amplo, de

³ Utiliza-se o termo *núcleo essencial*, ao invés do utilizado pelo autor – *conteúdo essencial* – devido ao primeiro atribuir maior precisão técnica acerca da essencialidade do conteúdo. O núcleo, portanto, é composto pelo conteúdo necessário à existência do direito.

modo que toda e qualquer ação ou posição jurídica que tenha relação com a proteção da norma de direito fundamental está abarcada pelo seu âmbito de proteção. Deste modo, a priori nenhuma atividade ou posição está excluída da proteção do direito fundamental (SILVA, 2006, p. 25)

Conclui-se, portanto, que *direitos fundamentais são restringíveis*, de modo que incumbe àquele que o restringe o ônus argumentativo de justificação. (SILVA, 2006, p. 25)

Uma importante conclusão a partir dessa premissa consiste na separação dos direitos fundamentais de seus limites. Assim, afastam-se as teorias que defendem o suporte fático restrito, uma vez que não há condutas ou situações jurídicas excluídas a priori do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Com a teoria do suporte fático amplo, a definição do que é a priori protegido é o primeiro passo, de modo que a decisão do que é protegido definitivamente depende de um processo de ponderação. Assim, tem-se, a partir da teoria do suporte fático amplo, a diferenciação do que é protegido *prima facie* daquilo que é protegido definitivamente.

Está claro que a extensão daquilo que é protegido *prima facie* é maior do que será garantido definitivamente. Isso implica na relação existente entre o direito e sua restrição. Observa-se que esta relação não implica que a restrição seja abarcada pelo conceito do direito. Essa relação é extrínseca.

Desse modo, exige-se que a restrição ao direito *prima facie* protegido seja fundamentada, alcançando-se o direito definitivamente garantido. Caso contrário, não ocorrerá a consequência jurídica da norma, o que normalmente implica a inconstitucionalidade da restrição e a consequente proteção do bem jurídico protegido.

No recorte efetuado por este trabalho, qual seja, o direito fundamental social ao trabalho na perspectiva da irradiação de efeitos das normas constitucionais nas relações privadas, cabe tecer uma crítica ao conceito de suporte fático amplo trazido por Virgílio Afonso da Silva.

No texto *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, o autor afirma que:

A definição [de suporte fático] sustentava que, para toda ação, estado ou posição jurídica x, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção **estatal** não fundamentada constitucionalmente, deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção” (grifos acrescidos). (SILVA, 2006,p.35)

Partindo-se da noção de que direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos – dotados, portanto, de justiciabilidade –, e, ainda, de que são exigíveis perante particulares – efeito horizontal dos direitos fundamentais –, entende-se que o conceito de suporte fático deveria considerar a possibilidade de que qualquer ação, estado ou posição jurídica possa ser restrita por um particular. Por isso, defende-se que o termo estatal não deveria compor o conceito de suporte fático, uma vez que restringe as possibilidades de intervenção a um direito fundamental.

A partir da noção de âmbito de proteção *prima facie* e de restrição, é possível concluir que o *núcleo essencial* do direito fundamental é relativo, devendo ser alcançado na análise do caso concreto.

Virgílio defende que a noção do conteúdo essencial relativo é necessária a fim de manter a coerência argumentativa (SILVA, 2006,p42), uma vez que suporte fático amplo, possibilidades de restrições a esses direitos, inevitabilidade da colisão entre princípios e técnica da ponderação para solução desta colisão, são todos elementos que constroem a noção de relatividade no *núcleo essencial*.

Assim, conclui-se que as restrições aos direitos fundamentais consideradas

proporcionais – que passaram na análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – não ferem o *núcleo essencial* dos direitos.

Tecidas as considerações acima, pode-se finalmente alcançar a conclusão acerca da normatividade das normas constitucionais.

Concluindo-se que o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais e a restrição a elas imputada são conceitos diferentes, ainda que complementares, e, que, portanto, as limitações a estas normas constitucionais ocorrem *externamente* ao seu âmbito de proteção, não é possível afirmar a existência de normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada, conforme defendeu José Afonso da Silva.

Todas as normas constitucionais que têm conteúdo de direito fundamental são passíveis de sofrer restrição. A restrição não justificada, que não passa pelo teste da proporcionalidade, atinge o núcleo essencial do direito objeto da norma.

2. Teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas

Tendo em vista a força vinculativa das normas constitucionais, é importante tecer algumas considerações acerca das diversas teorias existentes acerca do modo como estas normas incidem sobre as relações privadas. As principais teorias são a da *incidência direta*, da *incidência indireta*, da *imputação do Estado* (*state action* e a teoria de Shwabe) e a teoria integradora de Alexy.

2.1. Teoria mediata ou indireta

O modelo de efeitos indiretos é o mais comum, inclusive utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso referência de irradiação de efeitos das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, o caso Lüth⁴. No caso, o presidente de uma associação de imprensa na Alemanha Erich Lüth, defendeu o boicote a filme do diretor Veit Harlan. Este, por sua vez, havia dirigido filmes de conteúdo anti-semita durante o regime nazista. O diretor ajuizou ação contra Lüth, requisitando indenização e o término do boicote. O caso foi decidido no Tribunal Constitucional, onde foi reconhecido que os dispositivos do Código Civil alemão deviam ser interpretados à luz dos Direitos fundamentais. A decisão, portanto, não se fundamentou na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Este modelo tem como premissa que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores que atuam como norte valorativo do ordenamento. Ainda, defende-se neste modelo que os direitos fundamentais atuam como cláusulas gerais, ou ainda, consistem em conceitos abertos que funcionam como portas de entrada dos valores constitucionais nas relações privadas.

As críticas ao modelo de eficácia indireta normalmente se voltam para refutar a ideia de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores. Virgílio Afonso da Silva explica a crítica de Habermas a esse modelo no sentido de que haveria uma substituição do juízo deôntico (“dever ser”) para o juízo axiológico (“bom”). O uso de direitos fundamentais como valores ao invés de normas, implica na perda da imposição de deveres claros aos destinatários. Valores são mais flexíveis e não são dotados de juridicidade. Direitos Fundamentais são previstos por normas jurídicas, dotadas, portanto, de juridicidade. O juízo deôntico, possui maior clareza quanto ao dever do destinatário, e segurança ao indivíduo, tendo em vista que atribui previsibilidade e quanto à conduta do terceiro e sua exigibilidade. (SILVA, 2008, p84)

Outra crítica apontada por Virgílio consiste na ideia de que não há cláusulas gerais suficientes para permitir a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas,

⁴ BVerfGE 7, 198

de modo que sua proteção seria prejudicada, insuficiente. É possível imaginar que as cláusulas gerais existentes não serão capazes de prever cada situação na qual seja necessária a proteção de direitos fundamentais. Assim, a exigência de tais cláusulas para a produção de efeitos nas relações privadas apresenta fortes evidências de insuficiência. (SILVA, 2008,p85)

2.2. Teoria imediata ou direta

A teoria da aplicabilidade direta entende ser desnecessária intermediação legislativa para que os direitos fundamentais sejam aplicados às relações privadas. Assim, tais direitos são exigíveis perante os sujeitos privados da mesma forma como são exigidos do Estado.

Esta teoria tem como defensor de maior expoente Nipperdey, segundo o qual os direitos fundamentais produzem *efeitos absolutos*, dispensando *artimanhas interpretativas* (SILVA, 2008, p85)

Virgílio Afonso da Silva faz importante ressalva apontando a distinção entre *efeitos absolutos* e *direitos absolutos*. Com a tese dos *efeitos absolutos*, Nipperdey pretende fazer contraposição à a tese firmada pelo Tribunal Alemão no caso Lüth, dos efeitos irradiadores dos direitos fundamentais.(SILVA, 2008, p89) Ou seja, o autor contrapõe a necessidade de intervenção legislativa para a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas.

O conceito de *direitos absolutos*, por sua vez, diz respeito a duas teorias principalmente, são elas: (i) direitos fundamentais são absolutos, porque são imutáveis no tempo – esta ideia se alinha à teoria jusnaturalista; (ii) direitos são absolutos porque são irrestringíveis. Entretanto, como já destacado acima, a noção de direitos fundamentais como absolutos pode intuitivamente gerar a impressão de maior proteção. Porém, partindo-se do pressuposto de direitos fundamentais como princípios, é impossível negar a possibilidade de colisão e sua necessária restrição. Assim, direitos absolutos não são coerentes com a ideia de princípios e proporcionalidade.

Por fim, cabe ressaltar as críticas voltadas a essa teoria no sentido de retirar a autonomia do Direito Privado e, consequentemente, um de seus pilares mais importantes: a autonomia privada. Sabe-se que o Direito Privado é fundado na proteção do indivíduo perante o Estado, garantindo ao primeiro o âmbito de poder de tomada de decisão, no qual pode, inclusive, afastar a incidência de direitos fundamentais.

A relação da autonomia privada com os demais direitos é ainda pouco esclarecida e explorada na doutrina. Uma vez que o indivíduo é dotado de autonomia, possui a capacidade de se autodeterminar, o que o permite renunciar a direitos fundamentais. Ainda é incipiente o estudo acerca da extensão do exercício da autonomia na renúncia de direitos permitida pelo Estado. No caso do direito do trabalho, por exemplo, diariamente negociações coletivas realizam transações de direitos fundamentais a partir do exercício da autonomia privada coletiva.

A aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode, portanto, interferir no exercício da autonomia privada a ponto de eliminá-la. A análise, portanto, é de grau de interferência no direito à autonomia privada. Não há espaço, no entanto, neste trabalho, para estudos neste sentido.

2.3. Teorias estatais

Além dos modelos descritos acima, há duas teorias que, aparentemente, negam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas o fazem equiparando as ações do particular às do Estado ou responsabilizando o Estado pelas ações do ente privado. Tais ideias foram desenvolvidas na Alemanha por Jürgen Schwabe, conforme desenvolvido em sua obra Probleme der Grundrechtsdogmatik (SILVA, 2008,p104) e nos EUA é chamada de “*State*

Action”.

A teoria da “*State Action*” consiste na incoerência entre a teoria e a prática dos tribunais. Enquanto, no campo teórico, mantém-se o paradigma liberal no sentido de negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, valorizando a liberdade do indivíduo, a prática não sustenta tal postura. Nos tribunais norte-americanos, o que se vê é a construção artificial de saída através da equiparação da ação privada à ação estatal, para justificar a atuação judicial. (SILVA, 2008,p100)

A teoria de Schwabe, por sua vez, entende que as posturas dos particulares não são responsabilidade do Estado, nem sujeitas aos direitos fundamentais. Porém, os efeitos dessas atitudes são responsabilidade do Estado. Assim, segundo essa teoria, o controle judicial de imputação da responsabilidade do Estado sobre as ações privadas se dá em virtude dos efeitos dessas ações.

Para que a violação de um particular seja vinculada ao Estado, atribuindo a este a responsabilidade pela restrição ao direito fundamental, é preciso que haja omissão. Assim, quando um particular viola direito fundamental de outro e sobre a matéria em questão não há lei a respeito, o Estado será imputado. Porém, caso haja alguma norma infraconstitucional a respeito, o particular será responsável.

Ambas as teorias, da equiparação e da imputação, são criticadas pela evidente artificialidade em que se desdobram para argumentar a favor da responsabilidade do Estado a respeito da violação de direitos fundamentais por particulares. A artificialidade é demonstrada quando ambas atribuem ao Estado condutas estritamente privadas.

A teoria da state action, equipara condutas de particulares à conduta do Estado em momento posterior, com a evidente finalidade de atribuir uma afetação a direito fundamental, sem que haja critérios pré-definidos. (SILVA, 2008, p106). Observa-se que o argumento tem natureza teleológica, fundamentado na finalidade de controle dos atos privados a partir da equiparação indiscriminada.

A artificialidade da teoria de Schwabe se apresenta na imputação de efeitos de toda e qualquer ação privada que não tenha sido proibida pelo Estado.

2.4. O modelo de Alexy

Alexy critica os modelos acima descritos no sentido de que a partir deles podem ser alcançados resultados equivalentes. Segundo o autor, “duas construções jurídicas são equivalentes em resultado se todo resultado que pode ser obtido no âmbito de uma puder também ser obtido no âmbito da outra”. (ALEXY, 2015,p531)

Entende o autor que tais teorias não devem ser descartadas uma vez que são incompletas. Assim, o modelo de três níveis elaborado por Alexy compreende todas as teorias que tratam de como os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações privadas.

No primeiro nível, do dever estatal, encontra-se a teoria dos efeitos indiretos. O dever estatal origina-se no fato de que a aplicação de todos os ramos do direito deve observar as normas de direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores (ALEXY,2015, p533). Ou seja, na aplicação da legislação infraconstitucional e, ainda, na sedimentação da jurisprudência, o juiz deve observar a vinculação a tais princípios.

O segundo nível trata dos direitos em face do Estado que têm efeitos perante terceiros. Alexy observa que é necessária uma conexão entre o dever de cumprimento dos direitos fundamentais como ordem de valores e a necessidade de cumprir esse dever no caso concreto. Tal conexão implica o fato de que se o Estado descumprir uma norma de direito fundamental estará ferindo um direito subjetivo do particular. A partir dessa construção, garante-se ao cidadão o direito de exigir do Estado a proteção do princípio constitucional que lhe seja favorável.

O terceiro nível trata dos efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados. Primeiramente, é importante observar que os efeitos diretos não significam que o cidadão tem em face de outro cidadão o mesmo direito que tem em face do Estado. Não significa, tampouco, que o cidadão pode requerer uma obrigação de outro cidadão assim como pode requerer do Estado (o cidadão não pode demandar a elaboração de uma lei de outro cidadão, por exemplo).

Porém, há direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências nas relações privadas que são fundamentados nos direitos fundamentais, de modo que estes produzem efeitos diretos nas relações entre cidadãos. Ou seja, os direitos fundamentais atuam como razões para direitos e obrigações nas relações privadas em virtude da sua existência. Caso tais direitos não existissem, não haveria efeito nas relações privadas. (ALEXY, 2015, p.539)

3. A aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais ao trabalho

Após a análise acerca das teorias da eficácia das normas constitucionais, mostrou-se a superação da teoria da distinção das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada. Conforme ensina Virgílio Afonso da Silva, as normas constitucionais, partindo da teoria dos princípios, possuem suporte fático amplo garantindo proteção aos direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado.

No que trata da irradiação de efeitos nas relações entre particulares, casos em que ambas as partes são detentoras de direitos, viu-se que há diversas teorias que tratam do tema – teoria mediata, imediata e estatal (“State Action” e teoria de Schwabe). Viu-se que Alexy cria um modelo em três níveis no qual abarca todas as teorias, enquadrando cada uma em situações adequadas, pretendendo assim alcançar a completude no que trata do modo pelo qual se dá a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros.

Agora, pretende-se desenvolver o tema acerca da vinculação de direitos fundamentais sociais nas relações privadas, em especial, os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

No caso do direito fundamental social ao trabalho, é possível perceber que há a geração de direitos e deveres na relação entre trabalhadores e empregadores. Como Alexy apontou no terceiro nível de seu modelo, as normas de direitos fundamentais atribuem direitos e não-direitos, obrigações e não-obrigações nas relações privadas.

Assim, quando a norma de direito fundamental institui o direito ao salário, por exemplo, gera efeitos na relação empregatícia no sentido de que o trabalhador tem o direito subjetivo de recebimento de salário pelo período trabalhado. Caso não haja o cumprimento dessa norma, seu suporte fático será atingido (neste exemplo é fácil perceber que o particular feriu o âmbito de proteção da norma e não o Estado). Tal descumprimento, quando não justificado, fere o núcleo essencial do direito ao recebimento de salário pelo trabalhador. Assim, faz-se necessária a intervenção do Judiciário para a proteção do núcleo essencial do direito ao salário do trabalhador.

A partir dessa construção, pretende-se defender a atuação do Judiciário na garantia de direitos aos trabalhadores, diante das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, no caso da possibilidade de criação de normas a partir da autonomia privada coletiva.

4. A Reforma Trabalhista e a autonomia privada coletiva

A lei 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista, promoveu diversas mudanças na *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*, alterando e até extinguindo direitos há muito garantidos aos trabalhadores.

Dentre as mudanças, destaca-se a positivação da prevalência do negociado sobre o

legislado, de modo que as normas elaboradas pelos trabalhadores na negociação coletiva prevalecem sobre as normas estatais.

Ressalta-se que a Constituição já previa três hipóteses nas quais a norma negociada prevalecia sobre a norma estatal, são elas: irredutibilidade do salário, art. 7º, VI; duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, art.7º, XIII; jornada de seis horas para o turno ininterrupto, art. 7º, XIV.

Com a redação do art. 611-A, as normas coletivas prevalecem sobre a previsão legal em quinze hipóteses. Deste modo, percebe-se o movimento de flexibilização das normas a fim de valorizar o exercício da autonomia privada coletiva.

A flexibilização, ao elencar novos direitos passíveis de negociação coletiva, na verdade, abre espaço para a precarização das relações trabalhistas, no sentido de que os trabalhadores aceitem reduções de garantias legais, dado que não há impedimentos de que normas coletivas estabeleçam melhores condições aos trabalhadores (KREIN, 2017,p19)

Reforçando o caráter flexibilizador da reforma, destaca-se o §3º do artigo 8º da CLT, no qual se lê:

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo **princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.**(grifos acrescidos)

Assim, a valorização do exercício da autonomia e a liberdade de negociação dos particulares reduzem a intervenção estatal. O discurso de flexibilização impõe a necessidade de adaptação das normas ao mercado, de modo que o Estado deve ser mais flexível, menos rígido e, consequentemente, menos presente nas relações.

O exercício da autonomia privada, portanto, seria o meio de adequar as normas às relações específicas, adaptando ao contexto e condições do mercado.

Numa primeira leitura, pode-se entender que o controle judicial sobre as normas autônomas elaboradas através da negociação foi reduzido aos requisitos formais de validade do negócio jurídico previstos no Código Civil.

Ao fazer isso, o legislador desconsiderou a evidente assimetria entre as partes no caso específico de uma relação trabalhista.

Entende-se, e aqui se quer defender, que a previsão legal de intervenção mínima na autonomia privada coletiva não retira o dever estatal de controle. Como visto no início do texto, as normas constitucionais possuem eficácia sobre as relações privadas, de modo que qualquer limite ou restrição aos direitos trabalhistas pode gerar afetação ao núcleo essencial do direito fundamental social ao trabalho e, por isso, necessita de justificação, devendo cumprir os requisitos da proporcionalidade.

Por exemplo, o inciso V do citado artigo 611-A, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, prevê a supremacia do negociado sobre o legislado no caso de plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança.

Assim, ainda que a Lei determine a intervenção mínima no princípio da autonomia privada, o Judiciário não pode se abster, quando demandado, de observar o cumprimento do núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho e demais direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Não havendo justificativa proporcional para a restrição do âmbito de proteção da norma, é dever do Judiciário invalidar a norma coletiva.

Quando não há justificativa suficiente e/ou a restrição do direito é além do núcleo essencial, o Judiciário tem o dever se interferir, sob força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88.

5. Conclusão

Este artigo buscou traçar o panorama geral do tema acerca das mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 no que tange ao controle judicial sobre o exercício da autonomia privada coletiva.

Para tanto, traçou-se como premissas a natureza do direito fundamental social ao trabalho, assim como a eficácia das normas constitucionais nas relações privadas.

A partir do modelo de três níveis de Alexy, entendeu-se que as normas de direitos fundamentais geram efeitos imediatos nas relações privadas, conforme o nível três do modelo.

Deste modo, o direito fundamental social ao trabalho e demais direitos fundamentais sociais geram direitos e não direitos, obrigações e não obrigações aos trabalhadores e empregadores, atribuindo-lhes direitos subjetivos.

Dentre as mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017, foi dada expressiva relevância à supremacia das normas coletivas sobre as normas legais, de modo que o exercício da autonomia privada coletiva sofra intervenção mínima do Estado.

Ocorre que, a partir da eficácia imediata das normas constitucionais, o Poder Judiciário não pode ficar inerte no caso de infração ao núcleo essencial dos direitos dos trabalhadores, ainda que por meio do exercício da autonomia privada.

O trabalho teve como pretensão, vale observar, ressaltar a produção de efeitos das normas constitucionais sobre as relações trabalhistas, ainda que a nova legislação aparente afastar o controle judicial sob o manto do princípio da autonomia privada coletiva.

Sabe-se que a discussão é ampla e requer maiores digressões. O trabalho limitou-se a tratar da produção de efeitos das normas constitucionais nas relações trabalhistas, estabelecendo o núcleo essencial como limite máximo ao exercício da autonomia.

Não foi abordada, neste sentido, a extensão do exercício da autonomia privada coletiva quando em colisão com direito fundamental. No caso do direito ao salário, por exemplo, não se pretendeu analisar os níveis e os critérios de aferição do grau de afetação da autonomia privada no direito fundamental ao recebimento ao salário. Trata-se de objeto para outra oportunidade.

Referências

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

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1^a ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado** 4(2006). p23-51

KREIN, José Dari. e outros (orgs). Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista. Campinas, 2017. Disponível em: https://www.ael.ifch.unicamp.br/pfael/publicfiles/noticias/arquivos/dossie_cesit_contribuicao_critica_a_reforma_trabalhista.2017.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019..

33. O PROCESSO DE CURATELA A PARTIR DO ADVENTO DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Aline Araújo Passos¹

Letícia Ladeira Sirimarco²

Sumário: 1. Aspectos introdutórios à análise da curatela; 2. A evolução da esfera existencial da curatela; 3. As alterações sofridas pelo processo de curatela; 3.1 Natureza jurídica; 3.2 Legitimidade ativa; 3.3 Competência; 3.4 Principais aspectos do procedimento para nomeação de curador; 3.5 A sentença no processo de curatela; 4. O impacto no cabimento da curatela; 4.1 A questão patrimonial como elemento de cabimento da curatela; 5. Conclusão; Referências.

1. Aspectos introdutórios à análise da curatela

A pessoa com deficiência, a partir do fim da Primeira Guerra Mundial, era vista sob a perspectiva do modelo médico-reabilitador, que tratava a deficiência como um problema patológico e individual da pessoa, considerando-a, muitas vezes, incapaz para a vida em sociedade. Nesse sentido, os institutos de apoio criados para a pessoa com deficiência possuíam caráter assistencialista e visavam à reabilitação e normalização da pessoa, a fim de torná-la apta ao convívio social.

A mudança de paradigma se anunciou no final do século XX e se consolidou no início do século XXI, com a adoção do modelo social que celebra a sociedade plural e reconhece as diferenças e a diversidade humana como um verdadeiro valor. O modelo reconhece as barreiras sociais como sendo as principais causas de exclusão das pessoas com deficiência, uma vez que a sociedade e o Estado não oferecem os meios, serviços e instrumentos adequados para a efetiva inclusão dessas pessoas.

O modelo em tela traduz importantíssima conquista social na luta pela concretização da dignidade da pessoa humana com deficiência, a partir do seu reconhecimento como pessoa merecedora de igualdade de direitos e de condições.

A consagração do modelo social se deu com o advento da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), promulgada pela ONU em 2007 e ratificada no Brasil pelo Decreto nº 186/2008, com quórum qualificado de três quintos nas duas casas legislativas, em dois turnos, conforme previsto no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, alcançando hierarquia de emenda constitucional. Por meio do Decreto Presidencial nº 6.949/2009, o Presidente da República sancionou o mencionado decreto legislativo, cumprindo o procedimento aplicável aos tratados internacionais.

A Convenção acolheu a concepção de deficiência como uma questão de direitos humanos e interligada às limitações sociais, estabelecendo, em seu preâmbulo, alínea e, que a deficiência é resultado da interação entre as pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e geográficas que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

¹ Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais (subárea Processo Civil), pela PUC/SP. Professora adjunta da Universidade Federal de Juiz de Fora. Coordenadora do Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência da UFJF. Advogada.

² Bacharel em Direito pela UFJF. Colaboradora do Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência da UFJF. Advogada.

Objetivando a aplicação ampla e efetiva da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no Brasil, restou elaborado e publicado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão: Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, diploma normativo multidisciplinar, que possui mais de cem artigos e que trouxe profundas alterações para o ordenamento jurídico pátrio ao estabelecer uma nova sistemática de proteção e promoção dos direitos das pessoas com deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência objetiva, em apertada síntese, promover e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas com deficiência, seja esta de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Com base no Estatuto, à luz do artigo 12 da CDPD, restou reconhecido que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida, adotando a curatela como medida excepcional e personalíssima de apoio às pessoas com deficiência para o exercício de sua capacidade legal.

Logo após o início da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que se deu em 02 de janeiro de 2016, entrou em vigor o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em 18 de março do mesmo ano, o qual, aparentemente sem um diálogo mais estreito com o Estatuto, trouxe modificações substanciais ao processo de curatela, inclusive, em alguns casos, revogando as disposições incluídas pelo mencionado Estatuto no Código Civil.

A curatela é medida de proteção e apoio à pessoa declarada relativamente incapaz sobre atos patrimoniais e negociais. Segundo o Código Civil, a medida pode recair sobre aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, sobre os ebrios habituais e os viciados em tóxico, sobre os pródigos e o nascituro. Embora o processo seja o mesmo para as diferentes hipóteses mencionadas, o presente artigo busca examinar as mudanças de paradigma em relação à curatela da pessoa com deficiência, razão pela qual a ela será dado especial enfoque.

O escopo deste artigo, assim, é analisar as alterações do processo de curatela a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil de 2015, examinando a função protetora do instituto na defesa do patrimônio do curatelando, sem perder de vista a autonomia individual das pessoas com deficiência, sobretudo no que tange aos atos de caráter existencial.

Para tanto, o recorte metodológico proposto para a análise das alterações terá como pano de fundo o exercício da autonomia privada das pessoas com deficiência, tendo em vista que a nova legislação busca tutelar as liberdades fundamentais, especialmente no que se refere ao poder de autodeterminação existencial.

Desta forma, o estudo perpassará pelos aspectos e atos processuais da curatela, que provocarão restrições no campo da esfera patrimonial da pessoa curatelada, sem prejuízo da garantia do exercício pleno dos direitos existenciais, apresentando, assim, o novo perfil funcional da curatela na promoção da dignidade da pessoa humana com deficiência.

2. A evolução da esfera existencial da curatela

As concepções de capacidade e de curatela do direito romano foram adotadas, inicialmente, no Brasil, fortalecidas pelo modelo conceitual médico de deficiência que determinava a aplicação dos institutos numa perspectiva puramente assistencialista. Assim, as pessoas loucas, tidas como incapazes pelo direito romano, foram substituídas pelos “loucos de todos os gêneros” do Código Civil de 1916, que perdurou até a codificação civil de 2002, a qual foi capaz de trazer denominação menos discriminatória, mas que manteve a perspectiva médica.

A curatela passou, então, por poucas transformações desde o seu surgimento no direito civil, sendo sempre conceituada como um instituto de direito assistencial e na defesa dos interesses de maiores incapazes. O Código Civil de 2002 previu o instituto como uma medida

de amparo e proteção às pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não possuíam o necessário discernimento e, portanto, estavam impossibilitadas de cuidarem dos próprios interesses³.

Os civilistas seguiam o entendimento de que a curatela seria uma forma de amparo ao enfermo mental, ao lado do surdo-mudo, maior de idade que não sabe ler, nem escrever ou que não se entende o que escreve⁴, por meio da qual se conferia ao curador um encargo (múnus público) legal, indivisível e gratuito, com benefícios coletivos, resultante da solidariedade humana⁵.

Toda a conceituação da curatela estava respaldada em uma suposta proteção da pessoa com deficiência, que era tida como incapaz tanto de gerir seus bens como de determinar sua própria vida, todavia, a curatela foi criada, sobretudo, com o objetivo de resguardar o patrimônio contra dificuldades que limitassem ou impedissem a circulação de riquezas. Deste modo, visando precípuamente à solução deste problema, o modelo de aplicação do instituto ampliava a limitação da pessoa frente à sociedade, impedindo que esta pudesse desenvolver mecanismos para sua autonomia e, assim, se tornar habilitada para a prática de atos existenciais ou patrimoniais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, consagrou inúmeras garantias fundamentais individuais e sociais. A força normativa confiada aos princípios constitucionais decorre da concepção unitária do ordenamento jurídico, no qual a Constituição exerce posição de supremacia hierárquica. Assim, a concretização imediata dos valores constitucionais impacta todo o sistema de direito brasileiro, inclusive as normas que atingem as relações privadas.

A constitucionalização do direito privado possibilitou a discussão em relação ao fundamento patrimonial conferido a seus institutos, razão pela qual o Código Civil de 2002 introduziu uma modalidade de curatela destinada à pessoa com deficiência física que nomeia curador para cuidar de seus negócios, sem que sofra interdição de sua capacidade civil⁶. É o caminho para o que, hoje, se entende como mandato para gestão de bens, ou mesmo, como tomada de decisão apoiada.

A influência dos preceitos constitucionais na sistemática privada possibilitou que, cada vez mais, esta seja despatrimonializada, permitindo uma reformulação conceitual dos institutos jurídicos a partir do reconhecimento da importância de se tutelar os direitos existenciais da pessoa como parte da dignidade humana. Assim, o texto constitucional prevê a proteção da personalidade, a tutela da dignidade, dos direitos sociais e da justiça distributiva, levando o intérprete à compreensão de novas situações jurídicas, que exigem o cumprimento de deveres não patrimoniais⁷.

A ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a promulgação da Lei Brasileira de Inclusão são reflexos da transformação do pensamento.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o antigo processo de interdição deixou de ser o único instrumento de proteção do curatelando, na medida em que foi criada a tomada de decisão apoiada⁸, prevista no artigo 1.783-A do Código Civil. Este novo mecanismo

³ MADALENO, Rolf. Curatela. In: **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 855-879.

⁴ SPOTA apud MADALENO. Op. cit. p. 856.

⁵ CASTANHEIRAS apud MADALENO. Op. cit. p. 856.

⁶ MADALENO, Rolf. Curatela. In: **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 855-879.

⁷ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. RDE, [S.I.], n. 2, p. 37-53, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

⁸ A tomada de decisão apoiada é instrumento de proteção dos interesses das pessoas com deficiência, previsto pelo artigo 1.783-A do Código Civil, que visa assegurar o exercício da capacidade civil sem que haja a submissão à curatela. Assim, é facultado à pessoa com deficiência que eleja pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas e de confiança

pode ser utilizado pela própria pessoa com deficiência e não requer o reconhecimento de sua incapacidade relativa, pelo contrário, destina-se a assegurar o suporte necessário para a prática de certos atos de sua vida, preservando sua autonomia e vontade.

A curatela, nesse sentido, deixa de servir como instrumento de proteção patrimonial e social daquele que representava desordem e perigo às relações comerciais e às pessoas tidas como normais, por não possuírem características condizentes com o padrão médio da comunidade, e se transforma em uma medida excepcional de proteção meramente patrimonial, uma vez que recai tão somente sobre os bens da pessoa curatelada, nada interferindo no seu direcionamento existencial.

Nessa tentativa de construção de um conceito adequado e inclusivo do processo de curatela, causa estranheza a opção pela utilização do termo “interdição” pelo CPC de 2015. Embora fosse utilizado para designar o procedimento adotado para a curatela, revela-se condizente com o modelo assistencial, na medida em que transmite o significado de “privação do direito de reger sua pessoa e bens”⁹.

Cumpre destacar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência fazem referência à curatela, mas não à interdição, embora esta continue prevista no ordenamento pátrio tanto no Código Civil, quanto no Código de Processo Civil. Reconhece-se, contudo, que a denominação “interdição” revela-se ultrapassada e incompatível com a nova sistemática em vigor para a curatela.

Assevera Nelson Rosenvald que o entendimento despatrimonializador do instituto leva à conclusão de supressão do termo interdição, conforme explica:

Com o ingresso da CDPD em nosso direito interno, o vocábulo “interdição” é suprimido da ordem infraconstitucional, pois relaciona à curatela a um processo de supressão de direitos patrimoniais e existenciais da pessoa, quando na verdade, a curatela será funcionalizada à promoção da autonomia. De fato, o termo interdição remete a uma sanção civil de natureza punitiva contra uma pessoa que não praticou qualquer ato ilícito.¹⁰

Intenta-se construir um instituto protetivo e não restritivo de exercício de direitos. Assim, doutrinadores como Flávio Tartuce e Joyceane de Menezes defendem a substituição do termo interdição pela expressão “ação de estabelecimento de curatela” ou “demanda de nomeação de curador”, assim como a substituição do termo interdito, por curatelado, e de interditando, por curatelando¹¹.

3. As alterações sofridas pelo processo de curatela

para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para o exercício de sua capacidade.

⁹ Interdição. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [on-line], 2008-2013. Disponível em: <<http://dicionario.priberam.org/interdi%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. Curatela. Tratado de direito das famílias. Minas Gerais: IBDFAM, 2015. p.738. *apud* MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr/jun. 2017. Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%2012%20%20Abr-Jun%202017&category_id=185&arquivo=>>. Acesso em: 01 out. 2018.

¹¹ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr/jun. 2017. Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%2012%20%20Abr-Jun%202017&category_id=185&arquivo=>>. Acesso em: 01 out. 2018.

O novo modelo social trouxe diversas modificações, tanto na esfera material quanto processual, ao tratamento conferido à pessoa com deficiência. Reconhecê-la como pessoa digna de direitos e deveres possibilitou a compreensão de que possíveis restrições jurídicas a serem fixadas para sua proteção não serão decorrentes da deficiência propriamente dita, mas fruto de sua vulnerabilidade e das limitações resultantes do comportamento discriminatório e excluente da sociedade.

O processo de curatela deverá refletir, assim, a concepção do modelo social estabelecido pela Convenção das Pessoas com Deficiência e efetivado pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência, na busca por um processo justo, respeitando as liberdades individuais do curatelando, principalmente as existenciais, a fim de que qualquer restrição de direitos recaia, tão somente, sobre atos negociais e possua finalidade protetiva.

Diante desse novo cenário, a curatela tornou-se medida excepcional e, sem dúvida alguma, mais humanizada, uma vez que não impedirá o curatelado de tomar decisões de caráter existencial e ter a sua vontade levada em consideração em relação às demais questões atinentes a sua vida. O curador, portanto, não mais substituirá, em qualquer caso, a vontade do curatelado e deverá agir para assegurar ao mesmo maior autonomia.

Nesse sentido, passa-se a analisar as alterações processuais ocorridas, que abrangerão o exame da natureza jurídica e cabimento da ação; a legitimidade de partes; competência, além dos principais aspectos do procedimento, que incluem a petição inicial, o interrogatório, a intervenção do Ministério Público e a sentença.

3.1. Natureza jurídica

Durante toda a vigência do Código de Processo Civil de 1973, embora inserido no rol de procedimentos especiais de jurisdição voluntária (Livro IV, Título II), a natureza do procedimento de interdição sempre foi alvo de divergências doutrinárias, sobretudo, em razão dos inúmeros conflitos surgidos no curso dos processos, decorrentes de impugnações oferecidas pelos curatelados.

A opção legislativa descrita foi mantida no CPC de 2015, estando a interdição prevista nos arts. 747 a 763, dentre os procedimentos de jurisdição voluntária.

José Maria Rosa Tesheimer¹², ao analisar tais controvérsias, e fazendo referência a José Olympio de Castro Filho, afirmou:

Enquanto Wach, Chiovenda, Garsonneet Bru sustentavam que o processo de interdição é de jurisdição contenciosa, sobretudo porque nela se pode instaurar dissídio e ainda porque se trata de fazer atuar a vontade da lei, no interesse do Estado, Cornelutti entendia que é de jurisdição voluntária, porque nele o juiz não decide frente a duas partes, com interesse em conflito, senão face a um interesse público, cuja tutela reclama sua intervenção, sendo tal interesse do incapaz.

Mesmo reconhecendo a possibilidade de ocorrência de conflitos no processo de interdição, já que, muitas vezes, o curatelando não concorda em sofrer restrições na administração de seu patrimônio, entendemos, na esteira de Cornelutti, que, em tese, prepondera nesse processo o interesse público na proteção da pessoa supostamente incapaz.

¹² TESHEINER, José Maria Rosa. *PROCEDIMENTOS DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA SEGUNDO O NOVO CÓDIGO CIVIL*. Disponível em:

<[www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheimer\(6\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheimer(6)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 23.04.2019.

Arremata Tesheimer¹³, nesse sentido, que:

Na verdade, com ou sem lide, o processo de interdição é de jurisdição voluntária, porque nele não se trata de determinar direitos e deveres de uma parte em face da outra. Ainda que incapaz o interditando, não há direito subjetivo do requerente à decretação da interdição.

Pelos motivos expostos, concordamos com a manutenção da ação para nomeação de curador (identificada por interdição no CPC de 2015) no rol dos procedimentos de jurisdição voluntária.

3.2. Legitimidade ativa

A legitimidade para a propositura da ação de curatela ganhou diferentes contornos, na medida em que se possibilitou a formação de litisconsórcio facultativo dos legitimados previstos no artigo 747 do Código de Processo Civil de 2015. A possibilidade é reflexa à autorização legislativa da curatela compartilhada (artigo 1.775-A, CC), que visa à proteção e promoção de direitos fundamentais da pessoa curatelada por meio da pluralidade de curadores. A curatela compartilhada propicia a responsabilização conjunta dos curadores que, por vezes, são familiares e partilham dos mesmos sentimentos de afetividade e solidariedade em relação ao curatelado¹⁴.

O diploma processual civil trouxe novidades para o rol de legitimados, passando a abranger (i) o cônjuge ou companheiro; (ii) os parentes ou tutores; (iii) o representante de entidade em que o curatelando se encontra abrigado e (iv) o Ministério Público. A principal novidade encontra-se descrita na terceira hipótese referida e foi muito bem-vinda, uma vez que ainda é recorrente encontrar pessoas com deficiência mental ou intelectual, afastadas de suas famílias, vivendo em residências inclusivas. Portanto, a possibilidade de o representante da instituição administrar os bens dos moradores, poderá proporcionar-lhes melhorias na qualidade de vida, atendendo a finalidade protetiva da curatela.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também previu importante novidade legislativa¹⁵, ao estabelecer autorização expressa de autocuratela (artigo 1.768, IV, CC), ou seja, de legitimidade ativa do próprio curatelando. Com a mesma base conceitual da tomada de decisão apoiada (também introduzida pelo diploma normativo), a autocuratela traduz a possibilidade do próprio curatelando, identificando sua necessidade e a insuficiência da tomada de decisão, requerer a nomeação de curador de sua confiança para a prática de atos patrimoniais.

A ideia foi de adequar o ordenamento para a efetivação do princípio da liberdade individual consagrada na Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência. De fato, a autocuratela assegura à pessoa que exerce sua autonomia por meio da escolha da curatela e do curador, o qual é eleito em razão da confiança nele depositada, motivo pelo qual se tem maior

¹³ Idem, p. 24.

¹⁴ CURATELA compartilhada para pessoas com deficiência é aprovada pela Câmara. [S.I.]: Assessoria de Comunicação do IBDFAM (Com Informações da Agência Câmara), [22/07/2015]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5698/Curatela+compartilhada+para+pessoas+com+defici>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁵ A possibilidade da autocuratela já vinha sendo, anteriormente, discutida pela doutrina, apesar de não aceita em razão da ausência de previsão legal. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara fundamentava seu entendimento: “Não me parece, porém, e *data vénia*, possível a autointerdição. Isso porque estar-se-ia aqui diante de um caso em que a demanda teria por objeto pedido de tutela jurisdicional destinada a produzir efeitos sobre o próprio demandante, o que, a meu sentir, só é possível quando expressamente autorizado em lei, como se dá na autofaléncia ou na autoinsolvência, já que tal fenômeno excepciona a incidência do princípio da bilateralidade das partes (pois, na hipótese, o processo teria apenas uma parte, o autor), sendo certo que as exceções são de direito estrito”. (Ibidem, p. 641)

segurança de que a curatela atingirá seu objetivo protetivo patrimonial. Nesse sentido, destaca Paula Greco Bandeira o perfil funcional da autocuratela, que “consiste em promover a dignidade e a personalidade do curatelado, permitindo-lhe efetuar estas escolhas referentes à sua própria vida”¹⁶.

Todavia, o acréscimo legal da própria pessoa curatelada no rol de legitimados ativos teve curta duração, já que o CPC de 2015 revogou o art. 1.768, CC, em completa dissonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência que, à época, nem havia sido publicado¹⁷. Há entendimentos, porém, no sentido de defender a vigência do dispositivo sob o fundamento de que a revogação apontada refere-se ao texto presente no momento de sua edição, não podendo se estender ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ainda não se encontrava em vigor à época¹⁸.

Do mesmo modo, a autocuratela possui eficácia imediata, uma vez que está respaldada pelos princípios presentes na Convenção Internacional no que tange ao respeito pela dignidade inerente à pessoa humana e à liberdade de fazer as próprias escolhas. Assim, a ausência de regra legal não é suficiente para impedir o exercício da autocuratela, fundada nos preceitos constitucionais da dignidade, igualdade e solidariedade¹⁹.

A respeito da participação do Ministério Público no processo de curatela, notam-se duas possibilidades. A primeira refere-se à legitimidade ativa assegurada pelo artigo 748, do CPC, o qual se restringe aos casos de doença mental grave ou deficiência mental ou intelectual²⁰, desde que as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747²¹ não existam ou não tenham promovido a curatela, ou se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747.

Face ao avanço conceitual de pessoa com deficiência a partir da valorização de sua dignidade e autonomia, deve-se ressaltar o caráter subsidiário e extraordinário da legitimidade conferida ao Ministério Público, a qual, na vigência do CPC de 1973, era tida como plena nos casos de anomalia psíquica. Nesse sentido, a iniciativa só será autorizada se cumpridos os requisitos cumulativamente, inclusive, aquele disposto no artigo 1.767, do CC, no que tange à condição, transitória ou permanente, da pessoa curatelada não poder exprimir sua vontade, vez que a deficiência por si só não é suficiente para o pedido de curatela.

A controvertida participação do ente ministerial como curador especial colocava em

¹⁶ BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 578.

¹⁷ O novo Código de Processo Civil foi editado de 16 de março de 2015, com um ano de vacância, tendo entrado em vigência em 18 de março de 2016; ao passo que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi editado em 06 de julho de 2015, após o NCPC, porém com vigência anterior, em 02 de janeiro de 2016. A falta de compatibilidade temporal das leis causaram revogações de dispositivos que possuem base na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

¹⁸ DIDIER JR., Freddie. **Editorial 187:** Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 02 de out. 2018.

¹⁹ BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 585-587.

²⁰ A atuação do Ministério Público como requerente da curatela foi alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência que determinou previsão no art. 1.769, do CC. Embora a revogação advinda com vigência do Novo Código de Processo Civil não tenha replicado a separação terminológica entre doença mental e deficiência mental, é adequado considerar como hipóteses de curatela distintas, vez que não só a revogação é controvertida (Cf. nota 12), mas também, as leis devem dispor em conformidade com os preceitos constitucionais, incluindo, assim, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que tutela o conceito social de deficiência.

²¹ Dispõe os incisos do art. 747, CPC: A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público.

atrito o art. 1.770, do CC com o inciso IX, do art. 129, da CF, o qual veda a atuação simultânea do Ministério Público como representante judicial e fiscal da lei. O CPC de 2015 revogou tal disposição civil, nesse ponto, para garantir a compatibilidade temporal das normas, motivo pelo qual não há que se falar em curadoria do *parquet*.

Todavia, em observância ao contraditório e a ampla defesa, o curatelando terá, obrigatoriamente, defensor no processo, devendo o juiz nomear curador especial àquele que não tiver como produzir sua defesa, com o respaldo no art. 752, §1º, do CPC, múnus que é, normalmente, desempenhado pela Defensoria Pública.

Ao Ministério Público caberá assegurar o devido cumprimento do processo, a fim de que não haja ofensa à autonomia individual do curatelando, principalmente no que concerne às liberdades existenciais, atuando, assim, como fiscal da ordem jurídica, sendo, ainda, facultado, ao cônjuge, companheiro ou parentes do curatelando intervir como assistentes (art. 752, §3º, CPC).

3.3. Competência

As regras acerca da competência não sofreram alterações. O art. 60, da Lei Complementar nº 59 de 2001, estabelece a competência do Juízo da Vara de Família, no âmbito da organização e divisão judiciária do Estado de Minas Gerais, para processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas, respeitada a competência do Juízo da Vara da Infância e da Juventude.

Ademais, no tocante ao local da propositura da ação, prevalece o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o domicílio do curatelando é, em regra, o foro competente para processar a ação de curatela, como se extrai de decisão proferida em sede de Agravo Regimental em Conflito de Competência, veja:

[...] Agravo regimental. Conflito positivo de competência. Interdição. Domicílio do interditando. I - O foro do domicílio do interditando é em regra o competente para o julgamento da interdição (art. 94 do CPC). Precedentes. II - A definição da competência em ação de interdição deve levar em conta, prioritariamente, a necessidade de facilitação da defesa do próprio interditando e a proteção de seus interesses. III - Em se tratando de duas ações de interdição, propostas por parentes diferentes em juízos distintos, o critério a ser adotado para definição da competência há de levar em conta os interesses da interditanda, considerando-se seu domicílio o local onde ela de fato se encontra desde antes do ajuizamento das ações, de modo ininterrupto e por tempo indeterminado, priorizando-se a proteção de seus legítimos interesses. Agravo provido para declarar competente o Juízo de Direito da 1ª Vara de Família de Paraíba do Sul – RJ [...] (AgRg no CC 100.739/BA, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 26.08.2009, DJe de 05.10.2009).

No mesmo sentido, tem decidido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²², por entender

²² “Na ação de interdição e curatela, é competente o foro do domicílio do interditando, haja vista que, em ações dessa natureza, o que se deve buscar é a efetiva proteção à parte hipossuficiente da relação, motivo pelo qual, estando o interditando residindo, de fato, em foro diverso daquele em que a ação foi proposta por sua esposa, é possível que o MM. Juiz a quo decline, de ofício, de sua competência, buscando, assim, efetivar e conferir a proteção necessária aos interesses do réu [...]Entretanto, em que pese a agravante afirmar se tratar de caso de competência relativa, que não poderia ser declinada de ofício, entendo que não há dúvida quanto a ser competente para a ação de interdição o foro que melhor atenda aos interesses do interditando, o que permite a declinação de ofício, mesmo em se tratando de competência relativa [...]” (JURISPRUDÊNCIA MINEIRA. Interdição - Curatela - Foro competente - Domicílio do interditando - Proteção ao hipossuficiente. Belo Horizonte, a. 64, nº 205, p. 47-237, abr./jun. 2013).

ser mais benéfico ao curatelando que a ação seja ajuizada no local de seu domicílio, tendo em vista a preservação do contraditório e de sua proximidade com o julgador e com a equipe multidisciplinar que avaliará sua situação pessoal a fim de, se necessário for, fixar os limites da curatela.

3.4. Principais aspectos do procedimento para nomeação de curador

A especificação dos fatos contidos na petição inicial será feita com base na mudança conceitual da pessoa com deficiência e nos impactos causados no tocante ao cabimento da ação de curatela. A análise dessa questão será realizada mais adiante; pretende-se, por ora, apenas destacar alguns aspectos necessários à admissão e desenvolvimento do processo.

A nomeação de curador provisório será admitida desde que demonstrada a urgência no que tange à proteção e administração dos bens do curatelando, não podendo o periculum in mora estar relacionado apenas a aspectos existenciais da vida deste ou a sua deficiência, como costumava ser feito na vigência do modelo jurídico que antecedeu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Os atos procedimentais sofreram modificações para melhor se adequarem à proteção da dignidade do curatelando. Nesse sentido, a audiência para o interrogatório do curatelando, prevista no CPC/73, que passava pela ideia de questionamento inquisitorial deste pelo juiz²³, foi substituída pela entrevista, buscando refletir o tratamento mais humanizado que deve ser conferido ao ato.

O ato é obrigatório e, se não houver possibilidade de comparecimento em juízo, deverá ser realizado no local em que o curatelando se encontrar, objetivando resguardar a escuta deste em ambiente apropriado para tanto. Da mesma forma, quando necessário, deverá ser assegurado o uso de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o curatelando a expressar suas vontades e preferências em resposta às perguntas formuladas, o que vai ao encontro das diretrizes do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Durante a audiência para entrevista, terá o magistrado oportunidade ímpar de estar com o curatelando, seus parentes e amigos, o que será de fundamental relevância para a formação de seu convencimento e definição ou não da curatela. A possibilidade de o juiz requisitar a assistência de profissionais, tais como médicos e psicólogos e, também, de ouvir pessoas próximas ao curatelando, como parentes e amigos, revela importantes novidades trazidas pelo CPC de 2015.

Subsequentemente, no prazo de quinze dias da entrevista, tem o curatelando o direito assegurado para, se for o caso, impugnar o pedido deduzido em juízo.

Decorrido aludido prazo, o juiz determinará a produção de prova pericial, que pode ser realizada por equipe multidisciplinar, para avaliar a capacidade do curatelando para a prática dos atos da vida civil. A verificação da condição pessoal do curatelando deve ser feita a partir de uma perspectiva biopsicossocial, conforme exige o artigo 2º, §1º da Lei 13.146/15²⁴, a fim

²³ Embora a doutrina tenha evoluído, ainda durante a vigência do antigo CPC, entendendo possível o comparecimento do juiz ao local em que o interditando se encontrava para realizar o interrogatório, quando este estivesse impossibilitado de ir à audiência designada, o caráter inquisitorial imposto era tão marcante que alguns doutrinadores, como Ernane Fidélis dos Santos, compreendiam, inclusive, que por a interdição ser de ordem pública, o interrogatório não poderia ser dispensado, de modo que, sendo necessário, o juiz poderia requisitar a força policial para coagir o seu comparecimento (DOS SANTOS. Ernane Fidélis. Manual de Direito Processual Civil. Tutela de menores e curatela de interditos. In: **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. cap. 130, p. 456-463).

²⁴ Art. 2º, § 1º - A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação.

de averiguar suas potencialidades e preferências e identificar as dificuldades existentes na prática de atos patrimoniais que demandam a proteção da curatela.

Observa-se, nesse ponto, importante alteração sofrida no processo para nomeação de curador, isto porque, antes da entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a perícia refletia o modelo médico então adotado²⁵, uma vez que consistia em avaliação realizada exclusivamente por médico, na qual prevalecia, de um modo geral, o tudo ou nada. A partir do laudo do médico e reconhecendo que o curatelando, por conta de alguma enfermidade ou anomalia, não se enquadrava no “padrão de normalidade” da sociedade, o perito reconhecia a incapacidade absoluta para todos os atos da vida civil.

Para que a sentença tenha condições de definir, com clareza e especial nível de detalhamento, os limites da curatela, será necessário trabalho pericial aprofundado, de caráter multidisciplinar, que reflita os novos conceitos e forneça elementos suficientes para, em caso de incapacidade relativa, se identificar quais são os atos que exigirão a atuação do curador. A perícia, *in casu*, é prova indispensável, sob pena de nulidade do processo.

A perícia, pelo antigo Código de Processo Civil, era passo precedente à audiência de instrução e julgamento, momento em que se buscava obter esclarecimentos acerca da perícia e o depoimento de parentes e amigos do curatelando. No entanto, o novo diploma previu que as referidas oitivas possam ser realizadas no momento da entrevista (artigo 751, §4º, CPC), passando aludida audiência a ser ato procedural facultativo, na hipótese de o magistrado pretender sanar alguma incerteza que os atos anteriores não foram capazes de suprir.

Nesse sentido, pretendendo a simplificação do processo, a audiência de instrução e julgamento não se encontra prevista no procedimento estabelecido no CPC/2015, razão pela qual, não havendo necessidade de produção de outras provas, o juiz deverá proferir sentença após a produção da prova pericial, dispensando-a.

3.5. A sentença no processo de curatela

A sentença proferida no processo de curatela sofreu profundas alterações com a adoção do modelo social introduzido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, refletindo, claramente, as mudanças no regime das incapacidades civis.

A curatela, como se disse, passou a ser medida excepcional, cujo deferimento dependerá de minuciosa verificação acerca de sua efetiva necessidade, a partir do laudo pericial produzido e da audiência para entrevista do curatelando. A sentença, que reconhecer a incapacidade relativa deste, deverá prever os limites da curatela, observadas as características pessoais do curatelado, além de indicar quem atuará como curador; os atos jurídicos sobre os quais a curatela recairá e o prazo para o exercício da curatela, uma vez que o Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe sobre a necessidade de a curatela durar o menor tempo possível²⁶.

Segundo Célia Abreu, a sentença, em processo de curatela, passou a ser “*medida de proteção personalizada, construída caso a caso, de modo que as restrições ao curatelado surjam somente quando estritamente necessárias a salvaguardar o desenvolvimento digno de sua personalidade*”²⁷.

No processo em exame, o magistrado sempre deverá buscar o melhor interesse do curatelando, por isso deverá nomear como seu curador aquele que melhor possa atendê-lo,

²⁵ Embora o modelo social tenha sido introduzido pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as mudanças na legislação interna, que impactaram o procedimento para nomeação de curador, foram realmente identificadas a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

²⁶ Conforme entendimento de Vitor Almeida, caso o juiz não fixe prazo, aplicar-se-á à curatela o prazo de 2 anos previsto nas disposições concernentes à tutela, por força dos arts. 1.774 e 1.781 do Código Civil. (ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela. Belo Horizonte: Fórum, 2019)

²⁷ ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil.** Curitiba: CRV, 2015, p. 111.

incluindo aí a possibilidade de nomeação de mais de uma pessoa para o exercício da curatela compartilhada, nos termos do art. 1.775-A, CC²⁸. A concessão de poderes ao curador deve ser excepcional e adequada à necessidade de proteção da pessoa curatelada, pois, em geral, restou abolida a ideia de curatela como instrumento de substituição de vontade, que conferia ao curador plenos poderes para governar a vida alheia, desconsiderando por completo a vontade do curatelado²⁹.

O curador, portanto, tem que agir, sem desconsiderar a vontade do curatelado, sempre respeitando seus direitos e preferências. O novo perfil funcional da curatela garante a dignidade humana e a solidariedade social da pessoa curatelada, respeitando, ao máximo, sua autonomia, sobretudo, nos aspectos existenciais da vida. Assim, mesmo que a pessoa com deficiência esteja submetida à curatela, as decisões atinentes à esfera existencial são personalíssimas e, somente, poderão ser definidas pela própria pessoa³⁰.

Como antes exposto, é flagrante a mudança de perspectiva da curatela em relação à antiga interdição, na medida em que predominava a adoção de interdições totais sobre as parciais, com a inteira substituição de vontade do curatelado³¹.

Apesar da predominância das interdições totais, já existia no sistema normativo pátrio dispositivo legal que previa a relativização dos efeitos da curatela, a saber: o art. 1.772 do CC³², hoje revogado, que autorizava o magistrado a limitá-la, nos casos de pessoas com deficiência mental, ebrios habituais, viciados em tóxicos e de excepcionais sem completo desenvolvimento mental. A falta de efetividade do dispositivo legal, porém, se explicava pela adoção que se fazia do modelo médico assistencialista, o qual servia de fundamento a compreensão do tema pelos magistrados brasileiros.

No entanto, a partir da releitura do artigo feita pela Professora Célia Barbosa de Abreu,

²⁸ “Não é preferencial a ordem de legitimados para o ajuizamento de ação de interdição. De fato, a enumeração dos legitimados pelos arts. 1.177 do CPC e 1.768 do CC é taxativa, mas não é preferencial. Trata-se de legitimação concorrente, não sendo a propositura da ação prerrogativa de uma única pessoa. Mais de um legitimado pode requerer a **curatela**, formando-se um litisconsórcio ativo facultativo. Assim, ambos os pais, ou mesmo mais de um parente, pode propor a ação, cabendo ao juiz escolher, em momento oportuno, quem vai exercer o encargo. Note-se, ainda, que a redação do art. 1.177 do CPC utiliza o verbo “poder”, em vez de “dever”, evidenciando, portanto, a ideia de mera faculdade, e não obrigação. Esclareça-se também que, conforme destacado no art. 1.775 do CC, as pessoas habilitadas para promoverem a ação diferem das habilitadas para exercerem a **curatela** sobre o interditando. Essas duas legitimidades obedecem apenas a uma ordem taxativa, mas não preferencial e absoluta, pois caberá ao juiz analisar cada caso concreto e aplicar o melhor para o interditando, independentemente de o autor da ação ser indicado em primeiro lugar nos artigos citados. O que se deve considerar, antes de tudo, é o interesse do incapaz, dado o caráter protetivo e assistencial que tem o instituto, já que mais grave do que haver dúvidas a respeito da legitimidade é deixar um incapaz abandonado e à mercê de pessoas inescrupulosas e interesseiras. Não se pode insistir em uma prioridade legal, apenas recomendada para o exercício da **curatela**, e não para a propositura da ação. Registre-se que, mesmo para o exercício da **curatela**, o juiz sempre haverá de analisar o melhor interesse do interditando, o que também não torna prioritária e absoluta a ordem legal na escolha do curador. Ressalte-se, ainda, que a interdição visa à **curatela**, que é imprescindível para a proteção e o amparo do interditando, resguardando a segurança social ameaçada ou perturbada por seus atos. Trata-se de intervenção que atende a imperativos de ordem social. (REsp 1.346.013-MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015)”.

²⁹ ABREU, Célia Barbosa. **Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil**. Curitiba: CRV, 2015, p. 111.

³⁰ Ibidem.

³¹ ABREU, Célia Barbosa. **Curatela & Interdição Civil**. 1ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009 *apud* ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 545.

³² Art. 1.772. Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interditado, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782.

em sua tese de doutorado³³, na qual se propunha a aplicação de uma curatela flexível a todos que dela precisassem, na medida de suas necessidades, a jurisprudência avançou para, inclusive, aprovar enunciado de nº 574 do CJF/STJ³⁴: “A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772)”.

O Código de Processo Civil revogou o art. 1.772, CC, porém introduziu, em seu diploma, o art. 755, regra que prevê a chamada “curatela sob medida”³⁵. Assim, caberá ao magistrado, na sentença, estabelecer os limites da curatela, assegurando as liberdades individuais da pessoa curatelada e determinando medidas que recaiam apenas sobre os atos de natureza patrimonial, com vistas a permitir a proteção da dignidade da pessoa humana com deficiência³⁶.

Desse modo, não poderá mais ser admitida a costumeira prática de proferir sentenças genéricas, determinando a curatela sobre todos os atos patrimoniais e existenciais. Qualquer sentença nos moldes do diploma anterior será considerada inválida, devendo os magistrados se atentar para a importância das justificativas e detalhamento das limitações que recairão sobre os atos do curatelado.

Ressalta-se que o liame entre os atos de natureza patrimonial e existencial, por vezes, pode provocar confusões para o curador quanto ao alcance de seus deveres e responsabilidades. O Estatuto da Pessoa com Deficiência assegurou à pessoa com deficiência o exercício de atos existenciais, no entanto, tais práticas podem levar a consequências que atinjam seu patrimônio, momento em que o curador poderia ser chamado a se responsabilizar. É nesse sentido que o papel da sentença deve ser destacado, pois ela será o documento hábil a dirimir qualquer conflito no qual se discuta os limites da relação de curatela.

A sentença ganhou, em suma, papel de enorme destaque no processo de curatela em virtude das modificações legislativas ocorridas.

Por fim, cumpre destacar a necessidade de se compreender a natureza jurídica da sentença em ação para nomeação de curador, uma vez que a mesma determinará os efeitos dos atos jurídicos praticados anteriormente a sua prolação.

Apesar das polêmicas entre os civilistas, o entendimento jurisprudencial dominante é o de que a ação para nomeação de curador é constitutiva e, portanto, ensejará a prolação de sentença da mesma natureza, isto porque o objetivo maior desta ação não é declarar a incapacidade relativa do curatelando, mas sujeitá-lo ao regime da curatela, limitando sua

³³ ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 545.

³⁴ VI Jornada de Direito Civil - Enunciado 574 - A decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito (art. 1.772). (CJF-ENUNCIADOS. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 07 de out. 2018)

³⁵ ABREU. Op. Cit.

³⁶ Embora a curatela normalmente seja encargo desempenhado de forma gratuita, é possível que haja fixação de remuneração em favor do curador, desde que fixada em juízo. Veja: Trata-se de REsp oriundo de ação de interdição na qual o recorrente apresentou contas pelo *munus* de curador que lhe foi atribuído do interdito, seu pai. Discute-se, portanto, a validade dessa prestação de contas, tendo em vista o próprio curador ter fixado sua remuneração. Inicialmente observou a Min. Relatora que o instituto da **curatela** é medida tomada no interesse do interditado, ao qual se aplicam as regras relativas à tutela por força do disposto no art. 1.774 do CC/2002. Assim, consignou que a retribuição pecuniária do curador, conquanto justa, não deve combalir o patrimônio do interdito, tampouco se transmudar em rendimentos para o curador. Desse modo, embora ele faça jus ao recebimento de remuneração pelo exercício da **curatela**, não pode, contudo, ao seu alvedrio, arbitrar a própria remuneração, segundo os parâmetros do que entende ser razoável e justo. Dessarte, tal retribuição deve ser fixada pelo juiz que, mediante pleito do curador, irá sopesar todos os elementos para, finalmente, fixar valor justo pelo trabalho despendido, em atenção à capacidade financeira do interdito. Diante desses fundamentos, entre outros, a Turma negou provimento ao recurso. (REsp 1.205.113-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/9/2011).

autonomia para a prática de atos de natureza patrimonial ou negocial³⁷.

Reconhecida a natureza constitutiva da sentença, terá a mesma eficácia ex nunc, de modo que os atos e negócios praticados antes dela ser publicada serão, regra geral, considerados válidos e, portanto, preservados, admitindo-se, à luz de orientações jurisprudenciais, a possibilidade de o juiz atribuir, excepcionalmente, eficácia ex tunc à sentença, com a clara identificação de quando se deverá considerar a incapacidade.

Ainda que os atos e negócios jurídicos anteriores sejam preservados pela decisão final, poderá o interessado ou seu curador buscar sua invalidação em juízo, sob a alegação de ausência de compreensão dos atos praticados, capaz de ter colocado o curatelando numa situação de extrema vulnerabilidade ou, até mesmo, como se tem visto, sob o argumento (discutível) da pré-existência da incapacidade, que depende de declaração judicial.

Acrescente-se, ainda, que a sentença, uma vez publicada, produzirá efeitos imediatos, tendo em vista a previsão legal no sentido de que o recurso de apelação, se interposto, será recebido apenas no efeito devolutivo. Estabelece o artigo 1.773 do Código Civil, que: “A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso”.

4. O impacto no cabimento do processo de curatela

Como antes exposto, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência alteraram as regras relativas à capacidade da pessoa com deficiência, a fim de valorizar a sua dignidade e, por conseguinte, assegurar a sua maior autonomia.

O instituto da curatela sempre esteve associado ao reconhecimento da incapacidade plena dos indivíduos. Anteriormente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que promoveu a alteração dos artigos. 3º e 4º do Código Civil, a capacidade de fato traduzia-se na capacidade de querer e de entender³⁸, pressupostos considerados necessários para que os atos humanos produzissem efeitos civis³⁹. Desse modo, com base no modelo médico então vigente, as pessoas que, por uma enfermidade ou deficiência mental, não possuíam um desenvolvimento

³⁷ “RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CITAÇÃO EM NOME DE INCAPAZ. INCAPACIDADE DECLARADA POSTERIORMENTE. NULIDADE NÃO RECONHECIDA. INTERVENÇÃO DO MP. NULIDADE. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. LEI N. 13.146/2015. DISSOCIAÇÃO ENTRE TRANSTORNO MENTAL E INCAPACIDADE. 1. A sentença de interdição tem natureza constitutiva, caracterizada pelo fato de que ela não cria a incapacidade, mas sim, situação jurídica nova para o incapaz, diferente daquela em que, até então, se encontrava. 2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos ex nunc. Precedentes. 3. Quando já existente a incapacidade, os atos praticados anteriormente à sentença constitutiva de interdição até poderão ser reconhecidos nulos, porém não como efeito automático da sentença, devendo, para tanto, ser proposta ação específica de anulação do ato jurídico, com demonstração de que a incapacidade já existia ao tempo de sua realização do ato a ser anulado. 4. A intervenção do Ministério Público, nos processos que envolvam interesse de incapaz, se motiva e, ao mesmo tempo, se justifica na possibilidade de desequilíbrio da relação jurídica e no eventual comprometimento do contraditório em função da existência da parte vulnerável. 5. A ausência da intimação do Ministério Público, quando necessária sua intervenção, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, sendo necessária a demonstração do efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pas de nullité sans grief*. 6. Na espécie, é fato que, no instante do ajuizamento da ação de rescisão contratual, não havia sido decretada a interdição, não havendo se falar, naquele momento, em interesse de incapaz e obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público.” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.694.984 - MS (2017/0012081-0) – Relator: Min. Luís Felipe Salomão)

³⁸ ARENA, Giacomo. Enciclopedia del Diritto. v. XX. Milano: Giuffrè, 1958, p. 920 apud MENEZES, Joyceane Bezerra de. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: EHRARDT, Marcos Jr.; HELENA, Heloisa Barboza. **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**, Belo Horizonte, p. 180, jan. 2016.

³⁹ TUHR, A. Von. Derecho civil. Volumen I. Las personas. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.: Madrid, 1999, p. 379-380.

mental completo ou não podiam exprimir sua vontade em razão de uma causa transitória ou permanente, não eram consideradas capazes de produzir comportamentos jurídicos válidos.

Diante da ausência de discernimento, o ordenamento estabelecia medidas de suprimento da capacidade de fato, constituindo um representante legal para o incapaz, que substituía sua vontade em todas as esferas, por meio do processo de interdição. Todavia, como exposto, os requisitos para a validade da vontade baseavam-se não só no critério etário (só incapazes absolutamente os menores de 16 anos e capazes relativamente os que possuem entre 16 e 18 anos), mas também na condição pessoal e social da pessoa com deficiência, que era compreendida como incapaz em razão das limitações que impossibilitavam a manifestação de sua vontade.

O antigo sistema de incapacidades reconhecia a presunção da capacidade plena para os considerados “normais”, aplicando o entendimento oposto para aquele que, possuindo alguma deficiência, não se enquadrava em tal grupo; isto é, impunha-se a presunção da incapacidade às pessoas com deficiência mental, intelectual ou impossibilitadas de externarem sua vontade (nesse caso faz-se alusão às pessoas surdas, não oralizadas).

A Lei de Inclusão, à luz da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, estabeleceu o critério etário como único na aferição da incapacidade absoluta e a impossibilidade de externar a vontade por causa transitória ou permanente como hipótese para o reconhecimento da incapacidade relativa. Observe que a manifestação da vontade deve ser considerada mesmo diante das limitações sociais, de maneira que toda forma de expressão, seja oral, escrita, gestual, comportamental, dentre outras, haverá de ser tratada como exercício da autonomia e do querer.

Atribuir capacidade legal à pessoa com deficiência faz parte de um processo de inclusão social e de formação da identidade pessoal do indivíduo com deficiência, que, diante de condições adequadas e igualitárias, tem a oportunidade de praticar atos válidos e contributivos à comunidade. Paulo Lobo entende que “a capacidade de exercício não abrange os direitos não patrimoniais, que emergem exclusivamente do estado da pessoa humana, como o direito à identidade pessoal ou ao nome, cujo exercício não depende da capacidade do titular”⁴⁰.

A deficiência deixou, assim, de ser causa de incapacidade, sob pena de lesão à dignidade de quem a possui, assumindo relevância a impossibilidade de a pessoa manifestar sua vontade, transitória ou permanentemente, para fins de constituição de curatela.

A mudança conceitual da curatela superou o modelo considerado marginalizador e a ideia intervencionista nos direitos de personalidade das pessoas com deficiência e de todos aqueles que estavam legalmente sujeitos à curatela. Assim, são critérios para o cabimento da ação de curatela: (I) identificação de pessoa que, por causa transitória ou permanente, não possa exprimir sua vontade⁴¹ e (II) necessidade da nomeação de um curador para auxiliar o curatelado na prática de atos de natureza patrimonial e negocial.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo Código de Processo Civil alinharam seus dispositivos no sentido de garantir a expansão da autonomia existencial às pessoas com deficiência, dessa forma nos debruçaremos sobre a análise do segundo critério acima identificado.

Em conformidade com a mudança das incapacidades, o artigo 6º do EPD revela os limites dos efeitos da curatela, na medida em que, reconhecendo que a deficiência não afeta a

⁴⁰ LÔBO, Paulo. Direito civil. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 120 apud MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr/jun. 2017. Disponível em:<https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&título=%20VOLUME%2012%20%20Abr-Jun%202017&category_id=185&arquivo=>>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁴¹ Art. 1.767, inciso I do Código Civil.

plena capacidade civil da pessoa, deixa fora de seu alcance os atos de natureza existencial. Prevê, de forma exemplificativa, o artigo que:

Art. 6º. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

- I - casar-se e constituir união estável;
- II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;
- III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;
- IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;
- V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e
- VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Os direitos assegurados às pessoas com deficiência são fruto de anos de luta pelo reconhecimento de sua autonomia existencial, trazendo profundas modificações em todos os aspectos da vida familiar, mesmo em caso de curatela.

Nesse mesmo sentido, o artigo 85 do EPD impõe restrições apenas aos efeitos da curatela relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, preservando as liberdades quanto ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho, ao voto e à cidadania. Em suma, garante-se a proteção de direitos que permitem à pessoa com deficiência o exercício pleno da capacidade quanto aos atos de natureza existencial, em igualdade de condições com as demais pessoas.

Corrobora para esse entendimento o disposto no artigo 755 do CPC, que determina que o juiz, ao sentenciar, estabeleça os limites da curatela, observando as potencialidades, habilidades, vontades e preferências do curatelado, bem como os direitos garantidos pelo Estatuto. Sendo assim, o curador não poderá interferir nas relações existenciais do curatelado, devendo, inclusive, adotar medidas que visem garantir e estimular sua autonomia e dignidade.

As mudanças em tela - quanto às incapacidades e à curatela - ainda sofrem resistência por parte de alguns doutrinadores apegados ao modelo ancião, que não compreendem a impossibilidade de restrição absoluta da incapacidade, sob a alegação de que as novas disposições trazem incongruências e incertezas. Assim, criam interpretações propositivas e sem qualquer amparo no reconhecimento da autonomia e da dignidade que a nova legislação visa garantir às pessoas com deficiência, propondo que as hipóteses contidas nos artigos 3º e 4º do Código Civil sejam consideradas meramente exemplificativas⁴².

Esta interpretação gera, na verdade, o oposto do pretendido, ao considerar a não taxatividade das hipóteses de supressão da capacidade, na medida em que representa verdadeira ofensa a princípios constitucionais basilares do Estado de Direito que a Constituição Cidadã consagrou em seu texto.

A dúvida quanto ao acerto da mudança também foi objeto de análise por Heloisa Helena Barboza que comprehende que o exercício desses direitos existenciais devem ser balizados, não sendo razoável o curador deixar que o curatelado tome suas decisões, quando estas puderem lesionar sua integridade física. Assim, segundo Barboza, o curador poderia adotar medidas a

⁴² Não se pode afirmar que não existam pessoas absolutamente incapazes, principalmente quando se analisa causas transitórias, como o estado de coma. Assim, diante das circunstâncias e ainda incertezas trazidas pela nova legislação, uma solução plausível para as contradições criadas, refere-se à interpretação dos arts. 3º e 4º do Código Civil como um rol exemplificativo. Ou seja, mesmo tendo havido, permanecendo tão somente os menores de 16 anos, se a interpretação dada ao dispositivo for de um rol exemplificativo, será possível, no caso concreto, que situações excepcionais, como o caso do coma, já referido, sejam abrangidas pela incapacidade absoluta. (BERLINI, Luciana. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p.174).

fim de interferir na saúde do curatelado, por exemplo, através de autorização judicial, vez que tanto o juiz quanto o curador são responsáveis por assegurar os direitos do curatelado⁴³.

As discussões em juízo também têm sido frequentes acerca da constitucionalidade dos dispositivos do Estatuto, que passaram a assegurar maior autonomia às pessoas com deficiência, ao que parece ignorando a existência de normas constitucionais de igual conteúdo previstas na Convenção ratificada pelo Brasil. Felizmente, as conclusões produzidas em segunda instância têm sido no sentido de reconhecer a constitucionalidade dos mencionados dispositivos que restringem o alcance da curatela⁴⁴.

Os posicionamentos acerca dos aludidos dispositivos levaram à imediata elaboração do Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015, que objetiva “a harmonização dos dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão) e da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

As mudanças que o Projeto de Lei do Senado Federal nº 757/2015 pretende produzir ainda são pouco discutidas, no entanto, o que se observa é que representam verdadeiro retrocesso, sobretudo, no campo das incapacidades. Duas marcantes alterações visam justamente ampliar os efeitos da curatela aos atos de natureza existencial, introduzindo o artigo 1.768-B⁴⁵ no Código Civil e alterando o art. 85 do EPD⁴⁶⁴⁷.

⁴³ BARBOZA. Heloisa Helena. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: Idem, p. 265.

⁴⁴ “Ação de interdição. Arguição de constitucionalidade. Art. 84, caput, § 3º, e art. 85, §§ 1º e 2º da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Promulgação pelo Decreto nº 6.949/2009. Status de emenda constitucional. Art. 5º, § 3º, da CR/88. Vício inexistente. Incapacidade do interditando. Ausência de controvérsia. Interdição declarada para os atos de natureza patrimonial e negocial. Sentença mantida. 1. Não prospera a arguição de constitucionalidade dos arts. 84, caput e seu § 3º, e 85, §§ 1º e 2º, ambos da Lei nº 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência, segundo os quais a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas, e a curatela é medida extraordinária e restrita aos atos de natureza patrimonial e negocial, previsão esta em perfeita sintonia com os ditames da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, com status equivalente ao de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. 2. Restando incontroversa a incapacidade do interditando, deve ser mantida a sentença que declarou sua interdição para os atos de natureza patrimonial e negocial, nos termos do art. 85, § 1º, da Lei nº 13.145/2015 (TJMG - Apelação Cível nº 1.0000.17.010922-7/001, Relator Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível, j. em 8/8/2017, p. em 10/8/2017).

⁴⁵ Art. 3º A Seção I do Capítulo II do Título IV do Livro IV da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 1.768-B. O juiz determinará, segundo a capacidade de fato da pessoa de compreender direitos e obrigações e de manifestar a própria vontade, os limites da curatela, buscando equilíbrio entre a maior esfera possível de autonomia dessa pessoa e as limitações indispensáveis à proteção e à promoção de seus interesses.

§1º Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa.

§2º Excepcionalmente, e com fundamento em avaliação biopsicossocial, o juiz poderá estender os limites da curatela para atos de caráter não patrimonial, inclusive para efeito de casamento, quando constatar que a pessoa não tiver discernimento suficiente para a prática autônoma desses atos. (grifo intencional)

§3º Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz poderá condicionar a prática de determinados atos não patrimoniais a uma prévia autorização judicial, que levará em conta o melhor interesse do curatelado.

⁴⁶ Art. 8º. O art. 85 da Lei nº 13.146, de 6 julho de 2015, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 85. A curatela das pessoas com deficiência será limitada aos aspectos considerados estritamente necessários para a defesa e a promoção de seus interesses, preferencialmente limitando-se aos atos e negócios jurídicos de natureza patrimonial, respeitada a maior esfera possível de autonomia para os atos da vida civil. (grifo intencional)
[...]

§4º As limitações previstas no §1º deste artigo não se aplicam nas hipóteses excepcionais previstas nos §§2º e 3º do art. 1.768-B da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (NR)

⁴⁷ Em pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, foram encontradas várias decisões, nitidamente inconstitucionais, em que foi decretada a “interdição absoluta” da pessoa com deficiência, como se vê das ementas ora transcritas.

As divergências doutrinárias são, em geral, relevantes para a permanente construção da ciência do Direito, no entanto, no presente caso, não estão de acordo com o que dispõe a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência no tocante à proteção das liberdades individuais e da autonomia existencial da pessoa com deficiência. Nesse sentido, Joyceane Bezerra de Menezes comprehende que o texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência possa ser otimizado no que concerne ao exercício da capacidade civil, todavia, qualquer alteração deve ser feita por meio de apoio e salvaguardas, e não pela restrição prévia da sua autonomia, especialmente porque envolve questões afetas aos direitos humanos e, portanto, são fundamentais à inclusão social, cultural e jurídica das pessoas com deficiência⁴⁸.

Ademais, qualquer proposta de alteração das normas instituídas pelos novos diplomas deve visar à realização do escopo axiológico da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada como norma de natureza e hierarquia constitucional. Assim, os códigos e leis do ordenamento devem se adaptar ao seu conteúdo e não o contrário, como pretende o referido PL nº 757/2015⁴⁹.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência visa promover as liberdades individuais, especialmente, no que se refere à autodeterminação existencial, mas também assegurar a igualdade de oportunidades, vedando qualquer espécie de discriminação em razão da deficiência. Nesse sentido, vê-se que o ordenamento brasileiro encontra-se afinado com a Convenção, uma vez que possui como núcleo axiológico a proteção da dignidade humana, a qual se expressa como síntese entre a liberdade e a igualdade⁵⁰.

"APELAÇÃO CÍVEL - INTERDIÇÃO - PESSOA IDOSA ACOMETIDA DE ALZHEIMER - EXTREMA INCAPACIDADE - CURATELA PARA TODOS OS ATOS DA VIDA CIVIL - COMPATIBILIDADE COM O ESTATUTO PROTETIVO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA - OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - RECURSO NÃO PROVADO. - A Lei n. 13.146/2015 (Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência), ao alterar a Teoria das Incapacidades, incluiu as pessoas que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir a sua vontade na categoria dos relativamente incapazes, resguardando, contudo, o instituto da curatela, conquanto não mais na forma como anteriormente previsto. Malgrado tenha sido expressamente estabelecida pela Lei n. 13.145/2015 a natureza "extraordinária" da curatela, inclusive limitando-a aos direitos de natureza patrimonial e negocial, a observância da busca pela concretização do direito à autodeterminação deve ser compatibilizada com as possibilidades reais ostentadas pelas pessoas com deficiência. Em casos excepcionais, a restrição ao exercício da curatela apenas aos atos de natureza negocial e patrimonial pode colocar a pessoa com deficiência em situação de vulnerabilidade - e abandono - não compatível com o primado da dignidade da pessoa humana que buscou o Estatuto Protetivo implementar. O estabelecimento da curatela para todos os atos da vida civil mostra-se adequado à situação de extrema incapacidade - embora relativa - vivenciada pela interditada, havendo de ser, portanto, mantida. Recurso não provido." (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.042700-7/001, Relator(a) Des(a). Corrêa Junior, julgamento em 24/7/2018, publicação da súmula em 01/8/2018). "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. CURATELA. LEI N.º 13.146/2015. ABRANGÊNCIA LIMITADA DO INSTITUTO. PERÍCIA MÉDICA. INCAPACIDADE ABSOLUTA. A opção legislativa em não definir o instituto da curatela como aquele que concede um poder assistencial ao curador para a prática de todos os atos da vida civil em nome do curatelado, mas apenas ao de natureza negocial e patrimonial, não significou o abandono ou omissão da proteção dos interesses do curatelado quando impossível manifestar sua vontade, na medida em que o art. 84, §§2º e 3º garantiu a abrangência proporcional do instituto às particularidades de cada caso. Verificada, por inspeção judicial e perícia médica, que a incapacidade do curatelado para a prática dos atos que regem sua pessoa é absoluta, haja vista a impossibilidade de expressar-se e realizar, autonomamente, cuidados com o corpo, deve a curatela ser estendida a todos os atos. Recurso conhecido e provido." (TJMG - Apelação Cível 1.0043.17.000541-7/001, Relator(a) Des(a). Albergaria Costa, julgamento em 28/6/2018, publicação da súmula em 10/7/2018)

⁴⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra de. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr/jun. 2017. Disponível em:

<https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%2012%20%20Abr-Jun%202017&category_id=185&arquivo=>. Acesso em: 01 out. 2018.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ A dignidade se expressa como a síntese entre a liberdade e a igualdade, ambas fundamentos da democracia. Em favor da igualdade é possível frear a liberdade, fazendo emergir uma dignidade social e objetiva, de caráter

A dignidade deve ser assegurada a todos os indivíduos, por meio do reconhecimento da capacidade legal que se traduz na efetivação dos direitos personalíssimos da pessoa humana, impossíveis de serem suprimidos, transmitidos ou exercidos por substituição da vontade de outra pessoa. Desse modo, entender os direitos de natureza existencial como matéria possível de ser limitada pelos efeitos da curatela é negar dignidade à pessoa curatelada.

4.1. A questão patrimonial como elemento de cabimento da curatela

A discussão acerca da extensão da curatela e das limitações sobre a autonomia existencial não encontram amparo no modelo instituído pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de modo que o cabimento do processo de curatela deve ficar restrito à tutela dos interesses de natureza patrimonial do curatelando.

Com base nesse entendimento, cabe indagar: *é necessário que a pessoa com deficiência possua patrimônio para que a ação de curatela possa ser admitida e capaz de produzir os efeitos decorrentes da declaração da incapacidade relativa?*

Sendo os interesses relacionados aos direitos patrimoniais e negociais os únicos capazes de sofrerem limitações por força de curatela, haveria razão para restringir a capacidade legal de alguém, constituindo-a como incapaz relativamente e, ainda, atribuindo múnus público ao curador quando não existe sequer patrimônio a ser protegido?

Embora haja divergência doutrinária quanto à curatela que recai sobre o pródigo e o nascituro, importante apontar que em ambos os casos só haverá limitação sobre os atos patrimoniais. Assim, quanto ao pródigo, a própria especificidade de sua condição pessoal pressupõe a existência de patrimônio, em risco de alienação desordenada e infundada, a demandar proteção judicial por meio da curatela. Do mesmo modo, para o nascituro só há possibilidade de curatela caso receba herança ou doação.

O ordenamento jurídico, contudo, possui institutos e benefícios destinados à proteção da pessoa relativamente incapaz, de modo que esperar que a pessoa com deficiência venha a possuir bens para ser declarada incapaz poderia privá-la de certas garantias necessárias a sua subsistência.

O benefício de prestação continuada previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e a pensão por morte disposta na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, são bons exemplos para a reflexão. O primeiro é garantido à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família, independentemente de sua capacidade de fato. No entanto, quando se põe em análise a hipótese de um beneficiário ser pessoa com deficiência, incluindo a mental, impossibilitada de realizar o requerimento, sacar o benefício ou outorgar poderes a terceiros, isto é, externar sua vontade para a prática de atos da vida civil, é comum que o seu responsável no momento do requerimento se depare com a exigência do termo de curatela, no âmbito administrativo.

No que concerne à pensão por morte, considera-se dependente presumido do segurado, pela nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o filho que possua deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave, não havendo previsão quanto à exigência de declaração judicial de incapacidade. As normativas específicas editadas pelo instituto de seguridade social não acompanharam, contudo, as alterações trazidas pelos diplomas expostos neste artigo.

A Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015, atualizada em 15 de maio de 2018, que

heterônomo; mas para evitar a imposição autoritária dessa dignidade, sobre os valores de liberdade e autonomia das pessoas, a dignidade também pode se expressar uma dimensão subjetiva que conduz à autodeterminação, notadamente, no plano das questões existenciais. (MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada. In: _____(Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 608.

estabelece regras de uniformização para o reconhecimento de segurados e beneficiários da Previdência Social, adota redação anciã, prevendo como dependente o filho do segurado, maior de 21 anos, que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (art. 121, I).

Ademais, em complemento, somente figurará como dependente do segurado se restar comprovada, por meio de exame médico-pericial e de forma cumulativa, a incapacidade para o trabalho, com diagnóstico de invalidez ininterrupta e anterior à eventual ocorrência de uma das hipóteses do inciso III do art. 131 ou à data em que completou 21 anos (art. 126, incisos I e II, IN 77/2015). As supraditas hipóteses referem-se às causas de perda da qualidade de dependente do filho que possui deficiência mental, intelectual ou grave que não possua decisão declarando-o incapaz e ainda que incorra em uma das hipóteses de emancipação do artigo 5º, parágrafo único, do CC/02, inclusive, o casamento.

A exigência de curatela também é observada para que o beneficiário de pensão por morte tenha seu benefício reduzido somente em 30% quando exercer atividade remunerada (art. 375, §7º, IN 77/2015). E o termo de curatela servirá como prova da incapacidade laboral (art. 367, parágrafo único, IN 77/2015).

A questão ganha, ainda, outros contornos quanto ao prazo para requerer a pensão por morte, uma vez que, em caso de dependente maior de 16 anos, se não requerida em 30 dias da data do óbito, não terá o mesmo direito ao recebimento dos valores desde a ocorrência do falecimento (art. 532, incisos, IN 77/2015).

É certo que o ordenamento jurídico veda a especulação sobre herança ou práticas que remetam ao *pacta corvina*, porém não seria razoável esperar que nasça o direito ao benefício para que haja o deferimento da curatela, declarando o beneficiário como incapaz relativo para, então, requerer o que lhe é de direito. A probabilidade de o prazo de 30 dias não ser observado e de se perder valores que poderiam garantir a subsistência da pessoa com deficiência beneficiária indicam que a exigência de patrimônio como requisito de cabimento para a curatela, por vezes, poderia se apresentar extremamente prejudicial.

Em relação às disposições normativas e orientações jurídicas do Instituto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do artigo 110-A, veda a exigência de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência no ato de requerimento de benefícios operacionalizados pelo INSS, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento. Assim, é indiscutível a necessidade de releitura da instrução normativa sob o prisma do conceito de pessoa com deficiência proposto pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e os impactos produzidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil no que concerne à curatela e as limitações da capacidade plena.

As incongruências são reflexos das dificuldades que se tem no reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência, de modo que, não bastando a seara administrativa para demonstrar o direito e exigir o benefício sem a declaração da incapacidade relativa, deverá, ainda, o interessado recorrer à tutela judiciária, cuja atuação será fundamental para a harmonização das normas e efetiva garantia das pessoas com deficiência.

A resposta ao questionamento inicialmente formulado não pode ser dada de maneira uniforme, uma vez que as especificidades das situações jurídicas, que ainda estão em processo de adequação aos conceitos previstos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, exigirão a análise do magistrado e do membro do Ministério Público, como protetores dos direitos individuais e dos interesses de natureza existencial do curatelando.

A ausência de patrimônio do curatelando, a priori, poderia configurar inobservância de interesse de agir por parte do legitimado ativo, por isso é imprescindível que o requerente apresente as razões que justifiquem a necessidade de se reconhecer a incapacidade relativa do curatelando, com base em sua realidade econômica e social, inclusive com a demonstração das expectativas de patrimônio futuro e dos riscos de o curatelando sofrer prejuízos decorrentes da

ausência de um curador na prática de atos negociais, que podem, inclusive, não envolver patrimônio.

A solução não pode deixar de refletir as novas regras do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil, devendo o magistrado gerir o processo de curatela tendo em vista o melhor interesse do curatelando, cuja oitiva e participação deverão ser prestigiadas, respeitando-se sua vontade e interesses. Ademais, se a curatela revelar-se necessária apenas para atender às exigências dos órgãos administrativos, deve a sentença especificar o alcance da medida a fim de que não haja supressão da autonomia individual além do necessário.

De qualquer forma, revela-se urgente e necessária a mudança das regras de caráter previdenciário e assistencial com vistas a refletir o novo regime de (in)capacidade civil das pessoas com deficiência, as quais se encontram em flagrante confronto com as normas internacionais e nacionais em vigor.

5. Conclusão

A Constituição Federativa Brasileira de 1988, conhecida como carta cidadã, tem por núcleo axiológico a proteção da dignidade da pessoa humana. A partir de seu advento, reconhecida sua força normativa e eficácia imediata, passa a ser o fundamento de validade de todos os demais atos normativos, alterando substancialmente a interpretação das normas de caráter privado.

O reconhecimento da pessoa com deficiência como sujeito de direitos somente foi alcançado após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual resultou na Lei Brasileira de Inclusão. As modificações propostas por esses diplomas normativos, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa com deficiência, impactaram profundamente o conceito de deficiência e capacidade adotados, até então, pelo sistema civilista brasileiro, bem como os objetivos traçados pelo processo de curatela que supria por completo a autonomia individual do curatelado.

O novo processo de curatela é reflexo do modelo social adotado pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência que assegura as liberdades individuais do curatelando, sobretudo as existenciais, a fim de que todo o processo se volte à verificação da necessidade de apoio à pessoa com deficiência nas questões de caráter patrimonial.

Nesse sentido, verificou-se que os elementos do processo de curatela e seus atos processuais, tais como a natureza jurídica, a legitimidade, a competência, a petição inicial, a audiência para entrevista, a perícia e a sentença, adquiriram nova função protetora dos interesses do curatelando. A nova função visa à promoção de um processo justo e adequado às características do curatelando, devendo o magistrado considerar seus direitos, vontades e preferências no momento da declaração, por sentença, de sua incapacidade relativa.

Somente uma sentença detalhada e particularizada será capaz de atingir o perfil funcional protetivo advindo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O deferimento da curatela passou, assim, a assumir importante função na proteção da autonomia da pessoa curatelada, pois discriminará quais atos serão submetidos à medida, especificando a forma de geri-los, bem como determinando o alcance dos deveres do curador. O magistrado possui o dever de realizar tais detalhamentos, pois a curatela é medida excepcional e não poderá ser validada com base em motivações genéricas.

Em relação ao cabimento do processo de curatela, destaca-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou do rol dos absolutamente incapazes qualquer pessoa maior de 16 anos, tenha ela alguma deficiência ou não. Estabeleceu-se, pois, como critérios para a curatela a impossibilidade de a pessoa exprimir sua vontade, em razão de causa permanente ou transitória, na prática de atos de natureza patrimonial.

Os critérios estabelecidos demonstram o caráter excepcional e patrimonial da curatela, resultado da superação do modelo médico e da adoção do modelo social para a compreensão do conceito de pessoa com deficiência, o qual vai além da condição física da pessoa e é aferido, por meio de avaliação biopsicossocial, em razão dos impedimentos surgidos pela interação da mesma com barreiras sociais. Desse modo, comprehende-se que qualquer critério que se utilize da deficiência como fator restritivo de vontade estará em desconformidade com a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e, portanto, será declarado inconstitucional.

Por fim, é razoável afirmar a necessidade de que a pessoa submetida ao processo de curatela possua patrimônio ou interesses de natureza patrimonial, uma vez que não haveria razão para a adoção da medida se não houver bens a serem protegidos. No entanto, a questão deverá ser analisada à luz dos casos em concreto, com especial atenção às hipóteses em que a declaração de curatela for exigida para efeitos de aplicação de norma infraconstitucional, correspondente à instrumentos e benefícios protetivos e assistenciais, na medida em que a adequação de toda a ordem jurídica às disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ainda anda a passos lentos.

Referências

ABREU, Célia Barbosa. A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____. **Primeiras linhas sobre a interdição após o novo código de processo civil**. Curitiba: CRV, 2015.

ALMEIDA, Vitor. **A capacidade civil das pessoas com deficiência e os perfis da curatela**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BANDEIRA, Paula Greco. Notas sobre a autocuratela e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena. A capacidade à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

BERLINI, Luciana. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Curatela dos Interditos**. In: Lições de Direito Processual Civil. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2012. cap. XLV.

CJF-ENUNCIADOS. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 07 de out. 2018.

CRETELLA JR., José. Tutela e Curatela. In: **Curso de Direito Romano: o Direito Romano e o Direito Civil Brasileiro no Novo Código Civil**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. cap. V.

CURATELA compartilhada para pessoas com deficiência é aprovada pela Câmara. [S.l.]: Assessoria de Comunicação do IBDFAM (Com Informações da Agência Câmara), [22/07/2015]. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5698/Curatela+compartilhada+para+pessoas+com+defici>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

DIDIER JR., Freddie. **Editorial 187**: Estatuto da Pessoa com Deficiência, Código de Processo Civil de 2015 e Código Civil: uma primeira reflexão. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-187/>>. Acesso em: 02 de out. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Família. 9. ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2016.

INTERDIÇÃO. In: Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [on-line], 2008-2013. Disponível em: <<http://dicionario.priberam.org/interdi%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 01 out. 2018.

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA, Interdição - Curatela - Foro competente - Domicílio do interditando - Proteção ao hipossuficiente. Belo Horizonte, a. 64, n° 205, p. 47-237, abr./jun. 2013.

MADALENO, Rolf. Curatela. In: **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O novo instituto da Tomada de Decisão Apoiada. In: _____ (Org.). **Direito das Pessoas Com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

_____ ; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Desvendando o conteúdo da capacidade civil a partir do estatuto da pessoa com deficiência. In: EHRARDT, Marcos Jr.; HELENA, Heloisa Barboza. **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte, p. 180, jan. 2016.

_____. **O risco do retrocesso: uma análise sobre a proposta de harmonização dos dispositivos do código civil, do CPC, do EPD e da CDPD a partir da alteração da lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 12, p. 137-171, abr/jun. 2017. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/rbdc.php?ip=123&titulo=%20VOLUME%2012%20%20Abr-Jun%202017&category_id=185&arquivo>. Acesso em: 01 out. 2018.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de Direito Processual Civil. Tutela de menores e curatela de interditos. In: **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.** RDE, [S.I.], n. 2, p. 37-53, abr/jun. 2006. Disponível em: <http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Premissas_metodologicas_constitucionalizacao_Direito_Civil_fls_37-53.pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Procedimentos de jurisdição voluntária segundo o novo código civil.** Disponível em: [www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheiner\(6\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Jos%C3%A9%20M%20Tesheiner(6)%20-formatado.pdf). Acesso em 23.04.2019.

34. O REGIME JURÍDICO DOS DADOS SENSÍVEIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

LEGAL FRAMEWORK OF SENSITIVE DATA IN THE BRAZIL'S GENERAL LAW OF DATA PROTECTION

Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri¹

Maria Regina Detoni Cavalcanti Rigolon Korkmaz²

Resumo

Nas sociedades da informação em que vivemos, a proteção da pessoa humana vai além do seu corpo físico para abranger o seu corpo eletrônico, que se constitui dos dados pessoais. Dentre os dados pessoais ganha relevo os dados sensíveis, que são caracterizados pela aptidão de gerar situações de discriminação e desigualdade, com nítida potencialidade lesiva da personalidade. O projeto de pesquisa tem por fim examinar o regime jurídico dos dados pessoais sensíveis na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, através de uma análise documental, com a finalidade de avaliar se a norma é adequada à tutela que se propõe, notadamente com relação aos dados pessoais sensíveis, na medida em que se considera a sua vinculação com a promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e com o seu aspecto da liberdade substancial para a construção da personalidade nas sociedades tecnologicamente avançadas. A importância da pesquisa emerge a partir da reciprocidade que se estabelece entre as realidades normativa e social e, portanto, do papel da normatividade na construção de uma cultura de proteção de dados no Brasil, bem como com o escopo de funcionalizar o cenário tecnológico, sobretudo que concerne à proteção de dados, à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Proteção de dados. Dados sensíveis. Privacidade.

Abstract

In the information societies in which we live, the protection of the human person goes beyond his physical body to encompass his electronic body, which is constituted of personal data. Among the personal data, sensitive data gain importance, because are characterized by the ability to generate situations of discrimination and inequality, with a clear potential to harm the human personality. The research project aims to examine the legal framework of sensitive personal data in the Brazil's General Law of Data Protection, through a documentary analysis, with the purpose of evaluating whether the norm is adequate to the protection proposed, notably in relation to sensitive personal data, insofar as it is considered to be linked to the promotion of the principle of the human dignity and with its aspect of substantial liberty for the construction of the personality in technologically advanced societies. The importance of the research emerges from the reciprocity established between normative and social realities and, therefore, from the role of normativity in the construction of a data protection culture in Brazil, as well in order to promote a legal framework capable of directing the technological scenario, especially

¹ Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da mesma Instituição. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito Civil pela Università degli Studi di Camerino, smcnegri@yahoo.com.

² Mestranda em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, mariareginadcr@gmail.com.

regarding data protection, for the implementation of the principle of human dignity.

Keywords: Data protection. Sensitive data. Privacy.

1. Introdução

Nas sociedades da informação em que vivemos, a proteção integral da pessoa perpassa pelas dimensões do seu corpo que é apresentado em duas perspectivas que se entrelaçam continuamente: o corpo é físico, mas também é eletrônico a partir dos dados pessoais, que se referem a informações relativas a uma pessoa (RODOTÀ, 2004).³ A partir desta compreensão, dados pessoais não são da pessoa, em uma perspectiva puramente patrimonial, mas são a pessoa, como espelho representativo da sua personalidade⁴ (DONEDA, 2017).

Com o advento dos avanços tecnológicos, essa identificação dos dados pessoais com aspectos da personalidade, é verificada na medida em que através deles passam a ser veiculadas particularidades da pessoa humana, de forma a se vincularem diretamente à concretização da sua dignidade.⁵ Dentre os dados pessoais, ganha destaque a categoria dos dados sensíveis, que são aqueles associados às opções e características basilares da persona e, portanto, aptos a gerar situações de discriminação e desigualdade (MORAES, 2008).

É com fundamento na possibilidade de utilização discriminatória, tanto por parte do mercado, quanto do Estado, que os dados sensíveis se associam a situações em que podem estar presentes potenciais violações de direitos fundamentais, em razão da sua natureza (MULHOLLAND, 2018). Em outro ângulo, proteger dados sensíveis permite a efetivação de diversos direitos, como saúde, liberdades comunicativas, religiosa, de associação, entre outros (MULHOLLAND, 2018).

Além da constituição genética e fisiológica do corpo físico da pessoa, a natureza sensível de um dado também pode se configurar a partir de uma associação intrínseca à autodeterminação individual, como é o caso das convicções políticas, religiosas ou filosóficas, filiação sindical, a própria orientação sexual, entre outros, justamente porque são incontáveis as situações nas quais a pessoa pode ser objeto dessas práticas incompatíveis com a dignidade humana.

A compreensão dessa natureza complexa do corpo da pessoa, na era digital, ganha maior relevância diante da consideração de Rodotà (2004, p. 94) no sentido de que as “inovações

³ Danilo Doneda (2011, p. 93-94) acentua a distinção entre os termos “dado” e “informação”, destacando o primeiro com uma conotação primitiva, como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, ao passo que a informação alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Aduz o autor, ainda, que a informação pode se associar a valores distintos, como a própria liberdade de informação.

⁴ Segundo Schreiber (2014), a personalidade deve ser considerada em dois aspectos, a saber, subjetivo, entendido como a capacidade de ter direitos e obrigações, e objetivo, compreendido como o conjunto de características e atributos essenciais da pessoa humana. O aspecto objetivo que deve ser aqui considerado, cabendo destacar que é dessa vertente que se depreendem os direitos da personalidade.

⁵ Com a lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 85), é de se ressaltar que “o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade”. É interessante destacar, no tocante ao conceito de dignidade da pessoa humana, a pesquisa desenvolvida por Struchiner e Hannikainen (2016), a partir de uma perspectiva empírica e experimental. Os autores têm tido por resultados discrepâncias no conceito da dignidade tanto em uma perspectiva intersubjetiva como intrasubjetiva, a depender da forma como é apresentado. Não obstante, como sugerem, a dificuldade de se estabelecer um conceito não representa que seja desprovido de significado. A dignidade da pessoa humana, apesar de contar com a conceituação incisivamente controvertida, permanece com o seu valor inalterado. Adotou-se, dentre as diversas construções, pela de Maria Celina Bodin de Moraes (2003) por ser a que mais se coaduna com a compreensão teórica apresentada no presente artigo.

tecnológicas permitem uma renovada decomposição do corpo mediante a coleta de informações que reduzem a identidade do sujeito a um só detalhe – a um traço do rosto, ao reconhecimento da íris, impressões digitais”, entre outros, de forma que o corpo em si está se tornando uma senha (RODOTÀ, 2004).⁶

No contexto de hiperconectividade⁷ e de cessão ostensiva de dados pessoais, principalmente na rede, bem como do avanço da internet das coisas (em inglês, internet of things, sigla IoT)⁸, outras questões devem ser apontadas. A título de exemplo, na lógica do mercado, a fragmentação em dados potencializa uma nova versão da abstração da pessoa, que passa a constituir matéria prima, na forma de dados, em produto, porque comercializável, e em destinatários da cadeia de consumo, diante da paradoxal “hiperpessoalização” do serviço com base nos dados pessoais (SCHULMAN, 2016, p. 356).

A ciência, ao se basear no princípio do possível/impossível, é incapaz de limitar a si mesma (MORAES, 2003). Emerge, portanto, o papel do direito de responder aos reflexos da dinâmica tecnológica com a reafirmação do seu valor fundamental, que é a pessoa humana, devendo fornecer segurança e previsibilidade para que as estruturas econômicas se façam viáveis de acordo com a axiologia constitucional (DONEDA, 2006).

Em sede do ordenamento jurídico brasileiro, a configuração da proteção de dados como direito autônomo e de matriz fundamental encontra campo nas garantias constitucionais da igualdade, da liberdade, proteção da intimidade, da vida privada, no objetivo da República consistente na promoção da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Não obstante, em 14 de agosto de 2018, foi sancionada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) – Lei n. 13.709, ainda em vacatio legis, que inovou ao estabelecer um marco regulatório geral para proteção de dados no Brasil, até então inexistente.

Diante da conjugação dos avanços tecnológicos, que ostentam uma imprevisibilidade intrínseca e desprezam limites que lhes sejam extrínsecos (DONEDA, 2006), e da necessária proteção da pessoa humana, que se torna um tanto mais patente no caso dos dados sensíveis em razão da potencialidade lesiva de que são objeto, a presente pesquisa tem por fim examinar o regime jurídico dos dados sensíveis na LGPD, considerando que atualmente não está em vigor uma normativa geral de proteção de dados pessoais no país.

Com este panorama, cabe formular e discutir o seguinte questionamento: a LGPD apresenta institutos e mecanismos jurídicos adequados para promover a tutela dos dados

⁶ Rodotà (2012, p. 252) assevera, nesse sentido, que “È oportuno, tuttavia, sottolineare come l’associazione biologica/vita possa spingere verso um pericoloso riduzionismo, identificando appunto la vita com il suo sostrato biologico, ben al di là dell’attenzione che ormai deve essere continuamente rivolta ai rapporti tra persona e tecnoscienza, che implicano pure una ridefinizione del ruolo del diritto nell’età tecnologica”. Tradução livre: “É aconselhável, no entanto, salientar que a associação biológica/vida pode levar a um reducionismo perigoso, identificando precisamente a vida como seu substrato biológico, muito além da atenção que agora deve ser continuamente voltada para as relações entre pessoa e ‘tecnociência’, que também implicam uma redefinição do papel do direito na era tecnológica”.

⁷ Na definição de Magrani (2018, p. 21): “O termo *hiperconectividade* foi cunhado inicialmente para descrever o estado de disponibilidade dos indivíduos para se comunicar a qualquer momento e tem desdobramentos importantes. Podemos citar alguns: o estado em que as pessoas estão conectadas a todo momento (*always-on*); a possibilidade de estar prontamente acessível (*readily accessible*); a riqueza de informações; a interatividade; o armazenamento ininterrupto de dados (*always recording*). O termo *hiperconectividade* está hoje atrelado às comunicações entre indivíduos (*person-to-person*, P2P), indivíduos e máquina (*human-to-machine*, H2M) e entre máquinas (*machine-to-machine*, M2M) valendo-se, para tanto, de diferentes meios de comunicação. Há, nesse contexto, um fluxo contínuo de informações e massiva produção de dados.”

⁸ Apesar de fortes divergências conceituais acerca da internet das coisas, pode ser entendida como “um ambiente de objetos físicos interconectados com a internet por meio de sensores pequenos e embutidos, criando um ecossistema de computação onipresente (ubíqua), voltado para a facilitação do cotidiano das pessoas, introduzindo soluções funcionais nos processos do dia a dia” (MAGRANI, 2018, p. 20), restando, portanto, diretamente associado ao contexto de hiperconectividade.

pessoais sensíveis e, destarte, do corpo eletrônico da pessoa e da sua dignidade no tecido social progressivamente tecnológico?

Pretende-se, a partir de um estudo empírico-qualitativo, realizar uma análise documental da LGPD no tocante ao regime jurídico dos dados sensíveis com o escopo de verificar se a normativa é adequada à tutela que se propõe, a partir das técnicas de Cellard (2014). Como hipótese inicial de pesquisa, aponta-se para uma limitação da proteção oferecida aos dados pessoais sensíveis na lei apurada.

É de se destacar que se a mudança da realidade social em qualquer de seus aspectos implica em transformação da realidade normativa, o processo oposto também se verifica (PERLINGIERI, 2002). Neste sentido, emerge a necessidade de se avaliar essa normatividade na LGPD, enquanto potencial instrumento de funcionalização da tecnologia à proteção da pessoa humana.

A realização da pesquisa justifica-se na medida em que a compreensão e o governo das transformações determinadas pelos avanços tecnológicos apenas é viável se guardar sintonia com instrumentos prospectivos aptos a redefinir os princípios fundadores das liberdades individuais e coletivas sob os paradigmas dos novos tempos (RODOTÀ, 2015, p. 8). Em verdade, com o imperativo da constitucionalização da pessoa, nem tudo que é tecnicamente possível é socialmente desejável, eticamente aceitável e juridicamente admissível (RODOTÀ, 2004, p. 101).

2. Objetivos da pesquisa

2.1. Objetivo geral

A partir do paradigma teórico fundamentado em Stefano Rodotà (2004, 2008) e Maria Celina Bodin de Moraes (2003, 2008, 2010), o presente trabalho tem por objetivo promover uma análise crítico-propositiva do regime jurídico dos dados pessoais sensíveis na LGPD, com o escopo de concretizar também no plano normativo brasileiro a tutela da pessoa inserida na conjuntura tecnológica.

2.2. Objetivos específicos

- a) Promover uma ampla revisão de literatura e demonstrar a pertinência do marco teórico adotado para a análise do tema, com o estudo da evolução do direito à privacidade até a proteção de dados, da matriz dos dados pessoais sensíveis, sua vinculação com a dignidade humana, além dos institutos associados à sua proteção;
- b) Buscar dados relativos à LGPD, bem como documentos que constam do respectivo processo legislativo que tenham pertinência para a compreensão da tutela legal (pareceres, atas das Audiências Públicas, eventuais propostas de alteração, pareceres de Comissões, entre outros);
- c) Buscar dados a partir de uma pesquisa documental da normativa europeia de proteção de dados, especialmente o General Regulation Data Protection (GDPR), com o fim de identificar no direito alienígena institutos voltados à tutela da pessoa, especificamente com relação aos dados sensíveis. Tal objetivo se justifica na medida em que o regulamento europeu exerceu forte influência na normativa brasileira;
- d) Reunir os dados coletados, processá-los e confrontá-los com o intuito de se estabelecer um paralelo entre a proposição legislativa selecionada e o modelo europeu, nomeadamente em vista de se verificar a prescrição de determinados institutos jurídicos ou, se for o caso, identificar sua ausência e eventuais lacunas;
- e) A partir do paralelo realizado com base no modelo europeu, proceder a uma avaliação

comparativa do pretenso substrato jurídico brasileiro sobre dados sensíveis com as premissas da disciplina jurídica de circulação de informações proposta por Stefano Rodotà (2008), enquanto referência regulatória;

- f) Com base na confrontação dos dados coletados de acordo com a perspectiva do marco teórico, traçar inferências sobre institutos jurídicos e seu alcance na proposta legal que se relacionam aos dados sensíveis, com a finalidade de elaborar uma crítica-propositiva da LGPD.

3. Referencial teórico

O paradigma teórico a ser adotado na pesquisa tem como base as reflexões de Stefano Rodotà (2004, 2008) e Maria Celina Bodin de Moraes (2003, 2008, 2010), notadamente com relação aos dados pessoais sensíveis, sua natureza enquanto categoria específica dos dados pessoais e a respectiva normatização específica a partir de uma disciplina adequada da circulação das informações.

A proteção de dados pessoais tem a sua gênese associada à privacidade. Como uma noção cultural induzida no tempo e dependente de bases sociais, culturais e políticas (DONEDA, 2006), a privacidade superou a concepção utilizada por Warren e Brandeis (1890, p. 195) como “direito a ser deixado só”⁹, então relacionada a uma lógica burguesa e proprietária, marcadamente na década de 60, com o advento do welfare state, aumento das demandas sociais e crescimento do fluxo de informações com os avanços tecnológicos (DONEDA, 2006), quando então tornou-se patente a sua insuficiência para promover a proteção da pessoa.

Como direito eminentemente complexo, a privacidade inseriu em seu conteúdo a autodeterminação informativa, entendida como o “direito de manter controle sobre as suas informações e de determinar a maneira de construir sua esfera particular” (RODOTÀ, 2008, p. 15).¹⁰ A sequência “pessoa-informação-sígilo” classicamente associada à privacidade é, então, extravasada para a noção de “pessoa-informação-circulação-controle”, na qual o imperativo é a “circulação controlada” de dados (RODOTÀ, 2008, p. 93).

A proteção de dados pessoais desdobra-se da privacidade, permanece compartilhando o mesmo fundamento ontológico que é a dignidade da pessoa humana (DONEDA, 2006), no entanto, passa a ostentar uma dimensão que também é coletiva e essencialmente dinâmica (RODOTÀ, 2008). Neste sentido, a autonomização do direito à proteção de dados para além da tutela da privacidade pode ser percebida no paralelo realizado por Rodotà (2008, p. 27), em sede do qual se distinguia o direito ao respeito à vida privada e familiar como um impedimento à interferência na vida privada de uma pessoa, ao passo que a proteção de dados voltava-se ao estabelecimento de regras sobre mecanismos de processamento de dados e legitimidade para tomada de medidas, as quais não se restringiam aos sujeitos dos dados, porque extensíveis a um órgão público destinado a esta finalidade.

Na lição de Rodotà (2004, p. 6), emergiu a compreensão de que os dados devem ser considerados como correspondentes ao corpo da pessoa, o que se faz na sua acepção eletrônica, que deve, dessa forma, ser respeitado na sua integridade física e psíquica. Sobreleva, em vista disso, uma concepção integral da pessoa, cuja projeção no mundo corresponde ao direito de

⁹ Apesar de Warren e Brandeis (1890, p. 195) utilizarem a definição do “right to be let alone” cunhada pelo Judge Thomas Cooley, não chegaram a afirmar categoricamente que esse seria o conteúdo preciso do direito à privacidade.

¹⁰ Em adição, Rodotà percebe que “a palavra *privacy* evoca não apenas uma necessidade de intimidade, mas sintetiza as liberdades que nos pertencem no mundo novo onde vivemos”. (RODOTÀ, Stefano. *Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet?*). Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, jul.-dez./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodot%C3%A1%CC%80-trad.-de-Teffe%CC%81-e-Vasconcellos-civilistica.com-a.4.n.2.20152.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2017.)

“não perder jamais o poder de manter pleno controle sobre seu corpo que é, ao mesmo tempo, ‘físico’ e ‘eletrônico’” (RODOTÀ, 2004, p. 6).

Não obstante, como adverte Rodotà (2004), a tutela da integridade da pessoa não deve considerar apenas o corpo que se constitui em uma perspectiva física e em outra eletrônica que se entrecem continuamente: percebe-se, na realidade, um corpo “multiplicado” e “distribuído”, que primeiro perdeu sua unidade, a qual foi decomposta em órgãos, células, gametas, depois perdeu sua materialidade, tornando-se uma “senha”, com as impressões digitais, DNA, geometria do corpo, entre outros, na esteira de sua acepção eletrônica. A partir desta nova percepção, restou imprescindível reconhecer que a unidade da pessoa somente pode ser reconstituída com a extensão ao corpo eletrônico de garantias elaboradas para o corpo físico (RODOTÀ, 2004, p. 103-104).¹¹

No tecido social cada vez mais tecnológico, o exercício das liberdades individuais, como componente da dignidade da pessoa humana, estabelece relação intrínseca de dependência com a tutela dos dados pessoais, especialmente dos sensíveis, que são associados às opções e características fundamentais da pessoa humana, de forma a se destacarem pela aptidão de gerar situações de discriminação e desigualdade (MORAES, 2008).

O âmbito propício ao pleno desenvolvimento da personalidade demanda que seja assegurada a maior autonomia possível, conferindo à pessoa a faculdade de rever e construir sua identidade fora de uma lógica cristalizada (BAIÃO E GONÇALVES, 2017), uma vez que “a autonomia é elemento ético da dignidade”, como destaca Luís Roberto Barroso (2010, p. 24), envolvendo “o direito do indivíduo de decidir os rumos da própria vida”. Certo é que os contornos da autonomia da pessoa ganham ainda maior relevo quando tratamos dos elementos fundamentais da sua personalidade que passam a ser veiculadas na forma de dados sensíveis.

O imperativo de “circulação controlada de dados”, tal como apresentado por Rodotà (2008, p. 93), se torna ainda mais patente no caso dos dados pessoais sensíveis, em face da dilatada potencialidade lesiva de que são objeto. Em atenção ao processo de reciprocidade que se estabelece entre as realidades normativa e social (PERLINGIERI, 2002), merece referência, enquanto estrutura jurídica, a proposta de Rodotà (2008).

A partir da avaliação da experiência jurídica passada, Rodotà (2008, p. 87-88) sintetizou as premissas necessárias para um ambiente jurídico favorável a uma disciplina adequada da circulação das informações, tendo considerado que a rápida obsolescência das disciplinas muito rígidas para proteção de dados indica para a necessidade de adoção de intervenções institucionais dotadas de maior flexibilidade. As premissas são as seguintes:

- a) Uma disciplina legislativa de base que se constitua essencialmente por cláusulas gerais e normas processuais;
- b) Normas voltadas a casos específicos, possivelmente previstas em leis autônomas, referentes a atividades de determinados sujeitos ou com a disciplina de categorias específicas de informações;
- c) Uma autoridade administrativa independente, que eventualmente titularize poderes para adaptar a situações particulares os princípios previstos nas cláusulas gerais;
- d) Previsão de uma disciplina de recurso à autoridade judiciária, não apenas nos sistemas nos quais tal se depreende de exigência constitucional, mas de modo geral, com o fim de enraizar nesta seara princípios análogos aos de um *Bill of Rights ou do Due Process*, no caminho de uma linha tendente a aproximar a matéria estudada dos direitos civis;
- e) Previsão de um controle difuso pela iniciativa de grupos e cidadãos.

¹¹ Destarte, em se tratando da dignidade e da integridade da pessoa, deve-se considerar que a simples disponibilidade de uma tecnologia não legitima todas as suas utilizações, de modo que estas devem ser avaliadas com valores distintos daqueles fornecidos pela própria tecnologia (RODOTÀ 2008).

Como sintetiza Rodotà (2012, p. 252), “*l'autodeterminazione nella vita e nel corpo rappresenta il punto più intenso e estremo della libertà esistenziale, che si declina pure come libertà giuridica*”.¹² É pela defesa da pessoa e do seu corpo, físico e eletrônico, que se defendem valores fundamentais dos sistemas democráticos, não podendo ser limitados ou sacrificados sem gerar consequências próximas de sistemas totalitários (RODOTÁ, 2004), incompatíveis com o pleno desenvolvimento da personalidade.

4. Estratégias metodológicas

A partir deste projeto, pretende-se realizar uma pesquisa que tem como base uma metodologia empírica com avaliação predominantemente qualitativa dos dados coletados. De acordo com Epstein e King (2013), uma pesquisa empírica se assenta em observação ou experimentação de dados, os quais são definidos como sendo quaisquer fatos sobre o mundo. Assim, ao se basear na observação de dados advindos da realidade a fim de se traçar conclusões, é possível considerar tal estudo como empírico.

Em consonância com as técnicas de análise documental apresentadas por Cellard (2014), o artigo tem por objetivo analisar o conceito normativo dos dados pessoais sensíveis na LGPD. De plano, é relevante ressaltar que a autenticidade é verificada em se tratando de documento normativo e de domínio público, acessível nos sítios eletrônicos oficiais. Lado outro, a representatividade do documento a ser avaliada, na proposta de Cellard (2014), é configurada na medida em que se trata da única norma geral de proteção de dados do Brasil, tendo, portanto, a aptidão de representar o tratamento normativo da matéria no país.

Como delineamentos, foi utilizada a pesquisa bibliográfica para construir uma plataforma teórica do estudo (MARTINS E TEÓPHILO, 2016) sobre proteção de dados pessoais por meio de fontes secundárias. Igualmente será adotado o delineamento da pesquisa documental, como dito, valendo-se de fontes primárias, notadamente o teor da Lei n. 13.709 de 2018.

Com o fim de compor a análise com outras fontes documentais (CELLARD, 2014) e, portanto, contribuir para uma melhor compreensão do documento, o estudo também passará por uma comparação com o GDPR, especificamente sobre a proteção de dados sensíveis, o que ganha maior relevo em face da ostensiva influência do regulamento europeu de proteção de dados sobre a LGPD.

É válido registrar que o objeto da pesquisa é um documento institucional, em se tratando de uma lei, o que repercute em contornos institucionais presentes nos dados, na medida em que, como aponta Pires (2014, p. 179), “a instituição não só recorta o enredo primário (antes do analista), como o transforma, ao mesmo tempo, no sentido pleno do termo, em alguma outra coisa: ela participa do enredo”.

Ao final da pesquisa, os dados reunidos serão confrontados com base no paradigma teórico de Stefano Rodotà (2004, 2008) e Maria Celina Bodin de Moraes (2003, 2008, 2010), através de um processo de dedução, valendo-se da estrutura teórica apresentada para examinar o tratamento normativo dos dados sensíveis na LGPD, pretendendo-se traçar inferências sobre a adequação da norma a partir de seus institutos jurídicos.

Em se tratando de projeto de pesquisa que vem sendo desenvolvido no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito e Inovação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, naturalmente a caminho de uma conclusão, o respectivo tópico não pôde ser apresentado. Não obstante, os resultados que a pesquisa vem apresentando não podem ser apontados nesta oportunidade, porque estão submetidas para publicação que exigem originalidade.

¹² Tradução livre: “A autodeterminação na vida e no corpo representa o ponto mais intenso e extremo da liberdade existencial, que também se expressa como liberdade jurídica”.

Referências

ANDRADE, Gustavo Piva de. O GDPR e a proteção dos dados sensíveis. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280651,71043-O+GDPR+e+a+protecao+dos+dados+sensiveis>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

BAIÃO, Kelly Sampaio; GONÇALVES, Kalline Carvalho. A garantia da privacidade na sociedade tecnológica: um imperativo à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-garantia-da-privacidade-na-sociedade-tecnologica-um-imperativo-a-concretizacao-do-princípio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeo., dezembro de 2010, p. 1-39. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignida-de_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 10 set. de 2017.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018a. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 05 set. 2018.

BRASIL. Medida Provisória nº 869, de 27 de dezembro de 2018b. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 06 fev. 2019.

BUSCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2., n. 3., jul.-set./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/controle-temporal-de-dados-o-direito-ao-esquecimento/>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos e metodológicos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 295-316. Tradução de Ana Cristina Nasser.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul/dez 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/download/1315/658>>. Acesso em: 01 set. 2017.

DONEDA, Danilo. Avanço tecnológico muda o conceito de dados anônimos ou sensíveis. S. I.: Cdtv Convergência Digital, 2016. (18 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dLCC8SEAA7w>>. Acesso em: 13 set. 2017.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Pesquisa Empírica em Direito: as regras de inferência. São Paulo: Direito Gv, 2013. 253 p. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/11444>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

KONDER, Carlos Nelson. Vulnerabilidade patrimonial e vulnerabilidade existencial: por um sistema diferenciador. Revista de Direito do Consumidor, v. 99, p. 107, 2015.

MAGRANI, Eduardo. A Internet das Coisas. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2018. v. 1.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. Metodologia da Investigação Científica para Ciências Sociais Aplicadas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Capítulos 4 e 5, p. 35 e 51-54.

MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). Apresentação do autor e da obra. In: RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade de vigilância: A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-12. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana, uma leitura civil-constitucional dos danos morais, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.

MULHOLLAND, Caitlin. Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais: uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 19, p. 159-180, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. 3. Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Tradução de: Maria Cristina De Cicco.

PIRES, Álvaro P.. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos e metodológicos. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p. 154-211. Tradução de Ana Cristina Nasser.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda.

RODOTÀ, Stefano. Il diritto di avere diritti. 8. Ed. Bari: Laterza, 2012.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet?. Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, jul.-dez./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>>. Acesso em: 01 set. 2017.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 19, p. 91-107, 2004.

SCHULMAN, Gabriel. www.privacidade-em-tempos-de-internet.com: o espaço virtual e os impactos reais à privacidade das pessoas. In TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 330-360.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

STRUCHINER, Noel; HANNIKAINEN, Ivan. A Insustentável Leveza do Ser: sobre arremesso de anões e o significado do conceito de dignidade da pessoa humana a partir de uma perspectiva experimental. *Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil*, v. a.5 n.1, p. 1-25, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: *Temas de Direito Civil*, t. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (coords.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotá*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 17-35.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho: General Regulation Data Protection (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Bruxelas, 27 abr. 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. *Harvard Law Review*, vol. 4, 1890.

35. PRINCÍPIO FORMAL DA SUBSIDIARIEDADE: uma análise crítica para uma teoria dos princípios formais

FORMAL PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY: a critical analysis for a formal principle's theory

Alexandre Van de Pol¹
Cláudia Toledo²

Resumo

O presente artigo constitui resultado parcial da pesquisa de dissertação de mestrado sobre parâmetros decisórios ao conflito de competências a partir da tese Mathias Klatt em Positive Rights Who Decides. Especificamente, trata-se aqui do princípio da subsidiariedade. Este princípio é fundamentado por Klatt nos trabalhos de Mattias Kumm e seus estudos sobre a legitimidade do direito internacional e do conflito político e jurídico entre a Corte de Justiça da União Europeia, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e as cortes constitucionais nacionais deste bloco internacional e deste continente. O problema central deste artigo é a obscuridade do tratamento da subsidiariedade enquanto parâmetro decisório, uma vez que, apesar de considerá-lo, Klatt não lhe estrutura argumentativamente, deixando vago como a sua utilização pode ser justificada e o que da construção de Kumm é pertinente à ponderação. A hipótese, constituída posteriormente à leitura exploratória da tese de Kumm, é de que a subsidiariedade é um princípio formal do direito internacional que justifica a inserção do parâmetro da subsidiariedade no conflito de competências desenvolvido por Klatt. Apesar disto constituir uma hipótese de confirmação da tese de Klatt, o ponto importante está na verificação das premissas e na correlação com o restante do escopo teórico do autor desenvolvido paralelamente e posteriormente ao seu estudo publicado sobre a subsidiariedade. A metodologia utilizada não poderia ser diferente daquela utilizada pelos próprios autores, a analítica, com ambos trabalhando a partir da teoria dos princípios de Robert Alexy. Em termos gerais, como dito, trata-se da busca de confirmação da tese do autor a partir de uma releitura das premissas, sendo uma revisão teórica crítica, assim, o objetivo geral é a própria revisão crítica da tese de Klatt. Para tanto, foi necessário aqui analisar criticamente a construção histórica, legal e teórico-jurídica da subsidiariedade tanto em Kumm, quanto em Klatt de forma comparativa. As conclusões foram várias, mas, principalmente que a subsidiariedade constitui um princípio formal procedimental do direito internacional e que diversos elementos da tese de Kumm encontram alocação na tese de Klatt como argumentos à ponderação de competências em diferentes parâmetros, entre eles argumentos ao próprio parâmetro da subsidiariedade.

Palavras-chave: teoria dos princípios formais, princípios formais procedimentais, princípio da subsidiariedade.

Abstract

This article is a partial result of the thesis research on decision factors to the competence conflict from the thesis of Mathias Klatt in Positive Rights Who Decides. Specifically, it is about

¹ Mestrando em Direito (UFJF)

² Professora do Mestrado em Direito e Inovação (UFJF), Orientadora

the principle of subsidiarity. This principle is supported by Klatt from the work of Mattias Kumm and his studies about the legitimacy of international law and political and legal conflict between the Court of Justice of the European Union, the European Court of Human Rights and the national constitutional courts of this international bloc and of this continent. The central problem of this article is the obscurity of the treatment of subsidiarity as a decisive parameter since, in spite of considering it, Klatt does not structure it argumentatively, leaving vague how its use can be justified and what of the construction of Kumm is pertinent to the balancing. The hypothesis, constituted after the exploratory reading of the Kumm's thesis, is that subsidiarity is a formal principle of international law that justifies the insertion of the subsidiarity factor in the conflict of competences developed by Klatt. Although this is a hypothesis of confirmation of Klatt's thesis, the important point is the verification of the premises and correlation with the rest of the author's theoretical scope developed in parallel and after his own article about the subsidiarity principle. The methodology here could not be different from the one used by the authors themselves, the analytical philosophy, with both working from Robert Alexy's theory of principles. In general terms, as mentioned, it is a search for confirmation of the author's thesis based on a re-reading of the premises, being a theoretical review critical, so the general objective is the critical review itself of Klatt's thesis. Therefore, it was necessary to analyze critically the historical, legal and legal theory of subsidiarity both in Kumm and Klatt in a comparative way. The conclusions were several, but mainly that subsidiarity is a formal procedural principle of international law and that several elements of Kumm's thesis find an allocation in Klatt's thesis as arguments to the weighting of competences in different parameters, among them arguments to the subsidiarity.

Keywords: theory of formal principles, formal procedural principle, principle of subsidiarity

Introdução

A subsidiariedade é um princípio formal procedimental do constitucionalismo cosmopolita que surge pela coordenação de Estados nacionais. Este princípio se estabelece como parâmetro decisório para as autoridades nacionais e internacionais quando estas se encontram em um conflito de competências multinível. Para compreender estas afirmativas será necessário adentrar em três discussões distintas. A primeira é sobre o que é um constitucionalismo cosmopolita, a segunda é sobre o que é um conflito de competências multinível e a terceira é sobre o que é um princípio formal procedural e como ele se torna parâmetro decisório neste conflito.

A compreensão por um constitucionalismo cosmopolita é resultado da disputa de duas correntes jurídicas a dos nacional-constitucionalistas e a dos internacional-constitucionalistas e esta contenda é apresentada por Matias Kumm. A base do debate está sobre se o direito internacional pode ou não corresponder as características de um constitucionalismo. Essas características então no entendimento de que uma constituição constitui um projeto normativo político proveniente de uma autoridade legítima que possui soberania sobre uma jurisdição determinada.

A discussão sobre projeto normativo político e jurisdição no constitucionalismo cosmopolita é mais simples. A discussão sobre autoridade legítima e soberania, contudo, demanda uma discussão mais profunda e coordenada. A primeira destas se relaciona ao processo histórico de formação de uma comunidade internacional em torno de um projeto normativo político e nos procedimentos que levaram a sua concepção. A segunda, relaciona-se com a recomprensão da soberania a partir deste processo, relativizando a autonomia do Estado para decidir sobre seus assuntos nacionais e internacionais a partir de uma integração com uma comunidade de Estados.

O conflito de competência multinível é o conflito entre as cortes constitucionais do sistema europeu de proteção de direitos humanos. Ele é chamado de multinível, pois há cortes responsáveis por esta espécie de proteção em diferentes esferas jurisdicionais no continente europeu. Em um primeiro nível há as cortes constitucionais nacionais, em um segundo nível há a Corte de Justiça da União Europeia e em um terceiro nível há a Corte Europeia de Direitos Humanos. Mathias Klatt realizará esta análise e nomeará este sistema de Triângulo das Bermudas europeu justamente pela potencialidade de conflito de seus níveis.

A terceira e última tese a ser apresentada neste artigo é a de que a subsidiariedade representa um princípio formal fundamenta normativamente a aplicação do parâmetro da subsidiariedade na ponderação de competências multinível. Para tanto, será necessário apresentar aqui o que é são princípios formais e suas espécies e o que é um parâmetro e seu papel em uma ponderação.

A hipótese deste artigo é de a subsidiariedade é um princípio formal procedural que fundamenta o parâmetro da subsidiariedade no conflito de competências. Já o objetivo geral é produzir um entendimento completo da subsidiariedade. Para isto há três objetivos específicos a serem atingidos: i) compreender quais são os fundamentos materiais e normativos para a existência do princípio da subsidiariedade, ii) identificar a partir destes fundamentos o que é pertinente ao parâmetro da subsidiariedade e iii) sintetizar um princípio da subsidiariedade pertinente a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Metodologicamente será realizada uma análise crítica e comparativa das três teses apresentadas por Kumm, Klatt e Alexy. Esta análise crítica i) analisará e comparará os trabalhos de Mathias Klatt e de Mattias Kumm, sobre o qual o primeiro se baseia, para compreender suas concepções de subsidiariedade e ii) analisará e comparará estes fundamentos a partir da teoria dos princípios de Klatt, permitindo, assim, iii) sintetizar indutivamente uma compreensão completa da subsidiariedade.

Uma vez que os autores analisados, Mathias Klatt e Mattias Kumm, partem do pensamento de Robert Alexy como marco teórico, tendo, inclusive, abordado a subsidiariedade dentro de um contexto de ponderação, esse autor será também o marco teórico que orientará este artigo.

A justificativa deste trabalho se dá, pois, quando Klatt elenca o princípio da subsidiariedade como parâmetro do conflito de competências no sistema normativo multinível europeu, ele não desenvolve criticamente sua compreensão, tão somente se referindo a Kumm. Assim, este artigo representa um estudo de aprofundamento nas premissas de Klatt e, por necessidade analítica, da fundamentação de Kumm para a subsidiariedade.

Klatt denomina este parâmetro de princípio da subsidiariedade, contudo, terminologicamente chamar um parâmetro de princípio confunde a razão de ser de um critério com a norma que declara o princípio que justifica o próprio critério. Mais detalhadamente, o parâmetro da subsidiariedade é um critério composto por argumentos de naturezas normativa e material que auxiliam na tomada de decisão sobre qual autoridade do sistema normativo multinível deve decidir. Terminologicamente, estou chamando de parâmetro justamente o conjunto de argumentos pertinentes a um mesmo critério avaliativo, no caso deste trabalho, o parâmetro da subsidiariedade. Já o princípio da subsidiariedade é uma norma de direito internacional que determina que a autoridade competente para tomar uma decisão deve ser apontada relativamente aos valores comunitário e individual. Esta distinção é relevante, pois, mesmo que o parâmetro aqui estudado se fundamente em uma norma, isto não significa dizer que todos o sejam.

1. Sistema normativo multinível europeu: constitucionalismo cosmopolita

A tese do constitucionalismo cosmopolita é resultado da disputa de duas correntes

jurídicas: a dos nacional-constitucionalistas e a dos internacional-constitucionalistas e esta contenda é apresentada por Matias Kumm (2013). A pergunta que orienta o debate está em se o direito internacional poderia ou não corresponder às características de uma constituição. Segundo os primeiros, uma constituição é um projeto normativo político proveniente de uma autoridade legítima que possui soberania sobre uma jurisdição determinada.

Enquanto que a discussão sobre projeto normativo político e jurisdição no constitucionalismo cosmopolita é mais simples, a discussão sobre autoridade legítima e soberania, demanda uma análise mais profunda e coordenada. A primeira discussão se relaciona ao processo histórico de formação de uma comunidade internacional em torno de um projeto normativo e político e dos procedimentos que levaram a sua concepção. A segunda, relaciona-se com a recomprensão da soberania a partir deste processo histórico, relativizando a autonomia do Estado para decidir sobre seus assuntos nacionais e internacionais à medida que se integra a uma comunidade de internacional. A seguir, analisar-se-á em subtópicos distintos as discussões sobre a legitimidade do direito internacional (1.1), sobre a soberania (1.2) e, por fim, sobre as discussões mais simples de projeto e jurisdição (1.3).

1.1. Fundamentos da legitimidade do direito internacional

Mattias Kumm em seu trabalho *The Legitimacy of International Law* (2004) reúne quatro conjuntos de argumentos de natureza normativa e material para reconhecer ao direito internacional sua legitimidade. Ele chamará estes conjuntos argumentativos de princípios, aqui, contudo, por rigor terminológico, chamarei a estes conjuntos argumentativos de fundamentos da legitimidade do direito internacional. Afinal, neste trabalho, o termo princípio tem origem tão somente normativa, enquanto que os fundamentos de Kumm vão além.

É importante destacar que, apesar de as fontes de Kumm não se restringirem à norma, muitos de seus fundamentos serão relevantes para acrescer maior densidade argumentativa ao que virá a ser o parâmetro da subsidiariedade e a outros parâmetros já existentes a partir dos trabalhos de Mathias Klatt. Afinal, conforme exporto, parâmetros e argumentos não tem fonte exclusiva no sistema normativo. Desta forma, à medida que os fundamentos à legitimidade do direito internacional forem sendo apresentados, indicar-se-á sua relevância aos parâmetros da ponderação de competências.

Na construção de uma tese pela legitimidade do direito internacional, o autor apontará quatro fundamentos: i) a legalidade, ii) a subsidiariedade, iii) a adequação procedural e a participação democrática, e iv) a busca de objetivos razoáveis (2004, p. 918-827).

1.1.1. A legalidade internacional

O primeiro destes fundamentos é o que Kumm denomina princípio formal da legalidade internacional (2004, p. 918). Segundo o autor, o cumprimento dos procedimentos legais previstos para a positivação internacional “estabelece uma presunção em favor da autoridade de Direito Internacional”, constituindo o aspecto formal se sua legitimidade. Além deste fundamento jurídico, Kumm trará argumentos da ciência política para aprofundar o significado desta legalidade.

O direito internacional, principalmente o direito internacional que trata de normas direito fundamental, é de extrema significância procedural pois é fruto da cooperação internacional. Seu processo de produção é rigoroso, demanda aprovação de diversas instâncias e agentes políticos internacionais e nacionais e sedimenta a coordenação dos países em prol de algo acordado entre os signatários.

Os propósitos são diversos: coordenação de ação econômica, política, criminal, migratória, assistencialista e legal. Além disto, o sistema normativo do direito internacional

auxilia na estabilidade do direito doméstico e de regimes democráticos (Idem, p. 919). Seguir os ditames deste direito e o promover, para muito além de uma questão de legalidade, é uma questão de justiça.

Em uma era pós-positivista no qual o Direito se produz tanto a partir da legalidade, quanto da persecução do princípio material da justiça, a produção do direito internacional significa o cumprimento de um dever prima facie de civilidade (Idem, p. 918). A motivação primeira deste processo, segundo o autor, é o tratamento das externalidades em termos de justiça (Idem, p. 919), inspirado em Rawls, e que trata da busca de uma solução coordenada das nações para os resultados negativos de suas atividades.

O fundamento da legalidade do direito internacional para Kumm não seria devido apenas pelo cumprimento de procedimentos legislativos, mas pelo cumprimento de um dever de justiça a que todos os Estados de Direito estão compelidos.

Ao considerar os argumentos trazidos dentro desta fundamentação, é possível dizer que o entendimento deste dever internacional de realizar o conteúdo de justiça, minimamente em relação às externalidades negativas das atividades nacionais, constitui um argumento para que a autoridade internacional deva decidir quando em um conflito de competências. Assim, surge o argumento das externalidades negativas relevantes ao conteúdo de justiça a partir da tese de Rawls (1971, p.333-42), argumento este que fará parte da construção de um parâmetro da subsidiariedade [item 2.1].

1.1.2. A subsidiariedade

O segundo destes fundamentos de Kumm é de natureza jurídica e o autor lhe denomina legitimidade jurisdicional o princípio da subsidiariedade (Idem, p. 920). Esta fundamentação é importante tanto para a legitimidade do direito internacional, como para uma recomprensão da concepção de soberania quanto para a análise do princípio formal da subsidiariedade. Desta forma, ele será analisado ao final das exposições sobre legitimidade e soberania e antes da análise da subsidiariedade enquanto princípio.

1.1.3. A adequação procedural e a participação democrática

O fundamento da adequação e da participação de Kumm é apresentado como legitimidade procedural: o princípio da adequada participação e responsabilidade (Idem, p. 924). A construção desta fundamentação visa relativizar a gravidade atribuída pelos autores nacional-constitucionalistas à distância entre a produção da norma de direito internacional e a participação democrática. Segundo estes autores, esta distância impediria a responsabilização eleitoral dos representantes democráticos envolvidos no processo de positivação das normas de direito internacional. Esta distância, inclusive, mitigaria ainda mais a potencial participação democrática direta, pois aconteceria em ambientes internacionais de ainda mais difícil acesso.

Além da distância (Idem, p. 914), os nacional-constitucionalistas atacarão a legitimidade do direito internacional a partir do entendimento de que cada um dos Estados-membros possui procedimentos de validação internos distintos. A distinção procedural por si só não é o problema, o problema estaria no fato de que, em uma comunidade internacional, existem países democrático e países não democráticos – ou menos democráticos. Esta diferença afetaria o resultado da cooperação internacional e condicionaría países democráticos à valores impróprios (Idem, p. 926).

A contraposição de Kumm a estes argumentos é que a legislação internacional, tal como a legislação nacional, é aprovada domesticamente, o que equivaleria às distâncias já existentes. Além disso, uma vez que o Estado signatário realiza os procedimentos de validação internamente, ao Estado é dada a oportunidade de avaliar a adequação das normas do direito

internacional à própria constituição, bem como reconhecer legitimidade dos procedimentos democráticos alheios. Assim, a crítica de risco democrático para o Estado signatário só se encontra presente nas hipóteses de coerção política, econômica ou militar no cenário internacional, algo que, por sua extensão, não será abordado aqui.

Apesar de Kumm não considerar que os argumentos nacional-constitucionalistas afetam a legitimidade do direito internacional a partir da diferença de procedimentos e de densidade democrática, é preciso destacar que o direito internacional é fruto de um momento do cenário internacional. Significa dizer que mesmo que sua legitimidade e teor democrático existam durante a positivação de normas de direito internacional, as decisões provenientes de órgãos internacionais criados nestes sistemas estão diluídas no tempo, ou seja, podem ser dadas cenários mais ou menos democráticos. Consequentemente, a avaliação da legitimidade democrática destas decisões permanece pertinente em uma ponderação e deve, sim, considerar tanto os procedimentos, quanto a participação democrática dos Estados-membros.

O embate trazido na construção deste fundamento traz novos argumentos a serem considerados no parâmetro da legitimidade democrática de Mathias Klatt (2015, p. 370), contudo, na dimensão internacional e será denominado aqui como argumento da legitimidade democrática internacional.

1.1.4. A busca de objetivos razoáveis

O fundamento da busca de objetivos razoáveis de Kumm é apresentado por ele como alcançando resultados razoáveis e constitui o quarto de seus fundamentos (2004, p. 927). Esta fundamentação representa uma contra argumentação à concepção de que decisões dos órgãos administrativos internacionais que afetam princípios materiais mitigam a legitimidade desta autoridade.

Significaria dizer que a legitimidade do direito internacional é mitigada a cada resultado negativo na esfera internacional. Segundo o autor, isto mergulharia o direito internacional na anarquia, afinal, resultados tanto negativos quanto positivos fazem parte da função deste órgão e, inclusive, justificam sua legitimidade. Entretanto, isto não exclui a possibilidade de normas internacionais injustas ou ineficientes serem contestadas (Idem, p. 927). Contestação esta que demanda e reforça a legitimidade de uma autoridade de um órgão internacional jurisdicional.

Apesar de este embate não afetar a legitimidade do direito internacional de modo significativo, ele traz à ponderação um novo argumento para o parâmetro da afetação dos princípios materiais em jogo (KLATT, 2015, p.371). Isto, pois, quando uma corte constitucional internacional decide sobre direitos fundamentais, estará afetando toda a comunidade, daí o argumento da proteção internacional de princípios materiais.

Destaca-se, ainda, que é justamente a busca da proteção de princípios materiais que coordena os esforços de Estados-membros em um constitucionalismo cosmopolita como o europeu, constituindo uma parte do projeto normativo político da comunidade.

1.2. Recomprensão da soberania

A segunda discussão apresentada aqui se relaciona com a compreensão da soberania a partir do processo histórico de integração nacional a uma comunidade internacional. Este processo de integralização, segundo Kumm, acabará por relativizar a soberania dos Estados-membros para decidir sobre seus assuntos internos e externos à medida que esta integração se torna mais profunda política e juridicamente.

1.2.1. Histórico

Segundo Kumm, a doutrina internacionalista não começou a desenvolver e se preocupar com o tema da integração internacional até o final da Guerra Fria (2004, p. 911). Este desinteresse teria três razões principais. A primeira, porque o direito internacional anteriormente era visto como ou inefetivo ou inconfiável diante um cenário de conflito permanente. A segunda, porque ou o direito internacional tratava de processos de descolonização ou do desenvolvimento econômico de países periféricos – o que significava que tais tratados não versavam diretamente sobre os países centrais ou seus cidadãos. E a terceira, porque, em termos de legitimidade, exigia-se pouco tradicionalmente dos tratados internacionais, pois tratavam ou de tecnicidades internacionais ou de assuntos consulares de menor atingimento, temas de menor relevância política (Idem, p. 912).

Contudo, com o fim deste período histórico, percebeu-se que a institucionalidade internacional havia se expandido significativamente tanto em importância, quanto em conteúdo. O direito internacional era campo de positivação sobre direitos humanos, migração, meio ambiente, criminologia, entre outros temas (Idem, p. 913). Isto representava condicionantes considerados profundos à autonomia nacional e à flexibilidade das mudanças político-partidárias (Idem, p. 915). Consequentemente, começam os questionamentos sobre a legitimidade do direito internacional em prol da defesa da soberania nacional.

A legitimidade do direito internacional fora abordada acima. Ela é relevante no sentido de reconhecer que as normas de direito internacional são válidas para os Estados-membros de uma comunidade. Aqui, será apresentada a fundamentação de Kumm que sustenta que a soberania não deixa de existir em uma comunidade internacional, mas que tão somente ela é compartilhada com outros Estados. Assim, ao mesmo tempo que um cidadão de um Estado-membro é influenciado pela positivação comunitária pela participação de cidadãos de outros Estados, ele da mesma forma ele o faz em relação a este cidadão, constituindo uma soberania compartilhada.

1.2.2. O debate dos nacional-constitucionalistas e internacional-constitucionalistas

A solução ao problema da soberania é fruto da síntese do debate entre nacional-internacionalistas e internacional-constitucionalistas. A primeira corrente de pensamento afirma que no sistema normativo multinível a decisão final sobre uma matéria reside na corte constitucional nacional. A segunda, afirma que no sistema normativo multinível esta decisão reside na corte constitucional internacional. Desta forma, cada uma das correntes argumentará pela supremacia de um órgão jurisdicional constitucional distinto dentro deste sistema normativo multinível.

Os nacional-constitucionalistas reunirão argumentos a partir de três fundamentos para afirmar que a supremacia das normas de direito internacional afeta ou elimina a soberania nacional. O primeiro, trata-se da necessidade de uma especificidade de política pública no atendimento a direitos fundamentais domesticamente previstos ou de objetivos regionalmente relevantes. O segundo, trata-se da necessidade de as cortes constitucionais nacionais reverem as decisões das cortes constitucionais internacionais que possuam conteúdo ultra vires (KUMM, 2005, p. 264). O terceiro, é sobre a potencialidade de conflito entre as normas de direito internacional e de direito nacional (Idem, p. 265).

Os internacional-constitucionalistas reunirão contra-argumentos à esta concepção a partir de quatro fundamentos. O primeiro, trata o direito internacional como um sistema normativo superior hierarquicamente ao sistema normativo nacional, o que se baseia na concepção kelseniana de autoridade e fundamento (KUMM, 2013, p. 606). O segundo, trata o direito internacional como tendo legitimidade autônoma e progressiva (Idem, p.609). O terceiro, trata que o direito internacional e o direito nacional possuem valores fundamentais semelhantes, portanto, eles não seriam argumento contra a legitimidade do direito internacional

(Idem, 609). Mattias Kumm chega a afirmar que argumentação contra a supremacia do direito nacional é considerada, inclusive, como uma bete noir por estes doutrinadores (Idem, p.610).

Alguns dos argumentos acima, tanto dos nacional-constitucionalistas, quanto dos internacional-constitucionalistas, serão considerados na ponderação de competências entre as cortes constitucionais nacionais e as cortes constitucionais internacionais. Isto, pois alguns deles já preveem existência de um conflito de competência, sendo argumentos que visam defender a própria competência de uma das cortes. Alguns deles, inclusive, pertencem ao próprio parâmetro da subsidiariedade que será refinado aqui a partir do que acerta Klatt (2015).

A consideração deles como argumentos presentes em parâmetros da ponderação significa buscar uma solução jurídica considerando todas as circunstâncias normativas e materiais pertinentes ao caso concreto. Isto é possível, pois a autonomia compartilhada, que substitui a concepção de soberania dos Estados-membros em um sistema normativo multinível, é dada em grau, sendo otimizada coordenadamente a outros princípios pertencentes ao sistema normativo.

O primeiro argumento dos nacional-constitucionalistas se responde pela elaboração do argumento da proximidade institucional pertencente ao parâmetro da subsidiariedade. Este argumento acerta que quanto mais próximo institucionalmente uma das cortes estiver da solução do problema e mais capaz, portanto, de o resolver, mais competente será esta corte para decidir.

O segundo argumento dos nacional-constitucionalistas se responde pela própria implemento da ponderação, afinal, uma decisão só é ultra vires quando ela viola os termos da ação ou da competência da corte. Significa dizer que este argumento em muito expressa o próprio problema político gerado por uma ponderação deficiente. Kumm, inclusive, aborda como isto tem sido resolvido no contexto europeu. O terceiro argumento pertence ao segundo, pois expressa a busca de uma solução para o próprio conflito de competências, sendo um receio diante à incerteza jurídica do resultado deste conflito.

O primeiro argumento dos internacional-constitucionalistas pela supremacia constitucional da corte constitucional internacional frente as cortes constitucionais nacionais, a partir da recomprensão da soberania como autonomia compartilhada, deixa de fazer sentido. Isto, pois, como abordado, a relação de competência entre as cortes no sistema normativo multinível será dada em grau em relação às circunstâncias normativas e materiais do caso concreto.

O segundo argumento do internacional-constitucionalistas sobre uma legitimidade autônoma e progressiva foi respondido no item 1.1, assim, reconhece-se a legitimidade do direito internacional por uma série de fundamentos. Apenas a título de destaque, a concepção de “progressivo” deste argumento está na leitura histórica da sedimentação das normas de direito internacional e do aprofundamento das relações a partir da previsão de normas de direito subjetivo cada vez mais extensivos e específicos no sistema europeu.

O terceiro argumento dos internacional-constitucionalistas sobre valores fundamentais semelhantes, constituirá a fundamentação de projeto normativo político dentro da tese de constitucionalismo cosmopolita desenvolvida por Kumm (2013) que será abordado à frente.

1.2.3. A obrigação de coordenação em torno das externalidades

Para Mattias Kumm a concepção de soberania como a plena capacidade de impor a lei sobre um território e a plena capacidade de autogoverno é mal compreendida (Idem, 611). A prática do autogoverno pleno é mitigado pela necessidade gerada a partir da responsabilidade dos governos de sanar as externalidades negativas em termos de justiça (Idem, 612).

Externalidades negativas constituem todo e qualquer efeito material sobre quaisquer outros cidadãos que não os nacionais a partir de ações do Estado ou de dentro do Estado no

qual estas externalidades são geradas. A ideia dada a partir do termo relevantes em termos de justiça será melhor abordada pelo próprio autor e por Rawls, sobre o qual Kumm se baseia, mas estas externalidades dizem respeito a coisas como a poluição do meio ambiente e represamento de águas, ou seja, ações que geram impactos materiais que por si só seriam injustos. Assim, excluir-se-iam elementos de política econômico-comercial (Idem, p. 612-3).

Apesar de a discussão sobre o que é ou não uma externalidade em termos de justiça ser bem mais profunda e problemática do que está apresentado aqui, o relevante, para uma nova soberania, é a percepção de que tais externalidade geram uma obrigação ao Estado. Uma obrigação de solucionar ou reparar coordenadamente com a comunidade afetada a externalidade em questão. Isto evidenciaria para o autor a interdependência das nações e a necessidade de tomar medidas coordenadas. O exemplo do meio ambiente em tempos de alerta sobre o aquecimento global e poluição global não é em vão, afinal, as medidas regionais serão mais efetivas que medidas isoladas e desordenadas.

As duas últimas discussões pertinentes à soberania e à formação de um sistema normativo multinível europeu que poderia ser chamado de constitucionalismo cosmopolita reside na compreensão de projeto normativo político e jurisdição.

1.2.4. Projeto político e jurisdição no constitucionalismo cosmopolita

Para Mattias Kumm, o argumento de que o direito internacional não constituiria um projeto normativo político pertinente a formação de um constitucionalismo cosmopolita não se sustenta. A partir da análise tanto do processo histórico de cooperação, quanto da produção de diversos tratados internacionais, principalmente os que dizem respeito a direitos humanos, não é possível afirmar – ou não é mais possível afirmar – que o sistema normativo internacional no caso europeu não represente não só uma normatividade vinculante como um sistema constitucional.

O ponto final da argumentação por um constitucionalismo cosmopolita europeu reside na compreensão de uma jurisdição orientada pelo princípio da subsidiariedade. Este princípio no sistema europeu representa a negação de uma hierarquia normativa na qual uma corte constitucional internacional estaria no topo. Este princípio representa a própria coordenação das cortes na busca da proteção dos direitos fundamentais presentes tanto nas constituições nacionais, quanto nos tratados internacionais.

É uma jurisdição coordenada na qual estão presentes as cortes constitucionais nacionais e internacionais. Esta coordenação não representa um conflito de competência insolúvel, pois é possível traçar parâmetros e argumentos capazes de orientar a consideração das circunstâncias materiais e normativas pertinentes. Abaixo será exposto o princípio da subsidiariedade e como ele se adequa à teoria dos princípios e como ele influencia na ponderação.

2. Princípio da Subsidiariedade

Como afirmam Kumm e Klatt, o melhor exemplo que se tem da existência e aplicação do princípio da subsidiariedade é derivado da União Europeia. Este princípio é considerado aqui como um princípio procedural. Princípio procedural representa uma de duas dimensões dos princípios formais na teoria dos princípios.

A Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2015) apresenta duas espécies de princípios, princípios materiais e princípios formais. O primeiro se refere às normas que declaram direitos fundamentais, como os direitos à saúde e a educação. O segundo, refere-se aos princípios que determinam que aquilo que foi autoritativamente produzido seja respeitado (Idem, p. 518), incluindo aí os princípios que “expressam questões de competência” (ALEXY, 2015, p. 331) e os princípios que instruem procedimentos (Idem, pp. 579 e 625). A primeira

destas espécies chamarei de princípios formais que declaram competência. Eles são responsáveis por atribuir a uma autoridade a capacidade de modificar uma situação normativa por meio de um ato institucional (KLATT, 2015, p.363). A segunda destas espécies chamarei aqui de princípios que declaram procedimentos. Eles são responsáveis por instruírem o que ou como as autoridades devem considerar ao alterar uma situação normativa.

A fundamentação normativa do princípio da subsidiariedade europeu reside em dois tratados internacionais. A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados em seu art. 27 e o Tratado de uma Constituição para a Europa em seu art. 5º. Estas normas de direito internacional atribuem vinculabilidade dos Estados signatários à norma de direito internacional ao mesmo tempo que reconhecem a capacidade normativa de adequar domesticamente os termos dos tratados, permitindo o respeito às especificidades de cada Estado.

No caso do sistema normativo multinível europeu, como abordado anteriormente, contudo, tanto os agentes políticos nacionais, quanto internacionais são capazes de alterar a situação normativa. Esta modificação poder acontecer tanto em sede de um legislativo internacional, quanto em sede de um judiciário internacional. Assim, o princípio da subsidiariedade se torna mais complexo, pois demanda que sejam comportados na sua concepção não só argumentos para especificação doméstica das normas de direito internacional, como também argumentos em defesa da competência de cada um dos níveis deste sistema.

Como abordado na introdução, Klatt denomina este parâmetro de princípio da subsidiariedade, contudo, terminologicamente chamar um parâmetro de princípio confunde a razão de ser de um critério com a norma que declara o princípio que justifica o próprio critério. Mais detalhadamente, o parâmetro da subsidiariedade é um critério composto por argumentos de naturezas normativa e material que auxiliam na tomada de decisão sobre qual autoridade do sistema normativo multinível deve decidir. Terminologicamente, estou chamando de parâmetro justamente o conjunto de argumentos pertinentes a um mesmo critério avaliativo, no caso deste trabalho, o parâmetro da subsidiariedade. Já o princípio da subsidiariedade é uma norma de direito internacional que determina que a autoridade competente para tomar uma decisão deve ser apontada relativamente aos valores comunitário e individual das nações. Esta distinção é relevante, pois, mesmo que o parâmetro aqui estudado se fundamente em uma norma, isto não significa dizer que todos o sejam.

O princípio da subsidiariedade de Kumm, então, ao ser integrado apropriadamente por Klatt (2015) à teoria dos princípios formais de Alexy (ALEXY, 2016) será entendido como princípio formal da subsidiariedade. Princípio, pois é norma jurídica inerente ao sistema normativo internacional que se implementa de forma gradual, podendo ser mais ou menos realizada à medida que o sistema normativo internacional integra em maior ou menor medida aquelas normas do sistema normativo doméstico. É formal, pois não possui conteúdo relativo a direitos fundamentais, mas relativos a uma decisão jurídica. E é procedural, pois determina como ou o que as autoridades devem considerar ao realizar modificações em uma situação normativa.

Desta forma, quando uma autoridade internacional realizar uma modificação normativa de forma a afetar uma ou mais normas do direito nacional de um Estado-membro e restar dúvidas sobre se aquela é a autoridade competente para o fazer, estabelece-se um conflito de competências.

Para solucionar este conflito de competências, recorrer-se-á à ponderação de competências e durante a justificação externa serão aplicados diversos parâmetros para se decidir a quem cabe a competência de modificar a situação normativa. Justificação externa é o processo no qual se reúnem os parâmetros e argumentos pertinentes à ponderação, sendo estes parâmetros e argumentos aqueles relativos às circunstâncias materiais e normativas do caso concreto capazes de influenciar a tomada de decisão.

O princípio da subsidiariedade constitui uma razão de natureza jurídica pertinente à esta

tomada de decisão, por isto, ele participa da justificação externa. Sua participação como parâmetro se deve pela diferença realizada neste trabalho entre parâmetros e argumentos. Parâmetros reúnem em si o complexo de argumentos tematicamente pertinentes à sua ideia central, podendo ser tanto argumentos de natureza material, ou empírica, quanto argumentos provenientes de outras normas.

O parâmetro da subsidiariedade, então, determina que quanto maior o valor comunitário de um sistema normativo, menor a competência das autoridades nele incluídas. Abaixo, expõe-se a síntese de argumentos pertinentes ao parâmetro da subsidiariedade

2.1. Argumentos pertencentes ao parâmetro da subsidiariedade

O primeiro destes argumentos é o argumento das externalidades negativas relevantes em termos de justiça descrito no item 1.1. Segundo ele, quanto mais extensivas forem as externalidades negativas em termos de justiça, maior deve ser o papel da autoridade internacional para solucionar ou reparar estas externalidades.

O segundo, é o argumento da proximidade institucional fundamentado no item 1.2.2. Segundo ele, quanto mais capaz for uma autoridade de solucionar um caso concreto, mais competente será esta autoridade. Desta forma, este argumento é capaz de depor tanto a favor das cortes constitucionais nacionais, quanto da corte constitucional internacional. Seria possível, inclusive, chegar-se a conclusão de que, apesar de se tratar de um problema comunitário, a ação internacional é menos efetiva que iniciativas locais.

O último, é o argumento da individualidade nacional baseado na compreensão de projeto nacional apresentado ao longo do item 1, mais especificamente no item 1.2.4. Segundo ele, quanto mais densificadas estiverem as previsões normativas sobre um direito fundamental no sistema normativo comunitário, maior será a competência para a autoridade internacional decidir sobre a matéria. Desta forma, este argumento também é capaz de depor a favor tanto das autoridades internacionais quanto das autoridades nacionais. Isto por dois motivos. O primeiro motivo porque o sistema normativo internacional tendenciosamente realiza previsões normativas mais genéricas que aquelas do sistema nacional. O segundo, porque, mesmo em uma integração como da União Europeia, as políticas públicas sobre direitos fundamentais são condicionadas por processos históricos significativamente diferentes entre os países, demandando ações específicas.

O último ponto pertinente ao princípio da subsidiariedade está conectado a consideração de hipóteses nas quais um maior peso abstrato é atribuído a uma autoridade em relação a outra.

2.2. Primazia e supremacia constitucional

A discussão de supremacia das autoridades internacionais ou das autoridades nacionais já foi debatida no item 1.2, mais especificamente no item 1.2.2. Como concluído anteriormente, a relação entre estas autoridades em um sistema normativo internacional será dada em grau. Contudo, há elementos normativos que podem atribuir previamente um maior peso à competência de uma ou outra autoridade, significando que elas entram na ponderação com uma margem de vantagem (KLATT, 2015-A, p. 374).

No caso da União Europeia, segundo Klatt (2015-B, p. 16-24), o sistema normativo criado a partir da Constituição Europeia, em seu art. 5, atribui à competência da Corte de Justiça da Europeia esse peso abstrato maior para decidir, significando que ela tem uma primazia em relação às cortes constitucionais nacionais.

Art. 5 – Nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a Comunidade tomará as medidas de acordo o princípio da subsidiariedade se,

e na medida em que, os objetivos da ação perpetrada não puderem ser suficientemente realizados pelos Estados-membros e, portanto, devido à escala de efeitos da ação proposta, ser melhor alcançados pela Comunidade. [Destaque próprios].

Apesar de segundo os próprios doutrinadores europeus este artigo não ser claro em todos os seus aspectos (KUMM, 2004, p. 920), ele demandaria que a excepcionalidade à norma comunitária deveria ser dada por uma boa razão (Idem, p. 921). Uma boa razão dada de tal forma que atribuiria à autoridade internacional maior peso decisório.

Aqui, contudo, não vejo o porquê concordar com esta afirmativa, não pelo menos a partir simplesmente da tese de boa razão superficialmente apresentada pelos autores. A análise desta tese representa uma limitação deste artigo. Contudo, a partir da análise do artigo em sim apresentarei uma breve análise.

Segundo o primeiro destaque realizado tão somente se evidencia que há um possível conflito de competência quando o sistema normativo internacional prevê a matéria em sob disputa. O segundo destaque apenas declara a existência do princípio da subsidiariedade, determinando-o como adequado a instruir a solução deste conflito. E o terceiro, apresenta o segundo argumento do parâmetro da subsidiariedade, o argumento da proximidade institucional do item anterior. Assim, este artigo determina que a presença deste argumento é necessária a qualquer relativização da competência comunitária sem, contudo, desconsiderar a pertinência dos outros parâmetros e argumentos da ponderação. Na medida que atender a um requisito legal representa maior dificuldade à relativização da competência comunitária, é possível afirmar que esta possui a referida margem de vantagem.

3. Limitações

O presente trabalho não considerou as relações entre Estados que não possuem entre si uma autoridade central de qualquer espécie capaz de interpretar e demandar aplicação de um conteúdo de direito internacional. Desta forma, as normas de direito internacional que tratam de relações privadas e comerciais tendem a não ser inseridas nesta construção teórica.

O presente trabalho não pretende solucionar o atual debate entre Klatt e Alexy quanto à uma ponderação combinada ou separada. Acredita-se, contudo, que tanto a solução por uma ou por outra forma de ponderação não afetará as conclusões deste trabalho.

Diferentemente dos trabalhos de Klatt e Kumm, não se ateve aqui à análise das relações jurisprudenciais atuais a esta produção, nem se fez, como se pretende num tempo futuro, analisar a pertinência do princípio da subsidiariedade às relações regionais da América Latina, seguindo um processo de valorização dos elementos latinos e suas possíveis contribuições à Teoria do Direito.

Este trabalho pertence a uma pesquisa mais ampla sobre os parâmetros estabelecidos por Klatt. Contudo, não foram adiantadas conclusões parciais não publicadas sobre os outros parâmetros, cabendo detalhamentos futuros ao tema em trabalhos próprios.

4. Conclusões

O presente trabalho tinha como objetivos específicos i) analisar e comparar os trabalhos de Mathias Klatt e de Mattias Kumm, sobre o qual o primeiro se baseia, para compreender suas concepções de subsidiariedade e ii) analisar e comparar estes fundamentos a partir da teoria dos princípios de Klatt, permitindo, assim, iii) sintetizar indutivamente uma compreensão completa da subsidiariedade.

O primeiro e o segundo objetivos foram realizados de maneira coordenada ao longo de dos itens 1 e 2. Não foi possível desenvolver uma análise ponto a ponto e, portanto, isolada, dos

trabalhos, pois diversos fundamentos de ambos os trabalhos possuíam relevância tanto à tese por um constitucionalismo cosmopolita, a partir do reconhecimento de sua legitimidade e da necessária recomprensão da soberania nesta espécie de sistema, quanto à teoria dos princípios. Assim, concluiu-se pela presente estrutura para a síntese do princípio formal procedural da subsidiariedade. Pontualmente as conclusões deste artigo foram:

1. Que a fundamentação pela legitimidade do direito internacional apresentada em A legalidade internacional (item 1.1.1) contribui para a fundamentação do argumento das externalidades negativas relevantes em termos de justiça e pertence ao parâmetro da subsidiariedade.
2. Que a fundamentação pela legitimidade do direito internacional apresentado em A adequação procedural e a participação democrática (item 1.1.3) contribui para a fundamentação do argumento da legitimidade democrática internacional e pertence ao parâmetro da legitimidade democrática de Klatt.
3. Que a fundamentação pela legitimidade do direito internacional apresentado em A busca de objetivos razoáveis (item 1.1.4) contribui para a fundamentação do argumento da proteção internacional de princípios materiais e pertence ao parâmetro afetação dos princípios materiais em jogo de Klatt.
4. Que a contestação da corrente jurídica dos nacional-constitucionalistas sobre a necessidade de especificações regionais fundamenta o argumento da proximidade institucional e pertence ao parâmetro da subsidiariedade (item 1.2.2).
5. Que a compreensão de projeto nacional, um dos fundamentos à legitimidade do direito internacional apresentado (item 1.2.4) contribui para a fundamentação do argumento da individualidade nacional pertencente também ao parâmetro da subsidiariedade.
6. Que o princípio da subsidiariedade é um princípio formal procedural que determina que quanto maior o valor comunitário de um sistema normativo, menor a competência das autoridades nele incluídas (item 2).
7. Que, dentro das limitações apresentadas, a concepção de primazia das competências internacionais no sistema europeu, dá-se tão somente pela presença de um requisito necessário, qual seja, o argumento da proximidade institucional (item 2.2).

Referências

ALEXY, Robert. Princípios Formais. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes (Trad.). In. TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes; SALIBA, Aziz Tuffi (Org.) Princípios formais: e outros aspectos da teoria discursiva do direito. Rio de Janeiro: Grupo Gen-Editora Forense, 2000.

ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso jurídico racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Editora Landy, 2001.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Virgílio A. Silva (trad.). São Paulo: Malheiros, 2015.

ALLAN, T.R.S. *Defence, Defiance, and Doctrine: Defining the limits of Judicial Review. The*

University of Toronto Law Journal, Vol. 60, nº 1. The Role of the Courts in Constitutional Law, Winter, 2010. Disponível em: <encurtador.com.br/mwxEZ> em 13 de Dez. de 2018.

BOROWSKI, Martin. *The structure of Formal Principles – Robert Alexy's 'Law of Combination. WORKSHOP, Principles Theory; On the nature of legal principles;* 2007.

FELLESDAL, Andreas. *The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. In. Global Governance as Public Authority: Structures, Contestation, and Normative Change. Jean Monnet Working Paper 12/11. New York. New York University School of Law.* 2011.

KLATT; MEISTER, Moritz. *The Constitutional Structure of Proportionality.* Oxford Press, 2012.

KLATT, Matthias. *Balancing Competences: How institutional cosmopolitanism can manage jurisdictional conflicts.* *Global Constitutionalism* 4(2). 2015-A.

KLATT; Positive Rights: Who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York University School of Law,* v. 13, nº 2, p.354-382, 2015-B.

KLATT, Matthias. *Judicial Review and Institutional Balance. Comments on Dimitrios Kyritsis. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law.* 2018.

KLATT; SCHMIDT, Johannes. *Epistemic discretion in constitutional law.* *International Journal of Constitutional Law, Oxford University Press and New York University School of Law,* Vol. 10, N. 1, p. 69105, 2012.

KUMM, Mattias. *The Legitimacy of International Law: a constitutionalist framework of analysis.* *European Journal of International Law,* v. 15, n. 5, 2004.

KUMM, Matthias. *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty.* *European Law Journal,* V. 11 nº 3, May, 2005.

KUMM, Mattias. *The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: An Integrated Conception of Public Law.* Indiana University Press. *Indiana Journal of Global Legal Studies,* V. 20, nº 2, 2013.

TOLEDO, Cláudia. *Competence Conflicts – Objective Criteria and Balancing of Formal Principles.* IVR – Congresso Mundial de Filosofia. No prelo 2017.

TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais e Conflito de Competências. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. (Org.).

BUSTAMANTE, Thomas et al. Belo Horizonte: Initia Via, v. 3, p. 278-293, 2014.

VAN DE POL, Alexandre. Ponderação de Princípios Formais: proposições a partir da análise de Matthias Klatt. 2017. Faculdade de Direito, Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora.

36. REFLEXÕES SOBRE O USO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO PROCESSO JUDICIAL

Sergio Marcos Carvalho de Avila Negri
Samuel R. de Oliveira

Resumo

Atualmente, sistemas baseados em inteligência artificial (IA) têm sido utilizados no processo de argumentação jurídica e de tomada de decisões judiciais. Apesar da pretensão de se utilizar softwares para a solução de casos jurídicos, acreditamos não ser possível alcançar a correção de uma decisão judicial sem a atividade humana, além do uso dessas ferramentas perpassarem questionamentos acerca de seu funcionamento e regulação, principalmente no que tange a coleta e utilização de dados. O presente trabalho objetiva investigar o uso da IA no Direito, apontando as principais dificuldades a serem enfrentadas e propondo discussão sobre a necessidade de regulação de softwares de tomada de decisão em respeito ao devido processo legal. Metodologicamente, emprega-se o método dedutivo somado a revisão bibliográfica a fim de se responder ao problema apresentado.

Palavras-chave: Argumentação jurídica; decisão judicial; Softwares de tomada de decisão; inteligência artificial.

REFLECTIONS ON THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN THE LEGAL PROCEDURE

Abstract

Nowadays, systems based on artificial intelligence (AI) have been used in the process of legal argumentation and judicial decision making. Despite the pretension of using software for the solution of legal cases, we believe that it is not possible to achieve the correctness of a judicial decision without human activity, in addition to the use of these tools perpassing questions about its operation and regulation, mainly regarding the gathering and use of data. This paper aims to investigate the use of AI in Law, pointing out the main difficulties to be faced and proposing a discussion about the need for regulation of decision - making softwares in respect of the due process of law. Methodologically, the deductive method is used in addition to a bibliographical review in order to answer the presented problem.

Key-words: Artificial intelligence; decision-making softwares; judicial decision; legal argumentation.

Introdução

Atualmente, sistemas baseados em inteligência artificial (IA) já operam nas mais diversas áreas do cotidiano. Inúmeras realizações tecnológicas que antes pareciam pertencer apenas à ficção científica acabaram por se tornar reais e pertencentes ao dia-a-dia humano (RICHARDS, 2013). Diante de sua crescente ubiquidade e enorme potencial de comercialização, a inteligência artificial tem gerado investimentos maciços por parte do setor privado, e o prognóstico que se apresenta é que seu uso se torne cada vez mais disseminado em um futuro próximo, avançando, inclusive, para a esfera pública – o que já se verifica em certa

medida. Concomitantemente ao desenvolvimento do setor de tecnologia desde meados do século passado, ocorreram mudanças paradigmáticas e substanciais das noções de democracia e direitos fundamentais, o que gerou um aumento de funções estatais, culminando na transformação do próprio Estado, o qual passou a assumir demandas mais complexas e em maior número (DUARTE e GALIL, 2017).

Nesse sentido, diante da crescente demanda pela atuação do Estado, a tendência mundial – à qual o Brasil tem se atentado – é implementar atividades e serviços públicos alicerçados por sistemas de IA (EGGERS, SCHATSKY e VIECHNICKI, 2017). Estudos recentes indicam que os benefícios mais óbvios no uso da IA pela gestão pública são aqueles que possam reduzir encargos administrativos, ajudar a resolver os problemas de alocação de recursos e assumir tarefas significativamente complexas e indicam que hoje os serviços estão concentrados em cinco categorias, quais sejam, responder questões, preencher e pesquisar documentos, gerenciamento de pedidos, tradução e elaboração de documentos (MEHR, 2017).

Nessa perspectiva, no âmbito do Direito, alguns sistemas jurídicos inteligentes surgiram para tentar solucionar problemas através da análise de precedentes, somada a técnicas de machine learning e redes neurais. Sobre estes sistemas, discorrer-se-á mais detalhadamente no desenvolvimento do trabalho. Face a essa situação, o objetivo da presente pesquisa é investigar se é possível atribuir a atividade jurisdicional, nomeadamente a capacidade de decidir, a uma “máquina” com inteligência artificial. A partir de reflexões nos âmbitos da filosofia do Direito e da filosofia da mente, a hipótese levantada é que a atividade de julgar é um ato essencialmente humano, e, portanto, não poderia ser delegado a um sistema de IA. Destarte, utilizar-se-á como guia a Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy (2005), analisando-se a concepção de IA sob a perspectiva da filosofia da mente de John Searle.

1. Metodologia

Metodologicamente, a pesquisa que se pretendeu realizar é de cunho epistemológico. Segundo Monteiro e Savedra (2001), a pesquisa epistemológica implica atividade de pesquisa de cunho teórico ou filosófico, interessando-se sobre os conceitos e categorias fundamentais da ciência do Direito, seus paradigmas, os fundamentos do discurso jurídico, os valores informadores das normas jurídicas, bem como pelos conceitos jusfilosóficos. Esse tipo de pesquisa tem como técnica, i. e., procedimentos de pesquisa característicos, a pesquisa bibliográfica e, subsidiariamente, a pesquisa documental. Nesse sentido, realizou-se pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica, e, mediante o método dedutivo, buscou-se obter respostas ao questionamento apresentado na introdução do presente trabalho. Caracteriza-se o método dedutivo por ser um processo pelo qual empregam-se cadeias de raciocínio, com base em enunciados ou premissas, chegando-se a uma conclusão necessária, em virtude da correta aplicação de regras lógicas. Assim, a partir de tal método, intentou-se compreender as características essenciais referentes à inteligência artificial e aos sistemas jurídicos inteligentes, de modo a se responder o problema exposto.

Para tanto, o presente trabalho procurou, inicialmente, discutir o que são a inteligência artificial e os sistemas jurídicos inteligentes, e como se dá a aplicação de tais tecnologias hodiernamente no Direito. Posteriormente, buscou-se compreender o papel da argumentação jurídica na atividade jurisdicional, especialmente no processo de decisão judicial; analisou-se como tem sido aplicada a inteligência artificial no Direito sob uma pretensa alegação de imparcialidade da decisão, e intentou-se demonstrar como, na realidade, os sistemas jurídicos inteligentes são passíveis a críticas por não atenderem determinadas premissas fundamentais da argumentação jurídica. Finalmente, apresentam-se algumas considerações a título de conclusão para o questionamento aqui levantado.

2. inteligência artificial

Conquanto inexista consenso na literatura especializada sobre o conceito de inteligência artificial, é possível afirmar, em linhas gerais, tratar-se da tentativa de reprodução, em sistemas artificiais, da cognição humana e seus mais variados componentes, como o aprendizado, a memória e o processo de tomada de decisões. Uma boa definição acerca do conceito de IA, contudo, é aquela formulada por John McCarthy, considerado o “pai da inteligência artificial”, que formulou o conceito nos seguintes termos: fazer com que uma máquina se comporte de maneira que, caso se tratasse de um ser humano, seria considerada inteligente (MCCARTHY, 2000).

Ao abordarmos a aplicabilidade da inteligência artificial nos mais diversos setores, incluindo o processo judicial, nos voltamos para os questionamentos trazidos por Alan Turing em meados do século XX. O cientista indagava sobre a possibilidade de as máquinas pensarem, antes mesmo que pudéssemos imaginar a implantação de inteligências artificiais em tribunais. Turing (1950) antecipou a capacidade das máquinas de superarem a inteligência humana. Atualmente, máquinas munidas por uma inteligência e velocidade inconcebíveis para a mente humana, são utilizadas para aprimorar as práticas jurídicas e judiciárias. No entanto, ainda nos cercamos por questionamentos acerca dos limites para o uso dessas ferramentas, assim como sobre as regulações cabíveis nesse contexto, visto que, as máquinas se alimentam constantemente de nossos dados.

Os pesquisadores Stuart Russel e Peter Norvig (2010) elucidam que os sistemas munidos de inteligência artificial são construídos a partir de uma estrutura de algoritmos com capacidade decisória em uma dada situação, por meio da observação de dados que lhe são disponibilizados acerca do caso, reunidos a partir da progressiva coleta desses dados, ou através da análise dos dados que já foram fornecidos em sua programação. Dessa forma, por meio de análises estatísticas produzidas por dados contidos nesses sistemas, torna-se possível a operação pela inteligência artificial, que é capaz de realizar inferências e previsões que podem ser exatas e que contribuem em tomadas de decisões, além da capacidade expressiva desses sistemas de gerarem informações valiosas e não observadas anteriormente por agentes humanos.

Nesse mesmo sentido, adotamos, neste trabalho, uma definição de inteligência artificial que se enquadra naquilo que Searle, teórico da filosofia da mente, denomina “IA fraca”. Partindo-se do pressuposto de que programas de computadores, assim como os computadores em si, são ferramentas úteis para o estudo da mente humana e o desenvolvimento de tecnologias, podemos considerar um programa de inteligência artificial como sendo, no máximo, a simulação de um processo cognitivo, mas não um processo cognitivo per se. Em outras palavras, sistemas de IA podem agir de forma inteligente, agir como se fossem inteligentes – ou como se tivessem mentes. Assim, esses sistemas, apesar de agirem de forma inteligente, não seriam entidades genuinamente inteligentes, mas, no máximo simulações de comportamentos inteligentes, não tendo raciocínio nem vontades, pois a máquina se baseia no insumo do conhecimento fornecido por um programador, necessariamente humano (SEARLE, 1997, c).

Por outro lado, adeptos da noção de “IA forte” acreditam que a mente está para o cérebro da mesma maneira que um software está para o hardware do computador (SEARLE, 1997c, p. 26). Essa visão tem por consequência a constatação de que não há nada essencialmente biológico na mente humana; nesse sentido, o cérebro integra, por acaso, o grande número de tipos de computadores que poderiam sustentar os programas que compõem a inteligência humana. Seguindo esta visão, qualquer sistema físico que tivesse o programa certo, com inputs e outputs adequados, teria uma mente exatamente no mesmo sentido em que humanos possuem uma mente. Então, como no exemplo dado por Searle, se você fez um computador com latas velhas de cerveja movidas por moinhos de vento e esse computador tivesse o programa certo, teria que se considerar que esse computador tem uma mente. Em

outras palavras, qualquer sistema físico no qual se instalasse o programa correto possuiria uma mente, no mesmo sentido que seres humanos as possuem.

O único impedimento à replicação da consciência humana seria, portanto, o fato de ainda não terem sido criado hardwares e softwares necessários para tanto, tratando-se apenas de uma questão de tempo até que fosse possível replicar a consciência humana. Para os autores que acreditam em tal visão, os cérebros e mentes artificiais seriam equivalentes, em todos os aspectos, aos cérebros e mentes humanas (SEARLE, 2003, p. 28-29). No presente trabalho, repisa-se, será adotada a concepção de Inteligência Artificial como IA fraca, consoante o entendimento do referido autor.

Destaca-se que o atual entusiasmo no que diz respeito à pesquisa e desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial teve início aproximadamente em 2010, e foi movido pelos seguintes fatores: existência de métodos estatísticos e probabilísticos cada vez mais sofisticados; disponibilidade de um número expansivo de dados; acessibilidade a um enorme poder computacional a baixo custo; e a crescente adequação de ambientes às novas tecnologias, como a automação residencial e a criação de cidades ‘inteligentes’ (FLORIDI et al., 2017). Tais fatores, que se retroalimentam, possibilitaram o crescimento exponencial da criação e aperfeiçoamento de sistemas de IA nos últimos anos, não aparentando ser uma tendência passageira.

Pontua-se que, quando se trata de produzir simulações em termos de conhecimento num âmbito específico, discutem-se os chamados “sistemas inteligentes”. Destarte, um programa de computador concebido e construído com o auxílio de um especialista em Direito, para resolver problemas específicos na área jurídica é um “sistema jurídico inteligente” (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 127). Seguindo tal lógica, os modelos de argumentação jurídica artificial hoje existentes focam em técnicas de inteligência artificial que permitam a existência de modelos de raciocínio jurídico – e.g. a análise de precedentes – como forma de garantir uma decisão racionalmente justificada, sendo a argumentação jurídica o meio de assegurar essa finalidade; isso deriva de uma perspectiva processual da decisão judicial, consoante a qual “o argumento legal é entendido tanto como um elemento de justificação da decisão”, quanto “como um elemento de explicação no que se refere à relação lógica entre os argumentos e a pretensão” (MOZETIC, 2017).

Segundo Mozetic (2017), é de interesse de muitos juristas a ideia de potencializar a representação do conhecimento jurídico mediante a utilização de programas de computador, bem como o desenvolvimento de softwares com capacidade de simular decisões judiciais. Alguns autores, como Gordon (1993), Cella e Wojciechowski (2014), dentre outros, têm centrado a sua investigação acerca do uso de IA no campo da argumentação como um processo dialético, de negociação, a partir da problematização da aceitabilidade e comparação de argumentos. Assim, como se entende que a argumentação jurídica vai desempenhar um papel importante no processo de justificação das decisões judiciais e, como a maior parte do objeto de técnicas de inteligência artificial é permitir a existência de modelos de raciocínio jurídico como forma de garantir uma decisão racionalmente justificada, a argumentação jurídica também tem sido considerada como o meio de assegurar essa finalidade nos sistemas jurídicos inteligentes.

3. Os sistemas jurídicos inteligentes

Diversos são os sistemas jurídicos inteligentes hoje disponíveis no mercado e nas máquinas estatais. Em se tratando de ferramentas voltadas para a advocacia privada, especialmente a corporativa, tem-se o chamado “ROSS”, que é, segundo o site da empresa responsável por sua criação, uma avançada ferramenta de pesquisa jurídica que emprega o poder da inteligência artificial para tornar o processo de pesquisa mais eficiente. ROSS é

projeto para ler e entender a linguagem jurídica, postular hipóteses, pesquisar e gerar respostas fundamentadas para respaldar as suas conclusões, tendo sido recentemente “contratado” por uma firma de advogados nos Estados Unidos da América.

No Brasil, o maior e mais complexo sistema de IA em operação é batizado de VICTOR, resultado de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), com vistas a conhecer e aprofundar a discussão sobre as aplicações de IA no Judiciário. O projeto, que se encontra em fase inicial, tem como objetivo primário ler todos os recursos extraordinários que sobem para o STF e identificar quais estão vinculados a determinados temas de repercussão geral, ato que, embora represente apenas uma parte da fase inicial do processamento dos recursos no Tribunal, envolve um alto nível de complexidade em aprendizado de máquina. Posteriormente, pretende-se que o software atue no pré-processamento de recursos extraordinários logo após sua interposição, o que visa antecipar o juízo de admissibilidade quanto à vinculação a temas com repercussão geral e acelerar a tramitação dos processos no STF.

Merecedor de destaque é o emprego de determinados sistemas jurídicos inteligentes como o denominado “Public Safety Assessment” – em tradução livre, “avaliação de segurança pública” – em determinados estados dos Estados Unidos da América. Em termos gerais, a prática estadunidense – e que se verifica de modo semelhante no Canadá e Reino Unido – consiste em aplicar na condenação criminal e na execução da pena determinadas previsões matemáticas, fundadas em análises estatísticas e cruzamento de dados por meio de softwares, de modo a se determinar o quantum de pena a ser atribuído ao réu, bem como a quais benefícios fará jus no curso da execução penal (UCHÔAS, ALVES e TOLEDO, 2017; UCHÔAS, 2018). Os programas utilizados avaliam o “grau de periculosidade do réu”, e, por meio de algoritmos, determinar o risco de reincidência do acusado naquela mesma prática delitiva. A partir da avaliação, esses instrumentos atribuem scores aos indivíduos condenados, que os classificam como tendo baixa, média ou alta probabilidade para o cometimento reiterado de determinado crime. A principal função desses softwares é a constatação de padrões, aplicáveis aos réus, para revelar um determinado risco de reincidir. Sob a promessa de “segurança, equidade e justiça”, tais programas verificam a probabilidade de um resultado ocorrido em uma população se repetir, permitindo que a decisão judicial possa ser considerada como fundamentada em evidências.

4. Desafios à inteligência artificial no direito

4.1. Sistemas jurídicos inteligentes e argumentação jurídica

A prática jurídica consiste, fundamentalmente, em argumentar, e o trabalho dos órgãos jurisdicionais e, em geral, dos aplicadores do direito, consiste principalmente em produzir argumentos para a resolução de casos, sejam eles concretos (individuais) ou genéricos, reais ou fictícios. Segundo Manuel Atienza (2005), argumentar constitui, definitivamente, a atividade central dos juristas e se pode dizer inclusive que há muito poucas profissões – se é que há alguma – em que a argumentação tenha um papel mais importante que no Direito.

Em princípio, podem-se apontar três áreas distintas em que se efetuam argumentações jurídicas, quais sejam, na produção de normas jurídicas; na aplicação das normas jurídicas; e na dogmática jurídica. Assim:

La dogmática es, desde luego, una actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente estas tres funciones: 1) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene lugar; 2) suministrar criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico (ATIENZA, 2005, p. 2).

Destarte, dentre as três áreas referidas acima, pode-se afirmar que na aplicação das normas jurídicas é que se encontra o âmbito privilegiado de argumentação, uma vez que, dentre todos os operadores do Direito, os juízes são os únicos que verdadeiramente argumentam – supostamente – suas decisões. Ou, ao menos, são os únicos profissionais jurídicos que têm procurado produzir um estilo mais depurado e persuasivo de argumentação jurídica (CELLA e WOJCIECHOWSKI, 2014, p. 271).

Contudo, como aponta Streck (2013), a decisão jurídica não pode ser entendida como um ato em que o juiz, ou, na hipótese com a qual trabalhamos, um software dotado de inteligência artificial, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquela que lhe parece mais correta, uma vez que decidir não é sinônimo de escolher. A escolha, isto é, a eleição de algo, é um ato de opção, o qual se dá “sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato personificado em uma dada circunstância” (STRECK, 2013, p. 107). Assim, permitir que uma máquina tome determinada decisão em âmbito jurisdicional só seria possível se se concebesse o processo jurisdicional como uma mera escolha dentre as várias disponíveis, e sem que se considerasse a importância da hermenêutica e dos valores (éticos, sociais e morais) para tal processo.

Um juiz, ao fundamentar uma determinada ponderação, sempre faz uso de um número substancial de argumentos morais, posto que os princípios sempre possuem uma essência axiológica, resultando que a pretensão à correção jurídica, atrelada a uma decisão, sempre abarca uma pretensão à correção moral. Já os sistemas jurídicos inteligentes partem do pressuposto de que é possível contar com uma visão neutra da representação da realidade. Assim o fazem pois tais sistemas “esquecem” ou ignoram que a legislação não trabalha com leis causais, sem perspectivas. O significado da norma só é alcançado após um processo de compreensão e interpretação, ou seja, hermenêutico, no qual os valores pessoais, dimensões culturais, éticas, sociais e emocionais muitas vezes desempenham um papel decisivo. Observe-se:

Tanto la IA como los sistemas expertos jurídicos parten del presupuesto de que es posible apoyarse en una visión neutral de la representación de la realidad (Ciencias naturales como la ingeniería, la física o la biología). Sin embargo, en el Derecho no se trabaja con leyes causales, no hay perspectivas neutras o desinteresadas. El significado de la norma sólo se logra tras un proceso interpretativo. Los valores personales, dimensiones culturales, éticas, sociales y emocionales juegan un papel decisivo. Es la manifestación de la textura abierta (open texture) del lenguaje jurídico. ¿Qué implicaciones tiene esto para la formalización simbólica? (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 132)

Nesse sentido:

Essa técnica inovadora, fundada em análise estatística e tratamento de dados por softwares, visa o prognóstico de risco de violência, auxiliando os juízes a manter encarcerados os indivíduos que, eventualmente, representem alguma espécie de risco social. A classificação influenciará no quantum de pena que será atribuído ao réu, bem como a quais benefícios ele fará jus no curso da execução penal. [...] Contudo, ao escolher em quais casos os testes devem ser aplicados, é possível afirmar que, embora os resultados sejam estatísticos, não estão livres das preferências pessoais. Também não há evidências empíricas de que o emprego dessas tecnologias torna as decisões mais racionais (Hart, Michie e Cooke, 2007, p. 5) o que influencia negativamente a argumentação dos juízes nas decisões envolvendo resultados de testes preditivos (UCHÔA,

2018).

Destarte, uma vez que mesmo a utilização de inteligência artificial não permite constatar que as decisões sejam mais racionais, tampouco que sejam livres de preferências pessoais de seus programadores e daqueles que a utilizam.

Ademais, alguns autores debruçaram-se sobre a questão da moralidade da inteligência artificial, questionando-se se um robô (ou *software*) com consciência artificial deveria ser considerado, ou não, um sujeito moral, e, por conseguinte, se conseguiria realizar valorações morais. Todavia, ainda que seja tentador buscar respostas à questão da ética e da moral considerando-se robôs como agentes moralmente autônomos, para um futuro previsível a moralidade da robótica envolverá necessariamente a ética humana na criação de programas com IA que sigam determinadas regras; não envolverá as regras morais e possíveis juízos de valor a serem realizadas por sistemas de IA como sistemas independentes (LIN, ABNEY e BEKEY, 2012, p. 50).

Diante disso, há que se considerar também, conforme aponta Searle, que seres humanos não seguem regras do mesmo modo que computadores o fazem, i. e., em observância a meros procedimentos formais. Na realidade, o computador não segue, de modo algum, quaisquer regras, mas sim executa apenas procedimentos formais. Afirmar que se obedece à regra é dizer que o significado desta regra, isto é, o seu conteúdo semântico, desempenha algum tipo de papel causal na produção do que efetivamente é feito. Assim, as propriedades formais da conduta não são suficientes para mostrar que uma regra deve ser seguida; para que a regra seja seguida, o significado da regra tem de desempenhar algum papel causal na conduta (SEARLE, 1997b, p. 58-60).

Ademais, é notório que os seres humanos, sem esforço algum, são capazes de identificar e de explicar o seu próprio comportamento e o das outras pessoas. Para Searle, esta capacidade se funda no nosso domínio inconsciente de um certo conjunto de princípios, da mesma maneira que a nossa capacidade de reconhecer uma frase escrita em outro idioma se baseia na posse de um domínio inconsciente dos princípios da gramática daquela língua (SEARLE, 1997b, p. 73). De certa forma, neste ponto, é possível lembrar da racionalidade prática proposta por Gadamer. A racionalidade prática, para Gadamer, é hermeneuticamente formada à medida que tem lugar central a “compreensão”, que dá sentido ao que autor chama de “reunião em conselho”. Em outras palavras, são os que estão próximos, como amigos, que determinam a nossa educação prática, e não uma consciência neutra e universal, e, assim, o mundo da vida concebido como mundo de valores já está posto em nossa lida com os outros; tais valores não necessitam ser fundados, mas podem ser criticados e modificados por meio da avaliação com os outros, de modo que a norma prática não surge na consciência de um eu, mas corresponde a este eu em suas determinações de horizontes (LINHARES, 2009). Assim, “são as implicações morais, na realidade, que se ligam a esse contraponto da racionalidade prática”, não devendo a virtude da razão prática ser concebida como uma faculdade neutra que busca encontrar fins justos para meios práticos (GADAMER, 2009, p. 365).

Ainda segundo Searle, tem-se que a noção nuclear na estrutura do comportamento humano, e que, portanto, o difere da máquina, é a noção de intencionalidade (1997b, p. 74). Em síntese, a discussão da intencionalidade se resume à apreciação de três características que devem ser levadas em consideração na análise do comportamento humano: primeiramente, os chamados estados intencionais consistem num conteúdo em certo tipo mental. Em segundo lugar, tais estados intencionais determinam as suas próprias condições de satisfação, isto é, se serão ou não satisfeitas, dependendo do fato de se o Mundo se harmoniza com o conteúdo do estado. Por fim, em terceiro lugar, por vezes os estados intencionais fazem as coisas acontecer, mediante a causação intencional para produzir uma harmonia, isto é, para produzir o estado de coisas que representam as suas próprias condições de satisfação (1997b, p. 76).

Importa compreender a noção de intencionalidade pelo seguinte: os processos mentais de um ser humano existem independentemente de um observador (SEARLE, 1997a, p. 4), ao passo que os processos “mentais” de uma inteligência artificial são intencionais apenas na medida em que são interpretados como tal por um agente racional, posto que a IA meramente age como se possuísse crenças, desejos ou estados mentais próprios (1997c, p. 72). Os argumentos apresentados por Searle demonstram que sistemas de IA funcionam a partir de uma lógica puramente sintática, desprovida de conteúdo semântico; assim, apenas mimetizam o comportamento intencional através de parâmetros pré-estabelecidos de inputs e outputs.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito não se pode admitir que uma decisão judicial decorra do subjetivismo, isto é, do mero convencimento do juiz, sem que se proceda à argumentação; e também não é compatível o ato de um computador escolher, entre várias alternativas possíveis, uma que será considerada mais adequada. Pois, uma vez que nem mesmo um juiz poderia decidir sem usar argumentos racionais, não seria possível justificar a possibilidade de um sistema jurídico inteligente fazê-lo (UCHÔAS, 2018).

Ainda, os sistemas jurídicos inteligentes são passíveis de críticas devido ao fato de atenderem exclusivamente ao modo e critérios aplicados pelo seu criador, o programador. Como não é possível, por enquanto, se falar em uma inteligência artificial verdadeiramente autônoma, os *softwares* existentes operam de maneira condicionada, sempre respondendo aos inputs e outputs pré-determinados e estabelecidos por quem desenvolve o programa. Disso decorre que o resultado das eventuais decisões tomadas pelo computador continuará fortemente influenciado pelos valores, crenças e convicções da pessoa que criou a inteligência artificial, por mais que se busque uma pretensa imparcialidade e superação do subjetivismo.

É possível, como aponta Nuria Beloso Martín, reduzir a incerteza da linguagem jurídica, não obstante seja impossível eliminá-la completamente, pois isso significaria afastar a decisão judicial dos valores pessoais e das dimensões culturais, éticas, sociais e emocionais que nela desempenham um papel decisivo:

Entendemos que se puede reducir la incertidumbre del lenguaje, pero no eliminarla completamente. Por todo ello, actualmente, no podemos considerar la IA y los SEJ más que como sistemas de apoyo y ayuda a la decisión pero no como sustitutivos de la capacidad de valorar y ponderar por parte del órgano judicial (BELLOSO MARTÍN, 2015, p. 132).

Assim, talvez seja necessário (re)pensar a teoria da decisão judicial na era pós-moderna, que deve se apresentar livre das amarras do subjetivismo do juiz, sujeito em que reside a razão prática, e também livre da busca por substituir a apreciação e valoração humanas por softwares dotados de inteligência artificial ou por sistemas jurídicos inteligentes.

4.2. Machine learning e coleta de dados

Russel e Norvig (2010), além de compreender o conceito de inteligência artificial, preocupam-se com um esclarecimento acerca do “aprendizado da máquina” ou “machine learning”. O aprendizado da máquina está na capacidade dos sistemas se adaptarem a novas circunstâncias e ultrapassarem os padrões estabelecidos em seu desenvolvimento, ou seja, basicamente quando os sistemas geram novas informações que podem ser utilizadas em uma tomada de decisão, mesmo que tais informações não tenham sido cogitadas anteriormente para solução de determinados casos. Tal acontecimento leva a um constante aprimoramento dos sistemas inteligentes de sua utilização na resolução de demandas jurídicas e sociais (RUSSEL; NORVIG, 2010, p.43).

Renato Leite (2018) ao tratar de softwares de tomada de decisão, define tais sistemas como um conjunto de sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em

dados pessoais e não pessoais, alcançam conclusões passíveis de sujeitar alguém a uma determinada ação, que pode gerar impactos substanciais em sua vida, ou não. Em sistemas mais complexos, como os que se valem de aprendizado de máquina, essas sequências pré-definidas podem ser modificadas a partir das variáveis utilizadas como base, e também pelas conclusões intermediárias. Essa natureza adaptativa tem sido mais comum, graças a complexos sistemas de inteligência artificial e aprendizado de máquina capazes de influenciar as conclusões intermediárias – de forma que não é mais possível uma previsão acerca dos resultados finais ou entender sua lógica subjacente. Essa opacidade impede que as pessoas entendam, acessem e verifiquem se seus dados pessoais são tratados de forma legítima, adequada e proporcional.

No entanto, a eficiência dos sistemas de inteligência artificial depende estritamente da qualidade da base de dados que os alimenta. Sendo assim, o Brasil enfrenta óbices para o aprimoramento de suas ferramentas, pois apresenta dificuldades estruturais no recolhimento e acesso de dados suficientes e idôneos pelo Judiciário, devido principalmente ao conjunto desarmônico de base de dados dos tribunais brasileiros, que não possuem um padrão e que pouco dialogam entre si.

Além disso, o uso de bases de dados dos tribunais pelos softwares de tomada de decisão interpela-se com uma barreira no que tange a regulação dessa atividade pelo Poder Público. Nesse sentido, urgem-se preocupações sociais e estatais, principalmente em relação à transparéncia dos códigos e critérios usados na tomada de decisões automatizadas. É nesse cenário que se torna possível a discussão sobre a regulação apresentada pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018).

A LGPD foi aprovada em 14 de agosto de 2018 após anos de discussões e propostas acerca de sua construção. A lei busca trazer um novo arcabouço jurídico e também consolidar mais de quarenta normas setoriais que já estavam positivadas de maneira esparsa no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o presente trabalho não trata especificamente dos contornos advindos da lei de proteção de dados no Brasil, contudo a discussão aqui proposta encontra ressonância no artigo 20 da LGPD, que se configura como essencial na análise da regulação de softwares de tomada de decisão. O artigo 20 da LGPD dispõe:

“O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.”

O modelo adotado em relação ao Direito à explicação no Brasil é claramente inspirado no modelo de regulação europeu. Entretanto, o modelo europeu possui ainda menos possibilidades do que o modelo brasileiro, pois a regulação europeia não inclui dados anonimizados e limita o direito de oposição em casos de consentimento inequívoco ou a execução de um contrato (LEITE, 2018).

No entanto, mesmo que o modelo brasileiro seja mais amplo que o europeu, é importante atentar para o fato que o comportamento da Autoridade Nacional de Proteção de Dados e dos tribunais é o que definirá uma explicação acerca do funcionamento desses algoritmos, pode implicar em um contexto em que o segredo de negócios utilizado nessas ferramentas deverá ser revelado para fundamentar o processo de recolhimento e processamento de dados que geram as informações utilizadas na decisão automatizada. Isso demonstra uma possível esfera conflituosa, que apenas pode ser medida a partir da entrada em vigor da LGPD em 2020, assim como pela atuação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que ainda não foi devidamente criada no país.

Portanto, o advento massivo de tecnologias cada vez mais avançadas para sistemas de inteligência artificial, ao adentrarem os processos judiciais devem acomodar-se de acordo com

à salvaguarda de direitos básicos dos cidadãos, como o devido processo legal, o direito a decisões individualizadas e a transparência da atuação do poder público e de entidades da sociedade civil.

Considerações finais

É certo que a busca pela racionalidade da decisão – justificativa que leva à empreitada de construção e aperfeiçoamento de sistemas jurídicos inteligentes e softwares de inteligência artificial jurídicos – ocupa posição central para as teorias da argumentação jurídica. No processo de decisão judicial, atribuir uma justificação racional a uma decisão significa dizer que, proceduralmente, obteve-se uma tese adequada para um caso concreto sobre o qual se decide. Contudo, se, por um lado, a utilização da tecnologia possui a pretensão de contribuir para a justificação das decisões e, de outro, a argumentação jurídica mostra-se como a única forma de garantir uma decisão racionalmente justificada, o desenvolvimento de novas tecnologias não pode desconsiderar os preceitos das teorias da argumentação.

A imagem de um juiz robô, ou uma máquina de decidir, continua sendo mais uma utopia na ideia de substituir o governo das pessoas pelo governo das máquinas. Considerando-se que ainda hoje só existem sistemas baseados em inteligências artificiais fracas, é possível perceber que a evolução da informática não foi capaz de alcançar uma representação adequada de toda a complexidade ínsita ao Direito e ao processo de decisão judicial. Por mais completo e complexo que seja um sistema jurídico inteligente, uma máquina não pode substituir a capacidade de apreciação e valoração humana, tampouco pode motivar uma sentença, como deve fazer um juiz. A inteligência artificial pode e deve funcionar como ferramenta de auxílio para a tomada de decisões jurídicas e justificação das decisões, mas não como substituta à atividade humana.

Frente ao exposto, percebe-se que a inteligência artificial não pode integrar todos os elementos essenciais a uma decisão judicial, e o resultado obtido por um sistema jurídico inteligente dificilmente será impecavelmente justo e equitativo. Em que pese a existência de diferentes e sólidos argumentos contrários à ideia de se permitir que um sistema de IA ocupe o papel de juiz, é possível concluir que a atividade de julgar, principalmente por envolver processo de valoração, é uma atividade única e exclusivamente humana, e assim o permanecerá, ao menos por hora.

Contudo, há que se reconhecer que softwares de tomada de decisão, como o VICTOR no Brasil, já são uma realidade e invocam dinâmicas para além da discussão acerca da capacidade argumentativa e de valoração no processo decisório realizado por meio de máquinas. Ocorre que, esses sistemas são alimentados por dados e a qualidade das informações que são potencialmente utilizadas em decisões está na forma como essas informações são coletadas e processadas pelos softwares. Nesse sentido, a discussão sobre o uso de inteligência artificial no processo de decisão não pode olvidar o respeito ao devido processo legal e suas normas já sedimentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

ALEXY, R. Conceito e validade do direito. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. Sistema Jurídico e Argumentação no âmbito dos Direitos Fundamentais. In:
_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 543-574.

_____. Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2013.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, H. L. . A relação entre direito e moral em Robert Alexy. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2016, BRASÍLIA/DF. Filosofia do direito I. Florianópolis: CONPEDI, 2016. p. 61-81.

ARNOLD FOUNDATION. *Public Safety Assessment: A risk tool that promotes safety, equity, and justice*. Disponível em: <<http://www.arnoldfoundation.org/public-safety-assessment-risk-tool-promotes-safety-equity-justice/>>. Acesso em 02 jul. 2018.

Artificial Intelligence (AI) for the practice of law: An introduction. Disponível em: <<https://rossintelligence.com/ai-introduction-law/>>. Acesso em: 06 set. 2018.

ATIENZA, M. Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica. México, Universidad Nacional Autónoma de México/ Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

BELLOSO MARTÍN, N. Algunas reflexiones sobre la informática jurídica decisional. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier et al. O impacto das novas tecnologias nos direitos fundamentais. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2015.

BRASIL. Portal brasileiro de dados abertos. Disponível em: <<http://dados.gov.br/>> Acesso em: 01 abr. 2019.

CANAL, R. Sobre a filosofia da mente de John Searle. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista. Marília, 2010.

CARVALHO, J. B. C. L. Sobre os limites da argumentação jurídica: a desconstrução do ativismo judicial fundado na ponderação de princípios e a reinvenção da legitimidade jurídica nos pensamentos de Jürgen Habermas e Chantal Mouffe. Prisma Jur, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 649-710, jul./dez. 2013.

CELLA, J. R. G. ; WOJCIECHOWSKI, P. B. . INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NOS PROCESSOS JUDICIAIS ELETRÔNICOS. In: Orides Mezzaroba; Raymundo Juliano Rego Feitosa; Vladmir Oliveira da Silveira; Viviane Coêlho Séllos-Knoerr. (Org.). DIREITO E NOVAS TECNOLOGIAS. 1ed. São Paulo: Editora Clássica, 2014, v. 12, p. 271-300.

DUARTE, L. G. M.; GALIL, G. C. Inovações pós-positivistas nos paradigmas do direito administrativo brasileiro. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM , v. 12, p. 359-386, 2017.

EGGERS, W.; SCHATSKY, D.; VIECHNICKI, P. *AI-augmented government: Using cognitive technologies to redesign public sector work*. [S.I], 2017. Disponível em: <<https://www2.deloitte.com/insights/us/en/focus/cognitive-technologies/artificial-intelligence-government.html>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

FLORIDI, L.; CATH, C.; MITTELSTADT, B.; WACHTER, S.; TADDEO, M. *Artificial Intelligence and the ‘Good Society’: the US, EU, and UK approach*. Science and Engineering Ethics. Springer, 2017, p. 1-24.

LEITE, Renato. Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?. Instituto Igarapé, 2018.

LINHARES, J. C. . A HERANÇA DA FENOMENOLOGIA HUSSERLIANA NA HERMENÉUTICA DE GADAMER. Pensando: Revista De Filosofia (UFPI) , v. 7, p. 97-109, 2016.

GADAMER, H.G. Verdade e Método II: Complementos e índice. Tradução de Enio Paulo Giachini; revisão de Márcia Sá Cavalcante Schuback; 4ª edição – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LIN, P.; ABNEY, K.; BEKEY, G. A. Robot ethics: the ethical and social implications of robotics. MIT press, 2012.

MAGALHÃES, R. V. *Automatización del raciocinio jurídico: perspectivas y límites en la aplicación de la inteligencia artificial al derecho*. 2004. Tese (Doutorado) – Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, Burgos, Espanha, 2004.

MCCARTHY, J. *What is artificial intelligence?*. Stanford, 2000. Disponível em: <<http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

MEHR, H. *Artificial Intelligence for Citizen Services and Government*. [S.l], 2017. Disponível em: <https://ash.harvard.edu/files/files/artificial_intelligence_for_citizen_services.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2018.

MONTEIRO, M.; SAVEDRA, M. M. G. Metodologia da pesquisa jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOZETIC, V. A. Os sistemas jurídicos inteligentes e o caminho perigoso até a teoria da argumentação de Robert Alexy / The intelligent legal systems and the dangerous way to the argumentation theory of Robert Alexy. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 437-454, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadadicreito/article/view/1939>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

NOTÍCIAS STF. Inteligência artificial vai agilizar a tramitação de processos no STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380038>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

RICHARDS, N. M.; SMART, W. D. *How should the law think about robots?*, 2013. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2263363>>. Acesso em: jan. 2018.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*. 3.ed. Upper Saddle River: Pearson, 2010. p. 43.

SEARLE, J. A Redescoberta da Mente. São Paulo: Martins Fontes, 1997a.

_____. Mente, cérebro e ciência. 4ª ed. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1997b.

_____. The mystery of consciousness. New York: The New York Review of Books, 1997c.

STRECK, L. L.. O que é isto – decido conforme minha consciência?. 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. Teoria da Argumentação Jurídica. Veredas do Direito, Belo Horizonte. v. 2, n. 3, p. 47-65, jan-jun, 2005. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/4_28.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

TURING, Alan. Computing machinery and intelligence. *Mind*. n. 49, pp. 433-460, 1950.

UCHÔAS, B. R. ; ALVES, E. K. ; TOLEDO, C . Dirigismo Criminal - O Direito Penal das Predições Matemáticas. In: Diálogos sobre Direitos Humanos - Direitos Humanos, Direito Internacional e Integração. Juiz de Fora: HOMA - Centro Direitos Humanos e Empresa, 2017. v. 1.

UCHÔAS, B. R. Inovações tecnológicas aplicadas ao Direito: Hiperracionalidade Ou Irracionalidade? In: REIS, Isaac (Org.). Diálogos sobre retórica e argumentação, vol. 4. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

37. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA: busca por uma vida digna para as comunidades de Juiz de Fora por meio da efetivação do direito fundamental à moradia¹

LAND REGULARIZATION: search for a decent life for the communities of Juiz de Fora through the realization of the fundamental right to dwelling

Natália Chernicharo Guimarães²
Nicolle Figueiredo Albuquerque Rosa³

Resumo

No presente texto as autoras apresentam o Projeto Interdisciplinar de Extensão “Regularização Fundiária” constituído no âmbito da Universidade Federal de Juiz de Fora, integrado pelos cursos de Direito, Arquitetura, Engenharia e Serviço Social. O projeto tem como escopo o fornecimento de subsídios jurídico, social e técnico ao problema enfrentado pelos ocupantes irregulares de terras de comunidades carentes no município de Juiz de Fora e objetiva a máxima efetivação do direito fundamental à propriedade enfocado no direito à moradia digna. Para tanto, utilizou-se do método de pesquisa descritivo e lançou-se mão de instrumentos de coleta de dados quali-quantitativos, tais como voo de drones e questionários. Até o momento foi possível uma elaboração preliminar da planta geral da localidade, a aplicação e recolhimento de mais da metade das informações socioeconômicas da comunidade e a proposição de eventuais acordos e negociações por meio de reuniões junto ao município e ao Ministério Público Federal.

Palavras-chave: Regularização Fundiária; Direito à Propriedade; Direito à moradia digna.

Abstract

In the present text the authors present the Interdisciplinary Extension Project “Land Regularization” constituted within the scope of the Federal University of Juiz de Fora and composed of Law, Architecture, Engineering and Social Service courses. This project has as goal the provision of legal, social and technical subsidies to the problem faced by irregular occupants in needy communities in the municipality of Juiz de Fora and seeks the highest enforcement of the Fundamental Right to Property in the sense of the right of dwelling. For this the descriptive research method was used and instruments of data collection “quali-quantitativos”, as flight of drones and questionnaires. So far a preliminary elaboration of the general plan of the locality, the application and collection of more than half of the socioeconomic information of the community and the proposal of possible agreements and negotiations through meetings with the municipality and the Federal Public Prosecutor's Office have been possible.

Keywords: Land Regularization; Property Law; Right to dwelling.

¹ Trabalho desenvolvido a partir do Projeto de Extensão Interdisciplinar “Regularização Fundiária”

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2006). Especialista em Direito Processual (IEC/PUC-Minas). Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professora de Direito Processual Civil, Prática Simulada, Prática Real e Direito do Consumidor. Professora Orientadora da COLUCCI CONSULTORIA JURÍDICA JÚNIOR da Faculdade de Direito da UFJF. Professora Efetiva na UFJF (Universidade Federal de Juiz de Fora). Coordenadora do Projeto de Extensão Regularização Fundiária na UFJF. Advogada. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/Juiz de Fora. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/Juiz de Fora. E-mail: natchernicharo@gmail.com.

³ Graduanda em Direito pela UFJF. Discente bolsista do projeto de extensão “Regularização Fundiária” do curso de Direito da UFJF. E-mail: nicolle.albuquerque@direito.ufjf.br.

1. Introdução

O presente trabalho pretende apresentar o projeto de extensão “Regularização Fundiária”. Marcado por intensa interdisciplinaridade, o projeto é desenvolvido por professores e alunos das áreas do Direito, Engenharia, Arquitetura e Serviço Social, visando desenvolver ações sociais, públicas e de regularização fundiária em comunidades de baixa renda. Atuando nas comunidades limítrofes à Universidade Federal de Juiz de Fora e adjacências que encontram-se em situação de vulnerabilidade e não possuem o título do imóvel, o projeto busca providenciar subsídios para concretizar o direito fundamental de propriedade. Nesse sentido propõe-se, a partir da coleta de dados técnicos e sociais, não só a prestação de orientações técnicas de engenharia, da arquitetura e do direito, como também o desenvolvimento de ações estruturais (como projetos de obras) e não estruturais (como auxílio na mediação de conflitos, mini-cursos e análise de situações e áreas de riscos).

Além de cumprir todo o disposto acima, o projeto visa conscientizar as referidas comunidades e os discentes envolvidos acerca da importância da regularização fundiária. Assim, fomenta-se o fortalecimento de uma cultura jurídica e social mais atenta aos problemas vivenciados diuturnamente por comunidades próximas da UFJF a fim de concretizar o direito fundamental à propriedade. Ressalte-se que referido direito está intimamente ligado ao direito fundamental, internacionalmente reconhecido, da dignidade da pessoa humana (ONU, 1948) dos direitos sociais à moradia, à segurança jurídica, à organização do espaço urbano e à adequação de cadastros e registros públicos.

Iniciando-se o projeto pela escolha da Comunidade Vila São Sebastião, localizada na BR-267, também conhecida como Rodovia Vital Brasil, que esta circunscrita pelo bairro Nova Era, o problema principal que se busca resolver é a possibilidade, no sentido técnico e jurídico, da regularização fundiária da referida comunidade. Dito isso, a hipótese levantada é a de que tal regularização (Vila São Sebastião) pode ser sim realizada.

O projeto possui como objetivos gerais a concretização do princípio da indissociabilidade entre os três pilares diretores da Universidade que são o ensino, pesquisa e extensão, em consonância com imperativo constante do artigo 207 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o reforço do papel da universidade, como entidade pública, de retornar à sociedade o investimento realizado em prol da comunidade acadêmica (GUIMARÃES, 2018), viabilizar o acesso ao direito à propriedade constitucionalmente tutelado e o exercício da cidadania pela comunidade.

Como objetivos específicos do projeto haverá a verificação da documentação de propriedade das famílias perante ao Cartório responsável pela região e a aferição da existência de titularidade de propriedade ou não, avaliando esta última quando houver. Também será realizada a análise das condições de riscos nas encostas e proximidades de cursos d'água, propondo intervenções estruturais e não estruturais, bem como as condições estruturais e habitacionais de salubridade das moradias, também propondo ações para melhoria da qualidade de vida. Ainda, serão realizados levantamentos em campo dos limites das edificações, lotes, confrontantes e aparelhamentos urbanos, propiciando, desse modo, a redação de um projeto final de regularização fundiária. Importante destacar que, por meio de palestras e orientações durante os levantamentos de campo, será destacada a necessidade de evitar novas ocupações de áreas de risco e de interesse ambiental (GUIMARÃES, 2018).

A metodologia que está sendo adotada é descritiva e será explicada pormenorizadamente mais adiante.

Já a justificativa para a realização do projeto encontra-se delineada no tópico abaixo.

2. O déficit habitacional e o baixo índice de desenvolvimento familiar

Existem nas cidades brasileiras como um todo um expressivo índice de irregularidade e precariedade nas ocupações de terras, marcadas pela ausência de registros dos imóveis e más condições de vida. Tais ocupações são protagonizadas e associadas, na maioria dos casos, às famílias de baixa renda.

Conforme os dados do recente Plano Diretor Participativo de Juiz de Fora (JUIZ DE FORA, 2012), que se vale de um indicador sintético responsável por medir o grau de desenvolvimento das famílias que residem no município, o índice de desenvolvimento familiar – IDF, e apuração do grau de vulnerabilidade de cada uma destas famílias cadastradas no CadÚnico, mais da metade da população se enquadra nas categorias mais baixas. Este indicador varia entre 0 e 1 e quanto melhores as condições da família, mais próximo de 1 será o seu indicador. Apesar da unidade de análise do IDF se referir ao grupo familiar e não ao indivíduo, este se constrói a partir dos dados pessoais de cada um de seus integrantes.

Para contemplar as diversas dimensões da pobreza e a forma como elas afetam o desenvolvimento dos indivíduos dentro de um núcleo familiar, o IDF foi elaborado a partir de seis aspectos: vulnerabilidade; acesso ao conhecimento; acesso ao trabalho; disponibilidade de recursos; desenvolvimento infantil e condições habitacionais (JUIZ DE FORA, 2012).

Além da problemática já apresentada, de acordo com a Fundação João Pinheiro numa análise feita em 2010, Juiz de Fora é, na lista das cidades mineiras, a 5^a com maior déficit habitacional, necessitando disponibilizar aproximadamente 16 mil moradias para que esse déficit seja sanado (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2013). Tal análise funciona da seguinte forma:

“Esse número compõe o resultado da pesquisa sobre o déficit habitacional, e considera uma série de critérios, tais como: domicílios improvisados e rústicos, cômodos existentes na parte externa do imóvel, ônus excessivo com aluguel, e adensamento excessivo de domicílios alugados. Quando uma casa não se enquadra nos componentes descritos acima, são investigadas a possibilidades de inadequação, que levam em conta o acesso a infraestruturas como água, saneamento básico, energia, coleta de lixo. A ausência de qualquer um desses itens faz com que a moradia seja contabilizada no saldo final da necessidade habitacional.”(SOUZA, 2016)

Tendo em vista referida situação, importantíssima é a iniciativa do projeto de Regularização Fundiária ora apresentado, já que busca-se assegurar o direito de propriedade das comunidades de baixa renda situadas no entorno da UFJF e suas adjacências, assegurando o direito fundamental à moradia digna e reduzindo o déficit habitacional existente no município de Juiz de Fora.

3. Metodologia

3.1. Metodologia teórica adotada

O Projeto de Regularização Fundiária adota uma metodologia descritiva. Em um primeiro momento estão sendo realizados os estudos de campo e coleta de dados técnicos quali-quantitativos utilizando drones e outros equipamentos de análise topográfica da Vila São Sebastião. Concomitantemente, foram elaborados questionários socioeconômicos pelos discentes do curso de Serviço Social que estão sendo aplicados às 42 (quarenta e duas) famílias, apuradas até o momento, possuidoras de imóveis na referida Vila, com o intuito de identificar a comunidade. No que tange aos pesquisadores do Direito, está sendo realizada uma análise, por meio de uma investigação jurídico-descritiva, das legislações e decisões jurisprudenciais aplicáveis ao caso concreto, buscando a melhor aplicabilidade destes em relação à situação de fato e de direito dos

moradores da Vila São Sebastião.

Posteriormente, em um segundo momento, já com os diagnósticos alcançados pela Engenharia, será traçado um plano arquitetônico e urbanístico pelos integrantes do curso de Arquitetura e Urbanismo, buscando uma melhor harmonização da Vila como um todo e a solução de demandas estruturais, ambientais e socioculturais.

Por fim, será elaborado e apresentado ao município de Juiz de Fora um projeto de Regularização Fundiária elencando todos os equipamentos urbanos que deverão ser fornecidos para a comunidade a fim de que o mesmo proporcione aos seus integrantes uma vida digna e efetive o direito à propriedade.

3.2. Contextualização das providências já adotadas

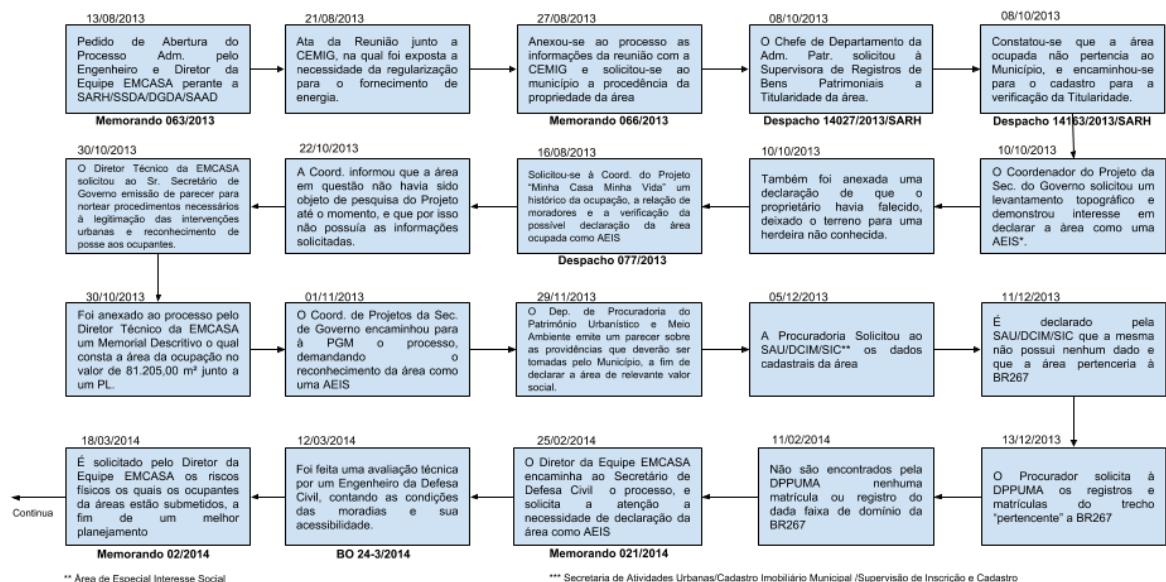
Neste momento cabe contextualizar o andamento do projeto de extensão de acordo com a metodologia acima descrita.

Inicialmente, no mês de novembro de 2018, foi realizada uma pesquisa de campo à Vila São Sebastião, a fim de proporcionar aos discentes um primeiro contato com a comunidade inauguradora das atividades propostas pelo projeto e, também, de apresentar o projeto a todos os moradores desta. A partir do primeiro contato notou-se uma grande dificuldade de acesso a todos os moradores devido à falta de interação entre estes e a precariedade das relações sociais e de vizinhança.

Posteriormente, tomou-se conhecimento de um processo administrativo em tramitação desde 2003 junto à Prefeitura Municipal de Juiz de Fora (Processo nº006467/2013), proposto pelo Diretor Técnico e Engenheiro do Grupo “EM CASA”, na época, José Augusto Ribeiro Toledo, que visava inicialmente o fornecimento de energia elétrica pela CEMIG à referida comunidade. Contudo, a CEMIG negou o fornecimento da energia elétrica, sob a justificativa da irregularidade da área e a ausência de um titular das terras registrado, prosseguindo o referido processo atualmente, na tentativa de regularização da área, a fim de que a energia elétrica possa ser fornecida para a comunidade. No entanto, por haver construções em áreas de preservação permanente e o processo não possuir projeto aprovado pelo Município, apesar da região ter sido classificada pelo Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano em 2000 como uma Área de Especial Interesse Social - AEIS (JUIZ DE FORA, 2000), o Ministério Público de Minas Gerais foi acionado em 2015, pela, até então Deputada Federal de Minas Gerais, Margarida Salomão, gerando o Inquérito Civil nº 0145.14.003804-6, e foi recomendado ao município de Juiz de Fora que arcasse com sua responsabilidade e que fossem tomadas medidas ante a situação dos moradores. Os documentos foram inteiramente analisados descritivamente pelos discentes e a partir desta análise foi criada a seguinte linha do tempo para que o grupo se organizasse a partir dos dados já oferecidos e dos dados que ainda estivessem faltantes para a concretização dos objetivos do projeto.

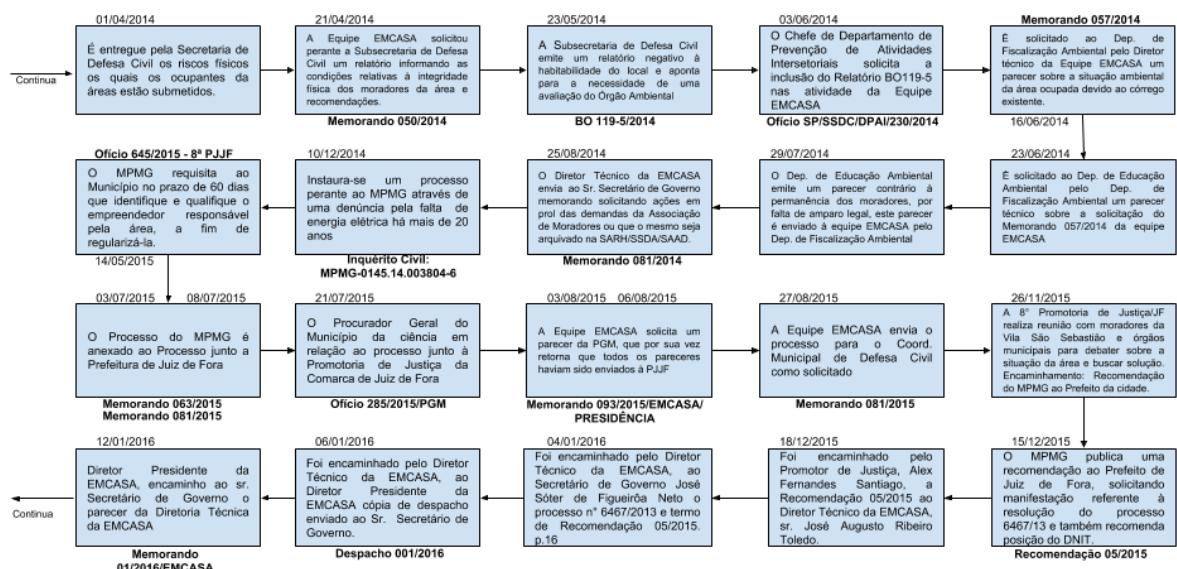
Linha do Tempo do Processo de Regularização Fundiária

Processo Administrativo nº 006467/2013



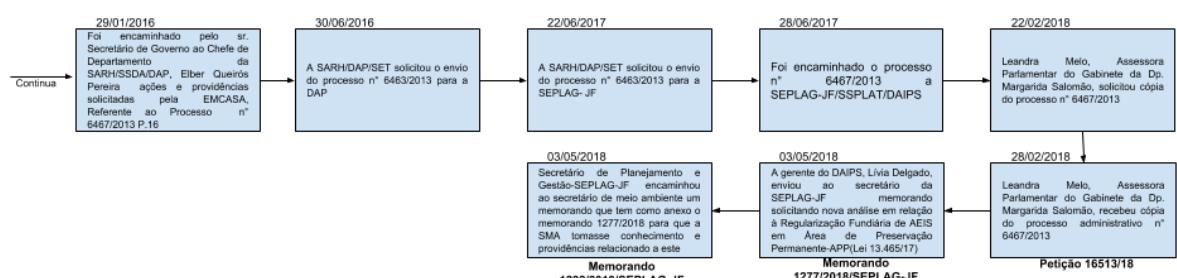
Linha do Tempo do Processo de Regularização Fundiária

Processo Administrativo nº 006467/2013



Linha do Tempo do Processo de Regularização Fundiária

Processo Administrativo nº 006467/2013



Dando seguimento, no mês de dezembro de 2018, ocorreu um curso de capacitação do grupo (docentes e discentes) sobre o processo de regularização fundiária, ministrado pelo professor Marcelo Leão, advogado especialista em Direito Urbanístico, no qual foram apresentadas as legislações pertinentes, dificuldades, facilidades do processo e exemplos de Regularizações já concretizadas. Concomitantemente a todas essas etapas também foram levantados pela equipe de engenharia os dados topográficos por meio de um drone e equipamentos de topografia os quais analisaram terras, ruas, quadras, limites de lotes e edificações, gerando informações planialtimétricas úteis para a elaboração de propostas de projetos pela engenharia e arquitetura.

Durante o recesso acadêmico foi elaborado junto ao grupo do serviço social um questionário socioeconômico, a fim de agregar informações qualitativas-quantitativas úteis, tanto para o processo de regularização, quanto para dar início a um plano de ação que terá como finalidade trabalhar os laços de solidariedade entre a comunidade. Este foi revisado pela Professora Janaína Sara Lawall, que é Especialista nas áreas de “Planejamento e Gestão Social” e “Planejamento, Implementação e Gestão da EAD” e Mestre em “Planejamento Urbano e Regional” e está sendo aplicado por todos os discentes nas casas de todos os moradores da Vila desde o dia 30 de março 2019 com previsão de conclusão e análise pela mesma professora no mês de abril. O questionário contou com a aprovação prévia dos moradores nas reuniões que ocorreram na própria comunidade no dia 23 de março de 2018.

Também durante o recesso, no mês de Janeiro de 2019, alguns dos habitantes do assentamento foram surpreendidos com a visita e a entrega de notificações do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) exigindo a desocupação de 18 (dezoito) imóveis que se encontravam dentro de sua faixa de domínio no prazo de 15 (quinze) dias corridos, justificando a ordem de desocupação pelo fato dos referidos imóveis estarem situados em área de domínio público e de área de potencial risco.

Com o propósito de evitar a retirada compulsória dos moradores desses dezoito imóveis foram elaboradas e apresentadas ao DNIT contra-notificações para os moradores que demonstraram interesse e foi realizada uma verificação pelo grupo do Direito em relação à tramitação do inquérito civil junto ao Ministério Públco do Estado de Minas supracitado.

Na análise do referido inquérito civil, foi constatado que o mesmo havia sido remetido em agosto de 2018 ao Ministério Públco Federal devido à incompetência da instituição anterior para analisar questões que envolviam uma autarquia federal, gerando assim o Inquérito Civil nº 301.2018-48, no qual o MPF recomendou ao DNIT a desocupação imediata das moradias que ocupavam a referida faixa.

Com o intuito de evitar a retirada dos referidos moradores da comunidade e tendo em vista a necessidade de articulação do projeto com o Ministério Públco, em março de 2019, após uma negativa do DNIT em relação aos argumentos apresentados nas contra-notificações, foi realizada uma reunião junto à promotora federal responsável pelo caso, que contou com a presença de dois moradores, quatro professores e três alunas, na qual foram apresentados os dados já coletados até o momento pelo projeto a fim de alcançar uma autocomposição entre o projeto e o MPF.

A partir dos relatos dos moradores ali presentes e considerando as propostas apresentadas pelos professores, a promotora se sensibilizou com a causa, por se tratar de famílias muito carentes e se comprometeu a estudar os dados técnicos a fim de chegar a uma solução mais adequada para o problema.

4. Fundamentação teórica

O projeto ora descrito possui natureza interdisciplinar, sendo que há fundamentos teóricos que justificam sua existência nas três outras grandes áreas que se interligam com o

Direito (Engenharia, Serviço Social e Arquitetura). Contudo, demonstrar-se-á, nas próximas linhas, somente a fundamentação teórica pertinente ao Direito, já que é a mesma a base para o desenvolvimento do projeto.

4.1. Da função social

O conceito de “Direito de Propriedade” e seus requisitos, como a sua função social, são instrumentos legais basilares ao processo de Regularização Fundiária, e estes vêm sofrendo doutrinariamente uma adaptação diversa da adotada historicamente pelo direito brasileiro. Gradativamente os autores vêm apresentando uma nova proposta fundada no conceito posse, previsto expressamente no Código Civil brasileiro no art. 1.196, o qual define o possuidor como aquele que “tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002). Sua relevância social, no tocante à propriedade, foi sendo cada vez mais evidenciada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pois a posse por si só é capaz de possibilitar a efetivação de direitos como a usucapião, a proposição de ações possessórias e até a própria regularização fundiária, sem haver a necessidade de prévia titularidade do bem. Consoante a isso, apesar de negligenciado pela legislação brasileira, o conceito de “Função Social da Posse” também foi ganhando força a partir de entendimentos da academia e da jurisprudência e perdendo sua dependência em relação à propriedade. De acordo com o Ministro Teori Zavascki:

“Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade. Referida função ‘é mais evidente na posse e muito menos na propriedade’, observa a doutrina atenta, e daí falar-se em função social da posse.” (ZAVASCKI, 2005)

Mas o que difere realmente o instituto da propriedade da posse em si? O direito de propriedade até um primeiro momento era baseado na ideia do direito à uma titulação junto ao exercício da posse, por esse motivo, segundo o pensamento de Ihering, a posse nada mais era do que a demonstração fática do direito de propriedade e, a mesma advinha da propriedade a qual sem essa a posse não existiria (IHERING, 2004). No entanto, esse conceito já foi superado e a posse passou a consistir em:

“uma manifestação exterior da apropriação econômica da coisa, isto é, um estado fático tal que revela o senhorio de fato da coisa, aquele que a tem sob sua dependência e que a faz servir para a satisfação de suas necessidades econômicas.” (MOTA, 2013)

Tal exposição se faz necessária no que tange ao referido Projeto de Extensão, para que não haja confusões em relação à existência ou não de um direito assegurado à essas famílias. A partir desta análise é notável que a ocupação, mesmo que irregular, a qual o projeto se destina é merecedora de proteção jurídica, pois a maioria das famílias têm cumprido não só os requisitos da função social da propriedade, tutelado pela Constituição, mas também têm exercido seu direito de posse e a função social advinda desta, instituto que como relatado anteriormente, tem sido cada vez mais valorizado em detrimento da propriedade como título. Nesta linha:

“A função social não transige, não compactua com a inércia do titular. Há que desenvolver uma conduta que atende ao mesmo tempo à destinação econômica e à destinação social do bem.”(MOTA, 2013)

Dessarte, a posse destes moradores, em sua maioria carentes, garante não só o

cumprimento da função social da posse/propriedade, mas também possibilita o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, efetivando o direito à moradia digna. Este último direito, se analisado de acordo com a teoria da ponderação (ALEXY, 2008), em contraposição às demais argumentações desfavoráveis ao referido direito, como a existência de área de preservação permanente ou como interesse do proprietário titular do imóvel, claramente se sobressai, considerando que há a verificação do cumprimento da função social já supracitado e a possibilidade de saneamento de problemas ambientais advindos da ocupação por meio de ações públicas. A referida possibilidade de saneamento dos problemas ambientais será, inclusive, uma das propostas trazidas pelo projeto ora em curso na Vila São Sebastião, de acordo com a preservação da fauna, flora e cursos d'água ali presentes.

4.2. Demais aspectos

O ato de regularizar pretende não apenas promover a segurança jurídica do cidadão perante ao Estado e a sociedade em geral, mas também intenta assegurar o direito à moradia aos ocupantes da Vila São Sebastião.

O direito à moradia não se concretiza somente com o título da propriedade, mas também, com a questão de assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana no exercício dessa propriedade. Assim, indispensável pensar, também, na viabilização de um melhor acesso a serviços públicos pelos moradores da Vila São Sebastião, assegurando não só a integridade física dos moradores, como também a psicossocial e patrimonial.

A Lei de regularização fundiária (Lei 13.465/2017) originou-se pela Medida Provisória 759, de dezembro de 2016, tendo ambas como foco a regularização fundiária urbana e agrária, possuindo como um dos objetivos principais, solucionar os graves déficits habitacionais, bem como os históricos problemas de distribuição da terra no Brasil. A partir dela houve uma alteração do tratamento dado até então para a legitimação da posse sendo definida atualmente pelo seguinte artigo:

“Art. 25. A legitimação de posse, instrumento de uso exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei.” (BRASIL, 2017)

De acordo com a análise feita sobre a Lei 13.465 (Lei da Regularização Fundiária) pelo doutor e professor Flávio Tartuce::

“Um dos objetivos da nova política, como se percebe, é justamente de regularização de áreas favelizadas, conclusão claramente retirada da leitura desse comando. Nesse contexto de efetivação da função social da propriedade e da posse urbana, os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de sustentabilidade econômica, social e ambiental e ordenação territorial, buscando a ocupação do solo de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional (art. 9º, § 1º, da Lei 13.465/2017).” (TARTUCE, 2018)

Ou seja, há a preocupação de que tal instrumento possibilite o desenvolvimento da área a ser regularizada de forma funcional, ordenada e eficiente, assegurando o bem estar social.

Para que a regularização ocorra, a certificação da municipalidade se faz necessária, devendo esta avaliar as condições de habitabilidade dos imóveis, facilitando o trânsito jurídico

de bens e o exercício de direitos sucessórios, e, ainda, favorecer a observância da legislação ambiental e tributária, interferindo positivamente na adequação e atualização de cadastros e registros de interesse público e na gestão do território urbano pelo Poder Público. (GUIMARÃES, 2018)

Razão pela qual, o projeto visa realizar um convênio com o município de Juiz de Fora, a fim de que, assim que concluído o Projeto de Regularização Fundiária, o município assuma a realização da referida regularização (já que esta é uma competência do município, de acordo com o art. 30 da Lei de Regularização Fundiária - Lei n.13.465/2017)

Por todo o acima exposto, demonstra-se, especificamente, a importância do projeto ora desenvolvido, buscando assegurar na prática a efetividade do referencial teórico aqui apontado.

5. Resultados esperados

Em suma, o resultado esperado pelo projeto é a própria regularização fundiária das comunidades próximas da UFJF e suas adjacências, iniciando-se pela Vila São Sebastião, analisando sempre a possibilidade de manutenção ou não das casas, com base na segurança das famílias, analisando os riscos que a localização geográfica dessas poderá trazer ao morador.

Todavia, para que se chegue a este “Resultado Final”, ainda haverá a necessidade de concretização de resultados preliminares de cada área de conhecimento envolvida no projeto. Dito isso, para os extensionistas da Engenharia Civil busca-se a finalização dos diagnósticos técnicos, por meios dos estudos de topografia e voos com drone etc., os quais já estão sendo desenvolvidos pela equipe e a apresentação, com base nestes dados coletados, de alternativas para sanar as possíveis dificuldades técnicas de permanência dos moradores na Vila São Sebastião.

Já para os pesquisadores da área do Serviço Social objetiva-se a elaboração e aplicação de questionários socioeconômicos, os quais já se encontram em andamento, a fim de coletar dados relevantes para a atuação dos mesmo na elaboração de um plano de ação, buscando criação de vínculos na comunidade, como também para serem utilizados posteriormente no processo de regularização.

A área da Arquitetura e Urbanismo e seus extensionistas, por sua vez, visa a realização e a apresentação para o município de um Plano Arquitetônico e Urbanístico de toda a extensão habitada pelos moradores da Vila, almejando uma harmonização da comunidade com seu ambiente, no qual constarão os equipamentos urbanos adequados e necessários para garantir uma moradia digna a aqueles.

E por fim, no que se refere a área do Direito, caberá aos extensionistas reunir todos os dados coletados pelas demais áreas de conhecimento relacionando-os com os conhecimentos jurídicos no que estes forem aplicáveis, redigindo, ao final, um Projeto de Regularização Fundiária a ser entregue para ao município de Juiz de Fora.

No entanto, cabe ressaltar que o projeto enfrentou e vem enfrentando até o momento algumas dificuldades, tais como: a falta de registro de um titular da área onde se situa a Vila São Sebastião junto aos cartórios do Município, fato que dificulta a operacionalização jurídica da regularização fundiária; a falta de integração entre os próprios moradores da comunidade, que ocasiona uma maior dificuldade de difusão de informações; os escassos meios de comunicação do projeto para com estes moradores, ocasionando também uma morosidade na propagação de informações; o fato de parte das casas encontrarem-se em área de preservação permanente (APP), ou em áreas de risco, por haver barrancos ou redes de alta tensão; e de algumas moradias ocuparem a faixa de domínio do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT).

Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso em: 07 de abril 2019;

BRASIL. Lei Federal 13.465/2017, de 11 de Julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, Brasília, DF, jul 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 07 de abril de 2019;

BRASIL. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 08 de abril de 2019;

TARTUCE, Flávio. A lei da regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. Publicado na Revista de ciência Jurídicas: Pensar, v. 23, n. 3, p. 1-23, jul./set. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/7800/pdf>>. Acesso em 08 de abril de 2019;

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. Déficit habitacional municipal no Brasil. Belo Horizonte: FJP, 2013. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/deficit-habitacional/216-deficit-habitacional-municipal-no-brasil-2010/file>> . Acesso em: 07 abril 2019;

GUIMARÃES, Natália Chernicharo (coord.). Projeto de Extensão Regularização Fundiária. UFJF, 2018;

IHERING, Rudolf Von. Teoria simplificada da posse. Belo Horizonte: Líder, 2004;

JUIZ DE FORA. Proposta de política municipal de habitação. Juiz de Fora: UFJF, 2007;

JUIZ DE FORA. Mapa Social: Análise da Situação do Desenvolvimento Familiar em Juiz de Fora. Juiz de Fora: Funalfa, 2012. Disponível em: <https://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/sds/arquivos/publicacoes/mapa_social_juiz_de_fora.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2019;

JUIZ DE FORA. LEI N.º 9811 de 27 de junho de 2000: Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Juiz de Fora. Juiz de Fora, 2000. Disponível em: <https://jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023630>. Acesso em: 08 de abril de 2019;

MOTA, Maurício; TORRES, Marcos. A Função Social da Posse no Código Civil. Revista de Direito da Cidade, vol.05, n.1, 2013, p. 249-324. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/9731>>. Acesso em: 08 de abril de 2018;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 07 de abril. 2019;

SOUZA, Lílian. Panorama da Situação Habitacional de Juiz de Fora - MG. Juiz de Fora: Artigo Apresentado no II Colóquio de Pesquisa Geográfica da UFJF, 2016;

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no novo Código Civil. Direito e Democracia, v.5, n.1, 2016, p 7-28. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2470/1693>>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

38. DESAFIO DO DIREITO TRIBUTÁRIO NA ERA DIGITAL: tributação de criptomoedas no Brasil

Elizabeth Rosa de Mello¹
Victor Henriques Guimarães Taranto²

Resumo

Palavras chaves: Criptomoedas; Direito Tributário; Moedas Virtuais.

Keywords: *Crypto Currencies; Tax Law; Virtual Currency.*

Introdução

O advento da internet e das tecnologias que dela derivam, proporcionou a alteração e o desenvolvimento de muitos elementos de nossa sociedade. No âmbito econômico e financeiro destaca-se a criação de moedas virtuais, que funcionam como alternativa ao dinheiro físico, possuindo alta fluidez, velocidade e valorização. Essas moedas possuem como característica elementar a criptografia, sistema de segurança que permite a proteção no armazenamento e na comunicação de dados confidenciais, além disso dispensam um terceiro de confiança para validar a operação, figura comumente presente nos serviços financeiros tradicionais.

As moedas virtuais, não são emitidas por bancos centrais e não estão apoiadas financeiramente em moedas nacionais, dessa forma, como a maioria das inovações disruptivas, encontram-se lacunas no ordenamento jurídico que impedem uma devida regulação, representando uma ameaça de enfraquecimento ao poder de cobrança coercitiva de tributos pelo Estado. Em um cenário onde existem mais brasileiros investindo em moedas virtuais, do que na própria Bolsa de Valores (Brasil Bolsa Balcão), justifica-se cada vez mais a necessidade de compreender e analisar essa novidade tecnológica.

Assim sendo, o presente artigo pretende analisar o recente fenômeno das moedas virtuais sob a ótica do Direito Tributário e do Sistema Tributário Nacional abordando, principalmente, a possibilidade de tributação da atividade. Para alcançar esse objetivo, o artigo se estrutura da seguinte forma: o primeiro item do artigo apresenta uma síntese acerca da evolução da moeda na sociedade, afim de compreender esse fundamental elemento de conveniência social. O segundo item traz uma exposição acerca da diferenciação entre moedas virtuais, digitais e criptomoedas. No terceiro item, discute-se a polêmica natureza jurídica das criptomoedas no ordenamento brasileiro. O quinto item busca analisar as possibilidades de incidência de tributos em fatos comumente ocorrentes na utilização de criptomoedas. O último item por sua vez, sintetiza as principais conclusões da pesquisa realizada.

O marco teórico adotado é o neoconstitucionalismo, com objetivo de analisar a compatibilidade de uma possível tributação de moedas virtuais com a legislação brasileira. O neoconstitucionalismo é um sistema fundado na Carta Magna Brasileira de 1988, centro de todo

¹ Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito Público e Direito Privado pela mesma Universidade e Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), graduada pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Atualmente é Professora das Disciplinas de Direito Tributário e Direito Administrativo II da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)

² Advogado, pós-graduando em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)..

o ordenamento jurídico pátrio, onde o diploma constitucional passa a ter força normativa capaz de exigir a aplicação de todos os preceitos, princípios e garantias nele contidos.

Contemplando os objetivos da presente pesquisa, o método científico utilizado é bibliográfico, crítico e dialógico, partindo de uma revisão da doutrina, de textos legais e infralegais sobre o assunto. A conclusão atingida no presente artigo é pessoal e fundamentada no material investigatório compilado para realização do estudo.

1. Breve resgate histórico sobre a evolução da moeda na sociedade

Desde a organização humana em sociedade, diversos objetos cumpriram a função de moeda, de forma que configuraram um elemento de conveniência social muito antigo, intrinsecamente relacionado ao desenvolvimento e consolidação do capitalismo. Entretanto, mesmo existindo por mais de quatro mil anos, suas características de segurança e aceitação plena foram moldadas em um curto período, correspondente aos últimos duzentos anos (BAROSSI-FILHO, SZTAJN, 2005).

Nas civilizações mais antigas, os sujeitos que conseguissem excedentes de determinada coisa podiam trocá-la por algo que precisasse, essa prática foi denominada de escambo. Animais, grãos e manufaturados podiam ser objeto de permuta, intentando realizar troca de bens cujo valores são equivalentes (ASSUMPCÃO ALVES; DA SILVA, 2018). Posteriormente, durante o século XIX as principais moedas tinham o seu valor atrelado a metais preciosos, como por exemplo o ouro, fundando o padrão-ouro internacional: “[...] o que especifica o ‘padrão-ouro internacional’ não é o fato de que nele o ouro tenha sido utilizado pela primeira vez como padrão monetário, mas o fato de que, nele, o ouro tornou-se pela primeira vez dinheiro mundial” (GERMER, 1998, p.6).

As Teorias não marxistas compreendem que a função monetária exercida pelo ouro teve o seu fim a partir da I Guerra Mundial, embora Claus Germer (1998) aponte que o ouro continuou exercendo funções monetárias após o conflito, configurando o principal fundamento do sistema monetário advindo dos acordos de Bretton Woods, assim, o valor do dólar, principal moeda mundial passou a se basear no ouro, principal meio de reserva internacional, até 1971 quando o presidente norte-americano Richard Nixon adotou a disjunção do dólar ao ouro, de forma que não possuísse mais nenhum sustentáculo, configurando papel puro, atrelado apenas em sua credibilidade no cenário internacional, consolidando a denominada moeda fiduciária como padrão monetário.

A partir de então, a moeda fiduciária obteve o *status* de moeda de curso forçado, garantida por lei, emitida e controlada por uma autoridade governamental, fundamental para o bom funcionamento do sistema monetário. Desse modo, a moeda fiduciária é padrão, pois representa uma forma de valor (VIDIGAL, 1995) estabelecido por competência exclusiva do Estado sendo que “não cabe aos particulares accordarem utilizar padrão diverso daquele estipulado pelo ordenamento jurídico: os contratos celebrados no Brasil adotam, necessariamente, o padrão monetário brasileiro” (FOBE, 2016, p. 15).

Portanto, há no sistema monetário atual, uma hierarquização dos interesses públicos e dos interesses privados, de forma que se limita a livre iniciativa privada em prol da noção de ordem pública e segurança jurídica e econômica:

Ao longo dessa discussão acerca da evolução histórica dos modelos monetários, dois aspectos de natureza econômica se destacam, principalmente, no modelo atual de moeda fiduciária. Primeiramente em todos os modelos a necessidade de confiança no meio de troca dá espaço a assimetrias de informação que, ao serem reparadas, provocam novas assimetrias. Segundo, o modelo fiduciário de curso forçado dá espaço, além

de assimetrias de informação, a comportamentos oportunistas por parte da autoridade monetária, no sentido de que a gestão monetária não é feita no melhor interesse dos agentes econômicos e sim no melhor interesse do governo ou do Tesouro. Esse tipo de comportamento oportunista é denominado custo de agência. (BAROSSI-FILHO; SZTAJN, 2015)

Os contextos monetários e financeiros atuais possuem forte regulação e controle pelas autoridades nacionais, representadas na maioria das vezes por Bancos Centrais, que atuam como instituições únicas, detendo o monopólio monetário de determinado país, e acabam por estimular ideias de outras fontes de utilização das moedas, sem perder seu lastro e incidência no mercado (ANDRADE, 2017). Esse monopólio além de consolidar o interesse público no controle de instituições e transações financeiras tornou os governos capazes de usar a inflação para impor suas agendas econômicas e políticas (ALBUQUERQUE, CALLADO, 2015). Assim, o setor financeiro é caracterizado por uma presença e intervenção estatal notável:

O atual arranjo monetário do Ocidente baseia-se em dois grandes pilares: 1) monopólio da emissão de moeda com leis de curso legal forçado e 2) banco central, responsável por organizar e controlar o sistema bancário. Em grande parte dos países, a tarefa de emissão de moeda é delegada pelo estado ao próprio banco central. É, portanto, patente a interferência governamental no âmbito monetário. Tal arranjo é a antítese de livre mercado; considera-lo um exemplo de capitalismo exige uma boa dose de elasticidade intelectual (ULRICH ,2014, p. 36)

Através do aumento da velocidade nas trocas de informações proporcionado principalmente pelo desenvolvimento e popularização de tecnologias na área da informática, telecomunicações e internet, muitos elementos já consolidados pela sociedade passaram a sofrer modificações e serem superados (LOREDO, 2016). Um dos setores econômicos que mais se modifica devido aos reflexos dessas inovações é o setor financeiro, tamanho é o impacto das novas tecnologias ao setor, que este passou a possuir um termo próprio, qual seja, *FinTech* (junção dos termos financeiro e tecnologia em inglês). A própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no combate à erosão da base de cálculo tributária e à transferência indevida de lucros, reconhece a importância da interação entre o sistema tributário e a economia digital. Através do plano de ação 1, denominado *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, dispõe que a economia digital, sobretudo as moedas virtuais, pelo fato de estarem em constante evolução, devem ser incessantemente monitoradas com o intuito de mensurar seu impacto no sistema tributário (OECD, 2015).

Assim, as moedas virtuais (*virtual currency*), em especial as criptomoedas, se consolidam como alternativas ao dinheiro físico, não envolvendo em suas transações bancos centrais e governos e, com sua alta fluidez, velocidade e valorização, essa nova modalidade tem ganhado cada vez mais adeptos, despertando o interesse de grandes corporações à pequenas empresas, como também do governo, uma vez que o uso massificado das moedas virtuais nas relações intersubjetivas, pode ocasionar a possibilidade de uma reestruturação do sistema financeiro a nível global, representando uma ameaça de enfraquecimento ao poder de cobrança coercitiva de tributos pelos Estados.

2. Moedas virtuais, digitais e criptomoedas: uma diferenciação necessária

As moedas virtuais são um fenômeno recente na sociedade, a multiplicidade de definições e espécies ainda são objetos de estudo multidisciplinar que vêm sendo desenvolvidos. A ideia de utilizar o dinheiro na forma digital já é uma realidade, podendo ser verificada desde operações mais simples como o depósito em uma conta bancária por sistemas

de internet banking, até compras e transações que envolvam o fluxo internacional da moeda (ALMEIDA, 2017). O cuidado na nomenclatura que será neste tópico abordado é fundamental para que se respeite a especificidades das inúmeras moedas virtuais e também evite erros na eventualidade de futuras regulações.

Inicialmente, é necessário pontuar a existência de uma dificuldade terminológica entre as nomenclaturas moedas virtuais, digitais e criptomoedas, visto que, em diversas ocasiões esses termos são usados como sinônimos, sendo o termo moeda virtual o mais empregado por entidades oficiais, para tanto, parte-se do esclarecimento de Nicole Fobe:

Há uma certa confusão terminológica entre as três denominações (digitais, virtuais e criptomoedas) que pode vir a dificultar a apreensão das características específicas de cada uma. Em termos gerais, pode-se identificar uma evolução tecnológica a partir das moedas digitais originalmente concebidas até as criptomoedas, dentre as quais o Bitcoin é apenas um exemplo [...] tanto as moedas virtuais quanto as criptomoedas são exemplos de moeda digital, uma vez que ambas precisam do suporte da rede para garantir sua circulação. Suas transações não ocorrem, portanto, sem que os usuários estejam conectados à internet (FOBE, 2016, p.47).

De acordo com Nicole Fobe (2016), as moedas virtuais seriam um gênero da espécie moedas digitais, estando a maior diferença entre elas no que diz respeito a conversibilidade, segundo a autora as moedas digitais possuem uma conversibilidade implícita, mesmo que em última instância, já as moedas virtuais, independentemente de conversibilidade possuem valor e circulam em uma comunidade específica, desse modo, a conversão em moeda real não é o principal intuito daqueles usuários e detentores de moedas virtuais,” o objetivo de uma moeda virtual não é possibilitar compras no mundo “físico”, e sim garantir a existência de transações no mundo virtual” (FOBE, 2016, p. 50).

Portanto, é possível vislumbrar que as moedas virtuais são uma generalização, abarcando criptomoedas como o Bitcoin, Litecoin, Ethereum, Dash, Blackcoin entre tantas outras. Ao lado das criptomoedas, também figuram como moedas virtuais os sistemas de pontuação oferecido por lojas que são trocados por produtos do estabelecimento até mesmo valor acumulados em jogos de RPG (FOBE, 2016).

As moedas virtuais também se diferenciam do conceito já cotidiano de dinheiro eletrônico. Uma moeda virtual é como uma moeda real, mas não são emitidas por bancos centrais, além disso não estão apoiadas financeiramente em moedas nacionais, como o dinheiro eletrônico, que corresponde a uma quantia de depósito real da moeda nacional em determinada conta bancária. Portanto, a emissão é descentralizada e não é decidida pelos agentes políticos de determinado país, mas por aspectos técnicos, geralmente bem definidos. Por exemplo, o bitcoin, espécie mais conhecida de moeda virtual, utiliza um algoritmo criptográfico para gerar a moeda, que é elaborada pelos usuários da rede e não por um organismo governamental centralizado (ANDRADE, 2017).

Diversos órgãos ao redor do mundo vêm utilizando a nomenclatura moedas virtuais como sinônimo de criptomoedas, como o Banco Central do Brasil, o *Financial Crimes Enforcement Network* dos Estados Unidos e o Banco Central Europeu. Assim sendo, é necessário que se tenha em mente que as criptomoedas sempre serão moedas virtuais, isso em decorrência de sua total dependência da rede mundial de computadores (internet), entretanto nem todas moedas virtuais serão criptomoedas, como por exemplo os valores acumulados em jogos virtuais e os sistemas de pontuação oferecidos por empresas aéreas e lojas (FOBE, 2016).

À medida que a sociedade contemporânea se torna cada vez mais conectada à rede mundial de computadores e passa a investir cada vez mais em alta tecnologia tem-se uma valorização dos mecanismos de segurança de informações e dados de pessoas, empresas e até

mesmo de governos. Um elemento fundamental de qualquer sistema de segurança de informações é a criptografia, que permite proteção no armazenamento ou na comunicação de dados confidenciais (SAPER, 2013).

Nesse diapasão, foi desenvolvido o termo criptomoedas por Satoshi Nakamoto (2008), pseudônimo do fundador ou grupo de fundadores do *Bitcoin*, na publicação intitulada *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*³, sendo apresentado como uma solução referente as dificuldades de segurança de um sistema de pagamento online, visto que são moedas virtuais descentralizadas, ou seja, independentes de uma autoridade central, seja para sua transação, emissão ou controle, são virtuais no sentido de existirem apenas sob a ótica digital, não correspondendo a nenhum outro bem físico.

O *Bitcoin* foi a primeira e atualmente é a mais comercializada criptomoeda existente, entretanto existem centenas de outras espécies deste tipo que funcionam de modo semelhante, sendo denominadas de *altcoins*, como por exemplo a *Litecoin*, a *Ethereum*, a *Ripple*, a *ZCash*, a *Dash* e a *Monero*. Tendo em vista a escassa produção bibliográfica nesse âmbito e as inúmeras diferenças entre as espécies de criptomoedas, sobretudo referente a tecnologia empregada em cada uma delas, usaremos o *Bitcoin* como modelo afim de descrever seu funcionamento para uma melhor compreensão do tema.

Conforme Guilherme Follador (2017) o *Bitcoin* está fundado em uma tecnologia que possibilita a transação de recursos financeiros de parte a parte, sem a necessidade de um servidor central graças a arquitetura *peer-to-peer*, dessa forma dispensam um terceiro de confiança para validar a operação, figura comumente presente nos serviços financeiros tradicionais. A segurança das operações realizadas com o *Bitcoin* é garantida por um cadastro criptografado das transações de todos os usuários que aderirem a nova moeda, através do *Blockchain*, sofisticado sistema de registro de dados, descentralizado e protegido por ferramentas de validação das informações armazenadas por todos os usuários.

Para Glauco Zerbini Costal e Liziane Angelotti Meira (2017), a utilização do *Bitcoin* não se assemelha ao de uma moeda tradicional, visto que, na maioria das vezes, os usuários não se interessam em realizar pagamentos ou compras, mas sim em especulações financeiras envolvendo a moeda, devido sua rápida valorização:

Resumindo, o alvo do desejo são os movimentos extravagantes de valorização de seu câmbio, já extremamente valorizado, de forma não racional, perante as moedas tradicionais. Observa-se que a cada especulação ou notícia de uma possível regulação ou barreira que essa criptomoeda possa encontrar em algum país relevante, seu câmbio oscila de forma significativa, mostrando o seu alto caráter especulativo. (COSTAL, MEIRA, 2017, p. 488)

Portanto, vislumbra-se que o *Bitcoin* representou a primeira possibilidade técnica de realizar transações financeiras virtuais sem a necessidade de participação de um intermediário, evitando custos e configurando uma importante demonstração da autonomia privada e do avanço tecnológico.

3. Entre complexidades e incertezas: a possível natureza jurídica das criptomoedas no ordenamento pátrio.

As criptomoedas se apresentam como uma alternativa inovadora à utilização do dinheiro em transações financeiras tanto no âmbito virtual quanto no mundo físico. Desse modo, como estabelecer uma natureza jurídica de algo criado para romper e alterar a dinâmica financeira e econômica da sociedade moderna? Sob o aspecto tributário, estabelecer a natureza jurídica das

³ A íntegra do documento pode ser acessada em <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

criptomoedas é fundamental para a definição da possibilidade de sua tributação e delimitação de quais tributos incidirão nas muitas utilidades dessa moeda virtual.

As primeiras discussões sobre a natureza jurídica possuíam o escopo de reconhecer ou não o caráter monetário das criptomoedas. Atualmente, tem-se adotado uma postura mais pragmática, voltada para a regulamentação desses ativos virtuais (VAINZOFF; CUNHA FILHO, 2017).

O fato é que as múltiplas funcionalidades das criptomoedas resultam também em uma multiplicidade de classificações jurídicas. Desse modo, as criptomoedas podem ser consideradas uma moeda⁴, visto que em muitas situações elas podem cumprir as funções características de uma moeda: unidade de conta, reserva de valor e meio de pagamento. Entretanto, as criptomoedas podem apresentar dificuldades para conjugarem algumas dessas funções, em especial a de reserva de valor, devido sua grande volatilidade cambial. Assim, em algumas situações, seria inadequado classificar juridicamente uma criptomoeda como moeda.

Outra classificação que merece atenção seria a de valor mobiliário, especialmente no caso das *Incial Coin Offenrings* (ICO's)⁵, devido sua funcionalidade como título ou contrato de investimento coletivo que ocasione direito de participação, parceria ou remuneração sobre empreendimentos cujos vencimentos advêm do esforço de terceiros, em conformidade com a Medida Provisória nº. 10.198/2001 (VAINZOFF; CUNHA FILHO, 2017).

Ainda podem ser classificadas como bens incorpóreos, tendo em vista não possuírem existência material, são meras abstrações virtuais, sendo assim, se encaixam no conceito de bens incorpóreos, que conforme Carlos Roberto Gonçalves são “os que têm existência abstrata ou ideal, mas valor econômico, como direito autoral, crédito, a sucessão aberta, o fundo de comércio etc” (GONÇALVES, 2011, p. 278).

As controvérsias, incertezas e lacunas acerca da natureza jurídica das criptomoedas não é uma questão exclusivamente nacional, estando também presente no restante do mundo. Nos vinte e nove países que se manifestaram sobre a natureza jurídica do *bitcoin* (espécie mais notória de criptomoeda) é possível observar ao menos treze classificações distintas, conforme o gráfico abaixo demonstra (FOBE, 2016, p. 71):

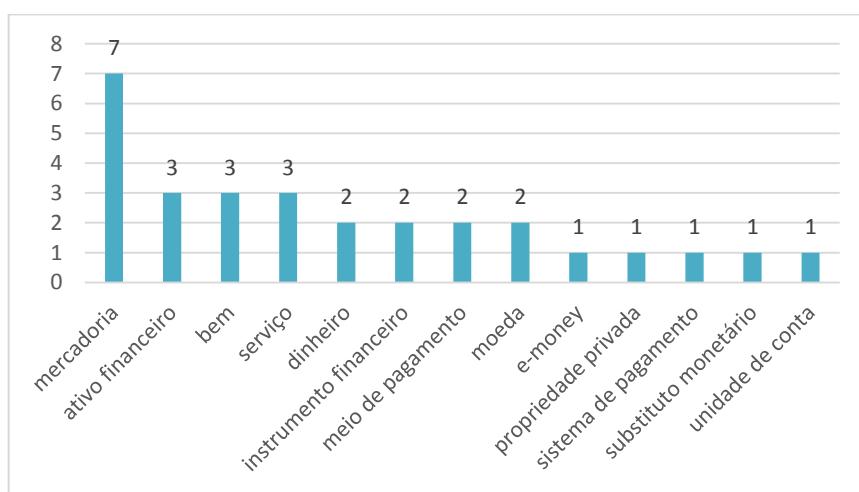


Gráfico 01. Classificações jurídicas atribuídas ao Bitcoin, por número de países.¹⁷⁰ Fonte: O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos.

⁴ Conforme a Teoria Monetária clássica da Economia as três principais funções da moeda são: intermediação das trocas; unidade de conta ou medida de valor e reserva de valor (VICECONTI; NEVES, 2010, p. 291)

⁵ *Initial Coin Offenrings* (ICO) é o evento de lançamento e abertura de uma nova criptomoeda, semelhante a oferta inicial de ações (IPO) praticada no mercado financeiro. Conforme a Comissão de Valores Mobiliários (2017) trata-se de uma captação pública de recursos junto ao público investidor que recebe em contrapartida ativos virtuais, exclusivamente digitais, conhecidos como tokens ou coins.

A perspectiva nacional acerca da natureza jurídica das criptomoedas iniciou-se com o posicionamento institucional do Banco Central do Brasil. Através do comunicado nº 23.306 de 2014, o BACEN esclareceu que as criptomoedas não estão fundadas em nenhuma autoridade central soberana, justamente essa característica impossibilita sua classificação jurídica como moeda (BRASIL, 2014). Já em 2017, através do comunicado nº 31.379 de 2017, a instituição alertou os riscos decorrentes de guarda e negociação das moedas virtuais, entretanto se absteve de definir uma classificação jurídica para essa inovação. O Banco Central do Brasil ainda afirmou que não regula e nem supervisiona operações realizadas com moedas virtuais (BRASIL, 2017).

Por sua vez, a Receita Federal do Brasil, atenta aos possíveis ganhos patrimoniais advindo de operações com criptomoedas, atribuiu a definição de análogas à “ativos financeiros” (BRASIL, 2017, p. 183). Contudo, tal posicionamento da Receita Federal do Brasil potencializou inseguranças jurídicas. Isso porque, como ativos financeiros, as criptomoedas estariam aptas a captar aplicações financeiras por parte de fundos de investimentos, regulados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Nesse contexto, mediante o Ofício Circular nº1/2018/CVM/SIN, a CVM vedou a aquisição direta de criptomoedas por fundos de investimentos e a impossibilidade de possuírem a natureza jurídica de ativos financeiros:

Como sabido, tanto no Brasil quanto em outras jurisdições ainda tem se discutido a natureza jurídica e econômica dessas modalidades de investimento, sem que se tenha, em especial no mercado e regulação domésticos, se chegado a uma conclusão sobre tal conceituação. Assim e baseado em dita indefinição, a interpretação desta área técnica é a de que as criptomoedas não podem ser qualificadas como ativos financeiros, para os efeitos do disposto no artigo 2º, V, da Instrução CVM nº 555/14, e por essa razão, sua aquisição direta pelos fundos de investimento ali regulados não é permitida (BRASIL, 2018, p. 1).

Ainda em 2018, a CVM, através do Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN, admitiu a possibilidade de investimentos indiretos em criptomoedas em fundos no exterior, desde que a jurisdição desse país tenha admitido e regulamentado essas moedas virtuais:

A Instrução CVM nº 555, em seu arts. 98 e seguintes, ao tratar do investimento no exterior, autoriza o investimento indireto em criptoativos por meio, por exemplo, da aquisição de cotas de fundos e derivativos, entre outros ativos negociados em terceiras jurisdições, desde que admitidos e regulamentados naqueles mercados. No entanto, no cumprimento dos deveres que lhe são impostos pela regulamentação, cabe aos administradores, gestores e auditores independentes observar determinadas diligências na aquisição desses ativos (BRASIL, 2018, p. 1).

Com o intuito de aperfeiçoar a cobrança coercitiva de tributos, a Receita Federal do Brasil emitiu a Instrução Normativa nº 1.888 de 3 de maio de 2019 que, além de estabelecer uma série de obrigações tributárias acessórias referentes a operações com criptomoedas, busca conceituar terminologias frequentemente utilizadas nesse contexto. Assim, ao dispor acerca das criptomoedas, denominadas no documento de criptoativos, a RFB determina que:

Art. 5º Para fins do disposto nesta Instrução Normativa, considera-se: I - criptoativo: a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletronicamente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de

investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal (BRASIL, 2019).

No âmbito legislativo, a primeira tentativa de atribuir natureza jurídica às criptomoedas foi através do Projeto de Lei nº 2.303 de 2015 de autoria do Deputado Federal Áureo Ribeiro (Solidariedade/RJ), o qual intentou incluir conjuntamente moedas virtuais e programas de milhagem aérea na categoria de “arranjos de pagamento”, sob a supervisão do Banco Central do Brasil (BRASIL, 2015). Outra iniciativa legislativa que merece destaque é o Projeto de Lei nº 2.060 de 2019, também de autoria do Deputado Federal Áureo Ribeiro, entretanto, a referida iniciativa apresenta um amadurecimento na concepção da natureza jurídica das criptomoedas. Nesse sentido, o projeto de lei estabelece que:

Art. 2º Para a finalidade desta lei e daquelas por ela modificadas, entende-se por criptoativos: I – Unidades de valor criptografadas mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, geradas por um sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis e que não sejam ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país; II – Unidades virtuais representativas de bens, serviços ou direitos, criptografados mediante a combinação de chaves públicas e privadas de assinatura por meio digital, registrados em sistema público ou privado e descentralizado de registro, digitalmente transferíveis, que não seja ou representem moeda de curso legal no Brasil ou em qualquer outro país; III – Tokens Virtuais que conferem ao seu titular acesso ao sistema de registro que originou o respectivo token de utilidade no âmbito de uma determinada plataforma, projeto ou serviço para a criação de novos registros em referido sistema e que não se enquadram no conceito de valor mobiliário disposto no art. 2º da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976; Parágrafo único. Considera-se intermediador de Criptoativos a pessoa jurídica prestadora de serviços de intermediação, negociação, pós negociação e custódia de Criptoativos (BRASIL, 2019).

A partir da análise das manifestações supracitadas, é possível observar um amadurecimento no entendimento da matéria no âmbito nacional, partindo da polêmica classificação de análogas à ativos financeiros para uma classificação própria, a de criptoativos, presente no Projeto de Lei nº 2.060 de 2019, na Instrução Normativa nº 1.888 de 3 de maio de 2019 e no Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN da CVM.

Ainda que a categorização jurídica possa ser ineficiente para regular, de uma só vez, todas as possíveis funcionalidades dos criptoativos, verifica-se que o uso da terminologia criptoativos consiste em um conceito aberto, que abarca as categorias de: Unidade de valor criptografada, Unidades virtuais representativas de bens serviços ou direitos e Tokens virtuais. Dessa forma “Percebe-se que estas categorias não são estáticas porquanto delimitam-se pelo elencamento de possíveis predicados do fenômeno a ser regulado, os criptoativos” (COSTA, 2019, p. 35), respeitando, de certo modo, a natureza mutável e inconstante das criptomoedas.

4. A tributação de criptomoedas no direito brasileiro: a incidência de impostos sobre relações jurídico-econômicas intermediadas por criptomoedas.

Conforme elucidado anteriormente, as criptomoedas funcionam como unidade de troca, permitindo que o usuário realize pagamentos e negociações sem a presença de um terceiro que valide a operação, figura comumente presente em instituições financeiras, seus usuários são anônimos e as moedas são armazenadas em endereços eletrônicos, de forma que não se sabe a localização territorial do recurso. Além disso, essas moedas virtuais independem de Bancos

Centrais para sua emissão e regulação, visto que são descentralizadas, não sofrendo qualquer interferência por parte do Poder Público. Toda a complexidade e inovação inerente desta nova tecnologia representa uma possibilidade concreta de uma reestruturação do sistema financeiro, ameaçando também o poder de cobrança coercitiva de tributos pelos Estados.

A análise dos fenômenos fáticos é imprescindível para o Direito Tributário, isso porque, a partir da existência no mundo real de um fato gerador previsto na legislação tributária será possível que ocorra sua tributação. De acordo com Amílcar Falcão: “Fato gerador é, pois, o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado” (FALCÃO, 1999, p. 2). O presente estudo apresenta como elementos fáticos capazes de se tornarem fatos geradores: o lucro obtido através das criptomoedas e as operações de circulação e a produção da mesma.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consolidou a Teoria Quinquipartite, existindo cinco espécies tributárias: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria elencados no artigo 145 da CRFB/88 e os empréstimos compulsórios e contribuições especiais dispostas respectivamente nos artigos 148 e 149 da carta constitucional de 1988 (PAULSEN, 2013). Para efeito da tributação das criptomoedas, seria inoportuno o estudo da incidência de taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios ou contribuições sociais, tendo em vista que o legislador brasileiro ainda não ponderou a importância econômica dessas moedas virtuais, para que se justifique tal incidência. Desse modo, este artigo destinará sua análise apenas para as hipóteses de incidência de impostos.

4.1. Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR)

A Receita Federal do Brasil (RFB) foi a primeira instituição a apresentar manifestação acerca do tema, posicionando-se favoravelmente a tributação dos lucros decorrentes de operações realizadas com criptomoedas, nos termos do artigo 153, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como se pode observar na Informação nº. 4 da Coordenação-Geral de Tributação, órgão da Receita Federal do Brasil:

Sobre a Bitcoin/Litecoin, criptomoedas que permitem transferência não identificada de valores, a Receita Federal informa que o assunto é objeto de estudo no âmbito da instituição. Segundo análises preliminares, a Receita Federal esclarece que, do ponto de vista legal, a Bitcoin não é moeda nos termos do marco regulatório atual. Entretanto, dadas as características identificadas até o momento e à luz da legislação vigente, a moeda alternativa pode ser equiparada a um ativo financeiro. Assim, do ponto de vista tributário, o salvo existente de Bitcoins em 31 de dezembro do ano-calendário deve ser informado na declaração de Imposto de Renda Pessoa Física como “outros bens”. Quando a alienação desses ativos for de valor superior a R\$35 mil reais, o eventual ganho de capital deve ser atribuído à alíquota de 15% e o recolhimento do Imposto de Renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação.

A Receita Federal ressalta ainda que, como é próprio da concepção das moedas virtuais Bitcoin/Litecoin, as cotações divulgadas não são oficiais, uma vez que não há um órgão responsável pelo controle de sua emissão. Por essa razão, não há como se estabelecer uma regra legal de conversão dos valores para fins tributários. Entretanto, essas operações deverão estar comprovadas com documentação hábil e idônea para fins de tributação por até cinco anos (BRASIL, 2017).

Na edição de 2017, a RFB incluiu em sua publicação anual “Perguntas e Respostas Imposto sobre a renda da Pessoa Física” duas orientações acerca da tributação de moedas

virtuais, de forma que, equiparam as criptomoedas a ativos financeiros, devendo ser declarados na ficha “Bens e Direitos”, acrescenta ainda que os valores obtidos através da alienação destas moedas estão sujeitos a tributação a título de ganho de capital. Ademais a Receita Federal dispõe que os ganhos obtidos com a alienação de criptomoedas superior a R\$ 35.000,00 em um mês, deverão ser tributados a título de ganho de capital, possuindo alíquota de 15%, devendo o imposto ser recolhido até o último dia útil do mês seguinte ao da transação:

447 – As moedas virtuais devem ser declaradas? Sim. As moedas virtuais (bitcoins, por exemplo), muito embora não sejam consideradas como moedas nos termos do marco regulatório atual, devem ser declaradas na Ficha Bens e Direitos como “outros bens”, uma vez que podem ser equiparadas a um ativo financeiro. Elas devem ser declaradas pelo valor de aquisição.

[...]

607 – Os ganhos com a alienação de moedas “virtuais” são tributados? Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto de renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação (BRASIL, 2017).

É inegável que as criptomoedas possuem conteúdo econômico, que podem resultar ganho de capital, a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica desses valores ocasionará a incidência do fato gerador do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, com fulcro nos artigos 153, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e 43 do Código Tributário Nacional. Portanto, as criptomoedas são aptas a incorporar acréscimo de patrimônio a quem a possui, visto que seu valor oscila constantemente, de forma que, em determinados momentos o valor de uma delas poderá ser superior ao valor de sua aquisição (MORAIS; NETO, 2014). Ressalta-se que o fato de não haver previsão legislativa que regulamente operações realizadas com criptomoedas, não configura óbice a tributação da mesma, isso porque o Código Tributário Nacional, em seu artigo 118, consagra o princípio do *non olet* disciplinando que é irrelevante a licitude do objeto ou a regularidade jurídica dos atos para fim de incidência de determinado tributo.

Em maio de 2019 foi emitida pela Receita Federal Brasileira a Instrução Normativa nº 1.888, com o intuito de estabelecer uma série de obrigações tributárias acessórias relativas às operações com criptomoedas, não apenas para as *exchanges* domiciliadas em território nacional. Para as pessoas físicas, há dois requisitos: realizar operações de forma direta com outros usuários através da rede *peer-to-peer* ou através de corretoras de criptoativos domiciliadas no exterior e realizar operações cujo valor mensal o valor ultrapasse, isolado ou conjuntamente a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O §2º do artigo 6º da referida instrução normativa, estabelece que a obrigatoriedade de prestar informações aplica-se as operações de compra e venda, permuta, doação, transferência e retirada de criptoativos das corretoras, cessão temporária, dação em pagamento, emissão e outras operações que impliquem transferência dessas moedas virtuais, devendo ser informado: (i) a data da operação; (ii) o tipo de operação; (iii) os titulares da operação; (iv) os criptoativos utilizados na operação; (v) a sua quantidade, em unidades até a décima casa decimal; (vi) o valor da operação, excluídas as taxas de serviço, quando houver; (vii) o valor das taxas de serviço em reais, quando houver e; (viii) o endereço de remessa e de recebimento. O relatório também deverá conter a identificação dos titulares das operações e incluir nome, nacionalidade, domicílio fiscal, endereço, número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) ou Número de Identificação Fiscal (NIF) no exterior (BRASIL, 2019).

Outro aspecto que merece destaque na Instrução são as penalidades. O sujeito que não

prestar as informações em conformidade às exigências impostas e dentro do prazo apontado deverá arcar com multas que dizem respeito ao descumprimento de prazo; ou materialidade do relatório. No primeiro, a multa varia, em razão do sujeito, de R\$ 100,00 por mês ou fração de mês, a R\$ 1.500,00. Já na inobservância às exigências do relatório, será cobrado a alíquota de 3%, sobre o valor da operação a que se refere a informação omitida, inexata, incorreta ou incompleta, não inferior a R\$ 100,00, em se tratando de pessoa jurídica; ou 1,5% sobre o valor da operação se for pessoa física (BRASIL, 2019).

4.2. Imposto sobre produto industrializado (IPI)

A produção de criptomoedas conforme tratado anteriormente aduz um complexo processo de operações matemáticas geradas por uma rede de computadores através do processo denominado mineração. A produção de criptomoedas pode configurar um lucrativo mercado, como tem-se observado nos recentes anos, levando empreendedores de diversos países a constituírem empresas especializadas na produção de criptomoedas através de “supercomputadores” (MORAIS; BRANDÃO NETO, 2014). Por efeito do surgimento e expansão destas empresas e sob a ótica do Sistema Tributário Nacional, surge o questionamento acerca da possível incidência do imposto sobre produtos industrializados (IPI) na produção de criptomoedas.

O IPI possui fundamentação no artigo 153, inciso IV da Constituição Federal de 1988, sendo um tributo de competência da esfera federal. De acordo com Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo (2012) uma análise conjunta do artigo supracitado em combinação com o seu § 3º e incisos, constata-se que a base econômica tributável do IPI abrange as operações com produtos industrializados, sendo um imposto que deve gravar a produção, alcançando a operação que possui como objeto qualquer produto advindo de processo de industrialização:

Assim, o IPI incide nas operações de que participa o industrial que industrializou o produto, mas não na venda por comerciante ao consumidor. Não basta, portanto, que o produto objeto do negócio jurídico tenha sido industrializado em algum momento, mas que se tribute a própria produção quando ela acontece. Na venda de produto por comerciante, temos apenas o comércio, a circulação de mercadoria. A fase de produção, de industrialização, é anterior. (PAULSEN; MELO. 2012. p. 92)

Ademais, para a incidência do IPI, além da necessidade de o produto decorrer de um processo de industrialização, é preciso que este bem esteja elencado no rol da tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados (TIPI) em observância ao princípio da reserva legal tributária ou legalidade tributária(artigo 150, inciso I, CRFB/88)⁶.

Carlos Yuri Araújo de Moraes e João Batista Brandão Neto (2014), partindo de uma possível inclusão das criptomoedas nos produtos constantes na tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados, afirmam que mesmo que houvesse tal inclusão, a incidência seria inconstitucional na medida em que a produção de criptomoedas não advém de um processo industrializado, ou seja, de um conjunto de procedimentos mecânicos e/ou químicos, que transformam matéria prima em produto, ou produtos em outros. A criação de criptomoedas ocorre através de um processo virtual com operações matemáticas criptografadas realizadas por

⁶ Conforme o princípio da reserva legal tributária o poder de cobrança coercitiva de tributos pelo Estado não pode ser discricionário, devendo obediência aos direitos fundamentais do Contribuinte. Para Ricardo Lobo Torres (2004) o princípio da legalidade encontra-se expresso em dois dispositivos constitucionais: o art. 5º, II, da CR/88, que dispõe: “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; e (2) art. 150, I, CR/88 que dispõe acerca das limitações ao poder de tributar, que evidencia a vedação aos entes públicos de exigir ou aumentar tributo sem que a lei o estabeleça previamente.

computadores, em síntese:

A emissão de uma criptomoeda é feita quando da criação do seu código principal – o código que dá origem ao sistema daquela criptomoeda específica. A sua monetização, ou seja, o ato de colocá-la em circulação, é conduzida de forma totalmente virtual e é denominada “mineração” – como se houvesse “veios” de metal precioso escondidos em alguma caverna virtual e cada um dos usuários fosse, por meio de senhas, códigos ou tentativas “resgatando”, “minerando” cada uma de suas unidades. Criptomoedas são, assim, códigos criptográficos a serem identificados em um sistema maior e mais amplo (FOBE, 2016, p. 53-54).

Portanto, pode-se concluir que não incide IPI sobre as operações na qual um indivíduo adquiri criptomoedas perante aquele que a produz, devido ao fato de não estar listada na TIPI, e sua produção não decorrer de um processo de industrialização. Portanto a incidência seria uma afronta o Princípio da reserva legal tributária. Todavia, na compra dos computadores para o processo de mineração irão incidir outras espécies tributárias tais como IPI e ICMS.

4.3. imposto sobre operações financeiras (IOF)

Conforme visto anteriormente, as criptomoedas podem ser utilizadas em operações de transações, seja no recebimento ou no pagamento realizado com utilização dessas moedas virtuais. Diante dessa realidade, o imposto que primeiro se apresenta cabível a situação é o imposto sobre operações financeiras (IOF), tal imposto possui previsão constitucional e incide em operações de crédito, câmbio, seguro e relativas a títulos de valores mobiliários, conforme disposição do artigo 153, inciso V da carta constitucional pátria.

O próprio papel que vem sendo desempenhado pelas criptomoedas permitem desde logo excluir sua utilização nas operações de crédito e de seguro, sendo objeto de estudo apenas as hipóteses relativas às operações de câmbio e títulos de valores mobiliários.

Conforme o artigo 63, inciso II do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), o IOF câmbio tem fato gerador na sua efetivação pela entrega de moeda nacional ou estrangeira, ou de documento que a represente, além de sua colocação à disposição do interessado em montante equivalente à moeda estrangeira ou nacional entregue ou posta à disposição por este. De acordo com o Regulamento da Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações de Câmbio da BM&F – Bovespa, atual Brasil Bolsa Balcão - B3 dispõe em seu artigo 1º, item 40, Operações de Câmbio como: “Operações de compra e venda de Moedas Estrangeiras, passíveis de Registro, Compensação e Liquidação pelos Sistemas da Câmara” (BMF & BOVESPA, 2014, p. 5).

Até o presente momento, o Brasil e nenhum outro país instituíram criptomoedas como moedas nacionais, apesar de alguns países como a Irlanda e os Estados Unidos da América considerarem as criptomoedas como moedas, embora não oficiais (FOBE, 2016), ademais, o próprio Banco Central brasileiro reconheceu no Comunicado 25.306 que as moedas virtuais, aqui incluindo as criptomoedas, não se assemelham a moedas emitidas por governos soberanos, descartando a possibilidade de considerá-la moeda estrangeira (MORAIS;BRANDÃO NETO, 2014). Dessa forma não há como incidir o IOF câmbio sobre as operações que comercializam criptomoedas.

Já o fato gerador do IOF relativo a títulos de valores mobiliários reside em sua emissão, transmissão, pagamento ou resgate, na forma da lei aplicável, conforme disposição do artigo 63, inciso IV do CTN (BRASIL, 1966). A legislação brasileira que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários, possui um rol taxativo acerca do que é considerado títulos de valores mobiliários, dispostos no artigo 2º, incisos I a VIII da Lei nº. 6.385 (BRASIL,1976) não

abarcando, até o momento, nenhuma moeda virtual. Ademais a Bolsa de valores brasileira (B3) não possui qualquer entendimento que classifique criptomoedas como valores mobiliários. Caso haja uma abertura do mercado de capitais no país, passando a considerar que o valor em criptomoedas pode estar representado em algum título mobiliário, como ocorre com as commodities, não haveria entraves para a incidência do IOF títulos e valores mobiliários.

4.4. Imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN)

O artigo 156, inciso III da CFRB de 1988, traz a competência dos municípios brasileiros a instituição de impostos sobre serviços de qualquer natureza, não elencados no artigo 155, inciso II do mesmo diploma. Trata-se do ISSQN, autores como Bruno Morassuti e Alexander Cardoso (2017) chamam a atenção para a incidência deste imposto nos pagamentos realizados com moedas virtuais de quaisquer serviços, onde não haveria óbice qualquer, bastando que a receita federal efetivasse a cobrança, possuindo como base de cálculo o valor em moeda nacional equivalente a quantidade de criptomoedas recebidas a título de pagamento.

As corretoras de criptomoedas, conhecidas como *exchanges*, são empresas que atuam na intermediação de compra e venda de moedas virtuais e troca por moeda nacional (FOLLADOR, 2017). Essa atividade possui compatibilidade com o item 10 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116 (BRASIL, 2003) que dispõe acerca da incidência do ISSQN sobre “[...] serviços de intermediação e congêneres” especificamente no que se refere ao item 10.5: “[...] agenciamento, corretagem ou intermediação de bens móveis ou imóveis, não abrangidos em outros itens ou subitens, inclusive aqueles realizados no âmbito de Bolsas de Mercadorias e Futuros, por quaisquer meios”. Portanto, a própria legislação atinente a este imposto, tendo em vista a sua abrangência, não descarta a incidência do ISSQN nas atividades realizadas pelas *exchanges*.

Ademais, a própria atividade de mineração poderia se encaixar nas atividades descritas no item 1 “[...] serviços de informática e congêneres” especialmente nos itens 1.3 e 1.7 da mesma lista, quais sejam: “[...] processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres” e “suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados”:

Realmente, sem se aprofundar na questão, parece que a atividade de mineração, a qual consiste no *download* e subsequente manutenção da base de dados do *blockchain* mediante computação do protocolo de prova de trabalho, parece se encaixar no conceito do item 1.07. Além disso, e ainda numa análise perfuntória, o item 1.03, ao se referir ao processamento e armazenamento de dados, também se aproxima conceitualmente do funcionamento do *blockchain*. De toda maneira [...] essa situação muito provavelmente acarretará a necessidade de maior definição estatal sobre o assunto, seja por via judicial ou legislativa (MORASSUTTI; CARDOSO, 2017).

4.5. Imposto sobre circulação de mercadoria e serviços (ICMS)

O art. 155, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988) atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal a instituição de imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior, denominado ICMS.

Para Aliomar Baleeiro o ICMS incide “sobre qualquer operação realizada com a mercadoria, isto é, qualquer negócio jurídico, ato jurídico relevante ou operação econômica,

que ocasione a saída” (BALEIRO, 2008, p. 385). Quanto ao termo mercadoria, que é o núcleo central dessa espécie tributária, Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo entendem que:

É o bem corpóreo da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, como é o caso do ativo permanente (PAULSEN; MELO, 2013, p. 237-238).

Sendo as mercadorias bens corpóreos, é possível concluir *a priori* que as criptomoedas não se encaixam nas hipóteses de incidência do tributado estudado, o que tornaria inconstitucional a incidência de ICMS nas operações em que ocorra a transferências delas a um terceiro. No entanto, tal definição de mercadoria demonstra-se ultrapassada, já que, com o avanço da tecnologia nas últimas décadas, o mercado de produtos virtuais que são disponibilizados em meio eletrônico cresceu exponencialmente. Atualmente são disponibilizados virtualmente filmes, músicas, livros, aplicativos com as mais diversas funções e que, embora não se coadunam com o antigo conceito de bens incorpóreos, podem ser tributadas (MORAIS; NETO, 2014).

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1945242, reconheceu preliminarmente que para a incidência do ICMS é irrelevante a distinção entre bens corpóreos e incorpóreos, de forma a reconhecer que “os impostos devem ser dotados de flexibilidade para que possam captar as mudanças que ocorrem no mundo sócio-econômico sem que haja necessidade de alterar a sua estrutura” (MIGUEL, 2019, p. 187).

Entretanto, mesmo superada a questão acerca da flexibilização do conceito, outros pontos peculiares acerca das criptomoedas devem ser ressaltados.

O artigo 4º da Lei Complementar nº 87/96 estabelece que, para fins de incidência do ICMS, o contribuinte é “é qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria” (BRASIL, 1996). Portanto, a habitualidade e o intuito comercial são elementos indispensáveis ao conceito de mercadoria. Assim, vislumbra-se que as criptomoedas não são mercadorias, ainda que sejam bens incorpóreos, está ausente o caráter mercantil, considerando que, em sua essência, são utilizadas como meio de pagamento para aquisição de bens e serviços ou como investimentos, faltando-lhes a destinação ao consumo (GOMES, 2019).

Todavia, conforme leciona Daniel de Paiva Gomes (2019) o texto constitucional admite a incidência do ICMS sobre bens não destinados ao comércio, ou seja, que não são mercadorias. Isso ocorre por via da Emenda Constitucional nº 33/2001, que dispõe que o ICMS também incidirá “sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço” (artigo 155, §2º, inciso IX, alínea “a” da CF/88). Desse modo:

[...] se foi necessária a edição da EC nº 33/2001 para incluir, dentro do aspecto material do ICMS, a importação de bens e mercadorias realizada por não-contribuinte do imposto, independente de sua finalidade, havemos de concluir que, para operações internas, inexistindo disposição semelhante, ainda é indispensável o respeito ao intuito comercial (finalidade ou caráter mercantil) da operação (GOMES, 2019, p. 86).

Assim, para Daniel de Paiva Gomes (2019), é possível concluir que bens intangíveis e inconsúmíveis, como as criptomoedas, utilizados como meio de pagamento ou investimento

não são mercadoria, haja vista a ausência do caráter mercantil e a destinação ao consumo daquele que o adquire, sendo meros bens, não tributáveis pelo ICMS. Portanto é inconstitucional a incidência do ICMS sobre a comercialização de criptomoedas realizadas no Brasil, pois esse tributo pressupõe a ocorrência da transferência de titularidade de uma mercadoria e criptomoedas não podem ser incluídas no conceito de mercadoria.

Entretanto, conforme explicitado acima, a Emenda Constitucional nº 33/2001 ampliou a incidência do ICMS importação sobre bens incorpóreos, quaisquer que forem suas finalidades. Desse modo, seria possível a aplicabilidade do referido imposto nos casos de importação de criptomoedas. Contudo, tendo em vista que essas moedas virtuais operam através da tecnologia P2P, não seria possível identificar a efetiva entrada da criptomoeda em território brasileiro, isso porque “as criptomoedas estão, ao mesmo tempo, em todos os lugares e em lugar nenhum” (GOMES, 2019, p. 89).

Portanto, conclui-se que não incide ICMS sobre as criptomoedas, por não se enquadrarem no conceito de mercadorias e por serem bens não destinados ao consumo. Ressalta-se a possibilidade de incidência do ICMS-importação, graças a Emenda Constitucional nº 33/2001, entretanto, haveria enorme imbróglio para aferir a entrada das criptomoedas em território nacional, o que torna a aplicabilidade do referido imposto quase impossível.

5.6. Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD)

A Carta Constitucional de 1988, conforme disposição expressa no artigo 155, inciso I, atribui competência aos Estados e ao Distrito Federal para a instituição do imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (BRASIL, 1988).

O fato gerador do ITCMD é a transmissão feita através da sucessão, e a doação, ato praticado entre vivos, de quaisquer bens ou direitos, ressalta-se a utilização pelo legislador de vocábulos com significados amplos, de tal forma que o ITCMD abrange uma grande quantidade de relações jurídicas, de acordo com Marisa Lucas de Carvalho, Roberto de Paula e Rossiana Deniele Gomes Nicolodi:

Quanto ao vocábulo bens é de significação polissêmica, abrangendo coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis. Os bens jurídicos são os suscetíveis de apreciação pecuniária, ou seja, os de natureza patrimonial. São os bens econômicos. [...] O complemento verbal, além do vocábulo bens, é composto pela palavra direitos. Os direitos integram o patrimônio, sendo este o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis economicamente. E nessa qualidade, fazem parte da categoria de bens. Não se confundem, entretanto, com o próprio objeto, seja uma coisa material, seja uma prestação; é o próprio direito que se objetiva (CARVALHO; PAULA; NICOLODI. 2008, p. 197-198).

Tendo em vista a amplitude da expressão “quaisquer bens ou direitos” a incidência do ITCMD sobre a doação de criptomoedas, ou transmissão sucessória é pacífica entre os pesquisadores do tema, tendo em vista sua classificação como bens incorpóreos e a prática do fato gerador do ITCMD ao realizar qualquer uma das relações jurídicas citadas acima. De acordo com Carlos Yury Araújo de Moraes e João Batista Brandão Neto:

Sobre o ITCMD, não deve causar maiores dúvidas a sua tributação, pois, estabelecendo que as moedas digitais são bens, então, no momento de sua doação ou na transmissão do patrimônio do de cujus que elas façam parte, ocorrerá o fato gerador deste tributo. (BRANDÃO NETO; MORAIS, 2014 p.54).

Desse modo, levando em consideração que as criptomoedas possuem conteúdo econômico e integram o patrimônio do indivíduo que a possui, é perfeitamente cabível a aplicabilidade do ITCMD sobre as criptomoedas no caso de morte do proprietário e transferência dessas moedas virtuais para seus herdeiros e na hipótese de doação, todavia, deverá ser feita uma avaliação a valor de mercado acerca desses bens, a exemplo do procedimento que é realizado com ações cotadas em bolsas de valores.

Conclusão

O presente artigo foi desenvolvido com o intuito de analisar o recente fenômeno econômico e tecnológico das criptomoedas sob a perspectiva do direito tributário.

Desde os primórdios da vida em sociedade até os dias mais recentes, a humanidade transformou o ambiente em que vive e seus instrumentos para melhor lhe satisfazer, no âmbito monetário muitos foram os avanços até a consolidação da moeda utilizada atualmente. O desenvolvimento da internet e das novas tecnologias comprovam que essas transformações não cessaram, pelo contrário, estão cada vez mais presentes em nosso cotidiano e avançam de forma célere. Assim sendo, as criptomoedas representam um grande e recente marco destas transformações.

Verifica-se que as criptomoedas, objeto de estudo deste trabalho, encontra-se envolto em uma confusão terminológica juntamente com as moedas digitais e virtuais. Entretanto, é possível observar que as criptomoedas são espécies da categoria moedas virtuais, que por sua vez configuram gênero da espécie moedas digitais, ou seja, das moedas que necessitam da internet para sua circulação.

A partir da análise das múltiplas funcionalidades e amplo *modus operandi* das criptomoedas pode-se aferir a impossibilidade de imputar a essa tecnologia disruptiva uma natureza jurídica estática, daí nasce a necessidade de estabelecer um conceito aberto, capaz de, dentro de suas limitações, respeitar a natureza mutável e inconstante das criptomoedas.

Toda a discussão que envolve a natureza jurídica das criptomoedas reflete diretamente nas hipóteses de tributação das mesmas. Embora pacificada pela Receita Federal do Brasil a incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (IR), é possível verificar incertezas quanto a (in)constitucionalidade de outros impostos. Conclui-se que a tributação da produção de criptomoedas pelo imposto sobre produto industrializado (IPI) não é devida, pelo fato das mesmas não decorrerem de um processo de industrialização, e sim de um processo virtual. Ademais, seria necessário a inclusão das criptomoedas no rol da tabela de incidência do imposto sobre produtos industrializados, a TIPI, em observância ao princípio da reserva legal.

Quanto a incidência do imposto sobre operações financeiras (IOF) vislumbra-se *a priori* a possibilidade de incidência nas hipóteses relativas às operações de câmbio e títulos de valores mobiliários. Contudo, não há posicionamento do BACEN e da CVM, no sentido de atribuírem as criptomoedas a natureza jurídica de moeda e título de valor mobiliário respectivamente. Portanto, seria inconstitucional a incidência de tal tributo. No tocante ao imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) não há óbice para aplicação de tal tributo, haja vista a compatibilidade das relações jurídico-econômicas intermediadas por criptomoedas com atividade elencadas na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116 de 2003, cabendo ao fisco brasileiro operacionalizar e efetivar a cobrança do mesmo.

O fato das criptomoedas não poderem ser consideradas mercadorias afasta a incidência do imposto sobre circulação de mercadoria e serviço (ICMS), apesar do avanço na conceituação de mercadorias para abranger novos objetos decorrentes do avanço tecnológico da sociedade o caráter mercantil não está presente nas criptomoedas, que em sua essência são utilizadas como meio de pagamento para aquisição de bens e serviços ou como investimentos. Entretanto, em virtude da Emenda Constitucional nº 33 de 2001, tem-se a possibilidade de incidência do ICMS-

importação, pelo fato das criptomoedas configurarem bens incorpóreos, não importando sua finalidade. Quanto a incidência do imposto sobre doação e transmissão *causa mortis* (ITCMD), embora não conste na jurisprudência atual casos concretos, não há empecilhos para sua aplicação, sendo a temática pacífica nos estudos acerca da tributação de criptomoedas.

Muitos são os desafios regulatórios e fiscais frente as criptomoedas. Atualmente, o ordenamento jurídico pátrio constitucional e tributário não se encontram aptos para tributar todas as funcionalidades das criptomoedas. Contudo, há que se ressaltar que o poder público, sobretudo a Receita Federal do Brasil, não tem se furtado de enfrentar o tema, promovendo posicionamentos basilares para a compreensão da tributação de criptomoedas. Ademais, é imprescindível que os avanços fiscais, fundamentais para a consolidação das novas tecnologias, sejam acompanhados de diálogo com os diversos setores da sociedade, afim de se construir uma legislação tributária eficaz e juridicamente segura, proporcionando o desenvolvimento e a inovação.

Referências

- ALBUQUERQUE, Bruno Saboia de, CALLADO, Marcelo de Castro. Understanding Bitcoins: Facts and Questions. In: Revista Brasileira de Economia. v. 69, n. 1, Jan-Mar 2015. p. 3-16.
- ANDRADE, Mariana Dionísio de. Tratamento jurídico das criptomoedas: a dinâmica dos Bitcoins e o crime de lavagem de dinheiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília – DF. v. 7, n. 3, 2017. p. 43 -59.
- BALEIRO, Aliomar. Direito tributário brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BAROSSI-FILHO, Milton; SZTAJN, Rachel. Natureza jurídica da moeda e os desafios da moeda virtual. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, n. 1, p. 1669-1690, 2015.
- BRASIL. [Constituição(1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.
- _____. Projeto de Lei nº 2303 de 08 de julho de 2015. Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de “arranjos de pagamento” sob a supervisão do Banco Central. Brasília: Câmara dos Deputados, [2018]. Disponível em: https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracodteor=1358969&filename=PL+2303/2015. Acesso em: 10 jun. 2019.
- _____. Projeto de Lei nº 2060 de 04 de abril de 2019. Dispõe sobre o regime jurídico de Criptoativos. Brasília: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728497&filename=PL+2060/2019. Acesso em: 7 jun. 2019.
- _____. [Código Tributário Nacional(1966)]. Lei nº5.172, de 25 de outubro de 1966. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm. Acesso em: 18 mai. 2019.
- _____. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 1.888, DE 3 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://www.in.gov.br/web/dou/-/instru%C3%87%C3%83o-normativa-n%C2%BA-1.888-de-3-de-maio-de-2019-87070039>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Ministério da Economia. Comissão de Valores Mobiliários. Ofício Circular nº 1/2018/CVM/SIN de 12 de janeiro de 2018. Dispõe sobre Investimento, pelos fundos de investimento regulados pela Instrução CVM nº 555/14, em criptomoedas. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin0118.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Ministério da Economia. Comissão de Valores Mobiliários. Ofício Circular nº 11/2018/CVM/SIN de 19 de setembro de 2018. Dispõe sobre investimento indireto em criptoativos pelos fundos de investimento. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/oficios-circulares/sin/anexos/oc-sin1118.pdf> Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil. PERGUNTAS E RESPOSTAS: IMPOSTO SOBRE A RENDA DA PESSOA FÍSICA, 2019. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/interface/cidadao/irpf/2019/perguntas-e-respostasirpf-2019.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.

BM&FBOVESPA. Regulamento da Câmara de Registro, Compensação e Liquidação de Operações de Câmbio da BM&FBOVESPA. São Paulo, Março de 2014. Disponível em: . Acessado em: 01 de Novembro de 2014.

CVM - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Initial Coin Offerings (ICOs). FAQ da CVM a respeito do tema. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2017/20171116-1.html>. Publicado em 16 nov. 2017. Acesso em 17 mar. 2019.

GERMER, Claus Magno. O conceito de “padrão-ouro” e os equívocos da economia política. In: III Encontro Nacional de Economia Política, 1998, Niterói - RJ. Anais do III Encontro Nacional de Economia Política. Niterói - RJ: Sociedade Brasileira de Economia Política - SEP, v. 1, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Diogo de Castro. As criptomoedas e os desafios regulatórios e fiscais. Inovação e produção de direito/organizadores Edgar Fuentes Contreras, Klever Filpo, Monique Falcão Lima., p. 297-314, Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.

FOBE, Nicole Julie. O bitcoin como moeda paralela – uma visão econômica e a multiplicidade de desdobramentos jurídicos. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15986/2016.03.22_Disserta%C3%A7%C3%A3o_Nicole_Fobe_Vers%C3%A3o%20Protocolo.pdf?sequence=3. Acesso em: 31 mai. 2019

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. Bitcoin Project. [S.I],

2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MIGUEL, Luciano Garcia. O ICMS e os conceitos de mercadoria e serviço de comunicação. 1^a ed. São Paulo: Noeses, 2019, pp. 187.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo; BRANDÃO NETO, João Batista. Tributação das operações com criptomoedas. Arquivo Jurídico, Teresina, v. 1, n. 7, p. 41-60, jul./dez. 2014. Disponível em: . Acesso em: 07 jun. 2020.

OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-em>

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 8. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. A legalidade tributária e os seus subprincípios constitucionais. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 58, 2004, pp.193-219.

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: a moeda na era digital**. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2014.

VICECONTI, Paulo E. V. e Silvério das Neves. **Introdução à Economia**. 10 ed. São Paulo: Frase Editora, 2010.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. Direito Monetário. São Paulo: IBCB, 1995.

39. PLANO NACIONAL DE INTERNET DAS COISAS: repercussões do sistema tributário brasileiro no desenvolvimento de novas tecnologias¹

NATIONAL PLAN OF INTERNET OF THINGS: repercussions of the Brazilian Tax Law in the development of new technologies

Elizabeth Rosa de Mello²
Letícia Agostinho Mouro³

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo analisar as iniciativas de caráter regulatório-tributário propostas pelo Plano Nacional de Internet das Coisas, identificando de que modo contribuem para o desenvolvimento da tecnologia no país e quais são as suas falhas. Para tanto, utiliza-se do método dedutivo, partindo dos três pilares do Plano – competitividade, cadeia produtiva e sociedade conectada – para analisar as soluções propostas no processo de implementação de novas tecnologias. O marco teórico utilizado para análise é o neoconstitucionalismo, enaltecendo as garantias constitucionais frente ao desenvolvimento das novas tecnologias, em especial o direito fundamental a uma tributação justa. Verifica-se que a Internet das Coisas, sendo uma estrutura complexa, leva à dificuldade de enquadramento legal para fins de tributação, questão que não restou solucionada pelo Plano Nacional. Nesse sentido, para consolidar os três pilares que norteiam a implementação da nova tecnologia, propiciando o seu pleno desenvolvimento, é necessário aprofundar a discussão sobre as repercussões do sistema tributário brasileiro na consecução do Plano Nacional de Internet das Coisas.

Palavras chaves: Internet das Coisas; Direito Tributário; Plano Nacional de Internet das Coisas.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the regulatory-tax initiatives proposed by the Brazilian Plan of Internet of Things, identifying how they contribute to the development of technology in the country and what are its flaws. For that, it uses the deductive method, starting from the three pillars of the Plan - competitiveness, production chain and connected society - to analyze the solutions proposed in the process of implementing new technologies. The theoretical framework used for analysis is neoconstitutionalism, extolling constitutional guarantees in the face of the development of new technologies, in particular the fundamental right to fair taxation. It appears that the Internet of Things, being a complex structure, leads to the difficulty of legal framework for taxation purposes, an issue that has not yet been resolved by the National Plan. In this sense, in order to consolidate the three pillars that guide the implementation of the new

¹ Este inédito artigo é oriundo do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica Da Universidade Federal de Juiz de Fora: XXXI VIC/UFJF-2018/2019, no qual foi contemplado como voluntária Letícia Agostinho Mouro para pesquisar sobre o Projeto de Pesquisa “Tributação de Novas Tecnologias: a Internet das Coisas”, orientada pela Professora Elizabeth Rosa de Mello.

² Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito Público e Direito Privado pela mesma Universidade e Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), graduada pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Atualmente é Professora das Disciplinas de Direito Tributário, Tributos em espécie, Direito Processual Tributário e Direito Internacional Tributário da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

³ Advogada, pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF).

technology, enabling its full development, it is necessary to deepen the discussion on the repercussions of the Brazilian tax system in the achievement of the National Internet of Things Plan.

Keywords: *Internet of things; Tax Law; National Plan of Internet of Things.*

1. Introdução

O termo Internet das Coisas, traduzido do inglês *Internet of Things* foi utilizado pelo cientista americano Kevin Ashton, em 1999, para denominar o encontro de duas redes distintas: a rede de comunicação humana e o mundo real das coisas⁴. Na ocasião, Ashton apresentava a ideia de se etiquetar eletronicamente os produtos da empresa Procter & Gamble com identificadores de radio-frequência, de forma a garantir maior eficiência para a cadeia de produção industrial.

Após o episódio, acompanhou-se a crescente evolução tecnológica e a utilização cada vez mais frequente da expressão Internet das Coisas pelos especialistas, para fazer referência a um verdadeiro *ecossistema* tecnológico em que diversos objetos se conectam, coletando dados de modo automático e contínuo, através de sensores inteligentes e *softwares* que transmitem as informações para uma rede de conexão (informação verbal)⁵.

Ressalta-se que, por *ecossistema tecnológico*, quer-se referir a uma estrutura complexa, formada pela conjunção de elementos distintos e integrados, capazes de gerar soluções inteligentes, com aplicação nos setores públicos ou privados, nas mais diversas áreas, como educação, saúde, transporte, agropecuária, indústria, dentre outras.

Nesse cenário, de crescente importância da implementação de novas tecnologias, o Governo Federal expediu o Decreto nº 9.854, de 25 de junho de 2019, que institui o Plano Nacional de Internet das Coisas (IoT) e dispõe sobre a Câmara IoT, órgão colegiado que tem por finalidade supervisionar as iniciativas traçadas pelo Plano de Ação para implementação do sistema tecnológico no país.

Registre-se que a construção do Plano de Ação decorreu de extenso estudo iniciado em dezembro de 2016, por iniciativa do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e com o apoio de organismos da sociedade civil.

O presente artigo volta-se, portanto, à análise do projeto de implementação e incentivo à Internet das Coisas no Brasil, identificando os principais objetivos do Plano Nacional e os possíveis efeitos da implementação de uma estrutura tecnológica complexa no território brasileiro.

Verifica-se que o surgimento da IoT levou à criação de uma nova estrutura mercadológica, caracterizada pela conjunção de serviços de natureza diversas, o que desafia as classificações tradicionais de operações no mercado e os institutos jurídicos existentes para regulamentação. Faz-se mister, pois, verificar a existência de condições jurídicas e sociais adequadas à nova realidade, considerando três possíveis efeitos da implementação de novas tecnologias: (i) desproteção de dados e privacidade dos usuários; (ii) acirramento das desigualdades socioeconômicas do território nacional; (iii) por fim, a insegurança jurídica em relação à Tributação do complexo Sistema Tecnológico.

⁴ Entrevista realizada com Kevin Ashton pela Financiadora de Estudos e Pesquisas (FINEP), publicada na 18^a edição da revista Inovação da Pauta, em dez/2014. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/images/revista/revista18/index.html>>. Acessado em: 23/11/2018.

⁵ Informação fornecida por Karem Jureidini Dias no Congresso “Os Desafios da Tributação na Era Digital”, em novembro de 2017.

2. O plano nacional de internet das coisas

Estima-se que o impacto econômico global proveniente do desenvolvimento da Internet das Coisas ou *Internet of Things* corresponderá a mais de US\$ 11 trilhões em 2025 (KAREN; SCOTT; LYMAN apud MAGRANI, 2018, p. 24). Por essa razão, a IoT recebe altos investimentos dos setores públicos e privados, movidos pela possibilidade de criação de soluções a partir do uso de novas tecnologias nas áreas da saúde, educação, indústria, agropecuária, transportes, infraestrutura, meio ambiente, segurança, dentre outras. Nesse contexto, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) firmou acordo com o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), em dezembro de 2016, para realização do estudo “Internet das Coisas: um plano de ação para o Brasil”, que foi conduzido pelo consórcio McKinsey, Fundação CpqD e Pereira NetoMacedo.

O estudo teve por finalidade a realização de um diagnóstico geral do impacto da adoção da IoT no Brasil e, a partir disso, a propositura de um plano de ação estratégico para o país, visando à adoção de políticas públicas adequadas às demandas dessa nova tendência tecnológica. Para tanto, o projeto foi dividido em quatro fases: (i) diagnóstico e aspiração, na qual se buscou construir uma visão geral a respeito do impacto da Internet das Coisas no país, bem como definir quais são as aspirações iniciais para a sua adoção; (ii) seleção de verticais e horizontais, fase que se dedicou à escolha de quais ambientes e desafios devem ser priorizados na implementação do Plano de Ação; (iii) investigação de verticais, elaboração de visão e do plano de ação, momento voltado ao aprofundamento da investigação dos ambientes selecionados, definindo uma visão específica para cada vertical, bem como à elaboração do Plano de Ação, com a construção de um relatório final; (iv) suporte à implementação, que consiste no apoio para a execução do Plano de Ação, visando acelerar o desenvolvimento do IoT⁶.

Ao longo do processo, que contou com a participação de diversos setores da sociedade civil, a iniciativa contribuiu para identificar quais são as barreiras para o desenvolvimento de IoT no Brasil, ressaltando as dificuldades a serem enfrentadas no contexto de um país em desenvolvimento. O principal desafio, nesse sentido, reflete na última fase do Plano, de apoio a sua implementação. Com efeito, a correta execução e o alcance dos objetivos propostos depende de ações alinhadas entre governo, empresas e instituições da sociedade civil, de modo a superar os problemas econômicos e sociais que acometem o país e gerar soluções que impactam a sociedade como um todo.

Nessa linha, é necessário que os agentes responsáveis pela implementação do Plano Nacional de IoT reconheçam que o crescimento exponencial das novas tecnologias implicará na transformação efetiva das relações sociais, consumeristas e empresariais, o que exigirá, como contrapartida, alterações legislativas de caráter regulatório que sejam capazes de atender de forma satisfatória a nova realidade tecnológica. Magrani (2018, p. 20-21) alerta sobre *hiperconectividade* entre objetos, característica fundamental da IoT, a qual ameaça a segurança e a privacidade dos usuários da rede, que terão seus dados coletados pelos inúmeros dispositivos acessados, gerando um banco de informações relevantes sobre indivíduos e empresas. Trata-se, em suma, de um desafio regulatório dos entes governamentais, que devem garantir segurança e privacidade de dados com a velocidade e efetividade necessárias ao desenvolvimento dos dispositivos de IoT.

Outro aspecto a ser ressaltado diz respeito à formação de um ambiente propício ao desenvolvimento de uma rede interconectada de objetos e sensores inteligentes, de forma a

⁶ Ao longo das quatro fases do projeto foram produzidos 14 relatórios pelo Consórcio, que se encontram disponíveis em <<https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/estudo-internet-das-coisas-iot/estudo-internet-das-coisas-um-plano-de-acao-para-o-brasil>>.

gerar impacto à população do país como um todo. Nesse sentido, Magrani (2018, p.189) destaca a necessária democratização do acesso à internet banda larga, ainda restrita à 50% da população brasileira. De fato, a universalização do acesso à rede mostra-se essencial para evitar o acirramento das desigualdades sociais e econômicas, gerando inclusão social simultaneamente ao crescimento das novas tecnologias.

Em síntese, o reconhecimento dos desafios à implementação do Plano Nacional de Internet das Coisas consiste em passo fundamental para estabelecer as aspirações que deverão nortear sua execução, criando estratégias adequadas aos objetivos e metas traçados.

2.1. Primeira fase: aspiração geral para o Brasil

Na primeira fase do estudo, foi definida a aspiração do Brasil para a Internet das Coisas, com a função precípua de nortear toda a construção do Plano de Ação. Nessa etapa, houve ampla participação de diversos setores da sociedade, com o engajamento de empresas, especialistas, além da participação popular através da plataforma digital do Ministério da Ciência, Tecnologia, Informação e Comunicação, que possibilitou o envio de contribuições e sugestões. Segundo o relatório parcial 3A “Aspiração do Brasil em Internet das Coisas” (BNDES, 2017, p. 19), foram mais de 3.500 contribuições ao todo, sendo 2.000 na consulta pública; aproximadamente 700 no Laboratórios do Futuro; cerca de 800 contribuições no Bytes de IoT e mais de 160 conselheiros, especialistas e integrantes dos comitês do estudo envolvidos.

No final deste processo, consolidou-se a seguinte aspiração de IoT para o Brasil: “acelerar a implantação da Internet das Coisas como instrumento de desenvolvimento sustentável da sociedade brasileira, capaz de aumentar a competitividade da economia, fortalecer as cadeias produtivas nacionais, e promover a melhoria da qualidade de vida” (BNDES, 2017, p. 4-20). Essa construção coletiva revela que a missão do Plano Nacional engloba o crescimento da tecnologia de IoT de forma sustentável, aliando crescimento econômico com desenvolvimento social.

Definida a aspiração, foi possível identificar, de forma estratégica, os três pilares do Plano de IoT, abaixo transcritos:

Competitividade: Promover o crescimento e desenvolvimento econômico por meio da melhoria da produtividade, da criação de modelos de negócio inovadores, e do desenvolvimento de produtos e serviços de maior valor agregado a partir da IoT.

Sociedade Conectada: Promover a apropriação e extração dos benefícios da IoT por parte da sociedade, com vistas a gestão dos recursos da cidade, prestação de serviços inteligentes, e capacitação das pessoas para o trabalho baseado no uso das novas tecnologias do século XXI.

Cadeia Produtiva de IoT: Aproveitar a oportunidade de IoT para reforçar a cadeia produtiva, fortalecendo PMEs, gerando inovação e aumentando o potencial de exportação de tecnologia em IoT, estimulando a inserção do país no cenário internacional (BNDES, 2017, p. 19-20).

A aspiração do Plano Nacional bem como os pilares estratégicos evidenciam o potencial impacto das novas tecnologias nas relações de consumo, nas empresas, nos serviços prestados pelo Poder Público e na posição do Brasil no mercado internacional. Entretanto, essa fase do Plano não buscou representar os objetivos e metas a serem perseguidos, que serão apenas tratados na terceira fase do estudo, voltada à estruturação do plano de ação do Brasil em Internet das Coisas.

A aspiração e seus pilares são fundamentais à implementação do Plano, pois servem de norte ao processo de priorização das verticais, estabelecendo onde o Brasil pretende chegar, os

impactos que a IoT pode gerar, bem como os principais desafios a serem enfrentados.

2.2. Segunda fase: seleção de verticais e horizontais

A partir da aspiração geral, de longo prazo, o estudo passou a definir para quais áreas as iniciativas de implementação de IoT seriam direcionadas, agrupando os diversos setores econômicos em “ambientes”, identificados pelo Plano de Ação como “verticais”. Essa divisão por “ambientes” mostra-se relevante na medida em que se harmoniza ao conceito de *interoperabilidade*, próprio da Internet das Coisas, e destaca o fato de que, em um mesmo ambiente, pode haver setores distintos que se comunicam e maximizam os impactos da tecnologia para seus usuários.

Sob essa perspectiva, o McKinsey Global Institute realizou uma pesquisa no intuito de traçar os ambientes que apresentam maior potencial de desenvolvimento com a utilização da Internet das Coisas e, ao final, priorizou-se o direcionamento das iniciativas para quatro verticais: cidades, saúde, rural e indústria (que inclui tanto manufatura quanto indústria de base), cuja descrição encontra-se no Relatório 3B: “Ambientes para IoT”.

No entanto, para que o Brasil possa usufruir dos benefícios e ser realmente impactado pela nova tendência tecnológica, é preciso superar alguns obstáculos que limitam o potencial de desenvolvimento nos ambientes destacados. Esses obstáculos foram agrupados por quatro grandes temas, chamados pelo Plano de Ação de “horizontais”, que se relacionam ao capital humano, à inovação e inserção internacional, a aspectos regulatórios, de segurança e privacidade; e, por fim, à infraestrutura de conectividade e interoperabilidade. Consistem, em suma, nos aspectos mais sensíveis e relevantes para a implementação da Internet das Coisas.⁷

2.3. Terceira fase: aprofundamento da investigação e elaboração do plano de ação

Realizada a seleção de “verticais” e “horizontais”, o Plano de Ação estruturou-se, hierarquicamente, da seguinte forma: visão geral, objetivos estratégicos, objetivos específicos e iniciativas. Foram definidas as visões particulares de cada um dos quatro ambientes priorizados, adotando-se como ponto de partida a visão geral construída na primeira fase do estudo. Além disso, cada ambiente tem seus objetivos estratégicos, que identificam os principais desafios que a Internet das Coisas deve solucionar para gerar valor para a sociedade, contribuindo para o alcance da sua visão. Os objetivos específicos, por sua vez, apontam o que deve ser feito e possuem íntima ligação com as quatro “horizontais” definidas, sendo fundamentais na medida em que explicitam o conjunto de iniciativas que devem ser adotadas para concretizar o Plano de Ação.

2.3.1. Aprofundamento de verticais

No ambiente das Cidades, conforme o “Produto 7A: Aprofundamento de Verticais – Cidades” (BNDES, 2017, p. 9 e 10), o que se pretende alcançar, em suma, é maior qualidade de vida para os habitantes, criando soluções inteligentes para melhoria da gestão dos recursos públicos e da eficiência energética, dos transportes urbanos e das medidas de segurança coletiva. Tal aspiração encontra uma série de desafios no solo brasileiro, considerando a situação fiscal precária de muitos municípios, bem como as disparidades socioeconômicas, culturais e regionais, com efeito direto na estrutura da Administração Pública e, consequentemente, nos resultados governamentais.

Já na área da Saúde, analisada por meio do “Produto 7B: Aprofundamento de Verticais

⁷ Que se encontram no Relatório 3F: “Análise de Horizontais”.

– Saúde” (BNDES, 2017, p. 37 e 38), a implementação do Plano poderá ampliar o acesso da população brasileira à saúde de qualidade, por meio da maior eficiência de suas unidades. São objetivos estratégicos, nesse sentido, promover o monitoramento contínuo dos pacientes com doenças crônicas e, por meio da tecnologia, conseguir controlar o surgimento de epidemias e de doenças infectocontagiosas, além de melhorar a gestão dos recursos públicos destinados à área. O desafio consiste em integrar os diversos agentes que compõem o Sistema Único de Saúde brasileiro, um dos maiores sistemas públicos do mundo, estruturando-o em torno de uma visão unificada de fato, superando, inclusive, as disparidades regionais. Além disso, é primordial prezar pela sustentabilidade financeira do sistema para que possa haver a adequada absorção das tecnologias de IoT com os recursos existentes.

No ambiente Rural, tratado no relatório “Produto 7C: Aprofundamento de Verticais – Rural”, a aspiração do Plano ganha relevância pelo intuito de posicionar o Brasil como o maior exportador de soluções de IoT para agropecuária tropical, além de aumentar a produtividade dos produtos agropecuários no comércio mundial (BNDES, 2017, p. 5 a 8). Trata-se de visão que busca o uso eficiente de recursos naturais e insumos, compatibilizando-se com as demandas atuais de sustentabilidade socioambiental. O Brasil possui amplo destaque no setor agropecuário, sendo o maior exportador mundial de alimentos e possuindo uma das principais fronteiras de crescimento da produção agrícola para os próximos anos, mas, por outro lado, apresenta dificuldades relacionadas ao elevado preço do transporte, baixa produtividade e ausência de mão de obra profissionalizada no campo, o que interfere na adoção de novas tecnologias.

Com relação à Indústria, seja de base ou manufatureira, identifica-se, a partir do relatório “Produto 7D: Aprofundamento de Verticais – Indústria”, o incentivo à produção de itens mais complexos, bem como à adoção de modelos de negócios inovadores e de maior cooperação, a fim de aumentar a produtividade da indústria nacional. A implementação de IoT, nesse contexto, contribui para a gestão das operações, internamente, e também possibilita maior integração com fornecedores e outros componentes das cadeias de produção. Os setores em destaque no Plano de Ação são o automotivo, o têxtil, petróleo e gás e mineração, os quais já iniciaram a implantação da Internet das Coisas, em maior ou menor escala. No entanto, o estudo realizado aponta que, para se destacar no cenário internacional, as indústrias devem implementar cada vez mais as novas tecnologias em seus modelos de negócios, de forma a assegurar maior produtividade, desempenho e condições de competitividade (BNDES, 2017, p. 6 a 9).

2.3.2. Aprofundamento de horizontais

Após a definição e aprofundamento das chamadas “verticais”, o Plano de Ação definiu as “horizontais”, que correspondem aos obstáculos mais relevantes a serem enfrentados para o desenvolvimento de IoT no Brasil e que são comuns a todos os ambientes supramencionados⁸.

Com relação à horizontal de inovação e inserção internacional, o Plano de Ação identifica a necessidade de ampliação dos instrumentos de financiamento e fomento para as novas tecnologias, bem como de estímulo à experimentação, cooperação e disseminação de modelos de negócios bem-sucedidos pelas empresas, de modo a incorporar elementos inovadores. Da mesma forma, é necessário seguir padrões globais de IoT, garantindo a interoperabilidade em escala internacional e a inserção do Brasil no mercado externo (BNDES, 2017, p.55). Tal inserção implica, também, na revisão de aspectos regulatórios, principalmente quanto ao campo tributário, uma vez que inexiste um sistema de tributação internacional

⁸ Esses desafios podem ser encontrados no Relatório 9A: “Relatório Final de Estudo” e se relacionam a quatro fatores: (i) inovação e inserção internacional; (ii) capital humano; (iii) infraestrutura de conectividade e interoperabilidade; e (iv) regulação, segurança e privacidade.

eficiente e consolidado.

Partindo para a análise da horizontal capital humano, é importante ressaltar o crescimento da demanda por força de trabalho qualificada em Internet das coisas. A implementação das novas tecnologias depende de incentivos à formação de pesquisadores e especialistas, despertando interesse nos estudantes brasileiros para que possam preencher os cargos de trabalho disponíveis. Deve-se, ainda, qualificar os gestores públicos, uma vez que a implementação do plano implica em ações conjuntas de iniciativas privadas e do Poder Público (BNDES, 2017, p.55).

Pressuposto básico para o desenvolvimento de IoT, a infraestrutura de conectividade e interoperabilidade exige a ampliação das redes de comunicação no país e, para tanto, o incentivo do governo através de políticas públicas voltadas para a infraestrutura de conexão e para a padronização de redes e dispositivos, indispensável para promover soluções de IoT no território nacional de forma integrada (BNDES, 2017, p. 55). Nesse sentido, destaca-se a dificuldade de promover inclusão digital entre as populações mais vulneráveis, o que é causado pela falta de conectividade em áreas remotas e pode levar ao acirramento das desigualdades sociais.

Sobre os aspectos de regulação, segurança e privacidade, é importante considerar o papel central da prestação de serviço de telecomunicações nas soluções de IoT, sendo ferramenta que permite a conectividade entre dispositivos. Dessa forma, é necessário verificar todos os aspectos regulatórios em torno do setor, criando um ambiente com maior segurança jurídica no que concerne à arrecadação de tributos. Outro fator relevante é a edição de normas jurídicas que sejam capazes de responder às demandas por segurança e privacidade de dados, dentro de uma estrutura tecnológica demasiadamente complexa.

Sobre o tema da tributação das novas tecnologias, o estudo mostrou-se pouco abrangente, tratando de maneira superficial as dificuldades que surgem com a implementação de IoT no Brasil, diante de uma legislação que não abrange essa forma complexa de tecnologia. Mostra-se essencial tal discussão entre os agentes econômicos e sociais, uma vez que a forma de tributação adotada traz impactos diretos à atividade econômica e, de forma indireta, à população, destinatária dos recursos arrecadados.

Outro ponto de atenção diz respeito aos dados oriundos desses diversos dispositivos interconectados, gerados espontânea e deliberadamente pelos usuários, que podem oferecer riscos a direitos constitucionais, como privacidade e segurança. Desse modo, Magrani entende:

No contexto da internet das coisas, a governança e a segurança dos dados serão fundamentais. Benefícios e riscos deverão ser sopesados de forma cautelosa por empresas e consumidores. O direito deve estar atento ao seu papel nesse cenário para, de um lado, não dificultar demasiadamente o desenvolvimento econômico e tecnológico em andamento, e, de outro, a internet das coisas regular com eficácia essas práticas, visando coibir abusos e protegendo os direitos constitucionais vigentes (MAGRANI, 2018, p. 106).

É fundamental, portanto, que além de normas protetivas, propostas pelo Plano de Ação, os usuários sejam informados dos riscos e sejam adotadas medidas de cautela para o compartilhamento de seus dados em um ambiente de Internet das Coisas.

2.4. Quarta fase: implementação do plano nacional de internet das coisas

Após a definição e avaliação de cada vertical, bem como a identificação dos principais desafios para implementação de IoT no Brasil, consubstanciados nas chamadas horizontais, foi levantado um conjunto de iniciativas para compor o plano de ação, devidamente acompanhado de elementos catalisadores para impulsionar o desenvolvimento dessa nova tecnologia, conforme descreve o “Relatório Final – Plano de Ação”.

Foram realizadas diversas discussões que envolveram centenas de atores dos setores público e privado, de associações empresariais e de ambientes acadêmicos (BNDES, 2017, p. 21 e 22). Nesse processo, foram fixadas 75 iniciativas, compostas de 17 ações estruturantes – decisões tomadas por alto escalão e órgãos engajados no estudo, 31 medidas – decisões tomadas por níveis gerenciais de órgãos engajados no estudo, e 27 elementos catalisadores - decisões tomadas por fóruns de altíssimo nível, como Presidência da República e Congresso Nacional. Dessa forma, foi evidenciada a necessária cooperação entre o Estado, a iniciativa privada, a academia e a sociedade civil.

A implementação do Plano objeto de estudo encontra amparo nos deveres do Estado de fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, expressamente consagrados pela do art. 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988): “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

O dispositivo evidencia o importante papel assumido pelo Estado, enquanto agente regulador, nas atividades econômicas desenvolvidas pelo setor público e pelo setor privado. Nesse contexto, a elaboração de Planos Nacionais destaca-se como um dos principais instrumentos de direcionamento das ações dos diversos agentes econômicos, com a finalidade precípua de alcançar um crescimento econômico que seja inteligente, inclusivo e sustentável.

Tal objetivo requer, no entanto, que o papel do governo e de políticas públicas na economia seja repensado, principalmente no que se refere a investimentos voltados para a área de tecnologia. A professora italiana de Economia, Mariana Mazzucato (2014, p. 26), estabelece uma estreita relação entre governo, tecnologia, inovação e empreendedorismo. Para ela, o surgimento de novas tecnologias, como as que são vislumbradas no sistema da Internet das Coisas, requer uma intervenção governamental diferenciada, que vá além da mera correção de “falhas de mercado”. Nesse sentido, afirma que:

[...] a maioria das inovações radicais, revolucionárias, que alimentaram a dinâmica do capitalismo das ferrovias à internet, até a nanotecnologia e farmacêutica modernas aponta para o Estado na origem dos investimentos empreendedores mais corajosos, incipientes e de capital intensivo (MAZZUCATO, 2014, p. 26).

As ideias de Mariana Mazzucato contribuem para identificar que as inovações tecnológicas mais relevantes economicamente partiram de altos investimentos do setor público, sendo o Estado um parceiro fundamental do setor privado. Essa constatação é particularmente importante para economias dependentes, típicas dos países em desenvolvimento, como o Brasil, nos quais deve haver estratégias que possam incentivar efetivamente o setor privado a desenvolver tecnologias de IoT no Brasil, superando os obstáculos do subdesenvolvimento.

Nesse sentido, o Plano de Ação de Internet das Coisas é multisectorial, propondo a conjugação dos setores públicos e privados. A necessidade de estratégias estatais é premente, por exemplo, no que concerne à regulação e proteção de dados no ambiente de compartilhamento criado pelo IoT. Verifica-se que a iniciativa de criação de órgão específico no âmbito da Administração Pública Federal para lidar com o tema da segurança da informação deve ser originada da Presidência da República, conforme a regra de competência privativa estabelecida pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ademais, deve ser adotado um modelo institucional capaz de elaborar políticas nacionais de cibersegurança, articulando os diversos setores da sociedade para alcançar o máximo de efetividade, o que demonstra de forma inequívoca a importância do papel do Estado na implementação do Plano Nacional de Internet das Coisas.

Assim, o estudo “Internet das Coisas: um plano de ação para o Brasil” traçou as diretrizes a serem adotadas pelo Plano Nacional de Internet das Coisas, identificando os

principais desafios para a expansão das novas tecnologias e, a partir disso, propondo uma série de iniciativas hábeis a permitir o seu adequado desenvolvimento. No entanto, a promoção do Plano de forma satisfatória necessita de políticas públicas voltadas ao incremento e ao desenvolvimento de tecnologia no Brasil, havendo estreita relação entre a atuação do Estado e a iniciativa privada.

A quarta fase do Plano, portanto, para ser efetivada, depende de um governo que adote estratégias na área de ciência e tecnologia, assumindo riscos por meios de investimentos, tornando a regulamentação do setor mais segura e corrigindo as disparidades socioeconômicas do país. Nessa perspectiva, a implementação de IoT será capaz de impactar positivamente a economia, o meio ambiente e a sociedade como um todo.

3. Tributação de novas tecnologias

Na visão de Mauro Nicolau Júnior (2006, p. 21), por segurança jurídica pode-se entender “o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídica válidas e eficazes”. Sua importância reside, assim, na possibilidade de estabilização das relações jurídicas, através de instrumentos normativos, súmulas, postulados, dentre outros atos que auxiliam na definição e escolha do Direito a ser aplicado no caso concreto.

Sobre a segurança jurídica no âmbito do Direito Tributário, Paulo Barros de Carvalho (2007, p. 175) afirma que:

A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. [...] Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos um a ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança. E se o setor especulativo é o do Direito Tributário, praticamente todos os países do mundo ocidental, ao reconhecerem aqueles vetores que se articulam axiologicamente, proclamam, na sua implicityde, essa diretriz suprema.

Por outro lado, Ricardo Lobo Torres (2005, p.3) aponta a segurança jurídica como um “valor fundamental do Estado de Direito”, decorrente das características inerentes ao capitalismo e ao liberalismo, que passam a exigir maior certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado.

Seja na condição de sobreprincípio ou valor fundamental, a segurança jurídica tem a finalidade de propiciar previsibilidade aos contribuintes e responsáveis tributários, que devem sofrer a incidência de tributação dentro dos parâmetros da legalidade, possuindo informações objetivas e claras dos critérios utilizados para o cálculo do tributo.

Em última análise, a observância deste postulado jurídico é condição *sine qua non* para uma Tributação Justa, a qual, conforme Elizabete Rosa de Mello (2013, p. 22), pode ser eleita à categoria de Direito Fundamental:

Os Direitos Fundamentais oriundos da Constituição de cada país, de forma expressa ou não, devem ser respeitados. Não se tem a pretensão de criar um novo Direito Fundamental, pois o objetivo é interpretar a necessidade de uma Tributação Justa, a qual é eleita a categoria de Direito Fundamental, o que não significa dar-lhe um rótulo imutável, mas sim preservar e colocar em prática o que vem a ser esta Tributação Justa, sempre mutável, pelo motivo de ser analisada perante determinada sociedade em determinado tempo.

Sob tal perspectiva, cumpre analisar se o Sistema Tributário vigente garante a previsibilidade necessária aos contribuintes e responsáveis tributários e, por conseguinte, atende ao sobreprincípio da segurança jurídica. Essa análise deverá levar em conta, especificamente, o desenvolvimento de novas tecnologias, que dão origem a complexos sistemas tecnológicos e desafiam institutos jurídicos e posicionamentos jurisprudenciais tradicionalmente utilizados na seara tributária.

3.1. Sistema tributário brasileiro

A estrutura do atual Sistema Tributário Brasileiro tem como origem a Reforma realizada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965, que posteriormente foi incorporada e modificada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988). Com a reforma, por razões políticas e econômicas, rejeitou-se a opção por um imposto único, de base ampla, para tributar o consumo de bens e serviços, optando-se pela divisão em três impostos: IPI – Imposto sobre produtos industrializados, de competência federal, o ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, de competência estadual e distrital; e o ISSQN – imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência municipal e distrital (GARCIA, 2018, n. p).

Com a divisão da tributação de bens e serviços, fez-se necessário definir critérios para determinar as hipóteses de incidência de cada imposto, evitando a bitributação, que ocorre quando dois entes da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador, ou *bis in idem* em matéria tributária, quando o mesmo ente da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador. Nesse sentido, a compreensão da natureza dos impostos e seus fatos geradores, sobretudo do ICMS e do ISSQN, é fundamental para identificar se os bens e serviços digitais, componentes da Internet das Coisas, correspondem às hipóteses de incidência previstas na legislação tributária.

O ICMS – imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação, de competência estadual e distrital - encontra-se previsto no art. 155, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988), nos seguintes termos:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
[...] II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.

Da redação da norma constitucional, extrai-se a cobrança do imposto sobre três diferentes pressupostos: (i) realização de circulação de mercadorias; (ii) prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; (iii) prestação de serviços de comunicação. Em outros termos, a incidência do ICMS pode se dar mediante a ocorrência de *operação*, que pode ser definida como negócio jurídico; *circulação*, que pressupõe transferência de cartularidade; e *mercadoria*, isto é, bens de comércio.

Ao dispor sobre o ICMS, a Constituição Federal de 1988 aponta que o imposto será “não cumulativo” e que poderá ser “seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços”, nos termos do art. 155, §2º, I e III, do texto constitucional. A característica da não cumulatividade deve ser compreendida como um mecanismo que evita a tributação de operações sucessivas, evitando a incidência de forma repetida do mesmo tributo (PAULSEN, p. 375, 2017).

Vale ressaltar, ainda, que a regulamentação do imposto é realizada pela Lei Complementar n. 87 (BRASIL, 1996), a qual contém as normas gerais relativas ao fato gerador, aos sujeitos passivos, à responsabilidade tributária, dentre outras. Ademais, há resoluções do Senado, que instituem alíquotas máximas e mínimas para determinadas situações, além de convênios entre os Estados - Convênios Confaz - que especificam os benefícios fiscais que podem ser concedidos.

Com relação ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), o art. 156, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), outorga aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para instituir imposto sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar”. Para Aires F. Barreto (2005, p. 29), “[...] serviço é esforço de pessoas desenvolvido em favor de outrem, com conteúdo econômico, sob regime de direito privado, em caráter negocial, tendente a produzir uma utilidade material ou imaterial”.

Entretanto, para que haja a incidência do ISS, além da atividade se caracterizar como um “serviço”, o texto constitucional exige a intermediação da Lei Complementar n. 116 (BRASIL, 2003), que expõe o rol taxativo de serviços passíveis de tributação pelo imposto de competência municipal. O art. 1º da legislação complementar dispõe que:

Art. 1º O imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Em outras palavras, os serviços arrolados na lista dão ensejo ao fato gerador e à cobrança do imposto ainda que o serviço não seja a atividade preponderante do prestador, permitindo a incidência do ISS nas chamadas operações mistas, que envolvem prestação de serviços mediante fornecimento de mercadorias (PAULSEN, p. 377, 2017). A problemática se inicia a partir do disposto no art. 156, III, da Constituição Federal. Como já mencionado, o dispositivo expressa que o ISS incide sobre serviços, desde que não compreendidos no art. 155, II, da Constituição Federal. Em regra, portanto, o ICMS e o ISSQN são excludentes um do outro e não podem incidir sobre o mesmo fato gerador.

Percebe-se, assim, que o Sistema Tributário Brasileiro é estruturado mediante a separação das operações de mercado, tributando-se, em geral, as mercadorias por meio do ICMS e os serviços através de ISSQN. Entretanto, há que se considerar que, no contexto mercadológico, a produção e a comercialização de bens e a prestação de serviços formam um conjunto de transações: são, em suma, operações praticadas de forma profissional, que podem combinar obrigações de dar (mercadorias) ou obrigações de fazer (prestação de serviços). A distinção entre as hipóteses de incidência do ICMS e do ISS é, pois, tarefa árdua, que conduz a construções jurisprudenciais e doutrinárias que buscam contrapor o conceito de mercadoria à prestação de serviços. Sobre o tema, Luciano Garcia Miguel (2018, n.p) afirma que:

Na experiência brasileira, a bipartição da competência entre estados e municípios para tributar essas transações tornou necessário efetuar a distinção entre operação com mercadoria e prestação de serviço. Ao tentar cumprir essa tarefa, a doutrina nacional enveredou por um caminho difícil de sustentar ao longo dos anos, pois construiu uma linha de pensamento que preconiza ser a atividade mercantil, em sua acepção clássica, ou seja, de intermediação de bens, a base de incidência do ICMS. Daí a definição de mercadoria como bem móvel corpóreo preordenado à prática de operações de revenda.

As construções doutrinárias são insuficientes para abranger a nova realidade, evidenciada pelo desenvolvimento tecnológico. A concepção de mercadoria como bem móvel corpóreo

trouxe inúmeras dificuldades para a tributação dos bens digitais, na medida em que o suporte físico, antes imprescindível à comercialização dos bens, foi substituído pela internet, o que possibilitou às transações serem feitas por meio eletrônico, através de download de dados ou pelo denominado “streaming”, que permite o acesso à mídia disponibilizada em “nuvem”.

Em acórdão prolatado no final de 1998 (RE 176.626/SP) pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se acerca da tributação de softwares, distinguindo as operações de licença de uso de software e a venda dos chamados “softwares de prateleira”. Para tanto, o conceito de mercadoria foi definido como “bem corpóreo objeto de atos de comércio ou destinado a sê-lo”, definição apta a abranger os softwares de prateleira, comercializados via suporte físico, os quais ensejariam tributação por ICMS. Já as operações de licença de uso de software por encomenda, isto é, desenvolvida de forma personalizada, caracterizariam serviços, tributáveis por ISSQN. Ao ensejo:

EMENTA: I. Recurso extraordinário : prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356). A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual “não foram opostos embargos declaratórios”. Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recuse a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98). II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. III. Programa de computador (“software”): tratamento tributário: distinção necessária. **Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de “licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador” “matéria exclusiva da lide”, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado “software de prateleira” (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.** Grifos nossos (STF – RE 176.626-3 - 1.^a Turma - j. 10/11/1998 - julgado por Sepúlveda Pertence - DJU 11/12/1998)

Essa posição do STF tem pouca aplicação prática, uma vez que está ultrapassada a distinção entre softwares utilizada tradicionalmente pela Doutrina, principalmente porque a tendência atual é a utilização da computação em nuvem, que adota um modelo negocial que praticamente torna insolúvel o conflito de incidência entre ICMS e ISSQN (MIGUEL, 2018, n.p.).

Uma modalidade negocial que tem crescido vertiginosamente é o chamado *Software as a Service*, modelo de comercialização de softwares, backup, suporte e gerenciamento. A computação na nuvem (tecnologia que oferece espaço para armazenagem de dados na rede virtual da internet) tornou possível o modelo negocial do SaaS, uma vez que os dados não ficam armazenados no equipamento do cliente, mas em um espaço virtual que pode ser acessado pela internet.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.945 com pedido liminar de suspensão da Lei nº 7.098, de 30 de dezembro de 1998, do Estado do Mato Grosso, vislumbrou a adoção de tese que abrange a evolução do termo mercadoria, presente no art. 155, II, da Constituição

Federal. Foi determinado que, no que diz respeito à transferência eletrônica dos bens digitais colocados no mercado virtual - comércio eletrônico, a possibilidade de incidência do ICMS sobre tais bens se torna clara e evidente, tendo sido mantida a Lei do Mato Grosso que cobra o ICMS no comércio eletrônico direito. Esse entendimento veio a corroborar a possibilidade de os estados instituírem o ICMS sobre tais operações.

Contudo, o posicionamento da Suprema Corte esbarra na previsão do licenciamento de software no subitem 1.05 na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116 de 2003, que amplia o campo de incidência do ISS sobre a circulação de bens imateriais. Além disso, também evidencia-se que o julgado equiparou a transferência eletrônica ao software de prateleira o que se apresenta como um equívoco, na medida em que não há transferência de cartularidade para configuração de mercadoria.

Percebe-se, dessa forma, a falta de clareza dos conceitos jurídicos “mercadoria” e “serviço”, considerados essenciais para determinação das hipóteses de incidência do ICMS e ISSQN. Além disso, esses conceitos não são aptos a abranger a nova realidade, marcada pelo desenvolvimento tecnológico e pela implementação de estruturas de alta complexidade de IoT. Tal regulamentação, incipiente em matéria tributária, conduz a decisões equivocadas e contraditórias da Jurisprudência.

Outro tema central relacionado à tributação de novas tecnologias diz respeito à prestação de serviços de telecomunicações. A transmissão de dados através de uma rede conectada, característica da Internet das Coisas, pressupõe a utilização das redes de telecomunicações. Com base nas características de funcionamento de um sistema IoT, as atividades próprias ao seu desenvolvimento abrangem tanto serviços de telecomunicações quanto serviços de valor adicionado, nos termos da Lei Geral de Telecomunicações – Lei Federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações (BRASIL, 1997).

Esses serviços, separadamente, possuem natureza distinta (serviços diversos e serviços de telecomunicações). Com isso, questiona-se se, com base na legislação brasileira, é possível separar os serviços de telecomunicações dos demais serviços ou atividades envolvidas no IoT ou, por outro lado, se a conectividade com outras funcionalidades levaria tudo a ser considerado

como serviços de telecomunicações para fins tributários (CARPINETTI, 2017, n. p).

Com as dúvidas relacionadas à tributação, o Fisco brasileiro tem optado invariavelmente por caminhos que propiciem uma maior arrecadação (CARPINETTI, 2017, n. p). Quanto a esse ponto específico, o aspecto regulatório pode ser crucial para definição da tributação aplicável às atividades de IoT. Com efeito, é fundamental esclarecer os papéis de cada agente e, consequentemente, a tributação aplicável às receitas auferidas com essas atividades.

Portanto, a normatização dessas atividades deve levar em consideração as características do Sistema Tributário Brasileiro visando oferecer segurança jurídica aos participantes desse mercado para que a atividade possa se desenvolver adequadamente no país.

3.2. Plano nacional de internet das coisas e a questão tributária

Conforme supramencionado, o Plano Nacional de Internet das Coisas preocupou-se precipuamente com a identificação dos obstáculos ao desenvolvimento das novas tecnologias no Brasil, para, a partir disso, elaborar possíveis soluções adequadas à realidade nacional, priorizando determinadas áreas – saúde, cidades, indústria e agronegócio – de acordo com o potencial de impacto que a implementação de IoT pode gerar nestes ambientes.

Entretanto, a análise pormenorizada das etapas de elaboração do Plano, consubstanciadas em quatro grandes fases, permite verificar que um tema primordial ao desenvolvimento de novas tecnologias no país fora negligenciado pelos agentes responsáveis pela condução do projeto. Com efeito, não houve menção, em qualquer fase do Plano, dos problemas da estrutura do ordenamento jurídico concernente à tributação de novas tecnologias.

A despeito de terem sido identificados vários obstáculos relacionados a inovação e inserção internacional, capital humano, regulação, segurança, privacidade e infraestrutura, a ausência de previsibilidade acerca de qual a tributação incidente, conforme o Sistema Tributário em vigor, compromete o desenvolvimento das novas tecnologias, dificultando o alcance das metas e objetivos de implementação propostos pelo Plano Nacional.

De fato, quanto menor a segurança jurídica do Sistema Tributário, mais arriscadas se tornam as relações econômicas, o que contribui para o aumento do chamado *Custo Brasil*, que, para a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp (2013), pode ser definido como o conjunto de “deficiências dos fatores sistêmicos da economia brasileira que se traduzem em maiores custos internos em comparação com outras economias”.

Em relação às novas tecnologias, notadamente a Internet das Coisas, o cenário mostra-se ainda mais preocupante, já que seu desenvolvimento apresenta relevante dependência ao grau de segurança do ordenamento jurídico, em decorrência da complexidade desse sistema tecnológico - que conduz a maior quantidade de recursos e agentes envolvidos. É o que se extrai do estudo de Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 8):

Quando tomam suas decisões, os agentes econômicos procuram minimizar a soma dos custos de produção e transação, assim como levar em conta os riscos envolvidos — inclusive aqueles presentes em contratos incompletos. Custos de transação e riscos elevados podem, portanto, estimular um uso ineficiente de recursos e de tecnologia. Em especial, as empresas podem optar por não desenvolver certas atividades; deixar de se especializar e explorar economias de escala; combinar insumos e distribuir a produção entre clientes e mercados ineficientemente; e, inclusive, manterem recursos produtivos ociosos.

Nem todos os setores da economia são igualmente penalizados pela falta de segurança jurídica que, tipicamente, prejudica principalmente as transações que comportam contrapartidas diferidas no tempo — como o investimento e as operações de crédito —, envolvem bens não-rivais e com baixo custo marginal de produção — como os intensivos em tecnologia —, e são

muito complexas — por exemplo, por envolverem muitos participantes ou riscos. Atividades de compra e venda, à vista, de bens de baixo valor unitário são, comparativamente, pouco dependentes do grau de segurança jurídica.

Diante de uma legislação incipiente para abarcar a nova realidade tecnológica, cria-se um cenário de incerteza e, nesse contexto, o Fisco brasileiro tem optado invariavelmente por caminhos que propiciem uma maior arrecadação (CARPINETTI, 2017, n. p). Tais caminhos, por vezes, levam à bitributação - que ocorre quando dois entes da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador -, ou ao *bis in idem* em matéria tributária - quando dois entes da federação, por meio de suas pessoas jurídicas de direito público, tributam o mesmo contribuinte sobre o mesmo fato gerador.

De qualquer forma, sendo a cobrança indevida, tem o contribuinte o direito de reaver o valor em pecúnia, podendo reivindicar administrativa ou judicialmente seu pleito, tendo por fundamento o art. , da Constituição Federal de 1988, e o art. , do Código Tributário Nacional. Entretanto, como apresentado anteriormente, a Jurisprudência carece de uniformidade e não é capaz de responder com coerência e completude as dúvidas acerca de qual a tributação incidente sobre o complexo sistema tecnológico da Internet das Coisas. Além disso, tanto as medidas administrativas quanto as judiciais implicam em aumento de custos para o contribuinte. Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 7 e 8) aponta que:

Na ausência de uma jurisprudência estável, uniforme e previsível, a eficiência da economia também será reduzida por conta do consumo direto de recursos escassos. Litígios requerem advogados, o tempo e a atenção das partes, e um Judiciário aparelhado. Trata-se de serviços altamente especializados, pois a sociedade tem de gastar recursos consideráveis para formar e treinar juízes, advogados e outros quadros envolvidos no litígio. Além disso, a falta de previsibilidade normativa estimula o uso indevido dos tribunais. Na ausência de uma jurisprudência bem estabelecida, os magistrados podem se ver às voltas com enorme carga de trabalho, pois cada caso terá de ser julgado individualmente, havendo incentivos fortes para que todos os conflitos sejam levados à apreciação da Justiça, em vez de serem resolvidos entre as partes. Portanto, a jurisprudência, devidamente pacificada, dá mais agilidade aos tribunais, reduzindo a carga de trabalho resultante das demandas repetitivas e liberando os magistrados para se dedicarem a casos singulares.

Nesse quadro, em decorrência da imprevisibilidade das decisões judiciais somada à Legislação obscura e incerta, o contribuinte não sabe qual o comportamento deve adotar para agir conforme o Direito e, por isso, não pode tomar decisões racionais e conscientes. Dessa forma, o mercado brasileiro se torna menos atrativo e, por vezes, desestimula altos investimentos em inovações, seguindo na direção diametralmente oposta aos países que oferecem condições mais propícias e seguras para o desenvolvimento econômico de forma eficiente..

Vê-se, portanto, que os três pilares do Plano Nacional de Internet das Coisas - competitividade, sociedade conectada e cadeia produtiva de IoT - evidentemente são prejudicados pela ausência de calculabilidade da norma jurídica. Em primeiro lugar, a imprevisibilidade conduz à diminuição de investimentos em produtos e serviços de maior valor agregado a partir de IoT, além de diminuir a produtividade em decorrência do aumento do custo de produção, o que obstaculiza o objetivo do Plano Nacional de aumentar a competitividade. Além disso, diante do convencionado *Custo Brasil*, não é possível reforçar a cadeia produtiva de IoT de modo satisfatório, o que diminui o potencial de exportação de tecnologia em IoT e impede a maior inserção do país no cenário internacional. Por último, a promoção de uma sociedade conectada, através dos benefícios e recursos que podem ser extraídos da IoT,

transforma-se cada vez mais utopia, diante da ausência dos incentivos econômicos necessários.

4. Considerações finais

A expansão e o desenvolvimento de novas tecnologias têm o potencial de gerar relevantes transformações econômicas, sociais e políticas, notadamente em países em desenvolvimento, como o Brasil. Nesse sentido, o Plano Nacional de Internet das Coisas representa importante passo na implementação de soluções inovadoras para diversas áreas, propiciando o crescimento das indústrias brasileiras e do agronegócio, o aumento da qualidade de vida da população e a criação de “cidades inteligentes”.

Porém, além de reafirmar sua importância como instrumento político, buscou-se, por meio do presente texto, identificar quais são as falhas do Plano de Ação, que podem, em sentido contrário aos seus objetivos e metas, comprometer o desenvolvimento das novas tecnologias ou propiciá-lo de maneira desigual no território nacional, levando, pois, ao acirramento das disparidades sociais e econômicas existentes.

Conclui-se que a incerteza, a instabilidade, a imprevisibilidade e a falta de calculabilidade da norma reduzem o crescimento da economia e das novas tecnologias, diminuindo a qualidade do investimento e desacelerando o ritmo de expansão da produtividade. A descontinuidade da norma produz, além disso, injustiças, pois prejudica aqueles que, de boa-fé, aplicaram seus recursos em investimentos afundados na expectativa de manutenção das “regras do jogo”.

Verifica-se, assim, que aumentar a segurança jurídica vai ajudar a tornar o Brasil um país mais próspero e a prevenir algumas injustiças, além de colaborar para o alcance das metas e objetivos do Plano Nacional de Internet das Coisas, notadamente de seus três pilares: competitividade, sociedade conectada e cadeia produtiva de IoT.

Referências

ASHTON, Kevin. **Internet das Coisas: nova revolução da conectividade**. Inovação em Pauta. 18. ed. p. 5-7, dez/2014. Entrevista concedida Financiadora de Estudos e Pesquisas (FINEP). Disponível em: <http://www.finep.gov.br/images/revista/revista18/index.html>. Acesso em: 23 out. 2018.

BNDES (2017). **Internet das Coisas: um plano de ação para o Brasil**. Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/portal/site/home/conhecimento/pesquisaedados/estudos/estudo-internet-das-coisas-iot/estudo-internet-das-coisas-um-plano-de-acao-para-o-brasil>. Acesso em: 08 ago. 2018.

_____. **Relatório de Aprofundamento das Verticais - Cidades**. Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/776017fa-7c4a-43db-908fc054639f1b88/relatorio-aprofundamento+das+verticais-cidades-produto-7A.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3rPg5Q>. Acesso em: 09 ago. 2018.

_____. **Relatório de Aprofundamento das Verticais - Indústria**. Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/cfbd69ff-56d7-43f4-82df-f05b40459ec7/relatorio-aprofundamento-das-verticais-industria-produto-7D.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3xwf3m>. Acesso em: 09 ago. 2018.

_____. **Relatório de Aprofundamento das Verticais - Rural**. Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/2fa8f7d1-9939-441d-b8ce->

[ed3459fcfd4d/relatorio-aprofundamento-das-verticais-rural-produto-7C.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3rPopG](https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/ed3459fcfd4d/relatorio-aprofundamento-das-verticais-rural-produto-7C.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3rPopG). Acesso em: 09 ago. 2018.

[Relatório de Aprofundamento das Verticais - Saúde](https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/9e481a5b-a851-4895-ba7f-aa960f0b69a6/relatorio-aprofundamento-das-verticais-saude-produto-7B.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3mTltg). Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/9e481a5b-a851-4895-ba7f-aa960f0b69a6/relatorio-aprofundamento-das-verticais-saude-produto-7B.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m3mTltg>. Acesso em: 09 ago. 2018.

[Relatório Final do Estudo Internet das Coisas](https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok). Disponível em: <https://www.bnDES.gov.br/wps/wcm/connect/site/269bc780-8cdb-4b9b-a297-53955103d4c5/relatorio-final-plano-de-acao-produto-8-alterado.pdf?MOD=AJPERES&CVID=m0jDUok>. Acesso em: 09 ago. 2018.

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: 10 fev. 2019.

CARPINETTI, Ana Carolina. **Tributação de softwares leva a inevitáveis litígios com estado e município.** In: CONJUR, 9 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-09/ana-carpinetti-tributacao-softwares-levainevitaveis-litigios>

CARVALHO, Paulo de Barros. **Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária.** Revista Diálogo Jurídico. Salvador: DP, nº 16, maio-agosto, 2007.

JÚNIOR, Mauro Nicolau. **Segurança Jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?** Disponível em: <http://www.jurid.com.br>. Acesso em: 23 mai. 2019.

JUREIDINI, Karem. **Os Desafios da Tributação na Era Digital.** São Paulo: USP, 2017. Comunicação oral).

MAGRANI, Eduardo. **A Internet das Coisas.** 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23898/A%20internet%20das%20coisas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 28 fev. 2019.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado Empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado.** Trad. Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio Penguin, 2014.

MELLO, Elizabeth Rosa de. **Direito fundamental a uma tributação justa.** São Paulo: Altas, 2013.

MIGUEL, Luciano Garcia. **O conflito de incidência do ISS e ICMS na tributação da nova economia.** In: MACEDO, Alberto et al.. (Orgs.) **Tributação de bens digitais: a disputa tributária entre estados e municípios**, 1^a ed., São Paulo: InHouse, 2018, cap. 3.

ROSE, K.; ELDRIDGE, S.; CHAPIN, L.. **The Internet of Things: an overview. Understanding the issues and challenges of a more connected world.** The Internet Society. 2015. Disponível em: www.internetsociety.org/sites/default/files/ISOC-IoT-Overview-20151022.pdf. Acesso em: 06 set. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.** Valores e princípios constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, vol. II.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário.** 8. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2017, cap. XXIII.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança Jurídica, Crescimento e Exportações.** Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2700>. Acesso em: 23 jul. 2019.

40. TUTELA JURÍDICA DO CAPITAL INTELECTUAL: Reflexões sobre o trade secret no direito do consumidor sob o enfoque da seara alimentícia

Ana Luiza Brinati Medina¹

Caroline da Rosa Pinheiro²

Mariana Gaudereto Sena³

Vitória Maria Rodrigues Marques da Silva P. Pereira⁴

Sumário: 1 Introdução; 2 Capital intelectual; 2.1 Conceito e contextualização; 2.2 Concepção do direito de propriedade, propriedade intelectual e know-how; 2.2.1 Direito de propriedade e propriedade intelectual; 2.2.1.1 Trade secret; 2.2.1.2 Know-how (em sentido amplo); 3 Direito do consumidor (acesso à informação) versus direito à livre concorrência da empresa (trade secret); 3.1 Possível solução do conflito entre o direito do consumidor e o direito à livre concorrência da empresa; 4 Conclusão; 5 Referências

Resumo

O presente artigo tem como tema de estudo o Capital Intelectual nas relações empresariais, especificamente naquelas consumeristas com enfoque no setor alimentício, relacionando-o ao direito de acesso à informação pela parte consumidora em relação às empresas e seus produtos. Para isso, partir-se-á do conflito entre direito de acesso à informação, projetado no Código de Defesa do Consumidor, em art. 6º, incisos II e III, e a projeção do Capital Intelectual e do Know-How (em sentido estrito) ou trade secret ou “segredo de indústria” enquanto diferenciais no âmbito das sociedades empresárias. Sendo assim, o objetivo dessa análise será o de promover um sopesamento entre o princípio da ordem econômica (art.170, CF/88) e os de direito fundamental (relacionados ao consumidor).

Palavras-chave: Trade Secret. Direito de Acesso à informação. Relação Consumerista.

THE LAW PROTECTION TO THE INTELLECTUAL CAPITAL: Studies about trade secret in the consumer relations focused on the food industry

Abstract

This study aims to examine the Intellectual Capital in the business relations, specifically inside those consumerist ones, focused on the food industry, relating it to the rights of access to information, which belongs to the consumers. With this purpose, we are going to study the conflict between the right of access to information, contemplated by the Consumer Protection Code (Law nº 8.078/90), and the Intellectual Capital added to Know-How (or trade-secret) as a distinctive in the business associations. This aims to develop a weighting between the economic order's principle and the fundamental rights.

Keywords: Trade Secret. Right of access to information. Consumerist relations.

1. Introdução

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

² Professora de Direito Empresarial da Universidade Federal de Juiz de Fora. Doutora em empresa e atividades econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

³ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

⁴ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

O termo “capital intelectual” surge a partir do desenvolvimento da denominada “fase de conhecimento”, pós – “fase industrial”, em que o uso da força material como ponto imprescindível ao desempenho da empresa perde seu lugar para o conhecimento enquanto diferencial na concorrência econômica. Ana Cláudia Karam Abdallah Santos (2009) corrobora tal entendimento ao expor:

O traço mais marcante dessa nova era é a desmaterialização dos meios de produção. Os bens intangíveis, oriundos do trabalho humano, são os grandes geradores de riqueza para as organizações, em especial para as sociedades empresárias, que passam a ser reconhecidas como repositórios vitais de recursos humanos intelectuais (SANTOS, 2009, p.9).

A partir deste, destrincham-se os conceitos de conhecimento e competência empresariais enquanto formadores desse “capital intelectual”, além de se produzirem diferenciações, como a do termo know-how (em sentido estrito), também chamado de trade secret ou “segredo de indústria”. Para isso, analisam-se também, com base em Denis Borges Barbosa (2003), as noções de propriedade intelectual e o já conhecido Direito de Propriedade.

Finalmente, volta-se o olhar para o Código de Defesa do Consumidor, com enfoque à proteção do direito de acesso à informação pela parte vulnerável. Conceitua-se o direito de acesso à informação, relacionando-o ao princípio da boa-fé objetiva na relação consumerista (artigo 422 do Código Civil e artigo 4º, inciso III, do CDC). Ademais, questiona-se a possibilidade de proteção do consumidor nos casos em que empresas se utilizam do Direito de Exclusividade (know-how em sentido estrito), para sua manutenção, enquanto exclusividades na economia mundial, da preservação de seus trade secrets, tendo em vista as consequências negativas dessa exclusividade.

Conclui-se, com este artigo, que a melhor solução para tal impasse é a aplicação do Princípio da Proporcionalidade, que se encontra de forma dispersa no ordenamento constitucional brasileiro, podendo se observar no artigo 37, combinado com o artigo 5º, inciso II e o artigo 84, inciso IV da Carta Maior, no que tange à resolução de conflitos entre princípios (Boa-fé objetiva atrelada ao direito de acesso à Informação x Livre Iniciativa e direito de Exclusividade).

A metodologia utilizada na realização do artigo é a de análise e abordagem bibliográfica, pautada no estudo de dois marcos teóricos: Ana Cláudia Karam Abdallah Santos e Denis Borges Barbosa. O primeiro marco teórico determina a discussão voltada ao desenvolvimento e surgimento do Capital Intelectual, enquanto o segundo refere-se aos estudos de Know-How, Direito de Propriedade e Propriedade Intelectual.

O objetivo deste é trazer para discussão e crítica, no campo do consumo de alimentos, a não especificação, por parte de empresas com patentes ou know-how em sentido estrito (segredo de indústria), de possíveis ingredientes que componham a fórmula de tal empresa, justamente por ser exclusiva e, por isso, incompartilhável no mercado. Desse modo, a crítica se baseia no fato de pessoas estarem consumindo componentes que possam, em certos casos, gerar malefícios e até reações alérgicas em seus organismos; e estarem consumindo, muitas vezes, por não saberem que aquele componente está inserido na base daquele produto, já que não estão delimitados em seu rótulo. Assim, busca-se demarcar até onde pode se dar o direito de acesso à informação e o direito de exclusividade, chegando-se a uma solução a partir da ponderação entre esses pontos e princípios.

2. Capital intelectual

2.1. Conceito e contextualização

A tarefa de conceituar o Capital Intelectual é densa, pois é um conceito, que além de recente (séc. XX), se estabelece de forma empírica, ou seja, é formado através de experiências comprobatórias. Verificam-se tais fatores ao analisar as obras de Carolina Vaz, Claudia Viviane Viegas e Mauricio Uriona Maldonado (2016) e Ana Claudia Karam Abdallah Santos (2009), as quais, para ilustrar o surgimento do conceito de conhecimento, perpassam pelas fases socioeconômicas e suas mudanças e explicitam como e quando surgiram as primeiras pesquisas:

Durante a primeira e a segunda eras econômicas, o trabalho era basicamente físico, muscular. Na era agrícola, o artesão dependia basicamente de suas próprias habilidades manuais. Na era industrial, embora a principal atividade fosse desenvolvida de forma coletiva pelo empresário industrial e seus trabalhadores fabris, a estrutura de trabalho adotada não possibilitava, entretanto, a criação de conhecimento coletivo, já que, além de ser altamente segmentada e especializada (cada trabalhador era responsável por pequena tarefa mecânica e repetitiva dentro de todo o processo produtivo), o trabalhador era treinado a não fazer perguntas, a não pensar, a não inovar. Diferentemente, na era do conhecimento exige-se de todos os colaboradores da empresa (inclusive do empresário) criatividade, iniciativas para melhorar processos e constante desenvolvimento de suas habilidades, tudo de acordo com a cultura, os valores e o objeto social da sociedade empresária. (KARAM, p.17).

Exposto isso, faz-se imprescindível dizer que o conceito de Capital Intelectual parte da noção de ativos intangíveis, vez que estão ligados ao conhecimento, cujo ideal, na filosofia, relaciona-se ao ato mental formulado através da experiência sensível, e pelo qual são formulados raciocínios lógicos e verídicos acerca de um objeto de estudo ou realidade. (GILES, 1993, p.23 apud SANTOS, 2009, p.19). Ana Cláudia Karam Santos reitera, ainda, que o conhecimento é algo exclusivo do ser humano e depende do processo cognitivo, diferentemente da informação que existe em um plano exterior à mente humana e é sintetizada por essa pelas capacidades do indivíduo. Diante do exposto fica claro que os elementos intangíveis sugerem uma nova forma de visualizar as organizações, pois, segundo Stewart (1998) citado por Carolina Vaz, Viegas e Maldonado (2016, p.2), os bens responsáveis pela produção de riqueza não seriam mais apenas os materiais (terra, trabalho físico, ferramentas mecânicas e fábricas), mas também os ativos baseados no conhecimento. Através do trecho de Santos (2009, p.9) é possível verificar esse processo se deu especialmente na “Era do conhecimento” já mencionada:

O traço mais marcante dessa nova era é a desmaterialização dos meios de produção. Os bens intangíveis, oriundos do trabalho humano, são os grandes geradores de riqueza para as organizações, em especial para as sociedades empresárias, que passam a ser reconhecidas como repositórios vitais de recursos humanos intelectuais.

No entanto, cabe ainda ressaltar que apesar de haver essa diferenciação, há uma relação entre os ativos intangíveis e tangíveis de uma organização, vez que é com essa interação que se torna notável a materialização do conhecimento de uma empresa, ocorrendo assim o valor corporativo e financeiro:

No entanto, Bukh et al. (2003) ressaltam que os ativos intangíveis componentes do capital intelectual de uma empresa frequentemente interagem com os ativos tangíveis ou financeiros para criar valor corporativo de crescimento econômico. Isto pode ser observado, por exemplo, no caso de

uma marca (ativo intangível) que valoriza um determinado produto da empresa (ativo tangível)." (VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.3)

Dessa forma, através da mensuração de valor do Capital Intelectual (CI), se faz necessária a exposição de seus elementos formadores (de modo que as diferentes formas de tutela desse capital sejam bem delimitadas).

Diante disso, é perceptível que o aspecto sempre vigente em qualquer conceito levantado por Carolina Vaz, Viegas e Maldonado (2016, p.5-6) é o conjunto de conhecimento oculto, ou melhor, o que representa o espaço oculto entre capital humano e estrutural, o qual agrupa valor às organizações. Relacionado a esse aspecto, Lynn (2000, apud VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.6) desenvolve um modelo de três componentes para o CI, são eles: o capital humano, capital estrutural e capital relacional.

O capital humano é a capacidade necessária para que os indivíduos ofereçam soluções aos clientes. No entanto, para compartilhar, transmitir e alavancar o conhecimento é necessário de ativos estruturais como laboratórios, sistemas de informações, conhecimento dos canais de distribuição que transformam o saber individual em benefícios de toda a empresa, ou seja, em capital estrutural. O capital de clientes ou capital relacional é o valor dos relacionamentos de uma entidade com as pessoas com as quais realiza operações (STEWART, 1998, apud VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.7).

A fim de elucidar melhor esses elementos, mesmo que sejam diversos os autores que tratam dessa temática, é necessário ressaltar que o capital humano está ligado àquilo que pode ser proporcionado pelos indivíduos às organizações, ou seja, suas habilidades, conhecimentos, "know how", capacidades, entre outros. Entretanto, para que seja mensurável e aplicado é preciso o estabelecimento de estruturas dentro da empresa, como sistemas de informações, laboratórios, processos, entre outros, ou seja, é preciso que haja uma relação com o Capital estrutural ou organizacional:

Schdmidt e Santos (2002) explicam que o capital estrutural é a transformação do conhecimento do compartilhamento, da criatividade e da experiência. Na qual devem ser estruturados com o auxílio de tecnologia da informação e das telecomunicações, banco de dados e de descrição de processos, a fim de reter na empresa o conhecimento humano (VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.11)

São enquadrados dentro desse elemento a Propriedade Intelectual a qual pode ser suscetível de valor através das patentes, direitos autorais, direitos de projeto, segredos industriais e marcas registradas; e os Ativos de infraestrutura, os quais são os equipamentos de informática, dos softwares, os bancos de dados, que apoia a produtividade (DZINKOWSKI, 1998, apud VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.7). Basta o Capital Relacional para concluir os três aspectos formadores do Capital Intelectual, que, segundo Stewart (1998) citado por Caroline Vaz e demais autores (2016, p. 13), também pode ser nomeado de capital de clientes e é considerado o mais importante, por se referir aos relacionamentos que a organização estabelece entre seus funcionários e clientes para vender seus produtos e serviços. Portanto nota-se que esses elementos possuem uma relação e tem como base o Capital humano:

De acordo com Nahapiet e Ghoshal (2002) e Gubiani (2012), o capital humano constroi e alimenta o capital estrutural, sendo o elemento-chave em todas as interações sociais. Por sua vez, Edvinsson e Malone (1997) afirmam que o

capital humano é à base do capital estrutural, que através da infraestrutura capacita e apoia o capital humano. (VAZ, VIEGAS e MALDONADO, 2016, p.15).

Por fim, ainda pensando o processo de formação do conceito de Capital Intelectual e seus elementos, é necessário evidenciar a ideia de Santos (2009, p. 28) ao relacionar o Capital Intelectual, mediante a Era do conhecimento, ao perfil corporativo, vez que se pensa a formação desse conhecimento em conjunto nas organizações empresariais.

Para nós, diante do contexto atual do mercado, na era do conhecimento, o perfil corporativo não pode ser afastado. Pelo contrário, deve ser absorvido na conceituação da empresa. Não como um perfil paralelo, como apresentado por Asquini, mas complementar. Ora, a empresa não deixa de ser encarada como atividade econômica organizada e voltada para mercado. Mas a organização dos fatores de produção deixa de depender exclusivamente do empresário e passa a contar também, e cada vez mais, com os seus colaboradores (administradores e empregados).

2.2. Concepção do direito de propriedade, propriedade intelectual e know-how

2.2.1. Direito de propriedade e propriedade intelectual

O Direito de Propriedade é definido pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) como:

[...] a soma do direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas, intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos modelos e desenhos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviços, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Como bem delimitam Helena Aranda Barrozo e Márcia Teshima (2013) em “A Propriedade Intelectual e seus Aspectos no Âmbito do Mercosul”, a proteção da Propriedade Intelectual cria raízes na Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883, mas foi na denominada Rodada do Uruguai (1986), que efetivamente se delimita sua proteção, a partir da aprovação do Protocolo de Harmonização e Procedimento sobre Propriedade Intelectual, assinado em 1995. Atualmente, a proteção e a coordenação da propriedade intelectual se dá pelo Acordo TRIP'S (em inglês: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, em português: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), tratado internacional, que se relaciona diretamente à Organização Mundial do Comércio.

Conforme delimita Denis Barbosa (2003, p.32), comprehende-se como bens intangíveis, dentre eles, os bens relativos ao direito de clientela, sendo os direitos de Propriedade Intelectual uma sub-espécies desse:

A expressão “direitos de clientela” deve-se a Paul Roubier, que concebeu como um tertius genus, ao lado dos reais e dos pessoais. Incluir-se-ia no conceito os de propriedade intelectual: os de propriedade industrial e os de propriedade científica, artística ou literária; as marcas de indústria e de

comércio; as appellations d'origine; o fundo de comércio, na acepção francesa; os monopólios legais. (p.35). Ao lado destes, constituindo a face não exclusiva dos direitos da clientela, poríamos as invenções não patenteadas e o segredo de empresa; [...] (p.35).

Para ele, quando se fala na propriedade intangível da Propriedade Intelectual, trata-se de uma atividade econômica que utiliza da exploração de uma criação imaterial, seja ela qual for, cujo valor de troca é digno de proteção jurídica. Porém, tais direitos de clientela serão exclusivos quando tutelados pelo ordenamento, gerando exclusividade ao titular, e, ao contrário se essa mesma oportunidade no mercado ser repartida com os competidores:

Este “segredo de empresa” em sua perspectiva do direito americano, é gênero do qual são espécies o know how, o segredo de fábrica, o segredo comercial, as fórmulas não patenteadas, etc. É um direito de clientela consistente na detenção de uma informação de disponibilidade escassa e útil no negócio. Não se trata de um direito exclusivo, pois não houve concessão pelo Estado de uma patente ou algo do mesmo efeito (BARBOSA, 2003, p.39).

A seguir, serão delimitados os conceitos relacionados ao know-how, que pode ser analisado tanto em seu sentido amplo, quanto em sentido estrito (*trade secret*). Ademais, faz-se imprescindível ressaltar as diferenças que abrangem os dois institutos, a fim de se fundamentar a crítica relacionada às vantagens mercadológicas alcançadas a partir da sobreposição da proteção à propriedade intelectual em detrimento dos direitos do consumidor, quando das relações empresariais.

2.2.1.1. *Trade secret*

Trade secret, segredo industrial ou know-how em sentido estrito consiste em um mecanismo de preservação da confidencialidade de uma tecnologia utilizada por uma empresa, tecnologia essa que deve ser capaz de expressar vantagem competitiva àquela organização quando comparada a outras. Implica em uma escolha estratégica acolhida pela empresa no intuito de preservar o sigilo sobre aquele conhecimento, assumindo o risco desta opção. A proteção é dada através de políticas internas e através de dispositivos de garantia produzidos pela própria organização, os quais criam uma rede de sigilo, possibilitando a poucas pessoas o acesso ao segredo industrial, e inviabilizando a externalização de tal conteúdo.

Quando uma sociedade empresária opta pelo segredo industrial, ela simplesmente deixa de levar aquela nova técnica à registro público, gerando efeito imediato de Direito à exclusividade. No entanto, tal empresa não detém o monopólio sobre a propriedade, não tendo nenhuma garantia ou proteção legal quanto ao bem intelectual em questão. Contudo, o *trade secret* se mostra um mecanismo vantajoso no que tange aos custos, pois não há dispêndios de registro - embora haja investimento em acordos internos para manter o sigilo-, à não necessidade de tornar a tecnologia pública, ao fato de que o monopólio fático sobre aquela invenção é de prazo ilimitado. Portanto, gozar de confidencialidade dentro da organização se mostra uma das principais motivações para que as sociedades empresárias optem por essa ferramenta geradora de vantagem comercial. Nota-se que se diferencia da patente em relação ao tempo ilimitado, essa deve exaurir o tempo determinado para então gerar os lucros decorrentes daquela exclusividade. A violação desse segredo está amparada pelo instituto da concorrência desleal, previsão suscitada pela Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.276/96, artigo 195, incisos XI e XII⁵).

5 Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de

2.2.1.2. *Know-how* (em sentido amplo)

Know how, em tradução literal significa "como fazer", e expressa um patrimônio imaterial, referente às tecnologias ou técnicas de melhoria que agregam valor a um produto, pois exprimem o conhecimento acerca de um processo. O contrato de know-how é o documento pelo qual se faz a transferência dessa tecnologia, empregada na produção e comercialização de bens, podendo se transferir somente a autorização para se utilizar a técnica (licenciamento) ou a titularidade da inovação.

O *know how* é, assim, o corpo de conhecimentos, técnicos e de outra natureza, necessários para dar a uma empresa acesso, manutenção ou vantagem no seu próprio mercado. Esta vantagem poderia ser obtida por outras formas: concentração de meios financeiros, situação legal privilegiada, capacitação dos dirigentes, acesso a fontes de matéria prima, poder político, etc." (BARBOSA, Denis., 2003, p. 560).

Há basicamente três cláusulas essenciais nos contratos de know-how. A que estipula o dever do fornecedor de tecnologia se comprometer a comunicar experiências empresariais ao receptor, de forma a transmitir os meios necessários e suficientes para realizar a atividade definida no contrato; a que o receptor se compromete retribuir a comunicação e a que o receptor se compromete em manter o segredo sobre o know-how, justamente pelo fato de que a confidencialidade é a característica mais importante desse tipo de transação, na medida em que envolve a questão da vantagem competitiva no ramo empresarial.

Os contratos de transferência de know-how são confidenciais, bilaterais, onerosos (mas nada impede que sejam estabelecidos de modo gratuito), consensuais, definidos e específicos - pois a alteração pode levar a extinção, resguardando um direito pessoal - autônomo e irredutível. O objeto dessa modalidade de contrato é a cessão de posição na concorrência, e, ainda conforme Denis Borges Barbosa (2003), implica cessão de concorrência na medida em que significa uma renúncia, por parte do fornecedor, de utilizar-se da vantagem que teria em produzir, ele próprio, no mercado considerado, ou, pelo menos de produzir sozinho.

Por fim, há de se evidenciar que existe uma linha tênue entre o conceito de know how e a noção de trade secret, pois, frequentemente, ao abordar know-how, se volta para seu sentido restrito, que visa alcançar somente o conhecimento de certos segmentos da estrutura técnica de produção (know how técnico). Diante disso, tende-se a reduzir o know-how ao Trade Secret. Contudo, o que define o know how em sentido amplo não é o segredo existente ao redor de uma técnica, mas a não possibilidade de acesso por parte da sociedade ao conhecimento do modelo de produção de uma sociedade empresária:

Outros concorrentes podem ter o mesmo segredo, e dele fazerem uso, mas o know-how específico não é acessível a todo e qualquer competidor, atual ou potencial. Neste sentido, é secreto no seu sentido etimológico, ou seja, segregado ou afastado: não é algo que ninguém - salvo o detentor - sabia, mas algo que certas pessoas não sabem. (BARBOSA, 2003, p. 560).

conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato; XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

3. Direito do consumidor (acesso à informação) versus direito à livre concorrência da empresa (*trade secret*)

A Lei nº 8.078/90 traz o denominado Código de Defesa do Consumidor, abarcando a proteção dada à parte em posição de vulnerabilidade na relação consumerista. O Art. 6º da referida lei, em seu inciso III (modificado pela Lei 12.741/2012), determina que é direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. Desse modo, é incongruente com a lei manifestações que restrinjam o acesso da sociedade consumidora àquilo que está adquirindo, o que se intensifica nos casos de aquisição de produtos alimentícios.

William Callegaro (2016), em “A Responsabilidade Civil da Indústria de Alimentos nas Relações de Consumo sob o Enfoque da Rotulagem como Meio de Acesso à Informação” afirma que:

O direito fundamental à informação, conforme Rizzato Nunes, pode ser contemplado sob três espécies, sendo elas: o direito de informar; o direito de se informar; e o direito de ser informado. Assim, no momento que a prerrogativa de informar – representada pela primeira espécie – deixa de ser exercida pelo fornecedor passamos a necessitar das demais espécies para concretizar as obrigações do fornecedor em informar. (p.13)

Além disso, o direito de ser o consumidor informado pelo produtor, se relaciona também com o princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, III do Código de Defesa do Consumidor) como bem diz Roberto Senise Lisboa (2012) em “Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo”:

O direito à informação decorre da boa-fé objetiva, que é princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, constituindo uma regra básica de convivência social que passa a ter relevância jurídica para o asseguramento dos demais princípios decorrentes da constituição do vínculo de direito.” (p.151)

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, formula uma série de normas e princípios, como os da devida informação e da transparência -previstos pelo artigo 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor-, que restringem os abusos que recaem sobre a parte vulnerável nas relações consumeristas: quem consome. No que abrange o Princípio da Transparência, William Callegaro (2016) ainda afirma: “obrigação do fornecedor de dar a informação correta sobre o produto, bem como informar os seus riscos à segurança e à saúde dos consumidores.” (tradução, p.20). Diante do exposto, nota-se o reforço da Constituição Federal a defesa do consumidor e ao direito de acesso à informação, através de seus dispositivos⁶.

Todavia, com o crescer da denominada Era do Conhecimento (SANTOS, 2009, p.15), que promoveu o incremento do capital intelectual, o direito de acesso à informação pelo

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XIV- é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional [...] XXXII- o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. Art. 170 -A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V- defesa do consumidor.

consumidor é restringido. A relação entre as partes em contrato faz-se mais distante, e, por isso, de difícil acesso se tornam as informações sobre os alimentos, agora produzidos de forma mais complexa. A título de exemplo, são as indústrias alimentícias no fornecimento de produtos: mesmo com o processo de rotulagem, com a delimitação por parte da Comissão do Codex Alimentarium do que deve ser ou não apresentado ao público; ainda sim, existem complicações.

E a situação torna-se mais complexa quando envolve a noção das trade secrets, na medida em que serão restringidas ao acesso da população informações que sejam essenciais à manutenção da empresa enquanto diferenciada no mercado. Ana Frazão (2018), em “Função Social da Empresa” relaciona as ideias de função social da empresa e acesso à informação. Em certo trecho, explicita:

Com efeito, qualquer que seja a dimensão que se atribua à função social da empresa, deve ser ela compatibilizada com o princípio da manutenção da empresa, na medida em que a subsistência rentável da sociedade empresária é pressuposto para a realização de qualquer outro interesse (p.12).

Com isso, quer dizer que, mesmo que o acesso à informação seja ponto imprescindível à função social da empresa, não poderá jamais prejudicar a própria existência daquela (dimensão negativa), de modo que possa ser cerceada se necessária à manutenção da sociedade empresária.

Veja bem o quanto complicado, todavia, se torna a situação de um adquirente quando, não sabendo de sua restrição alimentar a um ingrediente, consome certo produto cuja fórmula, secreta, possui aquele em sua base. Há desse modo, um conflito entre a preservação do próprio direito à saúde do indivíduo (Art. 6º, I, CDC) e a manutenção da empresa e de seu direito à concorrência.

3.1. Possível solução do conflito entre o direito do consumidor e o direito à livre concorrência da empresa

Pode-se analisar a questão do cerceamento do direito à informação em detrimento dos direitos que protegem a propriedade intelectual de uma empresa, em específico acerca da responsabilidade civil da indústria alimentícia. A rotulagem dos produtos são o meio de acesso à informação do qual os consumidores dispõem. Nesse sentido, é imprescindível que a empresa disponibilize todas as informações sobre seu produto, corretas e verdadeiras, veiculando-as no rótulo, dificultando ou impossibilitando a ocorrência de vícios e defeitos de informação que possam vir a ser capazes de lesionar a saúde do consumidor⁷.

Em uma relação consumerista, o consumidor sempre constitui a parte mais frágil da relação jurídica, haja vista que, embora no caso concreto possua abastada condição financeira, nunca estará configurando relação de equilíbrio perante à empresa. Os consumidores são investidos de duas características principais: vulnerabilidade e hipossuficiência. A vulnerabilidade se projeta na condição de que todo consumidor é vulnerável em uma relação de consumo, e a hipossuficiência é condição superveniente utilizada na seara processual, referente ao consumidor que teve direito violado, com o fim de inversão do ônus da prova justamente pelo fato de que, tendo em vista que o consumidor é sempre vulnerável na relação consumerista, não possui dispêndios suficientes para produzir provas contra a empresa, obrigando-a a fornecer todos os dados necessários para o andamento do processo. Caso a empresa se negue a apresentar

⁷ Através do trabalho de conclusão de pós graduação em Direito de autoria de William Gabriel Callegaro (2016), pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intitulado “A responsabilidade civil da indústria de alimentos nas relações de consumo sob o enfoque da rotulagem como meio de acesso à informação” faz-se a análise do cerceamento do direito à informação em detrimento do direito à preservação.

as informações necessárias ao poder judiciário será responsabilizada, sendo obrigada a indenizar o consumidor. Ademais, além dos consumidores que meramente possuem seu direito à informação violada, há os consumidores que possuem condições especiais de consumo, quais sejam: diabetes, doença celíaca, intolerância à lactose, alergias, dentre outras possibilidades restritivas, agravando ainda mais a situação se houver um cerceamento desse direito à informação.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), após a promulgação da Constituição Federal em 1988, deixou de tratar as relações consumeristas por leis específicas ou através dos Códigos, que eram analisados separadamente, e passou a regulamentar tais relações em todas as áreas do Direito - civil, comercial, penal - de forma mais abrangente e conexa⁸.

O dever de o fornecedor de alimentos proporcionar as informações adequadas sobre o produto é obrigação pré-contratual, baseada no princípio da boa-fé objetiva, exprime uma ficção jurídica criada pelo legislador para prevenir que ocorram efeitos negativos ao consumidor em razão de um contrato estabelecido de forma indevida, induzindo o consumidor ao erro. O Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer o princípio da boa-fé como cláusula geral, abre ao consumidor a premissa da nulidade de cláusulas contratuais. Rege o Art. 51 do referido diploma:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – Estabeleçam obrigações consideradas inférmeas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)

Além disso, o Art. 31 do CDC versa sobre o dever de informar, evidenciando a obrigação de constar no rótulo dos alimentos informações corretas, claras e precisas, ostensivas e em língua portuguesa, sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia prazos de validade e origem, entre outros dados, e sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. Segundo William Gabriel Callegaro (2016, p. 21):

Toda e qualquer informação prestada de forma equivocada fere diretamente o direito à informação (expresso tanto na constituição, quanto no microssistema do CDC) autorizando o consumidor a buscar tutela jurídica. Ademais, o princípio do direito à informação nas relações de consumo pode ser entendido como um princípio que estabelece uma “via mão dupla”, ao passo que; estabelece o direito de o consumidor ser informado e determina ao fornecedor o dever de informar.

Existem dois modos de recorrer ao judiciário por conta da lesão ao direito de informação adequada, pois o tipo de processo é diferente conforme o tipo de lesão, que pode ser em decorrência de um vício de informação ou defeito de informação. O vício de informação exprime a discrepância existente entre o produto e a informação afixada no rótulo, e de acordo com a lei brasileira é considerado menos grave que o defeito de informação e suas formas de responsabilização, previstas no CDC (artigos 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24 e 25). Quando se depara com um defeito de informação está se falando em responsabilidade objetiva, pois aquele defeito de informação é um erro grave que pode gerar enorme consequência na vida do consumidor,

⁸ “O caráter de direito fundamental do direito à informação determina que o consumidor deve ser considerado em toda a sua complexidade, não se podendo observar, exclusivamente, a sua esfera econômica.” (CALLEGARO, 2016, p.13).

quais sejam por exemplo: idosos, que possuem tratamento distinto em razão de sua condição especial de vulnerabilidade - hipossuficiência-, na medida em que não possuem nem conhecimento técnico, nem onerosidade suficiente para litigar, acionando o mecanismo da inversão do ônus da prova - *ope legis*. Portanto se o fornecedor não conseguir produzir provas, de acordo com as excludentes legais (art.12, § 3º do CDC), e, o consumidor apresentar os mínimos indícios de sua alegações; o fornecedor será responsabilizado pelos danos causado por um dado produto. Destarte, pode-se inferir que todo e qualquer consumidor que se sentir lesado no que tange seu direito à informação adequada tem competência para impetrar ação contra a empresa.

Tendo em vista que essa informação pode envolver parte intangível da empresa garantidora de vantagem comercial da mesma, ou seja, uma tecnologia de produção no setor alimentício, conforme o enfoque dado -afetando o instituto da concorrência-, apresenta-se como mais adequado solucionar esse impasse com a aplicação do Princípio da Proporcionalidade⁹ quando em relação aos direitos de acesso à informação e proteção da livre iniciativa, abarcando as noções de adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*, como bem demonstra Paulo Bonavides (2004) em “Curso de Direito Constitucional” (p.396). Analisando-se de que modo o princípio da boa-fé objetiva atrelado ao direito de acesso à informação na relação consumerista pode ser sopesado com o princípio da livre iniciativa (Art. 170, CF), com o direito de exclusividade da empresa e com *trade secret*, chega-se a uma possível solução ao conflito exposto, de modo a equilibrar interesses de ambas as partes. A ponderação cumpre salientar, deverá levar em conta a condição de vulnerabilidade do consumidor na relação.

Ademais, em casos que houver abuso por parte da empresa em restringir informações essenciais à rotulagem, será cabível a desconsideração da personalidade jurídica, levando-se em conta que, reitera-se, a atuação seja abusiva, desrespeitando a Lei de Livre Concorrência (nº 12.529/2011). Com isso, há a possibilidade de preservação tanto do consumidor, dada a situação de vulnerabilidade diante do acesso não integral ao que se consome; e da sociedade empresária, com a manutenção de seu fim primeiro de livre concorrência no mercado.

4. Conclusão

A partir da análise feita no presente trabalho, conclui-se que a preservação do segredo de indústria acaba por cercear os direitos de acesso à informação e de saúde da população, na medida em que essas perdem a possibilidade de acesso íntegro ao que consomem diariamente. Entretanto, apesar de haver a necessidade de preservação desses direitos, há também o dever de preservação da liberdade de iniciativa no âmbito privado, respeitando-se os direitos de exclusividade como modo de diferenciação e qualificação da empresa em relação à concorrência. Portanto, o que se deve ter como pressuposto na análise realizada é que, diante desse conflito, devem ser feitas ponderações baseadas no Princípio da Proporcionalidade, como forma de se garantir a aplicação e a adequação das decisões ao fato concreto, com suas particularidades.

5. Referências

BARBOSA, D. B. Uma introdução a propriedade intelectual. Segunda edição rev. atual. Editora

⁹ Denis Borges Barbosa (2003) afirma que “Quando há colisão entre dois direitos constitucionais igualmente valiosos, impõe-se a regra da razoabilidade, ponderação, ou balanceamento, uma das mais augustas e elaboradas técnicas do direito constitucional.” (p. 87). / Princípio de ordem implícita, porém reconhecido pela Constituição Federal, Art 5º, §2º- Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte

Iumen Juris: 2003.

BARROZO, H. A., & TESHIMA, M. . A propriedade intelectual e seus aspectos no âmbito do MERCOSUL. Scientia Iuris, 2013 Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/11229/9995>> Acesso em: 17. Out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15º Ed. 2004. Disponível em: <<https://www.passeidireito.com/arquivo/6388688/paulo-bonavides---curso-de-direito-constitucional--15-edicao>> Acesso em: 07. Nov. 2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. De 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 07. Nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 07. Nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 12. 529, de 30 nov. 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em: 07 nov. 2018.

BROOKING, Annie. El capital intelectual: El principal activo de las empresas del tercer milenio. Barcelona, Paídos: 1977. Disponível em: <<http://jorgecapellariera.com/wp/wp-content/uploads/2013/02/Blog-1-El-Capital-intelectual-Brooking.doc>> Acesso em: 17. Out. 2018.

CALLEGARO, William G. A responsabilidade civil da indústria de alimentos nas relações de consumo sob o enfoque da rotulagem como meio de acesso à informação. 2016. 76 p. Monografia (conclusão de curso) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/156750/001017270.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 14 Out. 2018.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. In: COELHO, F. U., ALMEIDA, M. E. M. de. (coords). Enciclopédia Jurídica da PUCSP. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

LISBOA, R. S. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. 3º Ed. Editora Saraiva: 2012. Disponível em: <https://estradadoslivros.org/direito-concursos/responsabilidade-civil-nas-relacoes-de-consumo-roberto-senise-lisboa/> Acesso em: 17. Out. 2018.

Propriedade Intelectual (OMPI). Disponível em: <http://www.utfpr.edu.br/patobranco/estrutura-universitaria/diretorias/direc/nit/pi> Acesso em: 07. nov. 2018.

SANTOS, Ana Cláudia Karam Abdallah. A tutela jurídica do “capital intelectual” das sociedades empresárias. 2009. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de

São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-04012011-134221/pt-br.php>> Acesso em: 17. Out. 2018.

VAZ, C.; VIEGAS, C. V., MALDONADO, M. U. Valorização do capital intelectual para as organizações. In: CONGRESSO NACIONAL DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO & III INOVARSE – RESPONSABILIDADE SOCIAL APLICADA. XII. Área temática: Gestão do Conhecimento Organizacional. 2016. Disponível em: http://www.inovarse.org/sites/default/files/T16_209_0.pdf Acesso em: 17. Out. 2018.