



Editora **UNIJUI**

Departamento de Ciências
Jurídicas e Sociais

Volume 29, Número 53

Jan./Jun. 2020

ISSN 2176-6622

Qualis B1

REVISTA ELETRÔNICA



Revista

Direito em
Debate

Reitora
Vice-Reitora de Graduação
Vice-Reitor de Pós-Graduação
Pesquisa e Extensão
Vice-Reitor de Administração

Editor
Diretor Administrativo
Programador Visual

Contato
Editora
Editora de texto e de layout
e leitora de prova
Revisão
Conselho Editorial



Cátia Maria Nehring
Fabiana Fachinetto
Fernando Jaime González

Dieter Rugard Siedenberg



Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste do Estado
do Rio Grande do Sul (Unijuí, Ijuí, RS, Brasil)
Rua do Comércio, 3000
Bairro Universitário
98700-000 – Ijuí – RS – Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br
www.facebook.com/unijuieditora/

Fernando Jaime González
Anderson Konagevski
Alexandre Sadi Dallepiane



ISSN 2176-6622
Ano 29 • nº 53 • Jan./Jun. 2020

DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí

anna.paula@unijui.edu.br

Dra. Anna Paula Bagetti Zeifert, Universidade Regional do Noroeste do Estado
do Rio Grande do Sul - Unijuí, Brasil

Rosemeri Lazzari, Editora Unijuí, Brasil

Editora Unijuí

- Arno Dal Ri Junior, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil
- Eduardo Devés-Valdés, Universidade de Santiago do Chile – USACH, Chile
- Wagner Menezes, USP
- Drª Odete Maria de Oliveira, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
- Rui Carlos Gonçalves Pinto, Faculdade de Direito de Lisboa, Portugal
- Alejandro Rosillo Martinez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.
- Daniela Serra Castilhos, Universidade Portucalense, Portugal
- Sidney Cesar Silva Guerra, Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ, Brasil
- Roberto Miccù, Sapienza Università di Roma, Itália
- Alfonso de Julios-Campuzano, Universidad de Sevilla, Espanha
- Cristina Albuquerque, Universidade de Coimbra, Portugal
- Carlos Alberto Vilar Estevão, Universidade do Minho, Portugal
- Humberto Dalla Bernardina Pinho, Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Brasil
- Gustavo Raposo Pereira Feitosa, Universidade de Fortaleza – Unifor, Brasil
- Angela Condello, Università di Roma Tre, Itália
- Tiziano Toracca, Università di Perugia, Itália
- Nuria Bellos Martin, Universidad de Burgos, Espanha
- Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Universidade Católica de Pelotas – Ucpel; Universidade Federal do Rio Grande – Furg, Brasil
- José Eduardo Faria, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, Brasil
- Nelson Camatta Moreira, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Thiago Fabres de Carvalho, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Brasil
- Luiz Ernani Bonesso de Araújo, Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Santa Maria–RS, Brasil
- Leonel Severo Rocha, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Claudia Rosane Roesler, Universidade de Brasília – UNB, Brasil
- José Luis Bolzan de Moraes, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, Brasil
- Giuseppe Ricotta, Sapienza Università di Roma, Roma, Itália, Itália
- Eligio Resta, Università degli Studi di Roma Tre, Itália, Itália
- Antonio Carlos Wolkmer, Universidade federal de Santa Catarina – UFSC, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Anna Paula Bagetti Zeifert

5

O CONTROLE JUDICIAL DA PRODUÇÃO DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Adriano da Silva Ribeiro, Jessica Sérgio Miranda, Regiane Priscilla Monteiro Gonçalves

6

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS ARTES:

Contribuições Para o Pensamento Crítico Contemporâneo

Alejandro Knaesel Arrabal, Carlos Eduardo do Nascimento

18

A CIÊNCIA JURÍDICA E O TEMPO:

Perspectivas das Mutações dos Conceitos Estruturais do Ordenamento Jurídico Junto ao Correr das Épocas

Arcio Milton Wailler, Ricardo Cavedon

28

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E COMPLIANCE TRABALHISTA:

Medidas Para Prevenção, Gestão e Resolução Consensual De Conflitos

Beatriz de Felipe Reis, Gustavo Silveira Borges, Nelson Soares da Silva Neto

40

SUPERENDIVIDAMENTO: Um Problema Individual ou Coletivo?

Beatriz Frota Moreira, Mariana Dionísio de Andrade, Eduardo Régis Girão de Castro Pinto

55

O COMPLIANCE NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Cintya Nishimura Durães, Maria de Fátima Ribeiro

69

DOS MODOS DE PRODUÇÃO DA MANUFATURA À UBERIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE TRABALHO

Cleiton Lixieski Sell

79

BLOQUEIO INTERMITENTE DA BR-174 PELO POVO INDÍGENA WAIMIRI-ATROARI:

Necessidade de Consulta Prévia em Caso de Intervenção Estatal Sobre o Seu Território

Daniel Reis e Silva, Alex Penha do Amaral, Raimundo Pereira Pontes Filho

91

MODELO(S) DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA DO SUL

Danielle Sales Echaiz Espinoza

106

SÓ É POSSÍVEL HABITAR O QUE SE CONSTRÓI:

Uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Direito Fundamental à Moradia no Brasil Contemporâneo

Débora Laís dos Santos Costa, Edson Vieira da Silva Filho

116

O NOVO IMPERIALISMO E O NEOLIBERALISMO NAS POLÍTICAS DAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA
NA AMÉRICA LATINA: Uma Análise a Partir da Reforma do Poder Judiciário
Brasileiro e da Busca pela Consolidação do Estado Democrático de Direito
Edith Maria Barbosa Ramos, Edson Barbosa de Miranda Netto

128

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO E PRIMEIRAS IDEIAS SOBRE UMA TEORIA DA DECISÃO
Fernando de Brito Alves, Vinicius Scherch

141

A BUROCRACIA NOS CONTRATOS DE AVERBAÇÃO DE TECNOLOGIA NO BRASIL
Gabriel Ralile de Figueiredo Magalhães, Ricardo Luiz Sichel

153

SISTEMA MULTIPORTAS DE JUSTIÇA E A ATUAÇÃO DO PROJETO
DE EXTENSÃO CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS
Jaqueline Beatriz Griebler, Fernanda Serrer

168

CAMBRIDGE ANALYTICA:
Escândalo, Legado e Possíveis Futuros para a Democracia
Mateus de Oliveira Fornasier, Cesar Beck

182

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 6 DE 1995 E O PROCESSO
DE DESNACIONALIZAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS NO BRASIL
Matheus Amorim de Oliveira Andrade, Daniel Francisco Nagao Menezes

196

DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA A PRORROGAÇÃO
POR INTERESSE PÚBLICO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO
Odone Sanguiné, Felipe Montenegro Viviani Guimarães

206

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL:
Las Experiencias de Brasil y Chile
Rodrigo Cristiano Diehl, Rosane Teresinha Carvalho Porto, Bianca Baracho

211

PARCELAMENTO E CESSÃO GRATUITA DE SUPERFÍCIE DO SOLO DOMINICAL
PARA FINS DE MORADIA EM ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL:
Urbanização e Desenvolvimento Econômico Sustentável
Sandro Marcos Godoy, Antonio Gilberto Pighinelli Junior

233

O ENSINO DO DIREITO PENAL NOS CURSOS JURÍDICOS:
Necessidade de uma Formação Humanística e Consciência Crítica Responsável
Sonia Do Carmo Groberio, Gilsilene Passon Francischetto

247

APRESENTAÇÃO

Vivemos um momento único na década que se inicia com a grave pandemia mundial da Covid-19, que nos coloca diante de vários desafios sociais, políticos, econômicos, éticos e acadêmicos. Como sociedade, precisamos repensar nosso papel como cidadãos, assim como nossa responsabilidade de coexistirmos de forma solidária. A democracia continua tendo valor fundamental para que possamos retomar os rumos do país diante dos desafios que são globais.

A *Revista Direito em Debate*, uma publicação do curso de Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – no volume 29, número 53, referente ao primeiro semestre de 2020, continua acreditando numa proposta que garanta a construção de um Direito comprometido com as demandas sociais e com os grupos mais vulneráveis, ampliando as discussões sobre o verdadeiro papel do operador do Direito e a relevância social das suas decisões, a luta por justiça e dignidade para todos os indivíduos, muito mais urgentes diante do contexto atual.

A emergência internacional desencadeada pela pandemia da Covid-19, declarada em 30 de janeiro de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (OMS), provoca profundas mudanças no papel dos Estados e exige ações integradas nas mais diversas áreas, que respondam aos interesses e necessidades da coletividade, já tão afetada pelos altos índices de desigualdades sociais, miserabilidade, violações de direitos que, no atual contexto de crise mundial, retardam ainda mais as ações pela efetivação de uma justiça social equitativa e sustentável.

Com uma gama de artigos que incluem pesquisas sobre várias temáticas relacionadas ao Direito e áreas afins, a *Revista Direito em Debate* permanece reafirmando o seu compromisso com um debate acadêmico qualificado acerca de temas que demonstram o seu comprometimento com a superação do dogmatismo jurídico e a promoção das discussões relativas à democracia, à justiça, à dignidade e aos instrumentos de transformação social.

Nesta edição, novamente agradecemos aos autores, pareceristas, leitores e equipe editorial da *Revista Direito em Debate*, indispensáveis para que em cada número publicado novas e instigantes pesquisas sejam apresentadas à comunidade acadêmica, possibilitando novos debates e reflexões.

Ijuí, maio de 2020.

Anna Paula Bagetti Zeifert

O CONTROLE JUDICIAL DA PRODUÇÃO DA PROVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.6-17>

Recebido em: 21/11/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2020

Aceito em: 26/2/2020

Adriano da Silva Ribeiro

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (2019) e pós-doutorado em Direito Constitucional pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Mestrando em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Fumec. Representante Discente dos PPGs no Conselho de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão – Conseppe/Fumec. MBA em Gestão Municipal pela Faculdade Unyleya (2018). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Dom Pedro Segundo (2018). Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Gama Filho (2013). Bacharel em Direito pela PUC Minas (2010). Monitor de Direito Constitucional da PUC Minas Betim (2010). Licenciado em Letras e suas Literaturas PUC Minas Betim (2002). Especialista em Arte, Educação e Tecnologias Contemporâneas pela UNB (2006). Pesquisador no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). Associado do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (Inpej). Articulista e Parecerista de Periódicos Jurídicos Nacionais e Internacionais. Professor orientador no Grupo Educacional Iesla/Esjus. Servidor Público do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais desde 1995. Assessor Judiciário de Gabinete no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. <http://lattes.cnpq.br/2662848014950489>. <http://orcid.org/0000-0002-6658-3179>. adrianoribeiro@yahoo.com

Jessica Sérgio Miranda

Mestranda na Universidade Fumec. Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2017). Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisadora no Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). <http://lattes.cnpq.br/8332541440237592>. <https://orcid.org/0000-0001-9182-7836>. jessicaserio500@hotmail.com

Regiane Priscilla Monteiro Gonçalves

Mestranda em Direito pela Universidade Fumec, área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia, Direito Público. Pós-Graduação em Direito e Processo Cível pela Faculdade Estácio de Sá (2015). Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Faculdade de Itaúna (2012). Graduação em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Belo Horizonte (2011). Atualmente é professora do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho. É membro ativo das Comissões de Promoção da Igualdade Racial e Direito na Escola, sendo certificada e habilitada para ministrar aulas de noções do direito para alunos do Ensino Médio. <http://lattes.cnpq.br/3946516118119144>. <https://orcid.org/0000-0002-7864-5277>. dra.regianebh@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o instituto da prova no processo civil, aprofundando o estudo sobre a atuação do magistrado na sua determinação e produção. Passando por temas como imparcialidade, função do juiz e análise da prova no novo modelo processual brasileiro, por fim teremos a análise da existência de controle na produção de prova de ofício pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Palavras-chave: Imparcialidade. Produção de provas. Juiz. Controle.

THE JUDICIAL CONTROL OF EVIDENCE PRODUCTION IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY

ABSTRACT

The present article intends to analyze the institute of the proof in the civil process, deepening the study on the magistrate's performance in its determination and production. Passing on issues such as impartiality, role of the judge and analysis of evidence in the new Brazilian procedural model, and finally we will analyze the existence of a control in the production of evidence by the Court of Justice of Minas Gerais.

Keywords: Impartiality. Production of evidence. Judge. Control.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Noções sobre o instituto da prova no processo civil democrático. 2.1 Conceito e importância da prova. 2.2 Objeto e classificação da prova. 2.3 Dos princípios que regem a prova. 3 Amplitude dos poderes instrutórios do juiz na análise das provas. 3.1 Inexistências de atuação supletiva, prestígio à isonomia e irrelevância da natureza do direito material em discussão. 3.2 A apreciação da prova. 3.3 O papel do Judiciário na formação da prova. 3.4 A imparcialidade. 4 O controle da produção da prova na jurisprudência mineira. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da atuação judicial para a realização da produção de provas necessárias à formação de convencimento do magistrado, verificando se esta viola o princípio da imparcialidade, que deve orientar a atuação do magistrado na condução processual.

Diante desse papel ativo do julgador, na condução do poder instrutório que lhe é conferido, nada impede que este determine mais de uma medida a ser realizada na produção probatória. É exigida, contudo, a escolha de mecanismos menos onerosos e de resultado mais célere, ficando claro que ao magistrado não é atribuída uma função supletiva (complementar) no tocante à produção de provas, mas uma atuação de forma subsidiária, em casos de inércia ou mesmo imperícia das partes na busca pela verdade real.

Pretende-se, assim, analisar a jurisprudência, no período de 2016 a 2018, das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça de Minas Gerais a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a fim de verificar se o Tribunal considera afronta ao princípio da imparcialidade a atuação do magistrado na condução processual voltada à produção de provas bastantes para a formação do seu convencimento. A escolha desse corte deveu-se ao fato de ser órgão de atuação profissional dos pesquisadores. Para desenvolver a pesquisa, o levantamento de decisões foi efetuado no endereço eletrônico daquele Tribunal, com a utilização dos termos “produção de provas” e “imparcialidade”.

Para tanto, principia-se tratando do instituto da prova no processo civil, perpassando pelo conceito, objeto, classificação e princípios relacionados ao instituto. Em sequência, tratar-se-á da amplitude dos poderes instrutórios do juiz. Assim, será explorado o modo pelo qual deve se dar a atuação do juiz na apreciação das provas e os limites do papel judicial ante o princípio da imparcialidade. Para finalizar, será analisado, no último tópico, em que sentido é realizado o controle da prova pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Quanto à metodologia empregada, o artigo foi desenvolvido por método de pesquisa acadêmica quali-quantitativa, buscando dados primários na fonte e dados secundários na doutrina referente ao instituto da prova. A partir da aplicação do método descritivo/compreensivo, busca-se um diagnóstico voltado, em especial, à jurisprudência do TJMG, no que se refere à produção probatória, ao papel do julgador e ao princípio da imparcialidade.

2 NOÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO

O presente tópico apresenta noções a respeito do instituto da prova, previsto no processo civil brasileiro. São, portanto, delineados o conceito, objeto e classificação, bem como os princípios que regem o referido instituto.

2.1 Conceito e importância da prova

É importante registrar que, morfológicamente, conforme ensina Moacyr Santos (1952, p. 3-4), prova deriva do latim “*probatio*”, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, provindo do termo *probare* (probo, as, are) com significado de provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar.

Para Rosemiro Pereira Leal (2005, p. 53), o instituto jurídico da prova deve configurar-se pela “conjunção-garantia dos princípios jurídicos da isonomia, ampla defesa, contraditório e do *due process of law*”. Por isso, “direito à procedimentação das alegações de direitos pela conexão normativa de fonte democrática e não pela relação jurídica entre os sujeitos processuais”.

Eduardo Cambi (2016, p. 41) sintetiza:

Juridicamente, o vocábulo “prova” é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz).

A prova “é fator de visibilidade de argumentação jurídica”, afirma Rosemiro Leal (2005, p. 54-55), portanto ela impõe “a participação lógico procedimental das partes na preparação do provimento (sentença) e não como sujeitos passivos (privados de liberdade procedimental)”.

Segundo Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 268-269),

Por *instituto jurídico*, entende-se um conjunto de princípios que se unificam pela *conexão normativa* determinante de seu significado e aplicação. A *prova*, portanto, como *instituto jurídico*, para cumprir sua finalidade de “fixação dos fatos no processo”, enuncia-se pelos conteúdos lógicos de aproximação dos seguintes princípios: a) *indiciariedade* (caracterizada pelos *elementos* integrativos da realidade objetivada no espaço); b) *ideação* (exercício intelectual da apreensão dos elementos pelos *meios* do pensar no tempo); c) *formalização* (significa a instrumentação da realidade pensada pela *forma legal*).

No sentido jurídico, o vocábulo prova, conforme expõe Moacyr Amaral Santos (1952, p. 11-12), pode significar:

[...] a produção dos atos e dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez a prova da sua intenção, o réu fez a prova da exceção.

Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2015, p. 190-191) defende que a prova é dirigida ao processo como principal e direto destinatário, porque, segundo ele, “é no processo – entendido como espaço procedimental compartilhado, cognitivo e argumentativo – que cada parte apresenta suas narrativas fáticas e respectivas provas [...]”.

No ordenamento jurídico brasileiro a existência do direito constitucional à prova foi consagrado na Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, inciso LV (BRASIL, 1988), como decorrência dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa (CAMPOS, 2016, p. 78).

Apresentado o conceito de prova, é necessário definir, na sequência, o que deve ser objeto de prova em um processo, inclusive registrar a controvérsia a respeito do que seja exatamente.

2.2 Objeto e classificação da prova

Constituem objetos de prova todos os fatos alegados pelo autor, desde que sejam precisos, controvertidos, relevantes e pertinentes, não se constituindo em objeto de prova os fatos notórios, confessados pela parte contrária, incontroversos ou que tenham presunção legal de existência ou veracidade, de acordo com o artigo 374 do CPC de 2015.

Quanto ao objeto da prova, alerta Rosemiro Pereira Leal (2018, p. 270) que

parece-nos equivocado ensinar que o objeto da prova é o “fato narrado na ação ou na defesa”, porque o objeto do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (art. 93, incs. IX e X, CF/1988) do provimento (ato decisório), não sendo, portanto, o “fato” que, como vimos, é tão somente elemento de prova.

Nesse contexto, registre-se a discussão acadêmica quanto ao objeto da prova, a revelar que parcela da doutrina entende que são os fatos, “porque nem sempre é constituído de alegações, bastando lembrar os fatos que podem ser considerados de ofício pelo juiz” (NEVES, 2018, p. 729), dentre eles: Moacyr Santos, Hum-

berto Theodoro Júnior, Cássio Scarpinela Bueno,¹ enquanto a outra parcela entende que são as alegações de fato, pois “a veracidade atinge exclusivamente as alegações de fato, que podem ser falsas ou verdadeiras” (NEVES, 2018, p. 729), dentre eles: Cândido Dinamarco e Alexandre Freitas Câmara.²

Anote-se, no entanto, que o disposto na norma do artigo 374, *caput*, do CPC de 2015 (BRASIL, 2015), adota o primeiro entendimento. Assim é que “o objeto da prova são os fatos não reconhecidos e nem notórios” (CHIOVENDA, 1965).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2018, p. 729) defende que o melhor, portanto, é afirmar que o “objeto de prova não são os fatos nem as alegações, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz”.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2018, p. 53) classificam as provas, quanto ao objeto, em: a) diretas: se se referem ao próprio fato probando; b) indiretas: se não se referem ao fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele.

Quanto à fonte, as provas podem ser: a) pessoais: é a que se extrai de afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados; b) real: é a que se deduz do exame das coisas, consistindo, pois, na atestação inconsciente, feita por uma coisa. Quanto à forma: a) orais: em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral; b) documentais: afirmação escrita ou gravada; c) material: a consistente em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando. Quanto à sua preparação, as provas podem ser: a) casuais ou simples – as provas preparadas durante o processo; b) preconstituídas – em sentido amplo, se entendem as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futuro processo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 54).

2.3 Dos princípios que regem a prova

Os princípios desempenham papel de grande relevância no ordenamento jurídico, pelo que alguns, fundamentais ao estudo da prova no processo civil, serão aqui elencados.

O princípio do devido processo legal, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do contraditório e da ampla defesa está previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, como garantia fundamental, proporcionando às partes a oportunidade de defender-se das alegações que lhes são impostas em juízo. A propósito, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 850-851) afirma que

o acesso à justiça, mediante um processo justo, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio.

Pelo princípio da livre-convicção motivada, de acordo com o artigo 371 do CPC de 2015, “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Diante das premissas supraevidenciadas, passa-se, a seguir, à compreensão, na análise das provas, do que se entende por poderes instrutórios do juiz, nos termos do Código de Processo Civil de 2015.

3 AMPLITUDE DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NA ANÁLISE DAS PROVAS

No cenário processual brasileiro ficou a cargo do juiz a condução da atividade de instrução do feito. Assim sendo, este fica incumbido de determinar quando, como e de que forma e especialmente por quem serão produzidas as provas capazes de conduzir à decisão mais acertada, conforme artigos 370 e 371 do Código de Processo Civil de 2015, que contém a seguinte redação:

¹ Verificar os autores: SANTOS, Moacyr. *Primeiras*, v. 2, p. 343; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, n. 416, p. 473; SCARPINELA BUENO. *Curso*, p. 245.

² Verificar: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 58. V. III; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 376. V. 2.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Da simples leitura dos dispositivos é possível mensurar que o encargo destinado ao magistrado é amplo e capaz, inclusive, de extirpar dos autos provas inúteis ou que venham tornar o procedimento lento e procrastinatório. Nesse aspecto, dois pontos serão destacados: o primeiro deles está no questionamento se tem o juiz o poder de determinar quais provas serão produzidas e, ainda, qual valor destas.³

Se a legislação não responde aos questionamentos, a doutrina não é pacífica na interpretação. Neste sentido, Vicente Greco Filho (2003, p. 227-228) afirma que

[...] essa autorização deve ser interpretada coerentemente com a sistemática do Código, em especial, com o princípio da igualdade das partes. Assim, conclui-se que não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é própria de cada parte, sob pena de estar auxiliando essa parte e violando a igualdade de tratamento que elas merecem. A atividade probatória do juiz não pode substituir a atividade de iniciativa das partes. Para não inutilizar o dispositivo resta interpretar que o juiz, na verdade, poderá determinar provas, de ofício, nos procedimentos de interesse público, como, por exemplo, os de jurisdição voluntária, e nos demais processos, de maneira complementar a alguma prova já requerida pela parte, quando a prova produzida foi insatisfatória para o seu convencimento. Isto ocorreria, por exemplo, após uma perícia requerida pela parte, no tempo e no local devido, e que fosse inconclusiva, podendo, pois, o juiz determinar de ofício nova perícia. Afora esses casos excepcionais, não pode o juiz tomar a iniciativa probatória, sob pena de violar o sistema da isonomia, e sob pena de comprometer-se com uma das partes extinguindo, com isso, o requisito essencial da imparcialidade.

Em linha diametralmente oposta, José Roberto Bedaque (2001, p. 159) assevera:

Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas junto com elas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da “postura instrumentalista que envolve a ciência processual”. Essa postura favorece, sem dúvida, a “eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”. Contribui, enfim, para a “efetividade do processo”, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa.

Da redação do artigo 370 tem-se que o caráter publicista,⁴ conferido ao CPC de 2015, traz correspondência com a atuação mais ativa do magistrado, fornecendo a ele inclusive prerrogativas para requerimento e/ou produção das provas que entender pertinentes à formação de seu convencimento.

Diante desta nova hermenêutica processual, surge um questionamento: Uma vez que o magistrado abandona seu papel de inércia na condução da atividade probatória, isso seria o suficiente para ferir o princípio da imparcialidade? E essa atuação seria supletiva ou mesmo substitutiva daquela conferida às partes?

A interpretação do artigo 370 do CPC de 2015, ao conferir amplitude de poderes ao juiz na formação da prova, não estaria ofendendo o princípio da imparcialidade, uma vez que a simples ordenação de produção e/ou apresentação de uma prova não seria suficiente para romper com este diretório. Ademais, ao determinar a realização de prova que entenda ser necessária à formação de seu convencimento, o magistrado não tem como precisar a quem tal prova beneficiaria, uma vez que seu resultado é imprevisível.

3.1 Inexistências de atuação supletiva, prestígio à isonomia e irrelevância da natureza do direito material em discussão

Nesse contexto, legitimado o magistrado a atuar de forma ativa na atividade probatória, é necessário dirimir sobre a forma de atuação, a fim de que esta não venha suprir o ônus atribuído às partes. Nos termos do artigo 373 do CPC de 2015, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo e ao réu em relação

³ Sobre o sistema da persuasão racional ou livre-convencimento motivado, consulte-se Theodoro Júnior (2003, p. 378-379).

⁴ “Vê no processo o exercício da jurisdição estatal, orientado à pacificação social por meio da justa e correta aplicação do direito material” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2017. p. 527. V. III.).

à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado. Considerada um ônus, a prova possibilita ao onerado a faculdade de escolher submeter-se ou não ao comportamento desejado, sem que, com isso, lhe seja imposta qualquer sanção.

A abstenção da prática traz somente a inserção a seus efeitos, como, em alguns casos, o reconhecimento do pedido alheio. O ônus de provar nada mais é do que um encargo que tem a parte a fim de convencer o juiz sobre aquilo que se alega. “Trata-se, pois, de encargo posto sob estímulo e não de dever imposto mediante coação” (GODINHO, 2015, p. 167).

Ao incluir o juiz no rol de legitimados à produção das provas, não quis o legislador excluir o ônus conferido às partes. O que se conferiu foi um papel supletivo, complementar, cuja atuação se daria apenas de forma subsidiária. É importante destacar que, de igual modo, não se tornaria um assistencialista das partes, nem mesmo daquelas consideradas hipossuficientes, posto que tal conduta retiraria a constitucionalidade do feito e findaria com o princípio da imparcialidade e da isonomia.⁵

A possibilidade de requerimento da prova pelo magistrado, antes das partes, interessa ao Estado enquanto no exercício da jurisdição, pois tem o dever de buscar a correta solução do litígio. O aprofundamento na fase instrutória tem por consequência lógica a formação da convicção judicial mais adequada e justa, não se podendo usar o princípio da imparcialidade como escudo para a verdade (MASCIOTRA, 2014, p. 419).

Na mesma linha de pensamento, ao que pertence ao tipo de direito em discussão, seja ele um direito disponível, ou mesmo material, categoricamente é possível afirmar que a amplitude de atuação do juiz se mantém inalterável, inclusive não há qualquer dispositivo que transcreva esse pensamento (BEDAQUE, 2001, p. 138).

Tal sistemática se mantém incólume, uma vez que o objetivo da atividade judicial está na pacificação social, que decorre de julgamentos mais justos com exata e correta aplicação do direito material correspondente.

Ivan Righi (1993, p. 45) reconhece a ampla iniciativa probatória do juiz, “exercível inclusive no caso de inércia das partes, e mais: exercível até mesmo contra a vontade das partes”. A redação do artigo 370 do CPC/15 elenca, ainda, como justificativa da atividade judicial, a garantia de formação de seu convencimento.

3.2 A apreciação da prova

Comumente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência consta afirmação de que o destinatário da prova é o juiz, o que se pode entender como sendo superado pelo CPC de 2015, uma vez que, ao tornar o processo o resultado da participação de todos os envolvidos, tira do juiz o papel de coadjuvante para um papel de partícipe e, com isso, todos tornam-se destinatários da prova.

Conforme leciona Alexandre Câmara,⁶ todos os sujeitos do processo devem se convencer de que a prova produzida foi determinante no julgamento. Todos atuam com o mesmo fim, qual seja, um processo justo. Desta forma, não seria possível, dentro deste modelo, um juiz passivo, neutro, que se limitasse unicamente a dar valor às provas produzidas (CÂMARA, 2016, p. 147).

Enquanto no Código de 1973 a redação dava tom em “apreciar livremente a prova” (artigo 131 do CPC de 1973), a atual estabelece ao juiz o encargo de “apreciar a prova” (artigo 371 do CPC de 2015). A retirada do livre-convencimento deu lugar à formação convincente, a qual, inclusive, deve ser demonstrada em sentença, retirado, assim, a discricionariedade que era conferida ao magistrado na apreciação da prova.

⁵ Eduardo Cambi considera que os poderes instrutórios do juiz são complementares ou integrativos, tendo em vista que a atividade probatória principal é das partes (CAMBI, Eduardo. Capítulo XII. Das provas. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 640).

⁶ Defende Alexandre Câmara que “a avaliação que as partes fazem das provas é evidentemente levada em consideração quando se verifica se vale ou não a pena recorrer contra alguma decisão” (CÂMARA, Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 147).

Desta forma, ao proferir a decisão, incumbe ao juiz apresentar valoração discursiva da prova, justificando seu convencimento acerca da veracidade das alegações e indicando os motivos pelos quais acolhe ou rejeita cada elemento do conjunto probatório. Ao produzir a decisão, o juiz, de forma convincente e fundamentada, irá valorar cada prova produzida nos autos, criando, assim, limites ao convencimento, que fica restrito a provas contidas nos autos e de acordo com as perspectivas destas.

3.3 O papel do judiciário na formação da prova

Seguindo a linha do que foi tratado neste despretensioso estudo, na medida do possível, qualquer que seja a qualidade da demanda, pode o juiz, sempre que necessário à sua convicção, investigar, sem qualquer restrição, a verdade real, objetivando sempre atingir o escopo maior do processo: “dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que se tenha direito de conseguir” (CHIOVENDA, 1965, p. 67).

Na atual conjuntura, a inércia do Judiciário, em especial a do juiz, só deve acontecer antes de seu início, posto que, após este, se torna figura ativa na formação de todo o processo. Às partes, de forma privativa, resta apenas a iniciativa das alegações e dos pedidos. Uma vez iniciado o processo em seu campo probatório, o juiz não mais ficará adstrito às provas requeridas pelas partes, tendo, inclusive, autonomia para requerer outras de ofício.

É por lógico que o juiz não deve se esquecer de princípios como o da repartição do ônus da prova, o qual é imposto às partes, ditando, primordialmente, a forma como serão conduzidas e apresentadas suas alegações e a maneira de prová-las.

A este, contudo, não se reserva tão somente papel secundário de mero observador inerte, figura idealizada no antigo Código de 1973 como sendo distante e impassível do embate dialético das partes, incumbido exclusivamente de vigiar o comportamento dos litigantes, a fim de assegurar o respeito de todas as normas e, no fim, proclamar aquele com maior desempenho processual no resguardo de seus direitos; ao contrário, deve adquirir posição ativa, passando, inclusive, a determinar as provas necessárias ao esclarecimento da verdade (MOREIRA, 1985, p. 140-150).

Não é possível estabelecer um critério ou mesmo uma fórmula única prevendo e descrevendo como se dará a atuação do juiz na fase instrutória. Será o caso concreto responsável por ditar de que forma e quando a atuação do magistrado, inclusive na prova *ex officio*, se dará, sendo imprescindível respeitar sempre princípios constitucional e democraticamente construídos como o contraditório e a isonomia.

3.4 A Imparcialidade

Conforme discute-se ao logo deste trabalho, a ideia de maior dialética na construção processual é o foco do CPC de 2015. No Brasil, entretanto, existe uma cultura resistente à iniciativa probatória do magistrado, ocasionada por uma visão antiga que torna o procedimento demasiadamente burocrático e ineficiente. Atualmente, a tendência do processo civil está em cada vez mais conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, adotando o sistema inquisitorial como aquele já existente em países latino-americanos.

Ensina Bedaque (2001) que a ciência processual moderna admite a necessidade de o juiz assumir o papel de condutor do processo, isso somado à amplitude de seus poderes instrutórios, garantida, é claro, a participação das partes em respeito ao contraditório. A resistência à prática decorre do entendimento como uma ofensa aos princípios do dispositivo, da isonomia e do juiz natural (imparcialidade), o que, na realidade, não existe (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 24).⁷

⁷ Nesse contexto: “Quanto ao princípio dispositivo, o magistrado não irá intervir na prática do acordo de vontades sobre direitos disponíveis, apenas fiscalizará a regularidade dos atos” (GALVÃO, 2013). “Quanto ao princípio da isonomia, o modelo adversarial system pressupõe um equilíbrio entre as partes, no entanto não é o que ocorre na prática, já que no processo civil enfrentam-se indivíduos com total disparidade seja econômica ou de posição social, temos como exemplo, quando uma das partes possui um advogado mais eficiente na conduta da atividade probatória, logo a inércia do magistrado pode desvirtuar o resultado da prova, não sendo uma ofensa à isonomia a atuação do magistrado na investigação probatória, e sim, uma atuação da igualdade substancial no processo, com o equilíbrio, in concreto, da situação jurídica das partes.” (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 24).

De acordo com Didier Júnior (2011, p. 24-25), o poder de iniciativa probatória do juiz não é absoluto e ilimitado. O próprio legislador, ao criar o dispositivo, tratou de limitá-lo, por exemplo, com a vedação do exercício deste poder em fatos e circunstâncias que não foram objeto dos autos, ou, ainda, procedendo com a emissão de convicção de natureza unicamente íntima, posto que é dever indicar, na sentença, sua motivação (por isso a exclusão da expressão “livre”-convencimento), e também fundamentar de forma clara o ato judicial e sua valoração das provas, sempre ofertando o contraditório.

Quanto aos defensores da negativa de produção de provas pelo magistrado, sob o argumento de que isto retiraria a imparcialidade deste perante o caso concreto e viciaria todo o julgamento, a referida assertiva não deve prosperar. Isso porque não se pode falar em parcialidade ou até mesmo em violação à inércia na hipótese de o magistrado produzir provas de ofício, pois ele próprio não sabe qual resultado será obtido com a produção da prova, não tendo como ser parcial ou tendencioso.

Essa perspectiva encontra-se cada vez mais alinhada com o princípio da verdade real, que visa a promover uma ampla busca pela verdade, estimulando, assim, a superação das deficiências no sistema processual vigente.

É a partir do princípio da verdade real, afirma Samir Rocha (2013), que se busca superar as deficiências do sistema procedimental. Nesse sentido, o julgador assume o comando do processo aliado às garantias fundamentais do Estado Democrático de Direito. Assim, independente de como ou por meio de quem tenham os elementos da verdade real sido trazidos aos autos, defende Samir Rocha (2013) que eles devem ser levados em consideração pelo juiz quando da elaboração da decisão.

Ainda, no mesmo sentido, está o princípio da cooperação, que tem alcançado prestígio cada vez maior:

O princípio da cooperação é o propulsor do novo modelo processual implantado pelo CPC/2015: Este princípio advém, portanto, de uma releitura do princípio do contraditório, sendo igualmente possível sua concretização a partir da cláusula geral do devido processo legal, sob influência da constitucionalização do processo, retirando o magistrado, na condução do processo, de uma posição acentuadamente assimétrica em relação às partes para torná-lo mais próximos: destarte, possibilita-se o diálogo, criando uma comunidade de trabalho entre as partes e o magistrado para a obtenção de uma decisão adequada e mais condizente com uma democracia participativa. Esse modelo de processo tem por objetivo dividir de forma equilibrada o trabalho entre os seus participantes, implicando no aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 30).

É exatamente nesta toada que o atual sistema processual brasileiro confere à figura do magistrado maior autonomia e liberdade para conduzir o processo, seja questionando, instruindo, inquirindo, entre outras formas. Não que o princípio da imparcialidade não tenha mais relevância, mas, sim, que não representa obstáculo para uma atuação ativa do juiz. De forma inversa: os princípios tomam uma dimensão maior e mostram que a participação do julgador se torna cada vez mais essencial para a formação de um processo verdadeiramente democrático.

4 O CONTROLE DA PRODUÇÃO DA PROVA NA JURISPRUDÊNCIA MINEIRA

Após a análise dos elementos que envolvem o instituto da prova e a atividade do juiz quanto à produção e apreciação das provas, passa-se à análise da jurisprudência mineira no que se refere à atuação do juiz na produção da prova ante o princípio da imparcialidade.

Do total de 27 acórdãos obtidos na pesquisa realizada no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), utilizando os parâmetros “produção de provas” e “imparcialidade”, restringida ao período de 18/3/2016 a 31/12/2018, portanto, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, observou-se que 11 deles se referiam à matéria criminal, o que se afasta do escopo de análise deste estudo.

Das 16 decisões restantes, proferidas pelas Câmaras Cíveis do Tribunal, foram analisados somente dois casos (recursos de apelação cível) que tratavam da questão da possível afronta ao princípio da imparcialidade decorrente da atuação do magistrado de primeiro grau na definição das provas a serem produzidas nos autos.

Percebe-se, dentre essas decisões, que o caso mais recorrente no Tribunal mineiro não é o juiz se utilizar de sua discricionariedade para definir as provas necessárias ao deslinde da questão, mas, sim, de forma análoga, decidir pelo indeferimento do pedido de produção de determinada prova, dando azo à alegação de cerceamento de defesa.

Essa realidade é percebida, por exemplo, no julgamento do recurso de apelação cível,⁸ em que o Tribunal entendeu pela cassação da sentença proferida em primeira instância, tendo em vista o indeferimento da oitiva de depoente arrolada pelo réu a tempo e modo, em razão de não ter esse requerido a produção de prova oral, mas tão somente a parte autora.

Com base nesses fatos, foi decidido:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE DE AUTOMÓVEL – OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE APENAS UMA DAS PARTES – CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. I – Impõe-se o reconhecimento do cerceamento de defesa e a cassação da sentença, para oportunizar à parte a produção de prova requerida e não oportunizada, a qual se mostra essencial ao deslinde da controvérsia trazida no bojo da ação. II – **Muito embora o Juiz tenha o dever de auxiliar, assistir, orientar as partes na busca da verdade real, podendo, inclusive, determinar de ofício a realização de prova que julgue necessária, deverá sempre fazê-lo com imparcialidade e observando os Princípios do Contraditório e da Isonomia Processual, a fim de evitar que uma das partes seja beneficiada em detrimento da outra.** [...] (TJMG – Apelação Cível 1.0702.15.027038-8/001, Relator(a): Des.(a) João Cancio, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/12/2018, publicação da súmula em 13/12/2018) (g.n.).

No caso em tela, considerou a Câmara julgadora que, uma vez reconhecida pelo magistrado a pertinência da prova oral, ela não poderia ser realizada no interesse de apenas uma das partes quando atendidos os prazos processuais para arrolamento dos depoentes. Isso porque deve o juiz exercer os poderes instrutórios com imparcialidade e em respeito aos princípios do contraditório e da isonomia, para não beneficiar uma parte em detrimento da outra.

Entendimento semelhante foi aplicado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal,⁹ em julgamento no qual foi negado provimento ao recurso interposto diante de sentença de improcedência do pedido inicial, com base na ausência de comprovação dos fatos alegados pela parte autora.

Na hipótese, a parte apelante argumentou no sentido de que poderia o juiz solicitar a oitiva de testemunhas caso houvesse dúvidas sobre os fatos, tendo em vista a busca pela verdade real. Esse argumento foi refutado pela Câmara, sob o fundamento de que a posição mais ativa do juiz na colheita de prova, consubstanciada no artigo 370 do CPC de 2015, não afasta a regra geral de que a produção das provas é de livre-iniciativa das partes.

Para melhor compreensão, assim restou ementado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – CEMIG HUMILHAÇÕES E INSULTOS – CORTE INDEVIDO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – DANOS MORAIS – ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA – COLHEITA DA PROVA – ART. 370 CPC/2015 – IMPARCIALIDADE DO JUIZ.

⁸ Trata-se da Apelação Cível de nº 1.0702.15.027038-8/001, de relatoria do desembargador João Cancio, pela 18ª Câmara Cível, em que os apelantes alegaram “[...] preliminares de nulidade da sentença, por ausência de decisão de saneamento e organização do processo, bem como de cerceamento de defesa, por indeferimento da oitiva da testemunha devidamente arrolada para a audiência de instrução, além de ilegitimidade passiva do primeiro apelante, por ser o proprietário do veículo que não teve envolvimento no acidente.” (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de. Apelação Cível 1.0702.15.027038-8/001, Relator(a): Des.(a) João Cancio, 18ª Câmara Cível, julgamento em 11/12/2018. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em 18 jan. 2019).

⁹ Cuida-se da apelação cível de nº 1.0702.14.076818-6/001, de relatoria da desembargadora Alice Birchall, em que a “Apelante, em suas razões recursais de fls. 43/50, alega que juntou cópia do boletim de ocorrência nº M3132-2014-0128454, que comprova os danos causados e a humilhação sofrida ao ter o fornecimento de energia cortado, em pleno domingo, com a conta completamente em dia. Afirma que acostou aos autos todos os documentos comprobatórios que possui e o que Magistrado, caso tivesse dúvidas sobre os fatos narrados, poderia solicitar a oitiva das testemunhas arroladas no boletim de ocorrência, pois a busca da verdade real é, principalmente, do juiz.” (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de. Apelação Cível 1.0702.14.076818-6/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchall, 7ª Câmara Cível, julgamento em 28/3/2017. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 18 jan. 2019).

1 – Diante da ausência de prova quanto à alegada humilhação sofrida por funcionários da CEMIG, que insultaram a parte Autora, e cortaram o fornecimento de energia elétrica em sua residência, impõe-se a manutenção da sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório.

2 – Apesar de o CPC permitir ao juiz uma posição mais ativa na colheita da prova, mantida sua imparcialidade, a regra geral é a que cabe às partes a iniciativa na produção delas, uma vez que é dos litigantes o maior interesse na solução da causa. (TJMG – Apelação Cível 1.0702.14.076818-6/001, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/3/2017, publicação da súmula em 3/4/2017) (g.n.).

Neste sentido, é posição dominante no Tribunal de Justiça que, enquanto dirigente do processo, possui o juiz a prerrogativa de indeferir as provas que entende desnecessárias à instrução do processo, à formação de seu convencimento e à prolação de uma decisão mais justa e coerente. Assim sendo, a denegação do pedido de produção de determinada prova não é suficiente para caracterizar a quebra da imparcialidade do julgador.

Matéria recente na dogmática processual, a iniciativa do juiz na instrução probatória é algo a ser desenvolvido e largamente aplicado na atuação judicial perante o caso concreto, na busca de conceder maior efetividade à tutela jurisdicional. Isso ocorre porque a lide mais bem instruída, que consegue esclarecer os pontos controvertidos da demanda, leva as partes a uma melhor compreensão e aceitação do provimento final.

Neste aspecto, considerando a jurisprudência majoritária do Tribunal, pode-se vislumbrar que outra não será a posição a ser tomada com relação à atuação do magistrado na determinação de produção de provas de ofício, uma vez que se parte do pressuposto de que a produção de provas é destinada à convicção do julgador. Cabe a ele, portanto, indeferir aquelas que não forem úteis ao julgamento do processo e determinar a produção daquelas que entender necessárias à instrução do feito e à formação do seu convencimento.

5 CONCLUSÃO

A partir de todo o conteúdo analisado e desenvolvido neste estudo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, consta que o destinatário da prova é o juiz, o que se pode afirmar como sendo superado pelo CPC de 2015. Isto porque, ao tornar o processo o resultado da participação de todos os envolvidos, o diploma legal tira do juiz o papel de coadjuvante para conceder-lhe papel de partícipe e, com isso, todos tornam-se destinatários da prova.

Percebe-se, assim, a ideia de maior dialética na construção processual como foco do CPC de 2015. No Brasil, entretanto, há cultura resistente à iniciativa probatória do magistrado, ocasionada por uma visão antiga que torna o procedimento por demasiadamente burocrático e ineficiente. Atualmente, a tendência do processo civil está em cada vez mais conferir ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, adotando o sistema inquisitorial como aquele dos países latino-americanos.

Nesse contexto, os dados levantados revelam que o caso mais recorrente no TJMG, a partir da análise jurisprudencial, não é o juiz se utilizar da discricionariedade para definir as provas necessárias ao deslinde da questão, mas, sim, de forma análoga, decidir pelo indeferimento do pedido de produção de determinada prova, dando azo à alegação de cerceamento de defesa.

A iniciativa do juiz na instrução probatória, contudo, é algo a ser desenvolvido e largamente aplicado na atuação judicial ante o caso concreto, na busca de conceder maior efetividade à tutela jurisdicional. Isso se dá porque a lide mais bem instruída, que consegue esclarecer os pontos controvertidos da demanda, leva as partes à melhor compreensão e aceitação do provimento final.

6 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil law. *Revista Brasileira de Direito Público, RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70778>. Acesso em: 23 nov. 2018.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 18 jan. 2019.

- BRASIL. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 jan. 2018.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA Alexandre. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- CAMBI, Eduardo. Capítulo XII. Das provas. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (coord.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CAMPOS, Felipe de Almeida. *A teoria da prova e o processo administrativo sob a perspectiva do Código de Processo Civil de 2015*. 2016. 119 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Mineira de Educação e Cultura – Fumec –, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Trad. Lisa Pary Scarpa. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução Antônio Araldo Ferraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2. ed. italiana J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. V. 3.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. Brasileira. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- COUTO, José Camilo D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova no Processo Civil*. Teoria e prática. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.
- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1982, III.
- DIAS, Luciano Souto. *O poder instrutório do julgador na fase recursal do processo civil*. Em busca da verdade provável. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy B. S. *(Re)pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; MENDONÇA, Luiza Teodoro de. O controle judicial do “relevante valor cultural” de bens tombados na jurisprudência mineira: a discricionariedade administrativa e a proteção do patrimônio cultural. *Meritum*, v. 10, n. 1, p. 239/274, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/3373>. Acesso em: 23 nov. 2018.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Noções de teoria e técnica do procedimento da prova. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (coord.). *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015. p. 183-205.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus PODIVM, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. V. 1.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. V. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual*. São Paulo: Malheiros, 2003. V. III.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. V. III.
- FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; CAMPOS, Felipe de Almeida. O instituto jurídico da prova no Direito Processual brasileiro e sua (re)construção histórica. *Revista Argumenta Journal Law*, n. 25, p. 301-326, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/904/pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.
- FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná. Devido Processo Constitucional e Institutos Jurídicos de Teoria Geral do Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos IMDP*, n. 11, 1º sem. 2015.
- GALVÃO, Bárbara Braga. A atuação do magistrado no direito às provas no processo civil. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.575, 15 abr. 2013. ISSN 1518-4862. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24190>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. V. 1.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *A prova na teoria do processo contemporâneo*. Relativização inconstitucional da coisa julgada. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 14. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LLOYD, Dennis. *A ideia de lei*. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 8, set./out. 2005, p. 19-26.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. V. 2.
- MASCIOTRA, Mario. *Poderes-deberes del juez en el proceso civil*. Buenos Aires: Astrea, 2014.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de. *Apelação Cível 1.0702.15.027038-8/001*, Relator(a): Des.(a) João Cancio, 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/12/2018. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 18 jan. 2019.
- MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça do Estado de. *Apelação Cível 1.0702.14.076818-6/001*, Relator(a): Des.(a) Alice Birchal, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/3/2017. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 18 jan. 2019.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do Processo Civil Moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista do Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 37, p. 140-150, 1985.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. Volume único.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.
- RIGHI, Ivan Ordine. Os poderes do juiz. *Jurisprudência brasileira*. Curitiba, n. 169, p. 45. jan./mar. 1993.
- ROCHA, Samir Vaz. *A produção de provas pelo juiz*. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, n. 1.115, 2013. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2904/a-producao-provas-pelo-juiz>. Acesso em: 26 jan. 2020.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária cível e no comercial*. Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. V. I.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.
- SIQUEIRA, Fernando de; LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. Poderes instrutórios do Juiz e a efetividade da tutela jurisdicional: fundamentos para um papel ativo do juiz no processo, em busca da plenitude do acesso à justiça. In: LEITE, Rosimere Ventura; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; PIMENTEL, Alexandre Freire. *Processo e jurisdição I*. [Recurso eletrônico on-line] organização Conpedi/UFPB. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=197>. Acesso em: 18 jan. 2019.
- TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui confini – scritti della giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. V. I.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. 1.
- THIBAU, Vinícius Lott. Teoria do processo democrático e técnica probatória. In: BRÊTAS, Ronaldo C. Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS ARTES: Contribuições Para o Pensamento Crítico Contemporâneo

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.18-27>

Recebido em: 19/7/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2020

Aceito em: 24/1/2020

Alejandro Knaesel Arrabal

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Regional de Blumenau – Furb. Professor de Metodologia da Pesquisa em Cursos de Especialização da Furb. Professor de Direito da Propriedade Intelectual e Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Graduação em Direito da Furb. Professor de Direito Administrativo do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário de Brusque – Unifebe. Líder do grupo de pesquisa Direito, Tecnologia e Inovação – DTIn (CNPq-Furb). Membro dos grupos de pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – Constinter – e Estado, Sociedade e Relações Jurídicas Contemporâneas (CNPq-Furb). Membro do Núcleo de Inovação Tecnológica (NIT) da Furb. <http://lattes.cnpq.br/0957562986221644>. <http://orcid.org/0000-0002-0927-6957>. arrabal@furb.br

Carlos Eduardo do Nascimento

Pós-graduando do curso Filosofia e Teoria do Direito da universidade PUC Minas. Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – Furb. Pesquisador do grupo de pesquisa “Política Constitucional e Novas Juridicidades: desvelando práticas sociais emancipadoras”. <http://lattes.cnpq.br/5031578938045608>. <https://orcid.org/0000-0003-3243-0972>. carlosetuado@acnquimica.com.br

RESUMO

A Crítica, como a face visível da crise paradigmática do positivismo jurídico, surge em resposta aos problemas oriundos das limitações da Teoria Tradicional do Direito, tendo como principal objetivo a emancipação do Direito como indutor das transformações sociais. Destarte, o Direito desenvolve a Teoria Crítica, acrescentando a perspectiva social à observação jurídica, a fim de oferecer respostas concretas à sociedade. Por sua vez, expressões artísticas podem conter um apelo crítico intenso que instiga profundas reflexões no contexto social, a partir dos mais variados estudos e campos do saber – incluindo o jurídico. Tendo em vista o seu caráter crítico-reflexivo, a Arte oferece ao Direito releituras interdisciplinares que oportunizam uma compreensão mais plena e reflexiva do fenômeno jurídico. Desenvolvido por meio de revisão bibliográfica e sob perspectiva interdisciplinar, este artigo procura demonstrar como o diálogo entre o Direito e as Artes oportuniza denúncias metafóricas da realidade, de modo a expandir o pensamento crítico social e jurídico.

Palavras-chave: Direito. Arte. Pensamento crítico. Críticidade.

THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND THE ARTS: CONTRIBUTIONS TO CONTEMPORARY CRITICAL THINKING

ABSTRACT

Criticism, as a visible face of the paradigmatic crisis of legal positivism, emerges as a response to the problems arising from the limitations of the Traditional Theory of Law, whose main objective is the emancipation of Law as an inducer of social transformations. Thus, Law develops the Critical Theory, adding the social perspective to legal observation, in order to offer concrete answers to society. In turn, artistic expressions can contain an intense critical appeal that instigates deep reflections in the social context, from the most varied studies and fields of knowledge - including juridical. Considering the reflective character that integrates Art, it is unequivocal the availability to the Law, interdisciplinarily, of re-readings that allow a fuller and more reflective understanding. Developed through bibliographic review and from an interdisciplinary perspective, this work aims to demonstrate how the dialogue between the Law and the Arts provides metaphorical denunciations of reality, in order to expand critical social and legal thinking.

Keywords: Law. Art. Critic Thought. Criticism.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Considerações acerca da arte, da cultura e sua relação com a crítica. 3 Teoria Crítica do Direito. 4 Direito e Arte na perspectiva crítica. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Na perspectiva originária do Direito moderno, quando o poder de interpretação e articulação das leis passa das mãos de um monarca absolutista para um Estado consolidado, nasce o positivismo exegético, que apresenta problemas referentes a um univocismo semântico e estritamente legalista. Para superar tais disfunções fundadas em crises paradigmáticas, emerge a proposta de um normativismo positivista.

Por mais que o positivismo de Kelsen parecesse tratar eficientemente todos os vícios do “ser” com os paradigmas do “dever ser coercitivo”, em um dado momento, também entra em conflito com as expectativas sociais. Com os graves conflitos vivenciados internacionalmente pela sociedade no final da primeira metade do século 20, emerge a necessidade de o Direito se desenvolver e se adequar ao panorama dos novos tempos. Nessa perspectiva, surge uma criticidade inerente à prática do Direito em sintonia com as requisições sociais, trazendo como ideia basilar a quebra da mera concepção técnico-formal que privilegia a exclusão e desigualdade para promover uma abordagem emancipadora do Direito e a consequente transformação social. Este panorama origina a Teoria Crítica do Direito.

Em contrapartida, em outro viés teórico de outro cariz que não o jurídico, desenvolve-se a teoria artística, com manifestações cada vez mais complexas em perspectivas, muitas vezes, oblíquas. Considerando a obliquidade da Arte diante da realidade social, instaura-se a possibilidade de a manifestação artística figurar como promotora do pensamento crítico. Seja em uma poética bem estruturada, que denuncia penumbras sociais hostis às relações democráticas, seja em uma canção que retrata de modo irônico e metafórico os problemas sociais, a Arte dialoga com a realidade de modos diversos. Afirma Eco (2016, p. 39) que “o artista não pode se abstrair, como pura vontade criativa, do contexto social em que vive”.

É nesta encruzilhada, portanto, que este ensaio procura demonstrar como o diálogo entre o Direito e as Artes oportuniza denúncias metafóricas da realidade, de modo a expandir o pensamento crítico.

Desenvolvido a partir de revisão bibliográfica e sob perspectiva interdisciplinar, o estudo foi estruturado em três partes. A primeira aborda os conceitos de Arte e Cultura e sua relação com a crítica. A segunda trata do esgotamento do racionalismo positivista no Direito e a importância do pensamento jurídico crítico. A terceira e última parte explora o diálogo entre o Direito e as Artes, destacando, a partir de diversos exemplos, como esta aproximação é emancipatória e promotora de reflexões transformadoras.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ARTE, DA CULTURA E SUA RELAÇÃO COM A CRÍTICA

Arte e Cultura são categorias que se entrecortam. A materialidade do universo social, com todas as suas possibilidades, expectativas e olhares, é produto de um agir coletivo que se manifesta de modo difuso, plural e, não raras vezes, contraditório. Instituições como a família e o Estado são produtos do “culto” (do “cultivo”), entendido como as práticas habituais que se consolidam no plano histórico. A Arte é uma das dimensões protagonistas da realidade social. Do seu étimo latino, compreende o movimento do corpo, da “raiz ‘ar’ de *artus* (articulação), e de *armus* (úmero, que dá igualmente o sentido de movimento)” (RUGIU, 1998, p. 31). Trata-se da “articulação” humana que, ao dialogar com o mundo, faz emergir novas formas, produzidas e interpretadas a partir de um plano de significações e valores. Williams (*apud* CRISTELLI, 2013, p. 35) observa que a cultura compreende um “sistema de significações mediante o qual necessariamente uma dada ordem social é comunicada, reproduzida, vivenciada e estudada”. Para tanto a Arte, na qualidade de manifestação, é determinante para a sociabilidade, visto que comunica as vivências e realidade humana que, por sua vez, constituem a Cultura.

Tolstoi (2016) considera que “A arte é a atividade humana que consiste em um homem comunicar conscientemente a outros, por certos sinais exteriores, os sentimentos que vivenciou, e os outros serem contaminados por esses sentimentos e também os experimentar.” O escritor russo adota a “contaminação” como o critério para arte. O termo contaminação pressupõe propagação, compartilhamento que, por sua vez implica interpretação. Nesse sentido, a substância da manifestação artística resulta de uma espécie de “lente psíquica” do artista que transmuta a realidade e a contamina. Segundo Tolstoi (2016), “a boa arte é a que comunica aos outros a vivência pelos artistas dos sentimentos do bem, de forma que eles sejam contaminados pelo

mesmo sentimento”. Afirma ainda que “O bem é eterno, o objetivo mais alto de nossa vida. Não importa como o entendamos, nossa vida não é senão um esforço em direção ao bem. [...] O bem é aquilo que ninguém pode definir, mas que define tudo o mais” (TOSTOI, 2016).

Nesta perspectiva, a Arte está comprometida com a promoção do *bem*. Para Tolstói, por mais que a Arte direcione o intérprete para o caminho do bem, o bem em pauta é aquele que o autor da obra artística define, contempla e interpreta, o que, por si só, pressupõe subjetividade. A oração citada anteriormente “*Não importa como o entendamos [o bem]*” destaca tal compreensão. Consolidando o pensamento de Tolstói, e acrescentando uma interpretação mais contemporânea e prática, Eco (2016, p. 272) assim considera:

É possível que, diante de uma obra de arte, eu compreenda os valores que ela comunica e que, ainda assim, não os aceite. Nesse caso, posso discutir uma obra de arte no plano político e moral e posso rejeitá-la, contestá-la justamente porque é uma obra de Arte. Isso significa que a Arte não é o absoluto, mas uma forma de atividade que estabelece uma relação dialética com outras atividades, outros interesses, outros valores. Diante dela, na medida em que reconheço a obra como válida, posso operar minhas escolhas, eleger meus mestres. A tarefa do crítico pode ser também e especialmente esta: um convite a escolher e a discernir. Cada um de nós, lendo uma obra literária, ainda que professe os critérios técnico-estruturais aqui expostos, pode e deve encontrar uma relação emocional e intelectual, descobrir uma visão do mundo e do homem. É justo que existam pessoas com a sensibilidade mais apurada que nos comuniquem as suas experiências de leitura para que possam se tornar nossas também.

Eco decifra a compreensão do âmago artístico: *a Arte não é o absoluto*. A Arte é produto de uma dimensão “valorativa” que oportuniza a dialética entre autores e intérpretes, tendo a materialidade da expressão artística como mediadora. É neste campo que a crítica se faz possível e necessária, uma vez que a realidade cultural, constituída a partir do protagonismo artístico, não se coaduna com o absoluto.

Ao figurar como “espelho” das concepções de mundo e aspirações, a Arte plasma as contradições da existência humana. Ao produzir e contemplar suas criações, a humanidade encontra modos para lidar com a vida que não estão absolutamente presos à objetividade material. Espelhar-se na Arte é também testemunhar o verso de si. No plano das expressões artísticas há lugar para a beleza das formas precisas e estáveis, bem como para rupturas e descontinuidades, para o ilógico e o irracional. Assim, por meio da Arte, a crítica social torna-se possível.

A dimensão artística compreende um espaço simbólico de figuração e transfiguração da existência. O senso artístico aponta tanto para o real como também para o imaginário e a negação da realidade posta, ou seja, configura-se como um horizonte que revela alternativas existenciais, comportando, inclusive, a crítica dos seus próprios estatutos. Foi assim com o dadaísmo, movimento do início do século 20 que propôs uma nova concepção de Arte, colocando sob suspeita a própria figura do artista em defesa da desconstrução da estética então vigente (KOBBS, 2010).

Refletir sobre a realidade social (e jurídica) por meio da Arte é enfrentar o desafio de perceber a existência para além das obviedades produzidas pela mimese. A Arte traduz o esforço de representação da vida e, nesse sentido, qualifica-se como produto de atividades miméticas. A Arte, porém, não se limita a isso, do contrário seria mera reprodução técnica, desprovida da “aura artística”, como afirmou Benjamin (1987).

Já nas sociedades primitivas a Arte era percebida como expressão da coletividade, “[...] o coletivo significava a vida e o conteúdo da vida. A arte, em todas as suas formas – a linguagem, a dança, os cantos rítmicos, as cerimônias mágicas – era a atividade social por *excellence*, comum a todos e elevando todos os homens acima da natureza, do mundo animal” (FISCHER, 1979, p. 47). Na qualidade de produto social, a Arte incorpora as inquietações da vida, revelando seu cariz crítico.

Alguns exemplos de reflexão social crítica obtidas por meio da Arte podem ser eleitos para observação, tendo em vista as preocupações e dilemas que exploram. Marisa Naspolini e Miriam Pillar Grossi proporcionaram uma experiência de artes cênicas em escolas de Santa Catarina, em que buscaram discutir questões referentes a gênero, levantando, inclusive, a questão da violência. Para as professoras, a Arte pode tratar sobre questões de gênero a ponto de abrir a “possibilidade de uma apreensão e discussão destas temáticas por vias mais sensoriais” (NASPOLINI; GROSSI, 2017, p. 88).

[...] foi consensual o reconhecimento da importância de uma prática artística que possibilitasse um trabalho psicofísico, resultando em grande interação e integração no coletivo, além de um mergulho autobiográfico que gerou uma percepção encarnada da alteridade. Ao partir de si, cada integrante pôde colocar-se com maior propriedade no lugar do outro e refletir com maior profundidade sobre a experiência vivida na escola, de forma mais consciente, complexa e integrada (NASPOLINI; GROSSI, 2017, p. 90).

Neste caso, observa-se que a Arte oportuniza ao intérprete a compreensão do mundo pela experiência sensorial, desenvolvendo um senso de empatia com a realidade alheia. A Arte transcende a inutilidade do belo ao comportar também uma dimensão funcional. Ionesco (*apud* ORDINE, 2016, p. 18) afirma que “se não se compreende a utilidade do inútil e a inutilidade do útil, não se compreende a arte”. Nesse sentido, pode-se afirmar que há uma utilidade da Arte quanto ela oportuniza uma experiência reflexiva que coloca, autores e intérpretes, em condições de promover um efetivo diálogo crítico.

3 TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

*Os poderosos controlam as vidas dos sem poder.
É assim que o mundo funciona. É injusto e desleal.*

O trecho supracitado trata de uma passagem do filme *Capitão Fantástico*, de Matt Ross (CAPITÃO FANTÁSTICO 2016), descrita por *Ben*, personagem interpretado pelo ator Viggo Mortensen. O trecho destaca quão relevante é o debate a respeito (e a partir) do pensamento crítico tendo em vista as relações de poder, especialmente no campo jurídico.

A sociedade do século 20 (notadamente da primeira metade), com a consolidação das vias positivistas de uma normatividade estruturada que respondia aos vícios da exegese, apresentava dificuldades e desigualdades avassaladoras. Tais dificuldades, porém, não eram vistas como estudos de interesse ou competência do Direito, pois, para o positivismo jurídico, *só o positivo é real*. Bobbio (2006, p. 135) afirma que:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do Direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor. [...] A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade [...].

Durante muito tempo (e até mesmo na atualidade) a ciência ambicionou “disciplinar a aparente complexidade dos fenômenos a fim de revelar a ordem simples a que eles obedecem. Mas resulta que os modos simplificadores de conhecimento mutilam mais do que exprimem as realidades ou os fenômenos de que tratam” (MORIN, 2011, p. 5).

Observa Coelho (2003, p. 407) que o modelo positivista sintetiza “três pressupostos ideológicos básicos, nos quais radica toda a concepção dogmática do Direito, na condição de fundamentais”, sendo estes “o da unicidade, o da estatalidade e o da racionalidade”. Assim, o positivismo consolida-se como conjunto de conhecimentos que estabelece as bases e conforma a Teoria Tradicional do Direito. Esta Teoria representa uma das faces do Direito moderno vinculada a um “racionalismo metafísico-natural” e a um “racionalismo lógico-instrumental” (WOLKMER, 2015, p. 27). Para Trilling (2015, p. 18-19),

[...] quando dizemos que determinado pensador está comprometido com o racionalismo, queremos exprimir [...] que ele concebe o universo e o homem de maneira simplista e de que seu pensamento parte do princípio de que há analogia próxima a ser traçada entre o homem e a máquina. Não obstante essa analogia fundamentasse, para alguns, certo otimismo quanto ao controle e a direção da vida, para outros ela foi causa de angústia profunda, dado que parecia limitar a liberdade e a dignidade humanas.

Ao observar a abrangência destes postulados para o Direito moderno, constata-se, inicialmente, que o racionalismo lógico-instrumental passa a ser a razão principal de sua vinculação e institucionalização moderna. Considerando que o Direito compreende o “fato social, um mecanismo de dominação, um fator da

ação social” (SCREMIN, 2004, p. 149), sua instrumentalização moderna, obviamente, destina-se a fortalecer e atender aos interesses de classes específicas dotadas de poder, capazes de tornar a expressão jurídica um instrumento de controle e dominação social.

Nesse sentido, o Direito contribui para manutenção dos interesses dos “poderosos”, controlando a vida dos “sem poder” de forma dogmatizada, por vezes de modo indireto, por omissão, preservando a “obediência cega” como única plataforma de compreensão do Direito Estatal, sem apontar outras possibilidades que não se coadunem com o próprio formalismo técnico de viés cientificista. O Direito positivo passa a não mais responder às demandas sociais, fazendo com que uma criticidade insurja entre seus flancos na busca por medidas autolegitimadoras.

A importância da discussão sobre o “pensamento jurídico crítico” é plenamente justificada, porquanto o modelo de cientificidade que sustenta o discurso jurídico liberal-individualista e a cultura normativista tecno-formal está em processo de profundo esgotamento (WOLKMER, 2015, p. 21).

No processo de esgotamento do modelo jurídico tradicional, surgem formas e paradigmas alternativos que buscam a emancipação do Direito, observando com maior abrangência e realismo o mundo no qual a interpretação e atuação se darão. Nesse contexto surge o pensamento jurídico essencialmente crítico. De forma genérica, ao retratar o pensamento jurídico crítico como forma alternativa de racionalismo humano, pode-se entender que suas pretensões giram em torno de

[...] repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de “esclarecimento”, “autoconsciência”, “emancipação” e “transformação” da realidade social (WOLKMER, 2015, p. 21).

Por certo, pode-se entender que a crítica compreende o “conhecimento que não é dogmático, nem permanente, (mas) que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio” (WOLKMER, 2015, p. 29). Desenvolvendo-se, portanto, a crítica como a emancipação do dogmatismo do conhecimento, para um conjunto de conhecimentos que consolidem uma teoria plena, entende-se o paradigma crítico teorizado como aquele “com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade”, indicando que “somente uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano” (WOLKMER, 2015, p. 29).

Nas palavras de Coelho (2003), então, “fica assim definido o contexto da teoria crítica do direito como a união dialetizada entre a teoria e a experiência, na realização do direito como espaço de luta e conquista com vistas à autonomia dos indivíduos e à emancipação das sociedades”.

As expressões críticas do Direito, na condição de teorias plenamente consolidadas, são muitas. Para este estudo, porém, considera-se a questão crítica que norteia o Direito como manifestação criticista emancipatória em sentido amplo, pois a teoria crítica aponta para um processo de libertação, transformação e emancipação, como já referido. O que se considera aqui é a perspectiva transformadora do Direito por meio da Arte, na condição de expressão crítica que desencadeia a emancipação de processos de controle epistêmicos voltados à produção e reprodução do conhecimento e à conformação da própria realidade.

4 DIREITO E ARTE NA PERSPECTIVA CRÍTICA

A importância dos estudos interdisciplinares revela-se diante das possibilidades da Arte no plano real-existencial como mecanismo de empatia englobante e transmissor do pensamento crítico. Wolkmer (2015) alude às tendências inovadoras que rondam a Teoria Crítica do Direito. Urge que essas tendências sejam orientadas por uma redefinição da racionalidade e um novo fundamento epistêmico – tanto nas Ciências Humanas quanto no mundo do Direito.

[...] a linearidade histórico-social do pensamento jurídico-filosófico contemporâneo é marcada, nas últimas décadas, por múltiplas tendências inovadoras, compartilhadas por ideias, autores e escolas, e que acaba reforçando a convicção da profunda crise dos valores, a necessária redefinição da racionalidade que sustenta o

saber oficial dominante de tradição iluminista, a obrigatoriedade de se buscar um outro fundamento epistêmico e, por derradeiro, a inegável significação de que se reveste, presentemente, a emergência do pensamento crítico (teórico-prático) nas ciências humanas e no mundo do Direito (WOLKMER, 2015, p. 269).

Evidencia-se a necessidade emergencial do pensamento crítico (teórico-prático) envolver e ser absorvido pelas (e nas) Ciências Humanas e Jurídicas. Ao constatar a Arte como “expressão” forjada por sentimentos e perspectivas do “homem” sobre a realidade na qual está imerso, a “contaminação” do intérprete é nada mais do que a interpretação e absorção das visões de mundo.

Nas palavras de Streck e Trindade (2013, p. 228): “olhando a operacionalidade, a realidade não nos toca; as ficções, sim”. A literatura compreende uma entre muitas manifestações artísticas de significativo teor epistêmico, social e afetivo. Assim sendo, ao reconhecer a literatura como Arte, alude-se que ela representa uma dimensão disruptiva em relação ao positivismo, oferecendo grande possibilidade de revisão do pensamento crítico social e acadêmico/jurídico. Santos (2012, p. 33) considera que “a relação entre Direito e Literatura se instaura no percurso metodológico e da pesquisa acadêmico-científica como possibilidade de abertura a novos horizontes, que permitam reflexão crítica acerca de fenômenos sociais e jurídicos que se interpenetram”.

A Arte em sua expressão literária teria, então, o papel de inscrever diferentes perspectivas, oferecendo condições para reflexão crítica a respeito de fenômenos sociais e jurídicos.

A obra de arte está se tornando cada vez mais, de Joyce à música serial, da pintura informal aos filmes de Antonioni, uma obra aberta, ambígua, que tende a sugerir não um mundo de valores ordenado e unívoco, mas uma rosa de significados, um “campo” de possibilidades, e que, para obtê-lo, exige cada vez mais uma intervenção ativa, uma escolha operativa por parte do leitor ou espectador (ECO, 2016, p. 271).

Com alusão à operacionalidade mencionada por Streck e Trindade (2013) e tomando por base a teoria artística contemporânea de Eco (2016), constata-se o papel crítico proporcionado pela Arte, abrindo um “campo” de possibilidades de escolhas operativas e críticas do espectador/leitor/intérprete.

A Arte pode manifestar a crítica de modo indireto nas expressões plásticas, como é o exemplo da obra *A Última Ceia* de Marcos Zapata, exposta na Catedral de Cuzco, no Peru.

Figura 1 – *A Última Ceia* de Marcos Zapata



Fonte: BISCALCHIN, 2017.

Esta obra apresenta, em substituição ao pão (clássica alegoria ao “corpo” na tradição judaico-cristã), um “Cuy assado” (porquinho da índia), uma iguaria servida em Cuzco. Há também a substituição do vinho (alegoria ao “sangue”) por garrafas de “chicha”, uma bebida derivada do milho, também tradicional de Cuzco. Por fim, em substituição a Judas, a obra retrata Francisco Pizarro, colonizador do Peru (BISCALCHIN, 2017). O

senso crítico da obra paira em torno do descolonialismo, que busca(va) a desconstrução e emancipação do modelo destrutivo da cultura clássica peruana diante do modelo eurocêntrico, pensamento ainda muito predominante na Teoria Crítica – principalmente com recorte às epistemologias e realidades latino-americanas.

A literatura, por sua vez, conforme observa Coutinho (1978, p. 9-10), “é uma transfiguração do real, é a realidade recriada através do espírito do artista e retransmitida através da língua para as formas, que são os gêneros, e com os quais ela toma corpo e nova realidade”. Na condição de transfiguração do real e como expressão, a literatura pode facilmente manifestar críticas direcionadas e oriundas da sociedade. Obras clássicas, como *Os Miseráveis*, de Victor Hugo (2014), que trava um embate direto contra os ideais exegéticos de um univocismo semântico; *Frankenstein*, de Mary Shelley (2014) que, ao buscar conscientização sobre as diferenças, metaforiza o “monstro” tomado pela humanidade como “o diferente”, o que é, por si só, uma severa crítica à forma como a humanidade tem dialogado e conformado a modernidade; *Fausto*, de Johann Wolfgang von Goethe (1948), que demonstra a fácil cadência humana em se deixar desvirtuar pela influência do coletivo. Cumpre mencionar também obras voltadas à realidade brasileira/latino-americana, como *O Auto da Compadecida*, de Ariano Suassuna (2016), que demonstra intensa crítica ao formalismo positivista; *A Escrava Isaura*, de Bernardo Guimarães (1995), que trava uma dura luta contra a cultura escravista, entre outras que revelam grande valor em perspectiva criticista, seja na esfera social e/ou jurídica.

Como corrente literária, também merecem comento neste estudo as histórias em quadrinhos, seja por seu aprofundamento dinâmico em temáticas diversas seja por sua qualidade didática. Obras contemporâneas que demonstram tal relação de forma substancial e podem ser tomadas como exemplo: *A Diferença Invisível*, de Mademoiselle Caroline e Julie Dachez (2017), que trata sobre o espectro autista; *Não era você que eu esperava*, de Fabien Toulmé (2018), que aborda a Trissomia do 21 (Síndrome de Down); *Pílulas Azuis*, de Frederik Peeters (2015), que discorre sobre a imunodeficiência humana (Aids); *Desconstruindo uma*, de Una (2016), que versa sobre a discriminação e violência de gênero; *Angola Janga*, de Marcelo D’Saete (2017), que trata sobre o colonialismo eurocêntrico e racismo.

Há, evidentemente, uma infinidade de obras que oportunizam reflexões profundas no campo literário. O quadro citado alinha-se à proposta das professoras Naspolini e Grossi, na medida em que estas obras conscientizam seus “espectadores” sobre questões sociais, por intermédio de metodologias, por natureza, mais sensoriais e empáticas. Para além da literatura, cumpre mencionar uma das expressões típicas do Brasil, seja por seu caráter crítico ímpar, seja por representar um vetor de resistência da cultura periférica brasileira: o carnaval. Considerando os diversos conflitos advindos do contexto político e social do país, o carnaval de 2019 foi uma expressão de criticidade notável da história recente, em maior escala percebida na proposta da Estação Primeira de Mangueira. O desfile da escola de samba contou com elementos que evidenciaram crimes de grande repercussão, como o assassinato de Marielle Franco, personagens históricos brasileiros considerados “heróis esquecidos ou invisibilizados”, bem como líderes brasileiros durante o período da ditadura militar. A crítica rendeu à escola de samba o título do carnaval carioca (GALDO, 2019), assim como a repercussão internacional destas inquietudes sociais.

O acervo artístico disponível é imenso quando se trata de manifestação de pensamento crítico. Evidencia-se a pluralidade de formas, de obras literárias às expressões audiovisuais; emerge também o movimento musical do *Rap* (Hip-Hop), o qual abre inúmeras possibilidades de intervenções, operacionalidades, “contaminação” e manifestação de pensamento crítico. De acordo com Massoni e Fernandes (2005), este movimento “originou-se no Bronx, bairro periférico de Nova York por volta da década de 70” como uma resposta aos “conflitos políticos ocorridos na década de 60, por exemplo, as leis segregacionistas e a discriminação do negro” que, por si só, acabou por propiciar “a manifestação e o protesto da população marginalizada através da música, da rima, da dança e da arte”. Importa observar o contexto no qual o este movimento se insere: “analisamos o rap no contexto da Poesia Oral por entendermos que ele expressa a realidade vivida na periferia e nas favelas da cidade, ou seja, utiliza um contexto coletivo e suas manifestações são mais comuns do que pessoais” (MASSONI; FERNANDES, 2005). Neste sentido “o rap não pode ser analisado sem considerar o contexto no qual está inserido, ‘isto é, da pessoa que as(o) interpreta, do ato de interpretar e, sobretudo, da situação de vida e de convivência, em função das quais foram elaboradas e são executadas’” (CANDIDO *apud* MASSONI; FERNANDES, 2005).

Algumas letras de músicas brasileiras de Hip-Hop denunciam o contexto do qual emergem e as várias faces das inquietações vivenciadas por seus autores e intérpretes. Dois exemplos contemporâneos de expressiva presença nas redes de comunicação podem ser mencionados: “Rap News”, de MC Sid, e “O Rap é Preto”, de Fabio Brazza.

Serviço público é regido na incompetência
O país laico é mais religião do que ciência
E ter uma bancada evangélica racista e homofóbica
É sinal dessa democracia em decadência (SID, 2017).
Salário é mixaria, se aposentar é utopia
Mas chegar na velhice já é lucro pra quem vive na periferia
Eu preferia tomar um 7 a 1 todo dia
Do que ver esses 171 roubando nossa aposentadoria (BRAZZA, 2017).

Os trechos citados demonstram com clareza tanto a criticidade do movimento quanto a necessidade de se inserir minimamente na realidade na qual o autor está exposto para compreender o sentido da mensagem. Isso posto, voltando à base interdisciplinar da discussão, em consonância com os entendimentos supracitados, Coelho (2003, p. 336) observa que

[...] o objetivo almejado pela teoria crítica do Direito é uma visão realista a partir da sociedade, e não o inverso. Trata-se de um novo realismo, não o do senso comum, acomodado com as coisas dadas, mas um realismo crítico, propondo-se ao repensar e à rediscussão da função social do direito e dos juristas, dentro do espírito de renovação que sempre animou as faculdades de direito.

Em consonância com os exemplos citados pode-se afirmar que a Teoria Crítica do Direito pode proporcionar uma visão mais ampla ao intérprete, desconstruindo percepções dogmáticas ou de senso comum. Nesse sentido, é importante a observação de fontes reflexivas e empáticas, para que o intérprete possa ter uma visão mais sensível das questões em apreço. Como já citado, observa Eco (2016, p. 272), “a arte é uma forma de atividade que estabelece uma relação dialética com outras atividades, outros interesses e outros valores”. As expressões artísticas encontram espaço para dialogar com as expressões do Direito. A Teoria Crítica do Direito pode valer-se da Arte para seu desenvolvimento, de modo a promover o esclarecimento de obscuridades a respeito dos fenômenos sociais contemporâneos.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, cabe considerar que a Arte se relaciona com o Direito – assim como o reproduz – de forma que o pensamento crítico pode integrar-se a esta relação. Entender o Direito crítico em determinado contexto cultural é entender que a Arte, em sua perspectiva e alcance, também aporta a criticidade insurgente, pois trata-se de um movimento transformador cultural, e não algo aprisionado a uma determinada base epistêmica.

Quanto à interdisciplinaridade e relação que as duas áreas fomentam, vale recordar o estudo de Napolini e Grossi (2017), que registra como a Arte proporciona um senso de empatia ao intérprete, contribuindo para a compreensão da realidade social. Desenvolver um senso de empatia, por sua vez, é fundamental para a convivência e, principalmente, para oportunizar o pensamento crítico com relação à sociedade. Nestes termos, alinha-se o Direito ao marco da criticidade.

O Direito é tradicionalmente reconhecido como a expressão do paradigma coercitivo do “dever ser”. Com o advento da Teoria Crítica, a tônica consiste no “dever ser” relacionado ao “ser”, aproximando a realidade, antes alheia ao positivado. Neste contexto, a Arte e o Direito, na condição de paradigmas de expressões variadas, podem se relacionar, observar e complementar reciprocamente. Conforme alude Pessoa (1966, p. 30), “O fim da arte inferior é agradar, o fim da arte média é elevar, o fim da arte superior é libertar”.

De tal forma, a Arte oportuniza a reflexão e a disseminação do pensamento crítico, participando da epistemologia jurídica de modo interdisciplinar, oportunizando renovações no Direito. Juntas, ambas possibilitam a emancipação e transformação cultural, o que, por si só, integra-se ao âmago da crítica como categoria epistêmica de relevância social.

6 REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era da sua reproduzibilidade técnica. In: VERLAG, Suhrkamp (org.). *Walter Benjamin – magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BISCALCHIN, Fabio Camilo. A última ceia: Marcos Zapata (Século XVIII) – Catedral de Cusco (Peru). 2017. Disponível em: http://biscalchineditor.com.br/wp-content/uploads/2017-01-25_Última-Ceia-Marcos-Zapata-Sec-XVIII---Catedral-de-Cusco-Peru.pdf. Acesso em: 10 mar. 2019.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRAZZA, Fabio. O rap é preto. In: BRAZZA, Fabio. *É ritmo mas também é poesia*. São Paulo: AMG Estúdio; Casa1, 2017.
- CAPITÃO FANTÁSTICO. Direção: Matt Ross, Produção: Jamie Patricof, Lynette Howell, Samantha Housman. Manaus (AM): Universal Pictures, 2016, 1 DVD.
- CAROLINE, Mademoiselle; DACHEZ, Julie. *A diferença invisível*. Tradução Fernando Scheibe. São Paulo: Nemo, 2017.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COUTINHO, Afrânio. *Notas de teoria literária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- CRISTELLI, Paulo. *J. R. R. Tolkien e a crítica à modernidade*. São Paulo: Alameda, 2013.
- D’SALETE, Marcelo. *Angola Janga: uma história de Palmares*. São Paulo: Veneta, 2017.
- ECO, Umberto. *A definição de arte*. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2016.
- FISCHER, Ernst. *A necessidade da arte*. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.
- GALDO, Rafael. Mangueira é campeã do carnaval carioca com o avesso da História do Brasil, *O Globo*, 6 mar. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/mangueira-campea-do-carnaval-carioca-com-avesso-da-historia-do-brasil-23503003>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- GOETHE, J. W. *Fausto*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., 1948.
- GUIMARÃES, Bernardo. *A escrava Isaura: texto integral*. 21. ed. São Paulo: Ática, 1995.
- HUGO, Victor. *Os Miseráveis*. Tradução Regina Célia de Oliveira. Edição especial. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- KOBS, Verônica Daniel. Dadaísmo e surrealismo: zonas fronteiriças da relação interartes. *Todas as Musas*, ano 1, n. 2, jan./jul. 2010. Disponível em: https://www.todasasmusas.org/02Veronica_Daniel.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.
- MASSONI, Andressa; FERNANDES, Frederico A. G. *Hip hop e rap: história e manifestações orais no contexto londrinense*, 2005. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/anpuhnacional/S.23/ANPUH.S23.0121.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- NASPOLINI, Mariza; GROSSI, Miriam Pillar. Corpo, gênero e performance: uma experiência de alteridade a partir da escola. *Cadernos de Gênero e Diversidade*, v. 3, n. 3, 2017, p. 84-92. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.9771/cgd.v3i3.23660>. Acesso em: 5 nov. 2018.
- ORDINE, Nuccio. *A utilidade do inútil: um manifesto*. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- PEETERS, Frederik. *Pílulas azuis*. Tradução Fernando Scheibe. São Paulo: Nemo, 2015.
- PESSOA, Fernando. *Páginas de estética e de teoria literárias*. Lisboa: Ática, 1966.
- RUGIU, Antonio Santoni. *Nostalgia do mestre artesão*. Campinas: Autores Associados, 1998.
- SANTOS, Silvana Maria Pantoja. Direito e literatura: perspectiva transdisciplinar na abordagem de temas sociais e jurídicos. *Interfaces Científicas*, Aracaju, v. 1, n. 1, p. 33, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.17564/2316-381X.2012v1n1p27-34>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- SCREMIN, Mayra de Souza. Do Positivismo Jurídico à Teoria Crítica do Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 40, n. 1, p. 149-162, 2004. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1740/1439>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- SHELLEY, Mary. *Frankenstein ou o Prometeu moderno*. Tradução Adriana Lisboa. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.
- SID, MC. Rap News. In: SID, Mc. *Single*. São Paulo: Casa 1, 2017.
- STRECK, Lênio; TRINDADE, André K. (org.). *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. Porto Alegre: Atlas, 2013.
- SUASSUNA, Ariano. *Auto da compadecida*. 36. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

TOLSTOI, Leon. *O que é arte?* A polêmica visão do autor de Guerra e Paz. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

TOULMÉ, Fabien. *Não era você que eu esperava*. Tradução Fernando Scheibe. São Paulo: Nemo, 2018.

TRILLING, Lionel. *A mente no mundo moderno*. São Paulo: É Realizações, 2015.

UNA. *Desconstruindo Una*. Tradução Fernando Scheibe. São Paulo: Nemo, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A CIÊNCIA JURÍDICA E O TEMPO: Perspectivas das Mutações dos Conceitos Estruturais do Ordenamento Jurídico Junto ao Correr das Épocas

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.28-39>

Recebido em: 12/9/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2020

Aceito em: 26/2/2020

Arcio Milton Wailer

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Direito Aplicado Lato Sensu pela Escola da Magistratura do Paraná (Emap). Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Assessor Jurídico de Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná desde 2016. E-mail: arciomw@outlook.com Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7549006388128605> ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7509-525X>. arciomw@outlook.com

Ricardo Cavedon

Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Graduação Lato Sensu e Bacharelado em Direito (PUCPR). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (Emap). Membro, aprovado como pesquisador, do Núcleo de Estudos em Direito Civil “Virada de Copérnico”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pesquisador do grupo Justiça, Democracia e Direitos Humanos (PUCPR). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil-Constitucional e Coletivo, atuando especialmente nos seguintes temas: construção histórica do pensamento jurídico, teoria geral dos direitos coletivos, tutela de bens jurídicos transindividuais, responsabilidade civil e criminal na violação dos direitos coletivos, entre outros temas. Autor de artigos jurídicos e do livro Teoria Geral dos Direitos Coletivos: Releitura da Racionalidade dos Direitos Fundamentais de Terceira Geração, publicado pela Editora Juruá. <http://lattes.cnpq.br/5682648172792984>. <https://orcid.org/0000-0002-8049-3452>. ricardo.cavedon@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a influência do tempo na construção da significação normativa, com a mutação dos conceitos estruturais do Direito no decorrer das épocas, notadamente diante da atividade jurisprudencial e do tão propalado ativismo judicial. As alterações na significação normativa redundam na mutação constitucional e em diferentes definições para o fenômeno normativo de acordo com as novas exigências do tecido social. Nesse exercício, cabe analisar as consequências de quando se extrapolam os limites impostos pela concepção normativa trazidos pelo conceito de bloco de constitucionalidade, resultando no ativismo judicial, buscando entender os limites dessa atividade quando em voga a percepção de uma interpretação sistemática e evolutiva da norma jurídica. Dessa forma, serão perenemente estudados o conceito, os limites e as modalidades de alterações formais e informais da significação normativa, notadamente o aspecto mais controverso da mutação constitucional, para somente ao final, ainda com conclusões apenas parciais, buscar correlacionar com exemplos práticos de ativismo judicial pelo Supremo Tribunal Federal e uma possível ruptura com a noção atual de sistema jurídico aberto e circunscrito pelo conceito de bloco de constitucionalidade em sentido amplo.

Palavras-chave: Constituição Federal. Mutação constitucional. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

THE LEGAL SCIENCE AND THE TIME: PERSPECTIVES OF THE MUTATIONS OF THE STRUCTURAL CONCEPTS OF LEGAL ORDINANCE TO THE RUNNING OF TIMES

ABSTRACT

This paper aims to analyze the influence of time in the construction of normative meaning, with the mutation of structural concepts of law throughout the ages, especially in view of jurisprudential activity and of the much-promoted judicial activism. Changes in normative significance result in constitutional change and new definitions for normative phenomenon according to new demands of social fabric. It's necessary to analyze the consequences of when the limits imposed by the normative conception brought by the concept of constitutionality block are extrapolated, resulting in judicial activism, seeking to understand the limits of this activity when the perception of a systematic and evolutionary interpretation of the legal norm is in vogue. This way, the concept, limits and most important modalities of formal and informal mutation of normative significance will be permanently studied, notably the most controversial aspect of constitutional change, so that only at the end, still yet only with partial conclusions, seek to correlate with practical examples of judicial activism by the Supreme Federal Court and a possible rupture with the current notion of an open legal system circumscribed by the concept of a constitutionality block, in a broad sense.

Keywords: Federal Constitution. Constitutional mutation. Judicial activism. Federal Court of Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A mutação das normas jurídicas de acordo com o contexto temporal em que é interpretada. 3 Os limites imanentes da alteração constitucional por meio de processos informais. 4 As modalidades de mutação constitucional e a hipótese de mutação dos conceitos estruturais do ordenamento jurídico. 5 Exemplos de ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal e a noção de bloco de constitucionalidade. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A problemática que se pretende analisar no presente texto é a relação que a ciência jurídica possui com o tempo. O tempo é uma dimensão espacial que na Física é catalogada como que sobreposta às estruturas tridimensionais. O tempo é tido como uma realidade relacional e que possui características diversas das estruturas materiais, ostentando, acima de tudo, características de relatividade e relacionalidade.¹

O tempo, segundo Albert Einstein,² não é uniforme e não se desenvolve linearmente em diferentes contextos espaciais. Todo corpo de grande massa desacelera o tempo nas suas proximidades, tendo ao longo das épocas se percebido que há uma relacionalidade temporal diferente por entre as modificações da curvatura do espaço-tempo causados pela matéria. É dizer, o “sol e a terra modificam o espaço e o tempo em volta deles, como um corpo, ao mergulhar na água, desloca o líquido ao seu redor”.³

Há igualmente uma relacionalidade entre o passar não linear do tempo⁴ e a velocidade (ou aceleração) de determinado observador. Segundo Carlos Rovelli, “ainda não sabemos como o tempo funciona de fato. A natureza do tempo talvez continue sendo o maior mistério de todos. Estranhos fios o conectam aos outros grandes mistérios não resolvidos: a natureza da mente, a origem do universo, o destino dos buracos negros, o funcionamento da vida”.⁵ De fato, há um mistério imanente nas relações entre o tempo e o espaço, mas o fato é que dessa relação é possível se tirar conclusões probabilísticas que alcançam determinadas observações intrigantes, capazes de explicar alguns aspectos relacionados ao mundo em que vivemos.⁶

Da mesma forma, na Ciência Jurídica é possível afirmar que o tempo possui características diferenciadoras, capazes de modificar a estrutura normativa de conceitos jurídicos estruturais em plena conexão com as especificidades do tecido social. As alterações substanciais efetivamente existentes na realidade podem induzir pressupostos que venham a modificar a significação normativa, não só por agregar elementos culturais ou sociais inéditos e antes não percebidos, mas também por alterar os pressupostos inerentes à atividade interpretativa.

A forma como se interpreta um texto legal pode levar em conta duas perspectivas, ou atribuindo relevância à vontade do legislador (à época da construção legislativa) ou consistindo fundamento da interpretação à vontade atual do intérprete (no momento presente de quando é feita a interpretação). Nas duas situações há um fato em comum. Sempre é possível entender que a realidade social impregna o significado da norma jurídica de acordo com o contexto da interpretação, relacionando-se a interpretação com o contexto temporal em que o texto é interpretado.

¹ “(...) Paro e não faço nada. Nada acontece. Não penso em nada. Ouço o passar do tempo. O tempo é isso. Familiar e íntimo. Sua força nos arrasta. A sucessão de segundos, horas e anos nos projeta na vida, depois nos arrasta para o nada... Vivemos nele como peixes na água. O que somos, somos no tempo. Sua cantiga alimenta, descortina o mundo, perturba, assusta, acalenta. O universo se transforma levado pelo tempo, segundo a ordem do tempo.” (ROVELLI, Carlos. *A ordem do tempo*. Tradução Silvana Cobucci Leite. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2017. p. 10).

² Nesse sentido: EINSTEIN, Albert. Einstein’s manuscript on the special theory of relativity. In: KLEIN, M.; KOX, A. J.; RENN, J.; SCHULMANN, R. (ed.). *The collected papers of Albert Einstein*. Princeton: Princeton University Press, 1995 [1912]. v. 4: The Swiss years: writings 1912-1914. p. 9-108. STACHEL, John. *Einstein’s 1912 manuscript as a clue to the development of special relativity*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1678-31662005000400003>. Acesso em: 28 fev. 2019.

³ ROVELLI, Carlos. *A ordem do tempo*. Tradução Silvana Cobucci Leite. [S.l.]: Ed. Objetiva, 2017. p. 19.

⁴ “(...) Em termos técnicos, diz-se que Einstein compreendeu que não existe a “simultaneidade absoluta”, ou seja, não existe um conjunto de eventos no Universo que sejam todos existentes “agora”. O nosso “agora” existe apenas aqui. O conjunto de eventos no Universo não pode ser descrito corretamente como uma sucessão de presentes, um subsequente ao outro; sua estrutura é mais complicada...” (ROVELLI, Carlos. *A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas*. Tradução Silvana Cobucci Leite. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2017. p. 49).

⁵ “O aumento do conhecimento levou a uma lenta desintegração da noção de tempo. O que denominamos “tempo” é uma complexa coleção de estruturas e de camadas. À medida que o estudo do tempo avançou, essas camadas se perderam, uma depois da outra, um pedaço após o outro”. (cf. ROVELLI, Carlos. *A ordem do tempo*. Tradução Silvana Cobucci Leite. [S.l.]: Ed. Objetiva, 2017. p. 12).

⁶ Vide nesse sentido a teoria da relatividade geral de Albert Einstein, e os modelos adstritos à mecânica quântica, notadamente a sua unificação pertencente à teoria das cordas ou teoria de tudo, explicadas pelo renomado físico estadunidense Edward Witten.

Daí porque se afirmar que as normas jurídicas possuem uma estrutura dinâmica, contudo sua modificação somente se verifica quando em contato com alterações substanciais efetivamente existentes no tecido social. A letra da lei em sua abstração com o correr do tempo permanece a mesma, mas, quando invocada sua significação normativa para aplicabilidade em um caso concreto futuro, por vezes agrega, em sua dimensão normativa, as novas estruturas que preenchem a realidade social no momento futuro de sua interpretação.

Os elementos normativos adicionais à significação normativa acabam por agregar uma nova contextualização e modificar sua relacionalidade com a Ciência Jurídica numa perspectiva sistemática. Ou seja, o tempo em sua dimensão espacial faz a norma se modificar, alterando sua significação normativa, sem, contudo, ostentar alteração em sua estrutura formal.

Nessa perspectiva é que se busca estudar as características e definições da mutação das normas estruturais do Direito, para além da mera definição doutrinária, razão pela qual será analisado o impacto do tempo na Ciência Jurídica e a reconstrução de significado normativo de acordo com as exigências dinâmicas da realidade e do tempo presente.

2 A MUTAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS DE ACORDO COM O CONTEXTO TEMPORAL EM QUE É INTERPRETADA

O ordenamento jurídico possui uma estrutura dinâmica que, na mesma medida que o universo, encontra-se em plena e permanente expansão⁷ e em constante desenvolvimento e alteração, notadamente quando analisamos a atividade jurisprudencial atualmente muito ligada às percepções do ativismo judicial. Para que seja capaz de acompanhar as mudanças socioeconômicas, a ciência do Direito dobra-se e se retorce, moldando-se às vicissitudes sociais. A cada alteração substancial da realidade encontra novos pressupostos e justificações mais acertadas para seus postulados. Sempre à medida que o tempo se altera, a realidade social subjacente é significativamente transformada.

No âmbito constitucional, como mecanismos formais de alteração da Carta Magna, é possível apontar conceitualmente a *reforma constitucional* – que pode abranger tanto a *revisão constitucional*, tida como possível pela previsão expressa no seu texto (artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias),⁸ como a *emenda constitucional*, disposta no artigo 60 da Constituição da República. A revisão constitucional trata-se de uma norma de eficácia exaurida, pois seus efeitos já se esvaíram cinco anos após a promulgação, portanto, no ano de 1993. A emenda constitucional, contudo, a teor do artigo 60 da Constituição Brasileira, pode ocorrer mediante proposta ou do presidente da República ou de mais de um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, ou ainda, de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.⁹

⁷ “Einstein agarrou-se a uma tese inaceitável para não acreditar no que suas próprias equações lhe diziam. Chegou a cometer erros absurdos de Física (não percebeu que a solução da equação que estava estudando era instável) para não aceitar a evidência do que sua teoria prevê: que o Universo está em contração ou em expansão. Por fim, foi obrigado a ceder: é a sua teoria que está certa, e não ele”. (ROVELLI, Carlos. *A realidade não é o que parece: a estrutura elementar das coisas*. Tradução Silvana Cobucci Leite. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2017. p. 71).

⁸ Conforme o artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

⁹ Na democracia representativa, a soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos dos mecanismos tradicionais de seu exercício, por meio dos representantes eleitos pelo povo, também há instrumentos de participação direta, como é o caso do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular.

Não obstante o artigo 61, §2º da Constituição da República de 1988¹⁰ admitir a apresentação de *Projeto de Lei* por meio de iniciativa popular, não é possível no âmbito federal a proposta de emenda à Constituição mediante iniciativa popular,¹¹ porquanto se entenda que o rol dos legitimados previsto no artigo 60 da Constituição Federal seja taxativo, não é viável uma interpretação extensiva do seu artigo 61, §2º, dado que o artigo é expresso em restringir a iniciativa popular unicamente aos *Projetos de Lei*. As leis ainda podem ser alteradas por outras leis, pois segundo artigo 1º, §4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,¹² “as correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova”.

Como mecanismos informais de alteração legislativa, por outro lado, é possível identificar o que a doutrina moderna vem denominando de *mutação constitucional* – ou de mutação das normas jurídicas estruturantes no ordenamento jurídico, tido como um instrumento de atualização das normas jurídicas e constitucionais, quando, embora não seja necessário que a norma sofra alterações formais por meio de projeto ou emenda legislativa, é necessário que haja uma perene interconexão com as múltiplas exigências da realidade social. Há casos em que o Judiciário interpreta a legislação para além de seu sentido literal e teleológico, podendo-se identificar que esse ativismo judicial adstrito à extrapolação dos limites objetivos da função interpretativa por vezes pode ensejar uma mutação inconstitucional das normas jurídicas.

A estabilidade da Constituição da República é advinda da rigidez de suas normas, e da dificuldade, notadamente quando envolvem princípios jurídicos estruturais, de alteração formal de estruturas valorativas essenciais. A Carta é explícita em não admitir que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes, e ainda, os direitos e garantias individuais. As cláusulas pétreas são limites imanentes à rigidez constitucional e garantem a estabilidade de nosso ordenamento jurídico, entretanto a existência e aplicação da rigidez constitucional não possui o condão de tornar eterno ou imutável as normas dispostas na Constituição da República.

Isso porque o texto constitucional, com o passar do tempo, precisa ir se adaptando às mudanças que ocorrem na realidade social, sendo certo que, em regra, referidas adaptações ocorrem por um processo formal e difícil, com alguns requisitos específicos,¹³ o que acaba gerando um obstáculo para o legislador no poder de reforma. Além das cláusulas pétreas também não podem ser objeto de nova deliberação para alteração formal da Constituição, a matéria constante de proposta de emenda já rejeitada ou havida por prejudicada na mesma sessão legislativa (artigo 60, §5º da Constituição da República).

Assim sendo, existe a possibilidade de que ocorram alterações não formais na Constituição e nas normas jurídicas em geral, por um processo informal ou indireto, o que se dá pela denominada teoria da mutação constitucional. De forma sintética, mutação constitucional é a interpretação modificativa da Constituição e das normas jurídicas estruturais sem revisões formais do texto escrito legislado. Trata-se do fenômeno de alteração da significação normativa a partir da interpretação, sem que para tanto as normas constitucionais se modifiquem formalmente no procedimento legislado das revisões ou das emendas textuais.

Em outras palavras, a mutação constitucional ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração do seu texto. Altera-se o sentido da norma constitucional sem modificar as palavras que a expressam. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume que se espelhe na seara constitucional ou pela via interpretativa. Também no Supremo Tribunal Federal a interpretação judicial é reconhecida como “instrumento de mutação informal da Constituição”.

¹⁰ Artigo 61 (...) §2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

¹¹ No âmbito do poder constituinte derivado, não obstante, é possível a previsão, conforme entendimento da Suprema Corte, a assentar que “a iniciativa popular de emenda à Constituição Estadual é compatível com a Constituição Federal, encontrando fundamento no artigo 1º, parágrafo único, no artigo 14, II e III e no artigo 49, VI, da CF/88. Embora a Constituição Federal não autorize proposta de iniciativa popular para emendas ao próprio texto, mas apenas para normas infraconstitucionais, não há impedimento para que as Constituições Estaduais prevejam a possibilidade, ampliando a competência constante da Carta Federal” (Cf. STF. Plenário. ADI 825/AP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 25/10/2018 – Info 921).

¹² Art. 1º (...) §4º §4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

¹³ Art. 60. (...) §2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. §3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

As mutações constitucionais operam verdadeiro renascimento de alguns dispositivos ao permitirem que estes sejam relidos.¹⁴ O poder é intitulado “difuso” porque nunca se sabe de modo preciso “quando” e “como” se iniciou o processo de reestruturação e efetivação das informais transformações hermenêuticas que vão rejuvenescer a Constituição Federal, adaptando-a às mudanças sociais que o dinamismo da vida fática ocasionou.

Mutações constitucionais derivam, principalmente, do modo como se exerce ou se deixa de exercer o poder estatal regulado na Constituição Federal. Manifestam-se nas práticas legislativas, jurisprudenciais e administrativas mediante as quais se vai alterando o original sentido da Constituição, muitas vezes ampliando ou restringindo o alcance das suas normas, sem reformas constitucionais. Por intermédio dessas práticas, tanto as disposições normativas quanto as lacunas da Constituição adquirem novos sentidos, de maneira a adaptá-las às forças e necessidades políticas que surgem no decurso do tempo.

Neste sentido, Karl Loewenstein define mutação constitucional como fenômeno por meio do qual:¹⁵

É produzida uma transformação na configuração real do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesse sem que seja refletida tal transformação no documento constitucional: o texto da Constituição permanece intacto. Esse tipo de mutação constitucional ocorre em todos os Estados dotados de uma Constituição escrita e é muito mais frequente que as reformas constitucionais formais.

Por sua vez, conforme palavras de José Afonso da Silva, a mutação constitucional:¹⁶

Consiste num processo não formal de mudanças das Constituições Rígidas, por via da tradição, dos costumes, de alterações empíricas e sociológicas, pela interpretação judicial e pelo ordenamento de estatutos que afetem a estrutura orgânica do estado.

No mesmo sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz discorre sobre a mutação constitucional:¹⁷

A expressão mutação constitucional é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, o significado e o alcance da Constituição sem contrariá-la; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais, são designadas por mutações inconstitucionais. Assim, em síntese, a mutação constitucional altera o sentido, o significado e o alcance do texto constitucional sem violar-lhe a letra e o espírito. Essa característica fundamental da noção de mutação constitucional é que merece, por ora, ser ressaltada. Trata-se, pois, de mudança constitucional que não contraria a Constituição, ou seja, que, indireta ou implicitamente, é acolhida pela Lei Maior.

Quanto à hierarquia normativa, embora possam servir de parâmetro de controle das normas infraconstitucionais, as mutações constitucionais subordinam-se às reformas constitucionais. Isso porque, como o limite da interpretação é o texto, novas alterações formais acabam por prevalecer sobre anteriores alterações informais da Constituição.

Por fim, como exemplo de incidência do fenômeno no Brasil, podemos citar as seguintes passagens do Supremo Tribunal Federal: a) a renovação do entendimento (HC 82.959/SP) quanto ao artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal de 1988, o que permitiu à Corte rever sua antiga jurisprudência firmada no sentido da constitucionalidade da vedação à progressão de regime nos crimes hediondos;¹⁸ b) a superação do entendimento quanto à autonomia municipal para fixar o número de vereadores, instituindo-se rígidos critérios aritméticos diante da população dos respectivos municípios, a despeito de inalterado o texto do artigo 29, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (RE 197.917/SP), até que sobreveio a Emenda Constitucional nº 58, de 23/9/2009.

¹⁴ Segundo Uadi Lammêgo Bulos, o poder é intitulado difuso “porque não vem formalizado nas constituições”. (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 316).

¹⁵ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitución. Trad. Alfredo G. Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965, *apud* KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e Mutações Constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 33. ed. atual. São Paulo. Malheiros, 2010, p. 61-62.

¹⁷ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1. ed. São Paulo. Max Limonad, 1986. p. 10.

¹⁸ Art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/1990. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

Pode-se entender, então, que a mutação constitucional consiste na alteração do significado, sentido e alcance das normas constitucionais, sendo certo que referidas alterações visam a adaptar a Constituição com a realidade social e não ensejam reformas no seu texto.

3 OS LIMITES IMANENTES DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DE PROCESSOS INFORMAIS

Em decorrência de a mutação constitucional consistir num processo informal de mudança da Constituição, indagam-se quais seriam os seus limites de alteração dado o grau de flexibilidade que se atribui ao intérprete na criação de um novo significado para aquele texto.

Essa indagação deve ser analisada com muita cautela, pois a aplicação de tal instituto de forma equivocada pode importar numa ilegitimidade legislativa ao intérprete, contrariando a própria Constituição que dispõe sobre a separação dos poderes.

Logo, é necessário que determinados parâmetros sejam respeitados, pois deixando somente a cargo da consciência do intérprete a realização de mudanças no sistema normativo, mesmo que não altere expressamente o texto constitucional, estaria ocorrendo uma violação da segurança jurídica. Nesse sentido, o fenômeno da mutação constitucional deve estar em harmonia com a Constituição Federal, pois, caso contrário, estaríamos diante de uma mutação inconstitucional.

Sobre o tema, Nadja Machado Botelho dispõe que *“apesar da dificuldade de estabelecer limites à mutação constitucional, é certo que esta esbarra no texto da Constituição e que a norma em questão consubstancia uma regra que deixa pouco espaço para a interpretação, não podendo haver mutação que retire toda a eficácia de determinado dispositivo constitucional”*.¹⁹

Deste modo, vários juristas indicam algumas diretrizes para a aplicação da mutação constitucional. Como exemplo, Botelho cita como limite à mutação constitucional as cláusulas pétreas, dispondo que:²⁰

Mesmo sujeitas às suas próprias mutações, as cláusulas pétreas também se afiguram como limites à mutação constitucional, de maneira que a alteração de sentido e alcance dos dispositivos constitucionais não poderá atingir o conteúdo essencial nem favorecer a abolição do núcleo duro da Constituição.

Em outras palavras, Botelho esclarece que a mutação constitucional não pode atingir a essência das cláusulas pétreas e nem pretender a sua extinção, contudo, pode a mutação ampliar o seu alcance e enriquecer o seu conteúdo, pois o que pode ser atingido por meio de reforma pode também ser atingido por meio de mutação.

Além disto, Botelho identifica outros três limites essenciais que devem ser respeitados pela mutação constitucional, quais sejam: a) a mutação deve ser limitada aos sentidos possíveis do texto constitucional; b) a mutação deve decorrer de legítima transformação social; c) a mutação não deve avançar no campo próprio da reforma constitucional.²¹

Por fim, cumpre destacar que a mutação constitucional, na maioria das vezes, se dá por meio do poder Judiciário, razão pela qual Carlos Henrique Ramos estabelece, ainda, os seguintes limites ao referido poder: a) vinculação às significações possíveis de um enunciado normativo; b) exigência de motivação racional das decisões judiciais; c) autoconcepção judicial, não podendo o juiz atuar em questões de competência do legislativo.²²

Dessa forma, verifica-se que não pode o intérprete alterar deliberadamente a Constituição Federal, ressaltando-se que ele só deve aplicar a mutação constitucional quando a legítima transformação da realidade social o exigir, não podendo ultrapassar, contudo, o limite permitido pelo texto constitucional.

¹⁹ BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 160.

²⁰ *Ibid.*, p. 39-40.

²¹ *Ibid.*, p. 34.

²² RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional: Constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 150-151.

4) AS MODALIDADES DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E A HIPÓTESE DE MUTAÇÃO DOS CONCEITOS ESTRUTURAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Não há consenso quanto à divisão do fenômeno da mutação constitucional por categorias, mesmo porque não seria possível exaurir todas as possibilidades e as categorias pelas quais aparecem as mudanças informais da Constituição.

Assim, tendo em vista que a doutrina apresenta uma variação considerável de modalidades acerca do instituto, será visto adiante, de forma sucinta, as duas principais categorias e o que entendem os doutrinadores a respeito delas.

Quanto à legitimidade das mutações constitucionais operadas por via interpretativa, Canotilho sustenta que uma rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional conduz, em princípio, à exclusão de mutações constitucionais operadas nesta hipótese, o que não significa que a Constituição deva ser compreendida como um texto estático e rígido, indiferente às alterações da realidade constitucional.²³

A interpretação judicial da Constituição, todavia, por sua alta relevância, tem sido considerada, pela doutrina, como a de maior importância dentre as espécies de mutação constitucional. A relevância atribuída a esta modalidade de interpretação deve, em grande parte, ser atribuída à repercussão das decisões judiciais e às características de que se reveste essa modalidade de mutação constitucional.

Revela-se a interpretação judicial nas decisões – sentenças, acórdãos – que aplicam a Constituição ao caso concreto, o que, segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, pode ocorrer de dois modos: a) mediante a aplicação pura e simples da norma constitucional para solucionar a lide; b) nos casos em que o exercício da função jurisdicional visa ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos.²⁴

Em tais casos, o exercício da jurisdição constitucional não implica controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo, e sim, em aplicação pura e simples da norma constitucional, para solucionar a lide. Forma-se um litígio constitucional porque a pretensão funda-se na norma constitucional e é com a aplicação desta que o conflito será solucionado. Assim sendo, a tutela jurisdicional vai recair na lide que se formou em virtude da relação jurídico-constitucional.²⁵

Ainda, a referida autora apresenta alguns traços peculiares no que concerne ao exercício da atividade interpretativa pelos órgãos judiciários, quais sejam: a) é obrigatória, tendo em vista que o juiz não pode deixar de decidir o litígio que envolva matéria constitucional, salvo se tal competência não lhe é atribuída; b) é primária, pois caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição; c) só atua mediante provocação e em casos concretos, haja vista que interpretação da Constituição, pelos órgãos judiciais, só se efetiva quando há processo judicial; d) é, em regra, definitiva, pois de um lado a decisão da autoridade administrativa e lei que se destinam a aplicar a Constituição podem ser anuladas por decisão do Judiciário, enquanto que, de outro lado, as decisões de juízes e tribunais inferiores poderão ser reformuladas pela Corte dotada de autoridade final; e) é mutável, ou seja, a interpretação constitucional judicial pode ser válida e regularmente alterada pela própria Corte Constitucional; f) é vinculante, pois se não houver no ordenamento jurídico texto legal ou constitucional que lhe atribua força vinculante, a interpretação constitucional apenas poderá influir como elemento de convicção.²⁶

Finalmente, imperioso ressaltar que a mutação constitucional por meio da interpretação judicial deu ensejo a duas correntes acerca da competência para “legislar” sobre matéria constitucional. A primeira corrente defende que o referido fenômeno seria antidemocrático, haja vista ser exercido por um órgão não eleito pelo povo. Por sua vez, a segunda corrente entende que o referido fenômeno é legítimo, considerando que os Tribunais Constitucionais são compostos por membros que foram escolhidos justamente pelos representantes eleitos pelo povo, razão pela qual a decisão destes seria aceita pela sociedade.²⁷

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 1991. p. 236-242.

²⁴ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*, 1. ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 1986. p. 104.

²⁵ *Ibid.*, p. 104.

²⁶ *Ibid.*, p. 116-121.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 129.

Dessa forma, o que se percebe é que a mutação constitucional por meio da interpretação judicial possui grande relevância no que diz respeito ao processo informal de alteração da Constituição, tendo em vista que os Tribunais Constitucionais podem alterar o sentido, alcance e significado das normas constitucionais para que haja a adaptação da Carta Maior à realidade social.

O costume penetra no modo jurídico quando, através dele, se manifesta uma norma com pretensão de império inexorável, regendo, portanto, como se fosse lei, isto é, sendo considerado juridicamente obrigatório. Logo, o costume é uma norma jurídica sobre determinada relação de fato e resultante da prática diária e uniforme que lhe dá força de lei.

Dois elementos estão contidos na conceituação anterior, quais sejam: objetivo e subjetivo. Em síntese, o requisito objetivo consiste na prática reiterada de determinado ato, enquanto o requisito subjetivo consiste na convicção generalizada de que determinado ato deve ser praticado.

Assim, segundo Bulos, os costumes constitucionais podem apresentar-se de três maneiras:²⁸ a) costume *secundum legem*: é o costume que já está previsto na lei, sendo certo que, nesta modalidade, o costume desencadeia alterações no conteúdo das normas constitucionais por meio da interpretação; b) costume *praeter legem*: é aquele que complementa a lei (caráter supletivo), ou seja, o costume preenche/complementa lacunas, sanando, assim, omissões e descuidos iminentes à atividade legislativa; c) costume *contra legem*: é o costume contrário à lei, razão pela qual, diante da rigidez e da força normativa da Constituição Federal, não pode ser invocado para descumprimento da Carta Maior, bem como não enseja a revogação de seus preceitos.

Ainda, segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, são admissíveis os costumes:²⁹ a) *praeter constitutionem*: também conhecido como integrativo, uma vez que preenche as lacunas constitucionais; b) *secundum constitutionem*: também conhecido como interpretativo, posto que é adotada uma interpretação da Constituição porque ela é “endossada por costume jurídico cristalizado”.

Por sua vez, segundo Anna Candida da Cunha Ferraz, os costumes constitucionais decorrem da própria Constituição:³⁰

Se a Constituição nasce para ser efetivamente aplicada, desse princípio decorre logicamente que, diante da obscuridade ou inexistência de norma que ponha em ação matéria constitucional, os órgãos ou poderes constituídos devem atuá-las. É uma decorrência lógica da Constituição encontrarem os poderes constituídos meios de atuá-la validamente. Nessa linha de raciocínio o costume constitucional forma-se por decorrência lógica da própria Constituição.³¹

Por fim, imperioso ressaltar que parte da doutrina entende não existir o costume constitucional diante de Constituições rígidas, uma vez que, em virtude do princípio da supremacia, não há espaço para qualquer modalidade de costume, haja vista que toda norma, inclusive a não escrita, cede diante da superioridade constitucional.³¹

5 EXEMPLOS DE ATIVISMO JUDICIAL POR PARTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A NOÇÃO ATUAL DE BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SENTIDO AMPLO

A expressão bloco de constitucionalidade surgiu no Direito francês,³² no início dos anos 70, e ostentou uma evolução no seu conteúdo. A ideia do conceito, segundo Louis Favoreu e Francisco Rubio Llorente, foi buscar uma determinação aceitável das normas de referência ou parâmetros suscetíveis de regular a repar-

²⁸ BULOS, Uadi Lammêgo, *Do costume constitucional*, 1996. p. 104-105.

²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 1ª reimpressão: Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 351.

³⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. 1. Ed. São Paulo+ Editora Max Limonad, 1986. p. 185.

³¹ *Ibid.*, p. 183.

³² “En la doctrina francés, la expresión bloc de constituonnalité se utiliza para designar el conjunto de normas que el Conseil Constitutionnel aplica en el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios. Este conjunto, al que ya alude una decisión de 1966, está integrado e todo caso por la Constitución y, por remisión del Preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es realmente también una declaración de derechos, sobre todo de carácter social” (FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad* (simposium franco-español de Derecho constitucional). Sevilla: Editorial Civitas; Universidad de Sevilla, 1991. p. 105).

tição de competência entre o Estado e as comunidades autônomas internacionais; a ideia de bloco invoca a de solidez, de unidade, um bloco é como um conjunto que não pode ser cindido ou dividido, e isso significa a sua importância e necessidade de continuação, perpetuação de sua existência ao longo das épocas. O bloco de constitucionalidade, portanto, na lição de Favoreu e Llorente, é integrado por elementos principais e marginais, consistentes os primeiros nas normas constitucionais e nas declarações de direitos humanos que possuem o mesmo *status* da Carta Constitucional, e os segundos, nos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República.³³

Assim, a expressão bloco de constitucionalidade deve servir de parâmetro para o ativismo judicial, podendo-se conceituar este como uma decisão que não respeita os limites impostos pela própria lei, ou seja, é a extrapolação da função jurisdicional, uma atitude exacerbada do poder Judiciário.

Em outras palavras, entende-se que o ativismo judicial seria a ingerência do poder Judiciário nos outros poderes no intuito de intensificar os valores e os objetivos constitucionais. Sua percepção ocorre na declaração de inconstitucionalidade de normas oriundas do Legislativo, na demarcação de condutas ao poder público, bem como na interpretação da Constituição, sem anuência do legislador, em situações não previstas pela Lei Maior.

Neste sentido, Elival da Silva Ramos conceitua o ativismo judicial como sendo a extrapolação dos limites impostos ao poder Judiciário quando da sua atuação:³⁴

Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso entende que a ideia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do poder Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos poderes Executivo e Legislativo. Além disto, para ele o ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) pela declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) pela imposição de condutas e abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁵

Barroso aduz, ainda, que o ativismo judicial pode ser considerado uma saída diante da inércia e morosidade dos poderes Executivo e Legislativo em cumprirem suas atribuições em alguns casos, advertindo, contudo, que o ativismo judicial não pode ser entendido como um remédio definitivo para tal problema, mas sim um remédio excepcional nos momentos de crise.³⁶ Vejamos:

O ativismo, até aqui, tem sido parte da solução, e não um problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real representatividade, legitimidade e funcionalidade do poder Legislativo.

³³ Cf. FAVOREU, Louis; LLORENTE, Francisco Rubio. *El bloque de la constitucionalidad* (simposium franco-español de Derecho constitucional). Sevilla: Editorial Civitas; Universidad de Sevilla, 1991. p. 17-34.

³⁴ RAMOS, Elival. *Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos*. Editora Saraiva, 2015. p. 116-117.

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista de Direito do Estado*, a. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

³⁶ JUNIOR, Arthur Bezerra de Souza; MEYER-PFLUG, Samanta Ribeiro. O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal – Judicial Activism the Federal Supreme Court, p. 7 *apud* MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. *Ativismo Judicial e a efetivação de direitos o Supremo Tribunal federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 63.

Por sua vez, conforme ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, ativismo judicial é “*uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz ‘cria’ uma nova norma, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição*”.³⁷

Demais, o renomado professor distingue o ativismo judicial em duas espécies, quais sejam: a) ativismo judicial inovador, o qual é a criação pelo poder Judiciário de uma norma, de uma regra ou de um direito; b) ativismo judicial revelador, que é a complementação, por parte do poder Judiciário, de um princípio/valor constitucional ou de uma regra lacunosa.³⁸

Finalmente, cumpre ressaltar que o excesso do ativismo judicial, ou seja, quando o exercício das atribuições definidas pela Constituição Federal a cada um dos poderes é extrapolado, dá, por vezes, ensejo a uma mutação inconstitucional. Diante disso, o ativismo judicial poderia ofender o ordenamento jurídico em duas situações: a) deformação da normatividade constitucional; b) deformação do Direito infraconstitucional.

Conforme é sabido, o Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão máximo do poder Judiciário brasileiro e possui, entre outras, a função de proteger a Constituição Federal, que é a norma mais importante do país.

Essa proteção, contudo, só ocorre porque encontra-se prevista na própria Constituição Federal, sendo certo que, para alcançá-la, o Supremo Tribunal Federal precisa intervir algumas vezes nos demais poderes (Legislativo e Executivo), bem como na vida social. E é daqui que algumas decisões judiciais proferidas pelo STF extrapolam os limites previstos pela Constituição Federal, dando ensejo, assim, ao ativismo judicial.

A títulos de exemplos, cita-se, primeiramente, a decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Isso porque o artigo 128 do Código Penal dispõe que será autorizada a realização de aborto apenas quando não houver outro meio para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez for resultante de estupro. Ou seja, o legislador, ao editar a norma autorizadora para a prática do aborto dispôs, de forma taxativa, as duas únicas hipóteses que autorizariam a prática do referido procedimento.

Na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, contudo, o Supremo Tribunal Federal, após longos debates, entendeu haver uma terceira hipótese que autorizaria a prática do aborto de forma atípica, qual seja, a realização de aborto no caso de gravidez de feto anencefálico.

Referida decisão foi profundamente criticada por alguns juristas brasileiros, bem como por alguns setores da sociedade civil, haja vista que, para eles, o Supremo Tribunal Federal estaria legislando ao criar uma terceira hipótese que permitisse a realização do aborto de forma atípica, ou seja, o STF estaria invadindo a competência do poder Legislativo.

Aqui, entre os ministros que compunham o quórum da Suprema Corte quando do pronunciamento da referida decisão, cumpre destacar o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, o qual, levando em consideração o ativismo judicial, destacou que não é dado ao poder Judiciário o poder de inovar o ordenamento normativo como se seus integrantes fossem parlamentares eleitos.

No mesmo sentido, a ministra Ellen Gracie, também considerando o fenômeno do ativismo judicial, aduziu não ser possível o poder Judiciário, por meio de um entendimento jurisprudencial, criar uma terceira hipótese que legitimaria o aborto, bem como ressaltou, por fim, que a decisão feria a separação dos poderes e a repartição das competências.

Como segundo exemplo, cumpre destacar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão nº 26.

Na referida decisão, o Plenário do STF entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar uma lei que criminalizasse atos de homofobia e de transfobia, razão pela qual, por maioria, a Corte enquadrou referidos atos como tipo penal definido na Lei do Racismo (Lei 7.716/1989).

³⁷ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?* Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>. Acesso em: 7 jul. 2018.

³⁸ *Ibid.*

Aqui, mais uma vez o ministro Ricardo Lewandowski fundamentou ser indispensável a existência de lei para que seja viável a punição penal de determinada conduta, destacando, por fim, a necessidade de dar ciência ao Congresso Nacional em relação à mora legislativa sobre o tema. Veja-se:³⁹

A extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma garantia fundamental dos cidadãos que promove a segurança jurídica de todos.

Por sua vez, o ministro Dias Tofolli acompanhou o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, bem como ressaltou, ao final, que apesar da divergência na conclusão todos os votos proferidos repudiaram a discriminação, o ódio, o preconceito e a violência por razões de orientação sexual e identidade de gênero.

Verifica-se, portanto, do entendimento dos ministros supracitados, que as questões referentes aos fetos anencefálicos, homofobia e transfobia, primeiramente, deveriam ser analisadas pelo poder Legislativo, o qual possui a legitimidade para legislar e, por consequência, de acrescentar mais tipos penais, sob pena de estarem extrapolando a função jurisdicional, o que, por sua vez, dá ensejo ao ativismo judicial.

6 CONCLUSÃO

Todo o consubstanciado no presente estudo teve como objetivo traçar um entendimento linear que compreende demonstrar a frágil, porém vital, ligação existente entre o tempo e o Direito. As perspectivas de alteração da realidade social, junto ao correr das épocas, altera substancialmente a visão que se tem e a interpretação da Constituição e das normas estruturais do ordenamento, tendo em vista que a sociedade apresenta uma evolução contínua, dinâmica do seu modo de pensar, dos seus valores, etc., enquanto que, por outro lado, as Constituições, vivas que são, devem acompanhar essa evolução sob pena de perder sua eficácia e afastar-se da realidade.

Assim, o fenômeno da mutação constitucional surge como maneira conveniente de alteração e adequação informal do sentido da constituição e extensão de seu alcance, razão pela qual referido fenômeno é essencial para atualizar e adequar a realidade normativa constitucional à realidade fática, social, política, cultural, histórica e econômica. Tal fenômeno, como processo dinâmico que é, acontece de forma tão imprevisível e inevitável quanto às transformações do mundo real.

Por sua vez, devido à tamanha importância desse fenômeno, deve ele ser limitado para que se evitem mutações perigosas ou inconstitucionais a colocar todo o ordenamento jurídico em situação de instabilidade e insegurança. Ou seja, para que haja a utilização da mutação constitucional devem ser respeitados alguns limites que são impostos pela própria natureza da norma, pois, caso contrário, estaremos diante de um ativismo judicial.

Enfim, chega-se à conclusão de que o fenômeno mutação constitucional ora estudado trata-se de uma mudança do sentido e alcance ocorrida no texto normativo por meio de uma nova interpretação da norma realizada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do poder difuso, e que esse fenômeno assume um importante papel na atualização da nossa Constituição, sem o qual a Carta Maior não passaria de uma simples folha de papel.

7 REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: *Revista de Direito do Estado*, a. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.
- BOTELHO, N. M. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.
- BRASIL. *Constituição Federal*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL. *Decreto-Lei n° 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.
- BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁹ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010>.

- BULOS, U. L. *Costume constitucional*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 33, n. 131, jul./set. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176479/000512740.pdf?sequence=3>.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Almedina, 1991.
- CARVALHO GOULART, D. V. *Mutação constitucional e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29327/mutacao-constitucional-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-brasileiro/1>.
- CAVEDON, R. *Teoria Geral dos Direitos Coletivos*. Curitiba: Juruá, 2015.
- FAVOREU, L.; LLORENTE, F. R. *El bloque de la constitucionalidad* (simposium franco-español de Derecho constitucional). Sevilla: Editorial Civitas; Universidad de Sevilla, 1991.
- FERRAZ, A. C. C. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- GOMES, L. F. *O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes?* Brasília: Conteúdo Jurídico, 2009. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>.
- KUBLISCKAS, W. M. *Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIARELLI, M. M.; LIMA, R. M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos o Supremo Tribunal federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- RAMOS, E. S. *Ativismo judicial, parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- SCHETTINO, J. G. R. *Controle judicial de constitucionalidade e ativismo judicial processual*. Rio de Janeiro, 2008. 174p. Dissertação (Mestrado) – PUC-Rio, Departamento de Direito da PUC-Rio, 2008.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SOUZA NETO, C. P. *Direito Constitucional: teoria, história e método de trabalho*. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E COMPLIANCE TRABALHISTA: Medidas Para Prevenção, Gestão e Resolução Consensual De Conflitos

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.40-54>

Recebido em: 16/9/2019

Modificações solicitadas em: 26/10/2019

Aceito em: 22/11/2019

Beatriz de Felipe Reis

Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina – Unesc (2018-2019). Especialização em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos (2009). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2006). Principais áreas de pesquisa: a proteção de dados dos trabalhadores, o impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho, o futuro do Direito do Trabalho, os direitos fundamentais dos trabalhadores, o meio ambiente do trabalho digno, a discriminação nas relações de trabalho, contratação pela Administração Pública e acesso à Justiça. É membro integrante da Rede Cielo Laboral desde novembro/2018. Participa do grupo de pesquisa GT – Direito do Trabalho Unesc. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. <http://lattes.cnpq.br/5118653741233379>. <https://orcid.org/0000-0002-6528-0483>. bialippe@hotmail.com

Gustavo Silveira Borges

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2014), com bolsa de pesquisa PNPd/Capes. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS (2013). Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2007). Especialização em Ciências Penais pela PUCRS (2005). Pós-Graduação pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris (2003). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS (2002). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade) na Universidade do Extremo Sul Catarinense (PPGD/Unesc). Coordenador e professor da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Unesc (Especialização em Direito Civil e Processo Civil). Pesquisador permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/Unesc), vinculado à Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos e à Área de Concentração Direitos Humanos e Sociedade. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Direitos Humanos e Cidadania (Nupec/Unesc). Avaliador do curso de Direito pelo Inep/MEC. Tem experiência no Direito, com atuação acadêmica nas áreas: Direitos Humanos, novos direitos, Direito Civil e Direito do Consumidor. <http://lattes.cnpq.br/2349472735364540>. <https://orcid.org/0000-0001-9673-4321>. gustavoborges@hotmail.com

Nelson Soares da Silva Neto

Mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina – Unesc (2019-2020). Graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (1999). Advogado. Tem experiência na área de Direito Empresarial. <http://lattes.cnpq.br/0974839548041802>. <https://orcid.org/0000-0001-7516-9597>. nelson110115@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo abordou a mediação e o *compliance* trabalhista como ferramentas complementares para a prevenção, gestão e resolução consensual de conflitos. As duas ferramentas ganharam força no Brasil, especialmente a partir da aprovação das Resoluções nº 125 do CNJ e nº 174 do CSJT, e da aprovação da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Os objetivos principais foram demonstrar que a mediação não se restringe a garantir o acesso à Justiça, mas efetivamente servir como mecanismo de participação social do cidadão e tratamento adequado dos conflitos. Analisou-se, também, o instituto do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro e os benefícios da sua introdução no âmbito das empresas. Baseado em um método dedutivo, pautado na análise crítica da doutrina e da legislação sobre a matéria, concluiu-se que a mediação e o *compliance*, atuando em conjunto, podem contribuir, tanto para a resolução de conflitos, quando estes já ocorreram, quanto para sua prevenção, garantindo maior satisfação aos envolvidos e, por consequência, uma redução na propositura de ações judiciais e na alta litigiosidade perante o Judiciário.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Mediação de conflitos. *Compliance* trabalhista.

MEDIATION OF CONFLICTS AND LABOR COMPLIANCE:
MEASURES FOR THE PREVENTION, MANAGEMENT AND CONSENSUAL RESOLUTION OF CONFLICTS

ABSTRACT

The article discussed the mediation and the labor compliance as complementary tools for prevention, management and consensual resolution of conflicts. The two tools gained strength in Brazil, particularly since the adoption of the Resolutions nº 125 of the CNJ and nº 174 of CSJT, and the approval of Law nº 12.846/2013, known as the Anti-Corruption Law. The main objectives were to demonstrate that mediation is not restricted to ensure access to justice, but actually serve as a mechanism of social participation of the citizen and proper handling of conflicts. It was also analyzed the compliance institute in the Brazilian legal system and the benefits of its implementation in the framework of companies. Based on a deductive method, on a critical analysis of the doctrine and legislation on the matter, it was concluded that the mediation and compliance, acting together, can contribute both to the resolution of conflicts, when these have already occurred, as well as for its prevention, ensuring greater satisfaction to those involved and, consequently, a reduction in the filing of lawsuits and in high litigation before the Judiciary.

Keywords: Labor law. Mediation of conflicts. Labor compliance.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A mediação como mecanismo e porta aberta para a solução dos conflitos trabalhistas. 2.1 O acesso à Justiça e a mediação. 2.2 A mediação trabalhista como perspectiva para a pacificação social. 3 *Compliance*: uma nova ferramenta para prevenir conflitos trabalhistas. 3.1 O *compliance* no Direito Brasileiro. 3.2 O *compliance* na prevenção de conflitos trabalhistas. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, gradativamente, a mediação e o *compliance* ganham espaço dentro do processo de gestão das empresas. A mediação, embora tenha surgido na década de 90 por meio do movimento pró-mediação, foi a partir de 2010, com as Resoluções nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e nº 174 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, que oficialmente foi reconhecida como uma política pública. Mais recentemente, o Código de Processo Civil conferiu preferência à adoção dos métodos autocompositivos na solução dos conflitos. O instituto do *compliance*, por sua vez, ganhou notoriedade após a instituição da Lei nº 12.846/2013, conhecida como lei anticorrupção.

Partindo disso, pretende-se responder com este artigo de que forma a mediação e a instituição dos programas de *compliance* no ambiente laboral poderão contribuir para a solução e prevenção dos conflitos trabalhistas, na medida em que o modelo de jurisdição estatal encontra-se em crise de eficiência: seja porque não responde de forma adequada, em razão da lentidão e ineficiência do sistema, seja por conta do acúmulo de processos ou da explosão de litigiosidade.

Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018), o poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação. De acordo com o órgão, só no ano de 2017 ingressaram 29,1 milhões de processos, dos quais 14,8% corresponderam a casos novos ajuizados na Justiça do Trabalho, cujo assunto mais recorrente foram verbas rescisórias.

Diante dos dados apresentados, verifica-se um colapso do modelo de jurisdição estatal, que não responde de modo eficiente à complexidade social e litigiosa, havendo um descompasso entre procura e oferta de serviço, e um desgaste que gera um sentimento de frustração nas partes. Assim, diante da falência do sistema estatal, o trabalho identifica na mediação e no *compliance* ferramentas que vão na contramão da morosidade da Justiça e que auxiliam no atendimento das necessidades sociais.

O método de abordagem será o dedutivo, ou seja, a partir de uma visão geral dos institutos da mediação e do *compliance* no ordenamento jurídico brasileiro, se verificará a aplicação de ambos à seara laboral. Como método de procedimento, adotar-se-á o monográfico e, como técnica de pesquisa, a documental e bibliográfica, pautada na coleta de dados e na pesquisa à jurisprudência, em obras contemporâneas, artigos de revistas jurídicas e documentos oficiais.

Por fim, em razão da atual complexidade conflitiva e das dificuldades jurisdicionais enfrentadas no Brasil para fazer cumprir o acesso à Justiça como direito humano, o presente artigo buscará avançar na discussão, por meio da valorização dos institutos como medidas capazes de prevenir, gerir e resolver os conflitos inerentes ao ambiente de trabalho.

2 A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO E PORTA ABERTA PARA A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS

2.1 O acesso à Justiça e a mediação

A atual dinâmica da vida em sociedade passa por uma transformação, a qual teve início com a queda do muro de Berlim e o advento da globalização. A revolução tecnológica dos anos seguintes promoveu uma maior integração: em segundos, tem-se as notícias catastróficas da Indochina ou da greve de trabalhadores aeroviários na França; a um clique, é possível acessar as câmeras instaladas no Central Park (Nova York) ou da portaria da empresa em que se trabalha. Sem dúvida o mundo mudou, mas ainda padece quando o assunto é acesso à Justiça e garantia de direitos.

Apesar de toda a tecnologia desenvolvida, os métodos de resolução de litígios da era analógica ainda prevalecem, ou seja, os problemas são jogados para dentro de um sistema arcaico, no qual se alegam as razões e se espera que o magistrado dê o direito e garanta o que é requerido, tal como nos tempos romanos, apenas para citar um dos berços da nossa herança civilista contenciosa.

O acesso à Justiça para todos foi uma conquista social relevante, especialmente do Ocidente, e está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, quando refere no artigo 10º: “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida” (DECLARAÇÃO... 1948). Dada a importância do amplo acesso à Justiça, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), assinada em 22 de novembro de 1969, estabeleceu que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza (CIDH, 1968, artigo 8º, item I).

No Brasil, a Constituição Federal, na mesma linha, prevê em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Partindo disso, há de se perquirir se basta a garantia do acesso ao poder Judiciário para a completa efetivação do acesso, ou se este deve ser, além de amplo, eficaz na solução do conflito e pacificação da sociedade.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998), em sua obra *Acesso à Justiça*, realizaram uma divisão de períodos/momentos pelos quais essa busca por acesso efetivo deveria passar. Para tanto, na visão dos autores, o acesso à Justiça passa por três “ondas renovatórias”: na primeira fase foi necessário garantir a assistência jurídica aos pobres; na segunda, garantiu-se a defesa dos direitos difusos perante o juízo e, na terceira, se trouxe uma concepção mais ampla de acesso à Justiça, ultrapassando a noção de que não basta a simples possibilidade de reclamar direitos perante o poder Judiciário. De acordo com a chamada terceira onda, era preciso buscar novas formas de acesso aos mecanismos jurídicos:

Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 25).

No Brasil, a terceira onda é marcada pelo advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que representou um novo marco no acesso à Justiça, compreendido como direito e garantia fundamental de acesso a todos os meios legítimos, jurisdicionais e extrajurisdicionais, nacionais ou internacionais, de proteção e de efetivação de direitos individuais e coletivos. Ou seja, além da possibilidade de todos promoverem o ajuizamento de ações, a solução deve ser célere, contemporânea e eficaz.

Na prática, contudo, o que se observa é que apesar da “abertura” do Judiciário, esta veio acompanhada por uma alta sobrecarga de processos, requerendo novas soluções para garantir ao cidadão um acesso eficaz. Os dados mais recentes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), divulgados no *Justiça em Números 2018* apon-

tam que “em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2017”, computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais (CNJ, 2018, p. 78).

Mesmo com a informatização, não houve uma redução do volume de trabalho: se de um lado melhoraram os índices de produtividade dos Tribunais, de outro, o número de novas ações ajuizadas e do estoque de processos ainda é elevado (CNJ, 2018). Além disso, algumas medidas que se anunciavam de grande eficácia já não dão conta da elevada carga de processos.¹

A sociedade vive uma complexidade crescente, característica do mundo globalizado, do consumo em massa, da sociedade da informação, entre outros aspectos, gerando desafios ao Estado, o qual não dá guarida nem alcança a velocidade das demandas produzidas. Além disso, como argumenta Tartuce (2019), o maior acesso à informação e ao conhecimento contribui para uma emancipação da cidadania, gerando “uma ampla disposição de não mais se resignar ante as injustiças, o que acarreta um maior acesso às cortes estatais para questionar atos lesivos; [...]” Diante disso,

[...] o Estado, tendo consciência da insuficiência de seu modelo de regulamentação social, admite, favorece e cria certos mecanismos diferenciados funcionalmente essenciais para o processo de equilíbrio e recomposição do próprio sistema. Tais pressupostos de cunho mais reformista acabam beneficiando a passagem para práticas pluralistas alternativas, à margem da juridicidade posta pelo Estado (WOLKMER, 2015, p. 354).

Assim, com a crise do monopólio estatal da jurisdição, gradativamente métodos não adversariais de solução do conflitos vêm sendo empregados no Brasil, de modo a fomentar soluções pacíficas com a participação dos interessados, mediante o auxílio de um terceiro conciliador, mediador ou árbitro, a depender do método aplicado.

Há países em que a adoção destes métodos ocorreu de modo mais avançado. Exemplo disso, nos Estados Unidos, a Lei *Taft-Hartley*, de 1947, que criou agências de mediação, entretanto a institucionalização desses instrumentos na administração pública, em especial, no poder Judiciário, iniciou-se no final da década de 70, em razão da proposta do professor Frank Sander, denominada *Multi-Door Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas), que defendia a existência de várias possibilidades (portas) para solução de um conflito de acordo com a disputa (OLIVEIRA; SPENGLER, 2013).

Como vantagens do sistema multiportas de solução de conflitos menciona-se o fato de ele permitir que os casos sejam encaminhados para o fórum mais adequado de resolução de acordo com as especificidades de cada disputa. Além disso, contribui para mobilizar os cidadãos a deixarem de ser somente espectadores para se tornarem protagonistas do seu próprio destino em outras áreas, assim como conduz os interessados a perceberem o conflito como uma oportunidade, e redefinirem como positivas as diferenças antes vistas como negativas (CRESPO, 2012).

Mais recentemente, os EUA vêm incentivando a participação da iniciativa privada, com a profissionalização de árbitros e mediadores, por meio de treinamento a advogados ou Pós-Graduações específicas. Há, ainda, a técnica denominada *fact-finding*, modalidade de mediação obrigatória, muitas vezes referida como conciliação obrigatória, que mescla elementos da mediação e da arbitragem (CABRAL, 2011).

Na América Latina, a Colômbia e a Argentina são exemplos na aplicação de métodos não adversariais. Na Colômbia, segundo Souza (2006), a tentativa de conciliação é obrigatória em todas as matérias suscetíveis de transação, desistência ou conciliação, o que não deixa muito claro os casos em que se aplica a obrigatoriedade. A autora, contudo, aponta que a legislação refere-se de forma expressa às ações trabalhistas, a determinadas ações de família, aos conflitos de ordem patrimonial envolvendo o Estado, aos conflitos em matéria civil, em matéria de concorrência e, ainda, às relações de consumo. Destaca-se que na Argentina, a legislação obrigando a busca da conciliação e da mediação antes do ingresso com um processo na Justiça produziu efeitos imediatos, com a redução em 30% do estoque processual e o aumento da resolutividade dos conflitos pela via negocial (DESJUD, 2015).

¹ Refere-se o caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099/1995. Mesmo esta Justiça especializada, que era para ser mais célere, tem enfrentado dificuldades, estando de modo geral congestionada e sem dar o resultado esperado (CNJ, 2018).

No território brasileiro, a partir da década de 90, o próprio Estado passou a incentivar a adoção de outros métodos e procedimentos para a pacificação de conflitos, em um movimento de descentralização, que ocorreu tanto dentro como fora da estrutura judicial. Em 1996 houve a aprovação da Lei nº 9.307/96, que instituiu a arbitragem. Na sequência, deu-se a aprovação da Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e a Lei nº 10.259/01, que dispôs sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, com o objetivo de criar mecanismos mais adequados para solucionar causas de valor reduzido, com procedimentos simplificados.

Outro marco importante foi a edição das Resoluções nº 125 pelo CNJ e nº 174 pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), desempenhando papel fundamental no fortalecimento da mediação e da conciliação. Em março de 2015 houve a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que conferiu aos conciliadores e mediadores protagonismo na busca da solução dos conflitos, assim como atribuiu preferência à adoção do método autocompositivo, incumbindo ao juiz promovê-la a qualquer tempo.

Ainda, em 2015, ocorreu a edição da Lei nº 13.140/2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública, contudo, diferentemente de outros países, no Brasil a sessão de mediação e/ou conciliação não é obrigatória.

O breve histórico revela um esforço e preocupação do legislador e do próprio CNJ para resolver os conflitos de interesse e incentivar a autocomposição de litígios e a pacificação social. Alguns exemplos são promissores, como a Mediação Digital, programa desenvolvido pelo governo federal para aproximar de forma rápida e econômica fornecedor e consumidor por meio digital e facilitar a solução direta dos problemas pelos interessados. Outra ação meritória foi a do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que assinou em 2017 o Pacto pela não judicialização dos conflitos com o objetivo de adotar, interna e externamente, o uso das práticas de resolução pacífica de conflitos, mudando a cultura do litígio no Brasil.

Em relação à Justiça do Trabalho, se de um lado há um permanente interesse na conciliação das partes, até mesmo por determinação legal,² além da periódica realização da Semana Nacional de Conciliação, de outro, a Resolução nº 174 do CSJT deixa claro um pensamento ainda mais restritivo, na medida em que prende o processo e as conciliações ao controle dos magistrados ou servidores, negando às partes e à iniciativa privada a permissão de tentar mediar os conflitos entre empregados e empregadores antes de adentrarem no Judiciário.³

Esta visão míope vai de encontro ao que já é aplicado em alguns países, como nos Estados Unidos, na Argentina e na Colômbia, apenas para citar alguns exemplos. Tal centralidade das questões trabalhistas acaba sendo uma das causas do que se passou a se denominar “Custo Brasil” e que tem gerado forte movimento pelo fim da Justiça do Trabalho. A extinção do órgão, entretanto, não parece ser a solução mais adequada, até porque os conflitos não desaparecerão, assim como encaminhá-los à Justiça comum, já assoberbada de processos, poderá retardar ainda mais a solução dos processos, ensejando prejuízo maior tanto para o trabalhador quanto para empregador.

A solução, portanto, passa por uma mudança de paradigmas, com o abandono da cultura de competição, de sentença, como único meio de solucionar conflitos, e a formação de uma cultura de pacificação, de resgate do diálogo e da participação ativa das partes, atendendo ao novo protótipo de cidadania (CALSSING; VIVEIROS, 2016), conforme se abordará no tópico seguinte.

2.2 A mediação trabalhista como perspectiva para a pacificação social

A mediação, na condição de instrumento efetivo de pacificação, solução e prevenção de litígios, pode atuar dentro de qualquer tipo de conflito, seja ele comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, trabalhista ou político. Nas palavras de Tartuce (2019):

² De acordo com o artigo 764 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação” (BRASIL, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943).

³ A Resolução nº 174 do CSJT, em seu artigo 1º, ao tratar da conciliação e da mediação, dispõe que ambas são meios alternativos de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada (CSJT, 2016).

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas.

No campo laboral, a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15) expressamente previu em seu artigo 42, parágrafo único, a necessidade de regulamentação por lei própria. Recentemente foi aprovada no Brasil a chamada Reforma Trabalhista, a qual não apresentou mecanismos para viabilizar a paz social e a garantia dos direitos no âmbito trabalhista. Diante da inexistência de lei própria, a Resolução nº 174 do CSJT estabeleceu que apenas magistrados e servidores públicos, estes sob a supervisão daqueles, poderão promover a utilização da mediação na esfera laboral, contudo, por certo, o que prevê a referida Resolução não é mediação, mas tentativas de conciliação fora do processo, pois a mediação sempre será pré-processual.

Com efeito, a lacuna legislativa poderia ter sido suprida com a aprovação da lei da Reforma Trabalhista, porém o tema não entrou em discussão.⁴ Além disso, o que a Resolução tenta restringir é a aplicação da mediação aos dissídios individuais, pois aos dissídios coletivos, por previsão legal, admite-se a mediação fora do âmbito do poder Judiciário. A exemplo disso, menciona-se o Decreto nº 1.572/1995, que regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista, e a Lei nº 10.192/2001, que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real, na qual há expressa previsão legal de utilização da mediação para negociar os dissídios coletivos. Logo, em se tratando de Direito Coletivo do Trabalho, não há maiores questionamentos sobre a aplicação do instituto da mediação.

No tocante ao Direito Individual do Trabalho, a doutrina diverge quanto à possibilidade de se transacionar direitos trabalhistas e, portanto, quanto à aplicação de métodos autocompositivos para a solução dos conflitos, isso porque existem princípios específicos que regem a relação entre empregado e empregador (CALSING; VIVEIROS, 2016).

Acerca do tema, Delgado (2017, p. 232-233) faz uma distinção entre direitos imantados por indisponibilidade absoluta e direitos imantados por uma indisponibilidade relativa. Absoluta “será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.” Como exemplo, menciona o direito à assinatura de Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), o direito ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. E, quanto à indisponibilidade relativa, será “quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.” O autor cita a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo *versus* salário variável, por exemplo), a qual pode se alterar, lícitamente, desde que não produza prejuízo efetivo ao trabalhador. Diante disso:

Respeitados, portanto, os direitos mínimos garantidos por lei ao trabalhador e salvaguardados direitos que visem à proteção da segurança e da saúde do empregado, torna-se possível, e até preferível, que se adotem métodos autocompositivos para a solução dos conflitos (CALSING; VIVEIROS, 2016, p. 250).

Quanto à possibilidade de mediação extrajudicial em matéria trabalhista, há quem defenda que na reforma há pontos para sustentar a sua aplicação:

Com a Reforma Trabalhista inserindo as figuras do Termo de Quitação Anual e da Homologação de Acordo Extrajudicial (que poderão ser precedidos de uma mediação extrajudicial, sendo então validado entre empregador e empregado frente ao sindicato ou o próprio poder Judiciário, que tratará então de questões indisponíveis), as formas autocompositivas terão maior efetividade, bem como a Conciliação Extrajudicial através da utilização da mediação novas facetas e novas utilidades consoante com a Resolução 125 do CNJ e com o preceituado no novo CPC (CBMAE MA, 2019).

⁴ Há quem sustente que, apesar da lacuna, por força dos artigos 8º e 769 da CLT, que orientam a aplicação subsidiária do Direito Comum no âmbito do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho, respectivamente, seria possível a aplicação das disposições do Novo Código de Processo Civil na regulamentação da mediação na jurisdição trabalhista (CALSING; VIVEIROS, 2016).

Salienta-se que o objetivo não é incentivar uma precarização das relações de trabalho. Na realidade, o que se pretende é permitir o empoderamento dos trabalhadores e direcionar empregadores à solução dos conflitos, antes que estes se transformem em demandas judiciais.⁵

Do ponto de vista internacional, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estimula os métodos consensuais para prevenção e composição das controvérsias envolvendo capital *versus* trabalho. Nesse sentido, menciona-se a Recomendação nº 92 da OIT que trata sobre arbitragem e conciliação voluntárias. Ainda no cenário internacional, há a Declaração Sociolaboral do Mercosul de 2015, que prevê em seu artigo 19 a promoção e desenvolvimento de mecanismos preventivos e de autocomposição de conflitos do trabalho.

Não se está defendendo, portanto, algo inédito, mas a quebra de paradigmas criados por alguns juristas de que o trabalhador é sempre hipossuficiente e que necessariamente precisa da tutela do Estado para resolver seus conflitos laborais. De acordo com Calsing e Viveiros (2016, p. 250), “a adoção da mediação como método de solução dos conflitos individuais do trabalho deve ser encarada, inclusive, como possível mudança cultural da busca pelo poder Judiciário e como tentativa de se manter a continuidade das relações trabalhistas.”

Não se trata de desmerecer a intervenção estatal, contudo, dada a crise da atividade jurisdicional no Brasil, há de se fortalecer a efetivação de métodos não adversariais para o tratamento adequado dos conflitos. Evidentemente, é preciso levar em conta que no contrato de trabalho há uma disparidade entre as partes, o que deve ser ponderado pelo mediador. E, para o caso de eventual abuso contra a parte hipossuficiente, a CLT prevê no artigo 9º a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos, havendo sempre a possibilidade de a Justiça do Trabalho reequilibrar as forças.

Além disso, se a Reforma Trabalhista estabeleceu a possibilidade de as partes realizarem acordos extrajudiciais e após submetê-los ao crivo do Judiciário, por certo que este acordo pode e deve ser construído por meio da mediação.

Com efeito, nem todos os acordos extrajudiciais serão homologados pela Justiça, isso porque os magistrados precisam estar atentos se foi preservada a vontade livre e desembaraçada do trabalhador, se o acordo está dentro de parâmetros considerados razoáveis e isentos da possibilidade de fraude, se há indícios de violação ao dever geral de boa-fé objetiva.

Dentro dessa perspectiva, menciona-se o caso da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio de Janeiro, no qual foi negado provimento ao recurso ordinário interposto pelo trabalhador contra a decisão de 1ª Instância que extinguiu sem resolução do mérito um pedido de homologação de acordo extrajudicial entre o ex-empregado e a empresa.⁶ No recurso, o trabalhador pedia o retorno do processo à Vara de origem para homologação do acordo extrajudicial entabulado. Para a Relatora, o que os postulantes pretendiam era a quitação geral do extinto contrato de trabalho, o qual “não se confunde com a transação extrajudicial para prevenir litígios, pois esta pressupõe a quitação das verbas rescisórias, incontroversas, e a existência de verdadeira controvérsia sobre os direitos eventualmente transacionados” (CSJT, 2018).

Como visto, a Justiça do Trabalho atenta a este tipo de demanda, tem agido de forma cautelosa, homologando acordos legítimos e rechaçando tentativas de fraude. A transação extrajudicial para prevenir litígios reduzirá o número de lides laborais e, se bem conduzidas e incentivadas, permitirão, de modo simultâneo, maior satisfação das partes envolvidas, fomento a uma cultura de paz no país e melhor atendimento das demandas sociais pelo poder Judiciário.

⁵ Situações envolvendo prática de assédio moral ou de humilhação no ambiente de trabalho são exemplos em que a mediação pode ser adotada, isso porque, embora nesses casos seja comum a parte buscar o ressarcimento pecuniário por meio de um pedido de indenização por danos morais na via judicial, não raras vezes tal ressarcimento não é suficiente para amenizar o abalo sofrido. O uso da mediação mostra-se mais eficiente, na medida em que resgata o diálogo e o encontro entre as partes.

⁶ No caso, as partes pleiteavam a homologação de acordo para quitação do contrato de trabalho, comprometendo-se a empresa com o pagamento das verbas rescisórias parceladamente. O Juízo da 1ª Instância concluiu pela não existência de litígio e de interesse processual a justificar a ação, pois as partes afirmavam que o autor foi dispensado sem justo motivo e a ré reconhecia que era devedora. Assim, não havendo transação, a ré simplesmente deveria pagar a rescisão contratual, motivo pelo qual julgou o processo extinto sem resolução do mérito (CSJT, 2018).

A criação dos Centros Judiciários de Métodos Consensuais de Solução de Disputas, associados às novas plataformas digitais, caminha nesse sentido, além de empoderar os interessados para que busquem a solução de seus conflitos. A adoção dos métodos não adversariais, contudo, não deve ser entendida apenas como um instrumento para reduzir a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, ou seja, a redução das demandas judiciais não deve ser um objetivo em si mesmo, mas um resultado decorrente dos diferentes tratamentos conferidos ao conflito.

Por fim, uma vez fixada a mediação como um importante mecanismo para se atingir a pacificação social, o tópico seguinte abordará o instituto do *compliance* no Direito do Trabalho, explicitando que, por meio da estruturação de políticas e procedimentos corporativos, mostra-se possível prevenir ou minorar conflitos no campo laboral.

3 COMPLIANCE: UMA NOVA FERRAMENTA PARA PREVENIR CONFLITOS TRABALHISTAS

3.1 O *compliance* no Direito Brasileiro

O termo *compliance* tem origem no verbo em inglês *to comply*, que significa cumprir com, obedecer. De acordo com a Associação Brasileira de Bancos Internacionais (Abbi) e a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), *compliance* indica “o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir regulamentos internos e externos impostos às atividades da instituição” (ABBI; FEBRABAN, 2009, p. 8). A doutrina associa *compliance* à noção de conformidade, isso porque “possuir *compliance* significa estar em conformidade com a legislação do Estado e com as demais normas de conduta que possam ser aplicáveis às pessoas de determinada organização” (ANDRADE; FERREIRA, 2017, p. 76).

Para o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), *compliance* corresponde a “um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores” (CADE, 2016, p. 9). A Febraban, por sua vez, tem uma concepção mais ampla, pois entende que *compliance* “transcende a ideia de “estar em conformidade” às leis, regulamentações e autorregulamentações, abrangendo aspectos de governança, conduta, transparência e temas como ética e integridade” (FEBRABAN, 2018, p. 7).

No que diz respeito à introdução do *compliance* no Brasil, o instituto ganhou força após os escândalos de corrupções políticas, tendo como marco principal a Lei nº 12.846/2013 – chamada Lei Anticorrupção. O *compliance*, também conhecido como programa de comprometimento ou programa de integridade, emergiu “como uma necessidade imposta pela sociedade em direção às empresas, de forma a exigir maior transparência e seriedade nas relações negociais” (LAZZARIN; CAVAGNOLI, 2018, p. 99).

No Brasil surgiu “inspirado no sistema estadunidense, com a abertura comercial crescente, por volta da década de 1990, no governo Collor de Mello, quando o país passou a ocupar posição internacional de destaque” (BORSATTO; SILVA, 2015, p. 291). Com isso, houve uma pressão para que o país desenvolvesse uma política que satisfizesse o padrão de transparência exigida e adotada pela agência estadunidense *Securities Exchange Commission*.

Inicialmente prevalecia o entendimento de que o instituto seria apenas um mecanismo para minimizar a aplicação de sanções penais contra organizações privadas que praticassem atos de corrupção ao realizarem negócios com a Administração Pública. Apesar disso, a sua adoção não se ateve ao campo penal, isso porque um programa de *compliance* não se limita ao combate à corrupção, na medida em que há falhas que podem ser muito mais danosas para a empresa.

Assim sendo, o programa deve incluir áreas como a antitruste, tributária, ambiental, propriedade intelectual, trabalhista, assim como todos os campos suscetíveis a erros, na medida em que funciona como um instrumento de contenção de riscos, um meio de evitar perigos. A empresa que o adota compromete-se a cumprir o ordenamento e as imposições dos órgãos de regulamentação, dentro dos padrões exigidos de seu segmento de atuação, mediante um código de conduta ético interno.

Salienta-se que não há regulamentação sobre programas de *compliance*, assim como não há um modelo único, cabendo em geral às empresas as definições e normatizações. Segundo orientação do Cade (2016, p. 10), “cada programa deve respeitar as peculiaridades de cada indústria e ser revisto constantemente de modo a contemplar novos riscos que eventualmente possam surgir”.

Há alguns princípios, no entanto, que podem nortear a sua instituição, entre eles o princípio da transparência, da equidade, da prestação de contas e da responsabilidade social. Soma-se a isso a edição da ISO 19600:2014 pela Organização Internacional de Normatização (*International Organization of Standardization* – ISO), a qual estabelece diretrizes para desenvolvimento, efetivação, manutenção e avaliação do sistema de gestão de *compliance*. Trata-se de uma padronização, cuja adesão é voluntária, porém importante para a disseminação do *compliance*, “pois a tendência é que as empresas passem a exigir de seus fornecedores a certificação de implantação de normas estabelecidas na referida regra” (MATHIES, 2018, p. 141-142).

Além disso, para as organizações que adotam um programa de *compliance* são muitos os benefícios, com destaque para a longevidade da instituição, a melhoria do processo de tomadas de decisão empresariais, a prevenção de riscos legais advindos de condutas indevidas de funcionários, diretores e sócios, a redução da ocorrência de fraudes, a identificação antecipada de problemas, a maior eficiência na atividade empresarial (agregando mais-valia à empresa), a economia de recursos com despesas evitáveis, tais como multas, punições e cobranças judiciais, o aumento da credibilidade da marca perante a concorrência (especialmente em níveis internacionais), a melhora na saúde das empresas, mas, principalmente, no bem-estar do ambiente de trabalho.

De todos os benefícios apontados a partir do emprego do programa, destaca-se o poder de evitar demandas judiciais futuras, visto que o instituto auxilia na resolução interna de conflitos, garantindo a participação dos envolvidos, afastando o acúmulo de sentimentos negativos e o desejo de iniciar um conflito judicial, impactando positivamente o próprio poder Judiciário, que conta com elevado número de ações. Com fundamento neste último benefício o tópico seguinte abordará a adoção da política de *compliance* no âmbito das relações de trabalho, com enfoque no seu aspecto preventivo.

3.2 O *compliance* na prevenção de conflitos trabalhistas

O estabelecimento de um programa de *compliance* na seara laboral, por meio da inclusão de políticas éticas, voltadas para a gestão eficiente de seus empregados, apresenta-se como uma ferramenta para auxiliar na resolução interna de conflitos e evitar o alcance ao Judiciário. O objetivo é garantir uma tutela efetiva dos direitos trabalhistas, reduzir ou acabar com o descumprimento de obrigações legais e contratuais e, conseqüentemente, proporcionar a satisfação dos trabalhadores, minimizando o número de demandas judiciais e eventuais condenações.

Assim, o caráter complementar das políticas de *compliance* têm grande serventia, isso porque permite que as empresas possam ter a iniciativa de dar concretude aos comandos legais, adaptando-os a sua realidade, ao seu segmento de atuação, a partir dos incentivos e dos esclarecimentos que recebem do próprio Estado. Dessa forma, embora recente nas relações de trabalho, um programa de comprometimento ou de integridade no âmbito laboral deve envolver práticas de controles internos e outras medidas que possam ser adotadas pelas empresas que lidam com mão de obra. Nesse sentido:

O estudo do *compliance* na relação de emprego tem como foco a análise de conformidade de inúmeros direitos e deveres relacionados ao contrato de trabalho e previstos na legislação trabalhista, tais como gestão de benefícios, jornada de trabalho, pagamentos, convenções coletivas de trabalho, segurança e medicina do trabalho, entre outros. No entanto, a verificação da conformidade não se restringe ao cumprimento da legislação laboral, pois, atualmente, o campo de atuação da gestão de pessoas é mais abrangente e envolve a valorização e o desenvolvimento do empregado como indivíduo inserido no ambiente organizacional, com objetivos e anseios pessoais (MATHIES, 2018, p. 145-146).

Para a consecução de um efetivo e exitoso programa, Novelli (2016) assinala que a atuação da organização deve se dar em duas frentes: criação de políticas e procedimentos internos de observância à legislação (e jurisprudência) laboral e vigilância efetiva (interna e externa) de seu cumprimento. Para tanto, as empresas podem criar um setor específico para esse fim ou contratar escritório especializado.

De modo mais aprofundado, Wagner Giovanini apresenta em sua obra “Compliance - A excelência na prática” três pilares identificados por ele como linhas mestras simples, fortes e abrangentes, responsáveis por dar a direção a ser seguida em um programa de compliance: prevenção, detecção e correção (COMPLIANCE..., 2014).

O pilar de prevenção é o mais importante, pois é mais inteligente prevenir que remediar. Cabe à instituição estabelecer políticas e procedimentos claros, instruir inequivocamente como as pessoas devem agir e o que devem fazer para estarem em sintonia com os mecanismos de integridade e sistemas de *compliance* (COMPLIANCE TOTAL, 2014). Nesse sentido, Jobim (2018) observa que o pilar prevenção amolda-se ao poder diretivo de organização e direção do empregador. Dentro deste pilar, a criação dos códigos de ética e de conduta são um exemplo específico que permite às empresas alcançar um bom programa de *compliance*, isso porque tais códigos

[...] são acordos que estabelecem direitos e deveres de uma dada corporação e que devem ser respeitados e seguidos por seus colaboradores e demais envolvidos. [...] Recomenda-se que tais códigos estejam em conformidade, ou seja, que estejam em *compliance* com ideais democráticos, a dignidade da pessoa humana, leis trabalhistas, leis ambientais e demais normas pertinentes. No bojo dos códigos de ética torna-se interessante que estejam expressados princípios relacionados à proteção do patrimônio corporativo, à necessária transparência nas comunicações dentro e fora da corporação, ao assédio moral, assédio profissional, assédio sexual e outras formas de assédio, relacionamento interpessoal e parental entre colaboradores, bem como a ações relacionadas à denúncia em caso de práticas de suborno ou corrupção (CAMARGO; SANTOS, 2019, p. 221-231).

Vale mencionar o exemplo da empresa Siemens, a qual, a fim de assegurar a boa conduta nos negócios e orientar um comportamento ético, estabelece por meio do seu código de conduta profissional quais são os princípios e valores da empresa e de que forma espera que seus colaboradores e gestores atuem. Nessa perspectiva, o código prevê que:

Respeitamos a dignidade pessoal, a privacidade e os direitos individuais de cada um. Trabalhamos e colaboramos com pessoas de diversas origens étnicas, culturas, religiões, idades, incapacidades, raças, identidades sexuais e visões do mundo, quer sejam homens ou mulheres. Em coerência com os nossos princípios empresariais e com as leis locais dos diversos países em que trabalhamos, não toleramos qualquer discriminação contra qualquer pessoa com base nestas características nem qualquer assédio ou comportamento ofensivo, de caráter sexual ou pessoal.

Estes princípios aplicam-se tanto à cooperação interna como à conduta na relação com parceiros externos. Tomamos decisões sobre as pessoas com quem trabalhamos – incluindo colaboradores, fornecedores, clientes e parceiros de negócios – apenas com base em argumentos corretos, e não em fundamentos inadequados, como a discriminação ou coerção.

Mantemos uma mentalidade aberta, somos honestos e assumimos as nossas responsabilidades. Somos parceiros de confiança e não fazemos promessas que não podemos cumprir. E dos nossos colaboradores esperamos uma atuação íntegra (SIEMENS, 2009, p. 6).

O segundo pilar relaciona-se à detecção, assumindo papel fundamental a existência de canais de denúncia como forma de controle eficaz dentro da instituição (COMPLIANCE TOTAL, 2014). Este pilar pode ser desenvolvido por meio do poder diretivo fiscalizatório do empregador (JOBIM, 2018). Dentro deste pilar, a criação de canais de denúncia são exemplo de mecanismos que auxiliam a sanar dúvidas, difundem comportamentos de conformidade, facilitam o conhecimento de ilícitos pelas empresas, permitindo a adoção de medidas preventivas e impeditivas de novas condutas semelhantes. Desse modo,

[...] o empregado deve saber que tem a quem recorrer e que será ouvido, sem riscos de retaliação. Daí a necessidade de canais de denúncias, que admitam o anonimato, a fim de preservar a identidade daquele que, corajosamente, decidiu dividir a sua dor ou mesmo expor uma fragilidade sistêmica, de controles, ou um fato concreto. [...] Com essa medida, tanto se divulgará que a empresa não tolera malfeitos, sejam de que natureza for, como ouve os seus colaboradores e apura com rigor os fatos que sejam trazidos ao seu conhecimento (JANNONI; GIEREMEK, 2013).

Com relação aos canais de denúncia, transcreve-se a norma contida no código de conduta da referida empresa Siemens, a fim de melhor compreender a proposta do *compliance*:

Todos os colaboradores podem apresentar reclamações junto do respectivo supervisor, Compliance Champion, Regional Compliance Officer, diretor de recursos humanos ou outra pessoa/unidade designada para o efeito, ou junto de um conselho de empresa interno que esteja eventualmente implementado.

Circunstâncias que indiquem uma violação das Diretrizes de Conduta Profissional devem ser comunicadas ao Compliance Officer responsável pelo Sector, Divisão, Unidade Regional ou Corporativa, através do Helpdesk “Tell Us” ou ao Ombudsman Siemens.

Está estabelecido um processo especial para o tratamento de reclamações relacionadas com práticas contábeis. Todas as queixas podem ser apresentadas a título confidencial e anónimo, e todas serão investigadas. Se necessário, serão implementadas medidas corretivas.

Toda a documentação será mantida em confidencialidade, na medida do permitido por lei. Não será tolerado qualquer tipo de represália contra os autores de queixas (SIEMENS, 2009, p. 24).

O terceiro pilar é o da tolerância zero para desvios em relação ao princípio da instituição. Ocorrendo uma falha, esta deve ser corrigida de imediato, seguida da medida disciplinar pertinente, sob pena da credibilidade do programa ser abalada e todo o trabalho perdido (COMPLIANCE TOTAL, 2014). Tal pilar fortalece o poder diretivo disciplinar do empregador (JOBIM, 2018). Com relação a este aspecto, os códigos de conduta podem estabelecer atitudes intoleráveis, fixar penalidades, ou seja, podem estabelecer medidas disciplinares a serem aplicadas quando constatadas atitudes que estejam em desconformidade com o código de conduta da empresa.

No Brasil, o *compliance* vem adquirindo para a sociedade como um todo e também para as relações de trabalho significativa importância, a ponto de alguns autores o identificarem “como um direito inespecífico do trabalhador,⁷ não somente pela sua própria condição de empregado, mas, também, e principalmente, como cidadão” (AGUIAR, 2015, p. 1.237). Para Jobim (2018, p. 108), os direitos laborais inespecíficos servem como limites ao *compliance*, “atuando como um elemento estabilizador e preservador do sistema jurídico do trabalho”.

Ressalta-se que embora inexistam leis específicas sobre *compliance* laboral, a sua instituição deve ser norteada pela legislação trabalhista, pela observância dos direitos de personalidade do trabalhador, pela adesão às práticas de governança corporativa, pela criação de um código de ética ou código de conduta, pelo oferecimento de treinamento aos trabalhadores para melhor desempenho de suas funções, pelo estabelecimento de canais de denúncia para que possam comunicar condutas abusivas com que tenham se deparado na organização (LAZZARIN; CAVAGNOLI, 2018).

Assim, como visto, no ambiente de trabalho, a adoção do programa está relacionada à instituição de medidas preventivas, podendo ser utilizadas para combater condutas antiéticas e ilegais dos empregados e empregadores, evitar ou minimizar riscos da empresa tomadora de serviços em relação às empresas terceirizadas, impedir práticas de assédio moral e sexual, melhorar o meio ambiente de trabalho, evitar brigas entre funcionários, regular a aplicação de penalidades, tratar do uso inadequado da *Internet* e de *e-mails* corporativos e, até mesmo, para reduzir a geração de passivos trabalhistas mais típicos, tais como horas extras não pagas, acúmulos indevidos de funções, equiparação salarial, entre outras (LAZZARIN; CAVAGNOLI, 2018).

Os autores apontam que um clima organizacional impróprio, no qual as regras não são cumpridas, poderá repercutir de modo negativo nos índices de produtividade, possivelmente aumentando as taxas de *turnover*⁸ de mão de obra (ANDRADE, 2017), contudo, quando se constrói um ambiente laboral ético, isso também repercute positivamente entre os trabalhadores, os quais atuarão de forma mais comprometida e alinhada com os objetivos da empresa.

Disso decorre a importância da introdução de um eficaz programa de *compliance* no âmbito trabalhista, o qual seja capaz de detectar eventuais inconformidades, prevenir descumprimentos e, estes acontecendo, solucioná-los de forma ágil e eficiente, evitando, conseqüentemente, o ajuizamento de ações judiciais, mas, principalmente, promovendo um ambiente de trabalho sadio para os trabalhadores.

⁷ Corresponde aos “direitos fundamentais que são destinados a qualquer pessoa humana, a qualquer cidadão. Como exemplos, podem ser citados os direitos à intimidade e vida privada, direito de expressão, liberdade religiosa, devido processo legal e direito à honra” (VECCHI, 2011, p. 119).

⁸ Relaciona-se à rotatividade de funcionários na empresa.

Para as instituições, o prejuízo maior em caso de descumprimento de uma norma trabalhista e da não adoção de um programa de integridade reside nos danos a sua imagem, cujo impacto pode comprometer a própria continuidade da atividade empresarial, ao abalar a confiança do público, dos parceiros e dos investidores, refletindo no valor de suas marcas.

Não estar em *compliance* expõe a empresa a possíveis perdas de reputação (quando está envolvida em esquemas de corrupção, por exemplo), risco de demandas trabalhistas e de consumidores, perda de licenças ambientais, gastos com demandas judiciais e com advogados, gastos com eventuais multas administrativas, dentre outros (BORSATTO; SILVA, 2015, p. 291).

Por essa razão, como destaca Correia (2018), a importância de as organizações contarem com sistemas de prevenção também “direcionados ao término do contrato de trabalho com medidas que diminuam a litigiosidade entre a empresa e seus empregados” (CORREIA, 2018), caso contrário, será mais uma empresa no rol dos relatórios estatísticos do TST.

Por último, a gestão jurídica moderna deve ter como objetivo prevenir, gerir e resolver os conflitos de uma forma eficiente, o que pode ser instituído por meio da incorporação das duas ferramentas: o *compliance*, para prevenir os conflitos e, a mediação, para gerir e resolvê-los. Ambos, além de serem benéficos para as empresas e seus trabalhadores, também são fundamentais para a mudança de paradigmas, com o abandono da cultura de competição e de sentença, como único meio de solucionar conflitos.

4 CONCLUSÃO

O aumento no número de processos judiciais em tramitação aponta para uma explosão de litigiosidade em todos os ramos do Judiciário Brasileiro. Os dados divulgados pelo CNJ indicam que o poder Judiciário chegou ao final do ano de 2017 com um acervo de 80,1 milhões de processos que aguardam solução definitiva (CNJ, 2018).

Constata-se, portanto, que os métodos tradicionais de resolução de conflitos não estão conseguindo atender às necessidades sociais. O acesso à Justiça que, à luz de uma leitura mais moderna, não se esgota no simples acesso à estrutura física do Judiciário, apresenta um conjunto de deficiências e limitações, tornando o sistema inacessível a uma grande parte da população.

Incentivar o uso de mecanismos consensuais de tratamento de conflitos mostra-se o melhor caminho, todavia o uso desses métodos ainda é tímido. O próprio CNJ, desde 2006, vem adotando a conciliação como política permanente, porém os índices apresentam lenta evolução (em 2017, apenas 12,1% de processos foram solucionados via conciliação), apesar de o novo Código de Processo Civil tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Em dois anos o índice de conciliação cresceu apenas um ponto percentual (CNJ, 2018).

Assim é preciso investir na transformação da chamada “cultura do litígio” para uma “cultura pacificadora”, migrando do paradigma adversarial de disputa (relação perde-ganha), para um paradigma colaborativo (relação ganha-ganha), com benefícios para todos. Tal mudança passa pelo estabelecimento de políticas públicas direcionadas à educação-aprendizagem e à transformação cultural por meio da divulgação das formas consensuais de solução de conflitos. Nessa perspectiva, o ensino deve ser priorizado, principalmente no campo jurídico, com a introdução de materiais que incentivem a criação de uma cultura de paz nas faculdades de Direito.

Nesse sentido, a mediação pode ser compreendida dentro do alargamento da noção de acesso à Justiça, contribuindo para a solução pacífica dos conflitos, na medida em que torna os interessados protagonistas e responsáveis pela construção da solução, resgata o diálogo entre eles, distancia-se do modelo paternalista estatal, permitindo a satisfação de todos. Mesmo no campo das relações laborais a mediação deve ser adotada e incentivada para a promoção da pacificação social, sempre respeitados os direitos mínimos garantidos por lei ao trabalhador e os direitos que visem à proteção da sua segurança e saúde.

Paralelamente à mediação trabalhista, os programas de *compliance*, se bem conduzidos, viabilizam ao trabalhador e ao empregador um ambiente de segurança de regular andamento da atividade, o que é benéfico para ambos. O Judiciário, por sua vez, também ganha com a adoção dessas medidas, por meio da diminuição dos estoques processuais e da redução do impacto da alta litigiosidade no orçamento dos Tribunais.

Assim, o *compliance* e a mediação, apesar de serem duas ferramentas ainda pouco utilizadas, ambos podem contribuir para a prevenção, gestão e resolução de conflitos trabalhistas. Embora reduzam os custos do passivo judicial das empresas, contribuam para a saúde financeira do negócio, evitando desgastes que possam ser danosos às relações comerciais, entende-se que o aspecto financeiro deve ser tão somente um efeito secundário da sua prática.

Por fim, o primordial é que ambos os institutos estejam direcionados para a construção de um ambiente laboral ético e saudável, no qual os envolvidos possam exercer a habilidade de dialogar, de prevenir e solucionar os conflitos de maneira pacífica, facilitando a permanência do convívio.

5 REFERÊNCIAS

- ABBI. Associação Brasileira de Bancos Internacionais; FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. *Funções de compliance*. 2009. Disponível em: http://www.abbi.com.br/download/funcaoodecompliance_09.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.
- AGUIAR, Antonio Carlos. *Compliance* um direito fundamental nas relações de trabalho: uma marca da hipermodernidade. *Revista LTr*, São Paulo, v. 79, n. 10, p. 1.227-1.241, out. 2015.
- ANDRADE, Flávio Carvalho Monteiro de; FERREIRA, Isadora Costa. *Compliance* trabalhista: compreendendo a prevenção de risco trabalhista por meio de programa de integridade. *Revista Síntese: trabalhista e previdenciária*. São Paulo, v. 28, n. 331, p. 73-84, jan. 2017.
- BORSATTO, Alana; SILVA, Rita Daniela Leite da. Compliance e a relação de emprego. In: CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. *Direito do Trabalho e o Meio Ambiente do Trabalho I*. Florianópolis: Conpedi, 2015.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 1.572, de 28 de julho de 1995*. Regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1572.htm. Acesso em: 20 jan. 2019.
- BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º 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: 13 jan. 2019.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001a*. Dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm. Acesso em: 19 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001b*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 17 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm#art31. Acesso em: 12 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015a*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 24 out. 2018.
- BRASIL. *Lei 13.140 de 26 de junho de 2015b*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 24 out. 2018.
- BRASIL. *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. 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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 19 jan. 2019.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015 – I Reunião Negociadora*. Brasília, 2015c. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/10519-declaracao-sociolaboral-do-mercosul-de-2015-i-reuniao-negociadora-brasilia-17-de-julho-de-2015>. Acesso em: 20 jan. 2019.

- CABRAL, Bruno Fontenele. Alternative dispute resolution (ADR): as formas alternativas de solução de conflitos nos Estados Unidos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2935, 15 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19574>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para programas de compliance*. Brasília, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 11 jan. 2019.
- CALSING, Maria de Assis; VIVEIROS, Carolina C. Salomão Leal de. Mediação e conciliação: o novo CPC e os conflitos trabalhistas. *Revista TST*, Brasília, v. 82, n. 2, p. 236-258, abr./jun. 2016.
- CAMARGO, Coriolano Almeida; SANTOS, Cleorbete. *Fundamentos do Compliance*. [S.l.]: Edição do Kindle, 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CBMAE MA. Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial do Maranhão (). *Mediação e arbitragem trabalhista: vantagens da reforma trabalhista – mediação e arbitragem*. Disponível em: <http://www.cbmae-ma.com.br/mediacaoarbitragemtrabalhista>. Acesso em: 20 jan. 2019.
- CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção americana sobre direitos humanos*. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Mediação digital – a justiça a um clique*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/#>. Acesso em: 19 jan. 2019.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 27 out. 2018.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 28 out. 2018.
- COMPLIANCE TOTAL. *Pilares de um Mecanismo de Integridade e Sistema de Compliance*. Texto baseado no conteúdo do livro “Compliance – A excelência na prática” de Wagner Giovanini. 2014. Disponível em: <https://www.compliancetotal.com.br/compliance/pilares>. Acesso em: 8 jan. 2019.
- CORREIA, Henrique. *Compliance e sua aplicação no direito do trabalho*. 19 nov. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291012,91041-Compliance+e+sua+aplicacao+no+direito+do+trabalho>. Acesso em: 6 jan. 2019.
- CRESPO, Maria Hernandez et al. (coord.). *Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 nov. 2019.
- CSJT. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Justiça não homologa acordo extrajudicial com cláusula de quitação geral*. 2018. Disponível em: http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-dos-trts/-/asset_publisher/q2Wd/content/justica-nao-homologa-acordo-extrajudicial-com-clausula-de-quitacao-geral?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.csjt.jus.br%2Fweb%2Fcsjt%2Fnoticias-dos-trts%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_q2Wd%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D2%26_101_INSTANCE_q2Wd_advancedSearch%3Dfalse%26_101_INSTANCE_q2Wd_keywords%3D%26_101_INSTANCE_q2Wd_delta%3D10%26p_r_p_564233524_resetCur%3Dfalse%26_101_INSTANCE_q2Wd_cur%3D7%26_101_INSTANCE_q2Wd_andOperator%3Dtrue. Acesso em: 21 jan. 2019.
- CSJT. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. *Resolução 174 de 30 de setembro de 2016*. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/TST/CSJT/Res_174_16.html. Acesso em: 27 out. 2018.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS – DUDH. 1948. *Centro de Informações das Nações Unidas para o Brasil (Unic Rio)*. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2019.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.
- DESJUD. Justiça Sem Processo. *Na Argentina, conciliação obrigatória reduz estoque de processos em 30%*. 2015. Disponível em: <http://www.desjud.com.br/2015/05/30/na-argentina-conciliacao-obrigatoria-reduz-estoque-de-processos-em-30/>. Acesso em: 17 jan. 2019.
- FEBRABAN. Federação Brasileira de Bancos. *Guia boas práticas de compliance*. São Paulo, 2018. Disponível em: https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf. Acesso em: 6 jan. 2019.
- JANONI, Daniella; GIEREMEK, Rogéria. *Relações de Trabalho e Compliance: parceria necessária*. São Paulo, 1º fev. 2013. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/noticias/carreira/relacoes-de-trabalho-ecompliance-parceria-necessaria/73122/>. Acesso em: 26 out. 2019.

- JOBIM, Rosana Kim. *Compliance e trabalho: entre o poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- LAZZARIN, Sonilde Kugel; CAVAGNOLI, Fernanda Onzi. *Compliance trabalhista*. *Revista Fórum Justiça do Trabalho*, Belo Horizonte, v. 35, n. 417, p. 95-110, set. 2018.
- MATHIES, Anaruez. *Assédio moral e compliance na relação de emprego: dos danos e dos custos e instrumentos de prevenção*. Curitiba: Juruá, 2018.
- NOVELLI, Breno. *Implementação de programa de compliance e seus impactos na área trabalhista*. 2016. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9732/Implementacao-de-programa-de-compliance-e-seus-impactos-na-area-trabalhista>. Acesso em: 30 dez. 2018.
- OIT. Organización Internacional del Trabajo. *Recomendación nº 92 – Recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios*. 1951. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312430:NO. Acesso em: 20 jan. 2019.
- OLIVEIRA, Luthyana Demarchi de; SPENGLER, Fabiana Marion. *O Fórum Múltiplas Portas como política pública de acesso à justiça e à pacificação social*. Curitiba, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8f477ec6bf0626d8bf998c5b4f522458.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2019.
- SIEMENS. *Código de Conduta Profissional da Siemens*. São Paulo, jan. 2009. Disponível em: <https://w3.siemens.com.br/home/br/pt/cc/Compliance/Documents/Manual-Codigo-Conduto%20Profissional.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.
- SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos*. Rio Grande, dez. 2006. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1426. Acesso em: 17 jan. 2019.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. (Edição do Kindle).
- TST. Tribunal Superior do Trabalho. *Relatório geral da Justiça do Trabalho 2017*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/26682/0/RGJT+2017+Resumido+%28vers%C3%A3o+2%29.pdf/3097b43a-1476-b38c-842c-8064a3473a06>. Acesso em: 12 jan. 2019.
- VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. *Revista TST*, Brasília, v. 77, n. 3, p. 111-135, jul./set. 2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SUPERENDIVIDAMENTO: Um Problema Individual ou Coletivo?

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.55-68>

Recebido em: 2/9/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2020

Aceito em: 26/2/2020

Mariana Dionísio de Andrade

Doutorado em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (PPGCP/UFPE, bolsista Capes). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (UFPE). Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Bolsista Funcap). Especialização em Direito Processual Civil. Professora da Disciplina Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo no curso de Graduação em Direito e da Pós-Graduação Lato Sensu (Unifor e UNI7). Professora da Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec). Pesquisadora do Multidoor Courthouse System. Formação em Métodos de Pesquisa Quantitativa e Qualitativa pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ/lesp). Formação em Leadership and Conflict Management pela Stanford University. Foi pesquisadora líder do Projeto Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas – Procip (CNPq/Unifor, 2018-2019). Pesquisadora líder do Projeto Pesquisa Empírica em Direito (Probic/Unifor, 2019-2020). Tem experiência na gestão acadêmica e na docência superior na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil e Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito processual civil, pesquisa quantitativa e jurimetria, educação jurídica, políticas públicas, accountability. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/237523808611>. <http://orcid.org/0000-0001-8698-9371>. mariana.dionisio@unifor.br

Eduardo Régis Girão de Castro Pinto

Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2018). Graduação em Direito (1999) e Mestrado em Direito Constitucional (2009) pela Universidade de Fortaleza. Professor de direito civil, na Graduação e na Pós-Graduação Lato Sensu da Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor da Pós-Graduação Lato Sensu da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec). Assessor Jurídico da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Ceará. Coordenador do Projeto Pesquisa Empírica em Direito – Proped (CNPq/Unifor). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil-Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direito civil e processual civil, direito do consumidor, direitos culturais e direitos fundamentais. <http://lattes.cnpq.br/832251757616>. <http://orcid.org/0000-0001-6949-4940>. eduardorg@unifor.br

Beatriz Frota Moreira

Pesquisadora do Projeto Pesquisa Empírica em Direito (Probic/Unifor), vinculado ao curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor), sob orientação da professora doutora Mariana Dionísio de Andrade e do professor mestre Eduardo Régis Girão de Castro Pinto. Pesquisadora do Projeto Processo Civil e Proteção da Pessoa nas Relações Privadas – Procip (CNPq/Unifor, 2018-2019). Monitora institucional vinculada à Unifor (Promon/Unifor, 2019). Estagiária institucional da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Ceará (CGJ/CE, 2019). Estagiária Institucional da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de Ceará. <http://lattes.cnpq.br/4737595729280826>. <https://orcid.org/0000-0002-3692-6572>. beatrizfrotamoreira@gmail.com

RESUMO

O objetivo do presente estudo consiste em responder ao seguinte problema de pesquisa: A falta de tutela do superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro possui consequências puramente individuais ou com abrangência social? Para responder a essa pergunta o estudo parte do pressuposto de que o Estado tem o dever de velar pela vida digna dos cidadãos a ele subordinados. Para isso faz-se necessário entender o conceito de superendividamento e suas consequências práticas, assim como é necessário apresentar argumentos voltados à aprovação do Projeto de Lei nº 283/2012, que traz uma maior proteção ao endividado e uma vez instituídas essas novas regras é possível atingir um meio de combater e prevenir o fenômeno do superendividamento na sociedade. O método adequado para a abordagem do tema será a reunião da abordagem qualitativa, por meio de revisão de literatura e abordagem quantitativa, por meio de bases de dados secundários, coletados principalmente no Conselho Nacional de Justiça. Conclui-se que a falta de tutela do superendividamento estimula o crescimento do problema a cada ano, o que acarreta consequências não só aos indivíduos endividados, mas à sociedade como um todo.

Palavras-chave: Superendividamento. PL 283/2012. Insolvência civil. Direito do consumidor. Poder judiciário.

OVER INDEBTEDNESS: AN INDIVIDUAL OR SOCIAL PROBLEM?

ABSTRACT

The objective of the present study is to answer the following research problem: does not the supervision of super indebtedness in the Brazilian legal system have only individual or social consequences? To answer this question, the study assumes that the State has a duty to ensure a dignified life of the citizens subordinated to it. For this, it is necessary to understand the concept of over-indebtedness and its practical con-

sequences, as well as to present arguments for approval of PL 283/2012, which brings greater protection to the indebted and once these new rules are implemented it is possible to reach a way to combat and prevent the phenomenon of over-indebtedness in society. The appropriate method for approaching the topic will be the meeting of the qualitative approach, through literature review and quantitative approach, through secondary databases, collected mainly from the National Council of Justice. It's concluded that the lack of protection of super indebtedness stimulates the increase of the problem every year, which has consequences not only to indebted individuals but to society as a whole.

Keywords: Overindebtedness. PL 283/2012. Civil insolvency. Consumer right . Judicial power.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Superendividamento: concepção histórica e social. 2.1 Do superendividamento à insolvência civil. 2.2 O superendividamento do consumidor. 3 Processo de insolvência. 4 Descrição e análise da base de dados. 5 A aprovação do PL n° 283/2012 como mecanismo de prevenção ao superendividamento. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo consiste em responder ao seguinte problema de pesquisa: A falta de tutela do superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro possui consequências puramente individuais ou com abrangência social? Para responder a essa pergunta faz-se necessário entender alguns elementos essenciais, como o conceito de superendividamento e suas consequências práticas, o conceito de mínimo existencial e a forma de utilização e acesso ao crédito.

Nessa perspectiva, faz-se necessário destacar a existência de uma íntima correlação entre a falta de proteção da pessoa superendividada e a possibilidade de esta pessoa não conseguir manter uma condição mínima de vida (mínimo existencial) e, portanto, ter sua dignidade ferida em decorrência deste fenômeno. Dessa forma, a falta de legislação específica para este problema é um meio de deixar desamparada a população.

Ademais, diversos problemas concorrem para o alastramento do fenômeno em questão, entre eles a educação popular escassa e muitas vezes em níveis inadequados, cerceando o povo de informações necessárias ao controle financeiro e gerenciamento do crédito, além da correlação do consumo com a aparente ascensão social almejada por muitos cidadãos brasileiros, de forma a se incluírem socialmente por meio dos objetos a fim de alcançarem um *status* social elevado, porém irreal.

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, é dever do Estado zelar pela dignidade da pessoa humana, em todas as suas esferas, além da obrigação de zelar pela proteção do consumidor. A negligência da tutela do superendividamento no ordenamento jurídico brasileiro acarreta um claro desrespeito às normas constitucionais supracitadas, ocasionando problemas econômicos e sociais.

O estudo divide-se em cinco tópicos. O primeiro aborda concepções gerais sobre o fenômeno do superendividamento e suas acepções históricas e sociais, abordando também possíveis falhas na atuação do Estado em diferentes perspectivas e as consequências aos jurisdicionados.

O segundo tópico aborda o processo de insolvência da pessoa física, assim como a classificação doutrinária das formas de insolvência e o modo como o Brasil tutela esta ferramenta em comparativo com demais Estados.

O terceiro item, por sua vez, descreve a análise de dados, pautada em dados secundários retirados principalmente do banco de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu programa “Justiça em Números” como fonte de estatísticas do poder Judiciário para divulgar a realidade dos tribunais brasileiros à população a fim de abordar a questão do superendividamento como impulsionador de outros problemas sociais, como a morosidade apresentada no poder Judiciário.

O quarto tópico analisa o Projeto de Lei n° 283/2012, elaborado pelo senador José Sarney (PMDB) em 2015, a fim de disciplinar o crédito ao consumidor, assim como prevenir e tratar o superendividamento. O referido projeto visa, portanto, a não excluir socialmente a pessoa endividada/consumidor e fomentar a prática e concessão do crédito de forma responsável e a atividade de conciliação, abordando as formas de repactuação de crédito, por exemplo, como forma de diminuir o congestionamento do poder Judiciário que já se evidencia atualmente.

A pesquisa possui suporte qualitativo e quantitativo, uma vez que a dúplici metodologia mostra-se importante para conferir veracidade ao conteúdo a ser explicitado.

Na abordagem quantitativa utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica com vista à revisão literária a fim de explicitar fenômenos históricos e sociais acerca do superendividamento e possibilitar a comparação dos métodos de insolvência utilizados pelo Brasil e demais países.

Na abordagem quantitativa, por outro lado, utilizou-se diferentes bases de dados secundários objetivando o fortalecimento das inferências feitas ao longo da pesquisa, como dados advindos do Serviço de Proteção ao Crédito e Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (SPC/CNDL), dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O desenvolvimento do presente trabalho objetiva a produção científica para o ambiente acadêmico e tem o propósito de fomentar o debate acerca do problema explicitado, principalmente para as Ciências Jurídicas, a partir uma abordagem original sobre o tema.

2 SUPERENDIVIDAMENTO: CONCEPÇÃO HISTÓRICA E SOCIAL

O superendividamento é o fenômeno advindo do modelo social do capitalismo, que no decorrer do século 19 até final do século 20 irradiou-se devido às grandes expansões econômicas ocorridas no período. Dessa forma, o mundo começa a se tornar capitalista e países desenvolvidos passam a ser economias industriais. Tal sistema econômico consolida-se como o principal sistema global e assim continua até os dias atuais (HOBBSAWM, 1988).

É esse o modelo econômico vivenciado por quase o mundo inteiro no século 21 e que influencia e proporciona as pessoas a comprarem, como forma de se autopromover na sociedade, ou seja, fazer do objeto de consumo um meio de inclusão social. Nesse sentido, a motivação do consumo mudou de forma que o desejo passa a se sobrepôr à necessidade e a busca pela competência e felicidade está no mercado e nos objetos, não como características pessoais (BAUMAN, 2001).

Essa condição psicológica, criada pela publicidade dos objetos, é aliada com a concessão do crédito para permitir que os consumidores cedam à “estratégia do desejo”, como denomina Jean Baudrillard. Dessa forma tais consumidores, já possuindo o desejo de comprar determinados objetos e já encantados pelas propagandas publicitárias, encontram no crédito uma forma de “antecipar o gozo dos objetos no tempo” (BAUDRILLARD, 1997).

Esse desejo pela compra e pelos objetos torna-se ainda mais fácil com as modificações nas relações de consumo do século 21, pois, com o advento da globalização e das compras *on-line*, os consumidores conseguem ter acesso ao ambiente de compras virtual sem sair da comodidade de suas casas e o Brasil é um dos países em ascensão nesse novo contexto social (MARQUESI; SABO; LÊDO, 2018). Ademais, por vezes, os consumidores ainda conseguem achar preços mais acessíveis que os encontrados em centros comerciais convencionais, como shopping centers e lojas físicas.

O desejo da ascensão social e a errônea ideia, criada e mantida por estratégias publicitárias, da possibilidade de tal ascensão por meio da compra, aliada à facilidade de acesso ao crédito criam um cenário favorável ao fenômeno a ser abordado.

O superendividamento apresenta-se como o início da trajetória da pessoa natural rumo à insolvência civil, e esta pode ser vista como equivalente à falência de pessoas jurídicas (PAULA, 2016), ou seja, torna-se insolvente a pessoa possuidora de mais dívidas que de poder aquisitivo para saldá-las, e essa é a realidade de muitos cidadãos brasileiros. O Serviço de Proteção ao Crédito (BRASIL, 2017) atesta que o número de consumidores com restrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) subiu, em julho de 2018, 4,31% em relação ao mesmo mês do ano anterior. Além disso, em relação às dívidas em nome de pessoas físicas a inadimplência avançou 1,47% no mesmo lapso temporal. Esses dados revelam a forma como o país encerrou o mês de junho: com 63,4 milhões de negativados (BRASIL, 2018d).

O superendividamento não gera consequências somente à pessoa endividada, mas também à sociedade, pois é um fenômeno ligado ao consumo e, conseqüentemente, à economia. Para solucionar esse problema faz-se necessário reconhecer e entender o que leva tantos cidadãos à insolvência, estabelecendo meios para o retorno das pessoas à vida social e econômica, sendo a principal forma abordada a proteção à pessoa endividada pela legislação, ainda inexistente no Brasil.

2.1 Do superendividamento à insolvência civil

Primeiramente faz-se necessário abordar alguns conceitos quanto ao superendividamento e a forma como este fenômeno crescente tende a levar cada vez mais pessoas à insolvência civil.

O superendividamento ainda não foi abordado pela legislação brasileira, por isso a doutrina consolidou entendimentos sobre o tema com base, principalmente, no Direito comparado francês e norte-americano (PAULA, 2016). Dessa forma, Cláudia Lima Marques conceitua o fenômeno “como a impossibilidade global de o devedor pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o fisco, oriundas de delitos e de alimentos)” (MARQUES; CAVALLAZZI, 2006).

De forma contrária, a insolvência civil encontra-se positivada no ordenamento jurídico, porém traz conceito muito semelhante ao do superendividamento. O artigo 955 do Código Civil Brasileiro (CC) e o artigo 748 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, recepcionado pelo artigo 1.052 do CPC de 2015¹ dispõem que existirá insolvência quando as dívidas excederem a importância dos bens do devedor, ou seja, quando o saldo financeiro do devedor for insuficiente para suprir suas dívidas (BRASIL, 1973, 2015).

A diferença entre tais institutos encontra-se na forma de uma pessoa tornar-se superendividada ou insolvente. Para uma pessoa ser denominada como insolvente civil ocorrerá um processo judicial para declarar tal situação, mas para uma pessoa tornar-se superendividada basta que possua mais dívidas do que ativo financeiro para supri-las.

Mesmo existindo dispositivos legais que abordam a insolvência da pessoa natural ainda existe uma insuficiência da legislação na proteção dessas pessoas. Isto ocorre porque a legislação somente formaliza o processo da insolvência e este baseia-se na liquidação de bens da pessoa endividada para efetuar o pagamento a todos os credores ou a quantos for possível. É o que se observa nos artigos 774 e 775 do CPC/73, também recepcionados pelo artigo 1.052 do CPC/15, os quais regulamentam que, após efetuado o pagamento integral de todos os credores possíveis o devedor ainda estará obrigado pelo saldo, a ser pago pelos bens penhoráveis adquiridos pelo devedor até extinguirem-se todas as suas obrigações (BRASIL, 1973, 2015b).

Nessa perspectiva, nota-se o superendividamento como fenômeno anterior à insolvência civil, portanto um dá causa ao outro. Dessa forma, quando a legislação regula somente o processo posterior, de insolvência, ela deixa clara a preocupação exclusiva com o credor da dívida e deixa desprotegido o devedor endividado, e tal falta de regulamentação acaba acarretando um problema jurídico (NETO; BEZEN, 2017). Isto ocorre porque a legislação existente, regulamentando o processo de insolvência, tenta remediar o problema do superendividamento, que não foi e não está sendo prevenido.

Tal situação acontece porque o endividamento é um fenômeno visto na sociedade como algo passível de sanção, como um erro pessoal e, muitas vezes, inadmissível, uma falha individual perante o credor e a comunidade. Este entendimento pode possibilitar o crescimento do número de endividados e, por consequência, de futuros insolventes.

Esse pensamento é estatisticamente demonstrado por Alexandre Samy Castro em sua pesquisa por meio do favorecimento existente à parte hipersuficiente nos conflitos judiciais. Este autor, ao trabalhar com mais de 40 mil sentenças na área cível na Justiça Estadual do Paraná, chegou à conclusão supramencionada, analisando decisões proferidas em processos nos quais litigam pessoas físicas com pessoas jurídicas, e aquelas são as partes hipossuficientes na relação em análise, litigando com o benefício da Assistência Judiciária Gratuita (AJG) (CASTRO, 2012).

Em ambas as amostras – a primeira com a pessoa física atuando no polo ativo e a segunda com a pessoa física atuando no polo passivo – o resultado mostrou maior probabilidade de a parte hipossuficiente, pessoa física, perder a ação em detrimento da parte hipersuficiente, pessoa jurídica. Nessa perspectiva, ao tratar de

¹ Com o advento de uma nova Constituição, ocorre um processo de “filtragem constitucional”, em que será averiguado quais normas infraconstitucionais estão de acordo com a nova Constituição e, portanto, poderão permanecer no ordenamento jurídico. Essa integração de normas antigas a normas novas é chamada de “recepção”; é o que ocorre quando o CPC de 2015 mantém, ou seja, recepciona, artigos do CPC de 1973 (BARCELLOS, 2018).

peças superendividadas e, por consequência, hipossuficientes, nota-se uma tendência de desfavorecimento ao pobre no âmbito judiciário e tal viés estende-se perfeitamente ao superendividado e ao insolvente (CASTRO, 2012).

Dessa forma, a falta de proteção estatal ao devedor superendividado, além de deixá-lo desamparado perante uma situação de desigualdade contratual, acarreta também situação negativa para o credor, podendo este ficar sem receber aquilo ao qual tem direito. Desse modo, a proteção bilateral torna-se um benefício evidente para ambas as partes da relação jurídica, além da referida proteção ser também mecanismo de controle econômico, o que beneficia a sociedade como um todo e não somente pessoas de forma individual.

2.2 O superendividamento do consumidor

O superendividamento está intimamente ligado às relações consumeristas do século 21, por isso o conceito supracitado de superendividamento por Cláudia Lima Marques expressamente aborda o superendividado como consumidor. Nessa perspectiva tem-se mais um motivo para a eficaz proteção do devedor, pois o consumidor figura, costumeiramente, como parte hipossuficiente da relação. Ademais, é obrigação do Estado promover o mínimo existencial para a vida digna. Dessa forma, a falta de proteção ao superendividado, assim como o próprio processo de insolvência, estão em clara contradição a esse princípio.

Nesse sentido, o fenômeno do superendividamento – e do inadimplemento como um todo – não está relacionado somente ao consumo compulsivo de um indivíduo que não sabe gerenciar suas contas, está também relacionado com a falta de educação e informação da população sobre as relações consumeristas e a forma de gerenciar os gastos, assim como está ligado, no aspecto psicológico, com a aparente ascensão social que os bens trazem aos seus portadores e à forma de inclusão que esse novo *status* social traz ao indivíduo adquirente do bem.

Os problemas supracitados não estão elencados como os únicos referentes ao problema em questão, mas como os motivos ensejadores do fenômeno, ou seja, é a partir deles que surge a questão central, portanto, devem ser combatidos como meio de prevenção ao alastramento do superendividamento e à futura não reincidência deste na sociedade.

A escassez de informação repercute de forma tão direta no problema do superendividamento que, segundo a pesquisa Inadimplentes no Brasil 2017 Perfil e Comportamento Frente as Dívidas (BRASIL, 2017) “nove em cada dez entrevistados (93,0%) pertencem às classes C, D e E e 75,3% dos inadimplentes possui, no máximo, o segundo grau completo”. Além disso, muitas pessoas não conseguem gerir sua renda de tal forma que não sabem estipular o tamanho das suas dívidas e seus gastos, como informa a mesma pesquisa (BRASIL, 2017), “o valor médio das dívidas dos entrevistados é de R\$ 2.979,54. Mas 43,5% dos entrevistados dizem não saber o valor” e segundo aponta indicador do SPC – Brasil e da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), 33% dos usuários de cartão de crédito não sabem o quanto gastaram no mês de maio de 2018 (BRASIL, 2018c).

Ademais, é fato notório que a falta de educação no Brasil traz uma carência geral no país, incitando inúmeros problemas, todos com a mesma patologia: falta de informação popular. O Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018), possuía em 2017, 11,5 milhões de pessoas que ainda não sabem ler ou escrever. Tal montante de pessoas analfabetas, a falta de ensino sobre relações consumeristas nas escolas e a análise dos dados abordados anteriormente permitem inferir a falta de informação como o principal motivo ensejador do superendividamento.

O segundo problema abordado como principal para dar início ao superendividamento é a questão psicológica, de ascender socialmente por meio da aquisição de bens móveis e imóveis, mesmo que de forma aparente. Devido a isso, Jean Baudrillard afirma que o sistema do consumo pauta-se em três pilares, quais sejam, o compromisso – e a vontade popular – pela igualdade, o mito da abundância e o mito de bem-estar, portanto os particulares consomem buscando igualarem-se socialmente para alcançar o bem-estar próprio em sociedade (BAUDRILLARD, 2014).

Sendo assim, a utilidade real dos produtos não é dimensionada, mas sim a satisfação – muitas vezes meramente momentânea – em possuir aquele determinado objeto. Essa satisfação é motivada exatamente pelo *status* que os objetos são capazes de proporcionar, mesmo que por período de tempo finito e assim, não se vislumbra no momento da aquisição a utilidade ou destinação do objeto de consumo, tampouco os impactos ambientais e sociais derivados de tal comportamento desenfreado (PORTO; TORRES, 2013).

Esse problema intensifica-se a partir do crédito liberado ao consumidor, porque, se antigamente o consumidor precisaria juntar o dinheiro e posteriormente comprar um bem mais valioso, com o advento do cartão de crédito e dos empréstimos bancários é possível a compra dar-se anteriormente a uma efetiva renda mensal, ou seja, a compra precede o trabalho (BAUDRILLARD, 1997).

Dessa forma, tal compra irá comprometer a renda futura e, possivelmente, a subsistência das pessoas que optarem por esse tipo de transação sem saber gerir todos os bônus e os ônus que esta proporciona. Devido a isso, a sociedade do crédito remonta uma tipicamente feudal, “a de uma fração de trabalho devida antecipadamente ao senhor, ao trabalho escravo” (BAUDRILLARD, 1997).

Por isso, a autora Fabiana Andréa Pellegrino, afirma que o superendividamento é também consequência da democratização do crédito, que teve início nos séculos 19 e 20 devido, prioritariamente, às vendas parceladas. Com o advento da massificação do crédito, este estimulou o mercado consumerista, tornando-se o impulsionador da economia de consumo, porém o crédito também veio a ser um impulsionador da cultura do endividamento, deixando este de ser um problema individual e dando lugar ao fenômeno do superendividamento como um problema jurídico e social (PELLEGRINO, 2014).

Com o amplo estímulo ao crédito, anteriormente mencionado, uma das maiores buscas das instituições financeiras foram os aposentados, pois o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) efetua o desconto direto da prestação do benefício recebido pelo aposentado ou pensionista. A facilidade do crédito para todos, porém, inclusive para aqueles com restrições creditícias, ensejou a adesão desenfreada ao crédito, atingindo a marca de mais de 5 milhões de aposentados utilizando-se deste benefício em abril de 2006, atingindo valor superior a 13 bilhões de reais (BERTONCELLO; LIMA, 2007).

Os efeitos do acesso ao crédito, entretanto, aliados à falta de regime legal específico ao superendividamento, gerou uma alta busca pelo poder Judiciário em ações de revisão contratual, objetivando a limitação de juros exorbitantes, entre outros pedidos recorrentes. Somente em 2004 tais medidas judiciais chegaram a quase 10.000 demandas (BERTONCELLO; LIMA, 2007), contribuindo para o congestionamento dos órgãos judiciais.

Esse congestionamento, em 2004, chegou a 96,4% no Ceará, a 75,8% no Estado de São Paulo e a 18,4%, um dos menores percentuais, no Estado do Rio de Janeiro (BRASIL, 2004), porém esses números continuam preocupantes com o decorrer dos anos. Em 2017 o Tribunal de Justiça (TJ) do Ceará registrou 75,2% em taxa de congestionamento, enquanto o TJSP registrou 77,6% e o TJRJ 80,1% (CNJ, 2018). Mais uma vez um problema inicialmente visto como individual torna-se social, atingindo de forma prejudicial a sociedade como um todo.

O objetivo inicial, portanto, de se inserir na sociedade por meio dos bens de consumo irá, posteriormente, impedir o indivíduo de continuar tal ascensão social aparente e gerará problemas a sua própria sobrevivência e a sua própria dignidade, pois a pessoa não conseguirá mais adquirir bens, possuirá dívidas dentro do mercado de crédito e, possivelmente, estará enfrentando um litígio judicial, além de não possuir renda suficiente para seu sustento básico, sendo assim excluída do mercado de consumo e, conseqüentemente, da vida social.

Ademais, é dever do Estado, previsto constitucionalmente, a defesa do Consumidor (artigo 5º, XXXII, CF), e esta não está sendo provida de forma adequada à população, pois apesar da existência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) objetivando a proteção desses indivíduos, ele não é completo o suficiente para alcançar todas as alterações sociais ocorridas desde sua criação, no ano de 1990, até os dias atuais, como a facilidade de acesso ao crédito (NETO; BEZEN, 2017; BRASIL, 1988).

Essa falta de proteção atual e específica permitiu o crescimento e alastramento em massa de superendividados na sociedade e, conseqüentemente, o aumento proporcional no número de insolventes civis.

3 PROCESSO DE INSOLVÊNCIA

A pesquisa qualitativa funda-se na revisão bibliográfica e no aprofundamento teórico dos temas que estão sendo desenvolvidos. Essa metodologia de pesquisa, apesar de importante, pode, não raras vezes, tornar-se demasiadamente abstrata por trabalhar somente com a dialética (ANDRADE, 2018).

Faz-se interessante mesclar com o método qualitativo uma abordagem quantitativa, a fim de trazer para a pesquisa uma dimensão mais concreta do problema ao utilizar dados e mensurações numéricas (ANDRADE, 2018). Nesta pesquisa foram utilizados dados secundários, ou seja, já existentes e disponibilizados por diversas instituições, tais como os do Serviço de Proteção ao Crédito e Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (SPC/CNDL), dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Para as pessoas jurídicas, existe regulamentação específica no processo de falência, disposto na Lei nº 11.101/05, existente para objetivar “(...) a preservação da empresa juntamente com seus ativos e recursos produtivos, a valorização de sua função social e sua reintegração ao mercado e o estímulo à atividade econômica” (PAULA, 2016, p. 2).

Em contrapartida, quando se trata da “falência” de pessoas naturais estas estão desprotegidas, não possuindo lei que busque a preservação da dignidade pessoal no processo de insolvência nem a reintegração da pessoa ao mercado econômico.

A insolvência civil pode resultar de fato alheio à vontade do agente e inesperado. É o chamado de superendividamento passivo, ou pode ocorrer por falta de um adequado gerenciamento de finanças, chamado superendividamento ativo. O superendividamento e a insolvência civil não se confundem, porém estão intimamente ligados como supramencionado: o superendividamento pode ser uma etapa anterior ao processo de insolvência, por isso as causas que levam à insolvência também podem ser chamadas, por analogia, como passiva e ativa, da mesma forma que a doutrina classifica o endividamento excessivo.

No processo em questão o devedor superendividado irá perder todos os seus bens penhoráveis, presentes e futuros, no processo de insolvência.

O artigo 833 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 estipula os bens impenhoráveis em seus incisos I a XII, ou seja, não são poucos os bens que não poderão ser utilizados para o pagamento das dívidas, portanto faz-se mais interessante ao credor a recuperação financeira do devedor, para este, posteriormente, honrar suas dívidas (BRAGA; COSTA, 2017; BRASIL, 2015).

O processo de insolvência existente no Brasil já é considerado uma maneira ultrapassada de tratar o referido problema em relação aos demais países e ao Direito comparado. É um modelo classificado como conservador por Rafael Efrat, pois tutela somente o direito do credor e trata o endividamento como um desvio de conduta, como anteriormente mencionado. Além disso, esse processo onera excessivamente o devedor e falha em proporcionar benefícios ao credor, ficando por esse motivo ultrapassado e ineficiente, além de ser maléfico tanto para o indivíduo quanto para o mercado de consumo (EFRAT, 2002).

Outros dois modelos amplamente utilizados no mundo são o modelo liberal, principalmente nos Estados Unidos, e o modelo social, especialmente na Europa. Esses modelos diferem-se, pois o objetivo do modelo liberal é servir de seguro para os riscos advindos do crédito, proporcionando de maneira mais rápida e fácil o perdão das dívidas existentes e o retorno do indivíduo ao mercado de consumo (PALHARES, 2010; EFRAT, 2002).

Em contrapartida, o modelo social trata o problema como “fonte de exclusão social e de desrespeito aos direitos fundamentais”, trabalhando, portanto, em processos mais complexos e demorados para solucionar o superendividamento, focando na reeducação dos indivíduos e, portanto, na prevenção do problema no futuro (PALHARES, 2010; ARAÚJO; BRITO, 2017).

Cinara Palhares, ao abordar os modelos de tutelar o problema do superendividamento no Direito comparado, afirma ainda que o mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro é o modelo social, tendo em vista a larga proteção aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988, principalmente em seu artigo 5º (BRASIL, 1988; ARAÚJO; BRITO, 2017).

O determinado modelo coaduna ainda com o princípio do mínimo existencial, existente para revelar a obrigação do Estado em satisfazer direitos em um nível mínimo de condições compatíveis com a dignidade humana, também prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III (BRASIL, 1988)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana;

Com base no abordado e na supracitada norma constitucional, percebe-se que educar a população para estabelecer um consumo consciente e para entender, efetivamente, as oportunidades de crédito disponibilizadas no mercado é a forma mais efetiva de prevenir o superendividamento, tanto o passivo quanto o ativo. Além disso, concede às pessoas uma forma de recuperação do inadimplemento, garantindo o mínimo existencial, que pode ser mensurado de acordo com o artigo 7º, inciso IV, CF/88 (BRASIL, 1988)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, *capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;*

Desse modo, impede-se que o inadimplemento se torne um ciclo, em que as pessoas inseridas, ao verem seus bens retirados de si e sua renda insuficiente para suprir a dívida e garantir a subsistência de sua família, não consigam mais se desvencilhar de tais encargos, voltar ao mercado de consumo e nem satisfazer seus credores.

Essa volta ao mercado de consumo é a primeira meta do Projeto de Lei Nº 283/2012, elaborado com a finalidade de dar auxílio às pessoas que dele necessitam para inseri-las novamente na vida em sociedade. Como objetivo final, o projeto busca eliminar o problema do superendividamento e impedir que este volte a ocasionar problemas sociais.

Já está clara a noção do superendividamento e da insolvência civil como problemas sociais, por serem motivadores de diversos outros problemas, como os econômicos e judiciais. Dessa forma, este estudo propõe-se a oferecer evidências ao que está sendo apresentado, por meio de dados secundários, ou seja, já existentes em diversas plataformas, a fim de embasar a existência e a gravidade dos problemas em foco.

4 DESCRIÇÃO E ANÁLISE DA BASE DE DADOS

Como anteriormente explicitado, existe uma intrínseca relação entre o aumento do superendividamento e da insolvência civil com o aumento dos processos iniciados no Judiciário em relação a ações de revisão de dívidas e rescisão contratual, por exemplo.

Devido a essa relação, faz-se necessário mostrar quanto o problema do superendividamento interfere no Judiciário brasileiro, revelando a contribuição de um problema (superendividamento e insolvência civil) para o agravamento de outro (aumento de demandas no Judiciário) e em grandes proporções, evidenciando, mais uma vez, o superendividamento como um problema coletivo e social, tendo a necessidade de ser devidamente tratado pelo Estado.

Primeiramente, a base de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ofertados por meio do programa “Justiça em Números” tem como objetivo servir de fonte para as estatísticas do poder Judiciário e divulgar a realidade dos tribunais brasileiros à população.

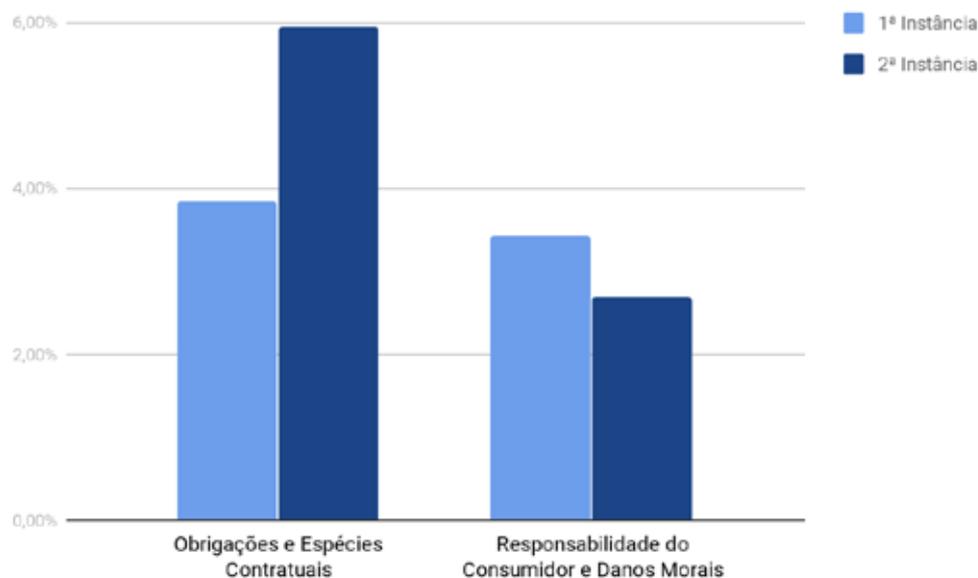
Dessa forma, podemos extrair os principais assuntos demandados em 2017, do último relatório divulgado pelo programa. Tal relatório revela que na Justiça Estadual os assuntos que ocupam o primeiro e o segundo lugares entre os mais demandados são, respectivamente, a área de Direito Civil, especificamente em relação a obrigações e espécies contratuais, e a área de Direito do Consumidor, especificamente em relação à responsabilidade do fornecedor e indenizações por dano moral.

A área de Direito Civil, portanto, concentra 3,83% de todas as demandas, totalizando 1.944.996 (um milhão novecentos e quarenta e quatro mil novecentos e noventa e seis) demandas e a área de Direito do Consumidor concentra 3,46% das demandas, totalizando 1.760.905 (um milhão setecentos e sessenta mil novecentos e cinco) demandas.

Já nos principais assuntos mais demandados no 2º grau, também em 2017, na Justiça Estadual, o primeiro lugar continua ocupado pela área de Direito Civil, em relação às obrigações e espécies contratuais, e a área de Direito do Consumidor fica em terceiro lugar, com diferença de somente 0,01% para o segundo lugar, especificamente em relação a contratos de consumo e contratos bancários.

Desse modo, a área de Direito Civil concentra 5,94% das demandas na Segunda Instância, totalizando 562.660 (quinhentos e sessenta e dois mil seiscentos e sessenta) processos, e a área de Direito do Consumidor concentra 2,69% das demandas no segundo grau, totalizando 254.530 (duzentos e cinquenta e quatro mil quinhentos e trinta) processos.

Gráfico 1 – Quantidade de ações judiciais por instância



Fonte: Relatório Justiça em números, Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2017. Elaboração própria.

Desses dados extrai-se que grande parte do congestionamento judicial evidenciado na Justiça Estadual é proveniente de problemas como o superendividamento, pois ao tratar demandas judiciais sobre direito das obrigações e espécies contratuais, estarão presentes problemas como inadimplemento de obrigações, como a falta ou o atraso no pagamento ou a execução deste fora dos parâmetros acertados.

Demandas relativas ao Direito do Consumidor também envolvem áreas estritamente ligadas ao superendividamento, principalmente quando são abordados os contratos de consumo e bancários, pois, não raras vezes, têm como objeto do litígio as altas taxas de juros cobradas, fator que corrobora o crescimento das taxas de superendividados.

Ademais, em coleta de dados secundários, a base do Serasa Experian revela o aumento na gravidade do problema ao longo dos anos, pois em agosto de 2017 era de 60,4 milhões o número de consumidores inadimplentes, já em agosto de 2018 esse número subiu para 61,5 milhões e em novembro do mesmo ano já atingia a marca de 62,4 milhões de consumidores inadimplentes, sem dados para dezembro/2018. Nota-se a gravidade do problema aumentando ao longo do tempo e, por isso, necessita-se de urgente e eficaz solução estatal.

Solução esta que o Projeto de Lei nº 283/2012 traz com satisfatório detalhamento e real possibilidade de mudança para o problema do superendividamento no Brasil, como será explicitado mais adiante.

5 A APROVAÇÃO DO PL Nº 283/2012 COMO MECANISMO DE PREVENÇÃO AO SUPERENDIVIDAMENTO

O referido projeto foi elaborado pelo senador José Sarney (PMDB), portanto sua tramitação começou no Senado Federal, foi aprovado pelo plenário e posteriormente remetido à Câmara dos Deputados, no dia 4/11/2015 (BRASIL, 2015a).

O responsável por colocar os Projetos de Lei (PL) em pauta é o presidente da Câmara ou do Senado, que o fazem de forma totalmente discricionária, pois não existe lei determinando uma ordem de pauta ou qualquer critério preestabelecido.

Assim entendido, apesar de aprovado na primeira casa legislativa não há previsão para a votação do PL 283/12, agora enumerado PL 3.515/2015, na Câmara dos Deputados. Isso ocorre porque não existe punição ou regra que vede esse tipo de ato. Além disso, se for rejeitado pela casa revisora, o Projeto de Lei será arquivado e só poderá ser objeto de nova deliberação na próxima Sessão Legislativa, ou seja, no ano seguinte (BARCELLOS, 2018, p. 293).

O Projeto de Lei anteriormente explicitado encaixa-se como a espécie normativa de Lei Ordinária, pois apesar de a Constituição positivar a necessidade da Defesa do Consumidor em seu artigo 170, inciso V, esta não dispõe expressamente a necessidade da utilização de espécie normativa diferenciada para tratar de assuntos relativos à ordem consumerista, como se vê adiante (BARCELLOS, 2018; BRASIL, 1988):

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;

Esse tipo de espécie normativa, em regra, será aprovada por maioria simples, registrada a presença da maioria absoluta dos parlamentares da Casa Legislativa, como dispõe o artigo 47 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BARCELLOS, 2018; BRASIL, 1988).

Para a efetiva instituição de tal espécie normativa no ordenamento jurídico, faz-se necessário que a lei percorra o processo legislativo estabelecido pela Constituição de 1988, seguindo procedimento determinado, que será sucintamente explanado, e segue etapas pré-ordenadas de iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto e promulgação e publicação (BULOS, 2018).

O Projeto de Lei foi elaborado por meio de iniciativa geral do Senado Federal, de acordo com o artigo 61 da Constituição Federal de 1988, portanto extraordinariamente o Senado Federal será a Casa Iniciadora neste Processo Legislativo. Após proposto o Projeto de Lei, este deverá ser enviado a até três comissões temáticas (escolhidas de acordo com o tema abordado no PL), que emitirão parecer sobre o Projeto analisado, porém sem vincular o voto dos demais membros da Casa, e à Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), responsável por averiguar a constitucionalidade do Projeto de Lei; posteriormente deve passar pela votação na Casa Iniciadora e, se aprovado, é enviado à Casa Revisora (no caso, a Câmara dos Deputados) para averiguação (BARCELLOS, 2018; BRASIL, 1988).

Ao chegar à Câmara dos Deputados o PL passará novamente por três comissões temáticas e pela CCJ, com a mesma finalidade, e então poderá seguir dois caminhos: caso o Projeto seja aprovado na íntegra, ou seja, sem alterações, seguirá para aprovação ou veto presidencial, porém, caso seja aprovado com alterações elaboradas pela Casa Revisora o PL deve retornar à Casa Iniciadora que decidirá, mediante nova votação, se as alterações serão mantidas ou vetadas e então o PL seguirá para a sanção ou veto presidencial com as alterações ou com o texto original, dependendo do resultado da votação.

Na etapa de veto presidencial o presidente da República poderá aprovar, ou seja, sancionar, o PL e deverá promulgá-lo e publicá-lo, porém, caso o presidente vete o Projeto de Lei este retornará ao Congresso Nacional, para que os deputados e senadores, em sessão conjunta (artigo 57, §3º, IV, CF), decidam por derrubar o veto presidencial e nesse caso o PL será normalmente publicado e promulgado, ou manter o veto presidencial e arquivar o Projeto (BRASIL, 1988).

O Projeto de Lei em estudo ao chegar na Câmara dos Deputados recebeu o nº 3.515/2015 e foi encaminhado para as comissões de Direito do Consumidor, de Finanças e Tributação (de acordo com o artigo 54 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados) e para a Comissão de Constituição e Justiça no dia 10 de novembro de 2015 e a última movimentação legislativa no projeto ocorreu no dia 7 de dezembro de 2018. Apesar de o projeto 3.515/2015, ou 283/2012 estar em tramitação há três anos, somente na Câmara dos Deputados, ele tramita em regime de prioridade (BRASIL, 2018b).

O Projeto de Lei em questão versa sobre a disciplina do crédito ao consumidor, assim como sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento, tema já vastamente exposto.

O referido Projeto começa acrescentando ao artigo 4º do CDC o inciso X, buscando desconstruir a visão social de que o inadimplemento não deve ser tutelado pelo Direito. Apesar de não ser mais a visão preponderante juridicamente, ainda está muito presente no pensamento social e ainda é o que a legislação vigente apresenta atualmente, portanto trata-se de uma modificação no estilo de tratamento brasileiro acerca do problema da insolvência civil e o início da solução para o problema do superendividamento (BRASIL, 1990).

Art. 4º

X – prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor (NR).

Ao prezar por “evitar a exclusão social do consumidor”, o legislador não visa somente ao benefício individual do superendividado, mas ao benefício coletivo da movimentação da economia do país, beneficiando empregados e empregadores.

Mais um meio eficaz no tratamento da inadimplência social é modificar as relações de crédito existentes atualmente no Brasil, porque, apesar de o acesso ao crédito ser de extrema importância no cenário econômico, o binômio consumo/crédito é extremamente instável, por isso quando muitas pessoas entram no ciclo do superendividamento “uma crise na sociedade é criada, as taxas de inadimplemento sobem, sobem os juros, os preços, a insolvência, cai a confiança, o consumo, desacelera-se a economia...uma reação em cadeia...” (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010, p. 19).

Esse cenário é mais gravoso no Brasil, pois além de o país não possuir legislação específica sobre o tema, como leis de combate à usura dos bancos e financeiras (França) e leis sobre crédito ao consumidor e concessão responsável do crédito a pessoas físicas (27 países da União Europeia), o Brasil ainda é o país “onde os juros são altíssimos, temos o maior *spread* (lucro do banco) do mundo e as dívidas multiplicam de valores em pouco tempo” (BRASIL, 2010, p. 19). Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 283/12 vem adicionar ao artigo 6º do CDC, como direito básico do consumidor (BRASIL, 1990):

XI – a *garantia de práticas de crédito responsável*, de educação financeira, de prevenção e tratamento das situações de superendividamento, preservando o mínimo existencial, por meio da revisão e repactuação da dívida, entre outras medidas;

E disciplina maiores garantias de proteção ao crédito aos idosos, acrescentando ao artigo 96 do estatuto do idoso (BRASIL, 2003):

Art. 96.

§3º Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso. (NR).

Tal dispositivo é um importante avanço para prevenção do superendividamento do idoso, pois são pessoas naturalmente mais fragilizadas e foram, e ainda são, grandes alvos da concessão de crédito bancário. Como visto anteriormente, em 2006 o número de aposentados utilizando o recurso de crédito foi de aproximadamente 5 milhões.

Além das novas modificações apresentadas, o PL em questão tenta introduzir dois novos capítulos ao Código de Defesa do Consumidor, intitulados “Da Prevenção e do Tratamento ao Superendividamento” e “Da Conciliação no Superendividamento”.

O primeiro visa à prevenção do superendividamento, dispendo principalmente sobre o crédito responsável, a educação financeira, o fornecimento e oferta de crédito, o modo de pagamento das dívidas, o direito de arrependimento e as condutas dos fornecedores de crédito.

O segundo capítulo, por sua vez, dispõe sobre os meios para retirar os consumidores da situação de superendividamento, abordando, em síntese, a instauração do processo de repactuação de dívidas, ou caso este seja falho, a instauração do processo de superendividamento para a revisão dos contratos e repactuação das dívidas e atribui a competência da fase conciliatória e preventiva da repactuação aos órgãos públicos de defesa ao consumidor.

Importante ressaltar que, apesar de boa parte do PL dispor sobre meios de assegurar o consumidor, ele não tem como objetivo o prejuízo das empresas, fato expressamente previsto no proposto artigo 104-B, §3º:

§3º O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido corrigido monetariamente por índices oficiais de preço, e preverá a liquidação total da dívida em, no máximo, cinco anos, sendo a primeira parcela devida no prazo máximo de cento e oitenta dias, contados da sua homologação judicial, e o restante do saldo devido mensalmente em parcelas iguais e sucessivas.

Constata-se, portanto, que as ideias trazidas pelo PL nº 283/2012 são de importância e relevância para o ordenamento jurídico brasileiro, pois influenciará amenizando a situação de inúmeros brasileiros de forma individual e de forma coletiva, por meio da melhoria na economia devido à regularização da situação do endividamento e consequentemente impedindo a inadimplência.

6 CONCLUSÃO

Respondendo ao problema de pesquisa e a partir dos dados explicitados verifica-se que o problema do superendividamento traz consequências sociais em diversos âmbitos. Na esfera do poder Judiciário existe uma íntima correlação entre a elevada quantidade de demandas e os problemas derivados de concessões de crédito e relações consumeristas, assim como na esfera social o superendividamento leva as pessoas à exclusão social ocasionando um impacto direto na economia.

Ter uma população com um alto nível de escolaridade e informada sobre os principais assuntos da vida social e econômica é essencial para o crescimento de uma nação, por isso as soluções para todo problema sempre perpassam pela escassez de escolaridade que a população brasileira apresenta.

Dessa forma, os principais meios encontrados para solução e prevenção do superendividamento são a educação da população sobre o assunto, começando a partir do ensino básico, a fim de permitir que as pessoas em geral saibam como gerenciar contas e poupar dinheiro e entendam a importância de tais práticas, assim como a regulamentação da concessão de créditos ao consumo, não permitindo que as empresas se utilizem de pessoas necessitadas e vulneráveis para difundir o mercado do crédito sem tratar dos posteriores malefícios que este pode trazer.

Não se defende aqui a extinção do crédito à população, mas sim uma concessão mais consciente, que não coloque em dificuldades as pessoas que não conseguem medir os ônus e os bônus do crédito e o risco do inadimplemento.

Além disso, defende-se a introdução de um processo específico ao superendividamento, previsto em lei, conferindo uma efetiva tutela, proteção e solução a este problema social, assim como se defende a prática do princípio do mínimo existencial para resguardar uma condição de vida adequada às pessoas que enfrentam o superendividamento e tentam solucioná-lo.

Como já foi abordado, tratar a insolvência meramente com a liquidação e divisão dos bens existentes e penhoráveis é uma medida ineficaz e ultrapassada para a resolução do problema. Devem ser criadas maneiras de permitir que o insolvente ou o superendividado pague suas dívidas de maneira que não o exclua de uma vida social e comercial e que garanta um patamar de vida aceitável enquanto honra com suas obrigações.

Dessa forma, garantir à população meios de sair da condição de endividamento excessivo e voltar ao mercado de consumo beneficia não só o indivíduo e sua família, que poderão ter sua situação financeira estabilizada novamente, mas também a economia no geral, pois as pessoas voltarão a comprar, gerando aumento de confiança na economia, maior circulação de mercadorias e eventualmente uma maior criação de empregos.

Além de melhorar de forma geral o sistema econômico do país, a solução a longo prazo tanto do superendividamento quanto da insolvência traz um grande benefício também ao quadro do Judiciário como um todo, melhorando principalmente o problema de morosidade existente em suas diversas instâncias. Isto porque o sistema econômico e o sistema judiciário são dois âmbitos muito afetados pelo problema do superendividamento, que está intimamente ligado com a concessão de créditos e a instauração de novas demandas judiciais.

Esse estudo oferece como respostas de médio alcance, principalmente, tornar a população consciente para entender, efetivamente, os efeitos do superendividamento na sociedade, assim como para entender a estrutura das relações de crédito e proporcionar uma imediata extinção das relações de crédito inconscientes.

A longo prazo, faz-se necessária a introdução de disciplina(s) referente(s) ao estudo das relações consumeristas na grade curricular dos estudantes brasileiros, assim como a aprovação do PL 283/2012 que regula as condições mais importantes para tirar o país de uma situação de grande inadimplência e colocá-lo estabilizado segundo o binômio consumo/crédito.

Conhecer a realidade dos problemas e entender seus efeitos negativos a partir de estatísticas, podendo quantificar, de forma aproximada, a extensão dos danos, pode ser um caminho eficaz de transformação e melhoria.

Analisar os principais transtornos geradores do problema principal e sua incidência indireta em outras áreas, com perspectivas inovadoras, permite uma melhor visualização e entendimento do problema, ampliando a capacidade de resolução ou ao menos sua melhoria.

7 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mariana Dionísio de. A utilização do Sistema R-Studio e a Jurimetria como ferramentas complementares à pesquisa jurídica. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29221/24047>. Acesso em: 29 mar. 2019.
- ARAÚJO, Fábio José de Oliveira; BRITO, Rodrigo Toscana de. Contratos, superendividamento e a proteção dos consumidores na atividade econômica. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 5, n. 9, p. 165-204, jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/250/232>. Acesso em: 11 mar. 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 2014.
- BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1997. 230p.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2001. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788537807729/cfi/6/28!/4/4/2@0:39.1>. Acesso em: 18 fev. 2019.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. *Adesão ao projeto conciliar é legal – CNJ, projeto-piloto: “tratamento das situações de superendividamento do consumidor*. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul. 2006. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/projeto_superendividamento.pdf. Acesso em: 22 jan. 2020.
- BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Adesão ao projeto conciliar é legal. CNJ. Projeto piloto: tratamento das situações de superendividamento do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 63, p. 173-201, jul./set. 2007.
- BRAGA, Letícia Góes; COSTA, Vanessa Silva Barbosa da. Análise da necessidade de regulamentação do superendividamento da pessoa natural. *Revista Acadêmica Clóvis Beviláqua*, Fortaleza, v. 4, n. 1, p. 49-58, jan./jun. 2017. Semestral. Disponível em: http://www.ppgdireito.ufc.br/public_html/images/HELOISA/REVISTA%20ACADMICA%20CLVIS%20BEVILQUA%20VOLUME%204%20NUMERO%201.pdf#page=50. Acesso em: 20 ago. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Brasília, DF, Senado, 1990.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n° 3515/2015*. 2015a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052490>. Acesso em: 12 jan. 2019.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça – CNJ*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/justica_numeros_2004.pdf. Acesso em: 27 dez. 2018a.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça – CNJ*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee-7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2019a.
- BRASIL. Escola Nacional de Defesa do Consumidor – ENDC. *Prevenção e tratamento do superendividamento: caderno de investigações científicas*. Vol. 1. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-tratamento-do-super%20endividamento.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. 2012a. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21255-analfabetismo-cai-em-2017-mas-segue-acima-da-meta-para-2015.html>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- BRASIL. Senado Federal. *Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 jan. 2019b.
- BRASIL. Senado Federal. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2019c.

- BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil*. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. *Código de Processo Civil*. 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13 jan. 2019.
- BRASIL. Senado Federal. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2019d.
- BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>. Acesso em: 13 ago. 2018b.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado Federal nº 283/2012*. 2012b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106773>. Acesso em 12 jan. 2019.
- BRASIL. *Serasa Experian*. Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos>. Acesso em: 8 jan. 2019e.
- BRASIL. Serviço de Proteção ao Crédito. Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (SPC/CNDL). *Inadimplentes no Brasil 2017 Perfil e comportamento frente às dívidas*. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/User/Downloads/Analise_perfil_inadimplente_2017.pdf. Acesso em: 8 jan. 2019.
- BRASIL. *Serviço de Proteção ao Crédito* – SPC Brasil. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indice/4890>. Acesso em: 15 ago. 2018c.
- BRASIL. *Serviço de Proteção ao Crédito* – SPC Brasil. Disponível em: <https://www.spcbrasil.org.br/pesquisas/indice/5047>. Acesso em: 14 ago. 2018d.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CASTRO, Alexandre Samy de. *Ensaio Sobre o Poder Judiciário no Brasil*. 2012. 121 f. Tese (Doutorado) – Curso de Economia, Escola de Pós Graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11239/TESE_SAMY_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 7 dez 2018.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee-7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf25.pdf>. Acesso em: 13 maio 2020.
- EFRAT, Rafael. Global Trends in Personal Bankruptcy. *American Bankruptcy Law Journal*, vol. 76, 2002, p. 81-109.
- HOBBSAWM, Eric John. *A era do capital*. 4. ed. Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra S/A, 1988.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Analfabetismo cai em 2017, mas segue acima da meta para 2015*. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/21255-analfabetismo-cai-em-2017-mas-segue-acima-da-meta-para-2015.html>. Acesso em: 14 ago. 2018
- MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 400 p.
- MARQUES, Claudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do superendividamento: caderno de investigações científicas*. Brasília: DPDC/SDE, 2010.
- MARQUESI, Roberto Wagner; SABO, Isabela Cristina; LÊDO, Ana Paula Ruiz Silveira. A necessidade do diálogo das fontes nas relações de consumo suscetíveis ao comércio eletrônico. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p.757-775, 2018.
- NETO, Mario Furlaneto; BEZEN, Gabriela Cristina. O Direito fundamental de proteção ao consumidor em tempos de globalização e o fenômeno do superendividamento. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. b2.824-2.843, 2017.
- PALHARES, Cinara. *A tutela do consumidor excessivamente endividado como forma de preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana*. 2010. 277f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- PAULA, Ana Cristina Alves de. A Extensão do instituto da falência à pessoa natural enquanto mecanismo de tutela do consumidor superendividado. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 94-114, maio 2016.
- PELLEGRINO, Fabiana Andréa de Almeida Oliveira. *A tutela em face do superendividamento na perspectiva da uma hermenêutica contemporânea das relações de consumo*. 2014. 272f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito Público, Salvador, 2014.
- PORTO, Antonio Augusto Cruz; TORRES, Cibele Merlin. Entropia orçamentária: o papel das instituições financeiras na viabilização do crédito familiar sustentável. *Revista Direito e Liberdade*. Natal, v. 15, n. 3, p. 11-30, set./dez. 2013.

O COMPLIANCE NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.69-78>

Recebido em: 11/5/2019

Aceito em: 26/10/2019

Cintya Nishimura Durães

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Euripedes, de Marília. Especialista em Direito Processual Civil – NCPC pela Unisc. Mestre pela Universidade de Marília (Unimar) com o apoio da Capes Prosup. Advogada. <http://lattes.cnpq.br/1912000152159857>. <https://orcid.org/0000-0002-0562-5689>. cnddireito@gmail.com

Maria de Fátima Ribeiro

Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Mestrado em Ciências Jurídicas Empresarias pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito Fiscal/Tributário na Universidade de Lisboa. Curso complementar créditos de Doutorado na Sapienza Università di Roma Facoltà di Economia e Facoltà di Giurisprudenza, Roma – Itália. Professora titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e do curso de Graduação em Direito da Universidade de Marília (Unimar), São Paulo. Integra a Diretoria do Instituto de Direito Tributário de Londrina. Professora convidada da Universidade Estadual de Londrina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: direito tributário tributação e desenvolvimento econômico e social, políticas públicas, princípios constitucionais e soberania, extrafiscalidade, direito constitucional e internacional econômico. <http://lattes.cnpq.br/5024013963182084>. <https://orcid.org/0000-0001-8450-9872>. professoramariadefatimaribeiro@gmail.com

RESUMO

No presente artigo aborda-se o *compliance* no Brasil e a relação deste com a responsabilidade empresarial no combate à corrupção. O objeto do estudo concentra-se na compreensão do programa de integridade como instrumento de combate à corrupção no âmbito das pessoas jurídicas. Objetiva-se identificar na legislação nacional como o *compliance* pode estar presente no âmbito interno das empresas e qual a importância de sua instituição. Destacam-se as características que um programa de integridade deve apresentar, consoante as disposições previstas em lei. Analisam-se quais são as implicações da aplicação do mecanismo nas empresas, bem como os benefícios que são auferidos pela existência do programa. Adota-se para a pesquisa o método dedutivo, com coleta qualitativa de dados bibliográficos. A relevância do tema é evidente diante do cenário global de enfrentamento da corrupção. Constatou-se que a existência de programas de integridade é imprescindível para o enfrentamento da corrupção empresarial.

Palavras-chave: *Compliance*. Corrupção. Responsabilidade empresarial.

COMPLIANCE IN BRAZIL AND CORPORATE RESPONSIBILITY IN COMBATING CORRUPTION

ABSTRACT

This article discusses compliance in Brazil and its relationship with corporate responsibility in the fight against corruption. The object of the study focuses on the understanding of the integrity program as an instrument to combat corruption within the legal entities. The objective is to identify in national legislation how compliance can be present within companies and what is the importance of its implementation. We highlight the characteristics that an integrity program must have, according to the provisions provided by law. We analyze the implications of the application of the mechanism in companies, as well as the benefits that are obtained by the existence of the program. The deductive method is adopted for the research, with qualitative collection of bibliographic data. The relevance of the theme is evident in the global scenario of facing corruption. It was found that the existence of integrity programs is essential to address corporate corruption.

Keywords: Compliance. Corruption. Corporate responsibility.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 *Compliance* no Brasil. 3 Responsabilidade empresarial no combate à corrupção. 4 O *compliance* como ferramenta para a redução da corrupção. 5 Empreendimentos nacionais que possuem programa de integridade. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade empresarial no combate à corrupção vem crescendo no mundo todo. Os países têm se comprometido, por meio de documentos internacionais, a buscarem soluções para o problema. Nesse contexto, os ordenamentos jurídicos passam a exigir o desenvolvimento de programas de integridade ou *compliance* pelas pessoas jurídicas de Direito privado.

No Brasil, com o advento da Lei n. 12.846/2013, o mecanismo ganhou destaque em meio aos negócios empresariais. As empresas têm elaborado programas de integridade em seus âmbitos internos. Diante disso, questiona-se: Quais são os motivos determinantes para que as pessoas jurídicas de Direito privado estejam estabelecendo o *compliance* em suas atividades?

A positivação do mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro significou um passo importante no combate à corrupção na relação entre as empresas e a administração pública nacional ou estrangeira, todavia indaga-se: Como o *compliance* pode servir para a redução do problema?

As respostas para as perguntas requerem a compreensão dos motivos que levaram o legislador pátrio a positivar normas versando sobre mecanismos de integridade. Desse modo, buscar-se-á entender o que é o *compliance* no Brasil, como se verifica a responsabilidade empresarial no combate à corrupção e como o *compliance* pode contribuir para a redução da corrupção.

Demonstrar-se-á como ocorre a aplicação de um programa de integridade por meio de exemplos concretos de empresas presentes no país.

2 COMPLIANCE NO BRASIL

O *compliance* no Brasil ganhou projeção com a Lei n. 12.846/13, tornando-se um mecanismo cada vez mais difundido no meio empresarial. Busca-se, por meio desse instrumento, compelir as pessoas jurídicas de Direito privado a se manterem em conformidade com as normas e regulamentos legais pela adoção de procedimentos internos pautados pela integridade e pela ética.

O conceito de *compliance* é compreendido como um conjunto de medidas que implicam procedimentos internos no âmbito das empresas visando à conformidade com a lei, isto é, consubstancia-se em um programa de integridade¹ com o intuito de impedir a prática de atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira.

O *compliance* tem a função de monitorar e assegurar que todos os envolvidos com uma empresa estejam de acordo com as práticas de conduta da mesma. Essas práticas devem ser orientadas pelo Código de Conduta e pelas políticas da companhia, cujas ações estão especialmente voltadas para o combate à corrupção (UBALDO, 2017, p. 121).

O interesse do setor empresarial no *compliance* ganhou força em razão do rigor da lei na atribuição de responsabilidade às pessoas jurídicas, cujas sanções são severas. Em contrapartida, a legislação possibilita a atenuação das penalidades caso existam mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria, incentivo à denúncia de irregularidades, código de ética e conduta (artigo 7º, VIII).

¹ Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, o programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando a garantir sua efetividade.

Antes de ser elaborada a Lei n. 12.846/2013 diversas empresas já haviam incorporado programas de integridade. A inovação legal serviu como estímulo a esses estabelecimentos por valorizar a cultura organizacional de ética e probidade, destaca Moreira (2018).

Verifica-se que a adoção do *compliance* demanda o estabelecimento de um padrão ético que consiste em valores escolhidos pela empresa como compromisso diante da sociedade. Ribeiro e Diniz (2015, p. 87) avaliam que: “*Compliance* é uma expressão que se volta para as ferramentas de concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa”.

Para Veríssimo (2017, p. 13-14) as providências que devem ser tomadas para a instituição do *compliance* consistem em estabelecer controles internos com o objetivo de prevenir e identificar atos de corrupção. Além disso, as condutas contrárias ao programa de integridade devem ser punidas, afirma a autora.

A existência de mecanismos destinados a evitar e controlar os atos em desconformidade com a lei pode impedir, por exemplo, a insegurança jurídica, observa Pasold Júnior (2017, p. 99). Desse modo, constata-se a importância da existência de um programa de integridade no âmbito interno das pessoas jurídicas.

Não basta, entretanto, criar o programa de *compliance* apenas formalmente. Conforme Blok (2017, p. 116), é necessária a realização de treinamento dos funcionários e monitoramento acerca do cumprimento das disposições adotadas, visando à solidificação da prevenção e à diminuição de riscos pela observância dos procedimentos que compõem o programa de integridade.

A pessoa jurídica deve conhecer o setor no qual atua, bem como os riscos de sua atividade, levando em conta a sua governança e seus processos internos de decisão. Além disso, a empresa deve identificar seus públicos de interesse, como os parceiros de negócio, sociedade civil, acionistas, empregados, etc., para que sejam avaliados também os níveis de interação com o poder público, em vista dos atos arrolados no artigo 5º da Lei Anticorrupção (COUTINHO, 2018, p. 54).

Constata-se que o programa de integridade não se limita a identificar riscos que possam se originar na seara interna da pessoa jurídica, vez que podem ser evitados problemas com as escolhas feitas pelo negócio, isto é, de modo preventivo é possível impedir o envolvimento de empreendimentos ou indivíduos ligados à corrupção, preservando-se desse modo a integridade da empresa.

O *compliance* quando bem elaborado e observado por todos é uma ferramenta facilitadora na identificação de vulnerabilidades ou riscos para a pessoa jurídica. Existem parâmetros legais² para a avaliação do programa de integridade dentro da empresa, cuja finalidade é verificar o comprometimento da pessoa jurídica com o *compliance*. Acerca disso Coutinho (2018, p. 56) observa que:

Como não poderia deixar de ser, a avaliação dos citados parâmetros deve ser feita levando em conta a natureza e complexidade das atividades desempenhadas pelas pessoas jurídicas, bem como seu porte e setor de atuação.

A estrutura empresarial influencia diretamente na determinação dos critérios a serem considerados para a verificação da existência e aplicabilidade do programa de integridade. Quanto mais complexa for a organização, mais rígidos serão os padrões de apreciação sobre a efetividade dos mecanismos.

² Decreto n. 8.420/2015. Art. 42. Para fins do disposto no §4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

- I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;
- II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;
- III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;
- V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;
- VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;
- VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;
- VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;
- IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;
- X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé;
- XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;
- XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;
- XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;
- XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;
- XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando a seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e
- XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

§1º Na avaliação dos parâmetros de que trata este artigo, serão considerados o porte e especificidades da pessoa jurídica, tais como:

- I - a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores;
- II - a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores;
- III - a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais;
- IV - o setor do mercado em que atua;
- V - os países em que atua, direta ou indiretamente;
- VI - o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações;
- VII - a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico e
- VIII - o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

§2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o *caput*.

§3º Na avaliação de microempresas e empresas de pequeno porte serão reduzidas as formalidades dos parâmetros previstos neste artigo, não se exigindo, especificamente, os incisos III, V, IX, X, XIII, XIV e XV do *caput*.

§4º Caberá ao ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União expedir orientações, normas e procedimentos complementares referentes à avaliação do programa de integridade de que trata este Capítulo.

§5º A redução dos parâmetros de avaliação para as microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o §3º poderá ser objeto de regulamentação por ato conjunto do ministro de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e do ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

De acordo com Batisti (2017, p. 105), a Lei n. 12.846/2013 promoveu uma mudança significativa no papel da empresa ao torná-la responsável por fiscalizar a conduta de seus colaboradores. A existência de canais de denúncia de irregularidades³ é indispensável para o enfrentamento da corrupção.

3 RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NO COMBATE À CORRUPÇÃO

As empresas são responsáveis pela criação de instrumentos de prevenção às irregularidades, bem como por reprimir os atos praticados em desacordo com as leis, sob pena de responsabilização objetiva e imposição de sanções rigorosas previstas no artigo 19⁴ da Lei n. 12.846/2013, aplicadas proporcionalmente às condutas praticadas.

Conforme Zanetti (2016, p. 47): “A principal novidade da Lei Anticorrupção foi estabelecer hipótese de responsabilidade objetiva para a pessoa jurídica envolvida em atos de corrupção”. Antes do advento da referida legislação a responsabilidade por atos ilícitos, como regra, era subjetiva, ficando a objetiva como exceção, destaca a autora.

No mesmo sentido Batisti (2017, p. 76) assinala que:

A responsabilização objetiva das empresas pelas infrações descritas no art. 5º é o aspecto mais inovador e controverso da Lei 12.846/2013. Isto porque a responsabilidade objetiva independe de dolo ou culpa. Assim, na Lei Anticorrupção, a causalidade decorrente do dolo é superada, e o nexó causal se dá a partir da relação de conduta e benefício procurado ou obtido pela pessoa jurídica.

A diferença está na necessidade de comprovação do dolo ou culpa pelo dano no caso da responsabilidade subjetiva, enquanto que na objetiva a lei a atribui independentemente da existência daqueles elementos. Embora a legislação impute às empresas a responsabilidade objetiva, a pessoa jurídica que arca com as consequências pode, posteriormente, apurar a responsabilização subjetiva de seus membros.

Conhecida também como Lei da Empresa Limpa, a Lei Anticorrupção brasileira preencheu uma lacuna legislativa consistente na responsabilização objetiva das pessoas jurídica, administrativa e judicial, que vão desde pesadas multas no âmbito administrativo, que podem chegar ao patamar de 20% sobre o faturamento bruto do ano anterior à prática da corrupção, até a extinção da empresa no âmbito judicial, além da proibição de transacionar com a administração pública por até cinco anos, e ter o nome da empresa incluído no Cnep – Cadastro Nacional de Empresas Punidas – e no Ceis – Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas – o que significa, em muitos casos, a quebra da empresa (LUCHIONE; CARNEIRO, 2017, p. 84).

À pessoa jurídica envolvida em ilegalidade contra a administração pública são atribuídas as responsabilidades civil, penal e administrativa. Esta última é a que a Lei n. 12.846/2013 tornou mais severa em razão das pesadas sanções que expressamente prevê, como a multa sobre o faturamento bruto da empresa.

Segundo Silveira e Jorge (2019, p. 134), a lacuna legislativa preenchida pela Lei n. 12.846/2013 diz respeito: “[...] à ausência de meios específicos para atingir o patrimônio das pessoas jurídicas e obter efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos que beneficiem a pessoa jurídica [...]”. A imposição das sanções pecuniárias que a norma prevê pode acarretar a dissolução do negócio, dependendo da gravidade da situação na qual esteja envolvida a empresa.

³ Decreto n. 8.420/2015, art. 42, X.

⁴ Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5º desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

- I – perdimento dos bens, direitos ou valores que representam vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;
- II – suspensão ou interdição parcial de suas atividades;
- III – dissolução compulsória da pessoa jurídica;
- IV – proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos.

A Lei Anticorrupção aponta em seu artigo 5º quais atos são considerados na atribuição da responsabilidade objetiva empresarial⁵. Constata-se que tais atos refletem violação aos interesses públicos, o que exige uma postura inflexível por parte do poder público visando a desestimular a prática daqueles.

Conforme Luchione e Carneiro (2017, p. 85), as empresas ligadas a algum ato entre os previstos no artigo 5º da Lei n. 12.846/2013 se enquadram na responsabilização objetiva, geralmente em razão de ilegalidades praticadas por membros da alta direção ou colaboradores, por meio de condutas ligadas à corrupção, fraudes e outras ilicitudes.

O conceito de corrupção é amplo, haja vista que sua existência é possível em situações diversificadas. Dependendo do viés pelo qual será analisada a interpretação e a classificação dos atos que a caracterizam, haverá variações, no entanto a essência é praticamente única, isto é, obter algum tipo de vantagem por meio da ilegalidade.

A compreensão de corrupção pode variar, dependendo da posição ideológica adotada. Numa visão mais tradicional e num sentido mais estrito, corrupção corresponde à oferta ou recebimento de benefícios ilícitos em razão de negócios entre agentes do setor público e particulares. Num sentido mais amplo, pode decorrer de relações entre particulares, como se dá quando um representante de empresa beneficia ilicitamente outro para conseguir vender produtos ou fornecer bens. Em um sentido ainda mais extenso, abrange comportamentos nas mais variadas esferas sociais, como nas atividades realizadas no regime de informalidade, na sonegação fiscal, no comércio ilegal, e ainda em outras situações tão comuns e banais (BATISTI, 2017, p. 29).

A descoberta do envolvimento de diversas empresas e seus gestores em casos de corrupção acendeu o alerta para a necessidade de serem tomadas medidas efetivas de combate à prática perpetrada por organizações criminosas em escala mundial.⁶ Diante disso, os países começaram a elaborar leis para o enfrentamento do problema.

De acordo com Coutinho (2018, p. 33): “Desde 2008, o combate à corrupção é tratado como política legislativa global, por consequência da crise econômica por que passaram os países desenvolvidos”. A situação ocorrida naquele ano no plano internacional deu impulso à elaboração de normas anticorrupção em diversos países.

A globalização contribuiu sobremaneira para a intensificação da corrupção e, a partir daí pressões internacionais impulsionaram a internalização de diversos instrumentos normativos no ordenamento jurídico brasileiro. A manutenção das regras de mercado leais e transparentes a nível global passou a ser uma preocupação dos organismos supranacionais, dando origem a tratados ratificados pelo Brasil (BATISTI, 2017, p. 48).

⁵ Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra os princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

- I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;
- II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;
- III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;
- IV – no tocante a licitações e contratos:
 - a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
 - b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
 - c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
 - d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
 - e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
 - f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
 - g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;
- V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

⁶ Empreendimentos transnacionais atuantes em setores como a construção civil, exploração de petróleo e seus derivados, entre outros, foram alvos de ampla investigação.

A criação da Lei 12.846/13 é resultante da pressão internacional sobre o Brasil, que havia se comprometido a combater a corrupção ao assinar documentos internacionais, tais como: Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (2003), Convenção Interamericana Contra a Corrupção (1996) e Convenção da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento – OCDE (1997).

Desse modo, visando a cumprir os compromissos firmados, criaram-se mecanismos legais para a responsabilização das pessoas jurídicas pelos atos de corrupção que envolvem transações comerciais com outros países. O *compliance* incide, portanto, na relação da pessoa jurídica privada com a administração pública brasileira ou com a estrangeira.

Silva (2018, p. 84) observa que a Lei n. 12.846/2013 não é a primeira legislação nacional a disciplinar a questão, mas com o advento da referida norma as sanções para as empresas que participam de situações de corrupção com a administração pública tornaram-se mais severas nas searas não penais.

De fato, a norma anticorrupção tem produzido resultados relevantes no enfrentamento da corrupção empresarial no Brasil. A Controladoria Geral da União (CGU) divulgou em seu *site*⁷ que no ano de 2018 foram aplicadas pelo governo federal cerca de 30 penalidades baseadas na Lei Anticorrupção.

O *compliance* tem como pilares, segundo Coutinho (2018, p. 51-52): “(1) Comprometimento e apoio da Alta Administração; (2) Instância responsável pelo Programa de Integridade; (3) Análise de perfil e riscos; (4) Estrutura das regras e instrumentos; e (5) Estratégias de Monitoramento contínuo”.

Verifica-se que o programa de integridade dever ser praticado em todas as áreas da empresa com foco voltado para os riscos. Por essa razão a existência de um Código de Conduta e Ética mostra-se imprescindível para a avaliação das condutas, verificando-se se estão em conformidade com as leis.

4 O COMPLIANCE COMO FERRAMENTA PARA A REDUÇÃO DA CORRUPÇÃO

Por meio de procedimentos internos de controle as empresas podem diminuir a ocorrência de condutas em desacordo com as normas, bem como impedir que sejam praticadas, isto é, de modo preventivo evitar a transgressão das leis pela redução de riscos relacionados à áreas de atuação do negócio.

O *compliance* pode ser considerado uma ferramenta eficaz para a redução da corrupção por destacar a importância da ética empresarial e pela atribuição de responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas de Direito privado sob pena de incorrerem em sanções administrativas severas.

O *compliance* tem objetivos tanto preventivos como reativos. Visa à prevenção de infrações legais em geral assim como a prevenção dos riscos legais e reputacionais aos quais a empresa está sujeita, na hipótese de que essas infrações se concretizem. Além disso, impõe à empresa o dever de apurar as condutas ilícitas em geral, assim como as que violam as normas da empresa, além de adotar medidas corretivas e entregar os resultados de investigações internas às autoridades, quando for o caso (VERÍSSIMO, 2017, p. 91).

A partir do viés preventivo infere-se que a empresa afasta a ocorrência das ilegalidades, preservando-se de incorrer em responsabilidade objetiva e obrigação de reparação de danos causados por tais atos. Como instrumento reativo o *compliance* possibilita que a pessoa jurídica recupere os prejuízos sofridos pela identificação do(s) autor(es) da conduta ilegal.

Para Zanetti (2016, p. 51): “Os programas de integridade ou programas de “compliance” se revelam ferramentas úteis para auxiliar os procedimentos de controle e gestão de riscos das empresas”. O ponto principal do *compliance* é a gestão dos riscos, visando a prevenir ou corrigir sua existência em meio ao empreendimento que adota o mecanismo.

Silveira e Jorge (2019, p. 129) destacam os principais objetivos do *compliance*:

Compliance possui, entre os seus objetivos, organizar documentação e procedimentos, gerenciando de forma adequada os riscos e exaltando a transparência, de alcance amplo e não apenas cumprimento de regras formais ou informais. Está ligado ao conceito de “governança corporativa”, ou seja, de sistemas de organização

⁷ <https://www.cgu.gov.br/noticias/2018/01/governo-federal-pune-30-empresas-por-fraude-propina-e-financiamento-ilicito>

empresarial, tendo como um dos objetivos diminuir a responsabilidade objetiva da empresa, utilizado para contenção de riscos, com o comprometimento da empresa no cumprimento da legislação em vigor, a partir de procedimentos internos que visam uma maior transparência em seus atos e decisões.

Embora a elaboração de programas de integridade no âmbito interno das pessoas jurídicas seja vantajosa, ocorre um acréscimo considerável de despesa para a empresa. Batisti (2017, p. 87) aponta que: “A implementação de um programa de *compliance* bem estruturado e a busca pela mudança de uma cultura organizacional pode ser um processo que consome inúmeros recursos em termos de tempo, finanças e capital humano”.

A realização de treinamentos periodicamente, bem como o monitoramento contínuo, por exemplo, podem demandar investimento financeiro elevado, dependendo da dimensão estrutural do empreendimento, ou seja, da quantidade de integrantes que o compõem. Além disso, os procedimentos que caracterizam um programa de integridade envolvem deveres que consomem tempo e capital humano.

As vantagens auferidas com a prática do *compliance*, contudo, podem compensar o investimento da empresa. Para Moreira (2018),

[...] eliminar o “risco de *compliance*” consiste também em eliminar o risco de sanções regulatórias, de perda financeira ou perda de reputação, que uma organização pode sofrer como resultado de falhas no cumprimento de leis, regulamentações, códigos de conduta e das boas práticas.

As multas previstas na Lei n. 12.846/2013 podem desequilibrar a situação financeira da empresa dependendo do valor que alcancem, porém a perda da reputação pode significar um prejuízo maior, uma vez que a confiança de parceiros comerciais e clientes, bem como da administração pública, se reduzirá, ensejando o enfraquecimento da atividade e de seus ganhos.

Constata-se, dessa maneira, que o *compliance* contribui para a existência de probidade no empreendimento, protegendo a pessoa jurídica que adota o programa de integridade contra os efeitos nocivos da corrupção. Ademais, caso seja constatada a existência de irregularidade é possível atenuar as sanções legais.

Na elaboração do mecanismo em análise Batisti (2017, p. 114) recomenda que: “Em face do desafio do controle da corrupção para fins de reduzir as sanções administrativas e judiciais, é importante que os paradigmas legais sejam considerados para a construção de programas de integridade”.

Não há um modelo padrão a ser seguido para a elaboração do programa de integridade. Existem, todavia, elementos essenciais para caracterizar o *compliance*: mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes para se detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira.⁸

Diante disso, questiona-se: Como as empresas brasileiras estão construindo seus programas de integridade e colocando-os em execução? Para responder à indagação são relacionadas algumas empresas de modo exemplificativo.

5 EMPREENDIMENTOS NACIONAIS QUE POSSUEM PROGRAMA DE INTEGRIDADE

A Votorantim S.A. iniciou em 2006 o processo de estabelecimento de um programa de *compliance*. Entre as medidas tomadas houve a elaboração de um material (cartilha) destinado a todos os colaboradores da empresa, no qual se encontram esclarecimentos acerca do referido programa.⁹ Além disso, o grupo empresarial dispõe de Código de Conduta, Programa Anticorrupção, Linha Ética e Auditoria Interna, acessíveis a quaisquer interessados, no *site* do empreendimento.¹⁰

⁸ Decreto n. 8.420/2015, artigo 41.

⁹ http://www.votorantim.com.br/assets/public/files/01_cartilha_de_compliance.pdf

¹⁰ <http://www.votorantim.com.br/>

A *Goodman* Brasil Logística S.A. destaca em seu manual de *compliance* e controles internos¹¹ a indispensabilidade do cumprimento das leis e regras de ordem interna da empresa por todos os colaboradores que nela trabalham. Exige-se também a responsabilidade profissional de cada indivíduo em relação a todos os serviços e atividades que realizar.

A *Gerdau* S.A. dispõe de canais de comunicação (*on-line*, via telefone e presencial)¹² para que sejam reportados incidentes éticos e esclarecimentos de dúvidas. Além do Código de Ética para seus colaboradores, a empresa possui um Código de Ética para Terceiros e Política de *Compliance*.

A *Camargo Côrrea Infra*¹³ possui um modelo de *compliance* amplo, sendo composto por: Comitê de Ética e Conduta, Comitê de Auditoria, Comitê de Estratégia e Sustentabilidade, Comitê Financeiro e Riscos, Comitê de Pessoas e Comitê de Propostas/Técnico. Esses comitês estão ligados ao Conselho de Administração, que por sua vez, encontra-se relacionado à Presidência da empresa. Além disso, há Diretorias responsáveis por áreas específicas: Executivo de Operações, Executivo Jurídico, Integridade e Comunicação Corporativa, Executivo de Finanças, Executivo Comercial e de Novos Negócios, Recursos Humanos e Auditoria e Riscos.

Observa-se nos exemplos antes transcritos que cada pessoa jurídica formulou seu programa de integridade com base nas disposições legais, mas também considerando suas necessidades. Algumas adotam modelos mais amplos do que outras em razão da dimensão de sua estrutura interna e pela atividade que desenvolve.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verificou-se que a responsabilidade das empresas no Brasil passou a ser objetiva a partir do advento da Lei n. 12.846/2013, com o destaque conferido ao *compliance* como forma de combate à corrupção empresarial, por meio da prevenção às condutas que culminem com a inobservância das normas e suas consequências danosas.

Identificou-se na Lei Anticorrupção normas rígidas que para sua observância podem elevar os custos operacionais do negócio, mas constatou-se também que o investimento em um programa de integridade pode evitar que sanções rigorosas desestabilizem financeiramente a empresa, o que pode prejudicar a continuidade de sua atividade, conforme o caso.

Detectou-se que a existência do *compliance* tornou-se imprescindível para o enfrentamento eficaz da corrupção empresarial, podendo atenuar as consequências legais da existência de irregularidades no âmbito interno da empresa, uma vez que possui viés preventivo e reativo.

Diagnosticou-se que a aplicação da legislação tem produzido os resultados esperados, isto é, diversas empresas que vinham atuando em prejuízo da administração pública estão recebendo as sanções legais, como demonstra a Controladoria Geral da União (CGU).

Destacaram-se os objetivos do *compliance* e de que maneira estes contribuem para preservar a reputação das empresas, mantendo com isso a confiabilidade dos interessados na contratação das atividades realizadas pelo empreendimento.

Observaram-se alguns exemplos práticos de aplicação de programas de integridade em empresas nacionais. Inferiu-se que não há um modelo padrão de *compliance* a ser posto em prática pelas pessoas jurídicas de Direito privado, mas a legislação destaca elementos essenciais para a caracterização do mecanismo em análise.

Conclui-se que as empresas são responsáveis por combater a corrupção no âmbito interno de seus estabelecimentos, envolvendo todos os indivíduos que atuam diretamente em suas atividades.

O legislador brasileiro deu importante passo no cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país para o combate à corrupção com a positivação da Lei Anticorrupção.

¹¹ <https://br.goodman.com/-/media/Files/Sites/Brazil/Investment-management/Policies/Manual-de-Compliance.pdf?la=pt-BR&hash=90AA8507ABE5BE879BD1333DB82479A3A7C32063>

¹² <https://www2.gerdau.com.br/sobre-nos/canal-da-etica>

¹³ https://camargocorreainfra.com/wp-content/uploads/2019/09/Apresenta%C3%A7%C3%A3o-Institucional-CCINFRA-Portugu%C3%AAs_29-08-19.pdf

7 REFERÊNCIAS

- BATISTI, B. M. *Compliance e corrupção: análise de risco e prevenção nas empresas em face dos negócios públicos*. Curitiba: Juruá, 2017.
- BLOK, M. *Compliance e governança corporativa: atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-Lei 8.421/2015*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.
- COUTINHO, L. M. *Compliance anticorrupção, a Lei das estatais e a defesa do Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LUCHIONE, C. H.; CARNEIRO, C. Compliance e Lei anticorrupção – importância de um programa de integridade no âmbito corporativo e setor público. In: PORTO, V.; MARQUES, J. (org.). *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- MOREIRA, E. O. Compliance no Brasil: aspectos da responsabilidade fiscal das empresas no combate à corrupção. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ano 3, n. 2, ago. 2018. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/compliance-no-brasil-aspectos-da-responsabilidade-fiscal-das-empresas-no-combate-a-corrupcao>. Acesso em: 3 nov. 2019.
- PASOLD JÚNIOR, C. L. Corrupção: um dos pilares da insegurança jurídica no desenvolvimento empresarial nacional. In: PORTO, V.; MARQUES, J. (org.). *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- RIBEIRO, M. C. P.; DINIZ, P. D. F. Compliance e Lei anticorrupção nas empresas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 205 jan./mar. 2015, p. 87-105. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87. Acesso em: 2 nov. 2018.
- SILVA, R. C. *Acordo de Leniência e Compliance: perspectivas no enfrentamento da corrupção empresarial*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito. Tutelas à Efetivação de Direitos Indisponíveis. Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados) – Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre,. 2018.
- SILVEIRA, D. B.; JORGE, C. H. M. O *compliance* e seus reflexos no direito brasileiro. *Revista Scientia Juris*, Londrina, PR, v. 23, n. 1, p. 125-143, mar. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/34612>. Acesso em: 30 out. 2019.
- UBALDO, F. S. Lei Anticorrupção: a importância do programa de compliance no cenário atual. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- VERÍSSIMO, C. *Compliance: incentivo à adoção de medidas anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ZANETTI, A. F. Lei anticorrupção e compliance. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, set./dez. 2016, p. 35-60. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/lei-anticorrupcao-compliance-artigo.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2018.

DOS MODOS DE PRODUÇÃO DA MANUFATURA À UBERIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE TRABALHO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.79-90>

Recebido em: 28/9/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2020

Aceito em: 26/2/2020

Cleiton Lixieski Sell

Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos (UBU, Espanha). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, Brasil). Graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (Unicruz, Brasil). Integrante dos Grupos de Pesquisas Ordenación Territorial y Urbanística, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (Orditer) da Universidad de Burgos e do Grupo de Pesquisa Direito e Fraternidade (GPDF) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisador na área do Direito Ambiental e Direito do Trabalho. <http://lattes.cnpq.br/4433295688074876>. <https://orcid.org/0000-0002-7324-1724>. cleitonls.direito@gmail.com

RESUMO

A partir de um olhar sobre os avanços que a tecnologia trouxe no âmbito laboral e suas relações no meio ambiente, este estudo tem o objetivo de abordar a evolução dos processos de trabalho a partir da concepção da uberização no Direito do Trabalho. Com fundamento na teoria de base do materialismo histórico desenvolvido por Karl Marx, comprovou-se que a exploração da força de trabalho do homem tornou-se mais presente no século 21, em que os avanços do sistema capitalista, por intermédio dessa mudança nos processos de trabalho, levam os trabalhadores à utilização de diversos meios informáticos. O método utilizado para o trabalho se consistiu no hipotético-dedutivo. Evidenciou-se que os processos de trabalho tornaram-se uberizados à medida que são operacionalizados em plataformas digitais e por determinado tempo. O uso dos instrumentos tecnológicos tornou-se imprescindível para grande parte dessas atividades; diferentemente, os reflexos recaem sobre a saúde dos trabalhadores pela concorrência e pela exigência por melhores resultados em termos de produção. Do mesmo modo, percebe-se que os processos de trabalho tornaram-se autônomos e autogestionados, modificando a estrutura tradicional de vínculo empregatício e de subordinação.

Palavras-chave: Relações de trabalho. Mecanização. Informatização. Uberização.

FROM MANUFACTURING PRODUCTION MODES TO THE UBERIZATION OF WORK PROCESSES

ABSTRACT

From a look at the advances that technology has brought in the work environment and its relations in the environment, this study aims to address the evolution of work processes from the conception of uberization in labor law. Based on the basic theory of historical materialism developed by Karl Marx, it was proved that the exploitation of man's labor force became more present in the 21st century, in which the advances of the capitalist system, through this change in work processes, lead workers to the use of various computer means. The method used for the work consisted of the hypothetical deductive. It became evident that work processes became uberized as they are operated on digital platforms and for a certain time. The use of technological instruments has become essential for most of these activities, in contrast, the reflections fall on the health of workers due to competition and the demand for better results in terms of production. Likewise, it is clear that work processes have become autonomous and self-managed, changing the traditional structure of employment and subordination.

Keywords: Work relationships. Mechanization. Informatization. Uberization.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Meio ambiente e as relações de trabalho. 3 Processos de trabalho humano e os modos de produção. 4 A uberização dos processos de trabalho no século 21. 5 Reflexos da tecnologia de informação nas relações de trabalho. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo possui dois propósitos em relação ao tema dos processos de trabalho humano e suas relações com o meio ambiente. O primeiro aspecto a ser destacado é o caminho que os processos de trabalho e os modos de produção percorreram da manufatura até o século 21, uma vez que as modificações que ocorreram, e ainda ocorrerão, impactaram no resultado final das relações sociais. O segundo aspecto da investigação é referente à forma como a uberização foi inserida nas relações de trabalho, pois se trata de um fenômeno estruturado pelo uso de tecnologias e plataformas digitais que condizem com os períodos de transição moderno e pós-moderno.

Para compreender essa proposta ora abordada, deve ser analisado o período da Antiguidade greco-romana, em que as relações de trabalho, assim como as formas de comércio, eram realizadas exclusivamente pelo Mar Mediterrâneo. Nesse contexto histórico, o transporte marítimo era a única forma viável de realizar comércio com outras regiões mais distantes nas quais o surgimento do modo de produção utilizando mão de obra escrava foi o invento que impulsionou as atividades laborais (ANDERSON, 2000, p. 20-21). Cabe destacar – portanto – que as formas como os trabalhadores se tornaram escravos dependia de cada região, uma vez que ocorreu mais tarde na Ásia, que consistia em manter total controle sobre o trabalho e os modos de produção.

As transformações que ocorreram nos processos de trabalho durante o século 20, no entanto, e a dinâmica de expansão do mercado levaram as relações do homem com a natureza para outros desafios e perspectivas no âmbito das relações laborais. Os sistemas de produção que consistiam na interação do homem com a natureza foram impulsionados de forma que a contribuição do homem foi a exploração da mão de obra, ao passo que na natureza se consistiu em fornecer terras (POLANYI, 2000, p. 162). Com as possibilidades da venda da força de trabalho e da venda das terras, o ser humano alinhou o útil ao agradável para desenvolver suas atividades de subsistência, bem como aperfeiçoando suas técnicas de trabalho.

Adentrando no aspecto das Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), os processos de trabalho foram revolucionados para o rompimento de paradigmas tradicionais, como locais fixos de trabalho nas quais empresas físicas foram substituídas por plataformas virtuais. Esse fenômeno é conhecido como a “googlelização do mundo” (VAIDHYANATHAN, 2011, p. 132), uma vez que a empresa *Google* se tornou o ambiente mais acessado do mundo em termos de busca de informação. O que na verdade interessa nesse aspecto é compreender o quanto a tecnologia modificou estruturas sólidas nas relações de trabalho em substituição de estruturas flexíveis e inovadoras em praticamente todos os processos de trabalho.

Sobre o tema dos processos de trabalho e as alterações nos modos de produção, destaca-se como o Direito acompanhou essas mudanças que refletiram nos âmbitos econômico, cultural, social e político. Do mesmo modo, as consequências que derivam desses câmbios implicam formas de comunicação humana por intermédio da informática, na qual desafiam novos riscos que podem expor direitos como a intimidade e a dignidade da pessoa humana (PÉREZ LUÑO, 2002, p. 118). Essa conjuntura que os meios tecnológicos trouxeram tornaram-se imprevisíveis e sofisticados na medida em que a demanda do mercado exige, uma vez que os trabalhadores se tornaram verdadeiros elos para impulsionar essa conectividade.

O estudo está estruturado metodologicamente em quatro partes, com a primeira consistindo em contextualizar o meio ambiente e as relações de trabalho. Após, será abordado o tema dos processos de trabalho e a interação dos modos de produção no sistema capitalista. Avançando esses tópicos, se aprofundará o tema do surgimento da uberização nas relações laborais no século 21, coadunando, especificamente, com o último aspecto do trabalho, que analisa os efeitos que a sociedade em rede, composta pelos meios tecnológicos, implicam nos atuais processos de trabalho.

2 MEIO AMBIENTE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Nesse primeiro tópico que se refere ao estudo dos processos de trabalho e às formas de uberização no âmbito laboral, possui como premissa que as relações humanas na natureza são mediadas. Desse modo, as relações de trabalho ocuparam uma moldura na qual se tornaram mais flexíveis durante as jornadas de trabalho, uma vez que contemplam dois ou mais empregos para garantir sua subsistência. Assim sendo, conceitos

históricos como empregos tradicionais são vistos com mais volatilidade – ou seja – o trabalho temporário ou complementar à renda tornou-se a regra para grande parcela de trabalhadores. Em outras palavras, tornou-se a válvula de escape da informalidade diante da dura realidade do desemprego que assola todo o país.

O meio ambiente é composto por processos de trabalho que se tornam voluntários e involuntários, assim como visíveis ou invisíveis, mais intensos e menos intensos, assim como complexos ou simples. O que deve ser observado é que sem trabalho não existe vida humana na Terra e, por consequência, as relações de trabalho inexisteriam. Da mesma forma, percebe-se que o meio ambiente e as relações laborais possuem uma estreita relação, em que mesmo havendo as alterações nos processos de trabalho e a inserção de novas formas de trabalho, esse processo continua sendo a essência que compõe os elementos da organização da vida humana na Terra.

O século 20 foi cenário de um período que compreendeu o desaparecimento de modos de produção tradicionais, ferramentas e de engenhos que foram criados pelos mais simples trabalhadores. Nesse sentido, os efeitos que as mudanças políticas e econômicas proporcionaram afetaram a organização da classe trabalhadora na medida em que suas representações estavam sendo ameaçadas. Esse aspecto, igualmente, ocorreu com as condições de trabalho, que eram precárias, nas quais os trabalhadores adoeciam com graves problemas de saúde, assim como suas condições de vida financeira eram limitadas (ANTUNES, 2005, p. 123). Nesse cenário, os processos de trabalho tornaram-se objeto de exploração para o acúmulo de capital, bem como para reinventar novos modos de produção mais eficientes.

Com uma análise pontual sobre a situação da classe trabalhadora na Inglaterra, em pleno século 19, baseava-se no interesse privado e consistia em angariar novos métodos de acumular riqueza. Nesse período “[...] a relação entre o industrial e o operário não é uma relação humana: é uma relação puramente econômica – o industrial é o capital, o operário é o trabalho” (ENGELS, 2010, p. 308). Essa relação de trabalho tornou-se o carro-chefe do sistema capitalista, uma vez que o homem transformou-se em objeto de exploração pelo próprio homem, na medida em que a obsessão em adquirir bens e dinheiro tornou-se seu objetivo em detrimento da compra de força de trabalho.

Analisando o contexto histórico, as submissões das condutas humanas aos regramentos jurídicos na natureza determinam o quão possam ser variáveis e se alterar na medida em que um fenômeno social ou econômico é composto. As relações humanas são moduladas pela interação de comando que o empregador possui sobre seus empregados (comandados), bem como pelo controle da ação (trabalho) a que está sujeito o empregado. Esse sistema, portanto, constituído há muito tempo, possui o objetivo de troca do esforço físico pelo valor monetário. A venda de trabalho humano, no entanto, é precedida por uma relação que para Marx foi um dos mais conflituosos temas do século 18, pois “[...] por venda de uso entendemos a troca de funções corpóreas por moeda, que seja baseada na igualdade jurídica (teórica) entre os contraentes e que seja revogável” (BERLINGUER; GARRAFA, 2001, p. 64).

Nos dois últimos séculos, as relações de trabalho sofreram diversas alterações com o uso das tecnologias, quando os sofrimentos com as rústicas ferramentas utilizadas foram atenuados por meios práticos e menos desgastantes do esforço físico dos trabalhadores. Do mesmo modo, as tarefas árduas nas fábricas submetidas aos efeitos de temperatura e de movimentos repetitivos foram substituídas pela informatização das operações de trabalho (DEJOURS, 2007, p. 27). Esse período marcou o quão dura foi a vida de um trabalhador que cumpria mais de dez horas de trabalho diárias, bem como era auxiliado por todos os integrantes da família, em que havia mínimas medidas de segurança ou Medicina do Trabalho que prevenisse qualquer acidente.

Os processos de trabalho foram afetados pela precarização, terceirização e, não apenas isso, pela uberrização nesse início de século 21. Diante dessa realidade, cabe revisitar o fenômeno do neoliberalismo associada à tendência da terceirização nos processos de trabalho, pois produziram efeitos maléficos na atividade laborativa em termos de exploração da força de trabalho. Essas articulações nos modos de produção possuem raízes no taylorismo e no fordismo, as quais permaneceram mescladas na atual conjuntura das relações de trabalho (ANTUNES, 2018, p. 120).

Esse cenário ocorreu, especificamente, com a inserção das novas formas que os processos de trabalho desenharam, refletindo distintas maneiras de intensificação e flexibilização das jornadas laborais. Do mesmo modo, a informalização dos contratos de trabalho ganhou espaço na medida em que a legislação protetora dos direitos dos trabalhadores foi sendo encurtada. Diante dessa nova tendência e por intermédio dos meios

tecnológicos nas relações de trabalho, as atividades mecanizadas e informatizadas ocuparam um espaço sem retorno, em que somente ocorre avanço rumo ao descobrimento de ferramentas mais eficientes e eficazes como pressuposto financeiro.

Essa profunda transformação nas relações de trabalho retratam o sentido que a precarização desses processos trouxe, bem como pelo fato de que as estruturas políticas e econômicas impactaram nas garantias jurídicas da classe trabalhadora. Nesse contexto, as reestruturações que as formas de trabalho ocuparam, como é o caso da uberização, constituem-se de elementos que contribuem nas mudanças que os processos de trabalho tradicionais sofreram em direção à era do trabalho digital, na qual trabalhadores são vigiados por máquina, e sua produção é medida por dados estatísticos de forma instantânea durante as jornadas de trabalho.

3 PROCESSOS DE TRABALHO HUMANO E OS MODOS DE PRODUÇÃO

Nos processos de trabalho, assim como nos modos de produção, são formas que o ser humano adapta constantemente aos novos contextos das relações humanas. O âmbito da filosofia estuda o ser humano a partir de sua função na natureza, e que de uma forma ampla e sem maiores classificações, pode ser entendida como uma antropologia (GOLDMANN, 1979, p. 7). Em outra lente de análise, o pensamento dialético que consiste nos fatos empíricos é abstrato na medida em que não se concretizam no campo prático, assim como o pensamento formado sobre os processos de trabalho pode ser considerado um aspecto parcial de uma realidade em análise – no entanto – pertence a um grupo social, que é constituído pelas relações que exercem no contexto histórico.

No tema dos processos de trabalho, o período que compreende a segunda metade do século 17 até praticamente meados do século 18, o comércio e a navegação eram os dois grandes objetos de exploração da força de trabalho, uma vez que a manufatura caminhava a passos lentos até sua expansão nas colônias (MARX, 2011, p. 127). As leis que surgiam tinham a finalidade de alinhar os esforços dos navegantes em direção à expansão dos produtos para outros continentes, na qual figurava a Inglaterra como o país com maior expansão marítima. Por outro lado, a manufatura aos poucos foi submetida às tarifas do mercado interno, impactando no âmbito internacional no qual havia impostos para manutenção das atividades.

Já na segunda metade do século 19, Frederick Winslow Taylor foi um dos grandes expoentes científicos da época com a criação do conhecido “Sistema Taylor”, revolucionando as formas de análise dos processos de trabalho. Esse descobrimento teve o objetivo de eliminar o tempo de trabalho de uma operação para outra, que na verdade significa controlar cada atividade executada pelo trabalhador (PINTO, 2010, p. 26). À medida que a preocupação com os processos de trabalho se tornava mais intensa e degradante, a força de trabalho do homem era a única forma que o capitalista tinha para melhorar seu rendimento sobre os operários da fábrica.

Essas experiências dos trabalhadores nos processos refletem as formas como o homem se relacionou com a natureza, bem como a utilização das Ciências Naturais no estudo de instrumentos empíricos sobre a veracidade dos fatos que ocorrem nas relações sociais. Em relação aos modos de produção, os seres humanos convivem em constantes conflitos com a natureza, e em se tratando do ordenamento jurídico, possuem um dos mais antigos métodos para resolução desses conflitos em distintas áreas que envolvem interesses opostos (REDORTA, 2009, p. 33-34).

Diante desse cenário, os processos de trabalho e os modos de produção foram intensificados na medida em que o sistema capitalista se reinventou no aspecto da exploração do trabalho. O efeito que essa intensificação ocasiona na vida dos trabalhadores vai muito além do desgaste físico e psíquico, uma vez que provoca o surgimento de acidentes e doenças de trabalho por exaustão das jornadas laborais (ROSSO, 2007, p. 193-194). A consequência desses métodos sobre os processos de trabalho resultou em um rumo perverso em termos de direitos sociais, na qual ocuparam constantes discussões no campo econômico na medida em que o objetivo é aumentar o rendimento na produção.

O prolongamento das jornadas de trabalho já foi objeto de pesquisa de Karl Marx, em meados do século 19. O autor compreendeu que a maquinaria se tornava a forma mais útil de incrementar força na produtividade do trabalho. Dessa mesma forma, a utilização da máquina encurtava o tempo de trabalho necessário para a produção das mercadorias, bem como se tornava o método mais poderoso para que o trabalhador prolongasse as jornadas de trabalho que anteriormente realizava manualmente (MARX, 2013, p. 475-476). Diante

dessa nova artimanha criada para aumentar a exploração de trabalho do homem, a maquinaria começou a ser utilizada em todas as etapas de produção, assim como o interesse em substituir as máquinas danificadas pelo tempo de uso ou por alguma avaria que as impedia de funcionar corretamente.

Aprofundando essa questão, o trabalho humano forma capital, que na realidade é o trabalho objetivado que Marx sustentava em sua tese. De modo diferente, quando o trabalho passou a ser constituído pelo contrato de trabalho assalariado, o ser humano pressupõe o capital como objetivo à medida que vende sua força de trabalho em troca de moeda (dinheiro). Desse modo, o trabalhador consegue comprar mercadorias para seu sustento e consome riqueza, no entanto não pode apropriar-se dela (DUSSEL, 2012, p. 144-145). O trabalho na perspectiva dos modos de produção foi subsumido pela busca do capital pelo próprio capital, uma vez que o trabalhador se tornou o elemento imprescindível no processo.

Avançando no próximo tópico, compreende-se que o homem fez surgir distintas formas de trabalho que compreendem todas as evoluções científicas e tecnológicas em termos de ferramentas e métodos. Entre essas mudanças, surgem meios de trabalhos virtuais, bem como as formas de relacionar com os indivíduos que se deslocavam até uma reunião com os amigos vindo a se tornar-se um encontro digital (LÉVY, 2001, p. 187). Sendo mais claro, a tecnologia tornou-se independente na medida em que o ser humano está utilizando esses meios como forma de aprofundar as pesquisas científicas em busca de desenvolver métodos mais produtivos. Não obstante todos esses aspectos abordados e que contemplam principalmente os dois últimos séculos, a História escreve e escreverá novos capítulos sobre essas tendências, em que os desafios se tornam constantemente novos desafios no âmbito das relações de trabalho.

4 A UBERIZAÇÃO DOS PROCESSOS DE TRABALHO NO SÉCULO 21

Após realizar um recorte e ao mesmo tempo um resgate sobre os elementos que caracterizaram os processos de trabalho da manufatura e da mecanização, será realizada uma abordagem sobre os direitos sociais vigentes, bem como um panorama sobre os antecedentes a partir do período pré-Revolução Industrial até o século 21, em que surgiu o fenômeno da uberização. Iniciando pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), o presente dispositivo trouxe um capítulo específico sobre os direitos sociais aos cidadãos brasileiros. Do mesmo modo, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), editada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43 (BRASIL, 1943), que posteriormente, em 2017, sofreu alterações pela Lei nº 13.467/17 (BRASIL, 2017), contemplou em forma de código específico esses direitos. Esses textos de lei reforçam a importância que esse tema possui em relação à garantia do bem-estar social e da dignidade da pessoa humana nas relações laborais.

No tema do fenômeno da uberização, está se tornando rotineiro nos processos de trabalho o não reconhecimento do vínculo empregatício de trabalhadores, uma vez que esse aspecto foi impulsionado com a publicação da Lei nº 13.352/16 (BRASIL, 2016), também conhecida usualmente como a lei “Salão Parceiro”. Esse dispositivo trouxe a novidade da desobrigação de proprietários de salões de beleza a reconhecer os vínculos dos trabalhadores da empresa, que assim passam a ser autônomos nas atividades de manicures, pedicures, cabeleireiros, esteticistas e demais funções de um salão de beleza. Em resumo, aquele(a) cabeleireiro(a) ou maquiador(a), que trabalha um período em um local de trabalho durante a semana, pode ser considerado um(a) prestador(a) de serviços do salão de beleza sem vínculo trabalhista com seu empregador.

A uberização dos processos de trabalho compreende como as novas formas de trabalho tornaram-se essencialmente constituídas por meios eletrônicos. Desse modo, essas mudanças proporcionaram novos desafios a serem superados pelos trabalhadores, bem como contemplam novas formas de tutela jurídica dos empregados – em outras palavras – essas modalidades de trabalho refletem nas profundas alterações nos processos e nos ambientes de trabalho. A partir da utilização das novas tendências que as relações de trabalho tomaram, cresce a possibilidade de a uberização dos processos de trabalho se ampliar, uma vez que surgem formas de trabalho fragmentadas, ou seja, o aumento de trabalhadores para realizar tarefas em período parcial.

Para aprofundar a discussão no âmbito das relações de trabalho, recorre-se a um dos primeiros pensadores modernos, como Karl Marx. O autor analisa que suas contradições estudadas sobre a modernidade fizeram enxergar que a busca de respostas para tantas perguntas deve voltar-se para o próprio período da modernidade (BERMAN, 1986, p. 146-147). Para compreender essas mudanças nos processos de trabalho do

século 19, analisando até esse início de século 21, faz-se necessário compreender esses câmbios provocados pelos avanços tecnológicos e reduzidos aos instrumentos de trabalho, bem como relacionar essas modificações na vida dos seres humanos. Uma dessas mudanças é a utilização das plataformas digitais com aplicativo *Uber*, que pode ser instalado nos *smartphones* como nova forma de trabalho, uma vez que

[...] nasce do casamento entre um aplicativo móvel (App) e motoristas de limusines, cujos serviços eram pagos pelos clientes por cartão de crédito. Em seguida, expandiu a atuação ao agregar motoristas não profissionais de carros de luxo, passando de 10 mil carros em 2013 para 150 mil em dois anos, com atuação em 83 países e 632 cidades (VENCO, 2019, p. 4).

O *Uber* é um exemplo de como o sistema capitalista impulsionado pelos meios tecnológicos provocou uma verdadeira mudança em relação aos contratos formais de trabalhadores, uma vez que era previsto claramente um objeto específico de trabalho e sua forma de realização. Em relação aos motoristas de *Uber*, estes “[...] permanecem proprietários dos meios diretos de produção, mas sua atividade é subordinada diretamente ao capital sem mediação de relação empregatícia” (FONTES, 2017, p. 62). Esse processo de trabalho da uberização tornou-se uma forma alternada de exploração da força de trabalho do ser humano, em que os modos de produção se retroalimentaram dessas novas formas de trabalho, na qual a saúde dos trabalhadores é deixada de lado devido à exigência e sistematização com que o sistema se mantém.

Nesse início de século 21 percebe-se uma mudança significativa nas formas de trabalho e nos métodos de realização dos contratos de trabalho em diversos setores econômicos. Um exemplo dessa nova roupagem são as tarefas por demanda que surgiram e que compreendem os motoristas de passageiros por intermédio de aplicativos e utilização de Internet. Do mesmo modo, os setores de serviços que compreendem a maior parte dos trabalhadores sofreram uma forte tendência no trabalho autônomo, o que implica mais tempo de trabalho para manter sua subsistência familiar (ALMEIDA, 2018). Nesse atual e incerto cenário laboral, o mundo da tecnologia está avançando no âmbito dos processos de trabalho, e caberá ao trabalhador encarar as novas demandas desses processos de trabalho.

Ainda no contexto da uberização da classe trabalhadora, a partir de uma análise mais específica sobre a Reforma Trabalhista, identifica-se que são dois aspectos principais que esta lei se propõe em relação aos direitos sociais dos trabalhadores brasileiros. Em um primeiro momento identifica-se que o objetivo é diminuir a proteção estatal sobre os trabalhadores, ao passo que em segundo plano é deixar mais clara as formas de negociação das relações de trabalho (LIMA; LIMA, 2017, p. 9). O que em realidade esse dispositivo jurídico trouxe diz respeito a um viés, sobretudo patronal, pois no conjunto dos direitos sociais dos trabalhadores, esses direitos tornaram-se mais pressionados em termos de realização de acordos ou negociações coletivas, e em certa medida, enfraquecendo o apoio dos sindicatos trabalhistas.

No atual cenário da uberização de diversos processos de trabalho, percebe-se que os conflitos jurídicos ocorrem inclusive entre os trabalhadores, como é o caso dos trabalhadores imigrantes com os nacionais, em que o território ocupado por ambos torna-se um espaço de disputa para o mercado. Nessa linha de raciocínio, as formas de trabalho também se classificam ou se distinguem entre os trabalhadores brancos e negros, dos qualificados dos que não o são, dos trabalhadores experientes dos que estão entrando no mercado de trabalho pela primeira vez, entre outros tantos exemplos que realizam um recorte categórico (ANTUNES, 2005, p. 31).

Diante dessas observações, evidencia-se que as relações de trabalho sofreram diversas interferências em termos de previsão legal, e uma das mais emblemáticas diz respeito às formas de flexibilização das horas laborais. Os próprios sindicatos de trabalhadores já não conseguem combater essa realidade à qual os trabalhadores são submetidos no que se refere ao prolongamento das jornadas de trabalho. Do mesmo modo, essa tendência ocorre com a intensificação que se tornou mais presente do que nunca no século 21 (ROSSO, 2017, p. 265-266). O fato é que, para manutenção do perverso sistema econômico, há uma necessidade premente de restabelecer novas formas de exploração de trabalho humano em que os direitos sociais são suprimidos ou negociados informalmente entre empregador e empregado.

No contexto da flexibilização e da intensificação, nem as tecnologias, nem as alterações políticas e econômicas e tampouco as mudanças jurídicas puderam bloquear a forte onda que o sistema criou e continua restabelecendo como alternativa para fortalecer suas bases. A partir dessa perspectiva sobre os processos de trabalho, “[...] as forças produtivas sociais disponíveis, bloqueadas pela propriedade privada, só poderiam se desenvolver como forças produtivas do capital contra o trabalho, ou seja, como forças destrutivas” (ARCARY,

2013, p. 411). Essa visão remete a um prognóstico sem uma perspectiva de alterações em sua estrutura, pelo menos em curto ou médio prazo, uma vez que as lutas sociais se tornaram reféns da classe dominante e consequentemente provocam baixas perspectivas de alterações em termos de mudanças nas formas de proteção do trabalhador.

A perspectiva da uberização fez com que os processos de trabalho fossem reconfigurados para a era digital da informação – ou seja – o homem não necessita buscar informações em bancas de jornal ou locais físicos privados ou públicos de informações, uma vez que se encontram disponíveis e chegam ao interessado pela Internet em uma velocidade incomparável com qualquer outro meio de comunicação (KUMAR, 2006, p. 49-50). Do mesmo modo, as atividades laborais se modelaram para essa mudança na medida em que consistem em utilizar aplicativos digitais em *smartphones* como ferramenta de trabalho. Por outro lado, essa mesma sociedade pós-industrial vivenciou um abismo cultural em termos de adaptação a esses meios tecnológicos, nos quais as relações de trabalho se tornaram conectadas virtualmente, observando-se que não é possível realizarem certos trabalhos sem que os trabalhadores se adaptem às plataformas digitais.

Não apenas o uso de aplicativos digitais como o *Uber*, mas, também, o uso das tecnologias tem proporcionado múltiplas discussões em áreas dos direitos de privacidade dos trabalhadores diante das novas formas que se estenderam aos processos de trabalho. Nesse mesmo fio condutor, outros direitos fundamentais tornaram-se objetos de enfrentamento em relação às possibilidades que surgiram com a era da informatização, em que no âmbito jurídico as tensões sobre a tutela do direito de privacidade tornaram-se presentes nas ações judiciais nos dois últimos séculos, bem como as formas de processar as informações via *Internet* (LEONARDI, 2012, p. 373). O tema que envolve essa questão de proteção dos direitos fundamentais ganhou uma importância urgente sob o ponto de vista jurídico, uma vez que esses direitos tornaram-se objetos de manutenção e garantia de defesa dos direitos humanos em acordos internacionais.

É incontroverso, ademais, que no atual cenário em que se encontram os processos de trabalho alinhados com as novas tecnologias, as formas de trabalho informal aumentaram consideravelmente, assim como o surgimento de novas demandas jurídicas em relação a esses novos trabalhos. O que interessa é perceber o desabrigo que ocorre em relação ao vínculo obrigacional e de segurança aos quais os trabalhadores de aplicativos como o *Uber*, *Cabify* e outros aplicativos estão sujeitos, posto que, na maioria das vezes, o trabalhador motorista está percorrendo um itinerário ou lugar que não conhece e tampouco há garantia de segurança em termos de estabilidade de rendimento monetário.

De tudo que foi abordado sobre essa onda da uberização dos processos de trabalho, resta, concluso, que esse tipo de trabalho temporário é reconhecido como uma forma de complemento ou atividade principal de renda para grande parcela dos(as) trabalhadores(as). Esse exemplo utilizado no estudo sobre a uberização por meio de plataformas digitais representa uma forma alternativa de relações de trabalho e sem um estatuto específico, em que o trabalhador opera a partir de sua disponibilidade e de seus meios de trabalho como o carro e um *smartphone* para realizar sua atividade. Por outro lado, os trabalhadores estão sujeitos a questões de segurança, estabilidade jurídica e financeira, ao tempo que intrinsecamente possuem gastos externos (alheios), como a manutenção de uso do automóvel e seguro contra possíveis danos.

5 REFLEXOS DA TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

A utilização das tecnologias nos processos de trabalho é algo que se tornou irreversível por diversos motivos, como comunicação eficiente, aumento da produção, praticidade, flexibilidade, utilização de melhores técnicas, entre outros. Desse modo, essa realidade não se torna mais uma opção por parte dos empresários, uma vez que se tornou imposição para produção e circulação de bens (GRASSELLI, 2010, p. 113). Diferentemente, essas mudanças nas relações sociais, que foram provocadas com os instrumentos informáticos, refletem na vida das crianças e dos jovens, que já nascem inseridos na sociedade da informação, uma vez que lhes é introduzida e estimulada por meios virtuais a aquisição de tecnologias disponíveis no mercado de produtos.

Para analisar essas mudanças que ocorreram nas relações laborais, faz-se necessário entender que toda mudança ou, como Jean Lojkin define como “Revolução Informacional”, perpassa, obrigatoriamente, por riscos e ambiguidades durante e após a utilização dos instrumentos tecnológicos (2002, p. 308-309). Com base nessa perspectiva, as relações como a produção e circulação de mercadorias tornaram-se flexíveis e com múltiplas possibilidades de realização de transações, em que o ambiente de trabalho, que estava definido física-

mente em uma sala ou *container*, aos poucos se tornou volátil de um país para outro por intermédio de uma tela. Essa lógica proposta pela tecnologia cria perguntas com respostas frágeis, bem como questionamentos nos âmbitos jurídico e econômico, uma vez que se tornam objetos de intensos confrontos para garantia dos direitos dos indivíduos.

A comunicação virtual tornou-se a forma essencial de relacionamento dos seres humanos com a sociedade e com a atividade laboral. Houve, nas formas comunicativas de informação, extraordinárias mudanças que desaguarão nos processos de trabalho com novas demandas no mercado consumidor (CASTELLS, 2003, p. 225). Essas mudanças que ocorreram e continuam a ocorrer, alteraram até mesmo perspectivas sobre a vida humana, na qual os momentos de felicidade e lazer estão se resumindo em encontros virtuais ou como os transportadores de alimentos ou cargas em rodovias se tornaram controlados (monitorados) por aplicativos (tecnologias) de outros países. O que importa analisar é que essas mudanças revolucionaram as formas como os processos de trabalho são realizados, havendo a necessidade de um reaprendizado das ferramentas dos processos de trabalho tradicionais que eram desenvolvidos pelas empresas.

Essas mudanças se tornaram-se tão intensas que a privacidade dos trabalhadores no local de trabalho se tornou objeto de análise e previsão jurídica no âmbito laboral. Nesse aspecto, a influência dos meios informáticos impulsionou uma preocupação com relação à proteção de dados pessoais dos trabalhadores na medida em que se utilizou de meios de vigilância dos locais de trabalho. Com a aprovação do Código do Trabalho por intermédio da Lei nº 99/2003 (BRASIL, 2003), uma série de restrições foi prevista em relação à proteção dos dados pessoais dos trabalhadores como: informações relativas à vida privada, exceto as indispensáveis para aptidão do trabalho; o empregador não pode exigir informações sobre a saúde ou gravidez, salvo quando necessárias em relação à especificidade da função; informações médicas só podem ser transmitidas do médico para o empregador em relação ao aspecto de estar ou não apto para o trabalho; deve haver por parte do empregador a proteção das informações pessoais de seus empregados; a utilização de vigilância do local de trabalho e do trabalhador a distância deve ser realizada desde que seja com o objetivo de sua segurança e proteção. Esse aspecto também contempla os equipamentos ou estabelecimentos do empregador (GARCIA; MARTINS, 2006, p. 374-375).

Voltando à questão do direito à privacidade e proteção de dados pessoais, estes direitos tornaram-se fundamentais para manutenção e garantia de princípios como da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, essa abordagem caracteriza dois elementos que fazem parte da compreensão desses direitos, “[...] de que nossa tarefa falhará caso não leve em consideração o direito como um fenômeno que somente atinge sua plena realização após ser aplicada à realidade da arquitetura social; [...] tal realidade em boa parte condicionada pelo desenvolvimento tecnológico” (DONEDA, 2006, p. 33). Diante dessas questões, o desenvolvimento tecnológico demanda o comprometimento de regulação jurídica (tutela), uma vez que cada mudança que um portal eletrônico sofre necessitará de proteção de dados pessoais dos trabalhadores, do mesmo modo que demandará novos aspectos científicos para formação e capacitação desses operadores.

Durante todo o século 20 o capitalismo industrial era a fonte primordial de desenvolvimento econômico dos indivíduos, posto que o capital girava em torno da ampliação das indústrias e dos mercados de produção em massa. Essa realidade foi tomando outro sentido com a influência das redes de comunicação e das alterações que os processos de trabalho sofreram na era da informação e comunicação (RIFKIN, 2001, p. 111-112). Nesse período se discutiu o desenvolvimento do acesso e do poder que a comunicação exerce sobre a sociedade, e a partir de uma nova forma de desenvolvimento econômico não há mais limites de território entre países em termos de informação, bem como os objetos que eram fabricados com maior solidez e durabilidade já se transformaram em menos resistentes e com a necessidade de adaptar novos componentes para que se possam tornar úteis e com maior capacidade de resistência.

No contexto das relações de trabalho, o capitalismo industrial no período pré-revolução e pós-revolução, sofreu notáveis modificações, uma vez que em meados de 1960, o foco central das empresas capitalistas se consistia em acumular capital para injetar mais capital no mesmo negócio (DUPAS, 2000, p. 29-30). Um pouco mais à frente, no período em que o fordismo esteve no auge, em pouco tempo foi deixando a grande produção de lado, observando-se um panorama histórico após a Segunda Guerra Mundial, em que os países mais industrializados somaram esforços rumo à produção em linhas de montagem, em que a competição entre as melhores tecnologias para produção se tornava regra em todos os países que tinham capital financeiro para pagar.

Os reflexos que a tecnologia trouxe para sociedade da informação remetem a conceitos como a teoria do “Poder da Comunicação”, de autoria de Manuel Castells, na qual aborda como os meios tecnológicos se tornaram ferramentas para obter poder. Do mesmo modo, a estrutura do tempo que foi desenvolvida pelo taylorismo continua a mesma em relação aos trabalhadores (CASTELLS, 2013, p. 89-90). Com a intensa luta política e econômica no âmbito dos direitos sociais, a tecnologia tornou-se objeto de controle da sociedade; por outro lado, está vinculada ao desenvolvimento econômico, uma vez que a produção de mercadorias tornou-se mais produtiva devido aos avanços que a ciência proporciona em termos de melhoramento genético.

Na sociedade moderna composta pelas relações de trabalho, o uso das tecnologias se tornou necessário sob pena de o indivíduo se tornar excluído à medida que a estrutura do poder ganhou novas tendências que se organizaram no mercado. Nessa ótica de análise, torna-se “[...] imprescindível que a relação entre as novas tecnologias, os direitos da personalidade e os poderes de mando e gestão do empregador seja permeada pelo equilíbrio, com o apoio nos princípios da dignidade, razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros, [...]” (GRASSELLI, 2011, p. 85). Cabe observar, todavia, que os meios informáticos disponibilizados pelo empregador são suscetíveis à tutela, que significa dizer que devem obedecer aos direitos fundamentais como privacidade e intimidade, assim como vinculados a outros princípios contemplados pela Constituição.

O uso das tecnologias tornou-se uma aposta política e econômica na sociedade formada por redes, que a partir da perspectiva lógica econômica, para a qual o mercado é direcionado, o mercado laboral seguiu uma tendência diretora que pode ser descrita em três grandes visões. Ei-las “[...] 1) O princípio nacional é deslocado pelo princípio global; 2) a lógica da informação desloca a lógica industrial e 3) a lógica do cultural desloca a lógica do social”¹ (LASCH, 2005, p. 59). Essas perspectivas avançaram no âmbito social, econômico, político, jurídico, ambiental, entre outros ramos, no entanto o aspecto em que ocorrem se torna universal, ou seja, se houver uma crise econômica em um país de grande potência mundial, como são os casos dos EUA ou da China, os efeitos se refletem em outros países, inclusive o Brasil.

De tudo que foi abordado sobre as tendências laborais do século 21, o direito da informação tornou-se um novo ramo de pesquisa e trabalho no âmbito jurídico. Esses novos desafios que tiveram início em meados dos anos 70 do século passado, quando os meios informáticos já existiam e já possuíam ferramentas sofisticadas, levaram ao surgimento de problemas como a regulação jurídica (GONÇALVES, 2003, p. 19-20). O que é interessante analisar nesse ponto é o quanto essas mudanças refletem nas relações laborais, ou observar que a regulação jurídica se tornou o grande desafio que os meios tecnológicos proporcionaram. Cumpre destacar, portanto, que a uberização dos processos de trabalho teve origem nos países mais desenvolvidos e que em pouco tempo expandiram essa tecnologia para todos os países em proporções distintas.

Os meios informáticos foram criados para auxiliar as atividades do homem na sociedade, compreendendo os meios de comunicação e as ferramentas para o trabalho. Complementando essa informação, no século 17 um estudioso chamado John Napier já desenvolvia mecanismos como os “Ossos de Napier” para decifrar operações matemáticas complexas (PINHEIRO, 2013, p. 59). Desse modo, os cálculos matemáticos foram responsáveis por desenvolver as tecnologias informáticas que vigoram até os dias de hoje, uma vez que os programas de *Internet* que são instalados nos microcomputadores ou *smartphones* são a prova viva de quanto a capacidade de criação do homem se tornou realidade, do mesmo modo que as ferramentas se fazem tão necessárias e podem ser utilizadas como meios de trabalho, como é o caso desses aplicativos.

O direito à garantia da privacidade do indivíduo tornou-se objeto de conflitos jurídicos laborais na medida em que esses direitos foram ficando mais complexos. Mantendo essa linha de pensamento, são incontáveis as ocasiões em que conflitos sobre direitos fundamentais tornam-se elementos que reforçam a tese de que, se por um lado as tecnologias proporcionaram uma ampliação dos processos de trabalho e dos modos de produção, por outro inseriram mais atenção em relação à garantia das informações pessoais que são disponibilizadas em meios tecnológicos (NISSENBAUM, 2011, p. 231). Essa proteção de dados pessoais revelou-se imprescindível para a proteção dos direitos do indivíduo, uma vez que os instrumentos tecnológicos podem ser utilizados para o bem ou para o mal, e cabe ao ser humano, que ao fim e ao cabo os criou, garantir a tutela jurídica dessas novas ferramentas de trabalho.

¹ Idioma original. “1) El principio de lo nacional es desplazado por el principio de lo global; 2) la lógica de la información desplaza la lógica industrial, y 3) la lógica de lo cultural desplaza la lógica de lo social”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo abordou as alterações que ocorreram (e ainda ocorrerão) com os processos de trabalho desde o período da manufatura, perpassando pela Revolução Industrial, até as novas formas de trabalho que surgiram até o século 21. Para que fosse possível demonstrar com elementos essas alterações sofridas, o foco foi direcionado em desvelar a medida com que os processos de trabalho se tornaram uberizados – ou seja – os trabalhadores procuram trabalhos temporários ou por jornadas com a utilização dos meios informáticos. Restou comprovado que a tecnologia influenciou na ampliação e remodelação das formas de trabalho que ficaram mais claras com o aumento do uso de plataformas digitais, como é o caso dos trabalhadores que utilizam aplicativos de transporte.

No aspecto da mecanização e da revolução informacional, os processos de trabalho tornaram-se dependentes desses meios. Do mesmo modo, os trabalhadores são cada vez mais exigidos para desenvolver atividades produtivas e competitivas em âmbito nacional e internacional. Com análise sobre os meios tecnológicos, é incontestável que abrem portas para novas formas de trabalho, entretanto fecham outras para trabalhadores que não possuem o acesso e/ou conhecimento sobre esses instrumentos. Mesmo não sendo objetos deste estudo, mas que estão intrinsecamente relacionados ao tema, esses novos modelos de trabalho têm afetado a saúde dos trabalhadores na medida em que não conseguem se desconectar do trabalho, o que já é uma realidade em diversas atividades, cujo objetivo é manter o ser humano ocupado produzindo além das expectativas e em sua casa para grupos empresariais.

A perspectiva que o neoliberalismo propõe no discurso de uma economia voltada para o desenvolvimento de um país ultrapassa a forma como a modernização impactou nos processos de trabalho, pois o atual sistema está livre para explorar a força de trabalho do ser humano. Assim como a uberização é um tema que ganhou destaque nos meios de comunicação sociais, trata-se de um reflexo da criação de uma rede de trabalhadores autônomos, que em outro modo de dizer são aqueles que se autogestionam no trabalho sem haver um vínculo empregatício em curto ou médio prazos.

Essas novas formas de trabalho deixam obsoletas tendências como o emprego tradicional, no qual o operário vai à fábrica, cumpre sua jornada de trabalho e volta para casa para descansar. Outro aspecto relevante é a flexibilidade com que a uberização impacta nos horários, uma vez que podem ser diversificados por atividade ou meta alcançada durante a jornada laboral. Restou evidenciado que a uberização dos processos de trabalho é a projeção que o sistema capitalista (inteiramente econômico) ressurgiu em forma de agressividade nas relações de exploração da força de trabalho deste século.

Nessa perspectiva, a instabilidade do trabalho assusta milhões de trabalhadores e trabalhadoras de todo o Brasil, e porque não dizer do mundo, em que o trabalho parcial ou por plataformas digitais tornou-se uma nova e desafiadora forma de trabalho. Do mesmo modo, esse crescimento da utilização de plataformas *on-line* contribuiu para o aumento do número de indivíduos que se tornaram microempreendedores individuais, ao passo que surgem outras plataformas de setores econômicos como o *Airbnb*, que é um aplicativo para locar imóveis ou partes de imóveis pessoais para outros indivíduos como se fosse um serviço de hotelaria. Esse é mais um exemplo do quanto o uso de tecnologias se tornou frequente na sociedade em que acesso à informação, adaptabilidade e criatividade se tornaram competências imprescindíveis para os trabalhadores.

7 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, C. A uberização do trabalho no século XXI. Tarefas sob demanda ganham espaço em um mercado transformado pela automação e pela inteligência artificial. In: *Época*, ago./2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/tecnologia/noticia/2018/05/uberizacao-do-trabalho-no-seculo-xxi.html>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- ANDERSON, P. *Passagens da antiguidade ao feudalismo*. Tradução Beatriz Sidou. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- ANTUNES, R. *O caracol e sua concha: ensaio sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- ANTUNES, R. *O privilégio da servidão. O novo proletariado de serviços na era digital*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ARCARY, V. Uma etapa histórica de reformas ameaçadas: limites da regulação na época do capitalismo decadente. In: NAVARRO, Vera Lúcia; LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza (org.). *Avesso do trabalho III: Saúde do trabalhador e questões contemporâneas*. São Paulo: Outras Expressões, 2013.
- BERLINGUER, G.; GARRAFA, V. *O mercado humano*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

- BERMAN, M. *Tudo que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1986.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 10 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8. ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 24 jan. 2020.
- BRASIL. Lei Nº 13.352, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Nº 12.592, de 18 de janeiro de 2012, para dispor sobre o contrato de parceria entre os profissionais que exercem as atividades e Cabelereiros, Barbeiro, Esteticista, Manicure, Pedicure, Depilador e Maquiador e pessoas jurídicas registradas como salão de beleza. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 28. out. 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13352.htm. Acesso em: 24 jan. 2020.
- BRASIL. Lei Nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n.º 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. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 14. jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 24 jan. 2020.
- BRASIL. Lei nº 99/2003, de 27 de agosto de 2003. Aprova o Código do Trabalho. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27. ago. 2003. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/632906/details/normal?q=Lei+n.º%2099%2F2003%2C%20de+27+de+agosto>. Acesso em: 24 jan. 2020.
- CASTELLS, M. *A galáxia da internet*. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução Maria Luiza X de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- CASTELLS, M. *O poder da comunicação*. Portugal; Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- DEJOURS, C. *A banalização da injustiça social*. Tradução Luiz Alberto Monjardim. 7. ed. 7. reimpr. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- DONEDA, D. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DUPAS, G. *Ética e poder na sociedade de informação*. De como a autonomia das novas tecnologias obriga a rever o mito do progresso. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2000.
- DUSSEL, E. *A produção teórica de Marx*. Um comentário aos Grundrisse. Tradução José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2012.
- ENGELS, F. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Tradução B. A. Achuman. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FONTES, V. Capitalismo em tempos de uberização: do emprego ao trabalho. In: *Marx e o Marxismo*. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 8, p. 45-67, jan./jun. 2017. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Xf0_LXwSOpoJ:www.niepmarx.blog.br/revistado_niep/index.php/MM/article/view/220/177+&cd=2&hl=ptBR&ct=clnk&gl=es&client=safari. Acesso em: 24 jan. 2020.
- GARCIA, M.; MARTINS, L. *Direito da informática*. 2. ed. ref. e actual. Coimbra: Almedina, 2006.
- GOLDMANN, L. *Dialética e cultura*. Tradução Luiz F. Cardoso, Carlos N. Coutinho e Gisele V. Konder. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- GONÇALVES, M. E. *Direito da informação*. Novos direitos e novas formas de regulação na sociedade de informação. Portugal, Porto: Almedina, 2003.
- GRASSELLI, O. *O direito derivado da tecnologia*. Circunstâncias coletivas e individuais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2010.
- GRASSELLI, O. M. *Internet, correio eletrônico e intimidade do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2011.
- KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna*. Novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Tradução Ruy Jungmann e Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- LASCH, S. *Crítica de la información*. Buenos Aires: Amorrortu, 2005.
- LEONARDI, M. *Tutela e privacidade na internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LÉVY, P. *A conexão planetária*. O mercado, o ciberespaço, a consciência. Tradução Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: 34, 2001.
- LIMA, F. M. M. D.; LIMA, F. P. R. M. *Reforma trabalhista: entenda ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2017.
- LOJKINE, J. *A revolução informacional*. Tradução José Paulo Netto. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- MARX, K. *Formações econômicas pré-capitalistas*. Tradução João Maia. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- MARX, K. *O capital: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital*. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

NAVARRO, V. L.; LOURENÇO, E. Â. D. S. (org.). *Avesso do trabalho III: saúde do trabalhador e questões contemporâneas*. São Paulo: Outras Expressões, 2013.

NISSENBAUM, H. *Privacidad amenazada*. Tecnología, política y la integridad de la vida social. México: Oceano, 2011.

PÉREZ LUÑO, A. H. Internet y los derechos humanos. In: *Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, v. 2, p. 101-121. ISSN 1578-8202. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Tvoz Sjh-f1yUJ:ra-bida.uhu.es /dspace/bitstream/handle/10272/2550/b15616630.pdf%3Fsequence%3D1+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=es&cli-ent=safari>. Acesso em: 24 jan. 2020.

PÉREZ LUÑO, A. H. Internet y los derechos humanos. In: *Derecho y conocimiento*. Facultad de Derecho. Universidad de Huelva, v. 2, 2002, p. 101-121. ISSN 1578-8202. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Tvoz Sjh-f1yUJ:ra-bida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/2550/b15616630.pdf%3Fsequence%3D1+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=es&cli-ent=safari>. Acesso em: 24 jan. 2020.

PINHEIRO, P. P. *Direito digital*. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PINTO, G. A. *A organização do trabalho no século 20*. Taylorismo, Fordismo e Toyotismo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

POLANYI, K. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 5. ed. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

REDORTA, J. *Cómo analizar los conflictos*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2009.

RIFKIN, J. *A era do acesso*. Transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia. Tradução Lucia G. L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2001.

ROSSO, S. D. *Mais trabalho!* A intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2007.

ROSSO, S. D. *O ardil da flexibilidade*. Os trabalhadores e a teoria do valor. São Paulo: Boitempo, 2017.

VAIDHYANATHAN, S. *A gloogleilização de tudo*. (E por que devemos nos preocupar). Tradução Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2011.

VENCO, S. Uberização do trabalho: um fenômeno do tipo novo entre os docentes de São Paulo, Brasil? In: *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 35, p. 1-16, maio 2019. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S-0102-311X2019000503003. Acesso em: 24 jan. 2020.

BLOQUEIO INTERMITENTE DA BR-174 PELO POVO INDÍGENA WAIMIRI-ATROARI: Necessidade de Consulta Prévia em Caso de Intervenção Estatal Sobre o Seu Território

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.91-105>

Recebido em: 11/11/2019

Aceito em: 20/1/2020

Daniel Reis e Silva

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas e pós-graduado lato sensu em Direito Público pela Faculdade Damásio. Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. <http://lattes.cnpq.br/0071719622336036>. <https://orcid.org/0000-0002-1015-296X>. danielreisesilva@gmail.com

Alex Penha do Amaral

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas. Servidor público efetivo ocupante do cargo de assistente técnico na Secretaria de Estado de Produção Rural no Amazonas com atuação junto a Comissão de Tomada de Contas Especial, a Comissão de Inexecução de Contratual, a Comissão de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância e a Comissão de Levantamento e Avaliação Patrimonial. Assistente-adjunto na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Amazonas com atuação na área cível. Diretor substituto do Centro Judiciário de Conciliação da Justiça Federal do Amazonas – Seção Judiciária do Amazonas. <http://lattes.cnpq.br/2286678875841527>. <https://orcid.org/0000-0001-6993-2517>. alexpamaral@outlook.com

Raimundo Pereira Pontes Filho

Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas – Ufam. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas-UEA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Bacharel e Licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Amazonas. Professor, exerce a docência desde 1996. É pesquisador de história da Amazônia e direitos socioculturais na região com livros publicados sobre esses temas, dentre os quais: Logospirataria na Amazônia, História do Amazonas, vício e criminalidade, terceiro ciclo. Professor da Universidade Federal do Amazonas. Docente do Programa de Mestrado em Segurança Pública da Universidade do Estado do Amazonas. Servidor público do Estado do Amazonas. <http://lattes.cnpq.br/5195892868453324>. <https://orcid.org/0000-0001-9765-2053>. pontesfilho555@yahoo.com.br

RESUMO

Nos últimos 40 anos, o povo indígena Waimiri-Atroari tem bloqueado diariamente, durante a noite, o acesso ao trecho da estrada BR-174 que corta o seu território, entre os Estados do Amazonas e Roraima, enquanto o Poder Público, reforçado pelo discurso em voga no governo federal, tenta encontrar meios de abolir a prática. Por meio de um estudo dedutivo, a presente pesquisa partirá de uma contextualização histórica dos impactos da construção da estrada sobre o povo indígena, pautada numa política colonialista de extermínio, para então descrever a problemática como persiste no presente. Posteriormente, será abordado o plexo de direitos constitucionais garantidos aos povos indígenas, tais como a posse permanente e o usufruto exclusivo para o desenvolvimento próprio e proteção das terras tradicionalmente ocupadas. Em seguida, ressaltar-se-á a possibilidade de intervenção do Estado sobre o território indígena, como medida de desenvolvimento econômico, desde que observado o conjunto de direitos fundamentais e assegurada a consulta prévia, livre e informada do povo indígena a ser afetado, objeto do tópico final. Por fim, o trabalho denota que tratamentos inferiorizantes e estigmatizantes dos povos indígenas pelo Poder Público não mais são tolerados pelo ordenamento vigente, que abandonou qualquer viés colonialista. A intervenção estatal que venha a limitar o direito territorial indígena deve observar a consulta prévia e garantir efetivo diálogo intercultural, para que o povo afetado assumira posição de protagonismo no processo decisório quanto à questão do bloqueio da estrada.

Palavras-chave: Constitucional. Indígena. Waimiri-Atroari. Território. Consulta.

**BR-174 INTERMITTENT BLOCKAGE BY WAIMIRI-ATROARI INDIGENOUS PEOPLE:
NEED FOR PRIOR CONSULTATION IN CASE OF STATE INTERVENTION ON THEIR TERRITORY**

ABSTRACT

Over the past forty years, the Waimiri-Atroari indigenous people have been blocking daily access at night to the stretch of highway BR-174 that cuts through their territory, between the states of Amazonas and Roraima, while the government, reinforced by the current speech in the federal government, tries to find ways to abolish the practice. Through deductive study, this research will start from a historical contextualization of the impacts of the construction of the road on the indigenous people, based on a colonialist policy of extermination, to then describe the problem as it persists in the present. Subsequently, the study addresses the plexus of constitutional rights guaranteed to indigenous peoples, such as permanent tenure and exclusive enjoyment for their own development and protection of traditionally occupied lands. Then, it approaches the possibility of State intervention on indigenous territory, as a measure of economic development, provided that the set of fundamental rights is observed, including prior, free and informed consultation of the indigenous people to be affected. Finally, the work shows that lowering and stigmatizing treatment of indigenous peoples by the Government is no longer tolerated by the current law, which abandoned any colonialist bias. State intervention that may limit indigenous territorial law must observe prior consultation and ensure effective intercultural dialogue, so that the affected people can take a leading role in the decision-making process regarding the issue of road blockage.

Keywords: Constitutional. Indigenous. Waimiri-Atroari. Territory. Consultation.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A trajetória histórica do povo indígena Waimiri-Atroari e sua relação com a construção e o bloqueio da BR-174. 2.1 A construção da BR-174: política de desenvolvimento na época da ditadura. 2.2 O conflito atual: bloqueio da BR-174 por parte do povo Waimiri-Atroari. 3 Um recorte do panorama nacional e internacional de direitos territoriais indígenas: autodeterminação e posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas. 3.1 O paradigma assimilacionista e sua ruptura com a Constituição de 1988. 3.2 O delineamento constitucional do direito territorial no artigo 231 da CF/88: considerações sobre o direito originário, a propriedade da União e o usufruto exclusivo. 3.3 O procedimento de demarcação de terras indígenas. 4 A consulta prévia como instrumento de reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas. 4.1 Intervenção estatal e o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas. 4.2 Considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano e a transição para um paradigma jurídico pluralista. 4.3 A consulta prévia como instrumento de reconhecimento. 4.4 A consulta prévia como instrumento de autodeterminação. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A construção da estrada BR-174, que liga os municípios de Manaus e Boa Vista, seguiu uma trajetória tortuosa de graves conflitos envolvendo interesses político-econômicos e o povo indígena Waimiri-Atroari, entre os anos de 1968 e 1977. Como resultado da resistência às agressivas políticas assimilacionistas e à tutela estatal durante esse período, os *Kinja* – como autodenomina-se esse povo, que habita região na fronteira dos estados do Amazonas e Roraima – tiveram sua população drasticamente reduzida e seus territórios ocupados por atuação governamental, que via na estrada um fato irreversível, necessário ao desenvolvimento do país e à segurança nacional. A história da estrada BR-174 é marcada, portanto, por políticas de extermínio, e o avanço desmedido sobre o território indígena tradicionalmente ocupado, causou feridas permanentes que o povo carregará ao longo de sua existência.

Nos anos que se seguiram à construção da estrada, os Waimiri-Atroari adotaram a prática – que persiste até hoje – de bloquear o fluxo de veículos na estrada entre as 18 e as 6 horas, todos os dias, como medida de proteção territorial e preservação da fauna silvestre. Diante disso, representantes de setores produtivos e do próprio governo, imputando a tal prática o estigma do “atraso” do desenvolvimento econômico da região, têm se articulado para encontrar meios de aboli-la. Em 28 de março de 2019, a Assembleia Legislativa de Roraima promoveu audiência pública envolvendo os representantes dos setores sociais interessados, em que se ressaltou o alinhamento de objetivos desenvolvimentistas das esferas estadual e federal do governo com as perspectivas dos setores produtivos, unidos em prol da livre-locomção na estrada, após 40 anos de bloqueio intermitente por parte do povo indígena.

A problemática ora analisada, portanto, reside nesse conflito atual e nos direitos reconhecidos pelo ordenamento tanto ao governo, de intervir em território indígena, quanto aos povos indígenas, de protegerem seu território e de serem consultados previamente a respeito de qualquer medida do Poder Público que possa vir a afetá-los. O trabalho iniciará com breve contextualização histórica, uma exposição da trajetória do povo indígena Waimiri-Atroari e dos impactos da construção da BR-174 sobre sua existência – na medida em que a história, imprescindível à discussão sobre a cultura e direito indígena no Brasil, exerce influência

direta sobre os direitos reconhecidos e os conflitos atuais, e permite uma melhor compreensão da resistência indígena aos avanços da sociedade hegemônica –, chegando, então, ao caso concreto presente: a problemática do bloqueio temporário da estrada por parte dos indígenas e a possível intervenção estatal para impedir a prática.

Em seguida, proceder-se-á, sem pretensão de esgotar o assunto, a um recorte dos direitos territoriais indígenas, conforme delineados pela atual Constituição, direitos esses que fundamentam a prática de bloqueio temporário do fluxo de veículos na estrada. Por outro lado, ressaltar-se-ão a possibilidade de intervenção estatal em território indígena, inclusive a fundada em promoção de desenvolvimento econômico, o limite imposto pelo ordenamento jurídico a essa intervenção – a que se dedicará o tópico final – e o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas em caso de medidas governamentais que venham a afetá-los, consoante previsão na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho, incorporada ao ordenamento pátrio.

Ao fim, restará claro que o conjunto de direitos constitucionais indígenas vigentes, embora representem uma ruptura com os padrões colonialistas de comportamento do governo em relação aos índios (como demonstrado no primeiro tópico), e fundamentais à preservação da identidade e cultura indígena, não são absolutos. Se não pode ser impedida, de modo nenhum, a intervenção estatal como medida de garantia ao desenvolvimento econômico (ou outros propósitos de interesse da sociedade hegemônica), deve-se garantir a preservação do direito à consulta prévia, livre e informada do povo indígena Waimiri-Atroari, não como mera formalidade, mas como instrumento de efetivo diálogo intercultural, que propicie a ambas as partes a capacidade de influenciar o processo decisório.

O Poder Público tem se articulado durante o ano de 2019 para agilizar esse processo decisório quanto ao fim do bloqueio da estrada, sob incentivo de discursos colonialistas oriundos do governo federal. A escolha do tema justifica-se em sua atualidade e na necessidade de trazer à lume a visão colonialista e estigmatizante com que as diferentes camadas da sociedade enxergam os povos indígenas, para servir ao propósito de substituí-la por uma visão descolonial e intercultural, pautada no texto constitucional vigente e na garantia do direito à consulta prévia.

O método de pesquisa adotado será o dedutivo. Chegar-se-á à proposta de solução do caso concreto analisado a partir de um cotejo geral dos direitos vigentes. O procedimento de pesquisa será a análise bibliográfica de obras jurídicas e históricas nacionais sobre o tema indígena, bem como de documentos processuais em ações civis públicas que tratam da questão e, especificamente, do povo indígena Waimiri-Atroari. O delinear do arcabouço jurídico, aplicável ao caso concreto, levará à solução jurídica razoável para a problemática, sem violação do núcleo essencial de direitos fundamentais.

2 A TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO POVO INDÍGENA WAIMIRI-ATROARI E SUA RELAÇÃO COM A CONSTRUÇÃO E O BLOQUEIO DA BR-174

2.1 A construção da BR-174: política de desenvolvimento na época da ditadura

A memória, diferentemente da história, é conceito em permanente evolução, carregada por grupos vivos no presente. Enquanto a história reconstrói, de forma problemática e incompleta, o que não existe mais, a memória sofre deformações sucessivas, é vulnerável a usos e manipulações e aberta à dialética da lembrança e do esquecimento. Como elo vivido no presente, a memória pertence a determinado grupo e o une.

Na medida em que é construída pela nação uma história oficial de si mesma, as memórias do grupo são criadas, e os símbolos e valores considerados marcantes são cultivados e enaltecidos. Em contrapartida, fatos e personalidades a quem não se atribui grandiosidade são inferiorizados: o conjunto de narrativas oficiais da história elabora, então, esquecimentos (ARAUJO JR., 2018, p. 121-122).

Desde a colonização, a inferiorização tem sido uma forma permanente de tratamento dos povos indígenas. Na República, como expõe João Pacheco de Oliveira (2016 *apud* ARAUJO JR., 2018, p. 124), a compreensão da trajetória desses povos e os regimes de memória construídos a partir da história oficial, retrataram-nos como primitivos, que precisavam ser tutelados para se integrar à civilização. Caberia ao índio não interferir no projeto nacional, fundado em ideais de desenvolvimento e progresso.¹

As abordagens coloniais de extermínio não foram, contudo, bem-sucedidas na tentativa de transformar os povos indígenas em mera lembrança na construção da história oficial. Os grupos resistentes organizaram-se em territórios e reivindicaram direitos, autoafirmando-se etnicamente (ARAUJO JR., 2018, p. 126).

No caso do povo Waimiri-Atroari, de que trata o presente artigo, a intervenção estatal causou danos de enorme monta, notadamente durante o período de construção da BR-174, entre 1968 e 1977. A narrativa que se propagou, em relação a esse episódio da história, colocou o povo Waimiri-Atroari como empecilho ao progresso pretendido pelo governo da ditadura militar. A construção da referida rodovia compunha o projeto de integração territorial daquela época, cujo objetivo era promover a ocupação das terras pelo interior do país, em prol, sobretudo, da segurança nacional.

O povo Waimiri-Atroari tem uma história marcada por violações dos seus modos de vida, do seu espaço territorial tradicionalmente ocupado e do exercício de sua identidade. Trata-se de um povo situado na fronteira dos Estados do Amazonas e de Roraima, que se autodenomina *Kinja* e fala a língua *Karib*. A denominação Waimiri-Atroari, dada pelos brancos, corresponde à região ocupada pelos autóctones: Waimiri como habitantes do sul e Atroaris como residentes mais ao norte. Sucede que tal distinção não persiste entre os indígenas, tendo em vista que a localização geográfica é o único aspecto distintivo – ação civil pública nº 1001605-06.2017.4.01.3200, 2017, p. 6, num. 2518053 (BRASIL, 2017).

Entre todas as invasões sofridas historicamente pelo povo Waimiri-Atroari, a decorrente do projeto de construção da BR-174 tornou-se a mais emblemática, pois provocou um grande genocídio desse povo, implicando redução populacional alarmante, conforme constata-se na ação civil pública nº 1001605-06.2017.4.01.3200 (BRASIL, 2017), proposta pelo Ministério Público Federal – MPF –, visando à reparação dos danos provocados pela empreitada estatal. A composição da ação decorre dos estudos realizados por um grupo de trabalho destinado a investigar os povos indígenas no período do regime militar.

Segundo os registros feitos pelo MPF, a construção da BR-174 produziu muitos impactos negativos ao povo Waimiri-Atroari, por ter sido projetada sob a visão integracionista adotada pelo Estado brasileiro à época, que acreditava na integração gradual dos povos indígenas à sociedade ocidental hegemônica (sociedade dita “civilizada”), reconhecendo, pois, sua inferiorização em relação a esta.

Com base nesse pensamento, a estratégia política para lidar com os povos indígenas diante dos empreendimentos estatais, estava assentada nos processos de “pacificação” e de extermínio. O primeiro era empregado para buscar a adesão dos povos tradicionais aos projetos estatais por meio de seu convencimento, a fim de evitar a adoção de meios coercitivos e o surgimento de conflitos. Já o segundo mantinha-se de forma velada pelo Estado, não sendo adotado oficialmente. Este último correspondia à faceta mais direta das violências praticadas contra os indígenas, apresentado como mecanismo subsidiário.

No caso do povo Waimiri-Atroari, a ditadura civil-militar recorreu as duas estratégias em virtude da falta de êxito nos trabalhos da “pacificação” e, em 1974 e 1976, foram empregadas demonstrações de força militar pelo 6º Batalhão de Engenharia e Construção com o objetivo de subjugar os Waimiri-Atroari por oferecerem resistência aos interesses econômicos do país, pretendidos com a abertura de fronteiras, ocupação e integração do espaço territorial, que estavam ligados à construção da BR-174.

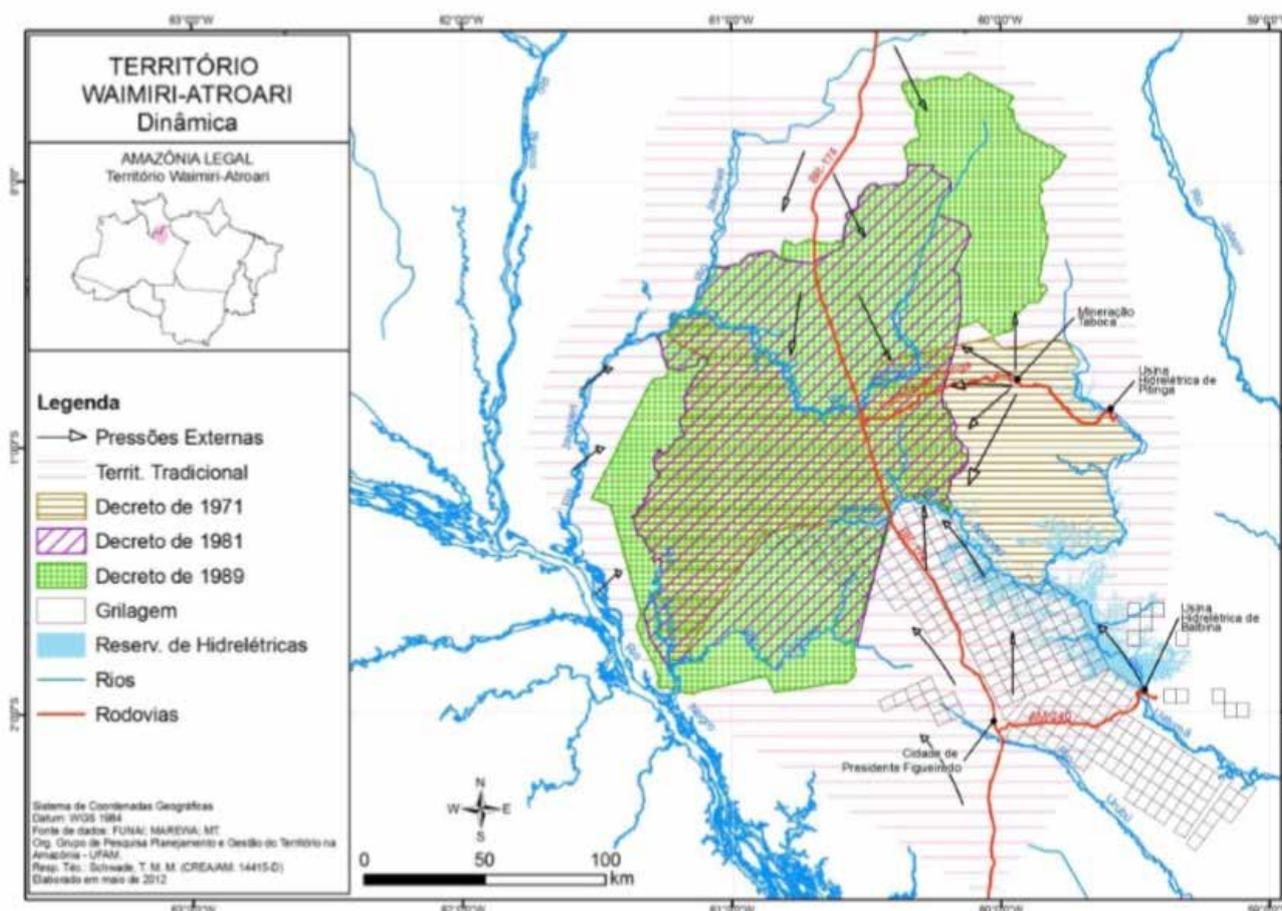
¹ O autor Roberto Cardoso de Oliveira, citado por Julio Araujo, esquematiza o tratamento dado aos povos indígenas e o categoriza em quatro tipos de mentalidade: estatística, romântica, burocrática e empresarial: “A mentalidade estatística pergunta: Por que nos preocupamos com alguns milhares de índios, se o grande problema é o destino de um país com milhões de habitantes? A mentalidade romântica carrega a visão estereotipada e ingênua do bom selvagem, que desumaniza o indígena e serve para tratar como imperdoáveis as “faltas” que os autóctones cometem quando não atendem ao modelo preestabelecido. A mentalidade burocrática é aquela dos agentes públicos e funcionários, que, salvo aqueles imbuídos de espírito humanitário, se mostram indiferentes e pouco sensíveis à temática, reforçando a ideia dos indígenas como “questão” ou “problema” a serem resolvidos. A mentalidade empresarial prega a transformação de áreas indígenas em empresas, dedicadas à produção e ao lucro, como se o indígena somente pudesse ser considerado um civilizado se adentrasse o mundo do trabalho dos brancos (ARAUJO JR., 2018, p. 124).

Nesse diapasão, verifica-se que a construção da BR-174, inaugurada em 6 de abril de 1977, infligiu ao povo Waimiri-Atroari a violação de diversos direitos, chegando a ameaçar sua próprias existência. Consoante os dados apurados pelo MPF, contabilizaram-se 323 indígenas vivos após a construção da estrada (1977-1983), tendo a Comissão Nacional da Verdade, instituída para os fatos referentes ao período entre 1946 e 1985, concluído pela morte de 2.650 indígenas Waimiri-Atroari durante a construção da rodovia.

O exemplo ora tratado de aplicação da proposta integracionista deixa evidente a invisibilidade dos indígenas perante a sociedade nacional, sendo vistos como obstáculos ao desenvolvimento nacional. O contato com os indígenas Waimiri-Atroari revela a ausência de preocupação do Estado brasileiro, à época do regime militar, com o sistema de vida dos índios, buscando-se tão somente a defesa dos interesses nacionais em detrimento até mesmo dos direitos fundamentais desse povo.

Não obstante o deslocamento forçado e a desterritorialização, provocados pela construção da rodovia, a demarcação administrativa da terra indígena Waimiri-Atroari foi homologada por meio do Decreto n. 97.837, de 16 de junho de 1989 (BRASIL, 1989). No parágrafo único do seu artigo 2º, entretanto, o Decreto excluiu da área indígena a faixa de domínio da BR-174, apesar de tratar-se de território tradicional dos Waimiri-Atroari.

Figura 1 – Área demarcada da terra indígena Waimiri-Atroari



Fonte: BRASIL, 2017.

2.2 O conflito atual: bloqueio da BR-174 por parte do povo Waimiri-Atroari

Feitas considerações sobre o processo de construção da BR-174, mostra-se oportuno traçar os contornos atuais do conflito estudado.

No dia 28 de março de 2019, o Poder Legislativo Estadual realizou, em Boa Vista/RR, audiência pública com autoridades ligadas ao governo, sindicato dos trabalhadores de transporte, produtores, associações e alguns representantes indígenas. O objetivo era discutir a respeito do bloqueio da estrada BR-174, realizado diariamente desde 1997² pelos indígenas e funcionários do Programa Waimiri-Atroari no período das 18 horas até as 6 horas.

Inaugurada a estrada, persistiram nos últimos 40 anos conflitos envolvendo a obra e a terra indígena Waimiri-Atroari. Em exercício de seus direitos territoriais originários, reconhecidos a partir da ocupação tradicional da área, os indígenas interrompem o fluxo no trecho inserido na terra indígena, que se estende do posto fiscal de Jundiá/RR a Abonari/AM, com aproximadamente 125 km de extensão. Durante o período, somente ônibus interestaduais, ambulâncias e caminhões que carregam cargas perecíveis podem passar, como destaca Moura (2017). A medida proporciona a preservação do território e da fauna silvestre, previne conflitos noturnos e serve para reforçar a posse permanente e o usufruto exclusivo indígena, garantidos pelo artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) a partir de uma temporária restrição do direito de locomoção na estrada.

Diante do intento interventivo do Estado sobre tal território, no sentido de retirar em definitivo o bloqueio do fluxo noturno na estrada – objetivo esse renovado pelos recentes discursos sobre política indigenista vindos da esfera federal do governo e reforçado no âmbito da recente audiência pública realizada em Boa Vista/RR³ –, sobressai a importância de discussão a respeito do direito territorial indígena garantido em sede constitucional e internacional. A ordem posta já não permite a reprodução de perspectivas inferiorizantes e colonialistas, a imposição do estigma do “atraso” à cultura indígena para fins de hierarquização ou a livre-intervenção em seu território a pretexto de privilegiar determinado conceito individualista e hegemônico de desenvolvimento econômico.

O direito vigente proporciona ao povo indígena meios de preservar sua ocupação tradicional, a biodiversidade e os seus recursos naturais e culturais, e de decidir os rumos do seu próprio desenvolvimento no âmbito do seu território. Nesse sentido, a possível intervenção estatal sobre esse território deve observar o conjunto de normas e interpretações constitucionais, abertas ao diálogo intercultural, e, conforme destacar-se-á em tópico próprio neste trabalho, o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas caso se cogite a adoção de qualquer medida que possa vir a afetá-los, direito esse originado em tratado internacional de direitos humanos ratificado pelo Brasil e incorporado ao nosso ordenamento – que não se resume à participação indígena em audiências públicas realizadas pelo Poder Público.

3 UM RECORTE DO PANORAMA NACIONAL E INTERNACIONAL DE DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: AUTODETERMINAÇÃO E POSSE PERMANENTE SOBRE AS TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS

3.1 O paradigma assimilacionista e sua ruptura com a Constituição de 1988

A terra, como espaço de vida e liberdade de um grupo humano, tem sido a reivindicação primordial dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos. Para esses agrupamentos, a territorialidade, etnicamente construída, funciona como fator de identificação, defesa e força (ALMEIDA, 2008, p. 29), e tem papel principal na própria existência e sobrevivência dos povos e de suas referências culturais; o território, o ecossistema nele presente e o domínio e saber do povo sobre esse território, compõem sua identidade (SOUZA FILHO, 2006, p.

² Moura explica que “durante a construção da BR-174 e após o término da rodovia, o ‘6º BEC passou a monitorar o trecho da BR-174 incidente na reserva Waimiri Atroari’ e, em virtude dos conflitos ali travados, barrava o fluxo de automóveis no período noturno” (2017, p. 21), o que perdurou até 1997, quando os próprios indígenas assumiram o bloqueio.

³ Na audiência, representantes dos setores produtivos e sindicalistas apontaram a medida de bloqueio como um dos maiores entraves para o desenvolvimento da economia do Estado por inviabilizar a produção. Representantes do Poder Público estadual e municipal reafirmaram o interesse político de liberação da passagem, apontando a necessidade de diálogo com a comunidade afetada. Ressaltou-se, na oportunidade, a ausência de norma que autorize o fechamento da estrada e a necessidade de desenvolvimento pacífico do Estado. Foi levantada, ainda, a necessidade de atuação do governo federal no sentido de tratar o tema de forma plena e consciente, em consideração ao histórico de prejuízos impostos aos povos que sempre viveram na Amazônia. Trechos de entrevistas com os representantes presentes podem ser visualizados nos seguintes endereços, disponibilizados pela Assembleia Legislativa de Roraima: https://www.youtube.com/watch?v=a-QHov_nqD0c; <https://www.youtube.com/watch?v=RGatoT48Xgc>.

119-120). Sob tal prisma, mostra-se nítida a discrepância entre a concepção de território oriunda dos povos indígenas e a da sociedade hegemônica, esta intimamente vinculada à soberania de um Estado nacional construído a partir dos anseios da sociedade burguesa de matriz europeia, motivo pelo qual persiste a resistência a considerar a área ocupada por esses povos como “territórios” (SOUZA FILHO, 2006, p. 121).

No contexto brasileiro, antes da Constituição de 1988, prevaleceu, na atuação do Poder Público e nas normas atinentes aos direitos territoriais indígenas, um forte viés assimilacionista: o interesse dos povos indígenas deveria subordinar-se a interesses nacionais e visões hegemônicas, e sua integração ao modo de vida do colonizador era vista como inevitável, cumulada com o paulatino desaparecimento de suas particularidades culturais (como observou-se no tópico anterior). A criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) em 1910, antecessor da Fundação Nacional do Índio, por exemplo, teve o objetivo de afastar os indígenas “que constituíssem obstáculo ou estivessem à frente da fronteira econômica” (ARAUJO JR., 2018, p. 154), à medida que o Código Civil de 1916 e a Lei n. 5.484/1928 serviram à consolidação de um regime de tutela estatal para tratamento dos povos indígenas, regime esse que os separava da população nacional. Dessa forma, a tutela servia para controle sobre indivíduos considerados “potencialmente perigosos para a ordem estabelecida, uma vez que partilham [...] de condutas vistas como antissociais” (ARAUJO JR., 2018, p. 155).

No âmbito da Assembleia Constituinte de 1987/1988, persistiu o tratamento dos índios como potenciais adversários da soberania nacional e do desenvolvimento econômico, notadamente diante das reivindicações identitárias que se lograram incluídas no texto final da Constituição. Representantes das Forças Armadas e dos interesses de empresas mineradoras, apontavam os chamados perigos da demarcação de terras para a segurança das fronteiras e para o desenvolvimento da região amazônica, em discurso que reverbera no presente (ARAUJO JR., 2018, p. 184-185).

Em 1988, porém, a nova Constituição protagonizou, na esfera normativa nacional, a ruptura do paradigma assimilacionista presente nas relações entre povos indígenas e a sociedade hegemônica, bem como a quebra do regime de tutela estatal. Embora presente o respeito à posse indígena em âmbito constitucional desde 1934 sobre as terras em que se localizassem permanentemente, somente a atual Constituição valorizou a autonomia dos povos indígenas e o respeito a seus modos de vida, sem qualquer referência a uma perspectiva de integração.

3.2 O delineamento constitucional do direito territorial no artigo 231 da CF/88: considerações sobre o direito originário, a propriedade da União e o usufruto exclusivo

Os direitos originários dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas eram objeto de discussão há muito. O Alvará de 1º de abril de 1680, no Brasil colonial, já apontava os indígenas como “primários e naturais senhores” sobre suas terras (SOUZA FILHO, 2006, p. 124), o que impulsionou a formulação da teoria do indigenato em 1912 por João Mendes Júnior.⁴ A Constituição de 1988 consolidou tal direito congênito e, segundo Araujo Jr. (2018), a potência do artigo 231 e seu viés transformador não vinculam necessariamente o reconhecimento do direito a um vínculo com o passado, ou seja, não se faz necessário, para atendimento a reivindicações identitárias, que o povo indígena possa ser ligado historicamente aos povos que ocupavam o território à época do achamento pelos europeus. Os processos de apropriação, territorialização, etnogênesis e reivindicação desses povos são presentes, constantes, e são esses, sem necessária investigação de vínculos históricos específicos, também abarcados pela proteção constitucional (ARAUJO JR., 2018, p. 212).

A terra indígena foi juridicamente delineada na Constituição (BRASIL, 1988) como propriedade da União (artigo 20, XI), destinando-se aos índios a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes (artigo 231, §2º). Araujo enfatiza que a atribuição formal de propriedade à União deve ser interpretada de acordo com o novo paradigma constitucional de contorno pluralista, respeitosa à diversidade cultural e aberto ao diálogo intercultural, e, nesse sentido, serve a reforçar a proteção à propriedade indígena contra terceiros e viabilizar o exercício desse direito fundamental. O *caput* do artigo 231, em sua parte final, reforça tal conclusão ao estabelecer que compete à União demarcar as terras, proteger e

⁴ Segundo tal teoria, o título dos índios decorre do fato de serem índios, sem necessidade de legitimação.

fazer respeitar todos os seus bens. Não se mostra compatível com o novo paradigma e com as previsões de usufruto exclusivo e posse permanente indígena, portanto, o reconhecimento à União dos poderes de usar, fruir e dispor da terra a seu favor, nos moldes clássicos do direito civil de propriedade (ARAUJO JR., 2018, p. 315-316). Para Souza Filho (2006, p. 123), o direito do Estado sobre a terra indígena sequer enquadra-se no conceito dogmático de propriedade ou bem público, por não se adequar às categorias de bens públicos dominicais, de uso especial ou de uso comum do povo, presentes no Código Civil.

A autonomia indígena no exercício de seu direito territorial, constitucionalmente reconhecida, portanto, impõe restrições à intervenção do Estado sobre territórios de ocupação tradicional. O papel da União é garantir o livre-desenvolvimento dos vínculos indígenas com o território, tanto sob a perspectiva do exercício dos poderes inerentes à posse e propriedade quanto sob a perspectiva espiritual, cultural, política e simbólica, presente em tais ligações (ARAUJO JR., 2018, p. 317).

Segundo Souza Filho (2006, p. 122), o termo “usufruto exclusivo”, presente no *caput* do artigo 231, remete à intransferibilidade para apropriação individual, e significa que o resultado de qualquer uso, trabalho ou renda será sempre coletivo, da comunidade. Para Julio Araujo Jr. (2018), além do “usar” e “fruir”, o usufruto exclusivo atende aos anseios indígenas quanto às formas próprias de lidar com o território, e garante “o exercício de direitos culturais, econômicos e sociais, abrangendo a reprodução social, cultural e espiritual da comunidade, o respeito à diversidade étnica, religiosa e cultural, a pluralidade socioambiental, econômica e cultural dessas comunidades” (p. 317). Aqui também o conceito distancia-se de sua clássica origem civilista, quando o usufrutuário, como detentor do direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa, está subordinado aos poderes do proprietário, não podendo alterar a substância dessa coisa. Sobre o exercício do direito territorial indígena ao usufruto exclusivo, não deve haver ingerência da União (p. 318).

3.3 O procedimento de demarcação de terras indígenas

O processo administrativo de demarcação, de competência da União (artigo 231, *caput*), é atualmente regulamentado pelo Decreto n. 1.775/96, e se realiza por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (artigo 1º do decreto). Doutrina e jurisprudência concordam que, embora confira segurança formal ao reconhecimento, o direito indígena sobre o território não depende da conclusão do processo. Conquanto haja formulado uma série de interpretações limitativas do direito indígena no âmbito do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3.388), o Supremo Tribunal Federal ressaltou, nessa oportunidade, que os direitos dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas foram constitucionalmente “reconhecidos”, não simplesmente outorgados, e, portanto, o ato de demarcação possui natureza declaratória, não constitutiva do direito. O ministro Ayres Britto, pautado na teoria do indigenato, destacou que o direito “originário” prepondera sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios (a Constituição declarou esses atos “nulos e extintos” no § 6º do artigo 231). Prepondera, sobre a demarcação formal, a realidade e a efetiva ocupação tradicional. Nesse contexto, o conceito de terra indígena é subordinado aos usos, costumes e tradições do povo e, portanto, ao se demarcar uma terra indígena, faz-se necessário levar em consideração o sentimento do povo que a habita, para além da ideia moderna e hegemônica de patrimônio (SOUZA FILHO, 2006, p. 149).

Não obstante seu caráter meramente declaratório, o impedimento de demarcações é foco de interesses econômicos voltados à exploração de recursos e instalação de empreendimentos em áreas indígenas, e, diante da omissão governamental em acelerar os procedimentos demarcatórios, as áreas são focos de intensos conflitos entre índios e não índios.

Por outro lado, há processos de demarcação já concluídos, com decretos homologados, cuja delimitação de área não reflete, formalmente, a área de ocupação tradicional (terra indígena constitucional), por conta dos mencionados embates políticos e interesses subjacentes que permeiam o processo administrativo. A demarcação insuficiente impulsiona também conflitos, como é o caso da demarcação da área indígena Waimiri-Atroari, cujo decreto de homologação excluiu expressamente a área afetada à BR-174, apesar de ela atravessar o interior da terra indígena demarcada. Trata-se de forte indício de violação ao direito fundamental

ao território tradicionalmente ocupado, e, no caso da área indígena Waimiri-Atroari, a revisão da demarcação, para excluir-se a exceção contida no parágrafo único do artigo 2º do decreto demarcatório,⁵ é objeto de ação civil pública em trâmite perante a 3ª Vara da Justiça Federal do Amazonas.⁶

4 A CONSULTA PRÉVIA COMO INSTRUMENTO DE RECONHECIMENTO DA AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

4.1 Intervenção estatal e o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas

Não obstante o novo paradigma constitucional tenha ampliado e reforçado a proteção ao direito indígena sobre os territórios tradicionalmente ocupados, como fundamental que é, o direito de posse permanente e usufruto exclusivo não é absoluto, na medida em que outros valores com sede constitucional podem limitá-lo (MENDES, 2014). Nesse sentido, intervenções estatais poderão ocorrer se obedecidos os parâmetros de proporcionalidade e as normas constitucionais, infraconstitucionais e internacionais pertinentes. Toda intervenção poderá acarretar riscos à sobrevivência do grupo e sua proteção territorial cultural e constitucionalmente delineada, o que reforça o ônus argumentativo do Poder Público em sua pretensão de intervir com impacto nos territórios (ARAUJO JR., 2018, p. 318).

O tema perpassa a análise do direito à consulta prévia, livre e informada previsto na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Além da proteção constitucional, o direito indígena foi objeto de preocupação da seara internacional, e a comunidade internacional editou a Convenção nº 169, tratado que marca, assim como a Constituição o fez em âmbito nacional, a ruptura do paradigma assimilacionista (em oposição à Convenção nº 107/OIT, sua predecessora, que sustentava perspectivas de integração do índio à sociedade hegemônica).

A Convenção nº 169/OIT entrou em vigor, em âmbito internacional, em 5 de setembro de 1991, e foi ratificada pelo Brasil em 2002, entrando no ordenamento jurídico nacional por meio do Decreto Presidencial n. 5.051, de 19 de abril de 2004 (WAGNER, 2014, p. 09-10). Em se falando de tratado internacional de direitos humanos, essa norma, segundo o Supremo Tribunal Federal, possui hierarquia normativa supralegal (Recurso Extraordinário n. 466.343, julgado em 3 de dezembro de 2008);⁷ portanto toda lei infraconstitucional deve guardar conformidade com suas disposições. Ademais, seus direitos possuem aplicabilidade imediata nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição, independentemente de regulamentação.

Almeida (2008, p. 49-52) afirma que o texto da Convenção baseia-se na autodefinição dos agentes sociais,⁸ reconhece a usurpação de terras desde o domínio colonial e os casos de expulsão e deslocamento compulsório, além de contemplar tanto regiões de colonização antiga quanto situações sociais referentes a regiões de ocupação recente.

Sobressaem para a presente pesquisa os dispositivos da Convenção concernentes à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas.⁹ Estabelece o artigo 6º da Convenção que os governos deverão consultar os povos interessados por meio de procedimentos adequados e, em particular, de suas instituições representativas, sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. A norma estabelece ainda que as consultas deverão ser conduzidas de boa-fé e de maneira adequada às circunstâncias, no sentido de que possa ser alcançado um acordo ou consentimento em torno das medidas propostas.

⁵ Decreto n. 97.837/1989. Artigo 2º [...]. Parágrafo único. Ficam excluídas, da área descrita, a superfície de inundação da barragem da Usina Hidrelétrica de Balbina, conforme Decreto nº 85.898, de 13 de abril de 1981, e a faixa de domínio da BR174.

⁶ Processo n. 1001605-06.2017.401.3200.

⁷ Flavia Piovesan defende o *status* constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos, com fundamento no artigo 5º, § 2º, da Constituição, cumulado com o § 3º do mesmo artigo (2009, p. 5).

⁸ Juliana Santilli destaca esse aspecto ao afirmar que “a Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Povos indígenas e tribais, estabelece que o critério fundamental para determinar os grupos (indígenas e tribais) a que se aplicam as suas disposições deve ser a consciência de sua identidade indígena ou tribal (ou seja, a própria auto-identificação)” (2005, p. 91).

⁹ Para Maria Luiza Grabner, “a observância do princípio da consulta e do consentimento livre, prévio e informado é, a nosso sentir, a maior garantia existente hoje, no plano jurídico, de realização de um diálogo intercultural entre os povos indígenas e outras comunidades tradicionais com outros segmentos das sociedades nacionais e internacional, e de que depende, em grande parte, a legitimidade e efetividade da proteção jurídica que lhes é conferida pelos Estados” (2015, p. 14).

Para Deborah Duprat (2015), a consulta tem por pressuposto o domínio dos povos sobre sua existência, deve ser prévia (“sempre que sejam previstas”), bem-informada (“conduzidas de boa-fé”), culturalmente situada (“adequada às circunstâncias”) e tendente a chegar a um consentimento sobre a medida proposta. Pressupõe-se, assim, que o projeto ainda não tenha sido decidido, que as posições possam ser revistas por meio de diálogo prévio por influência desse direito, pois “aquilo que se apresenta como já decidido não ensaja, logicamente, consulta, pela sua impossibilidade de gerar qualquer reflexo na decisão” (p. 68).

Ademais, com a adequação da consulta às circunstâncias culturais, chega-se à conclusão de que não há modelo único de consulta; ela se desenvolve de acordo com as peculiaridades de cada grupo. Alguns grupos reservam as decisões aos caciques, outros aos anciãos, professores, à totalidade do grupo ou a instâncias representativas.

Quanto ao povo Waimiri-Atroari, a que se refere esta pesquisa, em seu protocolo de consulta disponibilizado na *internet*, dispôs sobre a forma que devem assumir as consultas prévias a ele direcionadas. No documento, o povo exige respeito, clareza e transparência sobre toda e qualquer questão que venha a afetá-los, de modo que possa entender os possíveis impactos positivos e negativos das decisões do Poder Público sobre a terra, as pessoas, a identidade, a floresta e os animais. Exige-se, ainda, a presença de intérprete e tradutor, das lideranças indígenas e de representantes da Funai, e registros em áudio e vídeo feitos pelos próprios indígenas. Em suma, as discussões iniciais, internas à comunidade, deverão chegar a um consenso, que será apresentado ao governo em reunião geral (ATROARI, 2018, p. 19-23).

Não há como subverter esse processo mediante uma solução externa, e cabe à intermediação antropológica aproximar os interlocutores e possibilitar de fato o diálogo (DUPRAT, 2015, p. 70-71).

No que diz respeito aos efeitos da consulta, Duprat (2015) critica as posições extremas que ou consideram a consulta uma mera formalidade, ou vislumbram a possibilidade incondicional de veto ao projeto que se visa a executar em área indígena. Uma vez reconhecidos os direitos indígenas nacional e internacionalmente, numa sociedade plural, “nenhum grupo pode ter o domínio absoluto das decisões que escapam ao seu exclusivo interesse” (p. 72). A autora cita como exemplo de aplicação desse direito pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *Saramaka vs. Suriname*, em cujo julgamento se fez distinção entre *consulta* e *consentimento*. Exigir-se-á este último nas hipóteses de grandes projetos de empreendimento que provoquem perda de território ou seu grave comprometimento no que diz respeito ao acesso, uso e gozo dos recursos fundamentais à existência física e cultural do grupo.

4.2 Considerações sobre o novo constitucionalismo latino-americano e a transição para um paradigma jurídico pluralista

O entendimento suprarreferido, aplicado ao caso *Saramaka vs. Suriname* pela CIDH, é consequência direta da virada paradigmática no âmbito do direito: a propriedade privada, em sua relação com o indivíduo e seu viés de apropriação econômica, era a única homologada pelo direito, até que passou a conviver com a propriedade como *locus* étnico e cultural, de coletividades, territórios e espaços de pertencimento (DUPRAT, 2015, p. 72-73).

A alteração na forma de encarar o clássico conceito de propriedade privada é um dos sintomas de uma mudança mais abrangente: a de paradigma jurídico, a qual se tem constatado em países latino-americanos de capitalismo periférico que adotaram, modernamente, padrões eurocêntricos de ordenamento jurídico e organização social.

O autor Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 237), ao dispor sobre essa transição, parte da constatação de que a racionalidade de ordem burguesa, formalista e individualista, que ascendeu entre os séculos 17 e 18 com autores iluministas e culminou nos modelos modernos de Estado nacional e soberano, não mais atende às demandas sociais em sociedades marcadas por conflitos entre grupos e classes. O autor destaca o papel dos sujeitos coletivos na modernidade e discorre sobre o modelo pluralista do direito, pautado numa racionalidade emancipatória. Ao manifestarem-se como novos movimentos sociais, dotados de identidade e autonomia, esses sujeitos coletivos têm assumido o papel de protagonistas na edificação da cidadania e criação do direito. Uma postura ativa, de efetivo protagonismo, tem elevado os movimentos sociais à condição de emancipados, participantes e criadores de sua própria história, e dentre eles encontram-se os povos indígenas.

Para Modernell e Oliveira (2018), é forçoso perceber a emergência do novo constitucionalismo latino-americano, que empreende enorme esforço para romper com a hegemonia da cultura ocidental em relação à cultura dos povos indígenas. Segundo esse constitucionalismo de transição, os Estados estão avançando em direção a uma etapa pluricultural, na qual ganha relevo o pluralismo jurídico, que consiste no reconhecimento, pelo Estado, de um direito paralelo ao direito positivado pelo próprio Estado, caracterizando a diversidade de direito no mesmo ordenamento jurídico (normas jurídicas positivadas e normas jurídicas não estatais).

O pluralismo jurídico está fundado na diversidade do Estado, que passa a reconhecer os diversos povos que o compõem, promovendo a interculturalidade. Nesse sistema, as minorias étnicas, como os povos indígenas, ganham expressão e maior participação no Estado democrático, pois, com esteio no tratamento igualitário dispensado aos povos, estes passam a influir cada vez mais nas instituições estatais em razão do exercício do poder que lhes são outorgados. Com maior influência nas instituições do Estado, os povos indígenas podem ver seus anseios albergados pelas políticas estatais.

Nesse viés, é possível entrever que, numa sociedade plural, a força normativa da constituição é retirada dos diversos povos integrantes do Estado, privilegiando diversas culturas pertencentes a um mesmo território e permitindo a construção de uma cidadania justa.

Nessa nova interpretação atribuída às constituições latino-americanas, que poderá fomentar estudos concernentes à hermenêutica constitucional brasileira (guardadas as devidas proporções, o que deve ser objeto de novos estudos), os povos indígenas conquistam maior visibilidade social, de modo que cumpre ao Estado observar suas idiossincrasias na formulação das políticas públicas, na elaboração das leis e na prestação jurisdicional.

Nesta oportunidade, convém consignar que a consulta prévia aos povos impactados por projetos estatais emerge como um instrumento a permitir que esses povos possam influir nas decisões do Estado que integram, mormente como corolário da horizontalização da constituição, perspectiva segundo a qual o Estado passa a interpretar a constituição de forma a respeitar os direitos dos povos tradicionais, em contraposição à verticalização da constituição, em que há predominância da cultura ocidental hegemônica.

Quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, Cavalcante (2018) relata o anacronismo da regulamentação dos direitos dos povos indígenas. Para a articulista, ainda são necessárias mudanças que possibilitem a superação hermenêutica do paradigma integracionista, abandonando a ideia de assimilação dos índios pela cultura prevalente entre os não índios.

4.3 A consulta prévia como instrumento de reconhecimento

A ideia defendida neste artigo circunda em torno da necessidade de utilização do instituto da consulta prévia aos indígenas Waimiri-Atroari, como mecanismo de efetivação dos seus direitos ante as tentativas de retirada, pelo Poder Público, do bloqueio por eles efetuado na BR-174, dentro da área tradicionalmente ocupada na região amazônica.

Conforme dispõe Machado (2017) em sua obra sobre o princípio jurídico da fraternidade, a Constituição de 1988 trouxe, em seu preâmbulo, o ideal de uma sociedade plural. Em sua tese, a autora defende a efetividade do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico como instrumento de proteção dos direitos transindividuais. Para tanto, entende que a fraternidade é expressão da própria dignidade humana, pois, quando o homem reconhece a existência de sua dignidade, passa a compreender não somente a sua, mas também a dignidade do outro. Surge, então, em decorrência da fraternidade, o *reconhecimento da existência do outro* e o dever de responsabilidade quando da violação de seus direitos.

Acerca da influência da fraternidade na democracia, a referida autora propugna ainda que a vontade da maioria não tem o condão de suprimir as minorias, ao revés, os direitos destas devem ser assegurados por aquelas para que lhes possibilite ser maioria um dia. Vislumbra-se, portanto, que a democracia não dá azo para a discriminação de minorias étnicas, como os povos indígenas, cabendo à sociedade buscar meios de preservar os direitos e a identidade desses povos perante a cultura ocidental hegemônica.

É justamente nesse contexto que Brígida e Bentes (2019) expressam que em cada cultura existe um ideal de dignidade. Não se pode, assim, traduzir a dignidade sempre na visão dos direitos humanos internacionais, pois cada cultura interpreta e transmite sua concepção de dignidade.

As autoras tecem comentários ao multiculturalismo, raiz do pluralismo político de cunho liberal, assegurado na Constituição de 1988 por meio da dignidade da pessoa humana, pois seria o homem digno por ser racional e por ter autonomia da vontade. Segundo as autoras, tais conceitos reforçam a autodeterminação dos povos, haja vista que o respeito à dignidade possibilita a convivência de culturas diferentes, sem que uma tente sobrepujar a outra. Quanto a este último ponto, elucidam que se faz necessária a presença do Estado, por meio de políticas afirmativas, na inclusão de minorias vulneráveis.

Como se pode perceber, a pluralidade conduz o Estado e os indivíduos a reconhecerem a existência do outro, bem como a imprescindibilidade do respeito mútuo, em razão da dignidade humana. Nessa vereda, resta evidente como é premente a proteção dos povos indígenas como minoria étnica no Estado brasileiro por respeito à dignidade dos seus indivíduos. Ademais, a sua participação nas decisões sociais é reflexo do regime democrático, que apregoa a máxima e efetiva participação popular na vida do Estado.

4.4 A consulta prévia como instrumento de autodeterminação

Outro documento internacional – a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas –, embora não formalmente vinculante, consolida o entendimento dos Estados sobre a matéria e conforma normas e interpretações (ARAÚJO JR., 2018, p. 253). Em seu artigo 3, consolida o direito à livre-determinação, não mencionado expressamente pela Convenção n. 169/OIT.¹⁰ Segundo o documento, os indígenas determinam livremente sua condição política e perseguem, também livremente, seu desenvolvimento econômico, social e cultural. No exercício desse direito, possuem autonomia e autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais.

Ao discorrer sobre a autodeterminação, Caroline Nogueira (2016) liga o exercício desse direito à resistência e à liberdade de manifestação da vontade coletiva dos povos indígenas, ao decidirem sobre sua forma de organização política, social e jurídica, e sobre suas relações entre si e com a natureza, com base em sua própria cultura e tradições. Decorrente da ordem jurídica nacional e internacional, o direito à autodeterminação distancia-se da pretensão de se desvincular e constituir novo Estado soberano (direito de secessão), e se perfectibiliza na autonomia para decidir sobre ações que interfiram direta ou indiretamente em seu território, o que descarta a superioridade estatal e seu poder absoluto para definir os rumos de uma nação plural sob moldes exclusivamente eurocentristas (p. 116-117).

No mesmo sentido, Araujo Junior (2018) esclarece que na Declaração da Organização das Nações Unidas – ONU – é assegurado aos povos indígenas o direito à autodeterminação. Frisa, porém, que tal direito não se traduz no desmembramento, total ou parcial, da unidade política estatal. Ao contrário, a autodeterminação tem o objetivo de assegurar e promover as estruturas institucionais desses povos, os costumes, as tradições, os procedimentos, as práticas e os sistemas jurídicos próprios, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

Ao trazer o debate para o âmbito da interpretação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, o autor entende que o tribunal, no julgamento da Petição 3.388 (caso Raposa Serra do Sol), equivocou-se ao compreender a Declaração da ONU como instrumento emancipacionista das comunidades indígenas e, mais ainda, ao deixar de aplicar o regulamento supralegal constante da Convenção nº 169 da OIT em consonância com as normas constitucionais. O jurista explica que, apesar de o STF não ter negado a validade da consulta prévia prevista na Convenção, ressaltou que aquela não é requisito de validade para a decisão administrativa tampouco vincula o Poder Público.

¹⁰ A Convenção, porém, em seu artigo 7º, dispõe que “Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.”

Neste ponto, Araújo Junior (2018) sustenta a necessidade de diálogo das normas internas com as internacionais, bem como com as decisões proferidas pelas Cortes de outros países, numa visão cosmopolita sobre o assunto, apregoando que é substancial um diálogo verdadeiro dos Estados com os povos indígenas, mediante instrumentos como o de consulta, a fim de salvaguardar o real consentimento dos povos impactados, embora a Convenção não preveja necessariamente um direito de veto.

Desse modo, não se pode conceber a realização de consultas aos povos indígenas como procedimentos meramente formais. A consulta é um mecanismo positivado na legislação com o objetivo de assegurar a efetiva participação desses povos no processo decisório do governo estatal. A consulta prévia, livre e informada, consiste numa verdadeira garantia de defesa e proteção dos povos tradicionais.

No mesmo sentido, é o posicionamento defendido pelo Ministério Público Federal na ação civil pública nº 1001605-06.2017.4.01.3200 (BRASIL, 2017, p. 122, num. 2518053), conforme excerto a seguir transcrito:

A consulta não deve ser realizada da maneira como entende o Estado ou o empreendedor privado. Não pode ser um instrumento meramente homologatório de uma decisão previamente tomada. Para ser considerada válida, a consulta aos povos indígenas afetados deve ser formal e realizada de boa-fé, de maneira prévia, livre e informada. No que tange ao caráter prévio da consulta, depreende-se que esta deve ser anterior a qualquer intervenção sobre a área eventualmente afetada, ou seja, a consulta deve ocorrer no momento em que a decisão está prestes a ser tomada.

Minorias étnicas são comumente postas à margem do poder exercido na sociedade, entretanto um Estado constituído com o propósito de tutelar interesses dos seus cidadãos, não pode segregar uns e privilegiar outros, sob o risco de negar os componentes de sua própria existência.

Não só se constata, portanto, a importância da consulta prévia aos povos indígenas no que se refere à interlocução com o Poder Público, mas também a sua aplicação de modo que observe o consentimento externado por tais povos, a fim de que tenham, efetivamente, tutelados seus interesses pelo Estado que integram.

5 CONCLUSÃO

A falta de diálogo entre os governos brasileiros e os povos indígenas é histórica. Um dos casos mais emblemáticos diz respeito à construção da BR-174 durante o regime militar, que provocou um verdadeiro genocídio do povo indígena Waimiri-Atroari, decorrente do pensamento assimilacionista adotado à época, que buscava persuadir os povos indígenas a aderirem aos empreendimentos estatais.

Hoje em dia, ainda como reflexo da intervenção forçada no território indígena do povo Waimiri-Atroari para a construção da BR-174, emerge o conflito a respeito do bloqueio intermitente da rodovia pelos índios. Assim, diferentemente do ocorrido no passado, vislumbra-se, como mecanismo de solução do conflito, o emprego da consulta prévia aos Waimiri-Atroari pelo Estado de Roraima, a fim de possibilitar um diálogo concreto com os indígenas, garantir sua efetiva participação na decisão do ente estatal e manter uma convivência pacífica entre as sociedades indígenas e não indígenas na região.

A consulta prévia, livre e informada consiste em um dos principais institutos jurídicos compreendidos no ordenamento jurídico interno e internacional, que garantem a participação dos povos indígenas na defesa de seus direitos ante as interferências estatais. Encontra-se consignada no artigo 6º da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho como instrumento apto a oportunizar uma efetiva atuação desses povos na discussão de políticas públicas, mormente quanto às decisões governamentais que implicam medidas que interferem, direta ou indiretamente, em sua vivência nas comunidades.

Com efeito, trata-se de um importante mecanismo democrático para os povos indígenas que ainda enfrentam dificuldades tanto para garantir proteção às terras que tradicionalmente ocupam quanto para resguardar seus demais direitos atinentes à sua identidade, cultura, língua, crenças, tradições, terras, costumes, modos de vida e outros atributos que lhe são ínsitos.

A leniência na atualização do arcabouço jurídico brasileiro revela a fragilidade na proteção dos direitos dos povos indígenas. Dessa forma, com suporte, principalmente, na legislação internacional de vanguarda sobre os direitos dos povos indígenas, compreende-se a consulta prévia como instrumento necessário e

obrigatório para a defesa e a proteção de seus direitos, diante da intervenção do Estado brasileiro nas terras indígenas, sob o discurso desenvolvimentista de levar progresso a espaços territoriais distantes dos centros urbanos do país.

É importante salientar que, além de constituir um mecanismo de limitação do discurso desenvolvimentista, o instituto da consulta prévia reafirma a superação do discurso social assimilacionista ainda ressonante acerca da integração dos povos indígenas à sociedade dita “civilizada”, bem como fortalece o reconhecimento da autodeterminação desses povos.

Por fim, depreende-se que a inserção e a compatibilidade do instituto da consulta prévia com o direito doméstico, sobretudo em relação às normas da Constituição de 1988, convergem para uma proteção mais efetiva dos direitos dos povos indígenas e, conseqüentemente, para a construção de uma sociedade plural.

6 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, A. W. B. D. *Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas*. 2. ed. Manaus: PGSCA-Ufam, 2008.
- ARAÚJO JUNIOR, J. J. *Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ATROARI, A. C. W. *Protocolo de consulta ao povo Waimiri-Atroari*. 2018. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/protocolo_waimiri_atroari_2018.pdf#overlay-context=pt-br/noticias-socioambientais/conhecimento-agricola-quilombola-fica-mais-perto-de-virar-patrimonio-imaterial-brasileiro. Acesso em: out. 2019.
- BARRETO FILHO, H. T. Populações tradicionais: introdução à crítica da ecologia política de uma noção. In: ADAMS, C.; MURRIETA, R.; NEVES, W. (org.). *Sociedades caboclas amazônicas: modernidade e invisibilidade*. São Paulo: Fapesp; Annablume, 2006. p. 109-143.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: out. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 1.775* (Procedimento administrativo de demarcação), de 8 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: out. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 5.051* (Convenção nº 169 da OIT), de 19 de abril de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: out. 2019.
- BRASIL. *Decreto nº 97.837* (homologa a demarcação administrativa da Área Indígena WAIMIRI-ATROARI), de 16 de junho de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D97837.htm. Acesso em: out. 2019.
- BRASIL. Justiça Federal Seção Judiciária do Amazonas. *Ação Civil Pública nº 1001605-06.2017.4.01.3200*. Autor: Ministério Público Federal. Réus: União e Fundação Nacional do Índio. Juíza Federal: Raffaella Cássia de Souza. Manaus, 18 de agosto de 2017. Disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/pje-web/login.seam>. Acesso em: out. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 6.001* (Estatuto do Índio), de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: out. 2019.
- BRASIL. *Ministério Público do Estado do Paraná: Legislação Geral sobre Comunidades Tradicionais*. Disponível em: <http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=62>. Acesso em: set. 2019.
- BRÍGIDA, Y. S. S.; BENTES, N. S. A sacralidade da pessoa num mundo multicultural. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 31, n. 2, ed. 657, p. 120-136, abr./maio 2019.
- CALEGARE, M. G. A.; HIGUCHI, M. I. G.; BRUNO, A. C. dos S. Povos e comunidades tradicionais: das áreas protegidas à visibilidade política de grupos sociais portadores de identidade étnica e coletiva. *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. XVII, p. 115-134, 2014.
- CARNEIRO DA CUNHA, M.; ALMEIDA, M. W. B. Populações tradicionais e conservação ambiental. In: CAPOBIANCO, J. (org.). *Biodiversidade amazônica. Avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefícios*. São Paulo: Estação Liberdade; Instituto Socioambiental, 2001.
- CAVALCANTE, T. M. M. A. Multiculturalismo no Brasil: uma análise da evolução na defesa da identidade dos povos indígenas. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Recife, n. 11, p. 359-374, 2018.
- DUPRAT, D. (org.). *Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais*. Brasília: ESMPU, 2015.
- FUNAI. *Entenda o processo de demarcação*. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-53>. Acesso em: out. 2019
- GRABNER, M. L. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 14, n. 45, p. 11-65, jul./dez. 2015.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Declaração das Nações Unidas Sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf. Acesso em: out. 2019.

MACHADO, C. *O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MODERNELL, B. D. L.; OLIVEIRA, D. M. O novo constitucionalismo latino-americano e os desafios para uma sociedade plural e jusdiversa. In: SILVEIRA, E. D. da; CAMARGO, S. A. F. de (coord.). *Socioambientalismo de fronteiras: direito indígena e ambiental*. Curitiba: Juruá, 2018. V. 6.

MOURA, M. V. L. *Terra indígena Waimiri-Atroari e a BR-174: direitos constitucionais em conflito na Amazônia brasileira à luz da técnica de ponderação*. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Roraima, 2017. Disponível em: http://ufrbr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=324:terra-indigena-waimiri-atroari-e-a-br-174-direitos-constitucionais-em-conflito-na-amazonia-brasileira-a-luz-da-tecnica-de-ponderacao-autora-mariana-von-linde-moura-orientador-prof-dr-isaias-montanari-junior&id=66:monografia-2017-2&Itemid=314. Acesso em: out. 2019.

MPF. Ministério Público Federal. 2018. *Ação Civil Pública c/c pedido de tutela provisória de urgência em face de Estado do Pará* – Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Sustentabilidade do Pará. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_suspensao_licenciamento_complexo_hidreletrico_rio_cupari_pa_consulta_previa_livre_informada.pdf. Acesso em: out. 2019.

NOGUEIRA, C. B. C. *A autodeterminação dos povos indígenas frente ao Estado*. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2016.

OLIVEIRA, A. D. C. Direitos e/ou povos e comunidades tradicionais: noções de classificação em disputa. *Desenvolvimento e Meio Ambiente*, Paraná: Editora UFPR, v. 27, p. 71-85, 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. Assembleia geral. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, de 13 de setembro de 2007. Disponível em: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: out. 2019.

PIOVESAN, Flavia. *Parecer da dra. Flavia Piovesan do dia 23 de março de 2009*. Disponível em: www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/gt-quilombos/legislacao-1/adi3239/parecer-dra-flavia-piovesan-do-dia-23-de-marco-de-2009. Acesso em: out. 2019.

SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. 2005. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/SANTILLI_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf.

SOUZA FILHO, C. F. M. de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

STF. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Item 241 de 378. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202051>. Acesso em: out. 2019.

WAGNER, D. F. *Dez anos após a entrada em vigor da Convenção 169 da OIT no Brasil: um olhar sob a perspectiva da efetividade*. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=acf73df8e44ed30b>.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

MODELO(S) DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA DO SUL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.106-115>

Recebido em: 16/10/2019

Modificações solicitadas em: 18/11/2019

Aceito em: 20/1/2020

Danielle Sales Echaiz Espinoza

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2019). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (2008). Especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (2006) e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário Cesmac. <http://lattes.cnpq.br/3464455893088027>. <https://orcid.org/0000-0002-5366-8093>. daniellechaiz@uol.com.br

RESUMO

O presente artigo analisa os sistemas de justiça constitucional de cinco países da América do Sul – Chile, Peru, Paraguai, Venezuela e Argentina – com o objetivo de demonstrar as dificuldades para a elaboração de um ou vários modelos de justiça constitucional para a região. Aborda a proposta clássica de Louis Favoreu acerca dos modelos de justiça constitucional e também enfrenta a tese de Pablo Pérez Trepms sobre a adoção de uma tipologia de sistemas de justiça constitucional na América Latina, contrastando-as com a organização da justiça constitucional em cada um desses países. As peculiaridades encontradas nesse grupo sugerem que é impossível se estabelecer um modelo único de justiça constitucional sul-americana e que qualquer tentativa de se elaborar sistemas para enquadrar os países da região deverá enfrentar uma enorme dificuldade para agrupar organizações tão diversificadas.

Palavras-chave: Direito constitucional comparado. Justiça constitucional. Modelos de controle de constitucionalidade.

CONSTITUTIONAL JUSTICE MODEL (S) IN SOUTH AMERICA

ABSTRACT

The present study analyzes the constitutional justice systems of five South American countries – Chile, Peru, Paraguay, Venezuela and Argentina, with the objective of demonstrating the difficulties for the development of one or more models of constitutional justice to the region. Addresses the classic proposal of Louis Favoreu on the models of constitutional justice and also faces Pablo Pérez Trepms's thesis on the adoption of a typology of constitutional justice systems in Latin America, by contrasting them with the organization of constitutional justice in each of these countries. The peculiarities found in this group suggest that it is impossible to establish a unique model of constitutional justice South – American and that any attempt to develop systems to frame the countries of the region must face enormous difficulty in grouping such diversified organizations.

Keywords: Comparative constitutional law. Constitutional justice. Constitutionality control models.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Sistemas de justiça constitucional na América Latina – proposta de Pablo Pérez Trepms. 3 Justiça constitucional no Chile. 4 Justiça constitucional no Peru. 5 Justiça constitucional no Paraguai. 6 Justiça constitucional na Venezuela. 7 Justiça constitucional na Argentina. 8 Convergência de modelos, hibridização e mudanças na caracterização de um sistema de jurisdição constitucional. 9 Conclusão. 10 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em seu magistral estudo sobre as Cortes Constitucionais, Favoreu (2004) analisa a organização da justiça constitucional em diversos países sob a perspectiva do modelo europeu de justiça constitucional concentrada.

São características comuns desse modelo: o contexto institucional e jurídico particular com dualidade de jurisdições (contencioso administrativo e contencioso ordinário), a especialização do contencioso constitucional em órgão autônomo, fora da instância judicial, responsável pelo monopólio no exercício da justiça constitucional, a indicação política dos membros desses tribunais – que nem sempre serão juízes de carreira – e a concentração da competência para realizar o controle de constitucionalidade com eficácia *erga omnes*, seja por via principal (por ação direta) seja por via incidental (por meio de recurso da parte ou por via de remessas de autos).

Contrapondo-se a este, situa-se o modelo estadunidense de justiça constitucional difusa, cujas características gerais poderiam ser reunidas nos seguintes traços: exercício da jurisdição constitucional pela justiça ordinária, a possível presença da questão constitucional em qualquer litígio, a ausência de contencioso constitucional – o que se deve em parte à unidade da jurisdição norte-americana, na qual não existe diferença entre tribunais administrativos e tribunais judiciários – e a eficácia *inter partes* das decisões.

A experiência fracassada de alguns países europeus com o controle difuso (na Alemanha de Weimar) e a desconfiança generalizada no Poder Judiciário ante a postura complacente de juízes ordinários durante os regimes nazi-fascistas, foram fatores que também contribuíram para a rejeição do modelo estadunidense e que justificaram a opção feita por boa parte dos países da Europa continental do pós-guerra pelo modelo de justiça constitucional kelseniana (austríaca).

Uma das dificuldades com que o autor se depara, que é particularmente relevante para o presente estudo, refere-se à caracterização da justiça constitucional dos países latino-americanos. Não houve, de fato, nas outras Américas (Central e do Sul), a escolha por um dos modelos assinalados, mas a integração dos dois, o que levou Favoreu (2004, p. 135) a considerar que “[...] ao lado dos modelos estadunidense e europeu, há também um modelo sul-americano, cujas características comuns ainda não foram definidas”.

Haveria realmente a possibilidade de se definir um modelo de justiça constitucional sul-americano? Diante da aguda hibridização dos modelos clássicos nesses países não seria melhor se falar em diversos modelos? Ou, ainda, em razão da diversidade de combinações em que se insere a justiça constitucional sul-americana, não seria mais apropriado falar em critérios de classificação do que em modelos abrangentes de jurisdição constitucional?

São questões sobre as quais o trabalho pretende se debruçar, mediante a análise comparada da organização da justiça constitucional em alguns países da América do Sul. A seleção dos países teve por base a proposta de Pablo Perez Tremps (2003) acerca dos diversos sistemas de justiça constitucional na América Latina.

2 SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA – PROPOSTA DE PABLO PÉREZ TREMPs

Segundo Belaunde (2004), os países recém-independentes da América Latina foram profundamente influenciados por dois sistemas jurídicos: o francês e o norte-americano. A influência francesa foi evidente na estruturação do poder político, sobretudo na limitação do Estado diante dos direitos do homem e da doutrina da separação dos Poderes.

Já dos Estados Unidos, considerados exemplos mais próximos de colônias independentes de sucesso, foram herdados o sistema de governo presidencialista e o Estado Federal. Como também ressalta o autor, a ampla divulgação de duas literaturas jurídicas específicas (“*The federalist papers*” e “*La démocratie em Amérique*”) teve forte impacto na formulação dos sistemas constitucionais nesses países (FIX-ZAMUDIO, 1989; BALAUDE, 2004).

Em razão disso, praticamente todos os países da América Latina, até meados do século 20, haviam incorporado o modelo norte-americano de controle de constitucionalidade em seus ordenamentos. O transplante legal da revisão judicial norte-americana para o contexto hispânico e português, tradicionalmente associado

ao sistema romano-germânico, como adverte Fix-Zamudio (1989), provocou o surgimento de institutos processuais bem peculiares que se distanciam do modelo original, como a criação do recurso de inconstitucionalidade perante a Corte, com competência específica para apreciá-lo.

A influência do modelo europeu apenas se fez sentir a partir da década de 30 do século 20. Ainda assim, é preciso ressaltar que, antes mesmo da execução do modelo de justiça concentrada kelseniano na Áustria em 1920, já havia surgido, em alguns países sul-americanos, como a Colômbia (1910) e a Venezuela (1893), mecanismos de jurisdição concentrada, inclusive com a criação da ação popular de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* (BALAUNDE, 2004).

Nesse sentido, diversos elementos do modelo europeu foram sendo introduzidos nos ordenamentos jurídicos da região: na Bolívia, a Constituição de 1967 atribuiu à Corte Suprema o monopólio no exercício do controle incidental de constitucionalidade, com efeitos *inter partes* (ALCALÁ, 2003); no Brasil, a Constituição de 1934 criou um mecanismo para conferir eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade difuso, e a Constituição de 1946 introduziu a ação direta de inconstitucionalidade interventiva; no Chile, a Constituição de 1925 designava o controle de constitucionalidade incidental à Corte Suprema de Justiça; o Equador, em 1945, e o Peru, em 1979, criaram o Tribunal de Garantias Constitucionais (ALCALÁ, 2003).

A influência dos tribunais constitucionais europeus no segundo pós-guerra, o restabelecimento dos regimes democráticos na América Latina, bem como a intensa circulação de literatura jurídica neoconstitucionalista, proporcionaram, a partir da década de 80 do século 20, um fortalecimento da jurisdição constitucional na região. Muitos países, inclusive (como Chile, Colômbia, Bolívia, Peru e Equador), criaram seus próprios tribunais constitucionais (VILLALOBOS, 2010).

Nesse cenário, fica muito difícil manter a dicotomia modelo estadunidense *versus* modelo europeu para analisar a disposição da justiça constitucional na América Latina.

Como destaca Segado (2014), a América Latina é um verdadeiro “laboratório” de jurisdição constitucional, criando institutos processuais diversos e evidenciando uma contundente hibridização dos modelos tradicionais. Se, porém, os sistemas de justiça constitucional na região não se encaixam em nenhum deles, seria possível reconduzi-los a um modelo próprio ou sul-americano, como imaginou Favoreu (2004)?

Parece uma hipótese bem difícil de construir, mesmo que se intente defender um modelo misto de justiça constitucional, pois as contingências de cada país irão demonstrar que não há uniformidade nos elementos adotados de um ou outro modelo clássico.

Além disso, se por jurisdição constitucional deva se entender não apenas o controle de constitucionalidade de normas (proteção da ordem objetiva constitucional ou jurisdição constitucional orgânica), mas também a defesa dos direitos fundamentais (proteção da ordem constitucional subjetiva, por meio das garantias constitucionais – como *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de segurança, denominada de jurisdição constitucional das liberdades), a caracterização do sistema de justiça constitucional ficará bem mais complexa.

Na tentativa de elaborar critérios para a identificação de modelos de justiça constitucional na América Latina, Tremps (2003) identifica, ao menos, três sistemas:

1. Sistema de Tribunal Constitucional – tribunal situado fora do Poder Judiciário, autônomo, especializado e especial que exerce *com monopólio ou não a jurisdição* constitucional (Bolívia, Colômbia, Chile, Peru, Equador, Guatemala).
2. Sistema de órgão especializado dentro do Poder Judiciário (Costa Rica, Paraguai, Venezuela).
3. Sistema de atribuição de justiça constitucional a órgãos judiciais não especializados (Argentina, Brasil, México).

Como observa o autor, a existência de tribunais especializados não significa que outros tribunais ou instâncias não possam realizar compartilhadamente o controle de constitucionalidade, o que torna possível identificar não apenas um sistema no item 1) disposto supra, mas, de fato dois: a) sistema de tribunal constitucional *com monopólio* da jurisdição constitucional e b) sistema de tribunal constitucional *com exercício da jurisdição compartilhada* com outros órgãos.

Partindo da proposta de Tremps, seriam identificáveis, assim, quatro sistemas de justiça constitucional na região:

1. Sistema de tribunal constitucional com monopólio da jurisdição constitucional.
2. Sistema de tribunal constitucional com exercício da jurisdição compartilhada com outros órgãos.
3. Sistema de órgão judicial especializado.
4. Sistema de atribuição de justiça constitucional a órgãos judiciais não especializados.

Embora tal proposta já contemple em si uma ampla diversidade de sistemas, seria realmente adequada para abranger as peculiaridades da justiça constitucional apenas na América do Sul? Seleccionamos cinco países da região que podem ilustrar a insuficiência ou inadequação da proposta de Tremps: Chile, Peru, Paraguai, Venezuela e Argentina.

3 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO CHILE

A Constituição chilena de 1925 atribuiu à Corte Suprema a possibilidade de declarar inaplicável um preceito legal contrário às disposições constitucionais, seja por iniciativa própria nos processos de sua alçada ou pela via de recursos das partes.

Os tribunais de primeira instância e as cortes de apelação não poderiam declarar a inaplicação da lei inconstitucional, tampouco poderiam suscitar a questão por meio de recurso à Corte Suprema. Como registra Alcalá (2003), havia uma forte concepção instalada na Constituinte de 1925 de que atribuir o controle de constitucionalidade das leis aos tribunais ordinários acabaria politizando os juízes e, por isso, tal técnica deveria ser evitada.

Essa ideia permaneceu arraigada na prática judicial chilena, revelando-se, mais tarde, responsável pelo conservadorismo e timidez da Corte Constitucional instaurada em 1980. Segundo considerações de Couso e Hilbink (2010), durante muito tempo, e por raízes históricas de interferência do Executivo no Poder Judiciário, tanto a corte constitucional quanto juízes ordinários se eximiram de realizar uma defesa firme dos direitos fundamentais e da ordem constitucional, demonstrando uma completa indiferença política.

Este cenário somente começou a ser modificado, segundo os autores supracitados, em 2006, quando a Corte abandona suas posições formalistas e exegéticas para adotar uma postura mais influente e firme na defesa da Constituição.

A Constituição vigente de 1980 criou o Tribunal Constitucional como órgão independente, fora do poder judicial, com competência para exercer a jurisdição constitucional de forma especializada. Originalmente, era encarregado de exercer o controle preventivo das leis, com eficácia *erga omnes*. Tratava-se de jurisdição concentrada, mas dividida com a Corte Suprema que exercia o controle posterior das leis, mediante o instituto do recurso de inaplicabilidade com efeitos *inter partes* (ALVARÉZ, 2007).

A reforma constitucional, instituída em 2005, reformulou a jurisdição constitucional chilena, alterou o número de membros do Tribunal Constitucional, de sete para dez, e modificou a nomeação dos mesmos, eliminando a participação do Conselho de Segurança Nacional que, antes, designava dois membros – passando a ser integrado por três membros indicados pelo presidente, três pela Corte Suprema e quatro pelo Senado e pela Câmara (ALVARÉZ, 2007).

Uma das maiores alterações foi a supressão do controle de constitucionalidade realizado pela Corte Suprema. A partir de então, o Tribunal Constitucional passou a exercer, com exclusividade, o controle de constitucionalidade de normas, tanto preventivo quanto repressivo, recebendo, inclusive, o recurso de inconstitucionalidade que, além de continuar à disposição da parte litigante, passou a estar disponível também aos juízes e tribunais ordinários. Nas palavras de Alvaréz (2007, p. 257), a reforma acabou

[...] con esta dualidade perturbadora de organos y sistemas. Concluye en Chile el controle concentrado, pero compartido, entre los tribunales de naturaleza diferente; y concluye la dispersión entre el control preventivo y el control correctivo o remedial de preceptos legales. Pero, principalmente, se pone fin a dos interpretaciones contrapuestas de la Constitución que llegaron a generar incerteza e inseguridad jurídica.

Dessa forma, a organização atual da justiça constitucional chilena evidencia um sistema de tribunal constitucional com monopólio no exercício do controle de constitucionalidade tanto pela via abstrata/principal quanto pela via concreta/incidental.

Não se pode afirmar, contudo, que seria um sistema de tribunal constitucional com monopólio de jurisdição constitucional, tendo em vista que a defesa de liberdades, ou seja, a tutela dos direitos fundamentais (ou jurisdição constitucional subjetiva) continua, no sistema chileno, a ser realizada pelas Cortes de apelação e pela Corte Suprema nos casos de sua competência, seja por meio do recurso de proteção – semelhante à ação de amparo espanhol ou mandado de segurança brasileiro – seja em sede de *habeas corpus* (COUSO; HILBINK, 2010). Tal constatação impossibilita o enquadramento da justiça constitucional chilena no sistema de Tribunal Constitucional com monopólio de jurisdição constitucional.

4 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO PERU

A Constituição peruana de 1826, profundamente influenciada pela Constituição napoleônica, estabeleceu o controle político de constitucionalidade a ser realizado pelo Senado. Essa tradição foi seguida por constituições posteriores (pela de 1826, de 1828, de 1834 e de 1839), com uma pequena alteração no órgão de controle que passa a ser o Congresso. Apenas na Constituição de 1856 surge o princípio da nulidade da lei contrária à Constituição (SUÁREZ, 2014).

Como assinala Suárez (2014), contudo, é possível identificar alguns precedentes, desde 1920, da Corte Suprema, nos quais afirma seu poder para realizar o controle difuso. O mais famoso foi o caso do jornalista Luis Pardo, preso em 1920 por oposição ao regime político autoritário da época. Após a notícia de que tinha interposto um *habeas corpus*, as autoridades o expulsaram do país. Pardo recorreu à Corte Suprema para anular seu ato de expulsão, alegando ofensa às garantias constitucionais, e a Corte decidiu a seu favor.

A lei orgânica do Poder Judiciário, aprovada em 1936, regulamentou, em previsão expressa, o controle difuso a ser realizado por qualquer juiz ou tribunal, tendo a Corte Suprema de se manifestar em última instância sobre a questão. De acordo com a análise de Suárez (2014), em razão do forte positivismo jurídico predominante na época, durante muito tempo o instituto ficou praticamente sem aplicação.

Com a Constituição de 1979, introduziu-se (ao lado do controle difuso) o controle concentrado de constitucionalidade no país. Era exercido pelo Tribunal de Garantias Constitucionais que detinha a competência para julgar as ações diretas e abstratas de inconstitucionalidade, com efeitos *erga omnes* e rever decisões denegatórias de *habeas corpus* e amparo das cortes de apelação.

O tribunal integrava o Poder Judiciário e, conforme relato de Alcalá (2003), sua atuação foi ineficaz na proteção de direitos, o que se devia, em parte, ao contexto político, social e econômico instável marcado por terrorismo e profunda crise econômica.

A Constituição vigente desde 1993, manteve o controle concentrado ao lado do controle difuso de forma bastante peculiar, estabelecendo o que Saraiva (2014) denomina de “circuito de jurisdição constitucional”.

Tal circuito coordena o Tribunal Constitucional – órgão autônomo, fora da estrutura judicial – com o Poder Judiciário, cabendo ao primeiro precipuamente o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* e, ao segundo, o controle difuso. Nesse último caso, os juízes e tribunais exercem o controle incidental no caso concreto, e o órgão que definirá em última instância a matéria não será o Tribunal Constitucional, mas a Corte Suprema, por meio de sua Câmara Constitucional (SARAIVA, 2014).

Vale frisar que na hipótese do controle difuso, ainda que realizado pela Câmara Constitucional da Corte Suprema, as decisões terão sempre efeito *inter partes* e os juízes e tribunais se limitarão a declarar a inaplicabilidade da norma por incompatibilidade com a Constituição. A atuação da Câmara Constitucional, ao revisar as questões vindas de outras instâncias, funciona como um mecanismo de uniformização de jurisprudência (SARAIVA, 2014).

O interessante é que há disposição expressa em lei que, no exercício do controle difuso, os juízes e órgãos judiciais, inclusive a Câmara Constitucional, devem interpretar as normas conforme os princípios e preceitos estabelecidos pelo Tribunal Constitucional, intérprete supremo da Constituição (SARAIVA, 2014).

A partir dessas considerações fica difícil enquadrar o Peru simplesmente no primeiro sistema de justiça constitucional de Tremps – sistema de tribunal constitucional com monopólio da jurisdição constitucional. É verdade que há Tribunal Constitucional, mas este não exerce o monopólio de jurisdição constitucional, uma vez que claramente o controle difuso é exercido pelas instâncias judiciais.

Por outro lado, há um órgão judicial especializado (segundo sistema proposto por Tremps – sistema de tribunal constitucional com exercício da jurisdição compartilhada com outros órgãos) e a Câmara Constitucional, que funciona como última instância do controle difuso e realiza a uniformização da matéria constitucional ainda não apreciada pelo Tribunal Constitucional.

Dessa forma, os critérios de Tremps – como existência de um Tribunal Constitucional e a presença de um órgão judicial especializado – deveriam mesclar-se para refletir adequadamente a realidade da Jurisdição constitucional peruana.

5 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO PARAGUAI

A lei orgânica dos Tribunais de 1918 introduziu no ordenamento jurídico paraguaio a possibilidade de uma mais alta Corte do país na época, o Superior Tribunal de Justiça, rever as sentenças definitivas de outros tribunais, sob a alegativa de serem contrárias à Constituição (BONNET; MEDONÇA, 1997).

O controle de constitucionalidade de normas foi incorporado apenas pela Constituição de 1967, que conferia competência à Corte Suprema de Justiça para declarar a inconstitucionalidade ou inaplicabilidade de normas contrárias à Constituição. Estava sempre associado ao caso concreto e as decisões tinham efeitos *inter partes*. O procedimento poderia ser iniciado via ação direta ou por exceção em qualquer instância (BONNET; MEDONÇA, 1997).

A larga tradição em regimes autoritários, associada à completa falta de independência do Poder Judiciário, acabou por tornar irrelevante a atuação da justiça constitucional no país, que somente começa efetivamente a dar seus primeiros passos com a redemocratização, em 1992 (LÖSING, 2002). A Constituição deste ano, vigente atualmente, atribui ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, cabendo, no entanto, à Corte Suprema, por meio de uma Câmara Constitucional, exercer a jurisdição constitucional de forma especializada e concentrada (LÖSING, 2002).

A Câmara Constitucional recebe a ação de inconstitucionalidade e a exceção de inconstitucionalidade. A ação de inconstitucionalidade pode se dar em relação a normas ou em relação a sentenças definitivas ou interlocutórias contrárias à Constituição. Já a exceção de inconstitucionalidade pode ser proposta por qualquer das partes, na contestação ou réplica, quando entenderem que a demanda ou a defesa se apoiem em norma inconstitucional. A exceção pode ocorrer também em segunda ou em terceira instância, na motivação do recurso ou em sua contestação (LÖSING, 2002).

Não há controle abstrato, a Câmara Constitucional deverá declarar a inaplicação da norma no caso concreto e a regra é do efeito *inter partes* das decisões, conforme o artigo 260 da Constituição. Segundo registro de Lösing (2002), no entanto, existe jurisprudência da Corte Suprema imputando efeito *erga omnes* às suas decisões nos casos em que ela própria revê, por meio de sessão Plenária, as decisões da Câmara Constitucional.

Dessa forma, as decisões de inconstitucionalidade proferidas pela Câmara Constitucional seguem tendo apenas efeitos *inter partes*, porém, se forem revisadas pelo Pleno da Corte Suprema, terão efeitos *erga omnes*.

Como assinala Alcalá (2003), a possibilidade de revisão das decisões da Câmara Constitucional retira a independência do órgão especializado para realizar o controle de constitucionalidade e confere ao Pleno da Corte Suprema o papel de verdadeiro guardião da Constituição.

A análise da estrutura da justiça constitucional no Paraguai demonstra outra inadequação dos critérios apontados por Tremps. O Paraguai, segundo o autor, enquadra-se no segundo sistema de justiça constitucional: o de órgão judicial especializado. Como foi ressaltado, entretanto, embora a Câmara Constitucional atue como órgão especializado, suas decisões podem ser revistas pelo Plenário da Corte Suprema, a quem cabe verdadeiramente o papel de guardião da Constituição. O Pleno da Corte, porém, não é órgão especializado, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Outra insuficiência no mesmo sistema é que ele não abrange as diferenciações que possam existir entre países que adotam o modelo de órgão especializado. A organização da jurisdição paraguaia é realizada, em princípio, por um órgão especializado que exerce o monopólio do controle de constitucionalidade. Muito

embora a proteção dos direitos fundamentais possa ser realizada por qualquer juiz ou tribunal, por meio das garantias constitucionais, o controle de constitucionalidade somente pode ser feito pela Corte Suprema, de forma concentrada nos moldes já analisados.

Obviamente, todavia, esse não é o único padrão de justiça constitucional realizado por órgão judicial especializado. O sistema venezuelano mostrará que esse órgão pode, além de ser autônomo, executar a jurisdição constitucional compartilhada com outros órgãos.

6 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA VENEZUELA

Na Venezuela, desde cedo, desenvolveu-se a tradição do controle de constitucionalidade concentrado, antecedendo, inclusive, as formulações europeias sobre o tribunal constitucional austríaco (BREWER-CARÍAS, 2011). Essa tradição remonta à Constituição de 1858, que, além de estabelecer a competência exclusiva da Corte Suprema de Justiça para se manifestar sobre a inconstitucionalidade das normas, ainda inovou com a criação de um instituto processual bem peculiar para o desenvolvimento da jurisdição constitucional na época: a ação popular direta de inconstitucionalidade (ALCALÁ, 2003).

Pela Constituição de 1961, entretanto, introduz-se o controle difuso que passa a conviver, desde então, com o controle concentrado exercido pela Suprema Corte de Justiça.

A Constituição vigente de 1999 mantém o modelo misto, mas inova com a criação da Câmara Constitucional do Tribunal Supremo, órgão especializado na jurisdição constitucional.

A Câmara Constitucional tem competência exclusiva para declarar a nulidade das leis, realizar controle de constitucionalidade preventivo dos tratados internacionais, revisar ofício da constitucionalidade dos decretos do Executivo, resolver as inconstitucionalidades por omissão do legislador nacional e revisar as sentenças que envolvam o exercício do controle de constitucionalidade difuso (BREWER-CARÍAS, 2011).

Embora a Câmara Constitucional seja um órgão especializado em jurisdição constitucional e suas decisões sejam vinculantes, inclusive, para as outras Câmaras do mesmo Tribunal – não podendo ser revistas nem mesmo pelo Pleno –, o controle de constitucionalidade, bem como a jurisdição de liberdades, é exercido por todos os juízes venezuelanos (BREWER-CARÍAS, 2011).

Nesse sentido, ao lado do Paraguai a Venezuela integraria o segundo sistema proposto por Tremps: o de jurisdição constitucional exercida por órgão judicial especializado.

Os dois exemplos apresentam, no entanto, situações bem peculiares que poderiam embasar a subdivisão do próprio sistema proposto pelo autor. Assim, poderia se falar em jurisdição constitucional exercida por órgão judicial especializado com monopólio do controle de constitucionalidade (Paraguai) e de jurisdição constitucional exercida por órgão judicial especializado com controle de constitucionalidade compartilhado com outros órgãos judiciais (Venezuela).

7 JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA ARGENTINA

A característica marcante da justiça constitucional na Argentina é a conservação, até os dias atuais, do modelo difuso de controle de constitucionalidade em sua formulação clássica.

Apesar de toda a influência que a região sofreu do modelo europeu, a Argentina resistiu ao controle concentrado, à ideia de Tribunal Constitucional, de controle abstrato e de eficácia *erga omnes* nas decisões em controle de constitucionalidade.

Na concepção de Dalla Via (2010), o contexto histórico que justificou a criação dos tribunais constitucionais europeus impede que o modelo seja transplantado para todos os países, especialmente para a Argentina, onde o modelo norte-americano foi adotado desde a independência, encontra-se arraigado na sua história constitucional e tem um funcionamento bastante razoável.

O controle de constitucionalidade não tem previsão expressa na Constituição. A própria jurisprudência da Corte Suprema foi delineando seus contornos. Em 1863 foi regulamentado o recurso extraordinário que possibilitava à Corte Suprema decidir definitivamente as questões relativas à inconstitucionalidade dos atos dos poderes públicos (DALLA VIA, 2010).

A reforma constitucional em 1994 estabeleceu uma espécie de *writ of certiorari*, ao permitir certa discricionariedade da Corte Suprema para admitir o recurso extraordinário. As mesmas regras do modelo estadunidense passaram a ser aplicadas: a inconstitucionalidade é declarada no caso concreto e de forma incidental. A própria Corte Suprema já afirmou entendimento no sentido de excluir qualquer possibilidade de realizar controle abstrato, reafirmando a doutrina norte-americana de que não é função do Judiciário dar declarações gerais para fixar o alcance das normas (DALLA VIA, 2010).

Nesse sentido, ao longo dos anos a Suprema Corte sedimentou os seguintes critérios para a realização do controle de constitucionalidade: a) poderá ser suscitado por qualquer pessoa prejudicada por uma norma inconstitucional; b) só pode ser suscitado pelo prejudicado; c) não é cabível a impugnação de inconstitucionalidade se o objeto não for a inaplicabilidade da norma, e sim o estabelecimento de um regime normativo distinto, o que só caberia ao legislador; d) só há declaração de inconstitucionalidade se tiver sentença condenatória favorável ao impugnante; e) não há inconstitucionalidade se a questão for resolvida por princípios e regras diferentes da lei impugnada; e f) a impugnação deve ser formulada contra a parte que causou o prejuízo (DALLA VIA, 2010).

Embora as decisões de inconstitucionalidade da própria Suprema Corte não tenham efeitos *erga omnes*, sua jurisprudência, na lição de Dalla Via (2010, p. 42),

[...] cristalizan un plano de producción jurídica sobre el que nadie puede volver, salvo el propio tribunal si en un caso posterior análogo cambia su criterio, y aun así, la modificación no autoriza a sacudir retroactivamente la cosa juzgada de las decisiones adoptadas al abrigo de la jurisprudencia anterior.

Não há dúvida de que a justiça constitucional argentina enquadra-se na terceira sistematização de Tremps: jurisdição constitucional exercida por órgãos judiciais não especializados. Pode-se questionar, no entanto, se esse sistema é suficiente para abranger outras estruturas de justiça constitucional que o autor submete ao mesmo modelo, como o caso brasileiro, em que está presente, além do controle difuso, o controle concentrado e abstrato realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Novamente caberia uma subdivisão na proposta do terceiro sistema de Tremps: sistema de jurisdição constitucional realizada por órgãos judiciais não especializados sem monopólio de controle de constitucionalidade e sistema de jurisdição constitucional realizada por órgãos judiciais não especializados com monopólio de controle de constitucionalidade abstrato/principal.

8 CONVERGÊNCIA DE MODELOS, HIBRIDIZAÇÃO E MUDANÇAS NA CARACTERIZAÇÃO DE UM SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A comparação das estruturas de justiça constitucional de apenas cinco países da América do Sul demonstra uma ampla diversidade de institutos e mecanismos processuais de defesa da Constituição. Nos cinco países analisados evidencia-se a criativa e peculiar combinação dos elementos de modelos clássicos contrapostos por Favoreu (2004), de tal forma que se torna impossível enquadrá-los em um único modelo denominado de “misto”.

Por outro lado, a variedade dos sistemas é tamanha – os cinco países comparados apresentam diferenças marcantes na organização de sua justiça constitucional – que inviabiliza ou, pelo menos, torna insuficiente a tentativa de se criar “modelos” nos quais se possam enquadrar cada país.

Da mesma forma que a dicotomia entre os dois modelos não pode mais subsistir para analisar os diversos sistemas de jurisdição constitucional do mundo – como há algum tempo já vem defendendo a doutrina latino-americana (SEGADO, 2014) – a identificação de um modelo novo ou de novos modelos em contextos de profunda hibridização se torna uma tarefa quase impossível.

Na opinião de Segado (2014), atualmente, até entre os próprios modelos clássicos, pode-se identificar uma convergência entre seus elementos e não mais uma oposição tão evidente.

A própria Áustria, ainda em 1929, afastou-se do modelo kelseniano puro de controle concentrado abstrato, estabelecendo o instituto da reclamação inconstitucional, que permitia a parte no caso concreto, pela via incidental, e, após juízo prévio de inconstitucionalidade do órgão processante da demanda, suscitar o controle de constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional.

Nesse mesmo sentido, diversos outros tribunais europeus criaram mecanismos de controle incidental, seja pela via de remessa dos autos por juízes e tribunais ao Tribunal Constitucional, seja pela via de recurso constitucional (Alemanha) ou recurso de amparo (Espanha).

Também em relação aos efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas, percebe-se certa convergência: ainda que os efeitos *inter partes* sejam típicos do modelo norte-americano, a decisão acaba tornando-se vinculante pela regra da vinculação dos precedentes (*stare decisis*).

Embora não possa ser desenvolvido neste estudo o tema da convergência entre os modelos estadunidense e o europeu, essa breve ilustração reforça a ideia defendida ao longo do trabalho, de que a tentativa de se analisar a jurisdição constitucional (hoje universalizada em contextos democráticos) por meio de modelos dicotômicos, não é adequada.

Talvez a busca pela identificação de critérios pelos quais se possa caracterizar um sistema de justiça constitucional – tais como os propostos por Segado (controle da lei e controle da aplicação da lei/controlado objetivo – controle subjetivo/competência para efetuar o controle de aplicação da lei e instância em que se inicia o controle, etc.) – seja teoricamente mais relevante e mais próxima da realidade sul-americana.

9 CONCLUSÃO

A estrutura e a organização da justiça constitucional no Chile, Peru, Paraguai, Venezuela e Argentina revelam a multiplicidade de elementos que compõem os sistemas jurisdicionais de proteção e defesa da Constituição na América do Sul.

Em meio a graves períodos de instabilidade política e turbulências econômicas e sociais, os países da região conseguiram, ao longo de sua história recente, construir sistemas próprios e criativos de jurisdição constitucional.

A proposta de Pablo Pérez Tremps para sistematizar alguns modelos de justiça constitucional na América Latina, mostrou-se inadequada para “enquadrar” alguns países, como o Peru, onde a jurisdição constitucional se dá tanto pelo Tribunal Constitucional quanto por órgãos judiciais especializados. Também não se revela adequada a caracterização da justiça constitucional do Chile como sistema de jurisdição realizada por Tribunal Constitucional com monopólio da jurisdição, pois o que há é o monopólio apenas do controle de constitucionalidade concentrado, mas não da jurisdição de liberdades.

Revela-se ainda insuficiente o sistema de órgão judicial especializado, pois, no caso do Paraguai, apesar de a Câmara Constitucional ser especializada e concentrar todas as demandas do controle incidental, o órgão que detém a última palavra em sede de controle de constitucionalidade é a Corte Suprema. Já na Venezuela, cuja Câmara Constitucional tem autonomia e exclusividade para realizar o controle concentrado de normas, a jurisdição constitucional é compartilhada com outros órgãos por meio do controle difuso.

O último sistema proposto pelo autor – o da jurisdição constitucional realizada por órgãos judiciais não especializados, também apresenta limitações, especialmente pelo fato de não abranger as profundas divergências entre os países agrupados, como a Argentina e o Brasil, por exemplo.

Tais constatações sugerem, por um lado, que é impossível se estabelecer um modelo único de justiça constitucional sul-americana e, por outro, que qualquer tentativa de se elaborar esquemas teóricos para enquadrar os países da região deverá enfrentar uma enorme dificuldade para agrupar sistemas tão diversificados.

10 REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Tribunales Constitucionales de sudamérica a principios del siglo XXI. *Ius et Praxis* [on-line], 2003, v. 9, n. 2, p. 59-131. ISSN 0718-0012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000200003>. Acesso em: 1º abr. 2018.

ALVARÉZ, Lautaro Ríos. El Nuevo Tribunal Constitucional Chileno. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 11, p. 243-268, 2007. ISSN 1138-4824. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3764313.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.

BELAUNDE, Domingo Garcia. Los tribunales constitucionales en el America Latina. *Revista de Derecho Político*, n. 61, p. 309-322, 2004. ISSN 0211-979X. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/12843a.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2018.

- BONNET, Juan Carlos Medonça; MEDONÇA, Daniel. La justicia constitucional en Paraguay. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 1, p. 293-302, 1997. ISSN 1138-4824. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976352.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.
- BREWER-CARÍAS, Allan. La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional. *Estudios Constitucionales*, a. 9, n. 2, p. 623-638, 2011. Versión on-line ISSN 0718-5200. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200015#7. Acesso em: 23 jun. 2018.
- COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. Del quietismo al activismo insipiente: las raíces institucionales e ideológicas de la defensa de los Derechos en Chile. In: HELMKE, Gretchen; FIGUEROA, Julio Rios (coord.). *Tribunales Constitucionales en América Latina*. 1. ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010. Disponível em: <http://www.uv.mx/veracruz/sea/files/2013/05/Tribunales-Constitucionales-en-America-Latina.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2018.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. La justicia constitucional en Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 1, p. 35-48, 1997. ISSN 1138-4824. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976242.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- DALLA VIA, Alberto Ricardo. Modelos, Tribunales y Sentencias Constitucionales. In: BOGDANDY, Armin von Morales; ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* Tomo I. México: Universidad Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Ciudad Universitaria, 2010. Disponível em: <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/18.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. São Paulo: Lande Editora, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. La justicia constitucional en América Latina. In: *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. Tomo IV. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma del México, 1989. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/57087>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- LÖSING, Norbert. La Justicia constitucional en Paraguay y Uruguay. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, n. 1, p. 109-133, 2002. ISSN 1510-4974. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr8.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2018.
- SARAIVA, Francisco Morales El circuito de la jurisdicción constitucional en el Perú (relaciones complementarias entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial). In: CRUZ, Eto Gerard (coord.). *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. Disponível em: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/libro_30_anos_tomo2.pdf. Acesso: 23 abr. 2019.
- SEGADO, Francisco Fernández. La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional. In: CRUZ, Eto Gerard (coord.). *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. Disponível em: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/libro_30_anos_tomo2.pdf. Acesso: 23 abr. 2019.
- SUÁREZ, Omar Sar. La jurisdicción constitucional en el Perú. In: CRUZ, Eto Gerard (coord.). *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*. Tomo II. Lima: Centro de Estudios Constitucionales, 2014. Disponível em: https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/libro_30_anos_tomo2.pdf. Acesso em: 23 abr. 2019.
- TREMPS, Pablo Perez. La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 1, p. 33-34, jan./jun. 2003. ISSN 1678-9547. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/21>. Acesso em: 1º abr. 2018.
- VILLALOBOS, Marco F. Feoli. *De la justicia constitucional o las justicias constitucionales: la contribución de América Latina (los casos de Colombia y Costa Rica)*. ENCuentro de Latinoamericanistas Españoles: Congreso Internacional, 14., Santiago de Compostela, Espanha: Universidade de Santiago de Compostela; Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, sept. 2010. p. 2.094-2.112. Disponível em: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531530>. Acesso em: 15 jun. 2018.

SÓ É POSSÍVEL HABITAR O QUE SE CONSTRÓI: Uma Compreensão Constitucionalmente Adequada do Direito Fundamental à Moradia no Brasil Contemporâneo

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.116-127>

Recebido em: 13/12/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 26/4/2020

Débora Laís dos Santos Costa

Mestrado em Constitucionalismo e Democracia na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Membro do Grupo de Pesquisa Razão Crítica e Justiça Penal e graduada na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Graduanda em Letras português/inglês pelo Centro Universitário do Sul. <http://lattes.cnpq.br/8735089534918536>. <https://orcid.org/0000-0002-4023-953X>. deboralais.costa@gmail.com

Edson Vieira da Silva Filho

Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte, Mestrado pela Universidade Federal do Paraná. Doutorado pela Estácio de Sá do Rio de Janeiro e Pós-Doutorado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do PPGD da Faculdade de Direito do Sul de Minas. <http://lattes.cnpq.br/2225289002355092>. <https://orcid.org/0000-0002-3997-641X>. evsilvaf@globo.com

RESUMO

Utilizando Heidegger como marco teórico, o trabalho tem o intuito de observar a questão do direito à habitação à luz do constitucionalismo. O déficit de concretização dos direitos humanos em países de modernidade tardia, como o Brasil, especialmente aqueles em que o evento do constitucionalismo contemporâneo se instala com relativo sucesso, torna-se um problema que vai além do político, administrativo e jurídico, esbarrando, antes de mais nada, na questão hermenêutica. Antes de pretender-se a realização do novo, é necessário compreendê-lo em toda a sua extensão para que as questões a ele relativas tenham respostas adequadas. Se o positivismo normativista moderno oferece respostas insuficientes, contraditórias e precárias, há de se buscar o sentido das coisas nelas e em sua mundialidade, único referencial aceitável para que, a partir da compreensão dos entes, cheguem a respostas adequadas. Do chão teórico que faz nascer as novas dimensões jurídicas do morar (muito mais complexo que o simples abrigar) à sua compreensão e aplicação constitucionalmente adequada, há um longo caminho hermenêutico que será abordado neste artigo.

Palavras-chave: Direito de habitação. Constitucionalismo contemporâneo. Direitos humanos. Heidegger.

IT IS ONLY POSSIBLE TO INHABIT WHAT IS BEING BUILT: AN APPROPRIATE CONSTITUTIONALLY UNDERSTANDING OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING IN CONTEMPORARY BRAZIL

ABSTRACT

Using Heidegger as a theoretical framework, the paper aims to observe the issue of the right to housing in the light of constitutionalism. The shortage of the realization of human rights in late modern countries such as Brazil, especially those in which the event of contemporary constitutionalism sets in relatively success becomes a problem that goes beyond the political, administrative and legal issues, touching, first of all, in hermeneutic issue. Before intent the realization of the new, it must be understood to its full extent so that the questions concerning them have adequate answers. If modern normativist positivism offers insufficient, contradictory and precarious answers, must be sought the meaning of things in them and in their globality, the only acceptable reference for the understanding of ones to arrive at adequate answers. From the theoretical ground that gives rise to the new legal dimensions of housing (more complex than the simple housing) to its constitutionally adequate understanding and application there is a long hermeneutic path that will be addressed in this article.

Keywords: Housing law. Contemporary constitutionalism. Human rights. Heidegger.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da família consanguínea à propriedade privada: a caminhada para de-morar-se. 3 Habitação na legislação contemporânea brasileira. 4 Só é possível habitar o que se constrói. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto uma abordagem constitucionalmente adequada, a partir da hermenêutica filosófica heideggeriana, da questão do direito à moradia e sua extensão a partir do constitucionalismo contemporâneo brasileiro que, em 1988, inaugura um modelo de Estado social, plural e democrático, que se projeta para o futuro com a pretensão de ir além das simples regras dinâmicas sociais mas, agora, transformar realidades resgatando promessas não cumpridas da modernidade, como diria Streck (2003).

Desse modo, o trabalho parte da hipótese de que somente a partir de uma leitura constitucionalmente adequada é possível compreender o habitar enquanto direito social fundamental da sociedade brasileira contemporânea, associando-o a questões como dignidade da pessoa humana e efetividade normativa própria do constitucionalismo contemporâneo adotado no país. A reconstrução hermenêutica apresenta-se como caminho viável (ou condição de possibilidade) para a efetivação e execução de tal direito, o qual elenca o rol das promessas esquecidas pelo projeto moderno.

Assim, buscou-se recriar o chão histórico do conceito de moradia e das transformações pelas quais ele passa no segundo pós-guerra, até sua introdução no modelo jurídico brasileiro. Se a teoria chega há mais de 30 anos à compreensão da extensão do direito à moradia, ainda tardia, o resgate hermenêutico de seu sentido é condição de possibilidade para a concretização do que se espera como essencial para a construção de uma sociedade, que tem como objetivos, constitucionalmente declarados, a redução das desigualdades sociais e erradicação da pobreza.

Em um primeiro momento observou-se a proteção constitucional do direito de morar enquanto habitar, tendo como ponto de partida uma análise da propriedade privada, investigando sua construção histórica a partir do segundo pós-guerra, e social por meio do trabalho de Engels (2002). Em um segundo momento traz este instituto ao direito brasileiro contemporâneo pós-Segunda Guerra Mundial, que, pelas atrocidades acontecidas nos campos de concentração e como contraponto à demanda por uma hermenêutica constitucional adequada à compreensão das novas dimensões do morar e, conseqüentemente, da concretização constitucional de tal direito fundamental diante do constitucionalismo contemporâneo, começa a construir-se em *terrae brasilis* em 1988, navegando por águas turbulentas até os dias de hoje.

A partir da crítica hermenêutica do direito de Streck (2014), o presente estudo tem como objetivo buscar uma compreensão adequada do que se propõe como morar e habitar, entes que ganham significações mais amplas e complexas no alvorecer do Brasil do século 21. Por fim, analisará a constitucionalidade do direito brasileiro no que diz respeito à concepção de sentido de morar e habitar.

O instituto da propriedade privada, tal como observa-se na contemporaneidade, constituiu-se depois de certas transformações, as quais a modificou para se adequar à necessidade do homem como indivíduo e ser participante de uma sociedade multicultural. Para se analisar qualquer instrumento benéfico – ou não – do Estado, é necessário que se tenha consciência de que todos são construções e, por esse motivo, não despontaram com a humanidade e, sim, a partir de relações artificiais com necessidades únicas.

Percebe-se, então, que a construção do instrumento, propriedade privada, surgiu, de acordo com Engels (2002) – um dos marcos teóricos utilizados no artigo –, no momento em que a família se transformou em monogâmica e, com isso, o homem da família sentiu a necessidade de assegurar seus bens para o herdeiro da família.

Foi indispensável neste contexto que os bens perpetuassem na gens, e isso somente poderia ser feito com a monogamia – uma vez que esta assegurava a fidelidade da mulher e, por esse motivo, sabia-se que o filho dela seria o herdeiro do pai – e com o auxílio de uma entidade com poderes para garantir os direitos na comunidade, que é o Estado.

O fim da Segunda Guerra Mundial trouxe a necessidade de fixar a utilização da propriedade privada à dignidade da pessoa humana e não a nenhum viés econômico, pois os direitos da pessoa passaram a um patamar elevado por conta das barbáries ocorridas nos campos de concentração.

Depois dessa análise histórica da Segunda Guerra Mundial, observa-se como a propriedade é encarada no direito brasileiro contemporâneo, e, por esse motivo, investiga-se as transformações legislativas que ocorreram por causa da Declaração Universal dos Direitos Humanos, isto é, como a Constituição de 1988 trata a questão da propriedade privada após ratificar a Declaração, fazendo parte dos países-membros da Organização das Nações Unidas.

Ao fim, utilizando-se de Heidegger (1988a, 1988b, e 2013), faz-se uma análise da constitucionalidade do direito brasileiro no âmbito de inferir a conceituação e utilização adequada sob construções de sentido advindas da propriedade privada, como morar e habitar.

O objetivo pretendido foi a pesquisa dos temas que circundam a propriedade privada, limitando-se, porém, a questões quanto ao morar e ao habitar; entretanto, para que seja possível chegar em tal análise, é necessário que se observe as construções históricas que trazem a base para uma investigação mais profunda e, desse modo, sair do lugar comum das pesquisas quanto à propriedade privada.

Foca-se, desse modo, no direito brasileiro contemporâneo e como este observa estas figuras, as quais foram transformando-se durante o tempo, porém sem a adequada fixação de sentido – quanto ao morar e ao habitar – apresentando-se lacunas no direito, o que, por si só, pode vir a trazer questões que prejudicam o direito do proprietário.

Como marcos teóricos, o trabalho utilizou Engels (2002), com *A origem da família, propriedade privada e Estado*, para construir as análises históricas, e Streck (2011) e Heidegger (1988a, 1988b) para fazer a pesquisa quanto à constitucionalidade do direito à propriedade – moradia e habitação.

2 DA FAMÍLIA CONSANGUÍNEA À PROPRIEDADE PRIVADA: A CAMINHADA PARA DE-MORAR-SE

Utilizando-se o livro de Engels (2002), *A origem da família, propriedade privada e Estado*, observa-se, em um primeiro ponto, a constituição daquilo que é percebido como propriedade privada, sendo indispensável a análise dessa instituição para que se caminhe no texto.

Em um segundo momento, é necessário usar Engels, pois a sociedade, para ser tal como é vista hoje, passou por inúmeras transformações. A partir de tais modificações há a construção dos conceitos de família, propriedade privada e Estado, indispensáveis ao trabalho.

As grandes transformações, que aparecem de tempos em tempos na constituição das sociedades, não podem aparecer como obra do acaso, nem da força, tão-só. A causa que as determina deve ser poderosa, residindo essa causa no próprio homem. Se as leis da sociedade humana não são as mesmas das leis da antiguidade, o motivo está em que algo, no próprio homem, se transformou. Temos, realmente, algo do nosso ser, modificando-se de século a século, ou seja, nossa inteligência. Esta está sempre em movimento, quase sempre em progresso, e, por esse motivo, as nossas instituições e lei são sujeitos a mudanças. O homem não pensa mais hoje do mesmo modo que pensava há vinte e cinco séculos, e é por isso, que ele não se governa mais como antes se governava (COULANGES, 2011, p. 14-15).

Iniciando a investigação na família, percebe-se que, de acordo com as pesquisas de Engels (2002) e Morgan (1877), elas eram concebidas de forma diferente das que se conhece hoje. Assim, as famílias eram consanguíneas (ENGELS, 2002, p. 39), isto é, o vínculo que existia era entre as gerações, ou seja, todos tornavam-se maridos e esposas dentro de sua respectiva geração, e, por esse mesmo motivo, todas eram mães de todas as crianças.

Uma vez que não era possível saber com certeza qual era o pai de cada criança, a árvore genealógica focava na mulher do mesmo jeito que os direitos. Assim, percebe-se que, nesta época da história, os direitos eram maternos.

La originalidad del Derecho materno y su relación con un antiguo nivel cultural no se puede negar, lo que también debe valer para los misterios, puesto que ambos fenómenos constituyen solamente dos aspectos diferentes de la misma civilización: son siempre hermanos gemelos. Este resultado es tanto más seguro cuanto que no se puede dejar de afirmar que de ambas expresiones de la ginecocracia, la civil y la religiosa, la última sirve como fundamento a la primera. [...]. La preferencia de la madre al padre, de la hija ante el hijo, resulta de la relación de Coré con Deméter, y no, por el contrario, se abstrae ésta de aquélla. O bien, para ajustarme

todavía más fielmente a las representaciones de la Antigüedad: de ambos significados del *kteís* materno, el místico-cultural es el originario, el predominante; el civil, jurídico, es la consecuencia. En una concepción completamente material-sensual, el *sporium* femenino aparece como representación de los misterios demetriacos tanto en su valor físico más profundo como en el opuesto, más elevado, pero también como expresión del Derecho materno en su forma civil, como lo hemos encontrado en el mito licio de Sarpedón (BACHOFEN, 1861, p. 43).

Dentro das gens – “A palavra latina, gens, que Morgan usa para designar esse grupo de consanguíneos [...]” (ENGELS, 2002, p. 85-86) – as mulheres tinham relações com vários homens, pois todos eram seus maridos. Quando estas concebiam filhos havia a certeza da maternidade, considerando que, por causa da poliandria, não se podia identificar quem era o pai de cada criança.

Com o desenvolvimento da sociedade, esta transformou a família consanguínea em punalua, uma vez que se observou a necessidade de organizar a gens de tal modo que não haveria possibilidade de existir relações entre pais e filhos e entre irmãos.

Foi ocorrendo pouco a pouco, provavelmente começando pela exclusão dos irmãos uterinos (isto é, irmão por parte de mãe), a princípio em casos isolados e depois, gradativamente, como regra geral [...] e acabando pela proibição do matrimônio até entre irmão colaterais [...]. sem dúvida, nas tribos onde esse progresso limitou a reprodução consanguínea, deve ter havido um progresso mais rápido e mais completo que naquelas onde o matrimônio entre irmãos e irmãs continuou sendo uma regra e uma obrigação. Até que ponto se fez sentir a ação desse progresso o demonstra a instituição da *gens*, nascida diretamente dele e que ultrapassou de muito seus fins iniciais. A gens formou a base da ordem social da maioria, senão da totalidade, dos povos bárbaros do mundo [...] (ENGELS, 2002, p. 40).

A estrutura da sociedade é comunista, posto que havia ajuda mútua e dever de assistir as personagens das tribos. Percebe-se, então, que não há conceituação de propriedade privada, pois cada filho tinha seu espaço na casa de sua respectiva mãe. Caso ocorresse a necessidade de adotar alguma pessoa de uma gens ou tribo diferentes, este fato ocorria de maneira simplificada.

De acordo com Morgan (1877), em seu livro *Ancient Society*, as mulheres passaram a ter a necessidade de se tornarem monogâmicas e, desse modo, houve outra transformação na sociedade. Em um primeiro momento ocorreu o fim da poliandria, e as mulheres passaram a pertencer apenas a um homem, e, com isso, foram subjugadas a viver apenas no espaço privado das casas.

Em um segundo momento, com a monogamia veio a necessidade de se modificar como o direito era visto, isto é, passou de direito materno para o paterno, e com isso inúmeros direitos das mulheres foram revogados e transformados em direitos paternos; por exemplo, os filhos homens tinham direito de herança dos bens do pai (COULANGES, 2011).

Com essa modificação na construção familiar encontra-se, também, mudanças na sociedade, pois, uma vez que o pai sabia qual filho era seu – pois ele retirou da mulher a possibilidade de se relacionar com outros homens –, ele poderia transferir todos os seus bens para o seu filho e, desse modo, estes continuariam dentro da família.

[...] as riquezas, à medida que iam aumentando, dava, por um lado, ao homem uma posição mais importante que a dada mulher na família, e, por outro lado, faziam com que nascesse nele a ideia de valer-se desta vantagem para modificar, em proveito de seus filhos, a ordem da herança estabelecida. Mas isso não se poderia fazer enquanto permanecesse a filiação segundo o direito materno. Esse direito teria que ser abolido, e o foi. [...]. Bastou decidir simplesmente que, de futuro, os descendentes de um membro masculino permaneceriam na gens, mas os descendentes de um membro feminino saíam dela, passando a gens de seu pai. Assim, foram abolidos a filiação feminina e o direito hereditário materno, sendo substituídos pela filiação masculina e o direito hereditário paterno (ENGELS, 2002, p. 56-57).

Para que fosse possível tal direito de sucessão era necessário que se construísse a conceituação de propriedade privada, modificando o modo de se observar o domicílio das gens, pois, no início, elas eram firmadas como sociedades comunistas, as quais a propriedade não poderia ser possuída por ninguém. Agora, entretanto, este conceito é reanalisado a fim de se relacionar com o novo contexto social.

A observação da mudança do conceito de propriedade privada é necessária para o trabalho e só pode ser feita após analisar como a família era constituída, uma vez que ambos os institutos têm relação direta e são indispensáveis para que se entenda a questão central do trabalho, isto é, a investigação quanto ao direito de moradia.

O direito materno cedeu ao direito paterno o seu posto e, por isso, a riqueza privada que surgia abriu a primeira brecha na constituição gentílica. Outra brecha adveio, como consequência natural da primeira: ao introduzir-se o direito paterno, a fortuna de uma rica herdeira que se casa passa ao marido dela, [...]; dessa forma, não apenas se terá por lícito mas ainda por *obrigatório*, nesse caso, o casamento da jovem núbil no seio da sua gens, para evitar a saída das riquezas (ENGELS, 2002, p. 101).

O direito paterno e a propriedade privada trouxeram a necessidade de constituir uma instituição que conservaria tais construções, pois elas iniciam-se de modo precário e necessitam de um instituto forte que conseguiria parar qualquer violência para com esses novos conceitos. “E essa instituição nasceu. Inventou-se o Estado” (ENGELS, 2002, p. 110).

A instituição Estado proporcionou um amparo imediato para os personagens; entretanto também destruiu as constituições das gens e colocou a propriedade privada na mão dos nobres.

Em Atenas, por exemplo, a destruição das gens iniciou com o desenvolvimento do comércio marítimo, uma vez que essa atividade trouxe a mistura dos personagens das gens, fratrias e tribos (ENGELS, 2002, p. 111-112), e os indivíduos passaram a ocupar terras diferentes, desequilibrando a estrutura gentílica.

It is evident that the failure of gentile institutions to meet the now complicated wants of society originated the movement to withdraw all civil powers from the gens, phratries and tribes, and re-invest them in new constituencies. This movement was gradual, extending through a long period of time, and was embodied in a series of successive experiments by means of which a remedy was sought for existing evils. The coming in of the new system was as gradual as the going out of the old, the two for a part of the time existing side by side (MORGAN, 1877, p. 263).

No governo de Teseu encontra-se a unificação de Atenas, constituindo um conselho geral, o qual solucionava os conflitos colocando o Estado acima das gens. Dentro deste cenário houve a destruição das gens e o desenvolvimento de novas classes – tais como nobres, agricultores e artesãos.

Deve-se observar que a construção de família e de habitação modificou-se em Atenas, pois, em um primeiro momento, as comunidades eram comunistas, e eventualmente constituíram a propriedade privada, a qual, neste ponto histórico, beneficiava a classe mais rica.

Esta classe economicamente mais favorecida determinou o pagamento de impostos para os pequenos agricultores, os quais perdiam suas terras para as hipotecas, ou, então, tinham de pagar para continuar morando em suas propriedades.

[...] os aristocratas de nascimento em Atenas [...] perderam seus privilégios após as reformas de Sólon, [...]. Aristóteles, em sua *Constituição dos atenienses*, afirma que por muito tempo os nobres e o povo estavam em conflito e que os pobres, suas mulheres e filhos eram escravos dos ricos por conta de suas dívidas. Todas as terras eram propriedade de uns poucos e os devedores insolventes perdiam sua liberdade. Segundo Aristóteles, ainda, Sólon foi o primeiro campeão do povo (GUARINELLO, 2018, p. 83-84).

Percebe-se a importância da propriedade privada como meio de valorização econômica da época, pois a propriedade estava centrada nas mãos de uma classe mais rica. Necessitou-se, assim, que Sólon concebesse leis que impunham a proibição à exigência da hipoteca e à escravidão por endividamento.

[...] obra legislativa de Sólon contemplava normas que iam ao encontro das necessidades do seu tempo, tanto no que diz respeito a problemas sociais [...], como no que se refere a questões relacionadas com a delicada gestão do oikos [...]. Se lhes juntarmos as restantes áreas contempladas nos fragmentos das leis, não deixa de impressionar o alcance do código do velho legislador ateniense; tal facto, além de fornecer um quadro vivo e elucidativo da sociedade ática, ajuda ainda a justificar a fama que, desde a antiguidade, rodeava a figura deste reformador (LEÃO, 2001).

Desse modo, mesmo não sendo possível estagnar a destruição das gens, a legislação de Sólon conseguiu criar uma codificação que respeitasse a propriedade privada, isto é, o direito do sujeito de de-morar-se.

Assim, com o que foi investigado, observou-se as transformações de uma comunidade que se iniciou amparada no direito materno e em gens, mas modificou-se para que houvesse a certeza da filiação; fazendo isso, foi possível estabelecer a propriedade privada na mão de herdeiros.

É necessário tratar dessa transformação para que se possa entender adequadamente a construção artificial da propriedade privada, passando, no próximo item, para uma análise da legislação que apresenta um devido corte histórico, para que seja possível centrar no tema tratado.

3 HABITAÇÃO NA LEGISLAÇÃO CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA

Deve-se fazer um corte histórico dentro do artigo para tratar de forma adequada o tema proposto, e, para isso, é indispensável que se foque, neste momento, na Segunda Guerra Mundial, a fim de observar as bases históricas e sociais que levaram à edificação da Constituição de 1988, mesmo que haja uma trajetória entre a construção histórica do primeiro capítulo até a Segunda Guerra Mundial, e depois do final desta guerra em 1945 até a concepção do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Desse modo, é necessário perceber que a Segunda Guerra Mundial trouxe modificações significativas para o mundo. Entre a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais observa-se um avanço tecnológico, uma mudança na ideologia e o crescimento do nazismo e do fascismo, estabelecendo discursos de ódio que culminaram na morte de 6,5 milhões de judeus, deficientes, homossexuais e ciganos (HOBSBAWM, 1995, p. 57).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e por causa desta, instrumentos de prevenção de barbáries foram estabelecidos, como a Organização das Nações Unidas, a qual foi criada em 1945 e os documentos influenciados por ela.

O artigo limitar-se-á a tratar do âmbito legislativo, e, por esse motivo, a investigação focará na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se apresenta como primeira carta com o objetivo de ser contracultura dos eventos ocorridos nos campos de concentração. Esta Declaração mostrou-se indispensável no momento em que a Constituição da Alemanha legitimou a perseguição de minorias, e, desse modo, criou campos de concentração constitucionalmente legitimados para torturar aqueles que não tinham características iguais aos dos arianos.

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se diz em seu artigo II. E esse reconhecimento universal da igualdade humana só foi possível quando, ao término da mais desumanizadora guerra de toda a História, percebeu-se que a idéia de superioridade de uma raça, de uma classe social, de uma cultura ou de uma religião, sobre todas as demais, põe em risco a própria sobrevivência da humanidade (COMPARATO, 2019, p. 2-3).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi concebida três anos após o final da guerra, em 1948, com o objetivo de assegurar direitos e faculdades imprescindíveis a uma vida plena do indivíduo – independentemente de seu gênero, país, raça e religião –, para que este possa realizar as atividades de sua personalidade física, moral e intelectual (PIOVESAN, 2012).

Observa-se que, desde o preâmbulo, a Declaração preocupa-se em estabelecer uma ordem pública que visa o respeito à dignidade da pessoa humana, a qual passa a se estabelecer em um patamar elevado nas Constituições que serão concebidas a partir da Segunda Guerra Mundial. Em sua redação elenca direitos civis e políticos, contidos nos artigos 3º ao 21, além de direitos sociais, econômicos e culturais, nos artigos 22 a 28.

Encontra-se, no artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à propriedade. Percebe-se, assim, que este direito é englobado nos Direitos Humanos e Fundamentais, necessários para que as pessoas possam ter uma vida digna dentro da sociedade moderna.

[...] são previstos direitos que dizem respeito ao indivíduo em sua relação com grupos sociais nos quais ele participa (o direito à privacidade da vida familiar e o direito ao casamento; o direito à liberdade de movimento no âmbito nacional ou fora dele; o direito à nacionalidade; o direito ao asilo, na hipótese de perseguição; direitos de propriedade e de praticar a religião – arts. 12 a 17) (PIOVESAN, 2012, p. 207).

Com os parâmetros apresentados por esta Declaração, observa-se a necessidade de realizar uma releitura das Constituições, pois estas deveriam resguardar a dignidade da pessoa humana.

Uma vez que as Constituições estabelecidas antes da Segunda Guerra Mundial resguardavam a economia, isto é, preocupava-se em primeiro lugar com a ascensão econômica de uma nação, deixando em segundo patamar os direitos da pessoa humana, foram necessárias algumas mudanças quanto aos direitos fundamentais para que fosse possível juntar-se à Organização das Nações Unidas: “O direito de tornar-se membro das Nações Unidas cabe a todas as nações amantes da paz que aceitarem os compromissos da Carta e que, a critério da Organização, estiverem aptas e dispostas a cumprir tais obrigações” (ONUBR, 2019).

Um exemplo desse fato é o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual observava, em primeiro lugar, a propriedade privada, e depois preocupava-se com o homem que a ocupava, posições que foram repensadas após a Segunda Guerra Mundial.

O impasse sobre a definição do conceito de propriedade poderá ser superado com um texto, apresentado ontem pelo Grupo dos 32, que contempla as duas partes em conflito. Essa fórmula estabelece que o direito de propriedade é protegido pelo Estado, subordinado ao bem estar social, sendo que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação pelos poderes públicos nos casos de necessidade, utilidade pública ou interesse social mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos na Constituição. Para a concretização do acordo, ainda há resistência tanto da parte do Centrão como dos progressistas. O texto dessa emenda procura atender a reivindicação da esquerda, que quer ver a propriedade vinculada ao uso social, e aos centristas, que não aceitam que a desapropriação seja feita sem indenização prévia em dinheiro (SILVA, 1988, p. 3).

Desse modo, percebe-se transformações das Constituições Pós-Segunda Guerra, as quais trouxeram para o centro dos direitos a pessoa e suas garantias individuais, necessárias para o novo cenário histórico que se apresenta.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, no plano internacional, e da re-de-mocratização e conseqüente aprovação da Constituição Federal de 1988, no plano interno, verifica-se a elevação dos direitos humanos ao patamar de valor básico da sociedade, do Estado e da comunidade internacional, almejando-se, com isso, o estabelecimento de uma ordem social mais justa (JUBILUT, 2008).

Para o trabalho é interessante focar na Constituição de 1988, posto que ela se apresenta como a Constituição brasileira que possui um maior número de direitos fundamentais e visa à dignidade da pessoa humana, pois traz questões incorporadas da Segunda Guerra Mundial e da ditadura militar de 1964.

Por esse motivo, entendeu-se que o corte histórico poderia ser realizado. Tem-se, aqui, o objetivo de focar na Constituição de 1988, observando, apenas, as características que foram apresentadas pela contracultura que ocorreu após a Segunda Guerra Mundial.

Assim, como meio de barrar qualquer retrocesso dos direitos conquistados, tem-se as cláusulas pétreas apresentadas no artigo 60, §4º. Em seu rol taxativo encontram-se direitos e garantias individuais, os quais não podem ser modificados por nenhuma lei ou emenda constitucional.

O direito à propriedade privada é encontrado no artigo 5º, inciso XI, o qual expressa a inviolabilidade da casa, tal como apresentado na Declaração Universal dos Direitos Humanos – em seu artigo 17 –, demonstrando a ratificação (UN, 2019) do Brasil para com tal Declaração, uma vez que seus artigos têm validade no território nacional.

Esses direitos são apresentados no rol de direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição, mostrando sua importância para o Estado Democrático de Direito e sua força axiológica dentro do conjunto de leis que o constrói.

Continuando a análise da Constituição, encontra-se, no artigo 170, a propriedade privada sendo tratada como princípio da atividade econômica, isto é, dentro de uma sociedade moderna capitalista a propriedade privada mostra-se essencial, como foi visto no capítulo anterior, uma vez que ambas instituições são historicamente ligadas.

A Constituição não admite, por força dos direitos fundamentais, suprimir a propriedade dos bens e do capital, e, por força deste inciso do artigo vestibular da ordem econômica, resta inconstitucional vedar a circulação da titularidade na esfera privada [...], caracterizando-se, com isso, uma economia de mercado. A nota de destaque, vai para o caráter socializado atribuído ao sistema econômico pelo sistema jurídico, em especial a partir da dignidade da pessoa humana. Princípio expresso logo ao art. 1º, III, da CF/88 (CANOTILHO *et al.*, 2013, p. 1.798).

Para que a propriedade privada não permaneça apenas em relações econômicas, entretanto, tem-se na Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXIII – estando, também, no rol de direitos fundamentais –, a função social da propriedade privada. Isto significa que a propriedade privada deve trazer benefícios para a sociedade desde moradia até órgãos públicos – como escolas, creches e hospitais –, pois a dignidade da pessoa humana está em um patamar acima, como já dito, e, por esse motivo, a propriedade privada por si só não tem mais espaço em um Estado Democrático de Direito pós-Segunda Guerra Mundial.

Observou-se, desse modo, a construção legislativa da propriedade privada, e, como esta não se limita somente a pertencer ao homem e sim a prestar benefícios a sociedade como um todo, fazendo isso tem relação direta com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus artigos.

Justamente como consequência de tal compreensão adequada, mesmo que de maneira incipiente e precária, algumas respostas vêm sendo apresentadas, tal como os programas sociais, como Minha Casa Minha Vida, concebido em 2009, que “[...] entregou mais de 4 milhões de imóveis populares no Brasil” (ROSSI, 2019, p. 1), demonstrando que está havendo uma modificação quanto à necessidade de prover domicílio economicamente viável para parte da população que não tem meios.

4 SÓ É POSSÍVEL HABITAR O QUE SE CONSTRÓI

De há muito Streck (2011) promove uma discussão acerca do que ele chama de baixo grau de constitucionalidade no Brasil contemporâneo. Streck refere-se à incapacidade crônica que se tem no Brasil contemporâneo de satisfazer o alto grau de demandas que exsurtem do constitucionalismo contemporâneo brasileiro, em oposição à diminuta capacidade de satisfazê-las por intermédio do “[...] Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, plus normativo em relação aos modelos que o antecederam” (STRECK, 2011, p. 47).

A explicação e consequentes caminhos para responder à questão do déficit constitucional, feita por Streck (2014), se dá a partir da crítica hermenêutica do direito e tem como pano de fundo a hermenêutica filosófica heideggeriana no que diz respeito à construção de sentidos, perdidos nas leituras inadequadas da Constituição.

Em suma, Streck (2011) reclama por uma nova teoria das fontes, das normas e hermenêutica para uma aproximação, compreensão e aplicação constitucional adequada. Ou seja, um novo olhar para a compreensão da atual hermenêutica e uma teoria atualizada. Só é possível habitar o que se constrói.

O texto constitucional é expresso ao proteger/promover o direito fundamental à habitação, mas trata as expressões habitar e morar como se fossem sinônimas e fala de maneira esparsa e pouco sistêmica de competências para a promoção do direito de se habitar.

Esquece daquele que habita e do que constrói quando se edifica uma moradia, das raízes e dos fins das coisas como seres-no-mundo (HEIDEGGER, 1988b, p. 83), mas, afinal, para se dar efetividade a algo, ao direito fundamental de habitar, por exemplo, é preciso ter-se uma mínima noção acerca daquilo que se pretende promover, resgatando as promessas não cumpridas da modernidade. Assim,

Se a Constituição assume uma feição de resgate das promessas (incumpridas) da modernidade (esse é o modelo da revolução copernicana que atravessou o direito no século XX), a construção das condições para a obtenção de respostas corretas nada mais é do que a construção das condições para que se alcance respostas adequadas à Constituição (HEIDEGGER, 1988b, p. 114).

Tem-se posto de maneira expressa no texto constitucional o que se compreende com morar/habitar/construir, enquanto direitos fundamentais (grifos nossos):

São direitos sociais

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a **moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. IV – Salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com **moradia**, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Art. 21. Compete à União: XX – Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive **habitação**, saneamento básico e transportes urbanos;

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: IX – Promover programas de **construção de moradias** e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, **habitação**, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: VIII – A **habitação** para o trabalhador rural.

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de **habitação popular**, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Para Heidegger, construir é, simultaneamente, meio, e também é habitar (HEIDEGGER, 1988a, p. 126-127). O habitar extrai-se a partir da linguagem (WITTGENSTEIN, 2001), condição de possibilidade de se compreender o ser. Quando se perde a linguagem como se vê na Constituição, de que habitar e morar, construir e morar confundem-se, perde-se a noção daquilo que se tem de autêntico no ser, liberando-o de sua mundialidade intramundana (HEIDEGGER, 1988b, p. 135). O homem é à medida que habita (HEIDEGGER, 1988a, p. 127).

Habitar é mais do que morar, que ocupar uma residência, um lugar no mundo. Em Heidegger (1988a) tem-se que o motorista habita as estradas, pelas quais passa parte da sua existência, pois nelas realiza seu modo de ser, realiza o ser/sal da terra. Nela completa-se de diversos modos. A experiência de habitar constitui ao ser do homem (HEIDEGGER, 1988a, p. 128-130), uma vez que “O ser-aí não se encontra na determinação do definível, mas na cotidianidade e em sua historicidade” (HEIDEGGER, 2013, p. 99).

Deve-se perceber que a sociedade parte de uma construção de tempo e espaço, e, assim, analisa-se que de-morar-se sobre a terra é edificar sentidos de sua comunidade (HEIDEGGER, 1988a). Acontece que o homem, diante da angústia, modo de existência humana, encontra-se em uma encruzilhada no seu fardo de interpretar: fugir para o esquecimento retornando ao seu cotidiano ou superar a angústia, transcendendo sobre o mundo, ou seja, atribuindo sentido ao ser. O homem, assim, ser-para a morte, angustia-se e, na angústia, interpreta (CHAUÍ, 1999, p. 8).

Os homens, capazes da morte como morte, somente ele morre continuamente enquanto permanecer sobre a terra, sob o céu e perante os deuses (HEIDEGGER, 1988a, p. 129), ocupando seu lugar na quadratura; como parte, não como senhores tampouco como objetos. Salvando a terra, acolhendo o céu, aguardando os deuses e conduzindo os mortais (HEIDEGGER, 1988a, 129-131).

Habitar é abrigar a quadratura no vigor de sua essência. Habitar é bem mais do que de-morar sobre a terra, sob o céu, perante os deuses, é de-morar-se naquilo junto a que os mortais se demoram: as coisas.

Não se promove o que não se compreende. As palavras do texto constitucional estão ressecadas, empobrecidas por seu uso apartado da história, das tensões e das compreensões do habitar, do morar, do promover o construir de moradas que edificam sentido, que transformem realidades a partir da proposta constitucional adequadamente compreendida.

O compreender é o estar aberto à mundialidade dos entes intramundanos, como Heidegger afirma. A determinação da significância encontra-se no caráter significativo de cada caso e mostra-se em duas caracterizações: no caráter do dado e na manifestação prévia do mundo compartilhado. Continua afirmando que o mostrar-se de maneira mundana vem ao encontro em si mesmo enquanto o ente que: serve para algo, se usa para alguma coisa, não serve mais para tais fatos, levando ao seu ser-aí-para-isso (HEIDEGGER, 2013, p. 98).

Assim, pode-se afirmar que a compreensão da extensão do significado do *ente*, habitar, e de seu trato adequado, demanda a compreensão do seu *ser* em uma determinada racionalidade (mundialidade ou a partir de horizontes autênticos) do texto constitucional. Em um Estado Social, Democrático e de Direito, o qual a Constituição, segundo Streck (2011), (ainda) constitui, há que se compreender, dentro do Estado, até o momento com fortes traços da modernidade, se dá entre o apofântico e o hermenêutico, em uma circularidade que causa estranhamentos, em virtude do que demanda novas formas de compreender os mesmos *entes* a partir de seus novos modos de ser-aí. Logo, a Constituição acaba por se tornar, neste modelo de Estado, horizonte de compreensão autêntico.

Assim, o objetivo do trabalho é propor limites e possibilidades da extensão da expressão habitação e o conceito de moradia, não só em um delimitado tempo e espaço, o Brasil de hoje, mas em um contexto jurídico constitucional que se alcança a partir da crítica hermenêutica do direito de Streck (2014), resgatando o mundo concreto e a compreensão das coisas a partir de sua mundialidade.

Em suma, permitir que os direitos fundamentais tracem os contornos aduados para o conceito morar e habitar e, conseqüentemente, possibilitar que o déficit que diz respeito a eles seja sindicado, dentro dos parâmetros de uma Constituição plural, tolerante, includente e voltada para a obtenção de fins sociais.

Partindo-se da premissa de que não se pode falar qualquer coisa sobre qualquer coisa, o sentido de morar como direito fundamental constitucionalmente protegido e dignamente delineado, deve nortear as respostas do Estado Democrático de Direito após as transformações que ocorreram com a modernidade.

Somente a compreensão constitucionalmente adequada pela via da crítica hermenêutica do direito é capaz de dar respostas livres do decisionismo moderno e que de há muito torna o direito escravo da filosofia da consciência e objeto de manipulação *a-decisionista*.

5 CONCLUSÃO

As transformações da sociedade também se apresentaram no âmbito de como o homem médio analisa construções como família, propriedade privada e Estado. Por esse motivo, a contextualização histórica de tais instituições foi necessária para que se tratasse do tema de modo mais aprofundado.

Dessa maneira, observa-se que, com a mudança da estruturação da família – isto é, passando de poliantria para monogamia – e os direitos que a circundavam – do direito materno para o direito paterno –, houve a necessidade de se apresentar a base de um novo instituto para a sociedade da época, a propriedade privada, a qual trouxe consigo a noção de herança e de bens privados, ambos pertencentes aos homens da família.

Para que fosse possível resguardar tais direitos adquiridos constituiu-se, de forma artificial, um ente com poderes hierarquicamente mais altos do que os outros, o Estado. Por esse motivo, o Estado desponta como meio para assegurar os direitos obtidos na passagem do direito materno ao paterno.

Com as modificações da sociedade moderna encontram-se outros tipos de necessidades a serem resguardadas pelo Estado, como a dignidade da pessoa humana, questão importante após a Segunda Guerra Mundial. Uma vez que o foco de anseios se modifica, é dever do Estado proteger os novos direitos requeridos pela sociedade que está em constante transformação.

Houve, então, a necessidade de relacionar as Constituições com os novos anseios da população, as quais se viram negligenciadas pelo Estado. Assim, em 1945, criou-se a Organização das Nações Unidas, que promulgou, três anos depois, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual concebia a dignidade da pessoa humana a um patamar mais alto e trouxe consigo outros direitos, sendo um deles o direito à propriedade privada.

Percebe-se que não se trata da propriedade privada como meio de reter bens dentro de uma mesma família, e sim como necessidade de que o homem deve ter onde morar para que possa usufruir de uma vida digna.

Dentro da Constituição de 1988, a modificação do conceito de propriedade privada mostra-se no momento em que é indispensável que ela tenha função social, isto é, não é possível possuir um terreno, o qual não abriga uma família – ou indivíduo – ou traz algum tipo de benefício para a sociedade, como um hospital.

Essa reivindicação da legislação retira a propriedade privada do âmbito econômico, ou seja, da esfera estritamente capitalista da detenção do terreno, e passa para o anseio da família de viver dignamente dentro de uma casa, demonstrando que a Constituição se volta às pretensões do homem médio e de sua dignidade.

Percebe-se, entretanto, que a constitucionalidade do direito brasileiro não foi bem-sucedida no momento em que não apresentou uma construção de sentido quanto à moradia e habitação, uma vez que ambos institutos estão no Código Civil e trazem questões jurídicas diferentes.

Para o Direito, o ato de morar ou habitar em uma propriedade privada aborda tópicos diferentes, pois, por exemplo, no Código Civil encontram-se direitos e deveres a serem esclarecidos para o possuidor, o proprietário e quem tem o domínio.

A Constituição de 1988 peca por sua modernidade tardia e não consegue alcançar as leis infraconstitucionais a fim de impor a dignidade da pessoa humana. Desse modo, a sua constitucionalidade é um fato que pode ser analisado quando existem lacunas de sentido em questões como moradia e habitação, instituições que são discutidas desde que o ser humano torna-se sedentário e forma a família tal como é conhecida atualmente.

6 REFERÊNCIAS

- BACHOFEN, J. J. *El Matriarcado: una investigación sobre la ginecocracia en el mundo antiguo segun su naturaleza religiosa y juridica*. Tradução María del Mar Llinares García. Madrid: Akal, 1861.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. Apresentação – vida e obra de Martin Heidegger. In: *Martin Heidegger: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/comparato_hist_dudh.pdf. Acesso em: 5 jan. 2019.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.
- GUARINELLO, Noberto Luiz. *História antiga*. São Paulo: Contexto, 2018.
- HEIDEGGER, Martin. *Construir, habitar, pensar*. In: Ensaio e conferências. Trad. Emmanuel Carneiro Leão et al. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Editora Universitária São Francisco, 1988a.
- HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica da facticidade*. Tradução Renato Kirchner. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1988b.
- HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOBBSAWM, Eric. *Tempos faturados: cultura e sociedade no século XX*. Tradução Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- JUBILUT, Líliliana Lyra. O estabelecimento de uma ordem social mais justa a partir dos direitos humanos: novos paradigmas e novos sujeitos. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Minas Gerais, v. especial, p. 55-68, 16 mar. 2008.
- LEÃO, Delfim F. Matrimônio, amor e sexo na legislação de Sólon. *Hvmanitas*, Coimbra, v. LIII, p. 113-133, 2001.
- MORGAN, Lewis H. *Acient Society*. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1877.
- ONUBR. ONU Brasil. *Países-membros da ONU*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/paises-membros/>. Acesso em: 12 mar. 2019.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROSSI, Amanda. Sua casa sua dívida. *Revista Piauí*, 18 nov. 2019. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/sua-casa-sua-divida/>. Acesso em: 23 abr. 2020.
- SILVA, Aldon. Grupo tem proposta que permite acordo sobre a propriedade. *Jornal de Brasília*, Brasília, p. 3, 6 fev. 1988.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 8, n. 2, p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 21 abr. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

UN. *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*. Disponível em: https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/No%20Volume/Part/un_charter.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus lógico-philosophicus*. Trad. Luiz Henrique Lopes dos Santos. São Paulo: Edusp, 2001.

O NOVO IMPERIALISMO E O NEOLIBERALISMO NAS POLÍTICAS DAS INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA NA AMÉRICA LATINA: Uma Análise a Partir da Reforma do Poder Judiciário Brasileiro e da Busca pela Consolidação do Estado Democrático de Direito

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.128-140>

Recebido em: 23/7/2019

Aceito em: 20/1/2020

Edith Maria Barbosa Ramos

Pós-Doutora em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz/Brasília/DF). Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão. Professora do Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Sanitário (Nedisa/UFMA). Professora e Pesquisadora da Universidade Ceuma. Bolsista do Bepp/Fapema (bolsa de Estímulo à Produtividade em Pesquisa – Edital nº 007/2018 – Produtividade). Membro Convidado da Rede Ibero-Americana de Direito Sanitário e da Associação Lusófona de Direito da Saúde (Aldis). Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito do Conselho Seccional da OAB/MA. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia do Direito, Direito Constitucional e Direito Administrativo, atuando principalmente nos seguintes temas: direito sanitário, propriedade intelectual, inovação e políticas públicas. <http://lattes.cnpq.br/7085054421011701>. <https://orcid.org/0000-0001-6064-1879>. edithramosadv@yahoo.com.br

Edson Barbosa de Miranda Netto

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhangüera-Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pesquisador do Núcleo de Estudos em Municipalidades e Direito (Nemud – Universidade Ceuma). Professor da Universidade Ceuma. Professor-substituto da Universidade Estadual do Maranhão (Uema). Advogado pela OAB/MA. <http://lattes.cnpq.br/7945424930359466>. <https://orcid.org/0000-0002-2981-5735>. nettoedson@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar as influências das políticas neoliberais e do novo imperialismo norte-americano na reforma do Poder Judiciário brasileiro promovida por meio da EC n. 45/04. Foram analisadas as reformas políticas e econômicas patrocinadas nos países da América Latina pelos EUA e por organismos financeiros internacionais, sobretudo nas décadas de 80 e 90. Adotou-se a metodologia da revisão sistemática, configurada a partir de estudo bibliográfico e documental. Concluiu-se que, apesar de haver elementos positivos nesse processo de reforma do sistema de Justiça brasileiro, como a busca por maior eficiência e celeridade nos processos, a reforma do sistema judicial brasileiro de 2004 mostrou-se limitada, com a construção insuficiente de mecanismos capazes de efetivamente melhorar a prestação jurisdicional, a exemplo dos meios alternativos de resolução de demandas.

Palavras-chave: Novo imperialismo. Neoliberalismo. América Latina. Reforma do poder judiciário. Emenda constitucional n. 45/04.

NEW IMPERIALISM AND NEOLIBERALISM IN JUSTICE INSTITUTIONS POLICIES OF LATIN AMERICAN: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN JUDICIAL BRANCH REFORM AND THE SEARCH FOR THE CONSOLIDATION OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

ABSTRACT

The present article aims to analyze the influences of neoliberal policies and the new US imperialism on the Reform of the Brazilian Judiciary Power promoted through the Constitutional Amendment n. 45/04. In order to reach this goal, the political and economic reforms sponsored in the Latin American countries by the US and international financial institutions will be analyzed, especially in the 1980s and 1990s. With regard to the methodology used, this article adopted the systematic review. It was concluded that, although there are positive elements in neoliberal influences, such as the search for greater efficiency and faster decisions in the Judiciary, the reform of the Brazilian judicial system in 2004 was limited, and the construction of mechanisms capable of effectively improving the jurisdictional assistance was insufficient, such as the stimulation of alternative means of conflict resolution.

Keywords: New imperialism. Neoliberalism. Latin America. Judicial system reform. Constitutional amendment n. 45/04.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 O Consenso de Washington e as reformas neoliberais. 3 Reformas neoliberais no Brasil e na América Latina. 3.1 Reformas nos sistemas judiciais latino-americanos. 4 Reforma do poder Judiciário brasileiro de 2004. 4.1 A reforma do Judiciário brasileiro como reflexo das reformas neoliberais na América Latina. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Após as crises econômico-financeiras de década de 70, uma série de mudanças na ordem econômica internacional começou a ser introduzida com base em um novo conjunto de ideias capitaneadas, principalmente, pelos Estados Unidos da América (EUA) e por organismos financeiros internacionais. A esse modelo político-econômico atribuiu-se, convencionalmente, o nome de neoliberalismo (BATISTA, 1994; RAMOS; DINIZ, 2014).

Entre as repercussões das ideias neoliberais nos países latino-americanos, os autores citados destacam as relevantes reformas nas suas estruturas estatais, com o objetivo de diminuir as competências atribuídas ao setor público – estas repassadas à iniciativa privada – promover a desregulamentação da atuação do capital na economia, bem como otimizar a eficiência daquilo que não pudesse ser privatizado.

Nesse sentido, as reformas dos sistemas judiciais da América Latina com o objetivo de combater, sobretudo, a morosidade das decisões e a insegurança jurídica receberam enfoque diferenciado por parte de organismos financeiros internacionais, a exemplo do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), tanto que vários relatórios técnicos de acompanhamento dessas reformas foram elaborados (DAKOLIAS, 1996; ROWAT *et al.*, 1995; RIEGO RAMÍREZ, 2003, 2004; FAUNDEZ, 2002; RAMOS; DINIZ, 2014).

O artigo tem por objetivo analisar as influências dos conceitos neoliberais especificamente em relação à reforma do poder Judiciário brasileiro realizada em 2004, por meio da Emenda Constitucional (EC) n. 45, com o escopo de compreender as inovações que foram instituídas e as que não o foram.

Como referenciais teóricos a dar suporte ao presente trabalho foi utilizada a ideia, presente nos trabalhos de Ramos e Diniz (2014) e de Faundez (2002), de que a reforma dos sistemas judiciais latino-americanos consistiu em uma das diversas etapas do ajuste neoliberal capitaneada na região por organismos financeiros – a exemplo do Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) – que, em contrapartida aos empréstimos financeiros e às consultorias técnicas fornecidas, passaram a exigir mudanças na estrutura e no próprio papel dos Estados em tais países.

Assim, o presente artigo consiste em uma revisão sistemática, como uma espécie de revisão de literatura, tendo-se analisados estudos e pesquisas anteriores acerca da política macroeconômica neoliberal e suas diretrizes compiladas no evento conhecido como “Consenso de Washington”.

Para tanto, ele encontra-se estruturado da seguinte maneira: a) análise do Consenso de Washington e das reformas neoliberais levadas a cabo, sobretudo, pelos EUA e por organismos financeiros internacionais; b) análise do conjunto de reformas políticas e econômicas neoliberais promovidas no Brasil e em outros países da América Latina; c) exame das reformas dos sistemas judiciais latino-americanos; d) análise da Reforma do Poder Judiciário brasileiro de 2004, por meio da EC n. 45; e) análise da reforma do poder Judiciário brasileiro como um reflexo das reformas neoliberais promovidas nos países da América Latina; f) por fim, as considerações finais sobre os resultados encontrados.

2 O CONSENSO DE WASHINGTON E AS REFORMAS NEOLIBERAIS

No final do ano de 1989 ocorreu em Washington, EUA, uma reunião entre representantes do governo norte-americano e de organismos financeiros internacionais especializados em matérias relativas à América Latina – a exemplo do Banco Mundial, do BID e do FMI, todos com sede na referida capital. Tal encontro objetivava avaliar as reformas econômicas realizadas nos países latino-americanos, e suas conclusões, posteriormente, passaram a ser denominadas, de modo extraoficial, de Consenso de Washington (BATISTA, 1994).

Batista (1994) prossegue e afirma que, apesar de seu caráter preponderantemente acadêmico – e não deliberativo – tal reunião cuidou de compilar uma série de exigências de reformas que citados organismos financeiros já vinham exigindo dos países da América Latina para lhes concederem cooperação financeira. Em suma, simbolicamente, compilou-se a “cartilha” neoliberal que os EUA vinham recomendando nos anos anteriores para a região, mas que se encontrava esparsa e em distintos documentos.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial predominava a lógica universalista das políticas econômicas keynesianas e anticíclicas. Nas três últimas décadas do século 20, entretanto, ocorreu um processo de financeirização da economia capitalista mundial, associada a uma reestruturação das cadeias dos processos produ-

tivos e a reforma do Estado com vistas a estimular o funcionamento livre do mercado (RIBEIRO, 2013). E, conforme descrito, os ideais neoliberais de combate ao modelo estatal intervencionista até então predominante foram compilados e ratificados no Consenso de Washington.

Capitaneada pelos governos Thatcher, na Inglaterra, e Reagan, nos EUA, referida doutrina político-econômica tinha os seguintes objetivos: a redução do tamanho agregado do setor público, a restrição dos gastos com políticas de bem-estar social, a redução da tributação e a elevação dos gastos com a área da defesa e com a garantia da lei e da ordem. Embora, em cada um dos governos, houvesse relevantes disparidades com relação à abordagem e à introdução, as similitudes existem e chamam a atenção (KING, 1988). De modo a complementar as informações sobre os objetivos dessa doutrina, veja-se o trecho a seguir transcrito:

Esses objetivos são influenciados por certas correntes de pensamento da “nova direita”, o que em parte explica a caracterização popular desses dois governos através deste termo. As idéias da nova direita são basicamente uma revivescência do liberalismo clássico: uma crença no indivíduo, um papel limitado para o Estado nas questões sociais e econômicas e uma preferência por processos de mercado à provisão pública (KING, 1988, p. 72).

Determinados autores consideram que a doutrina político-econômica neoliberal representada no Consenso de Washington corresponde a uma faceta de um novo imperialismo exercido pelos EUA após a derrocada da URSS e o fim da guerra fria, com aquele país assumindo o papel de detentor de um poder de polícia internacional (HARDT; NEGRI, 2006). Tratar-se-ia de um imperialismo não baseado – somente – na força e no poderio militar, mas na gradativa inclusão dos diversos países ao bloco norte-americano sob o argumento da garantia da liberdade e da democracia (BAGNOLI, 2009).

Verificou-se, sobretudo a partir do período de crises vivenciado no início da década de 70, a necessidade de reorganização das relações políticas e econômicas interestatais, devendo tal processo ser conduzido pelo Estado hegemônico, responsável por estabelecer a moeda mundial, dinamizar a circulação de capitais e mercadorias no mercado global, regular os contratos e as relações entre Estados e indicar os limites da diplomacia, da paz e da guerra (MARTINS, 2007).

Ou seja, conforme afirma Martins (2007), diante da ameaça à hegemonia norte-americana ocorrida entre 1968 e 1973, os EUA reagiram por meio da financeirização do capital e do neoliberalismo. A partir da consequente drenagem da liquidez mundial, o citado país consegue retornar a uma taxa de crescimento superior à média mundial.

No mesmo sentido, Ribeiro (2013) aduz que a financeirização da economia capitalista resultou em um processo de descrédito das políticas públicas de caráter universalista – a exemplo dos sistemas de seguridade social – privilegiando políticas públicas focalizadas e, sobretudo, de combate à pobreza, pois estas comprometeriam parcelas significativamente menores do orçamento público e teriam resultados políticos mais concretos e imediatos. O mesmo autor, porém, argumenta que este segundo grupo de políticas não é capaz de promover reais modificações na estrutura de desigualdades e acaba apenas reproduzindo clientelismos arraigados na tradição política em razão de seu caráter residual.

Também foi mencionado anteriormente que, nesse contexto de reorganização do capital internacional e de reafirmação da influência norte-americana, houve a prescrição de medidas a serem efetivadas no âmbito da América Latina. Sobre a relação entre esse novo imperialismo financeiro norte-americano e as políticas internas dos países em desenvolvimento, Bagnoli (2009) observa que as instituições financeiras teoricamente internacionais são, muitas vezes, mantidas e controladas pelos EUA, ratificando esse imperialismo ao emprestarem recursos financeiros aos países em desenvolvimento para a execução de suas políticas internas.

Acerca da atuação das mencionadas instituições financeiras internacionais na questão do combate à pobreza na América Latina, Cardoso e Foxley (2009, p. 14) fazem as seguintes observações, destacando, inclusive, como o fornecimento de crédito a tais países ajuda na manutenção de sua liquidez financeira e facilita a aquisição de novos financiamentos externos junto ao setor privado:

América Latina ha logrado avances significativos en los últimos años para promover el crecimiento y reducir la pobreza. Estos logros deben ser protegidos; es por eso que instituciones multilaterales orientadas a la región – el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Corporación Andina de Fomento (CAF) y el Fondo Latinoamericano de Reservas (FLAR) – han actuado acertadamente al ofrecer nuevas líneas de crédito, de manera

de apoyar a los países que requieran este financiamiento. La mayor liquidez para los mercados financieros de nuestra región es fuertemente bienvenida para así enfrentar las dificultades transitorias en el acceso al financiamiento privado externo.

Já com relação aos impactos negativos dessa atuação, Portella Filho (1994, p. 130) afirma o que se segue:

Após a crise financeira de 1982, os organismos internacionais passaram a exercer forte pressão sobre os países devedores que atrasavam pagamentos aos bancos comerciais. A interferência do FMI e Bird contribuiu para tornar as negociações distorcidas em favor dos bancos, que submeteram os devedores latino-americanos a uma exação financeira massacrante. Enquanto os devedores tiveram que arcar com grandes sacrifícios econômicos, os bancos privados auferiram, em quase todos os anos da década de oitenta, lucros elevados.

Pode-se observar, então, após o fim da guerra fria e a derrocada da URSS, a formação de um novo quadro geopolítico e financeiro mundial, com os EUA assumindo o papel de protagonista e principal agente promotor dessa nova ordem recém-estabelecida, com o poder do capital financeiro constituindo uma de suas principais características. Na seção seguinte serão abordados os reflexos da política neoliberal nos países latino-americanos, sobretudo quanto às reformas promovidas por tais nações para se adequarem ao “modelo” prescrito pelo Consenso de Washington.

3 REFORMAS NEOLIBERAIS NO BRASIL E NA AMÉRICA LATINA

Com relação à América Latina, após o período de preponderância das ideias desenvolvimentistas promovidas pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), a corrente de pensamento econômico neoliberal ganha espaço, opondo-se às ideias da Cepal e ignorando as preocupações sociais apresentadas pelos desenvolvimentistas até aquele momento (SOUSA, 2011).

Dessa forma, passou-se a exigir dos países da região latino-americana a realização do conjunto de reformas já mencionado: disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, câmbio de mercado, abertura comercial, investimento estrangeiro direto com eliminação de restrições, privatização das estatais, desregulamentação (afrouxamento das leis econômicas e trabalhistas) e direito à propriedade intelectual.

Portella Filho (1994), sobre os sacrifícios exigidos pelos países devedores da América Latina, afirma que eles foram encorajados a buscar, ao mesmo tempo, o pagamento total da dívida, a abertura de seus mercados ao modelo liberal e a estabilização de suas economias. Consequentemente, ao perseguirem três metas simultaneamente, acabaram por se deparar com um ajustamento de difícil execução técnica e política, com base em medidas quase sempre radicais e de resultados no curto prazo. Ainda nesse assunto:

O país endividado negociava um programa de ajustamento contendo políticas macroeconômicas do FMI e reformas setoriais orientadas pelo Bird. Os programas de ajustamento do FMI mudaram pouco desde o início da crise da dívida até os dias de hoje. Eles tentavam e continuam tentando reduzir o déficit do balanço de pagamento via contenção da demanda interna. O peso dos sacrifícios é concentrado no governo e nas estatais. As chamadas “necessidades de financiamento do setor público” devem ser cortadas ao meio, de preferência mediante redução de gastos e não aumento de receitas. Ao mesmo tempo, o governo precisa liberalizar a economia. Os controles de preços precisam ser relaxados ou abolidos (mesmo os de setores oligopolizados) para melhor alocação de recursos (PORTELLA FILHO, 1994, p. 107).

Faundez (2002), analisando os motivos que impulsionaram as reformas legais e judiciais na região, elenca três estímulos a esse processo: a) as novas políticas econômicas, embasadas em princípios de mercado que exigem a modernização de instituições ultrapassadas e a criação de outras; b) a extensão da democracia na região, que demonstrou às elites a importância da estabilidade dos marcos políticos e legais; c) e as violações generalizadas de direitos humanos durante as décadas anteriores, que destacaram a importância da existência de mecanismos confiáveis e eficazes de controle dos governos.

Além do destaque a esses fatores, o autor também aponta para o papel de organizações internacionais como o Banco Mundial, o Pnud e BID no apoio, na promoção e na condução dos processos de reforma legal e judicial levados a cabo nos países da região. Faundez (2002) aponta para o montante de U\$ 435.000.000,00 investidos, de 1993 a 1999, em operações de assistência técnica com o objetivo de promover tais reformas em 18 dos 26 países membros do BID .

No caso brasileiro, a seguinte passagem de Pochmann (2007, p. 1.478) descreve as bases do nosso país e como este se inseria no contexto global quando do início das reformas neoliberais na região:

Em países periféricos como o Brasil, a desigualdade constituída ainda pela condição colonial, marcada pelo extensivo uso escravo do trabalho, da monocultura da produção e do monopólio da terra, foi sendo consolidada pelo avanço do capitalismo selvagem. Sem a realização das reformas civilizadoras, o fantástico progresso das forças produtivas ocorrido no ciclo da industrialização nacional (1933-1980) seguiu contaminado pela dinâmica da exclusão. Com a crise da dívida externa (1981-1983), que estancou o projeto de industrialização nacional, e a adoção de políticas neoliberais desde 1990, ganhou ênfase o processo de financeirização da riqueza, sustentada fundamentalmente pelo endividamento do Estado. Em torno disso formou-se, a partir do Plano Real (1994), uma convergência política que, ao combinar a estabilidade monetária com a valorização dos ativos financeiros, terminou recorrentemente asfixiando a retomada sustentada do desenvolvimento nacional.

Cabe ressaltar que, após a primeira onda de reformas concluída no início da década de 90, não foram constatados maiores ganhos por parte das populações locais em termos de condições de vida. A partir do ponto em que o mercado tornou-se o único responsável por repartir os recursos, a desigualdade social intensificou-se. Aos ricos, aumento na capacidade de consumo; aos pobres, sua redução. A partir das medidas neoliberais do Consenso de Washington, aqueles sem acesso a recursos básicos passaram a uma condição ainda pior (RAMOS; DINIZ, 2014).

Nas reformas neoliberais de segunda geração, em momento posterior, competiria ao ente estatal realizar as reformas necessárias nos seguintes setores: sistema educacional, saúde, previdência, sistema político e judiciário, direitos de propriedade e legislação trabalhista (RAMOS; DINIZ, 2014). No próximo tópico serão abordadas as reformas promovidas e incentivadas especificamente nos sistemas judiciais dos países da América Latina.

3.1 Reformas nos sistemas judiciais latino-americanos

Especificamente com relação ao poder Judiciário de tais países, verificou-se uma série de reformas promovidas, sendo, inclusive, acompanhadas de modo detalhado por organismos financeiros internacionais, a exemplo do Banco Mundial. Em documento técnico de acompanhamento dessas reformas publicado em 1996, estão presentes as seguintes afirmações deste organismo:

Os países na América Latina e o Caribe estão emergindo de um período de grandes mudanças e ajustes. Essas mudanças recentes têm causado uma reformulação do papel do Estado. Tem havido uma maior dependência dos mercados e do setor privado, atuando o Estado como um importante elemento para facilitar e regular a atividade e o desenvolvimento do setor privado. Sem embargo, as instituições públicas na região não têm conseguido responder de maneira efetiva a estes desafios. Com a finalidade de apoiar e estimular um desenvolvimento sustentável e equitativo, os governos latino-americanos e caribenhos se encontram dedicados à formação institucional capaz de proporcionar maior eficiência, autonomia funcional e serviços melhorados. O poder judicial é uma instituição pública necessária que deve promover aos cidadãos, agentes econômicos e ao Estado a resolução equitativa, diligente e transparente das controvérsias. Sem embargo, em muitos países da região existe a necessidade de reformas a fim de melhorar a qualidade e eficiência da administração da Justiça. Isto, por sua vez, estimulará um clima habilitante que facilite o comércio, o financiamento e a inversão (DAKOLIAS, 1996, p. V, tradução livre).

A partir do posicionamento de tais organismos financeiros internacionais em relação ao poder Judiciário dos países da América Latina, fica nítida a compreensão das instituições judiciárias nacionais como relevantes fatores econômicos capazes de viabilizar ou de comprometer seriamente a expansão dos capitais financeiros ali investidos. Isso justifica não só o acompanhamento em relação às reformas realizadas, mas também seu estímulo nos países que ainda não a houvessem iniciado.

Faundez (2002) ratifica esse entendimento ao defender que a preocupação do BID com a reforma judicial nos países da região começou quando funcionários da instituição compreenderam como os objetivos de desenvolvimento econômico frequentemente são frustrados em decorrência de falhas e debilidades das instituições legais. As novas políticas econômicas voltadas ao mercado e instituídas na região são influenciadas pelo fator jurídico-judicial, o que destaca a importância do Direito em seu papel de regulador da economia de mercado.

Faundez (2002), entretanto, alerta que, mesmo com a legitimidade de atuação do BID na temática de reforma dos sistemas legais latino-americanos não sendo alvo de maiores questionamentos, uma má condução desse processo poderia levar a diversas consequências negativas. Tal atuação necessitaria de extrema cautela e só seguiria sendo legítima se contribuísse para o fortalecimento dos sistemas políticos locais e para o desenvolvimento da região.

Em relatório técnico oriundo da Conferência do Banco Mundial para a Reforma Judicial na América Latina e Caribe de 1994, tal órgão afirma que um poder Judiciário efetivo e capaz de reforçar o Estado de Direito deve ser forte, independente e ter operações de alta qualidade. Em suma, deve ser eficiente, cabendo frisar o destaque conferido a esta terminologia (ROWAT *et al.*, 1995).

O documento também assevera que uma reforma judicial para aprimorar a qualidade e a eficiência do sistema de Justiça normalmente engloba: a) racionalização das leis e procedimentos; b) melhora na administração dos tribunais; c) capacitação dos servidores, magistrados e demais operadores do Direito; d) fortalecimento da independência dos juízes; e) estímulo aos meios alternativos de resolução de conflitos; f) balanceamento dos custos do Judiciário e expansão do acesso à Justiça aos pobres (ROWAT *et al.*, 1995).

Ramos e Diniz (2014), ao abordarem o padrão de sistema de Justiça buscado por meio dessas reformas, asseveram que se defendia uma maior previsibilidade nas decisões, diminuindo ou mesmo eliminando os riscos aos investimentos, ao mesmo tempo que permaneceria assegurada a independência funcional, garantindo que o Judiciário estivesse subordinado ao Estado de Direito e não às influências políticas.

As citadas autoras prosseguem e afirmam que a eficiência do Judiciário permaneceu em destaque nas reformas, traduzindo-se na capacidade estatal de dirimir os conflitos de forma rápida e justa. Por fim, mais alguns elementos são destacados por elas: a transparência, estimulando o controle social da Justiça e fortalecendo o combate à corrupção; a proteção à propriedade privada e aos contratos como bases imperativas da lógica do mercado e os métodos alternativos de solução de conflitos, estimulando o Judiciário a se aperfeiçoar cada vez mais.

Entre as metas a serem alcançadas por meio desse conjunto de reformas, conforme pode ser percebido dos objetivos supracitados, destacam-se o combate à morosidade dos órgãos jurisdicionais – uma vez que a demora na resolução dos conflitos acaba por comprometer o próprio resultado útil do processo – e a falta de previsibilidade nas decisões do Judiciário, o que gera insegurança nos agentes econômicos e, por conseguinte, mais custos decorrentes desse risco.

Pode ser citado o caso do Peru como exemplo de um país latino-americano no qual se desenvolveram alterações com o intuito de promover, na condição de sistema paralelo ao jurídico-processual, os meios alternativos de resolução de conflitos. No ambiente da denominada “Justiça de Paz” peruana, composta predominantemente por pessoas leigas, aqueles responsáveis por conciliar as partes na busca de uma solução para o litígio são eleitos pelo voto popular – isso desde a nova Constituição de 1993 (ROWAT *et al.*, 1995).

Citado relatório prossegue e afirma que tal forma de escolha dos juízes de paz aumenta a confiança depositada pela população naqueles eleitos para o cargo, o que também amplia o controle social exercido sobre a instituição. A nova legislação peruana acerca da matéria, inclusive, atribui poderes jurisdicionais – limitados – em determinadas hipóteses taxativas, embora tenha permanecido a dispensa de embasamento jurídico-formal nas decisões proferidas pelos juízes de paz. A legislação apenas exige que as suas sentenças sejam fundamentadas em uma análise honesta dos fatos apresentados pelas partes e respeitem os valores previstos na Constituição peruana, cultura e costumes locais.

A seguir será analisada, de modo mais detido, a reforma promovida no poder Judiciário brasileiro a partir da EC nº 45/04.

4 REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO DE 2004

Em 8 de dezembro de 2004, em meio a diversas Propostas de Emenda à Constituição (PEC) que abordavam o poder Judiciário, foi aprovada a EC nº 45/04, que promoveu diversas alterações na estrutura organizacional desse poder da República, a exemplo da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão administrativo e disciplinar, além de positivizar o direito fundamental à razoável duração do processo no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (CF) de 1988.

O cenário nacional imediatamente anterior à aprovação da EC nº 45/04 indicava um descontentamento generalizado com a lentidão do poder Judiciário ao exercer a Jurisdição para solucionar os conflitos sociais levados a ele. A citação a seguir, de Andrade (2006, p. 178), descreve esse ambiente em que se deram os debates acerca da temática.

O ambiente político, social e econômico que envolveu o demorado trâmite do processo legislativo dessa emenda constitucional apontou no sentido unívoco de crítica generalizada à chamada morosidade da Justiça e do poder Judiciário. Seguramente há mais de uma década as críticas, de especialistas e leigos, à demora do poder Judiciário em definir as questões colocadas em lides levadas ao seu conhecimento vinham aumentando exponencialmente. Tanto especialistas da área jurídica como leigos e jornalistas, todos eram unânimes em afirmar a deficiência do poder Judiciário, aparentemente incapaz de assegurar com presteza e efetividade a defesa dos direitos violados levados à sua apreciação.

Tamanha era a preocupação com a morosidade do Judiciário que, conforme referido anteriormente, o Congresso Nacional julgou necessário estabelecer expressamente o direito à razoável duração do processo na CF de 1988, apesar de doutrinadores como Mendes e Branco (2017) afirmarem que se tratou apenas do estabelecimento formal de um direito que já estaria presente no ordenamento jurídico nacional, contido implicitamente na ideia de proteção judicial efetiva.

Com relação aos mecanismos de controle interno do poder Judiciário, a EC nº 45/04 promoveu grande alteração ao estabelecer a criação do CNJ no artigo 103-B da CF. Nos termos do §4º deste artigo, compete “ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (BRASIL, 1988), entre outras atribuições, de modo que passou a haver um órgão de âmbito nacional com competência para controlar internamente a atuação dos órgãos do Judiciário.

Tal modificação gerou fortes críticas e repercussões por parte dos magistrados e de suas respectivas associações representativas, tanto que a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs a ADI 3.367, alegando suposta ofensa ao princípio federativo (artigo 2º da CRFB) com a criação do CNJ e com sua competência de fiscalização sobre as Justiças estaduais. O STF, contudo, de acordo com a ementa a seguir, declarou a constitucionalidade do referido órgão de controle interno:

Ação direta. EC 45/2004. Poder Judiciário. CNJ. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa à cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente (ADI 3.367, rel. min. Cezar Peluso, J. 13-4-2005, P. DJ de 22-9-2006).

Entre as atribuições previstas no artigo 103-B, §4º, da CF, destaca-se o inciso VI, que prevê a competência do CNJ para elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do poder Judiciário. A partir desse dispositivo fica nítida a influência do direito à razoável duração do processo na própria estrutura do poder Judiciário, pois a reforma criou um órgão administrativo e disciplinar com competência para analisar a questão do acúmulo de processos em todos os órgãos jurisdicionais brasileiros.

Ao mesmo tempo, a criação do CNJ buscou mudar o aspecto fechado do poder Judiciário, com a sociedade pouco tendo acesso a maiores informações acerca de seu funcionamento e de sua lógica. Almejou-se, em suma, introduzir o conceito norte-americano de *accountability* no sistema judicial, competindo a esse novo órgão direcionar a mudança de postura por parte dos Tribunais de todo o país (TOMIO; ROBL FILHO, 2013).

O controle disciplinar merece destaque, uma vez que o CNJ passou a monitorar a atuação dos membros e órgãos da magistratura brasileira, inclusive em relação a seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuam por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares que estejam em curso nas Corregedorias dos Tribunais das diversas Justiças do ordenamento brasileiro. Ressalte-se que tal competência somente não pode ser exercida em face do próprio STF, que ocupa o posto de órgão de cúpula de todo o poder Judiciário (MENDES; BRANCO, 2017).

Com essas competências atribuídas ao CNJ, houve inegáveis avanços na questão da abertura do poder Judiciário à sociedade e do dever de *accountability* de suas atividades, dado que não pode existir e não é adequada uma independência judicial institucional plena, conforme apontam Tomio e Robl Filho (2013), destacando-se o fato de que 40% dos conselheiros que compõem o órgão não são provenientes da magistratura (quatro são profissionais das funções essenciais à jurisdição, no caso, advogados e membros do MP, e dois são cidadãos de notável saber jurídico).

Apesar das evidentes novidades positivas trazidas com a criação e a estruturação do CNJ, a questão da morosidade e do acúmulo de processos ainda existe e é gravíssima, com milhões de processos aguardando julgamento conforme relatórios do próprio órgão (BRASIL, 2017), bem como persiste o sentimento de impunidade pelo frouxo combate à corrupção dentro do próprio poder Judiciário.

Outro ponto abordado de forma incisiva pela Reforma do Judiciário Brasileiro foi a questão da uniformização das decisões judiciais, de modo a combater o “decisionismo” e a falta de previsibilidade no momento de promoção de uma demanda. A inovação que mais chamou a atenção nesse aspecto foi a criação das denominadas Súmulas Vinculantes, instituto até então inexistente em nosso ordenamento.

De acordo com o artigo 103-A, compete ao STF, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre determinada matéria constitucional, aprovar enunciado de súmula que, a partir do momento de sua publicação oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estaduais e municipais, competindo-lhe também proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988).

As súmulas vinculantes, a partir de sua criação, passaram a ser editadas justamente com o propósito de solucionar controvérsias entre órgãos jurisdicionais acerca da validade, interpretação ou eficácia de determinada norma que estejam provocando grave insegurança jurídica e multiplicando processos sobre idêntica questão. Inclusive foi previsto o cabimento de reclamação constitucional para anular ato administrativo ou cassar decisão judicial que contrarie ou que indevidamente aplique enunciado de súmula vinculante do STF.

Nota-se o objetivo, com a edição de tais súmulas, de racionalizar as decisões do poder Judiciário, uniformizando a jurisprudência sobre assuntos controvertidos e evitando o excesso de demandas judiciais em torno deles. De modo reflexo, combater-se-ia a própria morosidade, uma vez que demandas propostas em torno de matérias já pacificadas por esse meio seriam rapidamente solucionadas com a simples aplicação do conteúdo sumulado pelo STF. Por outro lado, Silva (2016, p. 572), contestando a efetividade do instituto para alcançar tais metas, afirma que:

Como se viu, as súmulas vinculam não só os órgãos do poder Judiciário, mas também os órgãos da Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, e, assim, tolhem uma correta apreciação das alegações de lesão ou ameaça de direito que está na base do direito de acesso à Justiça, sem que se veja como elas podem reduzir o acúmulo de feitos perante o Supremo Tribunal Federal, pois só nesse âmbito têm aplicação. Não parecem reduzir os recursos, pois está previsto que, se o ato administrativo ou a decisão judicial contrariar a súmula aplicável, caberá reclamação para o Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (art. 103-A, §3º). Na verdade, há uma mera troca de meios de impugnação: reclamação em vez de recurso ordinário ou extraordinário. Parece-nos que têm pouca utilidade relativamente ao âmbito da interpretação constitucional, para a qual está previsto o efeito vinculante (infra).

Houve ainda a alteração do §2º do artigo 102 da CF, que passou a estabelecer efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* relativamente aos demais órgãos do poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas três esferas federativas para as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF tanto em sede de ação declaratória de constitucionalidade quanto de ação direta de inconstitucionalidade.

Outra inovação processual estabelecida com o objetivo de combater o excessivo número de recursos interpostos perante o STF foi a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas em sede de recurso extraordinário apresentado perante esta Corte, com base no artigo 102, §3º, da CF, competindo-lhe examinar este requisito de admissibilidade recursal.

Nota-se, por conseguinte, a busca por mudanças no papel do STF, tornando-o cada vez mais uma Corte Constitucional, que passa, nas palavras de Medina e Wambier (2013), a ser responsável por julgar assuntos que transcendem os limites subjetivos da causa, indo para além dos interesses das partes. Pretende-se, assim, reduzir o acúmulo de recursos que acabam por transformar a Suprema Corte brasileira em autêntico Tribunal de terceira ou mesmo de quarta instância.

Após os pontos alterados pela EC n. 45/04 no poder Judiciário citados anteriormente, passa-se a analisar como tais mudanças relacionam-se com o conjunto de reformas promovidas nos países latino-americanos e capitaneadas, principalmente, pelos EUA e por organismos financeiros internacionais ali sediados.

4.1 A Reforma do Judiciário Brasileiro como reflexo das reformas neoliberais na América Latina

Apesar de a Reforma Administrativa promovida no Brasil por meio da EC n. 19/98 ter sido aprovada anos antes da EC n. 45/04, responsável pela reforma do poder Judiciário, esta última tramitou por mais de dez anos no Congresso Nacional, compondo o conjunto de PECs apresentado e discutido durante a década de 90 com o objetivo de promover amplas alterações no Estado brasileiro.

Nohara (2012), ao comparar as duas reformas, conclui que a busca por uma maior eficiência correspondeu a um dos principais pontos instituídos por ambas, tanto que o princípio da eficiência passou a compor expressamente o rol de princípios da Administração Pública do artigo 37 da Constituição Federal de 1988. Com relação à Reforma do Judiciário, porém, a eficiência almejada dizia respeito, sobretudo, ao aspecto temporal, ou seja, à celeridade processual.

Em decorrência do extenso rol de direitos positivados na CF de 1988 e do progressivo acesso das camadas menos favorecidas ao sistema de Justiça, este passou a ser cada vez mais acionado para concretizar as normas constitucionais previstas abstratamente. E, por não estar estruturalmente preparado para tamanho aumento no número de demandas, o Judiciário acabou sofrendo fortes pressões nos primeiros anos após a promulgação da CF em decorrência da morosidade de suas decisões (NOHARA, 2012).

Então, entre as medidas estabelecidas pela EC n. 45/04, conforme mencionado, foi incluído, no artigo 5º da CRFB, o inciso LXXVIII, prevendo que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

De plano, foi louvável a intenção do Congresso Nacional em tentar reverter a morosidade na resolução dos processos judiciais, indiscutivelmente um dos principais problemas do poder Judiciário a serem combatidos. Tanto é que a análise da questão da morosidade constitui uma das principais atividades do CNJ desde sua instituição.

A tentativa de uniformização das decisões judiciais em determinados assuntos, da mesma maneira, se bem conduzida, poderia trazer consideráveis benefícios na concretização do princípio da segurança jurídica ao racionalizar o processo decisório jurisdicional, impedindo que casos que versem sobre a mesma temática sejam decididos de forma diferente sem a devida justificação.

Também merece menção o aprimoramento na denominada *accountability* institucional interna do sistema de Justiça por meio da criação do CNJ, quebrando com o anterior modelo em que as fiscalizações administrativa, disciplinar, orçamentária e financeira dos órgãos e membros do poder Judiciário eram realizadas somente pelas Corregedorias dos respectivos Tribunais (TOMIO; ROBL FILHO, 2013).

Pode-se afirmar que a reforma gerencial promovida no Estado brasileiro em 1998 por meio de EC n. 19 teve a sua complementação no campo jurisdicional realizada por intermédio da EC n. 45 após cinco anos da promulgação da primeira (NOHARA, 2012). Assim, estaria concluída uma importante etapa na busca por um Estado embasado no princípio da eficiência a partir de práticas de gestão administrativa e da necessidade de o Judiciário prestar contas de suas atividades, justificando à sociedade os altos custos com sua manutenção.

Mesmo, no entanto, após mais de uma década de aprovação da EC n. 45/04, constata-se, pelos relatórios do CNJ, que o número de novas ações judiciais propostas no Brasil não para de crescer. Em relatório sobre o número de processos que tramitaram no ano de 2014 no Brasil, o CNJ informou que se chegou a um total de 99,7 milhões de processos, dos quais 91,9 milhões só na 1ª Instância. E, o que é mais estarrecedor, a capacidade produtiva anual do poder Judiciário brasileiro de 1º grau é de apenas 27% da demanda total, que inclui os casos novos e o acervo já existente (BRASIL, 2017). A transcrição a seguir do relatório explicita melhor a situação entre as diferentes Justiças:

O fenômeno da maior sobrecarga de trabalho no primeiro grau se repete em todos os segmentos do Judiciário, embora seja menor na Justiça Federal, cuja taxa de congestionamento é mais equilibrada entre primeiro e segundo graus (excluídos os juizados especiais e turmas recursais): 78% e 66%, respectivamente. De outro lado, dados do Relatório Justiça em Números igualmente demonstram que, apesar da excessiva carga de processos, a força de trabalho disponibilizada ao primeiro grau (servidores) é, proporcionalmente, inferior à dedicada ao segundo. Como consequência, os servidores de primeiro grau estão mais sobrecarregados. Basta dizer que, considerando todo o Judiciário, a carga de trabalho por servidor da área judiciária é de 506 processos no primeiro grau e de 232 no segundo, diferença de 118%. Na Justiça Estadual essa desproporção é ainda maior: 563 processos por servidor de primeiro grau contra 245 de segundo (129%). A quantidade de servidor por magistrado também confirma essa distorção. Apesar de a carga de trabalho sobre os magistrados de primeiro grau ser 6% superior, o número de servidores da área judiciária por magistrado de segundo grau é 9% superior: 14 servidores por magistrado no segundo grau e 13 no primeiro. Essa desproporção é mais acentuada na Justiça Federal, na qual existem 26 servidores por magistrado de segundo grau e apenas 11 por magistrado de primeiro (130% de diferença) (BRASIL, 2017).

Cabe ressaltar, porém, que compete ao poder Judiciário, em primeiro lugar, a resolução dos conflitos sociais a ele apresentados e a realização da Justiça por meio do exercício da Jurisdição. Desse modo, de nada valerão decisões proferidas de modo célere, mas construídas apenas com base em critérios e modelos predefinidos, pois elas não serão adequadas às particularidades existentes em cada caso concreto e não solucionarão o litígio de forma satisfatória.

O uso indiscriminado dos mecanismos de uniformização jurisprudencial trazidos pela EC n. 45/04, da mesma forma, pode levar a um engessamento do magistrado no momento de prolação de suas decisões, bem como comprometer sua necessária independência decisional e conseqüentemente o princípio do livre convencimento motivado. Como asseveram Ramos e Diniz (2014), o modelo de reformas dos sistemas judiciais latino-americanos promovido pelo Banco Mundial deixou de levar em consideração as especificidades de cada Estado, sobrepondo-se às garantias sociais indispensáveis à construção de uma sociedade democrática.

Passou-se, então, a perceber que novas modificações seriam necessárias para, de modo efetivo, promover o direito à razoável duração do processo ao se combater a lentidão no julgamento das causas. Entre as novas possibilidades levantadas destaca-se o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos, que, desde a década de 90, vêm recebendo maior atenção nas reformas judiciais de outros países da América Latina.

O próprio documento técnico do Banco Mundial supracitado (ROWAT *et al.*, 1995) afirma expressamente que qualquer reforma de um sistema judicial que busque eficiência e qualidade na prestação jurisdicional deve incluir a adoção de tais mecanismos no funcionamento do poder Judiciário. Conforme mencionado anteriormente, ao tratar da chamada “Justiça da Paz” no Peru como experiência com o uso da conciliação, o relatório afirma o seguinte:

A justiça da paz não jurisdicional representa uma alternativa ao sistema formal. Este meio de resolução de conflitos, administrado por cidadãos que não são profissionais do ramo jurídico, é bastante popular. Litigantes buscam um fórum em que eles possam falar sua própria língua e um juiz que irá compreender seus valores

culturais e os problemas sociais da população local. No seu melhor, o sistema da justiça da paz evita processos formais e armadilhas procedimentais, resolve os conflitos em um curto período de tempo, é menos oneroso, e se beneficia de juízes que são honestos e justos (ROWAT *et al.*, 1995, p. 92, tradução livre).

No caso da Reforma do Judiciário brasileiro, conforme se depreende da análise do conteúdo da EC n. 45/04, as palavras conciliação, mediação e arbitragem sequer são mencionadas, excetuando-se a citação, no artigo 114, §2º, da arbitragem trabalhista nas questões que podem ensejar o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica perante a Justiça do Trabalho (BRASIL, 1988).

Em outros países da América Latina enxergou-se, ao se reformar o sistema judicial, a necessidade de ir para além do próprio Poder Judiciário, estabelecendo e fortalecendo meios não judiciais de resolução dos conflitos sociais e incorporando-os, na medida do possível, ao próprio procedimento adotado nos processos judiciais.

Após mais de dez anos da promulgação da EC n. 45, o novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro (Lei n. 13.105/2015) trouxe relevantíssimas alterações nesse sentido ao afirmar que, em seu artigo 3º, §3º, não obstante o princípio processual da inafastabilidade da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito, a conciliação, a mediação e os demais métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados pelos operadores do Direito – juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público – inclusive no curso do processo judicial.

Daí se depreende que, apesar da existência da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) desde a década de 90 e da política do CNJ de valorização do sistema “multiportas” de solução dos litígios, que deu origem ao Movimento pela Conciliação/CNJ de 2006 e à própria Semana Nacional de Conciliação, a Reforma do Judiciário brasileiro somente foi complementada no que se refere a esses mecanismos após mais de uma década, quando o novo CPC, aprovado e publicado em 2015, ampliou consideravelmente a importância de tais figuras no processo.

No que tange à mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e à autocomposição de litígios no âmbito da administração pública, foi sancionada a Lei n. 13.140/15 com o objetivo de regulamentar tais institutos neste momento de valorização e de destaque dos meios alternativos de solução de demandas.

Após tais considerações, pode-se, então, inferir que a Reforma do Poder Judiciário brasileiro de 2004, no intuito de aprimorar o sistema de Justiça na condição de relevante fator na garantia de segurança jurídica e boa condução dos negócios e investimentos no país, acabou por não observar um aspecto imprescindível a uma reforma que busque ser realmente efetiva: a valorização e a institucionalização dos meios alternativos de resolução de demandas.

A importância dos meios não judiciais de resolução de conflitos já vinha sendo destacada nos ordenamentos jurídicos de algumas nações da região latino-americana e do Caribe quando da reforma de 2004, o que deve servir de exemplo para o Brasil na sua busca por um sistema de Justiça mais acessível, mais célere, mais efetivo e, por fim, mais justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o cenário de crise econômica ocorrido nos anos 70, os EUA, em conjunto com a Inglaterra e organismos financeiros internacionais, passaram a adotar uma série de medidas em relação aos países latino-americanos que possuíam vultosas dívidas com tais instituições, com tais medidas sendo orientadas por um conjunto de princípios que ficou conhecido como “Consenso de Washington” (BATISTA, 1994).

Conforme foi demonstrado, esses organismos financeiros ligados aos interesses norte-americanos deram início a movimentos de pressão para que as nações da região aprovassem diversas mudanças e ajustes em seu interior, criando ambientes mais favoráveis aos investimentos externos. Entre essas mudanças destacou-se a reforma dos sistemas judiciais latino-americanos (FAUNDEZ, 2002; RAMOS; DINIZ, 2014).

Ao promover tais objetivos, o Banco Mundial, em seu modelo padronizado de reformas dos sistemas judiciais latino-americanos, deixou de levar em consideração as especificidades encontradas nos diversos países da região, conforme apontado por Ramos e Diniz (2014), o que prejudica a efetivação de tais reformas e compromete seu objetivo de busca por maior eficiência.

No caso brasileiro, apesar dos importantes pontos modificados pela reforma de 2004 com o objetivo de combater a morosidade do poder Judiciário e o excesso de demandas e de recursos a ele apresentados, conclui-se que a EC n. 45/04, ao focar na efetividade e na razoável duração do processo, promoveu alteração apenas do ponto de vista formal, permanecendo a mesma lógica conflituosa e deixando de abordar, por exemplo, os meios alternativos de resolução de conflitos.

Somente nos últimos anos esses mecanismos passaram a receber o devido destaque por parte do poder Legislativo brasileiro, sendo amplamente inseridos no ordenamento jurídico nacional por meio do novo CPC de 2015 e regulamentados mediante normas específicas, como a Lei n. 13.140/2015.

Com relação ao CNJ, cumpre destacar os relevantes avanços com relação à abertura do poder Judiciário e ao dever de *accountability* de seus órgãos com a criação de mais um mecanismo de controle interno, mas os graves problemas de excesso de demandas, morosidade e insatisfação por parte dos jurisdicionados permanecem após mais uma década da sua criação.

Por conseguinte, pode-se atestar o caráter restritivo da EC n. 45/04 e da reforma por ela promovida no âmbito do Judiciário brasileiro, uma vez que não houve a preocupação em abordar tais institutos alternativos nos dispositivos constitucionais modificados. Buscou-se a solução para a morosidade na resolução de demandas somente dentro do próprio sistema Judiciário, olvidando-se o constituinte reformador de buscar respostas fora da formalidade do processo judicial, o que poderia ter sido diferente se as especificidades do Judiciário brasileiro tivessem sido consideradas quando da sua reestruturação em 2004.

6 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Martins de. Reforma do Poder Judiciário: aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 171, p. 177-197, jul./set. 2006.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BATISTA, Paulo Nogueira. O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. Programa Educativo Dívida Externa – Pedex. *Caderno Dívida Externa*, n. 6, 2. ed., nov. 1994.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1º jul. 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2017.
- BRASIL. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. *Priorização do 1º grau da Justiça*. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisducao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 15 jun. 2017.
- CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro. Nuevos desafíos de la democracia y del desarrollo en América Latina. In: CARDOSO, Fernando Henrique; FOXLEY, Alejandro (org.). *A medio camino: nuevos desafíos de la democracia y del desarrollo en América Latina*. Santiago do Chile: Uqbar Editores, 2009.
- CEPAL. *Panorama económico y social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños*. 2016. Disponível em: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40916/1/S1601359_es.pdf. Acesso em: 13 abr. 2017.
- DAKOLIAS, Maria. El sector judicial en América Latina: elementos da reforma. *World Bank Technical Paper*, Washington, D.C., n. 319, June, 1996.
- FAUNDEZ, Alan Angell y Julio. *Reforma judicial en América Latina: el rol del Banco Interamericano de Desarrollo*. 2002. Disponível em: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/467.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.
- HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. *Imperio*. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- KING, Desmond S. O Estado e as estruturas sociais de bem-estar em democracias industriais avançadas. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 22, out. 1988.
- MARTINS, Carlos Eduardo. A conjuntura contemporânea e o sistema mundial: os desafios da América Latina no século XXI. In: MARTINS, Paulo Emílio Matos; PIERANTI, Octavio Penna (org.). *Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
- MEDINA, José Miguel García; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

POCHMANN, Márcio. Política social na periferia do capitalismo: a situação recente no Brasil. *Ciências e Saúde Coletiva*, v. 12, n. 6, p. 1.477-1.489, 2007.

PORTELLA FILHO, Petrônio. O ajustamento na América Latina: crítica ao modelo de Washington. *Lua Nova*, n. 32, São Paulo, p. 101-132, abr. 1994.

RAMOS, Edith Maria Barbosa; DINIZ, Isadora Moraes. *O Banco Mundial e a Reforma do Judiciário na América Latina*. In: COUTO, Mônica Bonetti; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; SILVA, Maria dos Remédios Fontes (org.). *(Re)pensando o Direito: desafios para a construção de novos paradigmas*. 23. ed. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4974a9fe76a5b447>. Acesso em: 10 maio 2017.

RIBEIRO, Hécio. Constituição, participação e políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (org.). *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián. *Informe comparativo: proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina*. 2004. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8657/10687>. Acesso em: 14 abr. 2017.

RIEGO RAMÍREZ, Cristián. *Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina: segundo informe comparativo*. 2003. Disponível em: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/notaarchivo/552.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2017.

ROWAT, Malcom *et al.* Judicial reform in Latin America and Caribbean: proceedings of a World Bank conference. *World Bank Technical Paper*, Washington D.C., n. 280, June, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOUSA, Monica Teresa Costa. *Direito e desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO E PRIMEIRAS IDEIAS SOBRE UMA TEORIA DA DECISÃO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.141-152>

Recebido em: 26/3/2019

Aceito em: 21/6/2019

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Bauru. Estágio Pós-Doutorado no *Ius Gentium Conimbrigae*. Graduado em filosofia (USC) e Direito (Uenp). Mestre em Ciência Jurídica pela Uenp. Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (2018-2022). <http://lattes.cnpq.br/1975997868167667>. <https://orcid.org/0000-0001-8917-4717>. alvesfb@uol.com.br

Vinicius Scherch

Mestre em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Norte do Paraná (Unopar). Especialista em Administração Pública pelo Centro Universitário de Maringá Unicesumar. Graduado em Direito pela Faculdade Cristo Rei (Faccrei). <http://lattes.cnpq.br/1721329870636878>. <https://orcid.org/0000-0003-3671-3822>. vinnyscherch@hotmail.com

RESUMO

Este artigo tem como objeto a interpretação constitucional. Aborda a questão do Direito e a interpretação das regras no contexto da discricionariedade judicial. Leva em conta a criação de um método racional e coerente para a formatação de decisões, especialmente em casos difíceis. Como resultado é possível, a partir dos textos de Hesse, Dworkin, Moreso e Bulygin, compreender como a discricionariedade deve estar no sentido fraco, abaixo da Constituição, considerando as propriedades mais importantes e possibilitando a criação do Direito a partir de noções preexistentes. A metodologia de pesquisa utilizada foi bibliográfica e deu-se pelo método hipotético-dedutivo. A conclusão é que a teoria da decisão é necessária compreendendo a discricionariedade como uma atividade criativa, porém com a atribuição de racionalidade, coerência com critérios legais e respeito aos aspectos históricos e sociais.

Palavras-chave: Discrição judicial. Interpretação racional. Teoria da decisão.

CONSIDERATIONS ABOUT INTERPRETATION AND FIRST IDEAS ON A DECISION THEORY

ABSTRACT

This article has as its object the constitutional interpretation. It addresses the issue of law and the interpretation of rules in the context of judicial discretionarity. It takes into account the creation of a rational and coherent method for formatting decisions, especially in hard cases. As a result, it is possible, from the texts of Hesse, Dworkin, Moreso and Bulygin, to understand how discretions should be in the narrow sense, below the Constitution, considering the most important properties and enabling the creation of the right from preexisting notions. The research methodology used was bibliographic and the hypothetical deductive method was used. The conclusion is that decision theory is necessary to understand discretionarity as a creative activity, but with the attribution of rationality, coherency with legal criteria and respect for historical and social aspects.

Keywords: Judicial discretionarity. Rational interpretation. Decision theory.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Atividade interpretativa e intangível constitucional. 3 Apontamentos sobre os limites e alcances da interpretação constitucional. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o Brasil possui uma Constituição aberta em seus conceitos, prolixa em seus conteúdos e dotada de ampla pluralidade, é necessário que não somente os legisladores, mas também os juízes e tribunais, bem como os governantes, redobrem atenção em suas funções típicas. Nesse sentido é que o dever primordial da legislação se fixa em aperfeiçoar e trazer para o plano concreto os mandamentos e as orientações constitucionais. Do mesmo modo, a atribuição judicante vem pautada na Constituição, tendo como objetivo a aproximação da Justiça e a correção nos percursos da satisfação normativo-constitucional. O governo, no que lhe compete, faz frente a toda a realização das tarefas que a Constituição impõe, enquanto tem no Estado o destinatário de grande parcela das normas de direitos fundamentais.

Este é um quadro ideal, que serve de panorâmica à temática ora enfrentada, a qual se situa na questão da hermenêutica constitucional, visando a uma interpretação coerente por meio do exercício prático da jurisdição constitucional. O primeiro recorte delimitativo busca a compreensão e a realização de apontamentos sobre a atividade jurisdicional. Por essa razão o objetivo do artigo é apontar os problemas da jurisdição constitucional e apresentar o papel concretizador/realizador da interpretação da Constituição.

O problema que aqui se busca discutir situa-se na questão nem tão atual de saber se os juízes criam o Direito na atividade jurisdicional. E se esta atividade criativa concorre ou aprimora a legislação, tendo como objeto da problematização investigar qual a posição da Constituição em relação ao Direito.

As hipóteses aqui discutidas têm por premissa inicial que a jurisdição encontra limites no intangível constitucional como diferencial das cláusulas pétreas e que a legislação precisa ser respeitada. Se a Constituição ocupa o lugar central do ordenamento, então os direitos fundamentais são o norte da interpretação e da criação judicial do Direito. A partir de tal noção é que o texto objetivará inferir as primeiras ideias de uma – ou mais uma – teoria da decisão.

Metodologicamente de filiação hipotético-dedutiva, o texto busca construir as conjecturas mediante as hipóteses e pauta-se pela técnica da pesquisa bibliográfica predominantemente, sendo dividido em duas partes. Trata ele, primeiramente, da atividade interpretativa e do intangível constitucional e, em um segundo momento, de apontamentos sobre os limites e alcances da interpretação.

2 ATIVIDADE INTERPRETATIVA E INTANGÍVEL CONSTITUCIONAL

No contexto do pós-positivismo fica assente que o Direito, por si, não é suficiente para formatar respostas adequadas aos fins macros a que se destina. Ou seja, é possível afirmar que o Direito sozinho não alcança a pacificação social e não consegue subsidiar as relações individualizadas nos casos concretos. De um todo, com o apoio das normas gerais e abstratas é possível ao juiz alcançar em suas decisões as aproximações da Justiça, valendo-se da aplicação do Direito e, indissociavelmente, da interpretação.

Com base nas proposições de Kelsen (1998, p. 171-174), na *Teoria Pura do Direito*, o Direito encerra uma noção de completude e o juiz tem o dever de dar respostas ao caso concreto baseado nesse sistema fechado do Direito, composto de regras. O ordenamento jurídico fornece ao juiz a moldura para que ele possa trabalhar o Direito e fornecer a solução ao caso concreto, perquirindo, pela interpretação, o produto final do Direito, sem lhe acrescentar ou retirar elementos constitutivos. Dessa forma:

O positivismo, no qual se pode dizer que se fundamenta toda a teoria do ordenamento jurídico, descreve o direito como composto de regras em que se resolvem todos os conflitos dentro do próprio sistema normativo, cujos fundamentos não se abriam a questionamentos filosóficos ou mesmo políticos.

A teoria kelseniana foi o ápice e a que melhor expressou o pensamento jurídico positivo, consolidando, na Teoria Pura do Direito, a tentativa de apresentar respostas a todas as questões que lhe são relativas, dentro do sistema (MACHADO, 2011, p. 27).

Em que pesem as regras possam ser vistas alicerçadas em um modelo estático e assim classificadas por Hart (2001, p. 102) para efeitos da compreensão da sua obra *O Conceito de Direito*, a interpretação é um elemento indissociável do alcance do objetivo da norma (*mens legis*). Com fundamento no uso da linguagem para dar o sentido jurídico, Hart (2001, p. 140-141) torna evidente, com sua teoria, a textura aberta que permeia a comunicação, podendo ser permitidos diversos significados ao texto legal. Nos casos mais simples é

possível verificar que, de certo modo, o uso da interpretação pode levar ao certo ou ao errado, tendo em vista que a linha de incertezas é quase inexistente e que a regra de verificação é, praticamente, automática. A interpretação aparece para o Direito, tendo em vista a incapacidade de tudo se antecipar, isto é, os legisladores não detêm conhecimento de tudo o que o futuro pode trazer (HART, 2001, p. 141).

A textura aberta é um atributo que visa a driblar esta incapacidade prognóstica do ser humano, por meio da criação de padrões gerais pelo Legislativo, que dão à administração pública e ao Judiciário discricionariedade para moldar a decisão ao caso concreto, adaptando as regras às necessidades especiais (HART, 2001, p. 144). Neste ponto, surgem os casos difíceis, que são aqueles em que a generalidade da regra permite uma diversidade de interpretações, não sendo possível obter um silogismo a partir do uso da linguagem, em razão da textura aberta, demandando maior discricionariedade do juiz.

O poder de discricionariedade do juiz estaria pautado na própria aplicação de princípios e doutrinas para fundamentar as decisões. Diante da possibilidade de princípios contraditórios, a que evidencia a necessidade de discricionariedade, o juiz terá de escolher no sentido do que é melhor e não em qualquer ordem de prioridade, segundo Hart. Não existe um critério seguro que possa medir o peso dos princípios em cada caso, sendo necessário, portanto, a discricionariedade (FUGA, 2018, p. 321).

A discricionariedade da qual o juiz se vale para interpretar as normas e procurar dar solução ao caso concreto ganha corpo também com o aporte teórico fornecido por Dworkin (2002, p. 50-63). Quando Dworkin faz a análise do ordenamento, não só admite a inserção de pautas morais na forma de princípios, mas também tem neles o instrumento de excogitação pela melhor solução possível do caso concreto. Especialmente em casos difíceis, a discricionariedade judicial se potencializa, pois fica evidente que o Direito, por si, não consegue estabelecer uma solução adequada ou, muitas vezes, aproximada da necessidade real. Esclarece Dworkin (2002, p. 51-55), no entanto, que a discricionariedade pode ser forte, ocasião em que cria novas regras; ou pode ser fraca, no sentido de que suplementa e otimiza as regras já existentes, fazendo sua opção por este último modelo como o mais adequado. Para melhor elucidar a dicotomia das discricionariedades dworkinianas:

É no sentido forte da discricionariedade que se pode ter um alto grau de incertezas e de injustiças, exteriorizadas por lacunas, quando, na verdade, existe um dever legal do juiz de decidir. Esse alto grau de incertezas poderá levar a uma decisão indevida.

(...)

Nesse caminho, o juiz tem o dever jurídico de buscar a melhor justificação moral, partindo da análise dos princípios e das regras, entendidos como valores morais objetivos, que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras, fornecendo a esses casos difíceis critérios mais objetivos do que o mero recurso à discricionariedade em sentido forte, sem contudo retirar do juiz a discricionariedade em sentido fraco. De acordo com esse modelo, pode-se dizer que o juiz tem sempre a obrigação de buscar a resposta correta no direito preestabelecido. Portanto, não deve exercer o seu poder de forma a legislar (MACHADO, 2011, p. 38-39).

A digressão feita anteriormente, passando por Kelsen, Hart e Dworkin, serve como uma base teórico-dialética para a compreensão da atividade hermenêutica, passando pelos primados do positivismo e do pós-positivismo, a fim de mostrar qual seria a forma mais próxima de uma interpretação adequada. Por certo que a criação livre do Direito pode levar a efeitos mais negativos do que positivos, assim como uma aplicação fechada do ordenamento jurídico não alcança resultados diferentes.

Tratando com seriedade a separação das funções, não é dado ao Judiciário a atividade de legislar e a partir dessa premissa é que serão formadas as proposições acerca do limite da interpretação. Para isso, o objeto é estreitado na interpretação constitucional, ocasião em que se apresenta o intangível constitucional.

Dessa forma, diferentemente das cláusulas pétreas expressas no artigo 60, §4º da Constituição Federal de 1988, o intangível constitucional apresenta-se como uma proteção especial à potência da Constituição, resguardando não só o texto posto e a intenção do constituinte, mas garantindo a força contemporânea e a existência futura da Constituição.

É de se observar que as cláusulas pétreas são um constructo da Teoria Constitucional que se figura bem sedimentado, especialmente porque tem como fim coibir a modificação de determinadas normas constitucionais concretas e, da mesma forma, certos valores implícitos da Constituição (LOEWENSTEIN, 1979, p. 189). Pontos de relevância para a manutenção e existência do Estado de Direito Social tais como: forma federativa

de desenho institucional, alternância periódica dos representantes do povo, independência e credibilidade das instituições do Estado e a garantia dos direitos fundamentais, são o núcleo material das cláusulas pétreas brasileiras, cuja proteção também se irradia sobre bases implícitas, por exemplo, no princípio da vedação ao retrocesso e na garantia do devido processo legal.

Essa proteção, no entanto, que se apresenta forte para conter a alteração material do texto constitucional, se desmancha quando é colocada como barreira diante da atividade de interpretação exercida pelo Judiciário. Nadja Machado Botelho defende que a mutação constitucional se sujeita ao regime das cláusulas pétreas, segue com lastro na concepção de que a dinâmica do processo de limitação à reforma aplica-se a tal espécie de decisão judicial, pois “o que não se pode é pretender, via mutação, aquilo que não se alcançaria nem por emenda” (BOTELHO, 2011, p. 40).

Basta, contudo, refletir que na Rcl 4335-AC, de 2007, julgada em 2014, se operou por via reflexa a mutação do artigo 52, X, da Constituição Federal de 1988, e, com isso, a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões em sede de recursos extraordinários não mais dependeria da edição de resolução por parte do Senado Federal, violando a separação dos poderes, no que tange ao sistema de freios e contrapesos. De forma semelhante, no HC 126.292, o STF mudou sua posição e passou a considerar possível a execução provisória da pena após o julgamento pela segunda instância, não mais necessitando do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, violando o direito fundamental de liberdade, trazido no artigo 5º, LVII da Constituição Federal de 1988.

Em vista disso, é possível também localizar a posição do ativismo judicial, que “somente se justifica na defesa das minorias, firmando-se em uma função contramajoritária capaz de impulsionar a efetividade dos direitos fundamentais” (SCHERCH; ALVES, 2019, p. 83). Nessa ocasião, o juiz precisa ter um alinhamento jurídico que corrobore a mesma escolha política da Constituição, que o autorize a sair da posição de inércia para avançar sobre a função de governo e de criação legislativa apenas para garantir a eficácia e a existência de direitos fundamentais acessíveis a todas as categorias que compõem a sociedade.

O intangível constitucional se põe como um mecanismo de proteção contra a alteração informal dos sentidos da Constituição, ao manter intactos os objetivos constitucionais diante de decisões que tentam minar o conteúdo normativo e lhe negar efetividade.

Com o apoio das asserções Bayón (2000, p. 65-94) em seu artigo *Direitos, Democracia e Constituição* é possível obter uma ideia geral do envolvimento do intangível constitucional. Isso porque a primeira ideia que Bayón desenvolve trabalha com duas concepções: o “coto vedado” e o constitucionalismo. A expressão “coto vedado” foi cunhada por Valdés (1989, p. 631-650) para designar os direitos vinculados com a satisfação dos bens básicos, ou seja, que são condição necessária de qualquer plano de vida. Traduzida literalmente, significa “terreno proibido” e na sua significação jurídica é justamente um núcleo intocável de direitos básicos, que, dada a importância, não são objeto de modificação. Por óbvio, admitem aprimoramento ou expansão, inserindo-se na mesma ideia que se sedimenta a respeito da vedação ao retrocesso e, em paralelo, da concepção de cláusulas pétreas da doutrina constitucional.

O propósito de trazer o “coto vedado” para dentro da Constituição implica uma concepção diferenciada de constitucionalismo, trabalhando também com um procedimento democrático, razão pela qual a posição de Bayón (2000, p. 70) é pela defesa de um constitucionalismo fraco. Inevitavelmente, ao se falar em democracia, a discordância é um fator quase permanente nos procedimentos, bem por isso, são trabalhados os ideais de decisão da maioria e de decisão judicial (coletiva) na busca pela definição substancial desses direitos básicos. E essa é a ideia nuclear do texto.

Para efeitos deste trabalho, “constitucionalismo” é o movimento político, jurídico e social pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações-(ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2016, p. 24).

Bayón (2000, p. 70-75) vale-se em muito de Waldron, especialmente no artigo *A Right-Based Critique of Constitutional Rights* (1993, p. 18-51), pelo que se pode aqui fixar o marco teórico do trabalho e, já de início, assente em uma concordância com Waldron, a *judicial review* não se destaca perante o exercício parlamentar, razão pela qual se delinea a limitação da atividade hermenêutica de acordo com os parâmetros fornecidos pela lei.

Desse modo, em um constitucionalismo “forte”, o limite real para o poder de decisão da maioria não são os direitos constitucionalizados, mas a decisão do órgão que exerce o controle judicial de constitucionalidade ao definir o limite e o alcance desses direitos (BAYÓN, 2000, p. 71).

Quanto à questão da decisão da maioria diante do controle judicial de constitucionalidade, admite Bayón (2000, p. 72) que “não se trata puramente de escolher entre um procedimento que tenha ou não limitações substanciais”, mas que o ponto principal é que a regra da maioria vai bem em uma comunidade na qual os indivíduos que se reconhecem entre si como agentes morais de igual dignidade e que tanto a decisão da maioria como o controle judicial de constitucionalidade são falíveis.

Desta forma, para Bayón (2000, p. 76), tem-se “um sistema político no qual os direitos não seriam concebidos como um limite externo e prévio ao procedimento majoritário, mas como um produto gerado por seu próprio funcionamento”. Diante disso, figura como condição necessária a participação, em pé de igualdade, nas tomadas de decisão públicas. Figurando, ainda, a constitucionalização da democracia como outra condição necessária, na medida em que “uma comunidade não deveria poder decidir por maioria deixar de decidir por maioria, e isso implica na autorrefutação da decisão democrática original, que deve ser contínua, sem autoanulação”.

A partir da alegoria de Ulisses, Bayón (2000, p. 79) estabelece que “o dualismo democrático busca, através da idéia de pré-compromisso, uma profunda reconciliação entre a primazia constitucional e a regra de decisão pelas maiorias”, mas não descarta a problemática da limitação individual como se coletiva fosse e a situação da Constituição rígida, principiológica, aberta, que precisaria ser enfrentada.

No que alcança a esfera do procedimentalismo, Bayón (2000, p. 80) entende que “todos os direitos deveriam ser o resultado de decisões comuns do legislador democrático”, exceto os de caráter constitutivo ou de definição do próprio procedimento democrático. Razão pela qual as tomadas de decisão por maioria em uma democracia representativa exige, como condição de possibilidade, um conjunto de regras para o “constitutivo do soberano” tal qual afirma Hart. Como as discordâncias naturais das diferentes concepções do ideal de igualdade política são recorrentes no procedimento, as decisões têm de partilhar de um núcleo comum mínimo (intangível), que é a própria noção de democracia e de não afastar as pessoas das decisões, ou seja, não é admitido um processo de eliminação, mas é buscado um consenso, ao que parece, no sentido habermasiano.

Para o Bayón (2000, p. 84), o procedimento de determinação é inevitável quando as restrições substantivas são formuladas como princípios, mas se torna desnecessário se as restrições forem formuladas na forma de regras suficientemente precisas.

É possível, então, “um constitucionalismo que consista verdadeiramente na imposição substantiva de limites à regra da maioria, e não na limitação desta por quaisquer decisões coletivas que se utilizem de outros procedimentos suplementares” (BAYÓN, 2000, p. 84), não descartados os problemas do desacordo e da indeterminação de nossas próprias concepções sobre o conteúdo e limites das restrições substantivas, pois, na condição de regras, são o tudo ou nada de Dworkin, mas como princípios são imbuídas de vagueza e, muitas vezes, de uma alta carga de abstração que somente é suprida com a aplicação ao caso concreto.

Por essa razão Bayón (2000, p. 86), utilizando-se da ideia de Waldron (1993, p. 18-51), esclarece que quando as decisões “são tomadas de qualquer forma que não seja por maioria (não reforçada), o direito dos cidadãos à participação em pé de igualdade na tomada de decisões é violado”. Nesse sentido, o procedimento democrático possui um valor intrínseco ao considerar que o valor moral do governo representativo se dá não por causa de sua qualidade, mas pelo número de cidadãos comuns que a respaldam e nenhum outro procedimento garante a mesma capacidade de reação para a maioria dos cidadãos diante de decisões de desaprovação.

Contrapondo isso ao valor instrumental do constitucionalismo, são reveladas situações como a de legisladores sob pressão (pela necessidade de se elegerem) e que os juízes seriam imunes a certos tipos de pressão, em virtude da posição institucional que têm.

O tipo de resultado que se espera de uma certa regra de decisão coletiva, porém, depende de fatores contextuais, e que, portanto, se apenas o seu valor instrumental é levado em conta, diferentes regras de decisão são apropriadas para diferentes condições sociais. Enfatiza Bayón (2000, p. 88), nesse sentido, que “é fácil de encontrar muitos exemplos não só de freios às leis tendentes a erodir direitos básicos, mas também é intento de legisladores de promovê-los que resultarão abortados por decisões retrógradas de juízes constitucionais” e que “os juízes constitucionais tendem a adotar uma atitude de deferência ao legislativo sempre que a questão parece duvidosa”, pelo que deveria ser adotado um constitucionalismo fraco.

A ideia conclusiva de Bayón (2000, p. 89) é que se se é partidário do ideal moral do “coto vedado”, é preciso entender que um dos primordiais direitos é participar em igualdade de condições nas tomadas de decisão coletivas (dos juízes); então nessa zona de equilíbrio adequado entre valores procedimentais e substanciais é recomendável a adoção do desenho institucional que se pode chamar de “constitucionalismo fraco”.

O pensamento central que se pretende, para afirmar o intangível constitucional, é que a interpretação se submete não somente à Constituição, mas também às suas finalidades e bases principiológicas, assim como é necessário respeitar a decisão popular – nos contextos histórico e social – que concebe determinado direito como fundamental e, por isso, intangível. Resultado disso é que a atividade interpretativa deve ser fraca para limitar-se a não reinventar o que a Constituição confere, ou seja, para não criar o direito geral e abstrato e, ao mesmo tempo, que não pode ser tão fraca a ponto de permitir que seja diminuído o catálogo de direitos fundamentais, impondo-se para garantir sua concretização.

3 APONTAMENTOS SOBRE OS LIMITES E ALCANCES DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Quando se trata da interpretação constitucional, entre uma vasta literatura sobre o tema, destacam-se a posição e a influência de Konrad Hesse na formação, especialmente, do método concretizador.

Informa Hesse (1983, p. 35-36), sobretudo, que a interpretação é um elemento necessário para que seja possível alcançar o significado e o conteúdo da Constituição. Assim, a interpretação é também um passo fundamental, tendo em vista o caráter aberto e amplo das expressões que a Constituição carrega em seu texto escrito. Ou seja, somente é possível extrair a normatividade das disposições constitucionais se realizada sua interpretação, porque a Constituição não tem pretensão de completude, mas de ser sempre atual ao tempo em que se encontra. Por isso:

Da perspectiva de Constituição no tempo, a Constituição só pode cumprir suas tarefas onde consiga, sob mudadas circunstâncias, preservar sua força normativa, isto é, onde consiga garantir sua continuidade sem prejuízo das transformações históricas, o que pressupõe a conservação de sua identidade. Partindo disso, nem a Constituição como um todo nem suas normas concretas podem ser concebidas como letra morta, como algo estático e rígido; precisamente sua continuidade pode chegar a depender da forma em que se encare a mudança (HESSE, 2009, p. 10).

Como a interpretação constitucional é uma atividade múltipla e, nesse sentido, Häberle (1997, p. 12-13) fala da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, no processo interpretativo “estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

Ainda que a Constituição se dê num âmbito de interpretação horizontal, compreendendo tantos quantos possíveis intérpretes – e por isso é democrática – faz-se necessário – diante do monopólio da última palavra que é exercido pelo Tribunal Constitucional (aqui em suas variantes: Suprema Corte, Supremo Tribunal Federal, etc.) e tradicionalmente aceito – o alerta de Hesse (1983, p. 36), por isso “mesmo que o Tribunal seja competente para fixar o conteúdo da Constituição, com eficácia vinculante, não se encontra acima da Constituição à qual deve sua existência”.

Como Hesse (1983, p. 37-38) assevera, para realizar a interpretação, por meio de regras tradicionais, que é preciso estabelecer, primeiramente, dois pontos de partida: (i) a vontade objetiva da norma (*mens legis*) e (ii) a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*), o que é possível analisando-se o texto, o processo de criação, suas conexões sistêmicas, seus antecedentes e o sentido (*ratio*) e finalidade (*telos*) da norma. Como o professor alemão deixa claro, no entanto, “as regras de interpretação tradicional fornecem uma solução/percepção parcial da questão, resolvendo os problemas de forma imperfeita” (HESSE, 1983, p. 42).

A partir disso é que se pode falar em interpretação constitucional como concretização (*Konkretisierung*), isso porque “a interpretação constitucional tem caráter criativo: o conteúdo da norma constitucional somente é completo com sua interpretação e a atividade interpretativa é vinculada à norma” (HESSE, 1983, p. 43). Dessa forma, a concretização, necessariamente, pressupõe não somente a leitura e a investigação – tipicamente positivista – mas requer a compreensão do conteúdo da norma. E, para tanto, o intérprete passa pela leitura do problema concreto e da Teoria Constitucional para estabelecer uma pré-compreensão (HESSE, 1983, p. 44). Esta pré-compreensão é uma fase que permite analisar a norma desde certas expectativas e, a partir de uma ideia, formular um projeto de aproximação do texto com aquilo que a realidade o confronta. Ainda que o projeto tenha de passar por reformulações, correções e comprovações, ele permite a fixação de sentidos primários para a compreensão e a concretização a partir de um problema real.

Hesse (1983, p. 46-47) explica que o programa normativo é o texto da norma a se concretizar e deverá ser apreendido mediante a interpretação a que se refere sua significação vinculante para a solução de um problema. Para compreender corretamente o texto da norma são utilizados os métodos tradicionais: com a interpretação histórica, literal e sistemática, delimitando o espaço da norma; a interpretação teleológica, delimitando a direção da norma. No que toca ao âmbito normativo, pela interação da norma com a realidade, posto que não basta a compreensão textual sem trazê-la para os problemas concretos da vida, a interpretação visa a garantir a solução adequada, racional e controlável do problema, estabelecendo uma coordenação objetiva e relacionando várias normas e pontos de vista.

Com o objetivo de tornar a interpretação em uma atividade racional e coerente, Hesse (1983, p. 47-50) fixou princípios da interpretação constitucional, a serem observados para que possam orientar e canalizar o processo de relação, coordenação e valoração dos pontos de vista ou considerações que devem levar à solução do problema. Com isso, resta evidente que o intérprete não é livre para interpretar a Constituição de acordo com suas próprias concepções, sem que passe antes pela filtragem principiológica que orienta a atividade.

O princípio da unidade da Constituição tem por finalidade manter a interdependência dos seus elementos; segundo Hesse (1983, p. 48) as normas da Constituição são conjuntamente interpretadas, de modo a evitar as contradições de umas com as outras, evitando que as decisões básicas sobre a Constituição limitem-se de fora unilateral a aspectos parciais. Ou seja, na realização da interpretação é preciso levar em conta não somente a incidência da norma no caso concreto, mas também o impacto que o ponto de vista exarado tem sobre o conjunto normativo-constitucional.

Pelo princípio da concordância prática (HESSE, 1983, p. 48-49), a interpretação procura soluções que melhor se adéquem ao contexto do caso concreto, pretendendo o equilíbrio na proteção e garantia dos bens constitucionalmente contemplados. Por isso, ao contrário de uma ponderação de bens precipitada ou uma ponderação de valores abstrata, em caso de eventuais colisões em que um deva prevalecer sobre o outro, pela concordância prática é buscada a otimização, estabelecendo limites a ambos os bens para que alcancem uma eficácia otimizada.

Surge também, como informador da interpretação constitucional, o princípio da correção funcional, trazendo a ideia de que a Constituição regula, em certa medida, as condutas dos agentes das funções estatais, e, por isso, o órgão à qual é dada a função de interpretação deve manter-se a tal importância vinculado (HESSE, 1983, p. 49-50). Ou seja, pelo exercício da função de interpretação constitucional e da correção em eventuais desvios do *iter* constitucional, o órgão não pode usurpar a função legislativa ou executiva, mantendo assim a harmonia e a independência entre as funções do Estado, sob o pretexto de controle de constitucionalidade e de efetivação da Constituição.

Outro princípio é o da eficácia integradora, pelo qual as soluções dos problemas jurídico-constitucionais devem tencionar pontos de vista que promovam e mantenham a unidade política (HESSE, 1983, p. 50).

Por último, Hesse (1983, p. 50-51) cita o princípio da força normativa da Constituição, pelo qual as soluções dos problemas devem buscar a máxima eficácia e manter a Constituição atualizada. E é a partir da força normativa da Constituição que se pode extrair que “a Constituição não configura (...) apenas um ser, mas também um dever ser” (HESSE, 1991, p. 15), que condiciona os aspectos históricos e as possibilidades de utilização das informações da sociedade para a atualização da Constituição, objetivando sempre sua maior eficácia.

Embora, no entanto, um diploma aberto e plural, a Constituição não dá ao intérprete a possibilidade de interpretar de forma ilimitada, figurando ela mesma – a Constituição escrita – no limite racional e estabilizador da interpretação, a fim de que os significados não se desviem no curso das modificações do texto constitucional (*verfassungswandel*) (HESSE, 1983, p. 55-57).

Vista a teoria de Konrad Hesse acerca da interpretação da Constituição é interessante e complementar a apresentação de linhas básicas da ponderação segundo o pensamento de Riccardo Guastini, a partir da percepção de Moreso (2005, p. 227-249) sobre o tema.

A incursão que Moreso (2005, p. 227-249) realiza traz importantes aportes sobre os problemas centrais enfrentados por Guastini em sua obra *Distinguindo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (2000). Precisamente, Guastini faz a distinções entre “disposição” e “norma”, na qual a primeira é o texto dos documentos legislativos, é o objeto da atividade interpretativa, enquanto a última é o conteúdo desses textos. Assim, “a norma não é mais do que o resultado da atividade interpretativa” (MORESO, 2005, p. 228).

É interessante notar, como destaca Moreso (2005, p. 228), que a partir da teoria guastiniana, a disposição e a norma se relacionam, ao passo que uma disposição pode expressar uma pluralidade de normas e uma única norma pode ser expressa por várias disposições, assim como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, quando se tem a proteção integral das crianças e adolescentes espalhada em disposições constitucionais e legais.

Outra importante contribuição de Guastini, segundo Moreso (2005, p. 229), é que a norma não é pré-constituída, mas é o resultado da atividade hermenêutica, ou seja, para alcançar o significado da norma não basta apenas conhecê-la. A interpretação não é uma descoberta conteudística, mas consiste na proposta ou estipulação de significados ao texto. E, nesse passo, Guastini defende uma posição cética da interpretação jurídica, na qual as afirmações produzidas não são produto do conhecimento, mas da vontade, do intérprete.

Como consequência dessa ideia de ceticismo quanto à atividade interpretativa é que se pode, em certa medida, desconfiar de certos significados que são atribuídos às normas, uma vez que haveria uma forte influência da vontade do intérprete. Por isso, questões relativas ao sopesamento ou ponderação precisam ser mais bem estruturadas dentro de um processo racional.

Segundo Guastini (MORESO, 2005, p. 230-231), tendo em vista que a contradição entre princípios difere das antinomias entre as normas legais, os critérios de solução do conflito (*lex derogat inferior, lex posterior derogat tanto lex specialis derogat generali*) não encontram satisfação na aplicabilidade; é necessário que se utilize da atribuição de uma hierarquia axiológica entre os princípios, pela qual se obtém uma relação de valor estabelecida pelo intérprete por meio de um juízo de valor. O resultado da avaliação é que um princípio (superior na hierarquia de valor) desloca o outro (ou outros) e é aplicável; como a hierarquia não se estabelece em abstrato, mas no caso concreto, Guastini (2000, p. 171) a denomina “hierarquia móvel”, ou seja, “qualquer solução para o conflito é válida apenas para o caso específico e, portanto, a solução do mesmo conflito em casos futuros é imprevisível”.

Enquanto as regras são estáticas, na colisão entre princípios, estes podem assumir diferentes pesos para preceder um ao outro no caso concreto. Essa espécie de precedência se dá pela ponderação e como os pesos são postos pelo intérprete, Alexy (2011) desenvolveu uma regra que contempla o maior número de condições relevantes para sopesar os princípios.

Diante dos estudos de Guastini (2000) sobre a ponderação, Moreso (2005, p. 249) destaca que o subjetivismo radical não encontra liberdade para infirmar qualquer hierarquização principiológica, tendo em vista que há diferentes níveis de moralidade – o nível intuitivo e o nível crítico – por meio dos quais é possível considerar e delimitar as propriedades mais relevantes no caso concreto para que se possa alcançar o objetivo; especialmente pelo nível crítico de moralidade, posto que fornece uma melhor análise da situação-problema, considerando o caso concreto como uma espécie de instância de uma objeção geral, ainda que em estágio de idealização.

A mobilidade das hierarquias, ainda que permeie a incerteza quanto à aplicação dos princípios em conflito, dado que o intérprete pode lhe atribuir maior ou menor importância, ainda trabalha com hierarquizações ideais e, mesmo assim, não serve a converter a ponderação em um aparato subsuntivo (MORESO, 2005, p. 249).

A racionalidade subsuntiva, conforme Moreso (2005, p. 249), é o que justifica a decisão; do ponto de vista subjetivo, nem sempre o intérprete está apto ou interessado em justificar suas decisões, porém, na medida em que consegue isolar um conjunto de propriedades relevantes, pode oferecer soluções para todos os casos, embora essas soluções possam ser questionadas quanto à adequação dos critérios pelos quais são selecionadas as propriedades relevantes.

Feitos estes apontamentos sobre a interpretação constitucional e a ponderação de princípios, cabe ainda uma última investigação a respeito da criação do Direito por meio da atividade interpretativa exercida pelos juízes.

Segundo a doutrina tradicional os juízes, dentro de sua competência, têm a obrigação de resolver todos os casos que lhes são submetidos, aplicando o Direito a casos particulares; as decisões dos juízes devem ser fundamentadas em normas jurídicas, portanto positivistas; e, em casos muito especiais, os juízes criam normas gerais. A partir dessas três teorias, Bulygin (2005, p. 7) traz importantes prospecções acerca da criatividade dos juízes.

Por certo que na criação de normas gerais a atividade é naturalmente atribuída ao poder Legislativo, restando ao poder Judiciário a atividade de sancionar a legalidade e a constitucionalidade. Pode-se dizer que na sentença o juiz cria o direito *inter partes*, como um produto final da criação normativa (KELSEN, 1998, p. 249).

Assim, as teorias que consideram o Direito completo e negam as lacunas, razão pela qual pode haver discricionariedade do juiz, ante o dever de resolver as questões por meio do que existe positivado; também há teorias que consideram que ainda que hajam lacunas, isso não impede os juízes de resolver todos os casos mediante a aplicação de normas gerais preexistentes e aqui não há discricionariedade do juiz, que tem de buscar nas fontes do Direito a solução ao caso que aprecia; e existem ainda teorias que sustentam a existência ou não de lacunas como uma questão empírica e, portanto, acidental ou causal – contingencial; aqui há discricionariedade do juiz, que se obriga somente à sentença (BULYGIN, 2005, p. 14-15). Também é certo que diante de casos difíceis o juiz se vale da pauta dos princípios para alcançar a solução mais próxima do adequado ao caso concreto (DWORKIN, 2002).

Acerca da discricionariedade do juiz para atuar no caso concreto, Bulygin (2005, p. 17-24) faz o apontamento da teoria de Fernando Atria, na qual: se, diante de normas gerais aplicáveis aos casos gerais o juiz justifica sua decisão no caso individual, então na ausência de normas gerais aplicáveis aos casos gerais, o juiz cria a norma geral para solucioná-lo; portanto, na ausência da norma geral, pode o juiz, discricionariamente, resolver o caso concreto, mas se compromete a adotar a mesma postura em todos os casos iguais, figurando nisso a “única resposta correta”:

O que Atria chama de “a única resposta correta” não é mais do que um certo consenso sobre a solução que corresponde ao caso genérico para justificar a decisão no caso individual (...). Mas não há nada que force o juiz a adotar uma certa solução: tanto a condenação do réu quanto a rejeição da reivindicação requerem a criação de uma regra geral sem a qual a decisão do juiz não seria justificada, isto é, seria arbitrária (BULYGIN, 2005, p. 24).

Para se falar em uma criação judicial do Direito, segundo Bulygin (2005, p. 24-25), é preciso ter em consideração que a atividade jurisdicional não se limita à aplicação da norma ao caso concreto ou à criação subsuntiva do Direito; pois, se assim não fosse, não existiriam as decisões das Cortes Superiores e dos Tribunais locais, bem como o juiz de Primeiro Grau não poderia criar normas gerais ao se deparar com lacunas ou contradições normativas ou ainda lacunas axiológicas; porém a criação judicial difere da legislativa, pela vinculação geral desta última, enquanto aquela primeira gera um precedente e encaminha-se, por adesão, a uma uniformização jurisprudencial.

Por essa razão, no âmbito em que se opera a discricionariedade judicial como um atributo necessário da decisão judicial que permite a flexibilização da regra para a solução de um caso concreto, o Judiciário atua como agente de concretização dos direitos e não como um legislador positivo:

Quando se fala em flexibilizar a regra, é no sentido de dar-lhe efetividade diante de uma situação limite, um exercício exegético-funcional e não uma alteração do seu sentido original. Nesse âmbito, quando não há uma solução a se declarar, mas é necessário ao juiz valer-se de sua criatividade para buscar, dentro do ordenamento, a melhor solução possível (SCHERCH; ALVES, 2019, p. 85).

Notadamente, as asserções acerca dos limites da criatividade judicial se encontram com aspectos filosóficos, importa dizer, não apenas em busca da (re)significação de postulados normativos, mas na compreensão do funcionamento dos sistemas, ou, simplesmente, entender as regras do jogo. É aqui que ganha importância a ideia de um giro linguístico-pragmático – porque trabalha com a linguagem e com a superação do esquema sujeito-objeto – pois:

É dessa forma que a significação só será possível a partir de um adestrar-se à forma como comumente é utilizada a linguagem em determinada coletividade. Aprender a jogar em observância às regras firmadas no meio social (leia-se: usar a linguagem), é o que vai permitir dar sentido e, portanto, conhecer o mundo pela linguagem (ALVES; OLIVEIRA, 2017, p. 144).

É daí que deriva a importância de conhecer métodos e procedimentos para se ter alguma teoria da decisão judicial, que enfrente pressupostos fáticos, normativos, culturais e também concepções do próprio indivíduo:

Na era das Constituições compromissórias e sociais (e dirigentes), enfim, em pleno pós-positivismo, uma hermenêutica jurídica capaz e intermediar a tensão inexorável entre o texto e o sentido do texto não pode continuar a ser entendida como uma teoria ornamental do Direito, que sirva tão somente para colocar “capas de sentido” aos textos jurídicos. No interior da virtuosidade do círculo hermenêutico, o compreender não ocorre por dedução. Consequentemente, o método (procedimento discursivo) sempre chega tarde, porque pressupõe saberes teóricos separados da “realidade”. Antes de argumentar, o intérprete já compreendeu (STRECK, 2016, p. 192-193).

Decorre, dessas pré-compreensões do intérprete a necessidade de entender que a criação judicial firma-se em torno do movimento dinâmico da teoria e da realidade, respeitando as regras do jogo, no caso, a compreensão da Constituição.

4 CONCLUSÃO

A interpretação das normas representa uma importante fase para a exteriorização dos efeitos do Direito. É, precisamente, a passagem do formal para o material, não se resumindo à subsunção das regras aos fatos concretos que se enquadram em suas hipóteses. Diante da realidade, é perceptível que as normas gerais e abstratas não alcançam com exatidão as situações a que se propõem regulamentar e orientar.

A possível solução para o problema das lacunas reside na interpretação, todavia esta atividade precisa ser exercida a partir de uma organização e de limites, razão pela qual são estabelecidos os métodos. Com métodos é possível extrair o potencial da norma em sua concretização, trabalhando com os casos mais difíceis e, por vezes, de solução inimaginável.

A partir da interpretação é possível falar na criação da solução ao caso concreto, sem necessariamente implicar na criação do Direito – ou de um novo Direito. É importante observar o critério de criação controlável, posto que a Constituição se revela acima da interpretação e, por conseguinte, da vontade dos intérpretes.

Pela ideia de força normativa da Constituição e também pela proposta concretizadora, a partir dos conceitos de Hesse, é possível encontrar não somente os limites, mas os alcances da interpretação das normas, que devem ser conjugadas com a realização das tarefas que a Constituição impõe. Assim, um dos limites da interpretação é a própria Constituição, enquanto, pelo seu texto, leva o intérprete a criar aquilo que é permitido, contudo sem permitir a criação de normas propriamente ditas. O intérprete trabalha com os sentidos das disposições já existentes, ocasião em que não pode emprestar palavras à Constituição sem levar em conta a realidade, a finalidade e a historicidade da norma que pretende ter como solução ao caso concreto, aparecendo também como limite da interpretação o intangível constitucional.

Nesse sentido, as expressões abertas e plurais devem ser interpretadas visando a uma evolução do pensamento jurídico e da norma constitucional, não para justificar a vontade e a escolha do intérprete.

No campo da aplicação dos princípios, é de se ter que os princípios sempre coexistem e se aplicam ao caso concreto de forma concomitante. A problemática encerra-se na atribuição de valores ou pesos, que podem tender a uma opção do intérprete e por isso, o critério mais racional e coerente é buscar a solução

por meio da extração da maior eficácia da norma constitucional, adotando uma técnica que não privilegie o subjetivismo, mas a otimização dos resultados que podem ser obtidos com a atividade interpretacional e aqui talvez resida o ponto em comum entre Hesse, Dworkin e Moreso de acordo com os textos analisados.

Há uma criação judicial do Direito, como revela Bulygin, quando é feita a análise das decisões dos Tribunais e também em casos difíceis, não havendo dúvidas de que essa atividade interpretativa e criativa surge como a solução a inúmeros problemas ainda pendentes de regramento específico. Ocorre que, se pensado a fundo, os juízes não estão a criar novos direitos, mas geralmente acabam, pela via da interpretação, estendendo ou reduzindo direitos preexistentes, pois, na maioria das vezes, o caso chega ao Judiciário a partir de uma norma geral e abstrata preexistente. Embora a criação judicial do Direito aparente ser benéfica, pode atentar contra a segurança jurídica e, a depender do caso concreto, não fornecer um padrão de racionalidade para que a decisão seja utilizada como parâmetro informativo de orientação jurisprudencial.

Guardadas as diferenças entre os pontos de vista aqui apresentados, é unívoca a ideia de que a interpretação é um atributo necessário da atividade jurisdicional, assim como o juiz precisa adaptar a norma geral melhor aplicável ao caso concreto, dada à impossibilidade de antecipar todas as situações sociais para o campo jurídico. O desafio de colocar limites ou parâmetros à discricionariedade do juiz em atividade criativa ainda persiste, justificando maiores pesquisas a respeito de uma teoria judicial, mesmo que existam outros trabalhos nesse sentido.

A legislação ainda é um parâmetro para a formação dos juízos interpretativos, por isso, ainda que a busca pela maior eficácia constitucional – e dos direitos fundamentais – seja norteadora, somente é possível pensar uma teoria da decisão com a presença de critérios racionais, coerentes e relevantes, que considerem o maior número possível de propriedades da norma e de sua aplicação ao caso concreto, numa marcha evolutiva.

5 REFERÊNCIAS

- ALEX, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2016.
- ALVES, Fernando de Brito; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Entre o esquema sujeito-objeto e o esquema sujeito-sujeito: considerações sobre um novo paradigma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo: Unisinos – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, v. 9, n. 2, p. 136-150, 14 nov. 2017. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2017.92.05>.
- BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, democracia y constitución. In: LAPORTA, Francisco. *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- BOTELHO, Nadja Machado. *Mutação constitucional: a Constituição viva de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n. 18, abr. 2003. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Hart. Análise da necessária discussão sobre a discricionariedade judicial. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; FUGA, Bruno Augusto Sampaio (org.). *Filosofia do direito*. 2. ed. Londrina: Thoth, 2018. p. 317-333. Cap. 23.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Trad. castellana Jordi Ferrer. Barcelona: Gedisa, 2000.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3. ed. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Introducción y traducción Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2. ed. Traducción Eduardo Espin. Barcelona: Editora Ariel, 1979.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- MORESO, José Juan. Guastini sobre la ponderación. *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, n. 17, oct. 2005.
- SCHERCH, Vinicius Alves; ALVES, Fernando de Brito. Discricionariedade judicial ou juízes legisladores: anotações sobre o limite e o alcance da atividade interpretacional dos juízes por meio de uma concepção coerente da discricionariedade. *Revista Brasileira de Teoria Constitucional*, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 66-87, 8 fev. 2019. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Conpedi. <http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-961x/2018.v4i2.4819>.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, analítica e argumentação. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MAGRAF, Alencar Frederico (org.). *Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. Curitiba: Ministério Público, 2016.
- VALDÉS, Ernesto Garzón. Algo más acerca del “coto vedado”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante: Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones n. 6, p. 209-213, 1989. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa1989.6.12>.
- WALDRON, Jeremy. A Right-Based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford: Oxford University Press (OUP), v. 13, n. 1, p. 18-51, 1993. <http://dx.doi.org/10.1093/ojls/13.1.18>.

A BUROCRACIA NOS CONTRATOS DE AVERBAÇÃO DE TECNOLOGIA NO BRASIL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.153-167>

Recebido em: 21/11/2019

Modificações solicitadas em: 20/1/2019

Aceito em: 26/2/2020

Gabriel Ralile de Figueiredo Magalhães

Bacharel em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e MBA/E em Comércio Exterior pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Atualmente cursa Graduação em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. <http://lattes.cnpq.br/6520230601050390>. <https://orcid.org/0000-0002-0453-155X>. alilegabriel@gmail.com

Ricardo Luiz Sichel

Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1983). Mestrado em Propriedade Industrial – Westfälische Wilhelms Universität Münster (1995) e Doutorado em Direito Europeu de Patentes – Westfälische Wilhelms Universität Münster (2002). <http://lattes.cnpq.br/7284430414665554>. <https://orcid.org/0000-0002-8055-1384>. rlsichel@yahoo.de

RESUMO

O presente artigo aborda uma análise sobre a exigência legal de averbação de contrato de transferência de tecnologia e franquia junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi). O trabalho observa questões relativas à insegurança jurídica, ao excesso de burocracia gerado, à relação da questão com o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica e à inexistência dessa realidade em outras sistemáticas jurídicas de países de maior relevo internacional. Por fim, tais procedimentos burocráticos passam a ser objeto de crítica sob o olhar da adoção de medidas compatíveis com o grau de abertura econômica do Brasil, entendendo, com isso, que dita exigência legal contribui para o chamado “Custo Brasil”.

Palavras-chave: Burocracia. Contratos de transferência de tecnologia. Custo Brasil. Inpi.

BUROCRACY IN AVERBATION OF TECHNOLOGY CONTRACTS IN BRAZIL

ABSTRACT

This article discusses the legal requirement to register a technology transfer and franchise contract with the National Institute of Industrial Property (Inpi). The paper looks at issues related to legal uncertainty, the excess of bureaucracy generated, the relationship of the issue with the Brazilian System of Economic Defense and the inexistence of this reality in other legal systems of countries of greater international importance. Finally, such bureaucratic procedures are now subject to criticism from the viewpoint of adopting measures compatible with Brazil's degree of economic openness, understanding that this legal requirement contributes to the so-called “Brazil Cost”.

Keywords: Bureaucracy. Technology Transfer Contracts. Brazil cost. Inpi.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Do marco regulatório. 3 Da transferência de tecnologia. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A compreensão da burocracia envolvendo a averbação de contratos de transferência de tecnologia constitui o objeto de análise do presente artigo. A anotação desses instrumentos, estabelecida originalmente pela Lei n. 5772/71, constituiu um ponto inerente da política econômica então vigente, buscando a substituição das importações e, com isso, promovendo o fechamento da economia brasileira. A adoção dessa medida, antes coerente com a mencionada política de industrialização promovida, portanto, acabou por se tornar questionável. Isso é, sobretudo, verdade nos tempos hodiernos, posto que a economia brasileira, desde o início dos anos 90, inseriu-se na cadeia econômica global por meio de um modelo liberal, ainda que remanesçam distorções decorrentes do elevado grau de intervenção do Estado, muitas vezes em favor de cartéis ou outros grupos organizados, o que acaba por impedir o bom funcionamento de mecanismos de mercado.

No fundo, a manutenção desse sistema, cuja finalidade poderia ser efetuada por outros órgãos da Administração Pública, tornou-se igualmente ineficiente se examinada sob o olhar da repressão ao abuso de poder econômico, haja vista que ficam incólumes todos, para posterior exame, no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica. Esse fato deve ser considerado como um custo adicional que acaba por onerar a transferência de tecnologia para o Brasil. Deve ainda ser observado que dita transferência tem o potencial de gerar empregos, embora resulte no pagamento de *royalties*, fato esse que não se vê quando analisados outros valores decorrentes de direitos autorais. Estes, por sua vez, dada a sua singeleza, são efetuados por uma simples transferência bancária, sendo assim desprovidos de qualquer repercussão no mercado laboral. Por outro lado, tal sistema, presente no Brasil, não vem a ser observado em nenhum dos grandes atores do mercado internacional, o que levanta suspeitas sobre a sua real eficiência.

Visto isso, muito mais do que uma mera observação procura-se, neste estudo, demonstrar que a atualização desses aspectos da legislação merece ser discutida, objetivando-se, com isso, contribuir juridicamente para uma maior eficiência relativa à dinâmica de transferência de tecnologia e, por conseguinte, para o crescimento e competitividade nacional. A inclusão de custos, no processo produtivo, de forma dissociada do grau de liberação da economia do Brasil, acaba por criar entraves no desenvolvimento econômico e social do país.

Neste sentido, aborda o presente estudo a sistemática de averbação de contratos perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), levantando-se observações críticas acerca de sua pertinência e tendo em consideração o atual estágio de desenvolvimento do Brasil. Tal processo econômico pauta-se na celeridade dos atos e na obrigatoriedade de procedimentos burocráticos que encerram custos adicionais que, na prática, poderiam ser dispensados de forma a se obter uma melhor eficiência.

Dito isso, o problema que se coloca é um olhar sobre o processo administrativo de averbação de contratos de transferência de tecnologia à luz do fator econômico e comercial, levando-se em conta o incremento de custos incorrido nessa dinâmica. Nesse contexto, é preciso frisar também que a previsão de que haja mais um procedimento burocrático perante órgão Estatal deixa de garantir que outros questionamentos advenham, em especial no que se refere à atuação de órgãos de controle de concentração e abuso do poder econômico. Dessa forma, a abordagem deste texto analisa justamente o cabimento dessa regra de averbação, inclusive devido à ausência de outro modelo similar perante os demais escritórios de propriedade intelectual.

A hipótese a ser analisada centra-se no questionamento da necessidade do processo de averbação de contratos de transferência de tecnologia junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), à luz de uma abordagem de natureza jurídico-econômica. Isto é, dito processo poderia ser simplificado, ou evitado, uma vez que na prática é oneroso. Para tanto, foi utilizada, para fins metodológicos, pesquisa doutrinária e constante em diversos bancos de dados pertinentes ao tema disponíveis na Internet.

O referencial teórico utilizado decorre de pesquisa em doutrina nacional e internacional. Nesse ponto, utiliza-se o banco de dados do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, bem como outras fontes de natureza econômica, de forma a embasar a situação problema: o estabelecimento de procedimentos administrativos sem a contrapartida de segurança jurídica para as partes envolvidas. Em termos de legislação, observa-se os contornos pertinentes da Lei da Propriedade Industrial (9.279/96), da Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico (12.529/2014) e a Lei de Registros Públicos (6015/73), como bases para a construção da ideia desenvolvida pelo presente trabalho.

Dessa forma, a pesquisa fica estruturada em três partes, ademais da presente introdução. A primeira parte discutirá o marco regulatório que embasa a situação problema, indicando o arcabouço jurídico e os órgãos envolvidos que são pertinentes à questão. A segunda parte irá abordar a questão da transferência de tecnologia propriamente, ilustrando, assim, os impactos práticos do mencionado problema. Por fim, a última parte traz conclusões acerca do tema, destacando a incompatibilidade do modelo de averbação de contratos de transferência de tecnologia vigente com as necessidades atuais do país e indicando a imprescindibilidade de se criar uma maior celeridade nesses processos, a fim de que se alcancem resultados mais eficientes do ponto de vista jurídico-econômico.

2 DO MARCO REGULATÓRIO

O processo de internacionalização da economia, com uma integração maior do Brasil no circuito internacional de comércio e de investimentos, passa por uma reflexão dos procedimentos adotados, que se refere à transferência de tecnologia e demais pactos relacionados com esta temática, como os contratos de franquia. Em um primeiro momento, insta verificar o fundamento de viabilidade, sob o ponto de vista jurídico, destas transações, a maioria de natureza transnacional, quando diferentes culturas e sistemas jurídicos se relacionam.

Assim, faz-se necessário verificar a questão da estabilidade das relações jurídicas. O marco legal é indispensável para que os atores envolvidos se sintam em condições de proceder a uma análise preliminar. Trata-se de um exame prévio, em que as partes implicadas buscam a necessária segurança em razão de investimentos a serem feitos, evitando-se, desta forma, incertezas, que possam vir a fragilizar e gerar desconfiância em mecanismos de controle. Esta apreciação verifica dois aspectos iniciais: o primeiro, acerca da existência de um regramento legal, e um segundo, pertinente à forma como este arcabouço jurídico é aplicado.

De tal modo, busca o interessado obter informações sobre o conteúdo do marco regulatório. Qual a sua extensão e aplicabilidade e de que maneira vem a ser estabelecidos os requisitos substantivos e adjetivos com vistas à obtenção de proteção jurídica do bem a ser tutelado. Para tanto, são examinadas as condicionantes, os requerimentos, o tempo de duração para a conclusão do procedimento administrativo respectivo, como também a existência de critérios objetivos para embasar a decisão a ser proferida. Neste diapasão, entende-se que o marco regulatório deva estabelecer, de forma clara, estes pressupostos, permitindo, desta forma, o seu entendimento. Igualmente, importa neste exame verificar a estabilidade do regramento normativo pertinente. A sua instabilidade e constante mutação, sem a ocorrência de fatores externos que as justifiquem, resultam na compreensão de que a estabilidade procurada deixa de existir.

O marco existente parece estabelecer normas e condições visando à satisfação momentânea daqueles que têm acesso aos círculos de decisão, deixando os demais atores alijados e com a devida desconfiância sobre os rumos dos procedimentos, especulando-se na ocorrência de surpresas indesejáveis, fruto desta instabilidade. A questão passa, inclusive, pelo estabelecimento de modelos de Agências Reguladoras, como observa Artur C. Guerra Sangreman Lima (2018, p. 215):

A criação de agências para desempenhar um papel regulatório buscava conferir maior estabilidade e credibilidade para o país, haja vista o caráter técnico e a proteção quanto a influências político-partidárias, com o claro intuito de atrair investimentos estrangeiros.

Ora, o que importa para a estabilidade do marco regulatório passa longe da falsa compreensão de imutabilidade dos preceitos normativos vigentes. O Brasil possui, ainda, um marco regulatório instável, quando comparado com outros países (BRAGANÇA *et al.*, 2018, p. 1). A atualização de normas é sempre esperada quando estas decorrem da mudança de patamar de tecnologia, de forma a se evitar que estas se tornem obsoletas. Com o avanço da tecnologia e a aplicação de novas ferramentas, evidencia-se a necessidade de uma constante evolução da estrutura regulatória. Estas alterações são uma consequência do elemento externo que se altera, e novas condicionantes acabam por implicar alteração da sistemática adotada.

Mudanças casuísticas, entretanto, buscando a acomodação de interesses ou a criação de mecanismos de reserva de mercado e restrição à concorrência, evidenciam que a esperada neutralidade do marco regulatório se consubstancia em um elemento teórico, na medida em que a sua alteração acaba por se revestir de casuismo, ao buscar, destarte, o patrocínio e a garantia de um determinado interesse, muitas vezes disso-

ciado daquele entendido como adequado pelos diversos atores sociais envolvidos. A norma, em seu caráter substantivo, transveste-se de subjetividade, mas em verdade o seu caráter substantivo se transveste de subjetividade ao se adaptar a desígnios privados, estranhos aos fins públicos do Estado. A importância do marco regulatório é mais evidente, como demonstra Bragança *et al.* (2018, p. 504):

Os fatores que influenciam o risco regulatório são complexos, mas é possível diferenciá-los em dois grupos: os relacionados ao contexto político-institucional e os relacionados à natureza técnica do processo de elaboração e implementação de políticas públicas, inclusive as de cunho regulatório. De fato, boa parte das decisões regulatórias se insere num quadro maior, caracterizado por uma multiplicidade de partes relacionadas (stakeholders), entre as quais podemos incluir representantes dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), além de grupos de interesse e organizações da sociedade civil organizada. Como é de se esperar, fatores como independência do Judiciário, estabilidade política, confiabilidade das instituições, qualidade dos órgãos de controle, cultura de accountability, composição dos cargos de confiança ou estabilidade dos servidores públicos são apenas algumas das dimensões do contexto de imersão político-institucional que podem influenciar, de forma direta ou indireta, a atuação das agências reguladoras, empresas estatais ou bancos públicos, impactando positiva ou negativamente a percepção do risco regulatório.

O que se observa do autor supracitado acaba por me permitir a conclusão no sentido de que o grau de institucionalidade e funcionalidade da máquina administrativa estatal apresenta papel vital na credibilidade do sistema. Os atores envolvidos devem acreditar que a burocracia estatal está apta a atender ao bem comum e não estabelecer procedimentos com o único objetivo de justificar a sua existência. Nesse campo, ressalta-se, ainda, que o exame feito analisa o Estado por meio de seus Poderes, sua funcionalidade e sua capacidade de debater e instituir políticas públicas que gerem o bem-estar da sociedade, incluindo, neste diapasão, aquelas necessárias para o fomento do desenvolvimento econômico.

Na verdade, estes elementos, em muitos dos casos, deixam de se pautar por critérios objetivos. Detacham-se em expectativas de como os diversos partícipes vão compreender a ação dos Poderes da República. Apesar de mencionar a estrutura federal, deve-se considerar que a mesma análise se aplica à atuação dos agentes públicos em âmbito estadual e municipal. A atuação destes agentes deve ser previsível. O sobressalto e a adoção de medidas inesperadas acabam por gerar instabilidade decorrente da ausência de previsibilidade, dando margem a especulações e, desta forma, elevando o grau de risco no processo de tomadas de decisão.

Ultrapassada esta consideração, têm-se, para as partes interessadas, uma visão sobre o elemento estático dos preceitos legais e regulamentares vigentes. Está, desta forma, apto para uma análise referente aos requisitos e condições fixadas, de modo a avaliar o que se pode esperar de um requerimento a ser apresentado e se as condições fixadas são plausíveis de ser alcançadas. Como uma maneira adjetiva a este critério, passa-se ao exame do *modus operandi* que se estabelece no trâmite dos processos e procedimentos administrativos. Constitui-se em uma etapa intermediária de exame, quando se busca averiguar a seriedade dos institutos envolvidos e a ocorrência de mecanismos, que, de forma ilegal, obtêm vantagens indevidas, fruto de práticas baseadas em diversas modalidades de corrupção. Preliminarmente, exponho o que Carvalhosa (2015) observa como um dos efeitos desta prática

Como resultado dessa prática criminosa endêmica, enfraquece-se o sistema republicano representativo, o desenvolvimento econômico e os fundamentos do Estado Democrático de Direito e da justiça social. A corrupção da qual o elemento fundamental é a pessoa jurídica corrupta, toca perversamente toda a coletividade e devasta a formação e a preservação da cidadania. O sentido da honra é abandonado, na medida em que os governantes todos são presumivelmente corruptos. Falta o modelo de governo honrado, em que seus agentes, pilhados em atos de corrupção, seriam execrados pelos seus superiores e subordinados. Pelo contrário, são sempre acobertados. Daí decorre uma nação sem modelo de conduta honrada de seus governantes, o que forma uma sociedade sem referências principiológicas. O desestímulo domina o exercício das funções dos servidores públicos, que não se sentem responsáveis perante a coletividade que atuam (p. 97-98).

A base do Estado Democrático de Direito é a sua capacidade em reprimir ações que busquem viabilizar o desvio de verbas públicas em benefício de interesses escusos. Constitui, portanto, a base do sistema republicano, baseado no império da Lei, determinando a ação governamental em contraponto com o sistema despótico, no qual o próprio déspota estabelece a Lei para o seu próprio benefício em detrimento dos interesses de diversos atores sociais (KANT, 2018, p. 14). Entre estas atribuições, tem-se o combate do desvio de recursos

públicos como uma das metas a ser alcançadas, que acabam por incluir todos os Poderes do Estado por intermédio da adoção de procedimentos que tenham a necessária agilidade, sem deixar de garantir a todos os envolvidos o devido processo legal e o direito de defesa. Sem estes atributos, cai-se no arbítrio que desnatura aspectos relevantes da estabilidade do marco regulatório.

A existência de práticas relacionadas à corrupção faz parte do espectro a ser considerado, quando um determinado sistema legal vem a ser analisado. O procedimento administrativo, mesmo o judicial, é examinado como parte integrante da vida estatal, e a ocorrência deste fenômeno, que se difunde em escala global, vem a ser estimado, na medida em que este pode, dependendo do seu grau de abrangência, influenciar nas tomadas de decisão. Estas podem impactar no processo de formulação da norma, comprometendo a sua lisura, fazendo com que esta padeça de um problema de origem. Sua gênese, ao contrário do que deveria ser, decorre da capacidade de grupos organizados fazerem prevalecer o seu interesse em desfavor do interesse público, utilizando, para tanto, meios ilícitos. A alteração do marco regulatório atende a estes interesses, sendo desprovido de uma real necessidade de mudança. Por outro lado, em situações endêmicas esta pode ser considerada, inclusive, com elemento de acréscimo de custo, dada a uma existência endêmica, cabendo ao agente econômico a avaliação de riscos. O exame passa, portanto, a verificar o risco corrido e de que forma a estrutura estatal se corrompeu a tal ponto que a sensação de impunidade e a possibilidade de lucro faz com que este ator desconsidere questões de natureza ética e moral. Nesse sentido, observa José Matias Pereira (2002, p. 2):

Nesse contexto, a questão da transparência passa a ter um lugar de destaque, visto que a corrupção apresenta-se como um fenômeno que enfraquece a democracia, a confiança no Estado, a legitimidade dos governos e a moral pública. No caso brasileiro é perceptível que a corrupção é um problema grave e estrutural de nossa sociedade e de nosso sistema político. Assim, diante da aceitação que existe uma corrupção sistêmica no país, torna-se possível apresentar algumas questões analíticas-chaves: os resultados obtidos com a reforma do Estado no Brasil têm contribuído adequadamente para elevar o nível de transparência no país? Como ocorrem as transações corruptas e como se mantêm em segredo? Como são administrados os bens e serviços obtidos de forma corrupta? Como ocorre associação dos agentes públicos e das pessoas ou grupos privados? Como chegam aos seus acordos implícitos e como fazem para cumpri-los? Como contratam pessoas e se mantêm a disciplina? Como se poderia criar um maior risco e estabelecer sanções mais graves?

A transparência é possível quando os elementos primordiais do Estado Democrático de Direito são funcionais. A ação estatal torna-se impessoal, e este requisito, no caso do Brasil, encontra foro constitucional ao se analisar o preceito da regra insculpida no artigo 37 da Constituição da República. Nesse preceito constitucional restaram estabelecidos os pressupostos da Administração Pública, que, além da impessoalidade, incluem os da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nenhum destes princípios vivem de forma isolada, mas fazem parte de um todo, sendo interconectados na busca do estabelecimento de uma sistemática, que, dentro do âmbito de uma visão republicana, atenda ao interesse público.

A corrupção, a despeito de questões morais e penais, passa, infelizmente, a ser contabilizada como um “custo”. Legitimam-se práticas ilícitas, levando-se em consideração a realidade do mercado, seu potencial e os ganhos derivados, incluindo-se a prática do ilícito, como mais um componente estatal no que se refere ao alcance das metas estipuladas. Trata-se de ponto sensível que coloca em xeque a credibilidade do Estado e de seus agentes, uma vez que estes inviabilizam, pelo uso de diversas artimanhas, que o aparelho de repressão ao ilícito atue. Neste sentido, observa José Matias Pereira (2002, p. 3) a figura da corrupção política, que envolve a moralidade dos agentes estatais dentro do esquema de apropriação indevida de verbas públicas, o que acaba por impactar na capacidade de investimentos do Estado (CAMPOS; PEREIRA, 2016, p. 375). Esta, dependendo de sua implicação sobre valores, pode levar à suposição de um impacto menor sobre a economia. No Brasil, entretanto, estudos realizados evidenciam a perda provocada por este fenômeno, como observam Campos e Pereira (2016, p. 377):

Especificamente para o Brasil, Silva et al. (2001) medem os efeitos da corrupção sobre as variáveis econômicas no ano de 1998, encontrando que a corrupção seria responsável por uma perda de renda per capita de US\$ 2,840.81, valor correspondente a algo em torno de 55% do PIB per capita deste ano. Carraro et al. (2006), usando um modelo de equilíbrio geral computável, encontram que, para o ano de 1998, o nível de corrupção (volume de recursos envolvidos com corrupção) equivale a 11,36% do Produto Interno Bruto, o que de acordo com seu modelo implicaria um crescimento do PIB 1,1% menor que quando comparado com o resultado obtido sem corrupção. Estudo da FIESP (2011), através de metodologia semelhante a Silva et al. (2001), estima, como percentual do PIB, um custo máximo da corrupção no Brasil de 2,3%.

As distorções do sistema, além de impactar em incertezas, têm o condão de viciar o funcionamento da máquina pública, seja em decorrência de seu aparelhamento seja também pela “normalização” de comportamentos aéticos, imorais e que deixam de perseguir o interesse público. No âmbito do mundo dos contratos, acaba por se incorporar estes fatores como itens de custo, onerando o produto ou serviço. Este acréscimo é repassado para a sociedade, que se vê, desta forma, compelida a arcar com os custos da corrupção. O Estado passa, desta forma, a ser capturado por grupos de interesse, e assim acaba por atender a propósitos estranhos ao bem comum.

Passadas as questões referentes ao marco legal, sob foco de sua existência, avança-se a mais um elemento que completa a análise preliminar: quão efetivas são as normas previstas. A existência de preceitos legais é importante, porém o tempo para a sua execução, a transparência e a lisura deste ato, também são considerados como elementos de decisão na prática de atos de investimento relacionados com inovação e tecnologia. Reconhece-se, de um lado, a importância da existência da norma regulamentar, porém esta de pouco vale se a sua introdução ocorre de forma claudicante. A efetividade da aplicação dos preceitos legais e administrativos deve ser conferido com a forma eficiente e segura de sua efetivação. Procedimentos administrativos e processos judiciais longos, sem a necessária celeridade, tornam inepto o regramento; o momento longínquo de um ato decisório acaba por tornar incapaz a satisfação do anseio da parte que teve o seu direito violado. A sua falta de atualidade importa em convalidar, de forma oblíqua, a realização de atos ilícitos, constituindo, desta forma, mais uma evidência da incapacidade do Estado em instituir uma agenda proativa no que concerne à estabilidade e efetividade do marco regulatório.

O processo é o meio pelo qual se atinge um determinado fim. Caso a forma sobrevalorize-se a ponto de impedir o alcance do fim proposto, tem-se a sua inviabilidade. Neste caso, o meio acaba por se transformar em um empecilho no atingimento do fim a que deveria se propor. Esta incerteza, em caso de inviabilidade da utilização de mecanismos alternativos, pode implicar duas consequências. A primeira passa pela desconsideração daquele mercado como local de investimento, ante a incapacidade dos Entes Estatais em fazer valer direitos legalmente estabelecidos, o que é considerado um entrave, haja vista a existência da norma, porém há falta de disposição de sua aplicação. A segunda leva em conta elementos de natureza financeira e sopesa que o entrave, apesar de real, deva ser considerado como custo, onerando a sociedade com este. Neste caso, atenta-se para o potencial do mercado e a falta ou inexistência de mecanismos efetivos de repressão ao abuso de poder econômico, cuja ausência, neste caso, contrapõe-se à dificuldade de ver efetivado um determinado direito (*enforcement*). O uso de elementos da internet, dotando o Poder Judiciário de mais efetividade do que a existente em processos físicos, abre o horizonte de melhoras nesta seara (BARBOSA, 2013, p. 103).

Todas estas questões são consideradas quando da análise de um determinado mercado. A frieza dos números e dados acaba por desnudar a realidade e evidenciar o grau de institucionalidade dos mecanismos utilizados e de que forma a teoria, constante na norma genérica, tem meios de se tornar prática na efetividade da defesa de direitos e instituição de medidas assecuratórias dos diversos direitos patrimoniais envolvidos. A estrutura estatal passa a ser objeto de um crivo de credibilidade. Este passa pela consideração dos Poderes envolvidos, seus mecanismos de atuação e escolha de seus integrantes, como também a correlação de forças de grupos de interesse e a forma com que estes conseguem pautar e influenciar nas ações estatais. Dentro desta visão de credibilidade, levando em conta o tempo que se perde em procedimentos, deve ser avaliada a possibilidade da solução de conflitos por mecanismos extrajudiciais. O procedimento judicial, como observa Meirelles (2007), acaba por impactar negativamente na livre-negociação:

Neste cenário, o Estado (especialmente em sua função jurisdicional) revela-se como um obstáculo à livre negociação, fenômeno decorrente do princípio da autonomia da vontade. Quanto menos o Judiciário intervir, melhor será para a Economia. Assim, o estímulo às soluções privadas se explica não só pela eficiência e rapidez, mas especialmente para que a mão invisível do mercado possa ditar o ritmo das negociações. Não é de se estranhar que, em pesquisa realizada entre empresários, diante da afirmação os empresários costumam dizer que “é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça”, 36,9% dos entrevistados concordaram totalmente e 51,3% concordaram parcialmente (totalizando 88,2%)³⁷. Por outro lado, a mesma pesquisa revela reclamações por parte do patronato contra o excesso de controle do Judiciário, o qual impediria a expansão dos meios alternativos:

A estrutura legal foi apontada como uma razão para a não utilização de mecanismos de resolução de conflitos, como a arbitragem, porque a lei não proíbe à parte perdedora de recorrer aos tribunais num momento posterior. Também foi mencionado o fato de as instituições públicas não se acharem autorizadas a propor ou aceitar a solução de conflitos fora dos tribunais (p. 77).

Quando a forma ganha mais importância que o conteúdo, opera-se o travamento da capacidade estatal na solução de conflitos. Trata-se de meios que confirmam ou desmentem a existência de segurança jurídica. O Estado é composto pelos membros de uma sociedade, porém os mecanismos de atuação podem ser resultantes muito mais da capacidade de articulação e influência de grupos do que derivada da meta do alcance do interesse público.

A eficiência e celeridade dos procedimentos ganha nova dimensão, como observa Barbosa (2013, p. 105):

Ao atribuir pleno status de garantia constitucional ao princípio da brevidade, movido pelos percalços sociais da demora patológica do processo, o legislador constituinte buscou imprimir maior efetividade ao trâmite processual, tornando-o mais justo e consentâneo com as necessidades dos cidadãos, visto que, à época da arcaica sistemática processual física, era uníssona a insatisfação social acerca da morosidade do Poder Judiciário, desafiando providências estatais para uma contraprestação judicial célere; com esse mister, o liame definitivo entre a prestação jurisdicional e internet tornou-se questão de tempo, “uma tendência evidente, em razão das inovações da tecnologia e dos anseios da sociedade moderna” (MARINONI, 2011, p. 115).

A reforma constitucional alavancou o uso da tecnologia no processo judicial e legitimou a concepção contemporânea do desenvolvimento do direito processual com a modernização da ciência jurídica em prol do cidadão. Deve-se ter em mente que, à medida que “um Estado passa a reconhecer e proteger Direitos Fundamentais, tais direitos passam a demarcar o perfil desse Estado, prenunciando a sua forma de agir e de como ele se relaciona com os indivíduos que, na sua dimensão subjetiva, o integram” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 131-132).

A busca desta eficiência garante ao Estado os meios adequados para a correção de rumos e faz com que possa ser estabelecido o ambiente favorável para novos investimentos. Estes, por óbvio, incluem a transferência de tecnologia, quando os diversos atores administrativos devem pautar seus atos em elementos de análise econômica, aliados aos ditames legais vigentes, de forma a dotar o Brasil de meios necessários para o fomento do desenvolvimento econômico.

3 DA TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

O ponto central a ser analisado refere-se à questão da transferência de tecnologia. Trata-se de instrumento essencial no âmbito do processo de diversificação de negócios e meio pelo qual parceiros buscam a otimização de processos. Tecnologia, nos dias de hoje, é considerada um bem que compõe a cadeia internacional de comércio. Para tanto, diversas formas de contratos são utilizadas, citando-se, como exemplo, o de transferência de conhecimento (*know how*), o fornecimento de mão de obra e, principalmente na área de prestação de serviços em que as cadeias globais se estabelecessem, o contrato de franquia. A seguir, apresenta-se um Quadro com os contratos de transferência de tecnologia reconhecidos pelo Inpi e seus respectivos valores para averbação ou registro:

Quadro 1 – Contratos de transferência de tecnologia

Contratos de transferência de tecnologia – Inpi	
Tipo de contrato	Valor do pedido de averbação/registo eletrônico (em Real e sem desconto) –2/10/2019
Licença de Uso de Marca (UM)	2.250 Somar um valor adicional de R\$ 185,00 por pedido ou registro de marca, mesmo nas inclusões por meio de aditivos quando, somados ao contrato original, exceder a 15.
Cessão de Marca (CM)	2.250

Licença para Exploração de Patentes (EP)	2.250 Somar um valor adicional de R\$ 185,00 por pedido ou patente, mesmo nas inclusões por meio de aditivos quando, somados ao contrato original, exceder a 15.
Cessão de Patente (CP)	2.250
Licença para Exploração de Desenho Industrial (EDI)	2.250 Somar um valor adicional de R\$ 185,00 por desenho industrial, mesmo nas inclusões por meio de aditivos quando, somados ao contrato original, exceder a 15.
Cessão de Desenho Industrial (CDI)	2.250
Licença Compulsória de Patente	2.250
Licença de Topografia de Circuito Integrado (LTCl)	2.250 Somar um valor adicional de R\$ 185,00 por desenho industrial, mesmo nas inclusões por meio de aditivos quando, somados ao contrato original, exceder a 15.
Cessão de Topografia de Circuito Integrado (CTCl)	2.250
Licença Compulsória de Topografia de Circuito Integrado	2.250
Fornecimento de Tecnologia (FT)	2.250 (registro)
Prestação de Serviços de Assistência Técnica e Científica (SAT)	2.250 (registro)
Franquia (FRA)	2.250 (registro)

Fonte: Autoria própria com dados extraídos de Inpi (2019c).

Todos estes instrumentos pautam-se, para uma adequada aplicação, na existência da segurança jurídica. Os atores envolvidos esperam a presença de um sistema funcional otimizado quanto a aspectos burocráticos, que viabilize a realização de sua atividade empresarial. Em uma análise destes mecanismos, entretanto, tem-se uma série de dúvidas e considerações acerca de sua eficácia. Os procedimentos no Brasil dividem-se em duas formas de controle. Uma primeira, para fins de validade perante terceiros, é feita junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, autarquia federal, atualmente vinculada ao Ministério da Economia, criada pela Lei nº 5.648/70. Nesse sentido, assim determina o artigo 211 da Lei da Propriedade Industrial (LPI – Lei nº 9.279/96):

Art. 211. O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares para produzirem efeitos em relação a terceiros.

Parágrafo único. A decisão relativa aos pedidos de registro de contratos de que trata este artigo será proferida no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do pedido de registro.

O exame perante o Inpi constitui em elemento distinto de uma possível apuração junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça e cuja competência centra-se na verificação da ocorrência de abuso do poder econômico. Assim, surge a dúvida acerca das atribuições do Inpi, haja vista o silêncio da Lei. Observa-se que a mesma se limita a conferir a esta averbação o efeito de ter validade perante terceiros. Nesse ponto, cabe indagar qual a limitação e a competência do ente autárquico. Analisando a questão, sustentou o desembargador federal Messod Azulay, do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:¹

Ora, analisando-se os inúmeros decretos referentes à lei que instituiu o INPI, desde a criação (Dec. 68.104 de 22 de janeiro de 1971) até a presente data, é de se notar que – os primeiros restringem-se à mera transcrição do art. 2º, parágrafo primeiro da Lei nº 5.648/70; e os últimos à transcrição da única atribuição dele restante

¹ Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.51.01.504157-8.

mantido pelo art. 240 da nº 9.279/96 – não se vendo nenhuma indicação de parâmetros ou procedimentos para tratamento das matérias, desprovidos de requisitos minimamente necessários para legitimar o exercício daquelas atribuições de forma autônoma, confirmando, pois, o meu entendimento que acima expus.

De tudo quanto se viu, a primeira conclusão que se extrai é que, diferentemente das denominadas Agências Administrativas, carece o INPI do status de autarquia especial, sem regime jurídico diferenciado, privilégios específicos e autonomia política em face do Poder Público, requisitos que restringem sobremaneira a independência de sua atuação, por subsistir subordinado, decisória e economicamente, ao Chefe do Poder Executivo e ao Ministério a ele vinculante, conforme nos ensina o eminente constitucionalista acima citado no mesmo trabalho acadêmico.

Por fim, releva não esquecer que a intervenção econômica em excesso, por parte do Estado, não tem se mostrado a melhor estratégia para a captação de recursos estrangeiros, indispensáveis ao desenvolvimento de qualquer país, máxime em era de economia globalizada, fortemente protegida por blocos econômicos, que se reagrupam ao sabor de novos interesses.

Como pode-se perceber acerca dos dados apresentados no Quadro 1, esse processo de exame é oneroso e seus valores têm como média o montante de R\$2.250,00, salvo nas hipóteses de desconto e quando se tratando daqueles serviços isentos de averbação por determinação do artigo 211 da Lei nº 9.279/96. Isto é, trata-se de um valor expressivo a se pagar. Ademais, o tempo de tramitação do pedido é de 30 dias a contar da data de publicação da petição ou pedido de averbação na Revista de Propriedade Industrial (RPI).² Caso o pedido sofra alguma exigência ou algum recurso seja interposto, esse período pode estender-se ainda mais. Nota-se, com isso, que não se trata de um procedimento célere.

Por outro lado, como uma segunda possibilidade, temos o exame perante o Conselho Administrativo de Defesa da Economia (Cade). Essa autarquia tem por competência a prevenção ao abuso de poder econômico. Nesse sentido, aqueles contratos que importarem em abuso, ou tenham o potencial para tanto, passarão pelo crivo do Cade. Dessa forma, observe a regra dos incisos XIV e XIX, do §3º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2014, que expressamente determina:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XIX – exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Tem-se que a regra supra deva ser examinada na medida em que ocorra alguma das hipóteses do *caput* do artigo 36 da Lei nº 12.529/2014. Isso deixa de ser um comportamento isolado, pois deve estar inserido em conduta considerada risco aos princípios básicos que norteiam a livre-iniciativa e concorrência. Em regra, o exame pelo Cade é posterior ao fato, com exceção da hipótese do ato referente ao controle de concentração.³ O que parece ocorrer é um duplo exame. Inicia-se no Inpi, sem nenhuma garantia de um outro pelo Cade, quando as decisões possam ser contraditórias, o que, mais uma vez, conduz à insegurança jurídica.

Verifica-se pelo exposto a confirmação de que efeitos lesivos à livre-iniciativa e concorrência devem ser analisados pelo Cade. Ao abrir, entretanto, a possibilidade de uma intervenção maior do Inpi, ancorado nos preceitos da Lei n. 5.648/70, chancela-se um campo de maior discricionariedade por parte do Instituto.

O que se verifica decorre da própria norma legal. Esta é silente e limita-se em atribuir ao Inpi, por meio de registro, o poder de dar conhecimento a terceiros. O ato administrativo, como sabido, deve ser vinculado e somente é discricionário quando submetido ao julgamento de conveniência da Administração. Esta, todavia, é incapaz de gerar direitos frutos de um procedimento administrativo vinculado, que, para a segurança jurídica das partes, depende de uma prévia normatização legal, estabelecendo as normas a serem seguidas.

² Conforme artigo 211 da Lei nº 9.279/96.

³ Artigo 88 Lei nº 12.529/2014.

Outra, no entanto, veio a ser o entendimento da Relatora do processo, a desembargadora federal Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida, que assim concluiu:

No Brasil, a intervenção estatal nos contratos de transferência de tecnologia é regulada em um conjunto disperso de normas, de natureza tributária, cambial e de intervenção direta no domínio econômico. Essa última, a meu ver, envolve não só o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mas também outros órgãos, como o INPI. Com efeito, a atuação do INPI, ao examinar os contratos que lhe são submetidos para averbação ou registro, a meu ver, pode e deve avaliar as condições na qual os mesmos se firmaram, em virtude da missão que lhe foi confiada por sua lei de criação, a Lei nº 5.648, de 11/12/1970.

Submetida a questão ao Superior Tribunal de Justiça, este, quando do julgamento do Recurso Especial Nº 1.200.528-RJ, em que foi relator o ministro Francisco Falcão, em decisão monocrática⁴ entendeu:

Ainda assim, todavia, persiste o dever de o INPI adotar medidas capazes de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes e de intervir nas condições contratuais estabelecidas para a transferência de tecnologia, visto que tal dever está contido naquele maior de executar as normas que regulam a propriedade industrial, atendendo, ao mesmo tempo, sua função social e econômica.

Retirada do INPI tal atribuição, a atuação da autarquia, em matéria de transferência de tecnologia e dos demais contratos expressamente mencionados na Lei, está hoje limitada à simples averbação do contrato para permitir o pagamento previsto nos contratos e a dedutibilidade fiscal, nos termos da legislação específica. Apesar disso, o que se tem visto, na prática, é que o órgão mantém sua intervenção na vontade contratual das partes, não admitindo determinadas cláusulas. Ouso, porém, discordar de tão eminentes doutrinadores. A meu ver, a nova lei somente retirou do INPI, ao revogar o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 5.648/70, o juízo de conveniência e oportunidade da contratação, ou seja, o poder de definir quais as tecnologias seriam as mais adequadas ao desenvolvimento econômico do País. Esse juízo, agora, é unicamente das partes contratantes. Persiste, todavia, o poder de reprimir cláusulas abusivas, especialmente as que envolvam pagamentos em moedas estrangeiras, ante a necessidade de remessa de valores ao exterior, funcionando, nesse aspecto, no mínimo como agente delegado da autoridade fiscal.

Ora, esta decisão do STJ acabou por atribuir competência ao Inpi que deixou de ter um fundamento legal que estabeleça os parâmetros, abandonando as partes ao alvedrio dos humores do momento vivido pela autarquia, o que vulnera a noção de segurança jurídica, elemento fundamental para a estabilidade de relações contratuais desta natureza. De forma a nortear um pouco o processo, baixou o Inpi a Resolução n. 199/2017, que, em seu artigo 3º, determina:

Art. 3º O exame técnico analisará os seguintes aspectos:

I – O objeto e as condições dos contratos de fornecimento de tecnologia e serviços de assistência técnica e científica, quanto ao enquadramento como transferência de tecnologia nos termos do artigo 211 da Lei nº 9.279, de 1996;

II – A análise da situação dos pedidos de direito de propriedade industrial e de vigência dos direitos de propriedade industrial objeto dos contratos de licença e sublicença de direito de propriedade industrial e de topografia de circuito integrado e dos contratos de franquia para a emissão do Certificado de Averbação ou de Registro;

III – A vigência do contrato de cessão, licença e sublicença dos direitos de propriedade industrial e de topografia de circuito integrado limitado à sua vigência no INPI para a emissão do Certificado de Averbação;

IV – A natureza da licença ou sublicença exclusiva ou não exclusiva objeto do contrato de licença ou sublicença do(s) direito(s) e pedido(s) de propriedade industrial e de registro(s) e pedido(s) de topografia de circuito integrado para a emissão do Certificado de Averbação;

V – O objeto do contrato de franquia quanto ao requisito do artigo 2º, da Lei nº 8.955, de 1994 e do artigo 211, da Lei nº 9.279, de 1996.

É possível perceber uma interferência incabível no âmbito da liberdade das partes contratadas. Uma argumentação para dar suporte a esta regra pode ser o inciso I do artigo 13 do Decreto 5.147/204:

⁴ DJE 13/12/2017.

Art. 13. À Diretoria de Contratos de Tecnologia e Outros Registros compete:

I – analisar e decidir quanto à averbação de contratos para exploração de patentes, uso de marcas e ao que implique transferência de tecnologia e franquia, na forma da Lei nº 9.279, de 1996, de modo alinhado às diretrizes de política industrial e tecnológica aprovadas pelo Governo Federal.

Deve-se observar, porém, que esta norma regulamentar não se destina a complementar uma Lei; ela vem a disciplinar a estrutura do Inpi. Mesmo que tivesse este caráter regulamentar, estaria ampliando competências sem uma prévia previsão legal. É uma cláusula genérica, variável de acordo com a diretriz governamental, o que, mais uma vez, vulnera a concepção de segurança do marco regulatório.

Trata-se de função cartorial, passível de ser efetuada por Cartório de Títulos e Documentos, com base na Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73). Por outro lado, é uma prática pouco usual entre a maioria dos grandes Escritórios de Propriedade Industrial no mundo. Na Nigéria esta atividade é exercida pelo *National Office for Technology Acquisition and Promotion*. Publicação da OCDE de 2017 em “Paper nº 206”, com o título *International technology transfer measures in an interconnected world: lessons and policy implications*, esclarece as diversas formas de controle desta modalidade de contrato, posto que em alguns procede-se a um exame antecipado, citando-se, como exemplo, Brasil e Tailândia. Observa-se que a análise destes contratos na União Europeia e nos Estados Unidos da América se dá posteriormente, isto é, durante a sua execução. O quantitativo dos contratos averbados, por exemplo no caso das franquias, parece pífio se comparado com o quantitativo de títulos existentes no Brasil.

Em todo o caso, urge encontrar medidas para o equacionamento dos problemas do Inpi. O atraso contumaz nas decisões administrativas constitui um embaraço nos investimentos dada a incerteza que traz, e a demora na obtenção do direito impede a adoção de medidas que visem o combate da pirataria. Por outro lado, a unicidade do procedimento de averbação de contratos de transferência de tecnologia, que tinha uma redação muito mais minudente na Lei n. 5.772/71, merece uma reflexão.

Os cartórios de títulos e documentos podem outorgar a validade perante terceiros e fogem da competência do Inpi na esfera tributária, decorrente do controle das deduções autorizadas em Lei, como outras medidas de natureza cambial na alçada do Banco Central. Tal disposição não era prevista no Decreto-lei n. 7.903/45, no Decreto-lei n. 254/67 e no Decreto-lei n. 1.005/69, que regulavam a propriedade industrial até o advento da Lei n. 5.772/71. Esta disposição constitui em uma intervenção na liberdade de as partes pactuarem antes mesmo da existência de qualquer suspeita de abuso de direitos. Neste caso, a competência encontra-se no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos da Lei n. 12.559/2011. O que se verifica, portanto, é a existência de uma instância preliminar, que, porém, deixa de atestar a inexistência de infração à ordem econômica, na medida em que examina os procedimentos contratuais sob a ótica da forma de sua instituição; assim, eventual repressão a este se abuso se dá em momento posterior, até porque o ato de averbar não importa na isenção das obrigações estabelecidas pela Lei n. 12.559/2011.

Trata-se de mais um custo para o setor produtivo, que, desde 1996, foi denominado pelo Banco Mundial de “custo Brasil” (BARBIERI; SILVA; SILVEIRA, 2014, p. 9). Igualmente, Barbieri, Silva e Silveira (2014) observam:

O Doing Business, em seu relatório de 2009, fez uma mensuração como esta considerando uma amostra de 183 países. O Brasil encontra-se em último, levando as empresas a gastarem 2600 horas por ano para arcar com suas obrigações, um número astronômico se comparado ao primeiro do ranking: as Ilhas Maldivas, com 0 (zero) horas gastas, isto é, tempo nenhum.

Em relatórios posteriores com ênfase no Brasil, o Doing Business (2012; 2013) relata que 2600 horas continuam sendo o tempo gasto pelas empresas para ficar em dia com a legislação tributária. Este número permanece constante desde 2006, ano em que o Doing Business começou a fazer esse tipo de mensuração (p. 9).

O ponto a ser considerado centra-se no estabelecimento de um procedimento burocrático com finalidade, ao que tudo indica, inócua, que poderia ser efetivada por outros órgãos administrativos no âmbito de suas atribuições. O controle de câmbio exercido pelo Inpi, como também em matéria tributária, relacionado a deduções decorrentes da averbação requerida, encontra-se mais afeta ao Banco Central do Brasil e à Secretaria da Receita Federal.

Isso tanto é verdade que, em 2017, por meio da Instrução Normativa nº 70 (IN 70/2017), o Inpi trouxe importantes modificações para a questão. Uma das mudanças mais significativas foi a inclusão nos certificados de averbação ou registro de contratos de uma nota informativa dispondo que ditos certificados deverão conter uma nota com o seguinte aviso: “O INPI não examinou o contrato à luz da legislação fiscal, tributária e de remessa de capital para o exterior” (INPI, 2017).

Isso quer dizer que o Inpi não mais intervirá no mérito dos contratos a serem averbados ou registrados em cláusulas que versem, por exemplo, sobre remuneração contratual, vinculação entre as empresas e período de dedução fiscal. Ou seja, o Instituto não observará os contratos à luz da legislação fiscal, tributária e de remessa de capital ao exterior, mesmo tendo em vista a recente decisão do STJ. Dessa forma, o Banco Central e a Receita Federal deverão realizar essas análises que saíram da competência do Inpi, o que pode ser um problema, posto que não houve alinhamento prévio entre os Órgãos antes da emissão da referida Instrução Normativa (TERUYA *apud* TISSOT, 2019, p. 101). Por outro lado, a responsabilidade das informações contidas nos contratos levados a registro ou averbação, notadamente com relação ao prazo e valor, serão da parte requerente.

Outras mudanças trazidas pela Instrução Normativa foram a inclusão da competência do Inpi para averbação de contratos que versem sobre sublicenças e subfranqueamento, a dispensa de averbação ou registro no Inpi dos contratos de exportação de tecnologia e a não limitação da vigência dos contratos de fornecimento de tecnologia ao prazo máximo de 5 anos, prorrogáveis por mais um período de 5 anos, sendo o único requisito, agora, que o contrato seja por prazo determinado. Ou seja, optou-se por uma postura de maior flexibilidade. O Inpi, promulgou, ainda, a Resolução nº 199/2017, dispondo sobre as Diretrizes de Exame para averbação e registros de contratos, sinalizando as questões formais que devem ser seguidas.

Nessa linha, o Banco Central do Brasil (Bacen) emitiu a Circular 3.857/2017, regulamentando o processo administrativo para aplicação de penalidades, medidas coercitivas e métodos para solução de controvérsias. Assim, as remessas irregulares de *royalties* estão sujeitas a dito processo administrativo sancionador (TISSOT, 2019, p. 101), bem como indica a postura do Bacen em assumir a responsabilidade que lhe foi atribuída.

Essas flexibilizações, ainda que não solucionem por completo os problemas, foram um grande avanço para o atual processo de transferência de tecnologia. Apesar de o Inpi estar mais rigoroso quanto aos aspectos formais dos contratos, essa menor rigidez trouxe uma redução substancial do tempo do processo de averbação e registro dos contratos, posto que a maior parte dos certificados passou a ser emitida entre dois e três meses, isto é, em metade do tempo que se levava anteriormente (SWISSCAM BRASIL, 2019).

Ademais, quando paramos para verificar o número de pedidos de averbação de contratos de tecnologia por categoria, temos o seguinte perfil:

Quadro 2 – Perfil do número de pedidos de averbação de contratos por categoria

Período	Uso de marcas	Exploração de patentes e desenhos industriais	Fornecimento de tecnologia	Serviço de assistência técnica	Franquia	Alterações de certificado	Outros
Anual							
2014	225	35	174	768	78	404	26
2015	188	37	152	555	36	401	31
2016	170	13	145	234	393	393	46
2017	204	20	144	175	499	499	30
2018	228	23	142	191	465	465	33
Acumulado no ano de 2019	218	24	92	106	72	327	15

Fonte: INPI (2019a).

É perceptível, de uma forma geral, que depois do ano de 2014 houve uma queda nos índices de averbações, algo que retomou crescimento no ano de 2017. Ainda que isso não necessariamente queira dizer que haja uma relação entre a flexibilização trazida pela IN 70/2017 e o maior interesse em se averbar ditos contratos, é evidente que o aumento da demanda por esse procedimento enseja uma maior celeridade que atenda suficientemente aos pedidos de averbação em tempo hábil e com a devida segurança jurídica.

Deve-se salientar, contudo, que historicamente o Inpi alternou entre períodos de maior e menor intervenção sobre contratos de transferência de tecnologia, o que não impede que futuramente desfaça-se essa flexibilização. Esse movimento de alternância pode ser vislumbrado na Figura 1 a seguir:

Figura 1 – Alternância de intervenção sobre contratos de transferência de tecnologia



Fonte: TISSOT (2019, p. 104).

Essa movimentação em direção a uma maior intervenção, como já sinalizado, não é benéfica, uma vez que pode gerar os seguintes pontos negativos (VOSGERAU; CZELUSNIAK, 2013, p. 13 *apud* TISSOT, 2019, p. 109-110): a obrigatoriedade de o Inpi figurar como parte nas demandas que buscam a revisão da análise de contratos trazidos a registro ou averbação; a falta de competência técnica, sendo incertas as consequências de sua intervenção; a insegurança jurídica, tendo em vista a ausência de normas claras e objetivas sobre os supostos abusos; e a redução de investimento do exterior no Brasil.

Observado tudo isso, é de se perceber que a existência deste procedimento nos tempos atuais, ainda que com a introdução da IN 70/2017, encontra-se defasado. Fato é que essa sistemática foi consistente com a política de substituição de importações e restrições cambiais existentes no Brasil nos anos 70 do século 20, mas perdeu o seu sentido de ser quando da liberação da economia a partir dos anos 90. Assim, portanto, não se trata mais de um modelo coerente com a atual dinâmica de transferência de tecnologia no Brasil, mas, sim, configura-se como um grande empecilho à segurança jurídica e desenvolvimento nacional.

4 CONCLUSÕES

A sistemática brasileira, ao impor a averbação de contratos de transferência de tecnologia e congêneres junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), encontra-se incompatível com o grau de abertura da economia do país. Neste ponto, impende observar que o estabelecimento desse procedimento burocrático não somente deixou de alcançar os objetivos propostos, mas importou em mais custos a todo o procedimento nacional de produção e proteção de tecnologia. Isto é, tal mecanismo é desprovido de qualquer vantagem, além de deixar de atribuir a necessária segurança jurídica proposta, haja vista as brechas legais que permitem diversos questionamentos. Ademais, deve-se levar em consideração que dito procedimento questiona aspectos negociais do contrato, deixando de ter um caráter de simples averbação, sendo, deste modo, um exame substantivo na prática. Essa análise, como observado, importa em um aumento de custos do contrato que acabam por ser repassados ao consumidor.

Destaca-se que esse procedimento junto ao Inpi torna-se supérfluo, algo que poderia ser evitado ao se buscar alternativas, como uma ampliação desse papel aos órgãos de registro públicos. De fato, a IN 70/2017, como retratado, facilitou alguns aspectos pertinentes ao tema, porém ainda são visíveis diversos custos tanto financeiros quanto burocráticos, o que indica a insuficiência da medida.

Sobre esse último aspecto é importante lembrar que a celeridade e a economicidade são vitais para a competitividade, sobretudo em razão da cada vez maior participação da economia mundial nos mercados nacionais. Essa interligação, acrescida do constante e veloz aparecimento de novas tecnologias, torna-se in-

compatível com sistemas burocráticos em decorrência dos entraves regulatórios que estes apresentam. Ditos entraves burocráticos, que não geram ganhos para a economia nem otimizam custos, tornam o produto “Brasil” caro, diminuindo sua almejada competitividade.

A introdução de novas tecnologias advindas de fora, bem como a inserção dos próprios produtos brasileiros no mercado nacional, constituem elemento fundamental no fomento ao desenvolvimento econômico. Por seu turno, atores globais levam em conta fatores relacionados à estabilidade do marco regulatório e à proporcionalidade do custo, levando em consideração os ganhos possíveis para decidirem em que investir. Quando se alia incerteza a custos desproporcionais, transforma-se um mercado, por maior que seja, em um elemento inseguro e de menor atratividade. É exatamente essa incerteza que deve ser combatida por meio de uma maior funcionalidade dos procedimentos, o que requer a devida simplificação e erradicação desses controles inócuos.

É de se notar, portanto, que o mercado brasileiro se torna inseguro em razão de entraves burocráticos criados pelo próprio Estado, como é o caso da averbação dos contratos de transferência de tecnologia. Esses empecilhos, ao deixarem de garantir a necessária segurança jurídica, acabam importando em um acréscimo de riscos e incertezas, fatores estes considerados quando se faz uma análise estratégica sobre um determinado mercado a se adentrar. Dessa forma, mercados menos estratégicos, isto é, mais custosos, são deixados de lado, acarretando numa perda de competitividade nacional e, como consequência, impactando negativamente na esfera econômica e social de um país.

5 REFERÊNCIAS

- BARBIERI, A. C.; SILVA, A. S. B.; SILVEIRA, M. H. F. *Custo-Brasil e investimento direto estrangeiro: uma análise de suas relações*. 2014. Disponível em: http://www.inovarse.org/sites/default/files/T14_0156_3.pdf. Acesso em: 8 abr. 2019.
- BARBOSA, A. J. R. Morais. O processo judicial eletrônico como instrumento de concretização do direito fundamental à celeridade da prestação da tutela jurisdicional. *Revista Esmat*, Palmas, TO: TJTO, ano 5, n. 6, p. 101-122, jul./dez. 2013.
- BRAGANÇA G. G. F.; PECCI, A.; RAGAZZO, C.; ROCHA, K. Risco regulatório e efeitos sobre investimentos: uma agenda de melhoria regulatória e de fortalecimento da governança institucional. In: DE NEGRI, João Alberto, ARAÚJO, Bruno César, BACELETTE, Ricardo (org.). *Desafios da Nação: artigos de apoio*. Brasília: Ipea, 2018. p. 503-538. V. 2.
- CAMPOS, F. A. O.; PEREIRA, R. A. C. Corrupção e ineficiência no Brasil: uma análise de equilíbrio geral. *Estud. Econ.*, São Paulo: USP, v. 46, n. 2, p. 373-408, abr./jun. 2016.
- CARVALHOSA, M. *Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas*. São Paulo: RT, 2015.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Boletim mensal de propriedade industrial: estatísticas preliminares*. Out. 2019a. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/sobre/estatisticas/arquivos/publicacoes/boletim_out_2019.pdf. Acesso em: 1º nov. 2019.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Contratos de transferência de tecnologia – mais informações*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/transferencia-de-tecnologia-mais-informacoes>. Acesso em: 15 fev. 2019b.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Resolução INPI nº 251 de 02/10/2019*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/arquivos/tabela-nova-contratos.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2019c.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Resolução INPI nº 70/2017*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/arquivos/legislacao-transferencia-de-tecnologia/IN702017Procedimentoadministrativodeaverbaodelicenasecesses.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Tabela de retribuições dos serviços prestados pelo INPI*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/Portal/arquivos/tabela-nova-contratos.pdf>. Acesso em: 28 out. 2019d.
- INPI. Instituto Nacional de Propriedade Industrial. *Tipos de contratos*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/transferencia/tipos-de-contratos>. Acesso em: 28 out. 2019.
- KANT, I. *Zum ewigen Frieden*. Ditzinger: Cano Deutschland Business Services, 2018.
- LIMA, A. C. G. S. A atividade regulatória do Estado e seus fundamentos. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, Recife: Ufpe, v. 89, n. 2, p. 209-231, 2018.
- MEIRELLES, D. R. S. Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa? *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Uerj, v. 1, n. 1, p. 70-85, out./dez. 2007.

PEREIRA, J. M. *Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil*. CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 7., Lisboa, Portugal, p. 8-11 oct. 2002. Disponível em: <https://cladista.clad.org/bitstream/handle/123456789/2294/0044105.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 fev. 2019.

SWISSCAM BRASIL. *Doing business in Brazil*. 2019 Disponível em: <https://swisscam.com.br/publicacao/doing-business-in-brazil/4-propriedade-intelectual/4-3-tecnologia/>. Acesso em: 1º nov. 2019.

TISSOT, F. C. *Contratos de transferência de tecnologia, desenvolvimento tecnológico do Brasil e o papel do INPI*. 2019. 135f. Dissertação (Mestrado em Tecnologia e Sociedade) – Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Tecnologia e Sociedade, Curitiba, 2019. Disponível em: <http://repositorio.utfpr.edu.br:8080/jspui/handle/1/4195>. Acesso em: 1º nov. 2019.

SISTEMA MULTIPORTAS DE JUSTIÇA E A ATUAÇÃO DO PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.168-181>

Recebido em: 21/8/2019

Modificações solicitadas em: 13/11/2019

Aceito em: 26/2/2020

Jaqueline Beatriz Griebler

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí. Bacharel em Direito pela Unijuí. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). <http://lattes.cnpq.br/4906898654916920>. <https://orcid.org/0000-0003-0326-3482>. jaqueline-beatriz@hotmail.com

Fernanda Serrer

Doutoranda em Educação no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Educação nas Ciências da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí), RS, Brasil. Professora do curso de Direito da Unijuí. Extensionista no Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”. <http://lattes.cnpq.br/4832388326172885>. <https://orcid.org/0000-0002-7882-5075>. fernanda.serrer@unijui.edu.br

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise do Sistema Multiportas de Justiça e a atuação do Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos” do curso de Direito da Unijuí, tendo como questão central quais são os limites e possibilidades de um Sistema Multiportas de Justiça no contexto jurisdicional brasileiro, bem como se o projeto de extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos” pode ser considerado uma experiência em busca de um Sistema Multiportas de Justiça. O objetivo geral deste estudo é compreender as várias “portas” de resolução de conflitos disponíveis no e em paralelo com o poder Judiciário. Inicialmente, estuda o conflito, percebendo suas diferentes concepções, sejam positivas ou negativas, e as consequências decorrentes das diversas formas de compreensão dos conflitos intersubjetivos. Após, passa a analisar a crise atual do poder Judiciário e o Sistema Multiportas como uma possível alternativa à crise. Por fim, expõe o trabalho realizado pelo Projeto de Extensão Universitária “Conflitos Sociais e Direitos Humanos” da Unijuí, como uma forma de aplicação do Sistema Multiportas de Justiça. Finaliza concluindo que o Sistema Multiportas de Justiça pode ser uma ferramenta eficaz para atender aos interesses dos sujeitos em conflito a partir da inauguração de novos modos de conceber os conflitos intersubjetivos, apresentando as atividades do Projeto de Extensão Universitária como vivências de um Sistema Multiportas de Justiça.

Palavras-Chave: Sistema multiportas. Justiça. Conflitos. Extensão universitária.

MULTIPORTPORT JUSTICE SYSTEM AND THE PERFORMANCE OF THE EXTENSION PROJECT OF SOCIAL CONFLICTS AND HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The present study analyzes the Multiport Justice System and the performance of the Extension Project “Social Conflicts and Human Rights” of Unijuí’s Law Course, focusing on the limits and possibilities of a Multiport Justice System in the context of Brazilian jurisdiction as well as whether the extension project “Social Conflicts and Human Rights” can be considered an experience in search of a Multiport Justice System. The general objective of this study is to understand the high number of “gates” of conflict resolution available in and in line with the judiciary. Initially, it studies the conflict, perceiving its different conceptions, whether positive or negative and the consequences arising from the several ways of understanding intersubjective conflicts. Furthermore, it analyzes the current crisis of the judiciary and the multiport system as a possible alternative to the crisis. Finally, it exposes the work done by Unijuí University Extension Project called “Social Conflicts and Human Rights” as a way of applying the Multiport Justice System. In summary, it concludes that the Multiport Justice System can be an effective tool to meet the interests of the subjects in conflict from the opening of new ways to conceive the intersubjective conflicts, presenting the activities of the University Extension Project as experiences of a Multiport Justice System.

Keywords: Multiport system. Justice. Conflicts. University extension.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Conflito, jurisdição e o Sistema Multiportas de Justiça. 3 A atuação do projeto de extensão “Conflitos sociais e direitos humanos” como experiência de um Sistema Multiportas de Justiça. 4 Conclusão. 5 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O poder Judiciário encontra-se atualmente em crise, perdendo sua legitimidade perante a sociedade. Por sua vez, a resposta tradicional ao conflito tem sido uma das causas permanentes da atual crise, reverberando em práticas violentas e desprovidas de diálogo e empatia.

O Sistema Multiportas de Justiça, não tão novo, mas pouco difundido no meio jurídico, tem ganhado gradativamente seu espaço na cena jurisdicional, pois oferece ferramentas de resolução de conflitos eficazes e céleres, trazendo satisfação aos envolvidos, não só por resolver a questão, mas principalmente por criar uma cultura de diálogo, não agressiva, e uma escuta ativa e respeitosa perante opiniões discrepantes, as quais são inerentes a uma interação conflitiva.

Nesse sentido o trabalho, além de investigar as causas da crise do paradigma clássico de Justiça, destacando a importância da promoção de práticas que permitam o despertar de novos olhares acerca dos conflitos intersubjetivos, também propõe-se a examinar a atuação do projeto de extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos” da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – em paralelo com as práticas de judicialização de conflitos desenvolvidas no Laboratório de Práticas Jurídicas da mesma Universidade, como experiência de um Sistema Multiportas de Justiça.

2 CONFLITO, JURISDIÇÃO E O SISTEMA MULTIORTAS DE JUSTIÇA

O poder Judiciário encontra-se em crise, tanto quantitativa como qualitativa. As principais causas desta crise situam-se na demora para a resolução dos processos, bem como na cultura da dependência da decisão, aguardando as partes em conflito por uma resposta advinda de um terceiro, o juiz. Sendo assim, pode-se observar que a crise do paradigma clássico de Justiça está diretamente interligada com o modo como os conflitos são tradicionalmente tratados em sociedade, pois, em geral, as pessoas não conseguem dialogar a respeito de seus problemas e tentar resolvê-los de uma forma pacífica, criando, conseqüentemente, um cenário de violência e um Judiciário cada vez mais superlotado de demandas judiciais. Diante de todas estas situações, Ana Carolina Ghisleni (2018, p. 14) observa que:

As deficiências que o Estado enfrenta provocam inicialmente uma crise de identidade, que consiste na perda ou diminuição de seu poder decisório, aliada à crise de eficiência, que se traduz na dificuldade de oferecer retorno eficiente à conflituosidade social e aos litígios processuais.

Sendo assim, é possível observar que a crise do Judiciário vai além dos números. O processo judicial – meio tradicional pelo qual o conflito é enfrentado – não consegue mais satisfazer a população por meio de suas sentenças, perdendo, assim, confiança, legitimidade e não asseverando garantia aos seus assistidos. “O maior problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, não levando em consideração, salvo raras exceções, o que as partes sentem e suas expectativas” (GHISLENI, 2018, p. 26).

Diz-se que tal crise encontra sua origem, principalmente, na litigiosidade desenfreada existente na sociedade, ou seja, os conflitos estão sendo consideravelmente uma marca muito presente nos diferentes modos de interação social e as pessoas não estão mais conseguindo administrá-los de forma responsável, necessitando, assim, que um terceiro (juiz) decida qual o melhor caminho a tomar.

Para dar conta do volume crescente de conflitos que chegam ao Judiciário é imprescindível que este se modernize, tanto estruturalmente, para atuar de maneira mais efetiva nos conflitos e oferecer uma resposta mais eficiente aos jurisdicionados, como também paradigmaticamente, aceitando de modo pacífico e integrador outras formas alternativas de enfrentamento de conflitos (MARZINETTI, 2018), o que passa fundamentalmente pela promoção de uma cultura de paz e de autonomia das partes em relação à solução de suas divergências, além da compreensão do conflito como algo positivo, inerente à vida em sociedade, mas sobretudo como um laço complexo que une dois ou mais sujeitos.

Em razão de diferentes fatores que passeiam entre o reconhecimento jurídico de grupos e de classes sociais, o desvelamento de novos atores sociais e os avanços das tecnologias digitais, em especial as de caráter informacional, os conflitos intersubjetivos têm ganhado contemporaneamente a marca da complexidade.

Vive-se, atualmente, em um tempo em que a capacidade para formular soluções ou resolver questões é infinitamente menor do que a capacidade de produzir riscos e problemas. Do paradoxo entre o tempo e o Direito funda-se o descompasso entre a demanda e a resposta jurisdicional, agravado pela crescente necessidade da presença ativa de um Judiciário constitucionalmente mais comprometido com as questões sociais. Como acentua Rocha (2001, p. 134), “temos uma racionalidade jurídica tradicional de repetição [...] e, ao mesmo tempo, temos necessidade de tomar decisões mais sociais, mais políticas, levando-se em consideração o novo tempo da sociedade, sociedade do futuro”. No âmbito do Judiciário, em razão do paradoxo entre tempo e Direito, este precisa fazer-se mais plural, voltado à produção e ao reconhecimento da diferença, e não tão somente à reprodução das fórmulas antecedentes, o que significa incorporar uma racionalidade complexa para pensar o fenômeno jurídico.

O conflito, sob esse viés, pode ser visualizado de forma positiva ou negativa no que diz respeito à sociedade e às relações interpessoais. Como um possível conceito da palavra conflito, vale destacar o adotado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (1998, p. 225). Segundo os autores, o conflito pode ser tomado como “uma forma de interação entre indivíduos, grupos, organizações e coletividades que implica choques para o acesso e a distribuição de recursos escassos”, ou seja, o conflito é uma forma de interação humana e social e é inerente à sociedade.

Por outro lado, o conflito, quando visualizado de forma negativa, pode ser entendido como um confronto de ideias e pensamentos, os quais, ao final, podem conduzir à violência – nas suas mais diversas concepções, seja física, moral, psicológica – visto que a sociedade contemporânea vem se individualizando cada dia mais, perdendo assim o exercício de conviver em comunidade e de ouvir e entender posicionamentos contrários. Nessa perspectiva, ao retornar à convivência coletiva, os conflitos sob seu viés negativo e as oposições de ideias começam a surgir.

Esse conflito, porém, por mais simples que possa ser, não consegue ser administrado e, com grande probabilidade, será encaminhado ao poder Judiciário, para que um terceiro decida qual o rumo a tomar e quem é o vencedor e o perdedor daquele confronto de ideias.

O conflito sob uma perspectiva positiva, por sua vez, consiste na compreensão de que ele faz parte do “ser sociedade” e “viver conjuntamente”, possibilitando as evoluções do indivíduo como parte de um coletivo e como um ser pensante e racional. Pode-se dizer, assim, que o conflito ao gerar o confronto de ideias e opiniões constitui-se como um ato de reconhecimento e transformação das relações que se originarão daquele momento, influenciando e qualificando, assim, o movimento das interações humanas (SPENGLER, 2008). Desse modo, o conflito pode ser considerado uma característica incorporada e pertencente às relações interpessoais, buscando a evolução de cada indivíduo e não necessitando ser reputado como traço de instabilidade ou rompimento de vínculos sociais, mas sim como a possibilidade de uma integração social (SPENGLER, 2008).

Ainda assim, é possível verificar que ao analisar o conflito como algo positivo na sociedade e nas relações intersubjetivas, ele pode ser processado de uma forma muito mais pacífica e com a construção de um diálogo consideravelmente menos agressivo.

Destarte, a partir de toda crise vivenciada pelo poder Judiciário, bem como das questões conflitivas existentes e que trazem relação direta ao fato inicialmente mencionado, pode-se afirmar que o direito básico de acesso à Justiça vem sendo comprometido significativamente a toda a população, principalmente à faixa populacional com menor acesso à educação e desprovida de condições financeiras para acessar o poder Judiciário. É nesse sentido que advém a necessidade de repensar as formas como esse direito está sendo aplicado e de fato efetivado para toda a sociedade, encontrando meios e soluções práticas para solucionar este problema. Nesse sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) apresentam três soluções básicas para a efetividade de um acesso à Justiça pleno, utilizando-se da expressão “ondas de acesso à Justiça”, criada a partir do Projeto de Florença e mencionam que:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a *assistência judiciária*; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente “*ênfase de acesso à Justiça*” porque inclui os

posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31, grifo do autor).

Assim, essa terceira onda destacada trata-se resumidamente da criação e efetivação das formas alternativas de resolução de conflitos e conseqüentemente de um Sistema Multiportas de Justiça, capaz de abarcar todas as questões conflituosas existentes, bem como auxiliar na crise do poder Judiciário e conseqüentemente, garantir um acesso à Justiça pleno e eficaz para toda a população. É conveniente afirmar que essa terceira onda “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67-68).

Outrossim, no processo de instituição de políticas públicas que acenem no sentido do reconhecimento do viés positivo dos conflitos intersubjetivos, bem como das formas alternativas de resolução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem se constituído como um ambiente de promoção dessas formas consensuais e alternativas de resolução de conflitos, visto que por meio da publicação da Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010, dispôs e regulamentou, pela primeira vez, a mediação e conciliação em âmbito brasileiro, instituindo a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Judiciário. Nesse sentido, destaca Daniela Monteiro Gabbay (2011, p. 11) que no Brasil, o CNJ tem

determinado que os órgãos judiciários ofereçam, além da solução adjudicada mediante sentenças dos juízes, mecanismos de resolução consensual de controvérsias entre as partes, bem como a prestação de atendimento e orientação aos cidadãos, incentivando a autocomposição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e mediação.

Por meio desta resolução, o CNJ assumiu a competência para organizar programas que promovam e incentivam a autocomposição de conflitos, bem como levou à criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de conflitos (Nupemec) e ao fomento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc).

Mais tarde, especificamente no ano de 2015, os meios alternativos de resolução de conflitos ganharam ainda mais força e aplicabilidade legal, visto que entraram em vigor duas novas leis que dispõem acerca da mediação e da conciliação de conflitos, ou seja, a Lei nº 13.105/2015, denominada de Novo Código de Processo Civil, e a Lei nº 13.140/2015, intitulada de Lei de Mediação.

É possível, então, perceber no contexto normativo brasileiro e nas práticas judiciárias mais recentes, principalmente a partir da terceira onda de acesso à Justiça, a instauração de um novo pensamento em relação aos conflitos interpessoais e aos modos de sua resolução, ou seja, um sistema de acolhimento de conflitos que oferece ao jurisdicionado uma diversidade de possibilidades de enfrentamento e que pode ser identificado como um Sistema Multiportas de Justiça. Nas palavras de Luis Fernando Guerrero (2012, p. 13, grifo do autor) o Sistema Multiportas

é uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes.

Assim este sistema, e de forma mais específica as formas alternativas de resolução de conflitos, surgem como terceira onda de acesso à Justiça e possuem por escopo auxiliar na crise sofrida pelo poder Judiciário e tornar a resposta judicial mais célere, eficaz e adequada, ampliando o efetivo acesso à Justiça. A expressão “Sistema Multiportas de Justiça” (*multidoor courthouse system*) foi criada pelo professor Frank Sander, da Escola de Direito da Universidade de Harvard, no ano de 1976, com o argumento de que com o conflito sendo tratado de forma adequada, será possível a utilização eficiente dos recursos pelos tribunais, reduzindo custos e tempo de um processo normal e, conseqüentemente, diminuindo a ocorrência de conflitos subsequentes, visto que o objetivo precípua do Sistema Multiportas é a solução real da discordância causada pelo conflito (GIMENEZ, 2017).

Destarte, pode-se elencar como possibilidades de um Sistema Multiportas de Justiça, além da heterocomposição (um terceiro que decide), as formas de autocomposição do conflito, sejam elas a conciliação, a negociação, a mediação e a justiça restaurativa, possibilitando aos conflitantes alternativas de resolução de

seus conflitos, garantindo uma maior satisfação, sem privar o jurisdicionado do acesso a qualquer de suas portas. Entre as possíveis modalidades resolutivas de conflitos estão a conciliação, a negociação, a mediação e a justiça restaurativa.

A *conciliação* trata-se de uma forma autocompositiva voluntária, pois os envolvidos no conflito, juntamente com o conciliador, buscam chegar a um acordo favorável para ambos. Tem como objetivo principal o acordo, ou seja, o conciliador tem o poder de se manifestar apontando qual a melhor opção aos conflitantes.

Portanto, a conciliação é uma atividade mediadora direcionada ao acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce leve ascendência hierárquica, pois toma iniciativas e apresenta sugestões, com vistas à conciliação (VASCONCELOS, 2017, p. 65).

Vale ressaltar que a conciliação ocorre preferencialmente nos casos em que os envolvidos não possuem vínculo social e afetivo anterior ou posterior ao conflito, pois seu maior objetivo é o acordo entre ambos e não a recomposição de relações interpessoais. Assim, para muitos, a conciliação pode ser confundida com a mediação, pois ambas têm a atuação de um terceiro facilitador e na maioria das vezes têm como resultado um acordo, mas de forma objetiva a conciliação

[...] é prevalentemente focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais – pessoas sem vínculos anteriores – em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas, fundamentalmente, o objetivo de equacionar interesses materiais ou questões jurídicas (VASCONCELOS, 2017, p. 64).

A conciliação pode ser pré-processual (realizada antes do processo) e/ou processual (durante o processo), ou ainda em alguns casos, ser realizada mesmo depois de já proferida uma sentença.

A *negociação*, por sua vez, consiste na prática de autocomposição, mas sem a presença de um terceiro facilitador, sendo conduzida diretamente pelos próprios conflitantes, ou seja, representa a autocomposição direta, justamente pelo fato de não contar com a interferência de um terceiro imparcial. Assim, como as demais formas, esta também baseia-se na voluntariedade e na consensualidade dos envolvidos, caso contrário não surtirá efeitos. Os negociantes é que irão conduzir e controlar o desenvolvimento e a forma de como irão chegar a um acordo, buscando sempre uma comunicação não violenta e a não imposição de interesses de um para o outro. “Qualquer solução dependerá única e exclusivamente da vontade e da atuação das partes por meio de uma solução consensuada, que de nenhum modo será influenciada ou facilitada por terceiro” (GUERRERO, 2012, p. 31-32).

Este método alternativo de resolução de conflitos pode ser considerado como sendo “o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses” (VASCONCELOS, 2017, p. 60). Ela sempre deve ser cooperativa e buscar um acordo que contemple todos os interesses envolvidos, com ganhos de forma mútua, uma vez que não tem por escopo eliminar ou derrotar o outro negociante.

Ainda vale ressaltar que a negociação deve sempre ser baseada em alguns princípios que servem como base, com destaque para o princípio da cooperação, visto que seu objetivo é integrar as pessoas envolvidas, mas jamais eliminar, derrotar ou excluir a outra parte (VASCONCELOS, 2017).

A *mediação* trata-se de um método consensual de resolução de conflitos, no qual um terceiro facilitador auxilia os mediandos a restabelecer o diálogo e a criar uma nova cultura de paz, tendo como uma possível consequência o acordo. O mediador não pode, em momento algum, interferir no conflito, sugerindo modos para seu encaminhamento; deve, tão somente, conduzir o diálogo, valendo-se de técnicas e meios para que os envolvidos consigam conversar de uma forma não violenta e pensando no bem comum.

É muito importante e eficaz o mediador encontrar os pontos comuns que os mediandos possuem, trabalhando assim sobre esses critérios e desenvolvendo uma concepção positiva do conflito, de modo que os envolvidos possam implicar-se com a questão e também uns com os outros, analisando e interpretando o conflito com diferentes pontos de vista. “Cabe, portanto, ao mediador, com ou sem a ajuda do comediador, colaborar com os mediandos para que eles pratiquem uma comunicação construtiva e identifiquem seus interesses e necessidades comuns” (VASCONCELOS, 2017, p. 61).

Vale ressaltar que o objetivo da mediação não é chegar ao acordo, mas sim restabelecer o diálogo entre os envolvidos no conflito e recompor os laços afetivos e sociais existentes entre ambos. O acordo é considerado apenas uma consequência da qualificação comunicativa entre os envolvidos no processo de identificação mediada de interesses. Nesse sentido é importante destacar o posicionamento de José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2008, p. 134):

Com o auxílio do mediador, os envolvidos buscarão compreender as fraquezas e fortalezas de seu problema, a fim de tratar o conflito de forma satisfatória. Na mediação, por constituir um mecanismo consensual, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal tradicional na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais.

Ainda, é possível identificar na mediação características que a diferenciam das demais práticas alternativas de resolução de conflitos, entre as quais pode-se citar: a) a privacidade, visto que ela ocorre de modo sigiloso e somente haverá divulgação do que foi dito se assim os mediandos quiserem; b) a economia financeira e de tempo, pois os litígios levados à mediação normalmente são resolvidos em um tempo consideravelmente menor pelo fato de prevalecer a vontade dos envolvidos, o que conseqüentemente acarretará na sua diminuição de custo; c) a oralidade, uma vez que esta não possui uma forma de acontecer, ela apenas vai sendo conduzida pelo mediador, que vai ter de encontrar o melhor meio a ser seguido, diante da situação em que ele estiver, pois cada caso e cada conflito podem ser solucionados de diferentes formas; d) a reaproximação das partes, considerada a maior característica da mediação, visto que ela é justamente utilizada para restabelecer o diálogo rompido e fortalecer os laços que foram destruídos com o conflito em questão; e) a autonomia das decisões, dado que os mediandos é que decidirão qual o futuro daquela mediação e do conflito em si, o qual uma vez autocomposto, pode ou não ser levado à homologação judicial; f) o equilíbrio das relações entre as partes, porquanto os mediandos devem ser ouvidos e ter momentos de fala de forma igualitária, jamais um sendo favorecido perante o outro, ou seja, o mediador deve ser totalmente imparcial (MORAIS; SPENGLER, 2008).

No que diz respeito à *Justiça Restaurativa*, esta possui natureza de caráter interdisciplinar na prevenção e no tratamento de assuntos com base criminal e no âmbito brasileiro sua prática é muito recente. Ela também é reconhecida como uma forma alternativa de resolução de conflito, apenas sob um viés e olhar diferenciado das demais, tendo em vista tratar de assuntos com base criminal. Seu conceito também é considerado muito amplo e de difícil definição, mas atualmente entende-se como um instrumento/técnica em que a vítima, o ofensor e possivelmente pessoas da comunidade atingidas pelo cometimento do crime buscam por meio do diálogo encontrar uma solução para todas as questões surgidas com tal delito, cada uma expondo seus sentimentos e razões para tal acontecimento. Assim, a *Justiça Restaurativa* apresenta-se como uma

nova forma de lidar com a questão dos conflitos e dos crimes, centrada mais nas pessoas e nos relacionamentos do que nas questões jurídicas. Antes que discutir questões legais, culpados e punições, a JR promove intervenções focadas na reparação dos danos, no atendimento das necessidades da vítima, na corresponsabilização do ofensor, sua família e pessoas do seu relacionamento, tudo visando à recomposição do tecido social rompido pela infração e o fortalecimento das comunidades (A PAZ..., 2019).

As práticas de *Justiça Restaurativa* são normalmente conduzidas por um terceiro facilitador (mediador) e tem por escopo lidar com o ato infracional de uma maneira diferente das formas tradicionais. Assim, este método alternativo de resolução de conflitos tem um modo de acontecer, pois está baseado em valores e possui procedimentos que devem ser seguidos, tendo como principal característica a voluntariedade, ou seja, “a prática restaurativa só acontecerá se for do consentimento de ambas as partes, e o mesmo não podem surgir a partir de uma tentativa de vantagem no processo penal” (GOLART; MAIER, 2019). Ou seja, este método busca integrar o processo penal, como uma forma também de ressocializar o autor de um fato delituoso, para que este possa retornar à sociedade, após ser responsabilizado pelo que fez e possuindo melhor aceitação pelos demais envolvidos no conflito.

Por fim, cabe ressaltar que esta opção de tratamento de conflitos de natureza penal não substitui as demais formas tradicionais de enfrentamento e repressão da criminalidade, apenas traz um novo olhar sobre o conflito e os conflitantes, com o escopo de entender e reavaliar as questões que envolvem este tipo de controvérsia. Nesse sentido, já afirmava Howard Zehr (2008, p. 168) que

a escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado.

Ou seja, ao analisar o crime com as lentes retributivas, modelo tradicional de enfrentamento deste tipo de conflito, não se faz possível atender a todas as necessidades da vítima e do ofensor. O processo acaba por se tornar negligente, uma vez que se preocupa apenas em responsabilizar os ofensores e coibir o crime, sem se preocupar com o atendimento aos sentimentos e emoções das vítimas (ZEHR, 2008).

Assim, pode-se afirmar que o motivo de toda esta incapacidade judiciária está na escolha das lentes utilizadas. Para Zehr (2008), existem duas lentes distintas, que podem, ao ser escolhidas de forma correta, proporcionar novos rumos ao processo penal brasileiro, ou seja, nas lentes da Justiça Retributiva o crime é visto sob a ótica de um atentado “contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas” (ZEHR, 2008, p. 170). Já no que diz respeito às lentes da Justiça Restaurativa, esta considera o crime como uma forma de violar as pessoas e seus relacionamentos. “Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A Justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança” (ZEHR, 2008, p. 170-171).

A Justiça Restaurativa, desse modo, busca curar as partes envolvidas, seja os ofensores, que além de serem responsabilizados pelo crime cometido vão ser conduzidos a um caminho de mudança, seja as vítimas, que também precisam ser ouvidas, e a própria comunidade, que também é atingida com os reflexos desta relação afetada (ZEHR, 2008).

3 A ATUAÇÃO DO PROJETO DE EXTENSÃO “CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS” COMO EXPERIÊNCIA DE UM SISTEMA MULTIPORTAS DE JUSTIÇA

A Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – possui como prática de extensão vários projetos, com o intuito de se aproximar da comunidade local e regional, promovendo o desenvolvimento, mediante ações comunitárias, de prestação de serviço e de educação continuada.

Desse modo, é importante destacar que a Universidade possui três eixos fundamentais, que são o ensino, a pesquisa e a extensão. De tal modo, busca-se entender por meio deste trabalho, o eixo da Extensão, sobretudo no que tange ao curso de Direito da Unijuí, sua evolução histórica e, principalmente, como a integração dos projetos de extensão no âmbito do curso de Direito pode identificar-se com um Sistema Multiportas de Justiça, uma vez que oferece à população diferentes formas de resolução de conflitos.

Dos três eixos universitários, a extensão foi a última a ser instituída, uma vez que exige um maior envolvimento de pessoas e principalmente da aceitação da comunidade. As primeiras formas de extensão universitária surgiram na Inglaterra, em meados do século 19, consolidando-se posteriormente na Bélgica, na Alemanha e logo se estendendo para toda a Europa, chegando, por fim, aos Estados Unidos (EUA). Ao chegar aos EUA a extensão se difundiu de forma significativa, pois foi criada

[...] a American Society for the Extension of University Teaching, que impulsionou as atividades de extensão, pioneiramente, na Universidade de Chicago, em 1892, culminando na experiência desenvolvida pela Universidade de Wisconsin, em 1903, que colocou “seus professores como technical experts do governo do estado”. Muito bem-sucedida, a iniciativa conferiu prestígio e visibilidade nacional ao que seria chamado de “Wisconsin Idea”, levando o próprio presidente americano, Theodore Roosevelt, a sinalizar para o país aquele exemplo (PAULA, 2013, p. 7).

A extensão universitária brasileira, por sua vez, começou a ser difundida mais tarde, na primeira metade do século 20, e “é originária da união de escolas superiores isoladas, criadas por necessidades práticas do governo, por carências sentidas pela sociedade ou como resultado de avaliação sobre um potencial em uma ou outra área” (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 7).

A extensão na Unijuí teve seu surgimento no ano de 1956, conjuntamente com a criação da Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras (Fafi), com o auxílio da articulação da comunidade regional, o que mais tarde permitiu a criação do Projeto Universitário. A extensão na Unijuí surge como um pilar de sustentação para a comunidade de seu entorno e com a criação da Fafi, essa preocupação social se intensificou, uma vez que era considerada espaço de realização solidária e coletiva (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 7).

Mais tarde, iniciou-se um forte movimento e discussões para expandir o Ensino Superior na região, objetivando criar uma entidade regional, que fosse aberta e descentralizada, para assim conduzir esse ensino. Desse modo,

a presença marcante da Fafi na região, aguçada pelo Movimento Comunitário de Base, influenciou nas discussões para a criação de uma entidade regional, aberta e descentralizada, a fim de conduzir e respaldar a expansão do ensino superior na região. Em 1969 a Fafi reestrutura-se e passa a ser mantida pela Fundação de Integração, Desenvolvimento e Educação do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Fidene), com o propósito de encaminhar o projeto de universidade regional, dando o suporte legal, patrimonial e econômico-financeiro ao desenvolvimento do Ensino Superior no Noroeste do Estado. Com expansão da Instituição, as atividades de extensão universitária foram assumindo a forma de programas e projetos específicos (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 8).

Por fim, em meados de 1981, foram criados os Centros Integrados de Ensino Superior de Ijuí, e que em 1985 passaram a ser reconhecidos como Universidade de Ijuí, tendo a estrutura que permanece até os dias atuais. A Universidade de Ijuí, mais tarde, em 1994, renovou sua denominação, passando a chamar-se Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Unijuí – a qual se mantém até hoje.

Durante toda essa evolução a extensão sempre se fez presente para a comunidade de Ijuí e arredores, de forma a ser aplicada conforme as necessidades comunitárias que iam surgindo e à medida que os cursos iriam sendo instalados na Universidade. “As ações voltadas para a comunidade propiciaram à universidade, entendida como agente de mudanças, o desenvolvimento de conhecimentos, métodos e técnicas que permitiram enriquecer a formação acadêmica” (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 8).

Inicialmente, a extensão no seio da Universidade Regional ocorreu por meio da realização de cursos, principalmente na área agropecuária e de processos produtivos, objetivando uma metodologia participativa da comunidade. Mais tarde, porém, as atividades de cursos foram ampliadas com ações educativas, junto de grupos sociais já constituídos, como agricultores, moradores de bairros, organizações populares, diversos sindicatos, entre outros. Por fim, a partir de programas institucionais, essas ações foram ampliadas e passaram a possuir temáticas mais abrangentes, envolvendo, por exemplo, saúde, economia, administração rural, pequenas empresas, para citar alguns (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 8).

Tudo isso foi possível, uma vez que “a comunidade em que a Unijuí está inserida sempre apresentou um vasto laboratório, oportunizando contato com a realidade dos fatos, a vivência e a solução de problemas” (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 8). A extensão nesta Universidade, sempre buscou refletir e captar o conhecimento e a cultura da população e da comunidade em que estão inseridas, para assim, e com base nisto, realimentar e conduzir o processo de ensino.

A partir de todos esses programas e evoluções é que a história de extensão da Unijuí se constituiu, visando sempre, além de todo aprofundamento e conhecimento científico, bem como conteúdo de ensino e laboratório, possuir a base social comunitária, uma vez que faz parte de sua origem. Além disso, cabe mencionar que a extensão na Unijuí é definida e tem por base cinco diretrizes, que foram aprovadas pelo seu Conselho Universitário e que compreendem a extensão como:

- a) espaço de interação acadêmica e dialógica com a sociedade que busca compreender e inserir-se no desenvolvimento regional, apontando problemas e potencialidades, e desenvolvendo-se de forma articulada com o Ensino e a Pesquisa;
- b) prática de socialização, sistematização e produção de conhecimentos, que se dá de forma sistemática e continuada, de modo a promover mudanças desejadas pelos parceiros e resultar em produções teórico-metodológicas, técnico-científicas e artístico e/ou culturais;
- c) prática comprometida com o desenvolvimento social dentro de uma perspectiva de inovação, sustentabilidade, qualificação tecnológica e inclusão social;

d) ação não disciplinar, capaz de contribuir para a efetivação da democracia, a partir da problematização e da construção de alternativas para as questões locais e regionais, fortalecendo a emancipação social dos grupos envolvidos;

e) prática acadêmica submetida à avaliação sistemática para a identificação dos impactos produzidos na realidade social e acadêmica (POLÍTICA E DIRETRIZES..., 2013, p. 15).

Outrossim, no que diz respeito às práticas de extensão da Universidade, mais especificamente ao curso do Direito, tanto no *Campus* Ijuí quanto nos *campi* de Santa Rosa e Três Passos, estão em atividade, atualmente, três Projetos de Extensão Universitária: “Cidadania para Todos”, “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: Alternativas Adequadas de Tratamento e Resolução” e “Resolução e Regularização Fundiária Urbana: Direito Social à Moradia Digna”. Os dois primeiros já possuem vários anos de atuação e serão abordados a seguir. O terceiro iniciou suas atividades em 2019 com a finalidade de conferir aos moradores/ocupantes de imóveis alugados em núcleos urbanos informais o título de propriedade, garantindo-lhes o direito à moradia digna e ao meio ambiente sadio e equilibrado.

O *Projeto Cidadania para Todos*, por sua vez, teve sua origem em 2006 e, desde então, vem exercendo sua atividade de modo constante. Possui como objetivo central promover a educação para os direitos humanos e para a cidadania, atuando com oficinas e palestras que têm por escopo o protagonismo dos participantes, organizadas a partir de grandes eixos temáticos que envolvam temas como violência, conflitividade e responsabilidade, gênero e sexualidade, direitos fundamentais, participação e democracia, inserção no mundo do trabalho e cidadania, além de debates acerca de modos adequados de utilização das ferramentas digitais (PROJETO DE EXTENSÃO..., 2018). A metodologia de intervenção deste Projeto consiste na realização de oficinas temáticas desenvolvidas com base em metodologias restaurativas, sessões de cinema e palestras, objetivando a interação dos envolvidos, a reflexão dos temas abordados e, principalmente, a vivência dos valores sociais.

Já o *Projeto Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução* iniciou suas atividades em meados de 2012, no *Campus* Santa Rosa, buscando, por meio das práticas de mediação, auxiliar os assistidos do Núcleo de Prática Jurídica a encontrar meios de administrar suas divergências de natureza familiar. Mais tarde, os demais *campi* iniciaram suas atividades junto ao Projeto, com destaque para a criação do Balcão do Consumidor de Ijuí em 2014 e em Santa Rosa no ano de 2017, a expansão do Projeto com a adoção de metodologias de intervenção em conflitos escolares (PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS..., 2019b, s/p). Este Projeto tem como objetivo principal, a aplicação de modos alternativos de resolução de conflitos e será analisado de modo mais detalhado a seguir, uma vez que pode ser identificado como uma experiência de Sistema Multiportas de Justiça.

O Projeto de Extensão *Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução* – 2018/2019a, menciona que é seu intuito

[...] a integração entre a Universidade e a comunidade externa das cidades de Ijuí, Santa Rosa, Três Passos, além de englobar as respectivas regiões, fomentando a criação e a qualificação dos espaços públicos que garantam o exercício da cidadania, assim como ações individuais e coletivas de efetivação de práticas alternativas de solução de conflitos, em especial os vinculados às relações familiares, patrimoniais, de consumo e as estabelecidas no âmbito escolar.

Desse modo, pode-se afirmar que o Projeto possui uma grande importância social, uma vez que é visível a necessidade de criação e fomento de espaços que contemplem a resolução alternativa dos conflitos sociais de forma mais célere, eficaz, e que observem as necessidades das partes, tendo em vista a crise atual experimentada pelo poder Judiciário. Assim, o Projeto oferece à comunidade “novas estratégias de tratar os seus conflitos que, paralelamente ao Judiciário, poderão oferecer respostas mais apropriadas quantitativa e qualitativamente” (PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS..., 2019d, s/p).

Dessa forma, apresenta-se como justificativa central para a instituição do Projeto antes mencionado, além de sua inegável importância social, a característica atual das ações que envolvem o poder Judiciário, nas quais grande parte dos processos versam acerca de questões familiares, patrimoniais e de consumo. É nesse

sentido que o Projeto, ao desenvolver mediações, conciliações e negociações pré-processuais, auxilia na redução do congestionamento do poder Judiciário, bem como oferece uma resposta mais célere, eficaz e, sem dúvida, menos desgastante aos envolvidos.

A atuação do Projeto se dá de três modos diferentes, porém todos voltados à solução pacífica, dialogada e consensual dos conflitos. Primeiro, nos Escritórios Modelos do Curso de Direito, acolhendo as demandas trazidas pela comunidade e quando verificada a possibilidade de aplicação das técnicas alternativas e adequadas de solução de controvérsias, o encaminhamento para realização de mediações e/ou conciliações pré-processuais. Segundo, no atendimento e acolhimento de questões conflitivas trazidas pelos consumidores aos Balcões de Consumidores, nos três *campi*, com a possibilidade da negociação ou, ainda, conciliação. Por fim, com a atuação do Projeto na rede pública de ensino, a fim de auxiliar na resolução de questões conflitivas existentes em âmbito escolar.

Diante de todas essas formas de atuação, pode-se afirmar que o Projeto visa, a partir da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, a aproximar todas as partes envolvidas em um conflito, devolvendo a elas a autonomia e responsabilidade de enfrentamento das questões trazidas, bem como capacitando-as para enfrentarem o conflito de modo construtivo e não violento.

Nesse sentido, vale destacar a atuação do Projeto em cada *campus*, de modo específico. As execuções do Projeto no *Campus* Santa Rosa, por meio das Mediações Familiares e Escolares e do Balcão do Consumidor, se dão principalmente com o atendimento ao público e às escolas. No que tange às atividades realizadas nas escolas, são realizadas palestras sobre novas perspectivas para a gestão de conflitos escolares. Já no que diz respeito ao Balcão do Consumidor e à mediação familiar, estes possuem atendimento ao público no mesmo espaço físico do Escritório de Práticas Jurídicas do Curso de Direito, tendo como propósito permitir também que os acadêmicos estagiários tenham contato com diferentes formas de solução e enfrentamento de conflitos, uma vez todos os atendimentos feitos pelo Projeto de Extensão possuem auxílio de alguns alunos matriculados no Estágio Supervisionado, nos respectivos turnos de atendimento. Desse modo, o assistido do Escritório Modelo é inicialmente recepcionado pela secretária do escritório que, após uma breve avaliação da natureza da demanda – para verificar se são passíveis de mediação, ajustáveis ao contencioso ou vinculadas às relações de consumo – faz os devidos encaminhamentos, direcionando os casos, respectivamente, para as mediações familiares, atendimento nos grupos do Estágio Supervisionado ou para o Balcão do Consumidor. Outrossim, nos *campi* de Ijuí e Três Passos as atividades são realizadas no Balcão do Consumidor e no Estágio no Núcleo de Práticas Jurídicas.

A partir deste momento, será abordado de forma mais específica a atuação do presente Projeto no *Campus* de Santa Rosa, com a explanação e abordagem das atividades realizadas no Balcão do Consumidor e de práticas de Mediação Familiar e Mediação Escolar.

O Balcão do Consumidor é um meio de garantir a aplicabilidade dos direitos básicos do consumidor. A Universidade Regional, no *Campus* de Santa Rosa, possui como prática de extensão universitária, o Balcão do Consumidor, que está em atividade desde o segundo semestre de 2018, junto ao Núcleo de Prática Jurídica e atende toda população do município de Santa Rosa/RS, principalmente a população idosa, de forma gratuita, a fim de tentar resolver uma questão conflitiva referente à uma relação de consumo.

A Universidade, por intermédio do curso de Direito do *Campus* de Santa Rosa, possui uma parceria com o Procon do Estado do Rio Grande do Sul, denominada “Protocolo de Intenções para Criação do Balcão do Consumidor na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul – *Campus* Santa Rosa”, que teve como intuito principal a criação do Balcão do Consumidor, vinculando-o ao Projeto de Extensão Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas de tratamento e resolução, e ao próprio Escritório Modelo do Curso de Direito da Unijuí – *Campus* de Santa Rosa, a fim de fornecer atendimento, prestar esclarecimentos aos consumidores e envolver os acadêmicos bolsistas do projeto e estagiários do Escritório Modelo na busca de soluções consensuais para os conflitos de consumo.

Tendo em vista que o atendimento ocorre no mesmo espaço físico do Escritório de Práticas Jurídicas do Curso de Direito (também denominado de Escritório Modelo) e que o propósito também é permitir que os acadêmicos estagiários tenham contato com diferentes formas de solução e enfrentamento de conflitos, todos os atendimentos realizados no Balcão do Consumidor são o resultado de uma parceria entre o bolsista

do projeto, a professora responsável e os estagiários do Escritório Modelo matriculados no respectivo turno de atendimento, os quais auxiliam desde o acolhimento da demanda até os encaminhamentos necessários à tentativa de resolução extrajudicial do conflito de consumo.

Em termos procedimentais o atendimento do Balcão do Consumidor consiste inicialmente numa prévia análise do caso relatado para verificar se se trata realmente de uma relação de consumo. Este momento é denominado de triagem. Posteriormente, mediante a confirmação de se tratar de uma relação de consumo é feito um cadastro prévio com os dados pessoais do consumidor e do(s) fornecedor(es) junto ao Sindec (Procon-RS), que consiste num sistema de integração nacional de ações e informações relativas à defesa do consumidor. Após o acolhimento do consumidor e a elaboração do cadastro, o próprio consumidor inicia seu relato de forma bem detalhada, o qual é devidamente registrado pelo bolsista no sistema antes mencionado.

Sendo assim, nos casos em que se verifica a possibilidade de um prévio contato telefônico com o fornecedor, este é realizado buscando resolver da forma mais fácil, rápida e amigável possível a questão suscitada, momento este em que muitas demandas já são solucionadas graças a esta intermediação. No caso de êxito neste contato telefônico, o atendimento é encerrado e fornecido um espelho da ficha de atendimento ao cliente com todas as informações prestadas pelo consumidor e pelo fornecedor, configurando assim o chamado atendimento preliminar.

Caso o atendimento preliminar não possua eficácia, ou não seja o caso de sua realização, uma vez que alguns fornecedores não têm a possibilidade de um contato por telefone ou setor responsável para atendimento ao público, é enviada uma CIP – Carta de Informações Preliminares – ao fornecedor, relatando o que o consumidor informou, inclusive com a síntese das informações prestadas pelo próprio fornecedor no atendimento preliminar, quando for o caso.

A CIP é elaborada com a fundamentação jurídica e legal da pretensão do consumidor, além da solicitação específica para a solução do caso e a apresentação de documentação relativa à relação de consumo, a qual em geral não foi previamente entregue ao consumidor quando da celebração do contrato. A CIP é assinada pela coordenadora do Balcão do Consumidor e pelo próprio consumidor, podendo ser enviada via Correio, mediante Carta Física com AR, ou por e-mail integrado ao Sistema Sindec, nos casos em que o fornecedor possui o convênio para o envio de CIP Eletrônica. Assim, nos casos em que é necessário o envio de CIP, o fornecedor tem o prazo de 10 dias, a contar da data de seu recebimento, para enviar uma resposta e apresentar o seu posicionamento sobre o caso.

Recebida a resposta, o consumidor é convidado a retornar ao Balcão para seu recebimento e devidas explicações e orientações sobre o conteúdo da resposta do fornecedor. Nessa ocasião, dependendo da disponibilidade do fornecedor à composição amigável, poderá ser celebrado acordo ou agendada uma sessão de conciliação entre consumidor e fornecedor, a qual é intermediada pela professora coordenadora do Balcão. No caso da possibilidade da realização desta sessão de conciliação e as partes concordando em participar, é feita uma ata durante a sua realização, relatando tudo que ocorreu na sessão e se resultou ou não em acordo, a qual posteriormente é assinada por todos os presentes e entregue uma cópia para cada participante.

Já, em se tratando de resposta negativa ao acordo ou composição, a CIP é encerrada e o consumidor, quando for o caso, é orientado a procurar atendimento jurídico particular, pela Defensoria Pública ou pelo próprio atendimento do Escritório Modelo nos casos em que o consumidor anteriormente atendido pelo Balcão do Consumidor, mas que não conseguiu resolver sua demanda por lá e necessita ingressar judicialmente. Sendo assim, o atendimento é encerrado sem resolução do caso e baixado com a observação de que o consumidor foi orientado a ingressar judicialmente.

Por fim, existe também a possibilidade de um atendimento apenas de cunho educativo e informacional, que é denominado de Simples Consulta, no qual o consumidor busca o Balcão do Consumidor apenas para esclarecer dúvidas acerca de seus direitos e obrigações. Neste caso, embora se proceda com um registro do atendimento junto ao Sindec, nenhum contato com o fornecedor é realizado.

A Unijuí *Campus* de Santa Rosa, como mencionado anteriormente, também conta com a prática de mediações de conflitos pré-processuais e mediações escolares, práticas de extensão relacionadas ao Projeto Conflitos Sociais e Direitos Humanos.

A mediação familiar começou a ser realizada antes mesmo da formalização do Projeto supracitado, com a iniciativa da professora Francieli Formentini, juntamente com alguns alunos voluntários do curso de Direito junto ao Espaço do Núcleo de Prática Jurídica da Unijuí – *Campus* de Santa Rosa (Escritório-Modelo), por volta do ano de 2012, tendo como principal intuito a efetivação de formas alternativas de resolução de conflitos. O público-alvo inicial era composto de assistidos do próprio Escritório Modelo, os quais eram encaminhados a uma mediação ou conciliação. Mais tarde, especificamente no ano de 2013, com a evolução das práticas alternativas de resolução de conflitos no Escritório Modelo, criou-se o Projeto, a fim de vinculá-lo à extensão universitária e consolidar todas as atividades que já vinham sendo desenvolvidas.

Atualmente as práticas de mediação e conciliação vêm sendo realizadas de modo constante no Núcleo de Prática Jurídica da Unijuí – *Campus* de Santa Rosa – com o auxílio das professoras responsáveis, bem como das bolsistas e estagiários matriculados nos componentes de Estágio Supervisionado. O atendimento ocorre por meio de várias etapas. A triagem consiste numa análise detalhada do caso, verificando se este realmente se encaixa nos critérios de renda para atendimento, se ainda não possui nenhum processo relacionado ao caso, uma vez que são realizadas mediações pré-processuais e por fim, se eles realmente possuem interesse em realizar a mediação e conversarem a respeito do caso, visto que um dos princípios básicos das formas alternativas de resolução de conflitos é a voluntariedade das partes envolvidas. Ainda, nessa oportunidade, é explicado ao mediando, sobre o que é e como funciona a mediação, bem como alguns princípios que servem como base, para que este entenda a mediação e possa de modo consciente e voluntário aderir a sua proposta.

Após a triagem e concordância de ambos os mediados em participar da mediação, é realizada a sessão no dia e horário marcados, com a participação de todas as partes envolvidas, dos bolsistas do Projeto, da professora mediadora e de alguns alunos que estão realizando o Estágio Supervisionado no Núcleo de Prática Jurídica, os quais ocupam a posição de observadores, com o objetivo de lhes proporcionar o contato e conhecimento das formas alternativas de resolução e enfrentamento de conflitos.

A partir de então o mediador irá encaminhar a sessão de mediação, valendo-se da utilização de técnicas adequadas capazes de qualificar o diálogo entre os conflitantes e demonstrar todas as potencialidades criativas do conflito. Caso os mediados componham um entendimento e desejando a redução a termo na forma de um acordo, o documento é elaborado, devidamente assinado pelo técnico do Núcleo de Prática e encaminhado para a homologação judicial, possuindo força de título executivo judicial. Por fim, os acordos realizados e já encaminhados ao poder Judiciário, são acompanhados pelas bolsistas até o trânsito em julgado da decisão de homologação judicial e, posteriormente, havendo necessidade, são levados a promoção dos registros competentes.

No que respeita às Mediações Escolares, estas vêm ocorrendo desde o ano de 2017, após demandas originadas dentro das escolas, as quais buscavam auxílio para lidar e trabalhar de forma positiva com os inúmeros conflitos que surgem em ambiente escolar. Assim, além de várias palestras realizadas em inúmeras escolas da região de Santa Rosa/RS a respeito da possibilidade da mediação escolar e, principalmente, da gestão e enfrentamento do conflito, o projeto tem trabalhado continuamente com a Escola Estadual Timbaúva, que fica no bairro da própria Universidade. O projeto, no decorrer de três anos de atuação, vem sendo desenvolvido em atenção às necessidades do grupo escolar e, sobretudo, no propósito de permitir a inauguração de novos olhares sobre as divergências de interesses que povoam o atual cenário escolar.

A primeira etapa consiste no diagnóstico e identificação da turma a ser trabalhada, uma vez que, a cada ano, uma turma específica é indicada para fazer parte do projeto pelo grupo de professores da escola, bem como pela equipe diretiva. Nesse mesmo momento são elaboradas e formatadas as oficinas gerais a serem trabalhadas durante o decorrer do ano, e uma posterior apresentação do planejamento ao conjunto de professores que ministram aulas para a turma e a toda equipe diretiva da escola. A segunda etapa, por sua vez, compreende a execução do projeto propriamente dito, ou seja, são realizados os encontros, com periodicidade quinzenal, com a turma a ser trabalhada.

No ano de 2017 a execução do projeto deu-se principalmente pela aplicação de círculos de diálogo com a turma, mas sem envolver muito a participação dos professores. Já em 2018 os encontros ocorreram por meio de oficinas e gincanas realizadas na própria escola, as quais foram antecipadamente elaboradas, levando em consideração interesses do grupo de alunos, mas de forma criativa, com o intuito de explicar como funciona a mediação de conflitos e qual o propósito de levar esse projeto ao âmbito escolar. No ano de 2019, o projeto foi realizado de um forma um pouco variada, no sentido de proporcionar à própria escola, professores e alunos, o protagonismo e autonomia em desenvolver atividades de propagação do diálogo e de formas alternativas

de resolver os conflitos escolares. Ou seja, as professoras extensionistas e as alunas bolsistas fornecem todo o aparato técnico para o desenvolvimento das atividades, mas a aplicação ficará a cargo da escola e dos professores, proporcionando assim que todas as turmas e todos os professores sejam envolvidos nas atividades.

4 CONCLUSÃO

A abertura de uma nova janela para o pensamento jurídico, capaz de fazer frente aos conflitos, passa pela recuperação da humanidade no Direito, pelo resgate das subjetividades que foram relegadas em nome da segurança jurídica e de uma troca de lentes em relação às energias antagônicas presentes nos vínculos conflituos, podendo vê-las como oportunidades criativas para encontrar o outro do conflito, invisível no paradigma individualista e egocêntrico (simplificador) da modernidade.

Nesse sentido, a janela que se abre para o novo no pensamento jurídico pressupõe a tomada de consciência acerca das complexidades humanas nas quais os conflitos judicializados ou não estão embebidos, e a necessidade de religar o que a racionalidade moderna separou, formando uma rede de múltiplas dimensões – do homem com o cosmo, com a natureza, com o outro homem e consigo mesmo – ocupada com a experimentação de formas de viver com mais qualidade de vida.

Assim, pode-se concluir que o Sistema Multiportas de Justiça é uma ferramenta que dispõe de várias formas de resolução de conflitos, uma vez que oferece aos envolvidos inúmeras portas, como mediação, conciliação, negociação, justiça restaurativa e, por fim, a demanda tradicional perante o poder Judiciário. Por outro lado é possível observar que a crise que o poder Judiciário sofre atualmente está além dos números, ou seja, não é apenas uma crise quantitativa, mas também qualitativa. O processo judicial (que é o meio tradicional pelo qual ele se manifesta) não consegue mais satisfazer a população por meio de suas sentenças, perdendo assim confiança, legitimidade e não assegurando a garantia da pacificação social aos seus jurisdicionados.

Como já mencionado, o Sistema Multiportas de Justiça consiste na possibilidade de usufruir de várias formas de resolução de conflitos, dando a oportunidade ao indivíduo de escolher o meio mais adequado para resolver sua questão particular, mas jamais privando-o das demais portas.

Desse modo, como forma de compreender mais facilmente a prática de um Sistema Multiportas de Justiça, é possível imaginar um indivíduo que se depara com um conflito e consegue ter à sua disposição vários caminhos para resolvê-lo. Ele poderá buscar diretamente a outra parte, para, sem a interferência de outra pessoa, resolver a questão em conflito. Assim, estará utilizando a porta da Negociação. Ainda, caso infrutífera a primeira tentativa ou desejar de modo imediato, poderá procurar um terceiro, para, dessa forma escolher outros modos de resolução do seu conflito, o qual irá depender da natureza da questão. Poderá desse modo optar pela Mediação, Conciliação ou a própria Justiça Restaurativa. Por fim, caso a pessoa tenha se utilizado de várias formas autocompositivas e não resultar numa resolução ou, se assim desejar, de forma imediata poderá procurar a solução heterocompositiva, na figura do poder Judiciário. Desse modo, lhe serão possíveis várias formas de resolução, jamais o privando de qualquer uma, mas sim lhe oferecendo todas para que opte por aquela que considere mais adequada, ou aquela que resolver seu conflito em questão.

É nesse sentido que o Projeto de Extensão Conflitos Sociais e Direitos Humanos do Curso de Direito da Unijuí, RS, pode apresentar-se como um meio de aplicabilidade do referido sistema, oferecendo aos assistidos do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Regional várias opções de tratamento de conflitos, mediante a valorização do diálogo entre os envolvidos, a gestão de suas diferenças, o afastamento da violência e da cultura da intolerância e da negação do outro, e sobretudo, apostando na importância da análise e compreensão dos limites e das possibilidades dos envolvidos na apresentação de formas de administração de seus conflitos.

Por fim, o projeto que foi tema central da pesquisa pode ser considerado um modelo de Sistema Multiportas de Justiça, uma vez que traz à prática de Mediação, nas mediações escolares e familiares realizadas no Núcleo de Prática Jurídica, no *Campus* de Santa Rosa. Oferece, ainda, a prática de Conciliação e em algumas vezes a própria Negociação, nos Balcões do Consumidor, tanto no *Campus* de Santa Rosa como nos de Ijuí e Três Passos, bem como a prática de Justiça Restaurativa, mediante aplicação mais especificamente do Projeto Cidadania para Todos, que em alguns momentos realiza atividades em parceria com o Projeto Conflitos Sociais e Direitos Humanos. Ainda, por meio dos Estágios Supervisionados, oferece ao assistido dos Núcleos de Prática o acesso à Justiça na modalidade de demanda judicial. Assim os assistidos, ao buscarem os Escritórios Modelos da Unijuí (N. P. J.), deparam-se com várias formas de resolução de seus conflitos, observando-se que,

ao optarem por uma e esta não surtir o efeito desejado, podem buscar pelas outras sem nenhuma limitação, usufruindo de um modelo de Justiça adequado e garantidor de respostas satisfatórias aos conflitos inerentes a vida em sociedade.

5 REFERÊNCIAS

- A PAZ QUE NASCE DE UMA NOVA JUSTIÇA. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/doc/A_Paz_que_Nasce_de_uma_Nova_Justica.pdf. Acesso em: 25 jun. 2019.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 1. ed. Trad. Carmen C. Varriale et al. Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. 674p. Vol. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. 168p.
- GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. São Paulo: USP, 2011. 273p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP, Direito Processual, São Paulo, 2011.
- GHISLENI, Ana Carolina. *O descrédito na jurisdição e a mediação enquanto política pública eficaz no tratamento dos conflitos conforme a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. 117 p.
- GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A Justiça Consensual do Tribunal Múltiplas Portas e a Política Pública Norte-Americana de Tratamento de Conflitos: contribuições ao modelo brasileiro. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, n. 20, p. 84-111, 2017.
- GOLART, Eduarda Aparecida Santos; MAIER, Jackeline Prestes. *Justiça restaurativa e violência contra a mulher: uma nova perspectiva de solução eficaz*. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14687>. Acesso em: 25 jun. 2019.
- GUERRERO, Luis Fernando. *Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios*. 2012. 255p. Tese (Doutorado) – USP, Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC, São Paulo, 2012.
- MARZINETTI, Miguel. *Justiça multiportas e o paradoxo do acesso à justiça no Brasil: da falência do Poder Judiciário aos métodos integrados de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 160p.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. Alternativas à Jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 256p.
- PAULA, João Antônio de. A extensão universitária: história, conceito e propostas. In: *Interfaces – Revista de Extensão da UFMG*, Belo Horizonte: v. 1, n. 1, p. 5-23, jul./nov. 2013.
- POLÍTICA E DIRETRIZES DE EXTENSÃO DA UNIJUÍ. In: *Coleção Cadernos da Gestão Universitária 50*. Ijuí: Editora Unijuí, 2013. 52p.
- PROJETO DE EXTENSÃO CIDADANIA PARA TODOS. Unijuí – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Coordenação: Ester Eliana Hauser; Vigência: 2018/2019. Ijuí, 2018.
- PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS: Alternativas Adequadas de Tratamento e Resolução. Unijuí – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Coordenação: Fabiana Fachinetto; Vigência: 2018/2019. Ijuí, 2019a.
- PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS: Alternativas Adequadas de Tratamento e Resolução. Unijuí – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Coordenação: Fabiana Fachinetto; Vigência: 2015/2018. Ijuí, 2019b.
- PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS: Alternativas Adequadas de Tratamento e Resolução. Unijuí – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Coordenação: Fabiana Fachinetto; Vigência: 2014. Ijuí, 2019c.
- PROJETO DE EXTENSÃO CONFLITOS SOCIAIS E DIREITOS HUMANOS: ALTERNATIVAS ADEQUADAS DE TRATAMENTO E RESOLUÇÃO. Unijuí – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; DCJS – Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais. Coordenação: Fabiana Fachinetto; Vigência: 2013. Ijuí, 2019d.
- ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância? In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Conflito, jurisdição e direitos humanos: (des)apontamentos sobre um novo cenário social*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. 276p.

CAMBRIDGE ANALYTICA: Escândalo, Legado e Possíveis Futuros para a Democracia

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.182-195>

Recebido em: 29/12/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 26/4/2020

Mateus de Oliveira Fornasier

Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos, Brasil) (2013), com Pós-Doutorado pela University of Westminster (Reino Unido) (2018-2019). É professor/pesquisador da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijui) no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado e Doutorado) em Direito. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Sociologia Jurídica e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: regulação da tecnologia, inteligência artificial e Direito, filosofia da tecnologia, democracia eletrônica e cidadania digital. <http://lattes.cnpq.br/3316861562386174>. <https://orcid.org/0000-0002-1617-4270>. mateus.fornasier@unijui.edu.br

Cesar Beck

Graduação em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (2010). Tem experiência na área de Direito, com Pós-Graduação (Lato Sensu) em Direito Constitucional pela Universidade Candido Mendes. Especialização em diversos cursos em Propriedade Intelectual, como o CopyrightX (Parceria ITS Rio-Harvard, 2014), Entendendo Bitcoin na Prática (ITS Rio, 2015) e Direito e Entretenimento (Uerj, 2015). <http://lattes.cnpq.br/6488052912983557>. <http://orcid.org/0000-0002-8625-6503>. cesar.rutowsch@gmail.com

RESUMO

O texto traz um referencial acerca do caso da empresa Cambridge Analytica (CA). Foram demonstradas, ao longo do artigo, as causas que levaram ao escândalo ocorrido, o legado deixado a partir disso e as possibilidades de futuro para a referida empresa. São mencionados, ainda, os pontos que levaram a CA a cometer erros que custaram sua reputação. O artigo aborda também que o ocorrido com a empresa poderá acontecer com diversos outros setores, necessitando, portanto, de ações preventivas capazes de trabalhar e modificar pontos falhos. O texto é finalizado a partir da observação acerca da Fake News – tema amplamente mencionado no passado-recente e sobre a Deep Fake – tema do futuro-imediato. A importância do conhecimento acerca desses termos próximos das eleições a serem realizadas no ano de 2020, identifica que o eleitor brasileiro ainda precisa compreender melhor a questão da escolha consciente, a fim de promover a boa manutenção do Estado Democrático de Direito, sendo essas questões um aprendizado ensinado a partir da análise do exemplo do escândalo da CA. O estudo é feito por meio de uma pesquisa de natureza descritiva, com método hipotético-dedutivo, sendo um estudo de caso de abordagem qualitativa e transdisciplinar, com técnica bibliográfico-documental.

Palavras-chave: *Cambridge Analytica*. Escândalo. Reputação. Análise comportamental eleitoral.

CAMBRIDGE ANALYTICA: SCANDAL, LEGACY AND POSSIBLE FUTURES FOR DEMOCRACY

ABSTRACT

The text brings a reference about the case of Cambridge Analytica (CA). It was demonstrated throughout the article, the causes that led to the scandal occurred, the legacy left from that and the future possibilities for that company. Also mentioned are the points that led CA to make mistakes that cost her reputation. The article also discusses that what happened with the company could happen to several other sectors, thus requiring preventive actions capable of working and modifying failures. The text concludes from the remark about Fake News – a theme widely mentioned in the recent past and Deep Fake – an immediate future theme. The importance of knowledge about these terms near the elections to be held in 2020 identifies that the Brazilian voter still needs to better understand the issue of conscious choice in order to promote the proper maintenance of the Democratic Rule of Law from the analysis of the CA scandal example. The study is made through a descriptive research, with hypothetical-deductive procedure method, being a case study with a qualitative and transdisciplinary approach, with bibliographic-documentary technique.

Keywords: Cambridge Analytica. Scandal. Reputation. Electoral behavior analysis.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Da investigação jornalística ao escândalo da Cambridge Analytica. 3 Da obscuridade ao conhecimento da práxis da CA. 4 Do legado deixado pela Cambridge Analytica. 5 Identificação de novos problemas virais: nem todo problema possui um antídoto – algumas medidas paliativas já auxiliam na mitigação de eventuais danos. 6 Considerações finais. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O que o problema filosófico do *Mito da Caverna* tem em comum com o escândalo da *Cambridge Analytica* (CA)? De que forma a *Alegoria da Caverna* de Platão auxilia a entender a *práxis* de uma empresa focada em tecnologias de análise comportamental? Não existe necessidade para pânico acadêmico – para aqueles que ainda não leram a *Alegoria da Caverna*. É também conhecida como a *Alegoria dos Prisioneiros* – posto que aqui apenas será explorado o viés em que o conhecimento liberta os *prisioneiros de sombras* e obscuridades. Somente a transparência dos fatos, da forma que a empresa agia, o que e como isso influencia vidas (no cotidiano), permite blindar o direito à privacidade e criar novos mecanismos de resiliência na democracia. Para Sócrates, segundo Platão:

SÓCRATES – Agora imagina a maneira como segue o estado da nossa natureza relativamente à instrução e à ignorância. Imagina homens numa morada subterrânea, em forma de caverna, com uma entrada aberta à luz; esses homens estão aí desde a infância, de pernas e pescoço acorrentados, de modo que não podem mexer-se nem ver senão o que está diante deles, pois as correntes os impedem de voltar à cabeça; a luz chega-lhes de uma fogueira acesa numa colina que se ergue por detrás deles; entre o fogo e os prisioneiros passa uma estrada ascendente. Imagina que ao longo dessa estrada está construído um pequeno muro, semelhante às divisórias que os apresentadores de títeres armam diante de si e por cima das quais exibem as suas maravilhas. [...] Sócrates – E se a parede do fundo da prisão provocasse eco, sempre que um dos transportadores falasse, não julgariam ouvir a sombra que passasse diante deles? Glauco – Sim, por Zeus! Sócrates – Dessa forma, tais homens não atribuirão realidade senão às sombras dos objetos fabricados. Glauco – Assim terá de ser. Sócrates – Considera agora o que lhes acontecerá, naturalmente, se forem libertados das suas cadeias e curadas da sua ignorância. Que se liberte um desses prisioneiros, que seja ele obrigado a endireitar-se imediatamente, a voltar o pescoço, a caminhar, a erguer os olhos para a luz: ao fazer todos estes movimentos sofrerá, e o deslumbramento impedi-lo-á de distinguir os objetos de que antes via as sombras. Que achas que responderá se alguém lhe vier dizer que não viu até então senão fantasmas, mas que agora, mais perto da realidade e voltado para objetos mais reais, vê com mais justeza? Se, enfim, mostrando-lhe cada uma das coisas que passam o obrigar, à força de perguntas, a dizer o que é?¹

Diante desse cenário de desinformação, tem-se que o problema de pesquisa deste artigo pode ser apresentado na forma do seguinte questionamento: Qual o legado da ocultação, da parte da CA, da coleta e do tratamento de dados pessoais e sensíveis que realizou em relação a milhões de eleitores no âmbito de importantes eventos democráticos – tais como o Referendum do Brexit de 2015 e as Eleições Presidenciais Americanas de 2016? Como hipótese, tem-se que, após entender seu *modus operandi*, pode-se observar o seu legado de corrupção de princípios fundamentais ao Estado Democrático de Direito: a privacidade/intimidade dos cidadãos (por meio da coleta de dados sensíveis sem permissão dos seus titulares, bem como pela difusão de Fake News) e a transparência em relação aos processos democráticos (mediante o Data Scrapping, principalmente). Ao observar a atuação de novos atores, o questionamento ao final do artigo encaminha-se em direção a quando uma empresa como a CA emergir: como a sociedade civil organizada e o Estado Democrático de Direito, ambos mais bem capacitados, responderão? Espera-se que de forma mais eficiente.

O artigo foi dividido em quatro seções. Na primeira delas buscou-se fazer um relato histórico acerca da descoberta do escândalo – que se revelou a partir de uma experiência importante de jornalismo investigativo. Já, na segunda, são detalhados os procedimentos ilícitos utilizados pela CA para a consecução de suas atividades. Na terceira parte são apontadas as principais lições que esse escândalo deixa para a existência do Estado Democrático de Direito. Por fim, a quarta seção se ocupa de mais algumas outras ameaças virtuais à democracia, análogas à ocorrida no âmbito da CA.

Metodologicamente, trata-se de pesquisa de natureza descritiva, com método de procedimento hipotético-dedutivo, um estudo de caso de abordagem qualitativa e transdisciplinar (tratado, principalmente, a partir de conceituações de Filosofia Política, Direito e Comunicação Social) e técnica de pesquisa bibliográfico-documental.

¹ PLATÃO. *A República*: Livro VII: 514a–541b. E-book (p. 296-298). Disponível em: https://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2017/07/Platao_A_Republica.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

2 DA INVESTIGAÇÃO JORNALÍSTICA AO ESCÂNDALO DA CAMBRIDGE ANALYTICA

O dia 17 de março de 2018 era para ser apenas mais um dia comum para os funcionários da CA, empresa fundada em 2013 como uma subsidiária do *SCL Group*² (uma empresa criada em 1990 com foco em mineração e tratamento de dados) e que em 1º de maio de 2018 solicitou em juízo a decretação de falência. As duas instituições já estavam acostumadas com alguns artigos que mostravam que a CA agia fora da lei, pois esta: (i) mantinha uma política contínua de coleta ilícita de dados pessoais; (ii) parte dos funcionários categorizam indivíduos, eleitores, usando seu próprio *software O.C.E.A.N.*; (iii) outros funcionários de grau sênior destinavam a maior parte dos recursos da CA para eleitores indecisos que poderiam, por exemplo, mudar de opinião entre votar a favor do Partido Republicano ou do Partido Democrata. A CA rotulou esses perfis de usuários como *the persuadables* (os persuadíveis). A empresa também fazia uso da rede social Facebook com a prática de *ataques-focais (microtargeting)*,³ em inglês) de seus usuários, muitas vezes utilizando-se – de forma intencional – de notícias falsas (Fake News) para manipular tendências políticas de eleitores, resultando em uma *ruptura* da democracia e gerando, de forma deliberada, uma sociedade polarizada.

Essa prática – em sentido amplo – foi denunciada primeiramente pelo jornalista Harry Davies, em 11 de dezembro de 2015,⁴ à época um jornalista de tempo integral para o jornal inglês *The Guardian*. Davies noticiou que a CA tinha coletado milhões de dados pessoais dos usuários da rede social Facebook de forma ilícita, isto é, sem o prévio consentimento (ou sequer a ciência) dos usuários. Essa prática havia sido encomendada para a então campanha presidencial estadunidense de 2016 do senador Ted Cruz.

Em dezembro de 2016, os jornalistas Hannes Grasseger e Mikael Krogerus, do periódico suíço *Das Magazin*, deram continuidade ao trabalho investigativo. Suas pesquisas foram traduzidas e republicadas pela Revista *Vice* em 30 de Janeiro de 2017.⁵ O *The Guardian* continuou a investigação jornalística desde fevereiro de 2017, com a renomada jornalista Carole Cadwalladr, assim como o jornal independente *on-line The Intercept*, desde março do mesmo ano. No dia 7 de maio de 2017, Cadwalladr redigiu para o *The Observer*, em conjunto ao *The Guardian*, um artigo com título provocativo: *The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked*,⁶ usando como principal meio de acesso às informações uma fonte, então, anônima. O artigo à época foi viral, alcançando mais de 63 mil compartilhamentos.

A CA, sentindo-se ameaçada na época, foi à ofensiva: ajuizou ações de responsabilidade civil e criminal por difamação ante os dois jornais e a jornalista, como tentativa de silenciar as investigações. Mesmo sob o temor de que todo o processo de investigação-jornalística fosse expurgado do mundo, Cadwalladr enfrentou a CA ao – de forma incansável – buscar o maior apoio na comunidade jornalística mundial possível ao seu alcance. Seu esforço logrou sucesso: tanto o canal britânico de TV aberta *Channel 4 News* quanto o jornal

² *SCL Group*. In: *Wikipédia*: a enciclopédia livre. Disponível em: https://en.m.wikipedia.org/wiki/SCL_Group. Acesso em: 28 nov. 2019.

³ Para Jonathan Heawood (2018, p. 430-431), a prática de *microtargeting* (ataques focais) tornou-se possível por que foram os próprios usuários de mídias ou redes sociais que deram, de forma voluntária, a essas plataformas, uma quantidade colossal de informações pessoais. Essas empresas do novo ramo da economia de mídias ou redes sociais utilizam dados pessoais vendendo às empresas do ramo publicitário por meio de táticas de marketing eficientes, sem excluir publicitários políticos. Segundo o autor, empresas de novas mídias acompanham seus consumidores pela internet, não apenas mediante seus hábitos de compras, mas também pelas suas preferências políticas e prazeres sexuais. Assim, constroem perfis individuais altamente sofisticados a partir de centenas ou milhares de referências de dados. Plataformas de mídia social nunca poderiam ser desenhadas de forma mais maravilhosa do que para esse propósito. Tais empresas sequer necessitam pagar pela participação de cada consumidor em grupos focais, pois vasta quantidade de dados é a elas dada assim – quantidade esta que, então, é vendida a publicitários (inclusive políticos). A publicidade em mídias sociais pode atingir públicos em um nível granular: enquanto uma novela talvez possa atingir um público de cinco milhões, uma campanha publicitária na mídia social tem o potencial de atingir um público dez vezes maior. O *microtargeting* não é um efeito colateral da nova economia das mídias sociais, mas, sim, o piloto dessa economia. É por essa razão que dados pessoais são geralmente referidos como o “petróleo” da nova economia de mídias.

⁴ DAVIES, Harry. *Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users*. Londres: The Guardian, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data>. Acesso em: 28 nov. 2019.

⁵ GRASSEGER, Hannes; KROGERUS, Mikael. *The Data That Turned the World Upside Down*. Nova Iorque: Vice, 2017. Disponível em: https://www.vice.com/en_us/article/4x4x8n/the-data-that-turned-the-world-upside-down. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁶ CADWALLADR, Carole. *The great British Brexit robbery: how our democracy was hijacked*. Londres: The Guardian; The Observer, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexite-robbery-hijacked-democracy>. Acesso em: 30 nov. 2019.

americano renomado *The New York Times*, comprometeram-se com o *animus narrandi* inato à função de todo jornalista profissional e ao cumprimento do juramento de buscar a verdade dos fatos: continuaram a colaborar com Cadwalladr.

De volta à data, é 17 de março de 2018: o dia que selou o destino da CA para sempre. Nesse dia, três grandes organizações de periódicos e jornais do mundo – *The Observer*, *The Guardian* e *The New York Times* – publicaram em conjunto, simultaneamente, o artigo intitulado *How Trump Consultants Exploited the Facebook Data of Millions* (“Como os consultores de Trump exploraram os dados do Facebook de milhões”). O artigo somente foi viável após muito convencimento, por parte de Carole Cadwalladr, de demonstrar o caminho certo, ético e democrático – apesar de ter um enorme custo pessoal – de sua fonte anônima publicamente denunciar a CA de (i) suas práticas de mineração de dados (*Data Mining*) e tratamento de dados (interpreta-se aqui como a prática de *Data Scraping*)⁷ e (ii) interferir de forma eficiente nos resultados de processos democráticos.⁸

Um ex-funcionário da CA (desligado em 2014 na época em que a CA ainda atuava sob o nome de *SCL Elections*), jovem de 28 anos, de origem canadense, de aparência *hipster*, acendeu a faísca da curiosidade da comunidade científica, jornalística e de usuários de redes sociais em escala mundial – seu nome é Christopher Wylie –, tornando-se o primeiro *whistleblower* (denunciante com fartas provas sobre as acusações feitas e evidências propositalmente divulgadas) do caso da CA.

Ocorre que, logo antes de sua demissão da SCL/CA, Wylie levou de forma discreta e cuidadosa cerca 84 milhões de dados pessoais e centenas de arquivos confidenciais da CA. Desde sua demissão, aparentemente a CA não tinha conhecimento que seu funcionário – ora autointitulado *Diretor de Dados* (da SCL/CA) ou *Cientista de Dados*, ora definido pela CA apenas como mais um *funcionário*⁹ – tinha levado consigo uma volumosa quantidade de dados de seus servidores.

A ironia está no fato de que, durante todo o período de três anos após a demissão de Wylie, a CA vangloriava seu êxito nas campanhas pelo *Brexit* no Reino Unido e pela vitória do candidato Donald Trump à presidência dos EUA,¹⁰ na Campanha pelo Partido Republicano de 2016. Uma corporação de tecnologia que coleta e também faz tratamento de dados de forma profissional e séria, deveria ter adoto medidas e contingências de segurança que assegurariam possíveis vazamentos de informações. Esse, contudo, não foi um caso

⁷ *Data scraping* é um processo que utiliza a transferência de dados entre programas e aplicativos com dados estruturados entre computadores e também para usuários no end-point (ponto de acesso terminal para o usuário), gerando diversos tipos de resultados correlacionados, podendo servir para diversas aplicações – sejam elas acadêmicas, sejam para o mundo prático. Utiliza-se uma ou a combinação de três variantes técnicas como: (i) *screen scrapping* (raspagem de dados visuais diretamente de um terminal), (ii) *Web Scraping* (ou raspagem de dados da web usando como fonte primária de informações dados em linguagem HTML e XHTML mas não exclusivamente), que objetivam servir como uma interface ou protocolo de comunicação entre programas de computador para simplificar a criar programas – ou ferramenta – para coletar dados de página da web; e (iii) *Report Mining* (mineração de relatórios), que tem como finalidade a coleta de dados de arquivos prontos para usuário-final, coletando dados desde HTML e XHTML, até textos e arquivos com extensão “.pdf”, com a ajuda de uma A.P.I. Um exemplo atual da combinação de técnicas de *Data Scraping* está no artigo de Kyle Vanhemert, *This Simple Data-Scraping Tool Could Change How Apps Are Made* (2014).

⁸ BERGHEL, Hal. *Malice Domestic – the Cambridge Analytica Dystopia*. Nevada: University of Nevada, 2018. O autor aponta o escândalo de *Cambridge Analytica*, enquanto um ataque à de Democracia dos EUA, como um episódio já conhecido pelos americanos. Em seu artigo, o autor mostra que é normal que ocorram certas irregularidades no processo de eleição americana, e expõe a novidade na utilização de *microtargeting* pela CA por meio das redes sociais.

⁹ Em entrevista para o documentário *The Great Hack* (“Privacidade Hackeada”, 2019) o ex-CFO e COO interino da CA, Julian Wheatland, relatou que Chris Wylie falou com grande autoridade sobre o que ocorreu dentro da Cambridge Analytica e SCL durante 2015 e 2016, em uma época em que ele nunca esteve lá. Ele trabalhou para a empresa por nove meses, saindo em 2014. Ele, então, direcionou-se e fez uma proposta à campanha de Trump e perdeu. Chris Wylie teve como objetivo matar a empresa.

¹⁰ A Cambridge Analytica foi inicialmente contratada para auxiliar no êxito da Campanha Eleitoral à Presidência dos E.U.A. pelo candidato Ted Cruz. Acredita-se que a família Mercer, com 80% de controle da *Cambridge Analytica*, tenha convencido Ted Cruz a renunciar sua candidatura. Em seu lugar, a CA deveria fornecer toda ajuda possível ao candidato que ora estava a favor do Partido Republicano, e anunciava que ele iria nomear candidato independente: Donald Trump. A família Mercer fez grande doação à campanha de Donald Trump nos E.U.A. Logo, é possível inferir a *influência política* da família Mercer não apenas dentro da CA, mas no processo democrático americano, tendo como prova contundente o *Projeto Alamo*.

isolado com a CA. Essa não seria a única vez em que dados pessoais foram vazados¹¹ da empresa. Brittany Kaiser, analista de dados sênior da CA, também resolveu aderir à postura adotada por Wylie e se apresentou, de forma voluntária, para depor no Reino Unido contra a CA.

Vale notar, entretanto, que é perceptível que a perspectiva da CA era outra. A empresa, que já tinha logrado sucesso em campanhas na África do Sul (campanha presidencial) e no Reino Unido (referendo acerca do *Brexit*), continuava a demonstrar um comportamento segundo o qual parecia entender que, apesar de todos os vazamentos e depoimentos contra a ela, tudo seria contornável. Um exemplo de evidência sobre o clima da CA ocorreu quando a empresa de tecnologia prestou um comunicado oficial à imprensa, feito por Alexander James Ashburner Nix, ou Alexander Nix (C.E.O. da CA), na vitória da campanha eleitoral americana de Donald Trump, em 2016: “*We are thrilled that our revolutionary approach to data-driven communication has played such an integral part in President-elect Trump’s extraordinary win*”.¹²

Não se sabe ao certo se a CA realmente sabia que seu fim estava próximo ou se a empresa estava desiludida. Até as audiências públicas referentes ao vazamento de dados da CA começarem, o próprio ex-CFO Julian Wheatland alegava que não apenas ele acreditava, mas os demais diretores da CA também especulavam que a empresa, então avaliada em milhões, iria saltar para bilhões.

A família americana Mercer, conhecida por ter sido a maior doadora à campanha de Donald Trump, também possuía 80% do controle acionário sobre a CA. Muitos atores poderosos apostaram alto no sucesso ímpar da empresa. Com as audiências públicas, no entanto, realizadas tanto no Reino Unido quanto pelo Facebook perante o Senado dos EUA e os depoimentos de Christopher Wylie – com maior relevância – e de Brittany Kaiser, tornou-se claro o início do fim da CA.

3 DA OBSCURIDADE AO CONHECIMENTO DA PRÁXIS DA CA

Assim como no Mito da Caverna, é fundamental libertar-se e se forçar o olhar para o fogo do conhecimento. O conhecimento adquirido, mediante investigação jornalística previamente esclarecida apenas, dá uma perspectiva da nova realidade. Logo, também é necessário conhecer e entender o *modus operandi*, isto é, o modo em que a SCL/CA operava.

A carreira dos cientistas de dados não é fácil, pois: (i) analisam um enorme volume de informações pessoais (análise de *big data*), (ii) categorizados por indicadores (praticam *data mining* e *data scraping*) e (iii) tentam prever tendências das ações de indivíduos ou grupos (*microtargeting*). Logo, são tarefas a partir de medidas desumanas, pois o objeto de estudos sempre é feito com pesquisa comportamental de indivíduos, e valem muito mais que dados pessoais, metadados e outras métricas calculadas. Logo, também afirma-se que indivíduos reunidos em um banco de dados valem mais *naquele* banco de dados – por maior e mais complexo que seja – em que possam ser rotulados.

¹¹ Os dados dos usuários da rede social Facebook foram primeiramente obtidos pelo aplicativo *itsyourdigitallive*, desenvolvido sob a supervisão do doutor Aleksandr Kogan. Posteriormente, o software *O.C.E.A.N.* foi desenvolvido dentro da CA. Nenhum dado, *metadado* e/ou informação foi disponibilizado pela SCL/CA. Neste artigo, ao ler *vazamento de dados*, assim como nos demais artigos acadêmicos e jornalísticos, trata-se essencialmente da forma antiética e imoral de obtenção desses dados pela SCL/CA. Basta pensar que, caso alguém da SCL/CA publicasse na web todos os dados que conseguisse obter, não somente estaria cometendo crime em diversas jurisdições ao mesmo tempo no mundo, mas também estaria esvaziando o *fundo de comércio*, a *commodity* que a SCL/CA possuía. Em outras palavras, nunca esteve nos planos da SCL/CA divulgar as informações e de que modo foram coletadas, armazenadas e tratadas. Somente as comissões no Reino Unido tiveram acesso – de forma parcial – até que a SCL/CA decretasse falência e todos os arquivos fossem objeto protegido por sigilo de justiça no Reino Unido. Já nos E.U.A., o *Facebook* foi réu de ter colaborado de forma ativa com a SCL/CA durante a campanha presidencial americana de 2016. O fundador e CEO do *Facebook*, Mark Zuckerberg, teve de prestar depoimento ao Senado. Em 2018 novamente o *Facebook* não vazou ao público dados pessoais de nenhum usuário.

¹² Cambridge Analytica. *Cambridge Analytica Congratulates President-elect Donald Trump and Vice President-elect Mike Pence*. Nova Iorque: PR NewsWire, nov. 2016. Disponível em: <https://www.prnewswire.com/news-releases/cambridge-analytica-congratulates-president-elect-donald-trump-and-vice-president-elect-mike-pence-300359987.html>. Acesso em: 3 Dec. 2019. Tradução livre: “Nós estamos empolgados com a nossa abordagem revolucionária com a comunicação dirigida-por-dados em como esta tem atuado como elemento integral para a extraordinária vitória do Presidente-Eleito Trump”.

Para esses analistas de dados, entretanto, é possível, a partir de um número grande de indicadores, saber, a título ilustrativo, do que alguém gosta de comprar *on-line*, como alguém se veste, em quem votou nas eleições passadas (dentre vários outros tópicos comportamentais) e, logo, concluir, em tendências precisas, em quem a pessoa votará nas próximas eleições de 2020 muito antes de os candidatos realizarem publicamente suas respectivas campanhas.

Isso acontece como o caso do *API*, chamado *thisisyourdigitallife*¹³ pela *CA*, por meio de coleta de dados de forma imoral e dando um tratamento aos dados pessoais para fins privados. Eles, porém, não conseguiriam agir de forma eficiente, pois apenas o *API fora* previamente descrito, mas existiram também outros fatos.

Usuários de redes sociais muitas vezes clicam na opção “eu aceito os termos e condições”¹⁴ deste aplicativo, quanto à Política de Privacidade, sem o conhecimento de que os termos e condições podem ser alterados, permitindo – em tese – que as empresas utilizem tais dados para quaisquer finalidades: inclusive a manipulação de processo democrático. Uma empresa – por cerca de 20 anos *sem fins lucrativos* – foi capaz, nas eleições americanas para a presidência, em 2016, de obter 1.500 pontos de referência por indivíduo para uma população um pouco maior – à época – de 300 milhões de cidadãos. Isto é, 450 bilhões de pontos de referência, em tese.

A Cambridge Analytica entrou em juízo no Reino Unido em primeiro de maio de 2018, decretando falência, e todos os arquivos da empresa permanecem até hoje sob investigação e sigilo judicial. Apesar de não ser possível o acesso aos arquivos da empresa, sua forma de atuação foi bem detalhada e descrita por Kaiser.

O *modus operandi* da *CA* era dividido em três frentes de ataque: o primeiro era responsável pela coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais no Facebook, incluindo, a título meramente exemplificativo, fotos pessoais, *posts insignificantes* do cotidiano, lista de amigos, lista de pessoas bloqueadas, grupos que as pessoas ingressaram e grupos que participam ativamente.

Essa tarefa de análise ou tratamento de um colossal banco de dados (*big data*) e sua categorização era realizada utilizando um software proprietário da *CA* chamado O.C.E.A.N.¹⁵ Um indivíduo, por intermédio de uma pesquisa dentro do Facebook, não apenas respondia questões como “Eu estou sempre preparado” ou “Eu geralmente me sinto cabisbaixo”, em uma gradação que varia entre inexato, neutro e exato. O resultado final indicava que tipo de comportamento você possui diante de diferentes cenários e hipóteses.

¹³ Em 2013, mesmo ano de criação da Cambridge Analytica, o professor de Psicologia da renomada Universidade de Cambridge, doutor Aleksandr Kogan (ora também conhecido como doutor Spectre), foi contatado à época por Christopher Wylie (a serviços da *SCL/CA*). O pedido de Wylie era que o professor trabalhasse em um aplicativo, posteriormente conhecido como *thisisyourdigitallife*. De acordo com o sociólogo e analista de privacidade Kozłowska: *This app, offered on Facebook, provided users with a personality quiz. After a Facebook user downloads the app, it would start collecting that person's personal information such as profile information and Facebook activity (e.g., what content was "liked"). Around 300,000 people downloaded the app. But the data collection didn't stop there. Because the app also collected information about those users' friends, who had their privacy settings set to allow it, the app collected data from about 87 million people. (Este app oferecido dentro do Facebook dá aos usuários um teste de personalidade. Depois que um usuário do Facebook faça o download do app, [o aplicativo] começa a coletar informações pessoais daquele indivíduo como informações de seu perfil assim como sua atividade no Facebook (por exemplo, quais conteúdos eram "admirados" [liked, em inglês]). Cerca de 300 mil pessoas fizeram o download do aplicativo. A coleta de dados, contudo, não terminou aí. O aplicativo também coletou informações sobre os amigos desses usuários, aqueles que tinham os ajustes de privacidade para permitir essa prática; o app coletou dados de cerca de 87 milhões de pessoas).* KOZŁOWSKA, Iga. *Facebook and Data Privacy in the Age of Cambridge Analytica*. Seattle: Henry M. Jackson School of International Studies, College of Arts and Sciences, University of Washington, 2019 (2 p., tradução livre).

¹⁴ Em 2010, a empresa desenvolvedora de jogos para computador e videogames *Blizzard* (por meio da *GameStation* no Reino Unido) adicionou ao EULA (*End User License Agreement* ou *Licença de Uso para o Usuário Final*) uma forma de *Termos e Condições* para jogar um jogo: usuários que clicavam sem ler as cláusulas do contrato não sabiam que, ao aceitar os termos e condições, estariam vendendo a alma deles para a empresa. Sete mil e quinhentas almas foram comercializadas naquela época. A empresa fez isso como uma provocação ao fato de que praticamente ninguém lê os termos e condições de aplicativos e programas, inclusive jogos. Para maiores informações: BROWNLEE, John. *GameStation EULA collects 7,500 souls from unsuspecting customers*. San Francisco: Geek.com, 2010. Disponível em: <https://www.geek.com/games/gamestation-eula-collects-7500-souls-from-unsuspecting-customers-1194091/>. Acesso em: 5 dez. 2019.

¹⁵ O.C.E.A.N. é um software na forma de *A.P.I.* que serviu como um teste de personalidade ou teste comportamental, e significa *Openness* (ou *Abertura*: o quão aberto um indivíduo está para novas ideias e experiências), *Conscientiousness* (ou *Consciência*: o quão objetivo, possuidor de metas, persistente e organizado um indivíduo é), *Extraversion* (ou *Extrovertimento*: o quão um indivíduo é enérgico e extrovertido com o mundo ao seu redor), *Agreeableness* (Ou *Concordância*: o quão um indivíduo coloca os interesses e necessidades de outros à frente dos seus) e *Neuroticism* (ou *Neuroticismo*: o quão sensível um indivíduo é ante a *gatilhos* emocionalmente negativos, assim como perante o *stress*). Além do O.C.E.A.N., outros dois testes comportamentais muito similares foram inseridos com interesses privados à *CA*, também conhecidos como *The Big Five Assessment Test* e o *The Five Factor Survey*.

Ao clicar em fazer o teste pelo Facebook, contudo, quase a totalidade dos usuários (aqueles que não leram os termos e condições da pesquisa e a política de privacidade do aplicativo) dava acesso à CA para coletar os seus dados pessoais – a título exemplificativo: idade, cor, religião, altura, região onde o indivíduo reside e trabalha, sua geolocalização, por onde você costuma caminhar, seu passo de caminhada, acesso a todas as suas postagens, fotos e arquivos que foram colocados nessa rede social.

A violação ao Direito de Privacidade não parava aqui: vale ressaltar que – sem o consentimento e conhecimento – todos os amigos daquele indivíduo que fez o teste de personalidade *O.C.E.A.N.* também tinham todos os seus dados coletados. Por meio dessa *falha* de design na rede social *Facebook*, milhões de seus usuários ficaram às margens da proteção de sua privacidade. Foi dessa forma que a CA *hackeou* o *Facebook* ao coletar não apenas todos os dados pessoais supradescritos, mas de seus amigos e conhecidos também. Ademais, a CA não somente obteve um *retrato* do perfil coletado de cada usuário do *Facebook*, mas obteve um *filme em tempo real* – uma vez que a coleta de dados era contínua, e, isto posto, apenas bastava fazer o teste de personalidade uma vez –, desenvolvendo, de modo prospectivo, diversas tendências de todos os usuários.

De forma *orgulhosa*, a CA alegava, em um determinado momento – após o senador Ted Cruz renunciar à campanha presidencial americana de 2016 e o *Projeto Alamo*¹⁶ estar em pleno funcionamento –, ter acesso à quase totalidade dos eleitores americanos. Essas equipes de analistas de dados possuíam uma tarefa menos difícil dentro da empresa: apenas gerar relatórios úteis e em tempo real ao seu principal cliente – a família Mercer – interessada em que Donald Trump ganhasse as eleições americanas de 2016. A empresa utilizou roteiros de programação (*scripts*) como *filtros* de pesquisa demográfica, realizando *ataques-focais (microtargeting)*¹⁷ com muita precisão e eficiência. Também fizeram uso de tecnologia de Inteligência Artificial – mesmo que ainda em estágios rudimentares de *aprendizado artificial-mecânico (machine learning)* –, com a tarefa de segregar e polarizar artificialmente determinados grupos da sociedade americana em um processo muito mais célere.

Um segundo grupo era responsável – no curso das eleições americanas de 2016 – por uma tarefa mais complexa. Funcionários *Sênior* da empresa – como é o caso de Brittany Kaiser – tinham de minerar as informações (*data mining*) desse enorme banco de dados e, por este processo, buscar em Estados da Confederação Americana os *votos indecisos* (votos que poderiam ir tanto para o lado Conservador quanto para o lado Democrata).

Alguns Estados do EUA – mais precisamente Califórnia, Florida e Nova Iorque – são notoriamente conhecidos, em época de eleição, como Estados *coringa*. Em outras palavras, são Estados que possuem quase a mesma quantidade de eleitores dispostos a votar tanto para a direita Conservadora quanto para a esquerda¹⁸ democrata, e uma quantidade significativa de eleitores definidos por funcionárias sênior, como Kaiser, de *the persuadables* ou *os persuasíveis*. Kaiser tinha como uma de suas principais funções a criação de *ataques-fo-*

¹⁶ O *Projeto Alamo* foi designado pela CA em parceria com a Campanha Presidencial do Partido Republicano de 2016 de Donald Trump e possuía como objetivo atender à campanha eleitoral apontando à equipe oficial de Donald Trump – porém sem indicar ou demonstrar o Modus Operandi da CA (uma empresa do Reino Unido que detinha muito conhecimento sobre a vida cotidiana dos americanos) – como realizar ataques-focais (microtargeting) de perfis on-line, no Facebook, em diversas regiões dos E.U.A. ao mesmo tempo.

¹⁷ Para Campos, a fala de Wylie para o *The Guardian* resume bem o pensamento motriz por trás de NIX e da *Cambridge Analytica*: Christopher Wylie, ao descrever a caracterização das operações da [Cambridge] Analytica, está bem em sintonia, afirmando que a firma estava: “[brincando] com a psicologia de todo um país sem sua anuência ou ciência [...] no contexto do processo democrático.” Como exemplificação, Campos aponta o fato de que durante a campanha de Trump foram usadas práticas de *grupos-focais (microtargeting)*: For example, Trump’s Campaign used “dark posts” which could only be seen by targeted groups in the Little Haiti district of Miami. These posts contained messages about the Clinton Foundation’s failure to respond to the earthquake in Haiti, aiming to sway potential Clinton voters away from the ballot box (GRASSEGGGER; KROGERUS, 2017) (“...foram utilizados ‘posts’ às escuras”, com certo grau de anonimato, somente para *grupos-focais* no distrito de *Little Haiti* em *Miami*. As mensagens continham um conteúdo sobre a Fundação de Clinton em fracassar a responder o terremoto no Haiti, tentando convencer eleitores que votariam na Hillary a não votarem nela – tradução livre). (CAMPOS, Matt. Cambridge Analytica, Microtargeting, and Power – “A Full-Service Propaganda Machine” in the Information Age. *Trail Six, Undergraduate Journal of Geography*, British Columbia, v. 13, p. 26-27, 2018-2019).

¹⁸ Nos E.U.A. o Partido Democrata não é reconhecido necessariamente como um partido de esquerda. É um Partido Político contrário ao Partido Republicano. Apesar, contudo, de o Partido Democrata ter diversas ideias de política pública consideradas em certa medida, era relacionado ao Socialismo ou a uma ideia de Estado do Bem-Estar Social; eles não são um partido publicamente assumido como de esquerda. São progressistas em muitos aspectos, porém em diversas questões seus membros divergem muito sobre assunto polêmico como o Direito da Mulher ao Aborto ou sobre a Comercialização de maconha.

cais aos *the persuadables* ou os *persuadíveis*. Dessa forma, tornou-se possível moldar como tais Estados votariam, mesmo que isso significasse manipular uma cultura regional e decidir a política de maneira antiética e antidemocrática.

Por fim, o último grupo de funcionários da Cambridge Analítica funcionava de forma quase clandestina a tudo que é ético, democrático e contrário ao espírito dos *Founding Fathers* (fundadores do Estados Unidos da América). Trata-se, em síntese, de traição a todo um processo democrático que deve sempre ser vigiado e tutelado. Este último grupo, em que muitos funcionários da empresa até hoje alegam que desconheciam as práticas descritas a seguir, tornou-se uma ferramenta maliciosa extremamente eficiente.

A CA obteve sucesso ao polarizar grupos em Estados Americanos assim como havia obtido êxito, com mesmo estilo perverso, no Reino Unido com o *Brexit*. Para auxiliar a polarização artificial, não foram poupados esforços para criação de notícias falsas (Fake News, em inglês) e de maneira dolosa realizar *ataques-focais* (*microtargeting*¹⁹) em diversos usuários dessa rede social.

Como exemplo real, porém ilustrativo, da polarização artificial criada pela CA está: i) um Estado americano como a Geórgia (tendo como capital: Atlanta), localizada no Leste Americano, que possui uma predominância de negros. Em subúrbios e bairros de Atlanta, a hegemonia é de negros e, infelizmente, assim também é a pobreza. Município como Atlanta, apesar de ter um dos aeroportos mais eficientes do mundo, também é um dos que possuem uma das maiores desigualdades sociais nos E.U.A. Logo, a CA usou ferramentas de publicidade em mídias sociais no *Facebook* e publicou, diretamente na *timeline* (na linha de informações novas de cada usuário desta mídia social) de usuários, campanhas publicitárias com a *hashtag* #BlackLivesMatter (Vidas Negras Importam) para a população de Atlanta. Não haveria problema ético se não fosse o fato que (ii) a mesma empresa operasse da mesma forma em municípios como *Kansas City*, em Estados Centrais (nos E.U.A. existem três distintos fuso-horários entre Leste, Centro e Oeste), de predominância de cor de pele hegemonicamente branca, mas igualmente atingindo indicadores de desigualdade social.

A CA buscava disseminar um sentimento de ódio e polarização entre brancos e negros, pois nesses estados centrais – ao mesmo tempo – postava propagandas com imagens e *hashtags* de #WhiteLivesMatter (Vidas Brancas Importam) ou #AllLivesMatter (Todas as Vidas Importam).

Sem relativizar o mérito da questão filosófica, o que a empresa claramente tentou e conseguiu obter foram resultados eficientes, visíveis em tempo real (lembrem-se: eles tinham acesso aos seus *posts* antes, durante e após a vitória de Donald Trump à presidência americana) de rixas de natureza racial. Dessa forma, retirou-se da pauta e do escopo democrático da eleições questões e matérias relevantes às campanhas dos presidenciais.

4 DO LEGADO DEIXADO PELA CAMBRIDGE ANALYTICA

Um dos maiores exemplos dos possíveis *ensinamentos* que o *escândalo da CA* nos apresenta é que infelizmente se está fadado a apenas um único e fatídico episódio de (i) usurpação de dados pessoais, (ii) de coleta de informações em grande quantidade e de forma continuada e (iii) que podem tecer toda uma *narrativa comportamental* de quem é cada indivíduo. Mesmo que essas *narrativas* sejam verossímeis, indivíduos serão sempre mais do que apenas métricas; conjuntos de indicadores transformados em estatística e logo permitindo que algumas conclusões sejam inferidas.

Apesar de a Cambridge Analytica não existir mais formalmente, desde um pouco antes de seu fim, já existiam e ainda persistem indícios de novas empresas de *análise comportamental eleitoral* no mundo, inclusive no Brasil. Durante o primeiro semestre de 2018, a Cambridge Analytica fez uma parceria com a empresa brasileira (Ponte Estratégia) do Publicitário André Torretta (também dono da McMann & Tate Pesquisas e

¹⁹ Há duas importantes observações sobre os ataques-focais (*microtargeting*): i) não são eficazes em relação a determinados grupos (ou indivíduos) que verificam a fonte das informações (*fact-checking*) antes de reproduzi-los nas redes sociais – mas, como a maioria da população, não apenas dos EUA, encontra-se à margem de uma educação de qualidade, universal e gratuita, a penetração quase cirúrgica desses ataques em redes sociais é alta; ii) as consequências e danos causados por *microtargeting* são gravíssimos, pois esses ataques: buscam explorar dados pessoais; escondem a sua verdadeira função e meta; alegações realizadas em privado não podem ser corrigidas em um ambiente mercantilizável de ideias; muitas vezes são relacionados à disseminação de informações falsas; permitem que partidos políticos façam promessas incompatíveis com diferentes segmentos de seu eleitorado; e permitem que atores políticos estrangeiros realizem ataques com informações falsas e desinformações (HEAWOOD, 2018).

Eventos atuante Projeto #Colabora). A joint-venture no Brasil durou poucos meses e chamava-se CA-Ponte. Em entrevista para o jornal El País, Torretta, de forma franca, chegou ao ponto de questionar se não existe arrogância em suas respostas: “Estou te enganando? Não, estou apenas entregando o que você quer ver” – disse Torretta ao ser questionado sobre sua estratégia com a parceria. Vale dar a atenção devida à sua fala – mesmo com o fim da CA-Ponte – por que ele já prestou serviços desde Sarney a FHC, incluindo para a LIDE (Organização de propriedade de João Doria), bem conhecidos por marqueteiros no Brasil. O El País divulgou em 15 de outubro de 2017 que, segundo, Torretta: “O problema é que a Cambridge talvez seja muito sofisticada para o mercado brasileiro regional, porque a gente não faz nenhuma campanha digital bem feita”. “Agora está abrindo uma brecha para que os políticos façam impulsionamento (pagar para que as publicações alcancem mais pessoas no Facebook).” Assim ele acredita que “a Cambridge ficará sexy” para o mercado brasileiro. Também outra passagem salta os olhos quando ele afirma nos Estados Unidos: o “ovo” fica “em pé” graças as cerca de 7.000 informações que a Cambridge, segundo Torretta, consegue levantar sobre cada indivíduo. No Brasil, Torretta calcula que este número de informações pontuais sobre cada um chegue a 750, e é aí que começa a “tropicalização” que ele diz ter feito no método. “Os bancos de dados do Brasil estão sendo construídos agora. Temos bons e munidos bancos de dados públicos. O governo deve ter, no mínimo, de 500 a 700 pontos de informação da gente, e o IBGE deve ter uns 250 pontos, não pessoal, mas da microrregião onde você mora”, explica. “Já temos então 700 pontos de informação de cada brasileiro. O Serasa deve ter mais uns 40 pontos de informação”, se empolga. Ele se diz convicto de que, mesmo que a situação de dados brasileira não se compara com a dos EUA, sua nova empresa já vai trabalhar com muitíssimo mais informação em qualquer concorrente seu. Nem sequer a iniciativa privada usa o potencial dos dados já disponíveis no Brasil, afirma o marqueteiro (ROSSI; MARREIRO, 2017).

Em uma entrevista posterior (20 mar. 2018) ao BBC Brasil, no entanto, Torretta já adotava outro tom, pós a circulação simultânea em três jornais renomados naquele mesmo mês, isto é, pós o escândalo da CA ter viralizado: “Ainda bem que isso saiu agora. Se tivesse saído daqui a seis meses eu estava morto. Foi uma surpresa. Eu não sabia de nada”, diz Torretta, para quem as denúncias parecem “coisa de filme de 007”. Ele nega repetidas vezes que tivesse conhecimento do modo como a empresa obteve informações sobre eleitores americanos. [...] Segundo Torretta, as negociações com possíveis clientes estavam começando e nenhum contrato havia sido firmado até o escândalo vir à tona. Ele não quis revelar os nomes dos interessados no serviço da Cambridge Analytica, em cumprimento com o que chamou de “ética do marketing político”. Torretta apenas negou que tenha procurado o governador de São Paulo, Geraldo Alckmin, porque o tucano já teria um marqueteiro, e ressaltou que nunca trabalharia para Jair Bolsonaro. “Minha regra era não trabalhar com extremos, tanto de esquerda quanto direita” (PASSARINHO, 2019).

Por fim, no curso deste artigo foram levantadas diversas empresas que foram criadas, fechadas e recriadas. Por recriadas, interpreta-se fundadas pelos mesmos proeminentes indivíduos sob outras pessoas jurídicas: indivíduos como Nix, que atuou como presidente da CA, e também fez parte da Emerdata, o que seria uma espécie sucessora da SCL/CA. A empresa foi fundada em agosto de 2017 e tinha como sede o mesmo endereço da SCL/CA em Londres. Em 23 de janeiro de 2018, Nix foi nomeado diretor da Emerdata Ltda. Em 16 de março do mesmo ano, as duas filhas do Bilionário Robert Mercer, Rebekah Mercer e Jennifer Mercer, também foram nomeadas diretoras. Um outro diretor da Emerdata foi o lobista e presidente da Frontier Service Group (uma empresa de segurança privada com forte atuação na África), Johnson Chun Shun Ko. A última diretora do Emerdata foi Jacquelyn James-Varga (ela previamente trabalhou diretamente para a Fundação Mercer Family). Em janeiro de 2018, a Emerdata anunciou que tinha mais de 19 milhões de dólares americanos de investidores estrangeiros. A Emerdata também não existe mais, porém ela foi comprada pelo Grupo Firecrest Technologies em 7 de março de 2018 e terminada em 19 de fevereiro de 2019.²⁰ Também vale citar que durante o mês de maio de 2018, logo antes da CA decretar falência no Reino Unido, Nix aparentemente sacou 6 milhões de libras esterlinas ou 8 milhões de dólares americanos.²¹ Outro exemplo é a *AggregateIQ*, empresa de

²⁰ FIRECREST TECHNOLOGIES LIMITED, Company number: 11238956. Londres: Companies House of The United Kingdom Disponível em: <https://beta.companieshouse.gov.uk/company/11238956/filing-history>. Acesso em: 8 dez. 2019.

²¹ KANTER, Jake. *Cambridge Analytica's CEO allegedly took \$8 million from the firm before its closure*. Nova Iorque: Business Insider. 2018. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/alexander-nix-allegedly-took-8-million-cambridge-analytica-2018-6?r=UK>. Acesso em: 8 dez. 2019.

consultoria no ramo de Tecnologia da Informação, fundada em 2013 no Canadá. A empresa prestou serviços à CA ao desenvolver uma plataforma de software chamada *Ripon*. O conhecimento dessa plataforma tornou-se pública depois de um *GitLab* (um repositório na internet de diferentes espécies de arquivos para um API funcionar e ser testado na internet) desprotegido ser descoberto por meio de reportagem por Dell Cameron.²² Ademais, em fevereiro de 2018, a *Data Propria* foi criada como uma empresa subsidiária da *CloudCommerce Inc.*, tendo como presidente o C.T.O. ou *diretor tecnológico operacional* da ex-CA, Matt Oczkowski, tendo participação societária de Brad Parscale (*CloudCommerce Inc.*), que é o *gerente de campanha* para a reeleição presidencial de Donald Trump em 2020. A empresa²³ está contratando cientistas de dados (verificado até a submissão deste artigo em 14 de dezembro de 2019) e já existem algumas alegações indicando a sua atuação para a campanha de reeleição de Donald Trump em 2020.^{24 25} Por fim, vale também informar a existência da *Civis Analytics*,²⁶ empresa fundada por Dan Wagner (que foi o *diretor de Análise de Dados* ou CAO, *Chief Analytics Officer*, para a campanha de reeleição de Barack Obama em 2012) e financiada por Eric Schmidt (ex-CEO/Presidente da Google entre 2001-2011), focada em consultoria e *software* de ciências de dados. A empresa ajuda outras empresas a entenderem seus bancos de dados, dar um tratamento eficiente a eles e prever determinados comportamentos.

5 IDENTIFICAÇÃO DE NOVOS PROBLEMAS *VIRAIS*: NEM TODO PROBLEMA POSSUI UM ANTÍDOTO – ALGUMAS MEDIDAS PALIATIVAS JÁ AUXILIAM NA MITIGAÇÃO DE EVENTUAIS DANOS

De forma inconclusiva e preocupante, parte deste artigo é finalizada. Ao investigar-se as práticas da CA buscou-se, ao mesmo tempo, ver seus oponentes neste *mercado azul*.²⁷ Apesar de ser possível, em dezembro de 2019, observar a participação ativa de novas empresas e *players* (pessoas físicas e jurídicas com interesse privado por trás pelo financiamento e participação societária nessas empresas), é difícil saber se a CA foi o *catalisador* para que novas empresas fossem criadas após seu escândalo, aprendendo que o mundo inteiro obteve conhecimento e aperfeiçoando, em especial, a segurança do banco de dados *proprietário* das novas empresas.

Ao mesmo tempo, não é possível ter certeza de que algumas dessas empresas já existiam antes do escândalo da CA. O vazamento de informações e a investigação jornalística apenas lançaram luz sobre empresas que já atuavam no mercado, porém com um perfil mais discreto e que também aumentaram suas respectivas medidas de proteção e salvaguarda de seus bancos de dados.

²² CAMERON, Dell. *AggregateIQ Created Cambridge Analytica's Election Software, and Here's the Proof*. Nova Iorque: Gizmodo Media Group, 2018. Disponível em: <https://gizmodo.com/aggregateiq-created-cambridge-analytics-election-softw-1824026565>. Acesso em: 9 dez. 2019.

²³ Disponível em: <https://datapropria.com>. Acesso em: 9 dez. 2019.

²⁴ FARIVAR, Cyrus. *Data Propria, run by Cambridge Analytica alumni, working on Trump 2020 campaign*. São Francisco: Arstechnica, 2018. Disponível em: <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/06/data-propria-run-by-cambridge-analytica-alumni-working-on-trump-2020-campaign/>. Acesso em: 9 dez. 2019.

²⁵ Ver também: HORWITZ, Jeff. *AP: Trump 2020 working with ex-Cambridge Analytica staffers*. Nova Iorque: The Associated Press, 2018. Disponível em: <https://apnews.com/96928216bdc341ada659447973a688e4>. Acesso em: 9 dez. 2019.

²⁶ Disponível em: <https://www.civisanalytics.com>. Acesso em: 9 dez. 2019.

²⁷ Por *Mercado Azul* atribui-se a interpretação da terminologia aplicada à *Gestão de Negócios*, em especial muito aplicada a *Novos Modelos de Negócios* e *Startups*. Trata-se, em síntese, de *Mercados Nunca Explorados*, logo a cor azul turquesa, de tom claro e quando é perceptível até onde se *pisa na areia* (uma analogia de o quão profundo é o potencial deste mercado). A criação deste novo Mercado existe há cerca de uma década: alguns indicam as campanhas presidenciais de Barack Obama, visto como o pioneiro na aplicabilidade de métricas ao seu mote “*Yes, we can!*” (*Sim, nós podemos!* – em tradução livre). Outros afirmam que foi a S.C.L., sob sua subsidiária *Cambridge Analytica*, a primeira empresa a vender serviços usando *psicométricas* combinadas, como *estudos comportamentais* e outras práticas mais invasivas já descritas neste artigo, e como a pioneira no ramo do que atualmente se busca rotular o termo *electioneering* (ou *engenharia eleitoral*).

Por ser um tema recente, a única conclusão plausível é de que é possível inferir neste ponto que um próximo vazamento há de ocorrer mais cedo ou mais tarde (em relação a uma eleição). Isso²⁸ deve-se, acima de tudo, por que empresas sempre serão feitas, mantidas e administradas por seres humanos, como Wylie e Kaiser.

Agências de Inteligência também estão vulneráveis a vazamentos. Apenas a título de anedota: Edward Snowden era analista de dados para uma das maiores agências de inteligência do mundo: a NSA (*National Security Agency*). Uma agência de inteligência americana centenas de vezes maior que o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) e a CIA (*Central Intelligence Agency*) juntas. Snowden foi o *whistleblower* no caso supracitado. Assim como Wylie, tinha uma jornalista séria e comprometida com sua carreira, agindo com lisura: Cadwalldr. Snowden, da mesma forma, confiou no trabalho jornalístico sério e competente, como Glenn Greenswald.

Pode-se notar, em dezembro de 2019, que perceptivelmente surge uma nova preocupação que evita holofotes do jornalismo investigativo e da sociedade civil e organizada. Emerge como expressão do escândalo da CA: trata-se de um novo mercado chamado de *electioneering a favor* de grupos políticos, empresariais, bélicos ou quem pague mais, além de diversos *Predictable Analytic Toolkits* (conjunto de ferramentas digitais que servem para coletar dados, classificar determinados grupos de eleitores e inferir conclusões, tendências e probabilidades de previsões) estarem à venda na *deep web* (a internet não indexada por website – indexadores de conteúdo – como o Google e parte do Facebook).²⁹

Por fim, resta uma inferência sob uma perspectiva *humanista*. Percebe-se que, enquanto o componente humano estiver por trás de empresas com interesses privados e *por ventura* perversos, sempre haverá a possibilidade para alguém *vazar*, delatar e resistir às pressões de grandes corporações. Sempre haverá o potencial para o *civismo*, isto é, atitudes e ideias que fazem com que o indivíduo queira compartilhar certas noções e práticas como se fossem deveres fundamentais para a vida compartilhada da sociedade, para o bem da *coisa pública* e manutenção das instituições democráticas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em dezembro de 2019, menos de 360 dias dos resultados das eleições municipais no Brasil, percebe-se uma nova forma de acesso entre candidatos com reais chances ao Poder Público e seus respectivos eleitores: o (*ab*)uso em mídias e redes sociais e aplicativos, no ocidente (no Brasil), como o *WhatsApp*, de forma extremamente frequente com o único intuito: aproximar os possíveis eleitores da versão dos fatos, sejam eles *Fake News*, *Deep Fake*³⁰ ou não, sejam perfis falsos criados por *bots* (contas falsas criadas em massa) com o intuito de, em poucas horas, reproduzirem, como se fossem *cabos eleitorais virtuais*, uma espécie, ao contrário de a *vida imitar à arte*, de forma perversa e inconsequente.

Na primeira seção do texto buscou-se estudar, sob um forte viés cronológico dos fatos, o arco de ascensão e o fim da CA. Mediante depoimentos detalhados de Christopher Wylie e de Brittany Kaiser, ambos ex-funcionários da CA, concluí-se que não era possível para o CEO da empresa, Alexander Nix, desconhecer as práticas invasivas que a empresa fazia. Tudo leva a crer que Nix sabia de todo o *modus operandi* da empresa; tanto é que, mesmo sabendo de sua única saída sem ter de enfrentar tempo encarcerado, Nix decretou a falência da empresa, fechando todos os arquivos pessoais da CA sem antes sacar a enorme quantia de 8 milhões de libras esterlinas dias antes da falência ter sido decretada.

Já na segunda seção do artigo buscou-se entender a forma como a CA atuava: tanto pelo emprego de disseminação de Fake News quanto pelas práticas de data mining, data scraping e big data analytics. A empresa conseguiu obter – sem o consentimento dos usuários da rede social Facebook – um volume de informações

²⁸ Por mais que empresas tomem diversas medidas e protocolos de segurança, inclusive com a incorporação de Inteligência Artificial para medir o comportamento de seus funcionários.

²⁹ Na internet não indexada, ou seja, na *deep web*, existe um porta de acesso à plataforma da rede social Facebook. Seja o Facebook verdadeiro ou apenas uma forma de indivíduos de índole extremamente duvidosa capturarem os nomes de usuários e suas senhas (uma prática imoral chamada de *phishing*), redirecionando-os em seguida ao Facebook verdadeiro, uma porta para o <Facebook.onion> realmente existe. É necessário o navegador Tor para acessar a página, porém aqui fica o alerta de acessar de um computador não seguro tal página.

³⁰ AFONSO, Nathália. #Verificamos: menina atirando em vídeo não é ativista sueca Greta Thunberg. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/12/11/verificamos-atirando-greta/>. Acesso em: 13 dez. 2019.

personais nunca antes obtido. Ademais, a empresa fez uso de propagandas no Facebook com a intenção artificial de polarizar questões raciais, como foi o caso da propaganda #BlackLivesMatter versus #AllLivesMatter. A CA atacava perfis de usuários mais vulneráveis, mais facilmente manipuláveis, com práticas de *microtargeting*, endereçando especificamente a eles notícias absurdamente falsas: Fake News.

A terceira seção do texto aborda o futuro pós-falência da CA. Apesar de formalmente não mais existir no mercado, é certo que a empresa impulsionou que uma série de outras empresas entrassem no ramo de *electioneering*, inclusive à título meramente exemplificativo a *Data Propria*. Também foi abordado que a CA já estava em negociações com a empresa Ponte Estratégia, no Brasil, para captar novos potenciais clientes. Bolsonaro não foi bem-visto pela CA naquela época, porém a utilização massificada de Fake News em aplicativos de mensagem com criptografia ponta a ponta, como o WhatsApp, foi algo surpreendente para a empresa com sede em Londres. André Torretta, responsável pela joint-venture CA-Ponte no Brasil, detalhou que partiu dele a ideia de utilizarem o WhatsApp como ferramenta eficiente para eleger o próximo candidato à presidência da República.

A quarta e última seção do texto aborda o dever cívico das pessoas que trabalhavam tanto em empresas privadas quanto em agências de inteligência no mundo. Em outras palavras, às vezes é necessário tomar medidas antipatriotas e nocivas aos ganhos de determinada empresa em privilégio da segurança dos dados pessoais das pessoas, assim como a proteção da manutenção da democracia em Estados soberanos. Nenhuma agência de inteligência, nem empresa privada, deve ter tanto poder para conseguir manipular os resultados de um determinado processo democrático, sob o risco de romper com a própria essência da Democracia.

Posto os presentes pontos, é inegável que a hipótese do presente artigo se confirma: a Cambridge Analytica, com sua *práxis*, deixou o mundo sem antes desestabilizar os processos democráticos em algumas das maiores potências mundiais; milhões de cidadãos tiveram a sua intimidade e privacidade coletada via mídia social a troco de elegerem o candidato que masi bem pagou a empresa. Basta recordar que, antes de Donald Trump contratar a CA, a empresa prestava consultoria nos EUA para Ted Cruz, seu adversário dentro do Partido Republicano. A operação continuada de Fake News, somada à práticas de *microtargeting* e coleta de dados via *data mining & scraping*, demonstrou a terrível essência do setor privado em querer minerar e gerar lucro de processos democráticos.

Dito isso, é necessário perceber que seria temerário afirmar que todos os problemas relacionados com as práticas da CA foram-se quando a empresa faliu. Hoje existem novas empresas, como a Data Propria, que operam de maneira similar para não dizer de forma mais sofisticada que antes. É necessário ter modéstia ao observar uma nova e crescente onda de empresas que veem em *electioneering* uma forma de lucrarem às custas de rupturas e danos irreparáveis aos processos democráticos. Foi a função deste artigo alertar, porém sem esgotar o tema, pois, na medida em que se entra na década de 2020 a 2030, novas práticas de coleta de dados, assim como de Fake News, irão se popularizar. É necessário ter olhar crítico para essas novas empresas que prometem, porventura por pseudociências, como *psychometrics*, que é possível alcançar-se a eleição de um candidato por um preço *x*. Práticas como *Deepfakes* estão apenas no início de serem desenvolvidas para esse fim e certamente até o final dessa década teremos novos casos sofisticados de Fake News capazes de enganar milhões de eleitores em potencial.

Infelizmente, para 2020 a combinação de i) uma escolha de Estado nas últimas décadas (para não se dedicar um capítulo historiográfico remontando às práticas em que a norma social proibia o *acesso à educação* desde antes do Brasil Império) pela falta de educação formal e cívica para a enorme parcela da população brasileira, somada a uma ii) sociedade atualmente polarizada entre uma extrema direita com indícios de fascismo e uma extrema esquerda reativa a ela, e, por fim, iii) a falta de diálogo, do debate de ideias e propostas para

um país melhor, com a tolerância com a pluralidade de opiniões e de cidadãos de diversos *brasis*: prevê-se não apenas o contínuo e eficaz *uso ilegal* de propagação em massa de notícias falsas, mas também a propagação de vídeos que possam até parecer realistas, porém são falsos: trata-se de vídeos *Deepfakes*.³¹

Cidadãos e Estado, contudo, são atores de seus próprios processos, e têm não apenas um direito de opinar e de expressar o desgosto com práticas nocivas à Democracia, porém se pode, em conjunto, mediante atuação simbiótica de troca de informações, estabelecer conexões com outros atores que mostrem a mesma indignação diante de mentiras perpetradas por determinadas campanhas eleitorais, com fantoches de interesses corporativos grandes. Somente dessa forma é possível evoluir em direção a um futuro democraticamente promissor, não apenas levando consigo todo o Legado do escândalo da *Cambridge Analytica*, mas estando prontos para o próximo escândalo.

7 REFERÊNCIAS

- AFONSO, N. *#Verificamos*: menina atirando em vídeo não é ativista sueca Greta Thunberg. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2019/12/11/verificamos-atirando-greta/>. Acesso em: 13 dez. 2019.
- BERGHEL, H. *Malice Domestic*: The Cambridge Analytica Dystopia. Nevada: University of Nevada, 2018.
- BROWNLEE, J. *GameStation EULA collects 7,500 souls from unsuspecting customers*. San Francisco: Geek.com, 2010. Disponível em: <https://www.geek.com/games/gamestation-eula-collects-7500-souls-from-unsuspecting-customers-1194091/>. Acesso em: 5 dez. 2019.
- CADWALLADR, C. *The great British Brexit robbery*: how our democracy was hijacked. Londres: The Guardian; The Observer, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexite-robbery-hijacked-democracy>. Acesso em: 30 nov. 2019.
- CAMERON, D. *AggregateIQ Created Cambridge Analytica's Election Software, and Here's the Proof*. Nova Iorque: Gizmodo Media Group, 2018. Disponível em: <https://gizmodo.com/aggregateiq-created-cambridge-analyticas-election-softw-1824026565>. Acesso em: 9 dez. 2019.
- CAMPOS, M. Cambridge Analytica, Microtargeting, and Power: "A Full-Service Propaganda Machine" in the Information Age. *Trail Six: Undergraduate Journal of Geography*, British Columbia, v. 13, 2018-2019.
- DAVIES, H. *Ted Cruz using firm that harvested data on millions of unwitting Facebook users*. Londres: The Guardian, 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/us-news/2015/dec/11/senator-ted-cruz-president-campaign-facebook-user-data>. Acesso em: 28 nov. 2019.
- EDWARDS, L. *Cambridge Analytica and the deeper malaise in the persuasion industry*. Londres: LSE Business Review, 2018.
- FARIVAR, C. *Data Propria, run by Cambridge Analytica alumni, working on Trump 2020 campaign*. São Francisco: Arstechnica, 2018. Disponível em: <https://arstechnica.com/tech-policy/2018/06/data-propria-run-by-cambridge-analytica-alumni-working-on-trump-2020-campaign/>. Acesso em: 9 dez. 2019.
- HEAWOOD, J. *Pseudo-public political speech*: Democratic implications of the Cambridge Analytica scandal. Londres: Impress, 2018.
- HORWITZ, J. *AP: Trump 2020 working with ex-Cambridge Analytica staffers*. Nova Iorque: The Associated Press, 2018. Disponível em: <https://apnews.com/96928216bdc341ada659447973a688e4>. Acesso em: 9 dez. 2019.
- GRASSEGGGER, H.; KROGERUS, M. *The Data That Turned the World Upside Down*. Nova Iorque: Vice, 2017. Disponível em: https://www.vice.com/en_us/article/4x4x8n/the-data-that-turned-the-world-upside-down. Acesso em: 29 nov. 2019.
- KANTER, J. *Cambridge Analytica's CEO allegedly took \$8 million from the firm before its closure*. Nova Iorque: Business Insider, 2018. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/alexander-nix-allegedly-took-8-million-cambridge-analytica-2018-6?r=UK>. Acesso em: 8 dez. 2019.
- KOZLOWSKA, I. *Facebook and Data Privacy in the Age of Cambridge Analytica*. Seattle: Henry M. Jackson School of International Studies; College of Arts and Sciences; University of Washington, 2019.
- PASSARINHO, N. *Ex-sócio da Cambridge Analytica no Brasil diz que empresa não tinha banco de dados de brasileiros*. Londres:

³¹ Vídeos de *Deepfakes* podem ser considerados uma evolução tecnológica do *Fake News*. O objetivo é o mesmo: a disseminação de informações inverídicas com a intenção de prejudicar os demais candidatos em uma eleição democrática. De forma *simplista*, porém, pode-se afirmar que, enquanto o *Fake News* é estático, basta uma foto com letras garrafas e um *meme* agressivo; o vídeo de *deep fake* é dinâmico; trata-se de um vídeo que utiliza técnicas avançadas de edição de imagem e de geração de computação gráfica – às vezes com o auxílio de uma Inteligência Artificial para editar (juntar todos os *frames* ou quadros e sincronizar as camadas de áudio com os quadros do vídeo) – com o intuito de *emular*, *copiar* e *simular* não apenas o rosto de um adversário político à uma situação constrangedora, mas utilizar a fala dele de outros vídeos verídicos e descontextualizar o áudio, inserindo na edição final – em camadas de áudio secundárias – o vídeo de *deep fake* vídeo.

BBC Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43481279>. Acesso em: 9 dez. 2019.

PLATÃO. *A República*: Livro VII: 514a–541b. *E-book* (296-298 p.) Disponível em: https://www.netmundi.org/home/wp-content/uploads/2017/07/Platao_A_Republica.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

ROSSI, M.; MARREIRO, F. *O marqueteiro brasileiro que importou o método da campanha de Trump para usar em 2018*.

Madrid: El País – Brasil (parte do Grupo PRISA), 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/11/politica/1507723607_646140.html. Acesso em: 9 dez. 2019.

VANHEMERT, K. *This Simple Data-Scraping Tool Could Change How Apps Are Made*. San Francisco: Wired, 2014. Disponível em: <https://www.wired.com/2014/03/kimono/>. Acesso em: 28 nov. 2019.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 6 DE 1995 E O PROCESSO DE DESNACIONALIZAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS NO BRASIL

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.196-205>

Recebido em: 30/10/2019

Aceito em: 20/1/2020

Matheus Amorim de Oliveira Andrade

Graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Mestrando em Direito Político e Econômico na Universidade Presbiteriana Mackenzie. <http://lattes.cnpq.br/3401858025626011>. <https://orcid.org/0000-0002-1431-4313>. mathrod2010@hotmail.com

Daniel Francisco Nagao Menezes

Graduação em Direito (PUC-Campinas). Especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil (PUC-Campinas) e em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior (Centro Universitário Padre Anchieta). Mestrado e Doutorado em Direito Político e Econômico (Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP). Pós-Doutorado em Direito (Fadusp). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do Ciriec-Brasil. <http://lattes.cnpq.br/4101655062938301>. <https://orcid.org/0000-0001-9151-5699>. nagao.menezes@gmail.com

RESUMO

O Brasil é um país rico em recursos minerais. Tais recursos já pertenceram desde a coroa aos donos do território onde se encontravam as minas. Com a Revolução de 1930 e o Nacional Desenvolvimentismo de Getúlio Vargas, o Estado brasileiro adotou uma postura nacionalizante dos recursos minerais, buscando industrializar o país e obter independência financeira. Embora o período do regime militar tenha tentado flexibilizar tal postura, permitindo o investimento estrangeiro na mineração, a Constituição de 1988 trouxe de volta o enfoque nacionalista aos recursos minerais, buscando favorecer a empresa de capital nacional na exploração destes bens, entretanto as propostas neoliberais da década de 90, o leilão da Vale do Rio Doce e a aprovação da Emenda Constitucional nº 6 de 1995, que retirou a distinção entre empresa brasileira de capital nacional e empresa brasileira de capital estrangeiro, provocaram a chamada “desnacionalização dos recursos minerais” no Brasil. Buscando demonstrar como a aprovação da EC nº 6/95 tem impactado negativamente no desenvolvimento econômico e tecnológico da indústria por meio de uma revisão bibliográfica e análise documental, conclui-se que, com a permissão da entrada massiva de capital estrangeiro neste mercado e atuação de multinacionais, que não possuem a intenção de desenvolver a indústria nacional, mas somente exportar *commodities*, faz-se necessário uma política que privilegie a empresa de capital nacional, por intermédio da edição de leis ordinárias para tal, e que busque promover o desenvolvimento econômico e tecnológico retomando o crescimento da indústria nacional, tratando os recursos minerais como bens estratégicos.

Palavras-chave: Política dos recursos minerais. Emenda constitucional nº 06/1995. Desenvolvimento econômico e industrial.

CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 6 OF 1995 AND THE DENATIONALIZATION PROCESS OF MINERAL RESOURCES IN BRAZIL

ABSTRACT

Brazil is a country rich in mineral resources. These resources already belonged from the crown to the owners of the territory where the mines were located. With the 1930 Revolution and Getúlio Vargas National Developmentalism, the Brazilian State adopted a nationalizing attitude of mineral resources, seeking to industrialize the country and achieve financial independence. Although the period of the military regime attempted to relax such a stance by allowing foreign investment in mining, the 1988 Constitution brought back the nationalist approach to mineral resources seeking to favor the national capital enterprise in exploiting these goods, meanwhile, the neoliberal proposals of the 90s, the auction of Vale do Rio Doce and the approval of the Constitutional Amendment nº 6 of 1995, which removed the distinction between a Brazilian company with a national capital and a Brazilian company with a foreign capital, caused the so-called “denationalization of mineral resources” in Brazil. Seeking to demonstrate how the approval of the Constitutional Amendment nº 06/95 has negatively impacted the economic and technological development of the industry through a literature review and document analysis, it is concluded that, with the permission of the massive entry of foreign capital in this market and multinational performance, which do not intend to develop the national industry, but only export commodities, it is necessary a policy that favors the national capital company, through ordinary laws, and that seeks to promote economic and technological development by resuming the growth of national industry, treating mineral resources as strategic assets.

Keywords: Mineral resources policy. Constitutional amendment nº 06/1995. Economic and industrial development.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Histórico do direito minerário até a revolução de 1930. 3 A nacionalização dos recursos minerais e o início da atuação de empresas estrangeiras no ramo da mineração no Brasil. 4 A abordagem nacionalista da Constituição Federal de 1988. 5 A emenda constitucional nº 6 de 1995 e a privatização da Companhia Vale do Rio Doce. 6 O contexto atual da emenda constitucional nº 6 de 1995. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Conforme ocorreu a Revolução Industrial no século 19 e o desenvolvimento das Indústrias nos países pioneiros, a demanda para suprir o estilo de vida capitalista da nova sociedade de consumo em massa fez surgir a necessidade de obter suprimentos advindos, em grande parte, dos recursos minerais (CAVALCANTI, 2003). A principal política dos países de centro, como denomina Celso Furtado, é de adquirir o abastecimento seguro destes recursos a preços baixos (BERCOVICI, 2011a), a fim de perpetuar suas formas de vida.

O Brasil, um país de dimensões continentais, possui muitas riquezas minerais. Tais riquezas já pertenceram desde a Coroa Portuguesa até os proprietários do terreno onde se encontravam minérios em seu subsolo. A Constituição de 1988, por outro lado, abraçou um viés nacionalista do Direito Minerário, que já maturava na nossa legislação desde a Carta Magna de 1934, em favor de uma política econômica de proteção e incentivo da criação de uma indústria nacional, com o objetivo de converter a exploração do meio ambiente em desenvolvimento tecnológico e econômico para o país.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 6 de 1995 e com a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, entretanto, há uma mudança neste ideário, com a permissão da entrada massiva e majoritária de capital estrangeiro nas empresas mineradoras, provocando o que foi chamado, por Gilberto Bercovici (2011a), de “desnacionalização dos recursos minerais”.

Este artigo busca demonstrar, por meio de uma revisão bibliográfica e análise documental, como esse fenômeno de desnacionalização dos recursos minerais foi prejudicial ao desenvolvimento econômico e tecnológico do nosso país, analisando a forma como os recursos minerais eram tratados pela legislação até a revolução de 1930, as mudanças que este período, marcado pelo Nacional Desenvolvimentismo de Getúlio Vargas, trouxe com a adoção de um viés nacionalista na exploração dos recursos minerais e sua posterior flexibilização no regime militar, em prol da entrada de capital estrangeiro no setor minerário, a reafirmação do enfoque nacionalista pela Constituição Federal de 1988, a aprovação da Emenda Constitucional nº 6/95 e a mudança da posição ideológica do constituinte, e, por fim, o contexto atual da emenda, suas consequências e como tal panorama pode ser revertido.

2 HISTÓRICO DO DIREITO MINERÁRIO ATÉ A REVOLUÇÃO DE 1930

A história do Direito Minerário brasileiro está intimamente ligada à evolução científica que o acompanhou. Nesse sentido, desde o Brasil Colônia, onde adotava-se a teoria do Metalismo, que quantificava a riqueza pela quantidade de metais preciosos possuídos, até a atualidade, muitas mudanças legislativas ocorreram.

Durante todo o período do Brasil Colonial, quando as capitânicas hereditárias fixavam políticas que convalidavam à realeza, todos os minérios pertenciam à Coroa. Sua exploração dependia da autorização do monarca (sistema Regaliano), que recebia o pagamento do quinto (20%) do metal extraído, que foi reduzido para o dízimo, a partir do Alvará, em 1803 (FEIGELSON, 2014).

Tanto o sistema Regaliano quanto a teoria do Metalismo, influenciaram a sociedade brasileira gerando consequências sociais e políticas na colônia; a exemplo, a Inconfidência Mineira, que consistiu num movimento separatista que ocorreu em 1789, tendo como principal motivo a incidência da derrama, que era uma cobrança instituída pela coroa portuguesa para a arrecadação, por parte da população, de valores, a fim de completar as cotas mínimas da exploração do ouro (FEIGELSON, 2014), já em decadência.

Após a Independência do Brasil, a lei de 1823 ratificou o sistema Regaliano, apenas o afinando à nova situação política. A Constituição de 1824 modificou esta configuração, pois entendia que os recursos minerais eram parte acessória do solo onde eles se encontravam; assim, quem fosse o detentor da propriedade seria detentor de todos os recursos minerais que pudesse extrair de seu subsolo. Tal sistema ficou conhecido como Acesso (BERCOVICI, 2011a).

A garantia plena ao direito de propriedade manteve-se na Carta Magna de 1891, que inovou em definir, como competência da União, legislar sobre questões pertinentes ao Direito Minerário¹. Sob este regime constitucional havia as minas de propriedade da União, as de propriedade dos Estados e as minas de propriedade particular.

Podemos visualizar, portanto, que primeiramente os bens minerais pertenciam à Coroa Portuguesa e, por um breve momento, passaram ao recente Estado Brasileiro independente, para que, por fim, com o reconhecimento da plenitude da propriedade, fosse para as mãos dos particulares, donos das propriedades, podendo, apenas, haver a limitação deste direito com o objetivo de trazer melhorias para a indústria da mineração, visando, desta forma, a um interesse maior, ou seja, a utilização dos recursos minerais como forma de obter desenvolvimento econômico.

3 A NACIONALIZAÇÃO DOS RECURSOS MINERAIS E O INÍCIO DA ATUAÇÃO DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS NO RAMO DA MINERAÇÃO NO BRASIL

À partir de 1930 o Brasil verá uma enorme expansão de seu mercado interno, principalmente por força da industrialização. O nacionalismo econômico, promovido na época por Getúlio Vargas e seu Nacional Desenvolvimentismo, vai buscar maior independência econômica do país, quando se estabelecerá o controle do Estado sobre seus recursos minerais, pois se reconhecerá que tais recursos são estratégicos para o desenvolvimento nacional.

Segundo Caio Prado Júnior (1971, p. 269), em sua obra *História Econômica do Brasil*, em relação ao desenvolvimento da siderurgia no país,

Ainda ocorrerá outro obstáculo oposto a seu desenvolvimento: será o controle exercido sobre as principais jazidas brasileiras de ferro por grupos financeiros internacionais. Desde antes da guerra, vários desses grupos tinham adquirido a maior parte das vastas áreas do Estado de Minas Gerais onde se encontram as ocorrências do minério. Dentre elas se destaca a Itabira Iron Ore Co., ligada às casas Rothschild, Baring Bros. e E. Sassel, e que fez suas aquisições em 1911. Mas o objetivo de tais grupos era apenas obter o controle das reservas brasileiras e impedir seu acesso a concorrentes; não se interessavam em explorá-las, e por isso permanecerão inativos, apesar dos contratos e obrigações em contrário existentes.

Assim sendo, é necessário fazer algumas ponderações acerca da participação de empresas estrangeiras em atividade no país. O trecho retirado do livro de Caio Prado Júnior é o primeiro indício de que recursos estratégicos, como os recursos minerais e o petróleo, não devem ser explorados ou estar sob domínio externo. É por isso que será tão importante a nacionalização destes recursos feitos com a Revolução de 1930, que entrará em conflito tanto com a iniciativa privada nacional quanto com grandes grupos econômicos internacionais que sempre se fazem presentes, seja de forma direta ou indireta, no momento da definição sobre as políticas nacionais de aproveitamento dos recursos minerais.

A Constituição Federal de 1934, desta forma, modificou, de maneira brusca, os paradigmas do Direito Minerário (FEIGELSON, 2014), pois passou-se a aceitar o conceito dualista que separa as propriedades do solo com as do subsolo,² além de condicionar a exploração dos recursos minerais a uma autorização ou concessão federal em seu artigo 119, porém dando preferência ao proprietário do solo na exploração das jazidas, em seu

¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1891. *In verbis*: “Art. 34 – Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[...]

29º) legislar sobre terras e minas de propriedade da União;” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 1º abr. 2019.

² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CF 34). *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1934. *In verbis*: “Art. 118 – As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d’água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 1º abr. 2019.

parágrafo 1º. Ainda neste mesmo parágrafo percebe-se um viés nacionalista por parte da Carta Magna ao expressar que as autorizações ou concessões seriam oferecidas somente a brasileiros e a empresas organizadas no nosso país.³

Não foi sem resistência que tais mudanças foram recepcionadas. O Código de Minas de 1934 (Decreto nº 24.642/34) recebeu uma enxurrada de críticas, e juristas defenderam sua inconstitucionalidade. O primeiro ponto levantado era a data de sua publicação, pois, apesar de ser datado no dia 10 de julho, só foi publicado no dia 20 de julho, ou seja, 4 dias depois da promulgação da CF de 1934, que se deu em 16 de julho de 1934. A questão é que o artigo 18 das Disposições Constitucionais Transitórias aprovou todos os atos do governo provisório somente até a data da promulgação da CF de 34. Como a publicação se deu depois da promulgação da Constituição, este motivo permitiria a alegação da inconstitucionalidade do Decreto. Além deste fator, outros, como a incorporação das jazidas desconhecidas ao patrimônio nacional, receberam alegações de inconstitucionalidade, pois feria o direito de propriedade e seu domínio ilimitado, que deveria também abranger a propriedade do subsolo (BERCOVICI, 2011a). Tais argumentações não encontraram respaldo na nova CF, que não somente consolidava o conceito dualista, mas também inseria a concepção de função social da propriedade, inspirada na Constituição de Weimar, e que limita o direito de propriedade em prol dos interesses sociais e coletivos.

A CF de 1937, promulgada no Estado Novo de Getúlio Vargas, manteve o viés nacionalista em relação ao subsolo e constitucionalizou o artigo 85 do Código de Minas de 1934, que previa a nacionalização progressiva de minas e jazidas que seriam consideradas essenciais econômica ou militarmente para o país.⁴

Em 1940 foi promulgado um novo Código de Minas (Decreto-Lei nº 1985), que avançou mais um passo rumo à nacionalização dos recursos minerais e, em seu artigo 6º, determinou que as sociedades de mineração somente poderiam ter brasileiros como sócios.⁵ Houve também um aperfeiçoamento na distinção de mina e jazida, além de manter-se a concessão para a exploração da jazida, e enquanto esta não for concedida a mina não pode ser explorada de forma legítima (BERCOVICI, 2011a).

As Constituições de 1946 e de 1967 não apresentaram mudanças significativas em relação à exploração dos recursos minerais e à necessidade de concessão federal que será dada a brasileiros ou a sociedades organizadas no país (FEIGELSON, 2014). Nesta última, houve a inovação de garantir ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra,⁶ disposição que permanece até hoje.

A partir de 1964, entretanto, a política mineral no Brasil sofreu severas modificações visando a atender os interesses das empresas multinacionais, quando o artigo 6º do código de minas de 1940, mencionado anteriormente e que proibia empresas e sócios estrangeiros na mineração, foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Como as Constituições de 1946 e de 1967 não possuíam restrições ao capital estrangeiro na mineração, e com a promulgação do código de mineração de 1967, que excluiu qualquer restrição à participação estrangeira na atividade minerária, observou-se um movimento muito forte de internacio-

³ CF 34. “Art. 119 – O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.”

§ 1º – As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou co-participação nos lucros.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁴ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1937. *In verbis*: “Art. 144 – A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quedas d’água ou outras fontes de energia assim como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 19 abr. 2019.

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 1985, de 29 de Janeiro de 1940. Código de Minas. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1940. *In verbis*: “Art. 6º O direito de pesquisar ou lavar só poderá ser outorgado a brasileiros, pessoas naturais ou jurídicas, constituídas estas de sócios ou acionistas brasileiros.” Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-1985-29-janeiro-1940-412009-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 maio 2019.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1967. *In verbis*: “Art. 161 – As jazidas, minas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.
[...]

§ 2º – É assegurada ao proprietário do solo a participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.” Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

nalização do aproveitamento dos recursos minerais brasileiros (BERCOVICI, 2011a). Tal ato se contradiz com o período histórico da Ditadura Militar, que, se por um lado era autoritário, em outras questões foi negligente, permitindo a ação incontrolada de empresas estrangeiras sobre recursos naturais estratégicos para o desenvolvimento econômico do Brasil.

4 A ABORDAGEM NACIONALISTA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os bens minerais constituem parte da riqueza de um determinado território, e tem o condão de revolucionar a economia de um país. Destarte, nossa Constituição de 1988 deu a esses bens um enfoque nacionalista, expressando em seu artigo 20, inciso IX, que os recursos minerais fazem parte dos bens da União.

Não se pode deixar bens tão importantes à mercê da decisão daqueles que são donos das propriedades onde estão localizadas reservas minerais, como minas de cobre, ouro, etc. A Carta Magna define como bem da União, para que esta decida a forma de exploração que se terá destes bens. Nas palavras de Nelson Ribeiro (1989, p. 70),

Reconheceu, assim, a Constituição, que os recursos minerais são bens econômicos que pertencem à sociedade como um todo. Por isso mesmo, não podem ser tratados como propriedade daquele que os descobriu, no seu exclusivo interesse particular, pois, seria uma violência contra o interesse social que é inerente à natureza desses bens.

O parâmetro nacionalista que a CF 88 impôs no parágrafo 1º do artigo 176,⁷ foi alvo de polêmicas à época, pois o texto constitucional permitia apenas brasileiros ou empresas brasileiras de capital nacional (definido pelo artigo 171, II)⁸ na pesquisa e lavra de recursos minerais, colocando o interesse nacional acima de qualquer outro, dando privilégios aos brasileiros e às empresas efetivamente brasileiras, ou seja, empresas onde quem detenha seu controle efetivo seja pessoa física residente e domiciliada no país, como definia o artigo 171, inciso II, revogado pela emenda de nº 6, que também modificou a redação do parágrafo 1º do artigo 176.

O capital estrangeiro não fica impedido de ser aplicado; contudo, como em uma empresa é o capital que define o poder decisório, a Carta Magna vem para garantir que este poder decisório esteja nas mãos de brasileiros em prol da nossa nação.

É importante frisar que as Disposições Transitórias trazem duas disposições que buscam realizar as mudanças de maneira não traumática. A primeira estabelece o prazo de 4 anos para que a iniciativa privada possa se nacionalizar, constante no artigo 44, caput, das Disposições Transitórias, e a segunda, presente no parágrafo

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF 88). *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988. *In verbis*: “Art. 176. 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, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

⁸ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas – *Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95*”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

⁸ CF 88. *In verbis*: “Art. 171. São consideradas:

[...]

II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. *Revogado pela Emenda Constitucional nº 6, de 15/08/95*”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 abr. 2019.

fo 1º deste mesmo artigo, dispõe uma exceção em relação às empresas brasileiras,⁹ que, mesmo não sendo de capital nacional, foram constituídas sob nossas leis, e, desta forma, poderão continuar com suas atividades, desde que industrializem o seu produto no país.

O produto mineral industrializado, segundo Nelson Ribeiro (1989), representa 25% do PIB, enquanto os minérios *in natura* não chegam nem aos 4%, sendo de extrema importância para a política econômica do Brasil que estes produtos sejam manufaturados no país. Assim, o constituinte reconheceu que o maior significado econômico dos recursos minerais não está na sua simples extração e comercialização, mas, sim, no processo de industrialização que esses recursos poderiam ensejar.

5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 6 DE 1995 E A PRIVATIZAÇÃO DA COMPANHIA VALE DO RIO DOCE

O discurso populista de afastamento do Estado nas decisões e relações econômicas na década de 90, fez que com diversas normas complementares à Constituição não fossem elaboradas, entre elas o novo Código de Mineração.

Uma reforma administrativa em 1990 extinguiu o Ministério de Minas e Energia, incorporando-o ao Ministério de Infraestrutura, desestabilizando a atuação de órgãos como o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), que, com a Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994, a transformou em uma autarquia, mas sem lhe conceder todos os meios necessários para que o órgão pudesse fiscalizar o setor mineral e conceder licenças de forma adequada. A Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais teve de licitar todas suas áreas pesquisadas e as repassar para a iniciativa privada (BERCOVICI, 2011a).

Rapidamente, a queda nos investimentos no setor de mineração foi atribuída às cláusulas nacionalistas e restritivas de capital contidas na CF de 1988, entretanto, em verdade, a realidade é que houve uma queda nos investimentos feitos pelo poder público (BERCOVICI, 2011a), mas o argumento prosperou e houve a aprovação da EC de nº 6, de 15 de agosto de 1995, que modificou a orientação nacionalista no texto constitucional, firmada desde 1934.

A EC nº 6 revogou o artigo 171, que diferenciava a empresa brasileira da empresa brasileira de capital nacional. Ou seja, a proteção a empresas autônomas, financeira e tecnologicamente, das multinacionais, foi retirada do texto constitucional, modificando a posição ideológica adotada pelo constituinte originário. O artigo 170, inciso IX, também foi modificado para garantir tratamento diferenciado às empresas brasileiras de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país, e não apenas às empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

O artigo 176, §1º, também foi modificado, eliminando as restrições da exploração dos recursos minerais brasileiros para empresas multinacionais, bastando que constituam filial sob as leis brasileiras, com sede e administração no país. A lei de nº 9.314 de 97 vem para regulamentar a participação do capital estrangeiro na mineração.

O Brasil, à época, tinha três empresas estatais responsáveis pela maior parte do desenvolvimento tecnológico do país e de sua infraestrutura. Tais empresas globais, pelo seu tamanho, capacidade técnica, financeira e organizacional para operar tanto no país como no exterior, eram a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), a Petrobrás e o Sistema Telebras. No Estado, contudo, ao invés de fortalecer estas empresas e dotá-las de maior capacidade operacional, reforçando o controle público e a transparência de seus recursos, o presidente Fernando Henrique Cardoso, em seu governo, optou por desmantelá-las, ao cortar investimentos e desestruturar

⁹ BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *In verbis*: “Art. 44. As atuais empresas brasileiras titulares de autorização de pesquisa, concessão de lavra de recursos minerais e de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em vigor terão quatro anos, a partir da promulgação da Constituição, para cumprir os requisitos do art. 176, § 1º.

§ 1º Ressalvadas as disposições de interesse nacional previstas no texto constitucional, as empresas brasileiras ficarão dispensadas do cumprimento do disposto no art. 176, § 1º, desde que, no prazo de até quatro anos da data da promulgação da Constituição, tenham o produto de sua lavra e beneficiamento destinado à industrialização no território nacional, em seus próprios estabelecimentos ou em empresa industrial controladora ou controlada.”

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 3 abr. 2019.

turar suas finanças, com o objetivo de justificar a privatização da maior parte delas. Com a fragmentação das empresas estatais de infraestrutura, houve a substituição, na maioria dos casos, do monopólio estatal pelo monopólio ou oligopólio estrangeiro.

O governo Fernando Henrique Cardoso, ao privatizar a CVRD, ignorou o papel que esta empresa estatal tinha no desenvolvimento econômico regional do nosso país, e isso fez com que perdêssemos parte de nossa capacidade autônoma de decisão sobre a política econômica e uma empresa essencial para o planejamento do desenvolvimento nacional. A CVRD não era totalmente voltada para a mineração e exportação, mas possuía a capacidade autônoma de atrair investimentos e parcerias, considerada como um vetor de dinamização econômica e integração produtiva nacional (BERCOVICI, 2011a). Várias empresas, que se habilitaram para participar do leilão de privatização da Companhia Vale do Rio Doce, conseguiram informações estratégicas sobre os recursos minerais do nosso subsolo; empresas estas que eram competidoras da CVRD. Desta forma, as pesquisas e exploração mineral do nosso país ficaram nas mãos das empresas multinacionais.

6 O CONTEXTO ATUAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 6 DE 1995

Sob um ponto de vista imperialista, a EC 6/95 explica-se, pois os Estados, em suas relações com os outros, atuam como se agentes privados fossem, em razão da estreita relação entre estes e o capital privado. O poder econômico, de fato, influencia o Estado a adotar normas legais de conteúdo econômico que sejam favoráveis a seus interesses, e tais medidas, que têm o condão de aumentar o crescimento econômico, acarretam uma maior arrecadação de tributos por parte do Estado. Tal fator, em uma economia capitalista como a nossa, é normal e, muitas vezes, favorável a ambas as partes. Segundo Vicente Bagnoli (2009, p. 68), entretanto,

Quando esses interesses privados decorrem de instituições cuja sede encontra-se no Império, os Estados podem acabar por sujeitarem-se aos mandos do Império, que atua em causa própria, ou seja, na própria defesa do interesse dos seus entes particulares que a eles estão associados, constituindo algo único.

Desta forma, em consonância com esse pensamento, Washington Peluso Albino de Souza (2002, p. 545) afirma acerca da aprovação da Emenda Constitucional nº 6/95:

Podemos considerar esta modificação como modalidade de “abertura” da economia brasileira pela “inclusão” dos capitais estrangeiros, mas havemos de aquilatar também os consequentes efeitos de “exclusão” dos nacionais ante à nossa reconhecida condição de economia periférica, em inferioridade de recursos competitivos.

Assim, é válido afirmar que a emenda possibilitou a “inclusão” do capital estrangeiro no setor da mineração ao preço da efetiva “exclusão” do capital nacional, pois, ao retirar da Constituição Federal a distinção entre empresa de capital nacional e empresa de capital estrangeiro, permitiu que este pudesse ser investido no setor de mineração brasileiro massivamente. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Mineração (Ibram), no período de 2012-2016 foi registrado pelo Instituto a aplicação de US\$ 75 bilhões, representando um novo recorde para o setor no Brasil (IBRAM, 2015).

O que se observa é que atualmente a mineração brasileira exporta apenas *commodities*, ou seja, produtos que passaram por quase nenhum tipo de processo que lhes agregue valor. Conforme dados do Ibram (2019), em seu relatório anual de 2018-2019, 68% das exportações minerais do Brasil são de minério de ferro, que, de acordo com o site da Vale (2019),¹⁰ maior produtora deste minério no Brasil, consiste na forma mais rudimentar do ferro. Este sim é utilizado grandemente na indústria e pode ser obtido por meio de um longo processo de transformação fabril do minério de ferro, mas tal processo não se dá em nosso país, apenas a extração. Outro minério no qual o Brasil é um dos maiores exportadores do mundo é a bauxita, que é a forma primária do alumínio (BAUXITA, 2019), material de extrema importância para a indústria mundial. Assim sendo, podemos perceber que esse aporte de investimentos estrangeiros não vem para o país de forma a gerar inovação e desenvolvimento da indústria local; o que se busca são recursos minerais de baixo valor agregado para serem utilizados na indústria destes mesmos países como matéria-prima.

¹⁰ Nome da antiga Companhia Vale do Rio Doce.

Outra consequência da EC 6/95 é que a tecnologia necessária para realizar a atividade minerária não é produzida no país, ou seja, não se introduziu uma estrutura de desenvolvimento tecnológico e inovação voltada a criar novas máquinas e/ou melhorar os processos de extração mineral no país, exatamente porque objetiva-se suprir uma demanda externa. O aparelhamento utilizado não é produzido nacionalmente, e, portanto, não há difusão tecnológica, pois a tecnologia necessária vem de fora para ser aplicada aqui (MONTEIRO, 2005).

Com relação à soberania econômica, que está prevista no artigo 170, I,¹¹ da Constituição Federal, precisamos nos atentar que tal disposição objetiva tornar possível a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional, com o objetivo maior de garantir o desenvolvimento nacional presente no artigo 3º, II, da CF.¹² Destarte, diversos dispositivos na Constituição vigente têm como objetivo a redução das vulnerabilidades externas do país, para que possamos resistir a desestabilizações e choques econômicos alheios ao nosso controle. Entende-se por soberania econômica a capacidade de decidir acerca das políticas econômicas de forma autônoma (BERCOVICI, 2011b).

Quando a Constituição trouxe a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, diferenciando, assim, o capital estrangeiro do nacional, buscava-se privilegiar as empresas nas quais seu controle estava, efetivamente, no poder de agentes econômicos nacionais com o escopo de fomentar o desenvolvimento econômico e tecnológico do país. A questão do capital estrangeiro e sua distinção com o nacional sempre esteve atrelada às decisões de impacto político e econômico, que, em alguns casos, como o da mineração, foi transferida para o exterior.

A exclusão da verdadeira empresa brasileira e a anulação de suas defesas, antes garantidas pelo texto constitucional, fez com que esta sofresse perdas em relação a sua capacidade de produção e comercialização, ficando dependente da tecnologia estrangeira e padecendo da falta de recursos em razão da própria descapitalização da economia nacional, que coloca estas empresas em inferioridade na concorrência dos mercados, tanto nacional quanto internacional (SOUZA, 2002).

A política mineral brasileira encontra-se num momento em que há um número imenso de exportação de produtos que não sofreu quase nenhuma transformação industrial. A década de 90 foi marcada como um período de forte desindustrialização, que se diferencia de outros países mais desenvolvidos, quando houve a transferência da indústria pesada para outros setores mais tecnologicamente avançados, ou para o setor de serviços, tendo ocorrido no Brasil, em sentido contrário, uma regressão, e a mão de obra foi transferida para o setor agrário ou para o setor minerador extrativo, a exemplo, havendo um aumento na exportação de produtos primários de baixo valor agregado, ocorrendo uma baixa no dinamismo econômico e o desemprego (BERCOVICI, 2011a).

Como ressalta Bercovici (2011b), no entanto, nada impede que a legislação ordinária estabeleça certas distinções favorecendo o empreendimento de capital nacional em detrimento daquele de capital estrangeiro, pois a revogação do artigo 171 da CF/88 apenas estabelece uma situação em que não há mais o imperativo constitucional em realizar esta distinção, pois a preferência antes era obrigatória.

Tais distinções em benefício da empresa de capital nacional encontram respaldo em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988. Além do já citado artigo 3º, inciso II, que trata da garantia do desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República, e o artigo 170, que, em seu inciso I coloca

¹¹ CF 88: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional; [...]". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

¹² CF 88: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

II – garantir o desenvolvimento nacional; [...]". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2019.

como princípio da ordem econômica a soberania nacional, temos os artigos 218 *caput* e § 1º e 219 *caput*,¹³ que tratam sobre o incentivo que deve ser provido pelo Estado ao desenvolvimento científico, à inovação e à autonomia tecnológica. Assim sendo, o Estado pode adotar uma postura mais protetiva, contornando os efeitos da EC nº 6/95, principalmente em relação à gestão dos recursos minerais.

7 CONCLUSÃO

Observamos que, ante o passado extrativista dos recursos minerais e os seus primeiros impulsos regulatórios no período pós-independência, quando se reconheceu a plena propriedade privada, não havendo separação dos bens do solo e do subsolo, sua exploração nunca foi, de fato, totalmente separada do interesse nacional, pois poderia ser limitada, visando o desenvolvimento econômico. A revolução de 1930 e o Nacional Desenvolvimentismo de Getúlio Vargas buscou centralizar, de maneira mais intensa, a exploração destes recursos, promovendo sua ampla nacionalização, de forma a desenvolver a indústria nacional. Esta perspectiva nacionalista, mesmo tendo sido flexibilizada no período do regime militar, foi reforçada pela Constituição Federal de 1988. Como restou demonstrado neste trabalho, no entanto, a aprovação da EC nº 6 de 1995 e a modificação que esta provocou na posição ideológica adotada originariamente pela CF de 1988 em relação à exploração dos bens minerais, representou um retrocesso para o desenvolvimento industrial do nosso país.

Os recursos minerais fazem parte de nossa riqueza, mas a aprovação da emenda fez com que diversas empresas estrangeiras adquirissem empresas brasileiras (MONTEIRO, 2005), resultando num processo de grande concentração de capitais e pouquíssima difusão de tecnologia de mineração. O controle do capital não é feito em âmbito nacional, e o que se percebe é que não se consegue enraizar um processo de desenvolvimento econômico regional. O país perdeu grande parte do controle dos recursos minerais e parte do potencial em desenvolver suas indústrias e tecnologias, dando espaço à ampla exportação dos *commodities* e se desindustrializando.

Para a superação desta problemática, o país necessita de uma reestruturação produtiva e tecnológica, adotando uma política mineral que busque favorecer a empresa de capital nacional em detrimento da empresa de capital estrangeiro (estando esta ação respaldada pela Constituição e podendo ser feita por meio de lei ordinária), além de um Estado forte e empreendedor que seja capaz de retomar o processo de desenvolvimento encarando os recursos minerais como recursos estratégicos, capazes de dinamizar e fortalecer a indústria nacional, abandonando as políticas privatizantes e promovendo uma integração social e política de toda a população, em vistas de construir um Estado verdadeiramente autônomo.

Por fim, retornamos aos ensinamentos de Celso Furtado, de que, para nós, países de periferia, o desenvolvimento é um mito. Acreditamos que podemos ter os mesmos padrões de consumo que um país considerado de centro, mas, enquanto formos meros exportadores de seus itens de necessidade, e não produtores de novas tecnologias e pesquisas sustentáveis (CAVALCANTI, 2003), ainda estaremos correndo atrás deste mito.

8 REFERÊNCIAS

- BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico: os limites jurídicos do imperialismo frente aos limites econômicos da soberania*. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus Jurídico, 2009.
- BAUXITA. *Mineração Rio do Norte*. Disponível em: <http://www.mrn.com.br/paginas/pt/sobre-a-mrn/perfil/bauxita.html>. Acesso em: 27 ago. 2019.
- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2011a.

¹³ CF 88:

“Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015).

[...]

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. [...]”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 out. 2019.

- BERCOVICI, Gilberto. Soberania econômica e regime jurídico do capital estrangeiro no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 95-110, jan./mar. 2011b.
- BRASIL. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 3 out. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF 88). *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 1º out. 2019.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 (CF 34). *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 1º out. 2019.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 1º out. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de Março de 1940. Código de Mina. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1985.htm. Acesso em: 15 out. 2019.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. *Diário Oficial da União*. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 15 out. 2019.
- CAVALCANTI, Clóvis. Meio Ambiente, Celso Furtado e o Desenvolvimento como Falácia. *Ambiente & Sociedade*, vol. V, n. 2, ago./dez. 2002; vol. VI, n. 1, jan./jul. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v5n2/a05v5n2.pdf>. Acesso em: 3 out. 2018.
- FEIGELSON, Bruno. *Curso de Direito Minerário*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.
- IBRAM. Instituto Brasileiro de Mineração. *Informações sobre a Economia Mineral Brasileira 2015*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.ibram.org.br/sites/1300/1382/00005836.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019. p. 18.
- IBRAM. Instituto Brasileiro de Mineração. *Relatório Anual de Atividades*: julho de 2018-junho de 2019. Disponível em: <http://portaldaminerao.com.br/ibram/wp-content/uploads/2019/07/relatorio-anual-2018-2019.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2019. p. 43.
- MINÉRIO DE FERRO E PELOTAS. *Vale*. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/business/mining/iron-ore-pellets/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 27 ago. 2019.
- MONTEIRO, Maurílio de Abreu. Meio século de mineração industrial na Amazônia e suas implicações para o desenvolvimento regional. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 19, n. 53, jan./abr. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142005000100012. Acesso em: 29 set. 2019.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1971.
- RIBEIRO, Nelson. As macroperspectivas do Direito minerário a partir da nova Constituição. *Revista de Informação Legislativa*, a. 26, n. 102, abr./jun. 1989.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DOS PRESSUPOSTOS DE VALIDADE PARA A PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.206-220>

Recebido em: 10/10/2019

Aceito em: 18/11/2019

Odone Sanguiné

Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Porto Alegre, RS, Brasil). Pós-doutor em Direito pela Washington University School of Law in Saint Louis e pela Universiteit Utrecht. Doutor em Direito pela Universitat Autònoma de Barcelona. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consultor e advogado. <http://lattes.cnpq.br/2743320461743943>. odonesang@hotmail.com

Felipe Montenegro Viviani Guimarães

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (São Paulo, SP, Brasil). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Consultor e Advogado. <http://lattes.cnpq.br/8275245634112417>. <https://orcid.org/0000-0003-2632-118X>. felipemvg@hotmail.com

RESUMO

Este artigo trata da prorrogação das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes (ou prorrogação por interesse público). Seu objetivo é verificar os pressupostos de validade dessa espécie de prorrogação – considerada pelo poder Executivo federal como um dos principais instrumentos para incentivar novos investimentos privados em setores de infraestrutura fundamentais para o desenvolvimento do Brasil. O método de abordagem do tema é o dedutivo, e o método de pesquisa, o bibliográfico. Por fim, a principal conclusão deste artigo é que os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público são: (i) previsão em lei; (ii) outorga precedida de licitação; (iii) previsão no edital de licitação; (iv) concessão em vigor; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes e (ix) qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

Palavras-chave: Direito administrativo. Serviço público. Concessão. Prorrogação. Pressupostos de validade.

THE VALIDITY PRESUPPOSITIONS FOR THE PUBLIC INTEREST PROROGATION OF PUBLIC SERVICE CONCESSIONS

ABSTRACT

This article deals with the prorogation of public service concessions for mere reasons of convenience and opportunity of the parties (or public interest prorogation). Its purpose is to verify the validity presuppositions of this species of prorogation – considered by the federal Executive Branch as one of the main instruments to encourage new private investments in key infrastructure sectors for the development of Brazil. The method of approach of the theme is the deductive, and the research method, the bibliographic. Finally, the main conclusion of this article is that the validity presuppositions of the public interest prorogation are: (i) provision in law; (ii) grant preceded by public bidding; (iii) provision in the bid notice; (iv) concession in force; (v) non realization of public interest prorogation previously; (vi) faithful fulfillment of the contract by the concessionaire; (vii) advantage of the measure; (viii) agreement between the parties; and (ix) qualification in the Investment Partnership Program – PPI.

Keywords: Administrative law. Public service. Concession. Prorogation. Validity presuppositions.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Espécies de prorrogação. 2.1 Prorrogação por emergência. 2.2 Prorrogação por reequilíbrio. 2.3 Prorrogação por interesse público. 2.3.1 Subespécies de prorrogação por interesse público. 2.3.1.1 Prorrogação comum. 2.3.1.2 Prorrogação antecipada. 3 Pressupostos de validade. 3.1 Previsão em lei. 3.2 Outorga precedida de licitação. 3.3 Previsão no edital de licitação. 3.4 Concessão em vigor. 3.5 Não realização de prorrogação por interesse público anteriormente. 3.6 Fiel cumprimento do contrato pela concessionária. 3.7 Vantajosidade da medida. 3.8 Consenso entre as partes. 3.9 Qualificação no PPI. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo analisaremos o instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público, mais especificamente a prorrogação por meras razões de conveniência e oportunidade das partes ou, simplesmente, prorrogação por interesse público.

A referida análise justifica-se por diversas razões. Em primeiro lugar, porque a prorrogação por interesse público de inúmeras concessões foi autorizada, recentemente, no Brasil, por diversos atos normativos, de modo que o interesse teórico e prático pelo tema realmente é muito grande neste momento em nosso país.¹ Em segundo lugar, porque a prorrogação por interesse público constitui questão de monta, que afeta a vida de milhares de usuários, em geral por muitos anos, merecendo, pois, estudo acurado. E, em terceiro lugar, porque existem poucos artigos tratando, especificamente, da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público, razão pela qual o presente trabalho buscará contribuir para o aprofundamento dos conhecimentos científicos sobre esse instituto do Direito Administrativo.

Assim sendo, nosso objetivo consiste em verificar os pressupostos de validade para a realização da prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. E nossa hipótese de pesquisa é que esses pressupostos são bastante rígidos, dado o caráter excepcional do instituto da prorrogação.

O método de abordagem do tema é o dedutivo. E o método de pesquisa, o bibliográfico, consubstanciado na interpretação das diversas normas jurídicas (constitucionais e infraconstitucionais) que regulam o instituto da prorrogação no Brasil, à luz da jurisprudência e da doutrina.

Por fim, o presente artigo está dividido, basicamente, em duas seções. Na primeira, apresentaremos as espécies de prorrogação das concessões de serviço público, com vistas a determinarmos as características específicas da prorrogação por interesse público. Na segunda, verificaremos os pressupostos de validade para a realização dessa espécie de prorrogação. E, ao final, exporemos, resumidamente, nossas principais conclusões.

2 ESPÉCIES DE PRORROGAÇÃO

Em âmbito constitucional, o fundamento normativo do instituto jurídico da prorrogação das concessões de serviço público reside na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), artigo 175, parágrafo único, I, a qual estabelece que a lei disporá, entre outras matérias, sobre a “prorrogação” dessas concessões.

No exercício da competência legislativa anterior, foram editadas diversas leis ordinárias (gerais e setoriais) regulando a prorrogação das concessões de serviço público. Exemplos: (i) a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), artigos 18, XIV; 23, XII; e 42, §§ 2.º e 3.º; (ii) a Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas), artigos 3.º, *caput* e §1.º; 5.º, *caput* e I; e 11; (iii) a Lei 12.783/13 (Lei de Prorrogação do Setor Elétrico), artigos 1.º a 16; 21, III; e 26; (iv) a Lei 12.815/13 (Lei do Setor Portuário), artigos 57, 62, 66 e 67 e (v) a Lei 13.448/17 (Lei de Prorrogação dos Setores Rodoviário e Ferroviário), artigos 1.º a 11; 22; 24 a 27; 30 e 32.

¹ Cf., no âmbito do Estado de São Paulo, a recente Lei 16.933/19, artigos 1º a 7º, 16 e 17.

A interpretação sistemática das diversas leis gerais e setoriais sobre a matéria permite-nos concluir que a prorrogação das concessões de serviço público – ou seja, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies, a saber: (i) a prorrogação por emergência; (ii) a prorrogação por reequilíbrio e (iii) a prorrogação por interesse público, que se subdivide, por sua vez, em: (a) prorrogação comum e (b) prorrogação antecipada.^{2, 3}

Vejam, então, quais são as características específicas dessas espécies de prorrogação, especialmente da última delas.

2.1 Prorrogação por emergência

A prorrogação por emergência visa a garantir a continuidade da prestação do serviço público concedido. Ela é realizada quando, próximo ao final da concessão, o Poder Concedente verifica que não tem condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo tempo necessário para o Poder Concedente preparar-se para prestar, diretamente, o serviço público ou realizar a licitação pública para nova outorga da atividade – em regra, de 6 a 24 meses.

Essa espécie de prorrogação está prevista, entre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu artigo 32, que, se houver “estudo ou licitação em andamento”, e se não houver “tempo hábil para que o vencedor do certame assuma o objeto do contrato”, o Poder Concedente poderá “estender o prazo do contrato, justificadamente, por até vinte e quatro meses, a fim de que não haja descontinuidade na prestação do serviço”.⁴

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por emergência. Com efeito, no AgRg no AREsp 481.094/RJ, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, para evitar a “paralisação na prestação do serviço de transporte”, “em completa afronta ao princípio da continuidade”, uma permissão de serviço público pode ser prorrogada pelo prazo necessário à “conclusão do procedimento licitatório” (no caso, foi autorizada a prorrogação por “até um ano”), se, “em razão da desmobilização da infraestrutura estatal”, for verificada a “impossibilidade de o ente público assumir, de forma direta, a prestação do referido serviço” ao término da outorga (BRASIL, 2014).

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por emergência das concessões de serviço público. De fato, Dallari (1988, p. 83-88) ensina que, “com fundamento no princípio da continuidade do serviço público”, e com vistas a “evitar a interrupção abrupta e instantânea de um determinado serviço” público (“que, por definição, é essencial”), “o poder público pode determinar ao concessionário que permaneça executando esse serviço por mais algum tempo”, “até a sua integral regularização, o que se dará mediante a celebração de novas concessões, precedidas do indispensável procedimento licitatório”.⁵

² Propomos as expressões “prorrogação por emergência”, “prorrogação por reequilíbrio” e “prorrogação por interesse público” (“comum” ou “antecipada”) para denominar as espécies de prorrogação das concessões de serviço público por sua relativa clareza e concisão. Não obstante, reconhecemos que a expressão “prorrogação por interesse público” não é ideal, mas, apenas, utilitária, uma vez que toda prorrogação visa, ao fim e ao cabo, a promover o interesse público – ademais, como toda medida administrativa destina-se a fazê-lo (finalidade genérica). Apesar desse problema de “rótulo”, buscaremos demonstrar, nas seções subsequentes, que as espécies de prorrogação das concessões de serviço público possuem características específicas inconfundíveis. Por fim, vale destacar que ainda existe grande divergência na doutrina acerca da terminologia adequada para nomear as espécies de prorrogação. Por exemplo, para denominar a prorrogação por emergência, Souto (2004, p. 404-406) utiliza a expressão “prorrogação emergencial”; Borges (2001, p. 861), a expressão “prorrogação excepcional”; e Nascimento (2017, p. 56), a expressão “prorrogação extraordinária”. Para designar a prorrogação por reequilíbrio, Schwind (2015, p. 495) faz uso da expressão “prorrogação-reequilíbrio”; Torgal (2011, p. 232), da expressão “prorrogação correctora” e Canto e Guzela (2017, p. 212), da expressão “prorrogação extraordinária”. Por fim, para nomear a prorrogação por interesse público, Andrade (2015, p. 215-216) lança mão da expressão “prorrogação por motivos de conveniência e oportunidade”; Freitas (2017, p. 178), da expressão “prorrogação premial”; e Guimarães (2017, p. 58), da expressão “prorrogações ordinárias”.

³ Algumas leis setoriais utilizam as expressões “prorrogação contratual” e “prorrogação antecipada” para denominar as subespécies de prorrogação por interesse público. Exemplo: a Lei 12.815/13, artigo 57; e a Lei 16.933/19, artigo 3.º, I. A nosso ver, todavia, a expressão “prorrogação contratual” merece crítica. É que tanto a “prorrogação não antecipada” quanto a “prorrogação antecipada” prorrogam um contrato de concessão de serviço público, podendo, pois, ser chamadas de “prorrogação contratual”. Eis a razão pela qual, sem desconhecer a terminologia legal (e, principalmente, sem deixar de informá-la ao leitor), preferimos, para designar as subespécies de prorrogação por interesse público, fazer uso das expressões “prorrogação comum” e “prorrogação antecipada”, as quais, a nosso juízo, denotam, mais corretamente, seu objeto.

⁴ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.783/13, artigo 9º, e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigo 16.

⁵ Cf., ainda: CÂMARA, 2014, p. 347; MORAIS, 1957, p. 447-457.

2.2 Prorrogação por reequilíbrio

A prorrogação por reequilíbrio visa a recompor a relação inicial entre os encargos e a remuneração da concessionária sem a elevação do valor das tarifas, a redução das obrigações da concessionária e/ou o comprometimento de recursos públicos. Ela é realizada em caso de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão, causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária (administrativa ou econômica), atribuído, contratualmente, ao Poder Concedente – nomeadamente, a alteração unilateral do contrato, o fato do príncipe, o fato da Administração, as sujeições imprevistas e o caso fortuito ou força maior. Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo necessário à integral recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial da outorga.

Essa espécie de prorrogação está prevista, entre outros, no Decreto 7.624/11, o qual, ao dispor sobre as condições para a exploração do serviço público aeroportuário pela iniciativa privada em regime de concessão, estabelece, em seus artigos 6.º e 18, II, que o prazo da outorga será definido pelo Poder Concedente, “podendo ser prorrogado uma única vez, por até cinco anos, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente da efetivação de riscos não assumidos pela concessionária no contrato”.⁶

A propósito, a jurisprudência já afirmou a juridicidade da prorrogação por reequilíbrio. Com efeito, no Acórdão 774/16, que respondeu à consulta formulada pela Secretaria de Portos da Presidência da República, suscitando dúvida sobre a aplicação do instituto da prorrogação por reequilíbrio, o Tribunal de Contas da União (TCU) disse, “em conclusão”, que a “recomposição econômico-financeira dos contratos de arrendamento portuário [que muito se assemelham aos contratos de subconcessão de serviço público]”⁷ poderá ser implementada, justificadamente, por meio de alargamento do prazo contratual” (BRASIL, 2016).

Por derradeiro, a doutrina também apoia a prorrogação por reequilíbrio das concessões de serviço público. De fato, Amaral (2012, p. 16-30) leciona que a prorrogação por reequilíbrio busca “corrigir eventual desequilíbrio econômico-financeiro” da concessão, tendo lugar – “independentemente de constar do contrato cláusula de prorrogação” – em razão de “desequilíbrio econômico-financeiro” causado pela concretização de “risco contido na álea extraordinária”, pelo prazo “estritamente necessário ao reequilíbrio”.⁸

2.3 Prorrogação por interesse público

A prorrogação por interesse público visa a promover a prestação adequada do serviço público. Ela é realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes⁹ e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade.¹⁰ Nesse caso, a concessão é prorrogada pelo prazo previsto em lei ou no próprio ajuste.

Essa espécie de prorrogação está prevista, entre outras, na Lei 9.472/97, a qual dispõe, em seu artigo 99, que o prazo de vigência das concessões do serviço público de telecomunicações será, no “máximo”, de “vinte anos”, podendo ser prorrogado “uma única vez, por igual período”, desde que a concessionária “tenha cumprido as condições da concessão” e aceite os “condicionamentos” propostos pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em vista das circunstâncias vigentes à época – entre outros, o “pagamento” pelo prolongamento da outorga do “direito de exploração do serviço”.¹¹

⁶ Cf., ainda: no âmbito federal, Resolução Antaq 3.220/14, artigo 14, III; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigos 4º, §2º; 5º, par. ún.; e 7º, §1º, 8.

⁷ MOREIRA NETO; FREITAS, 2015, p. 83-84, 88.

⁸ Cf., ainda: JUSTEN FILHO, 2016, p. 128-129, 131-134; SANTOS, 2006, p. 108-110.

⁹ Os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público serão apresentados na seção 2 deste texto.

¹⁰ Exemplo: (i) o pagamento pela prorrogação da outorga; (ii) a realização de novos investimentos na concessão e (iii) a extinção do caráter de exclusividade da outorga.

¹¹ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.074/95, artigo 19 c.c 25; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigo 3.º, I e II.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu a legitimidade da prorrogação por interesse público. Com efeito, no Acórdão 2.200/15, o TCU decidiu que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário “não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos”, desde que: (i) a celebração de tais ajustes tenha sido precedida de “regular procedimento licitatório” e (ii) a prorrogação seja condicionada à realização de “novos investimentos” na infraestrutura portuária (BRASIL, 2015a).

E, no Acórdão 2.253/15, o TCU considerou “constitucional” a prorrogação simultânea de 43 concessões do serviço público de distribuição de energia elétrica com vencimento até 2017 (desde que as concessionárias aceitassem as novas metas de qualidade e de gestão econômico-financeira definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica), porque entendeu caracterizadas “situações de exceção” que justificavam a não realização de licitação pública (BRASIL, 2015b).¹²

Por fim, a doutrina também admite a prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. De fato, Mello (2009, p. 57) argumenta que as concessões de serviço público podem ser prorrogadas “por simples convicção da conveniência e oportunidade administrativa da extensão de seu prazo”, neste caso, desde que haja: (i) “previsão legal autorizadora”; (ii) “possibilidade [...] acolhida no edital”; (iii) “bom desempenho do concessionário” e (iv) “interesse de ambos na continuidade daquele vínculo”.¹³

2.3.1 Subespécies de prorrogação por interesse público

Segundo o momento em que é realizada, a prorrogação por interesse público pode ser classificada em: (i) prorrogação comum e (ii) prorrogação antecipada.¹⁴

Vejam, então, no que consiste cada uma delas.

2.3.1.1 Prorrogação comum

Prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão.

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, entre outras, na Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu artigo 4.º, I, que a prorrogação comum das concessões dos serviços públicos rodoviário e ferroviário é aquela realizada ao “término da vigência do ajuste”.¹⁵

2.3.1.2 Prorrogação antecipada

Prorrogação antecipada é aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga.¹⁶

Essa subespécie de prorrogação por interesse público está prevista, entre outras, na Lei 12.783/13, a qual estabelece, em seu artigo 12, que o Poder Concedente poderá “antecipar os efeitos da prorrogação” das concessões do serviço público de energia elétrica, respeitado o limite máximo de antecipação de “até 60 (sessenta) meses do advento do termo contratual”.¹⁷

Vistas as características específicas da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada), vejamos, agora, seus pressupostos de validade.

¹² Outro precedente importante será a decisão que o TCU vier a tomar nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação da concessão da Rumo Logística Operadora Multimodal S/A referente à Malha Paulista (Rumo – Malha Paulista) – *leading case* em matéria de prorrogação antecipada de concessões ferroviárias na Corte de Contas. A propósito, a Agência Nacional de Transportes Terrestres já aprovou a referida prorrogação, que aguarda, agora, o aval do TCU. A Corte de Contas ainda não tem data para decidir sobre a matéria, mas o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União apresentou, recentemente, parecer recomendando a “rejeição” da prorrogação da Rumo – Malha Paulista “em razão da ausência de vantagem na prorrogação do contrato em relação à realização de nova licitação” (MINISTÉRIO PÚBLICO..., 2019).

¹³ Cf., ainda: GARCIA, 2015, p. 416-426; MARQUES NETO, 2015, p. 167-171.

¹⁴ Guimarães e Gaggiano (2017, p. 12) também entendem que “[a] distinção entre elas [ou seja, entre a prorrogação comum e a prorrogação antecipada] é mais cronológica do que de essência”, sendo certo que “[o] que distingue as duas medidas é o momento de implementação”.

¹⁵ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97, artigo 99; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigo 3º, I.

¹⁶ O limite máximo de antecipação varia caso a caso conforme a(s) finalidade(s) específica(s) da prorrogação antecipada, sendo balizada sua fixação pelo princípio da proporcionalidade (CRFB/88, artigo 1.º). Com efeito, Jêze (1950, p. 313) ensina que “[e]l número de años [leia-se: de anos de antecipação da prorrogação] depende de la naturaleza del servicio público y de las mejoras posibles” na concessão.

¹⁷ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 12.815/13, artigo 57; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigo 3º, II.

3 PRESSUPOSTOS DE VALIDADE

Pressupostos são as circunstâncias sem as quais a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) não pode ser realizada validamente.

Em nosso entendimento, esses pressupostos são: (i) previsão em lei; (ii) outorga precedida de licitação; (iii) previsão no edital de licitação; (iv) concessão em vigor; (v) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (vi) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (vii) vantajosidade da medida; (viii) consenso entre as partes e (ix) qualificação no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI.

Vejam, então, o fundamento de cada um deles.

3.1 Previsão em lei

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, primeiro, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista em lei.

É o que extraímos não apenas da reserva de lei estabelecida pela CRFB/88, artigo 175, *caput* (que exige autorização legislativa para a delegação de serviços públicos – e, coerentemente, para a prorrogação dessa delegação), mas também da Lei 8.666/93, a qual prevê, em seu artigo 92 c.c 124, que a “prorrogação” das concessões de serviço público “sem autorização em lei” constitui crime.

A propósito, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe autorização em lei. De fato, Meirelles (1982, p. 405-413) explicita que, “[p]ara a concessão originária, sua renovação ou prorrogação ou nova concorrência do mesmo serviço, haverá, sempre, necessidade de autorização por lei, regulamentação por decreto e transferência da execução por contrato”, uma vez que a regra é a prestação direta do serviço público; e arremata: “Toda prorrogação de concessão de serviço público depende de autorização legislativa ao término de cada período contratual”.¹⁸

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, porquanto ele serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, aquelas por emergência e por reequilíbrio podem ser realizadas sem expressa permissão em lei, uma vez que elas têm lugar diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da outorga, respectivamente: a proximidade do término da concessão, sem que o Poder Concedente tenha condições de prestar, diretamente, o serviço público concedido, nem tempo suficiente para realizar a licitação pública para nova outorga da atividade; e o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão causado pela concretização de risco compreendido no conceito de álea extraordinária.¹⁹

3.2 Outorga precedida de licitação

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a outorga da concessão de serviço público tenha sido precedida de licitação pública.

É o que extraímos não apenas da CRFB/88, artigo 175, *caput*, que estabelece que toda concessão de serviço público será precedida, “sempre”, de “licitação”, mas também das Leis 8.987/95, artigo 14, e 11.079/04, artigo 10, que reafirmam essa exigência.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que concessão de serviço público outorgada sem prévia licitação pública – mesmo antes da entrada em vigor da CRFB/88 – não pode ser prorrogada. De fato, no ARE 869.007/DF-ED-AgR, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, “nos termos do art. 175, *caput*, da Constituição Federal, é imprescindível prévia licitação para a concessão ou a permissão da exploração de serviços públicos”, razão pela qual “são inconstitucionais as prorrogações de concessão e de permissão que vão de encontro à referida premissa, inclusive as de contratos formalizados antes de 5 de outubro de 1988” (BRASIL, 2017).

¹⁸ Cf., ainda: BARCELLOS, 2017, p. 177; CLÈVE, 2012, p. 10, 29.

¹⁹ Cf. FREITAS; RIBEIRO, 2017, p. 297-298.

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe outorga precedida de licitação. Com efeito, Rocha (1996, p. 60-61) leciona que, “[p]ara durar além do termo inicialmente estabelecido, urge, em primeiro lugar, que a concessão tenha sido contratada segundo o Direito”, pois “a prorrogação não é fórmula mágica permissiva de convalidação de vícios havidos na outorga da concessão, nem alarga, no tempo futuro, o que não pode existir no Direito vigente em determinado momento”.²⁰

3.3 Previsão no edital de licitação

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a possibilidade de prorrogação esteja prevista no edital de licitação.

É o que extraímos não apenas do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Leis 8.987/95, artigo 14; e 11.079/04, artigo 12), mas também da Lei 8.666/93, a qual estabelece, em seu artigo 92 c.c 124, que a prorrogação das concessões de serviço público “sem autorização [...] no ato convocatório da licitação”, constitui crime.

A propósito, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe autorização no edital de licitação – uma vez que tal circunstância possui aptidão para alterar as propostas dos licitantes (a simples previsão/não previsão da possibilidade de prorrogação por interesse público no edital de licitação torna a concessão, na condição de atividade econômica, financeiramente mais ou menos atraente para os investidores). De fato, Mello (2009, p. 57) ensina que a prorrogação por interesse público “depende de expressa previsão legal e contratual”, sob pena de “burla ao princípio da licitação, já que outros, se soubessem, antecipadamente, de tal possibilidade aberta pela lei e acolhida no edital, poderiam ter ocorrido ao certame ou, os que ocorreram, poderiam ter feito oferta distinta da que fizeram”.²¹

Por fim, é preciso realçar o presente pressuposto, porquanto ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. Com efeito, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser realizadas sem permissão no edital de licitação, uma vez que, além de não terem aptidão para alterar as propostas dos licitantes, tais espécies de prorrogação têm lugar diante de situações excepcionais, imprevisíveis no momento da outorga, como visto na seção 2.1 anterior.²²

3.4 Concessão em vigor

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessão esteja em vigor.

É o que extraímos, entre outras, da Lei 12.815/13, a qual estabelece, em seu artigo 57, que somente os contratos de arrendamento portuário “em vigor” poderão ser prorrogados.

Não fosse o bastante, é o que colhemos, ainda, da natureza jurídica do instituto sob análise. De fato, a prorrogação por interesse público possui natureza jurídica de negócio acessório, ou seja, não tem existência própria, pressupondo a do negócio principal, e seguindo a sorte deste. Assim sendo, extinta a concessão de serviço público, a prorrogação por interesse público torna-se juridicamente impossível por falta de objeto.

Sobre o ponto, a jurisprudência já reconheceu que concessão de serviço público extinta não pode ser prorrogada. Com efeito, na AMS 0000274-24.2004.4.03.6104/SP, o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região decidiu que a “Lei 10.684/03, que prorrogara as concessões e permissões do serviço público de armazenagem e movimentação de mercadorias em estação aduaneira interior vigentes em 30.5.2003, não se aplicava a uma permissão finda em 23.5.2003, pois, afinal, não se prorroga contrato inexistente” (BRASIL, 2010).

Por sua vez, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe concessão em vigor. De fato, Meirelles (2002, p. 228-230) leciona que, nos “contratos que se extinguem simplesmente ao término do prazo” (como a “concessão de serviço público”), “[a] expiração do prazo de vigência sem prorroga-

²⁰ Cf., ainda: AMORIM, 2013, p. 58; TORRALBA, 2011, p. 234-235.

²¹ Cf., ainda: SAADI; SANTOS NETO, 2016, p. 87, 105; SCHWIND, 2015, p. 502-505.

²² Cf. MELLO, 2014, p. 212, 218-220.

ção opera, de pleno direito, a extinção do contrato”, revelando-se certo que “[o] contrato extinto não se prorroga nem se renova: é refeito e formalizado em novo instrumento, inteiramente desvinculado do anterior”; por fim, o autor acrescenta: “[s]e a prorrogação não foi providenciada pela Administração antes de vencido o prazo contratual [...] será considerado irregular o instrumento de prorrogação feito posteriormente”, inclusive, “para a responsabilização dos agentes públicos envolvidos”.²³

Neste contexto é preciso considerar o entendimento de Beznos (1991, p. 268), para quem a prorrogação por interesse público pode ser realizada depois do término da concessão, desde que o “pedido de prorrogação” tenha sido protocolado pela concessionária “com antecedência [...] do termo final da avença”, posto que “[t]al tempestiva manifestação de vontade [...] revela-se suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação, não se podendo penalizá-la com a demora administrativa para a formalização da mesma prorrogação”.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminente administrativista, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. Com efeito, afora a impossibilidade jurídica de prorrogação de concessão extinta, entendemos que a prorrogação por interesse público também possui natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir de um acordo de vontades entre o Poder Concedente e a concessionária de serviço público. Assim sendo, não nos parece que a simples manifestação de vontade da concessionária seja “suficiente para fazer integrar ao seu patrimônio o direito à prorrogação” antes de o Poder Concedente verificar a conveniência e oportunidade da medida administrativa.

Em verdade, entendemos que o Poder Concedente deve servir-se da prorrogação por emergência, se, protocolado o pedido de prorrogação pela concessionária, ele verificar que não disporá de tempo suficiente para decidir sobre a matéria antes da extinção da concessão, valendo-se, posteriormente, da prorrogação por interesse público, caso constate a conveniência e oportunidade da medida.

3.5 Não realização de prorrogação por interesse público anteriormente

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessão de serviço público não tenha sido prorrogada anteriormente por meras razões de conveniência e oportunidade das partes.

É o que extraímos, entre outras:

- i. da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seu artigo 99, que as concessões do serviço público de telecomunicações só poderão ser prorrogadas “uma única vez”;
- ii. da Lei 12.815/13, a qual dispõe, em seu artigo 57, que a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário só terá lugar se “ainda não realizada” e
- iii. da Lei 13.448/17, a qual prevê, em seu artigo 5.º, §3.º, que as concessões rodoviárias e ferroviárias poderão ser prorrogadas “uma única vez”, “desde que já não tenham sido prorrogadas anteriormente”.

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição Federal. Explicamos. Ao tratar do prolongamento do prazo de vigência das concessões de serviço público por meras razões de conveniência e oportunidade das partes, a CRFB/88, artigo 175, parágrafo único, I; e 223, recorreu aos institutos da “prorrogação” e da “renovação”, atribuindo, coerentemente, regimes jurídicos distintos a eles. A possibilidade de prolongamentos sucessivos é uma das características específicas do regime jurídico do instituto da renovação (CRFB/88, artigo 223, §2.º). Em nosso entendimento, as características específicas do regime jurídico do instituto da renovação não podem ser replicadas nas leis que regulam o instituto da prorrogação por interesse público, sob pena de igualar-se àquilo que o legislador constituinte originário intencionalmente

²³ Cf., ainda: FARIA, 1999, p. 385; TELLES, 2000, p. 240.

diferenciou. Assim sendo, concluímos, a partir da interpretação sistemática da CRFB/88, artigo 175, parágrafo único, I; e 223, que as concessões dos demais serviços públicos (que não o de radiodifusão) não podem ser prolongadas por períodos sucessivos.²⁴

É claro que poderíamos chegar à mesma conclusão – isto é, à proibição de prorrogações sucessivas – por outro caminho constitucional, mais precisamente recorrendo ao dogma jurídico da inalienabilidade das competências públicas e aos princípios da isonomia/impessoalidade (CRFB/88, artigos 5.º e 37), moralidade/probidade (CRFB/88, artigo 37) e eficiência/economicidade (CRFB/88, artigos 37 e 70), que vedam a perpetuação de outorgas de serviço público e impõem ao Estado o dever de relimitar, de tempos em tempos, o direito de exploração da atividade econômica consubstanciada no serviço público, isto é, de convidar o mercado a concorrer, mais uma vez, pelo referido direito. A nosso ver, todavia, a interpretação sistemática da CRFB/88, artigos 175, parágrafo único, I, e 223, permite reconhecer, com maior concretude, o pressuposto sob exame.

A propósito, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público não pode ser realizada de maneira sucessiva. De fato, no REsp 912.402/GO, o STJ decidiu que, embora a Lei 8.987/97 não estabeleça “limitação do prazo de prorrogação” das concessões ou permissões do serviço público de “loteria”, tais outorgas não podem ser prorrogadas de maneira “sucessiva”, sem a abertura de novo procedimento licitatório, uma vez que “[a] prorrogação indefinida do contrato é forma de subversão às determinações legais e constitucionais que versam sobre o regime de concessão e permissão para exploração de serviços públicos” (BRASIL, 2009).

E, no Acórdão 574/06, que tratou da prorrogação sucessiva dos contratos de franquia celebrados entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Agências de Correio Franqueadas, o TCU decidiu que era “flagrante a inconstitucionalidade” da Lei 10.577/02, que prorrogara “por mais 5 anos” os referidos ajustes, uma vez que: (i) a CRFB/88, artigo 21, X, classifica o serviço postal como “serviço público”; (ii) a CRFB/88, artigo 175, estabelece que a prestação indireta de serviços públicos pelo Estado será feita, “sempre, através de licitação”, e (iii) “[d]e vigência inicialmente prevista para 1998, os contratos foram por diversas vezes prorrogados, até que esta última Lei os elasteceu até 2007, ou 9 anos a mais” (BRASIL, 2006).

Por sua vez, diversos doutrinadores de escol também afirmam que a prorrogação por interesse público pressupõe a não realização de prorrogação por conveniência e oportunidade anteriormente. Com efeito, Clève (2012, p. 13, 21, 30) ensina que “há disposição constitucional expressa admitindo a existência de prorrogação”; mas “o prazo da concessão deve ser, de outra parte, determinado, não sendo admissíveis sucessivas prorrogações, notadamente para evitar que as concessões eternizem-se, perpetuem-se, ensejando burla e fraude ao requisito da prévia licitação”; e acrescenta: “Convém lembrar que, com razão, têm sido objeto de severa crítica doutrinária [...] as concessões outorgadas sem prévia licitação, as concessões que permitem inúmeras prorrogações, as concessões cujas prorrogações são arbitrárias e/ou vinculadas a exigências subjetivas”.²⁵

Não obstante, é necessário destacar que alguns doutrinadores admitem a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público, desde que prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão. Entre outros, é o caso de Sundfeld e Câmara (2013, p. 64-65), para quem a Lei de Concessões “foi aberta em relação à prorrogação desses contratos”: “indicou a necessidade de tratar contratualmente o assunto, mas não fez qualquer determinação sobre o conteúdo a ser estabelecido sobre essa matéria”; por isso, “[o]s requisitos para a prorrogação, inclusive o número de vezes em que será admitida, devem ser disciplinados no próprio contrato”; por fim, os autores afirmam que, no “Setor de Radiodifusão”, a própria “Constituição Federal assegura a continuidade do vínculo, autorizando – e, até, incentivando – a prorrogação sucessiva das concessões”.

²⁴ Neste sentido, vale a pena fazer uma brevíssima digressão para explicitar que, em nossa concepção, a possibilidade de prolongamentos sucessivos das concessões de radiodifusão só foi admitida pelo legislador constituinte de 1988 (que amargara o autoritarismo da ditadura militar) em razão da especial relevância do serviço público de radiodifusão para o exercício da cidadania (CRFB/88, artigo 1.º, II). De fato, a radiodifusão é relevante para a cidadania, porque possibilita a transmissão de informações políticas e sociais de interesse geral com penetração social (em número e variedade de público) maior do que qualquer outro meio de comunicação; e a renovação sucessiva é relevante para a radiodifusão, porque, ao estabilizar a outorga, ela possibilita a transmissão livre e veraz dessas informações. Assim sendo, a possibilidade de renovações sucessivas das outorgas de radiodifusão faz parte de um microsistema jurídico de proteção da liberdade de informação, o qual busca evitar que as emissoras de televisão e de rádio que transmitam informações ou manifestem pontos de vista contrários aos interesses dos poderosos em geral sejam afastadas, facilmente, do Setor de Radiodifusão, em prejuízo da sociedade. Cf., ainda: FAGUNDES, 1961, p. 51-53; MARQUES NETO, 2015, p. 225-226; RODRIGUES JUNIOR, 2005, p. 245-246.

²⁵ Cf., ainda: BARROSO, 2007, p. 272.; MARQUES NETO, 2015, p. 169-170.

Sem desprestigiar, de modo algum, tão eminentes administrativistas, nós discordamos, respeitosamente, de seu entendimento. De fato, entendemos, a partir das razões normativas (constitucionais e infraconstitucionais), jurisprudenciais e doutrinárias anteriormente referidas, que, ao contrário da renovação das concessões de radiodifusão, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das demais concessões de serviço público só pode ser realizada uma única vez, vedada, portanto, a possibilidade de prorrogações sucessivas – mesmo que tal possibilidade esteja prevista em lei e no edital de licitação/contrato de concessão (previsões que, em nosso entendimento, são inválidas).

Em verdade, parece-nos que a prorrogação sucessiva das concessões de serviço público por razões de conveniência e oportunidade das partes é uma contrafação administrativa real²⁶ de renovação das concessões de radiodifusão, tomada a CRFB/88, artigo 223, como parâmetro.

3.6 Fiel cumprimento do contrato pela concessionária

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que a concessionária de serviço público esteja cumprindo, fielmente, seu contrato de concessão – e, por conseguinte, prestando serviço adequado aos usuários.

É o que extraímos, entre outras, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu artigo 6.º, §2.º, II, que a prorrogação antecipada das concessões do serviço público ferroviário pressupõe a “prestação de serviço de transporte ferroviário adequado” pela concessionária, entendendo-se, como tal, “o cumprimento [...] das metas de produção e de segurança definidas no contrato”.²⁷

Em verdade, parece-nos que o pressuposto sob análise decorre da própria Constituição Federal, a qual estabelece, em seu artigo 175, parágrafo único I e IV, que a lei disporá sobre a “prorrogação” das concessões de serviço público, sem prejuízo da “obrigação [do Estado] de manter serviço adequado”.

Sobre esse ponto, a jurisprudência já reconheceu que as concessões de serviço público só podem ser prorrogadas se a concessionária estiver cumprindo seu contrato de concessão. De fato, no recente Acórdão 1.171/18, que tratou da prorrogação antecipada do contrato de arrendamento portuário celebrado entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e o Grupo Libra, o TCU decidiu que tal prorrogação era “irregular” em razão do histórico de descumprimentos contratuais da arrendatária, a saber: (i) a “Libra não pagou integralmente à Codesp os valores do arrendamento portuário” e (ii) “a arrendatária nunca atingiu a movimentação projetada para os terminais” (BRASIL, 2018b).

Por derradeiro, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe o fiel cumprimento do contrato de concessão pela concessionária. Com efeito, Nascimento (2017, p. 52, 55) leciona que “há de se ter em mente que a simples boa conduta do concessionário não pode ser condição para a prorrogação, mas, sim, em todos os casos, um requisito para definir se vale a pena considerar o prolongamento da relação entre o Concedente e o concessionário”; e acrescenta: “o comportamento pretérito – serviço adequado – é requisito de admissibilidade da prorrogação como opção a ser considerada e deve ser aferido por critérios objetivos indicados no contrato original”.²⁸

3.7 Vantajosidade da medida

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que se verifique uma situação excepcional, caracterizadora da vantajosidade da medida *vis-à-vis* às alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade – situação essa avaliada pelo Poder Concedente com base em um juízo de conveniência e oportunidade (discricionariedade administrativa).

²⁶ MARTINS, 2016, p. 117-119, 127-128.

²⁷ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 9.472/97, artigo 99, e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigo 7º, §2º.

²⁸ Cf., ainda: ARAGÃO, 2013, p. 554; AZEVEDO; ALENCAR, 1998, p. 101-102.

É o que extraímos, entre outras, da Lei 13.448/17, a qual estabelece, em seu artigo 8.º, que o Poder Concedente deve demonstrar, por meio de “estudo técnico prévio”, a “vantagem” da prorrogação das concessões rodoviárias e ferroviárias “em relação à realização de nova licitação para o empreendimento”.²⁹

Em verdade, entendemos que o pressuposto sob análise também decorre da própria Constituição Federal. Explicamos. A CRFB/88, artigo 175, parágrafo único, I, estabelece, expressamente, que a prorrogação das concessões de serviço público possui “caráter especial”. Etimologicamente, a palavra “especial” significa aquilo “que não é geral” (HOUAISS; VILLAR, 2009, p. 814). No contexto da prorrogação por interesse público, isso significa, em nossa percepção, que o prolongamento de prazo tem lugar, apenas e tão somente, diante de situação especial (ou melhor, excepcional), caracterizadora da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* às alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade ao final da concessão (CRFB/88, artigo 175, *caput*).

A propósito, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público só pode ser realizada se for vantajosa para o Poder Concedente. De fato, no Acórdão 2.200/15, que tratou da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, o TCU decidiu que “a prorrogação [...] demanda a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permanecem vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado por meio de nova licitação” (BRASIL, 2015b).

Por fim, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe a vantajosidade da medida. Com efeito, Torgal (2011, p. 229-230) argumenta que a prorrogação por interesse público só tem lugar quando, a partir de uma “ponderação”, o Poder Concedente concluir pela “existência [...] de interesse em permitir ao concessionário o exercício dos direitos outorgados pelo contrato por um período adicional”, juízo que só será positivo quando “se verificar que a actuação pretérita do co-contratante justifica um renovado voto de confiança” e, sobretudo, quando “se estimar que, tudo ponderado, essa solução prossegue, mais cabalmente, o interesse público do que as alternativas de exercício pela Administração das actividades em causa ou de abertura de um procedimento concorrencial visando à escolha de uma nova proposta para o efeito”.³⁰

3.8 Consenso entre as partes

Para que a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) seja realizada validamente, é preciso, ainda, que haja consenso entre Poder Concedente e concessionária.

É o que extraímos, entre outras, da Lei 9.472/97, a qual estabelece, em seu artigo 99, que as concessões do serviço público de telecomunicações poderão ser prorrogadas, “desde que a concessionária manifeste expresso interesse na prorrogação”, sendo certo que, nesse caso, a Anatel decidirá sobre a matéria a seu “critério [...] tendo em vista as condições vigentes à época”.³¹

Não fosse o bastante, é o que colhemos, ainda, da natureza jurídica do instituto sob análise. De fato, na seção 3.4, vimos que a prorrogação por interesse público tem natureza jurídica de negócio bilateral, formando-se, pois, a partir do acordo de vontades entre Poder Concedente e concessionária de serviço público. Assim sendo, ela não pode ser imposta, unilateralmente, pelo Poder Concedente, nem exigida pela concessionária. Assim sendo, a jurisprudência já reconheceu que a prorrogação por interesse público possui caráter bilateral, pressupondo, pois, o consenso entre as partes. Com efeito, no RMS 34.203/DF, o STF deixou claro que a “bilateralidade” é uma “característica” da prorrogação por interesse público, pelo que existe, sempre, “a necessidade de manifestação das concessionárias quanto ao interesse de permanecer sob a contratação” (BRASIL, 2018a).

Por sua vez, a doutrina também afirma que a prorrogação por interesse público pressupõe consenso entre Poder Concedente e concessionária. Com efeito, Garcia (2015, p. 601-602) leciona que “[p]onto incontestado é que a prorrogação do prazo não é uma daquelas cláusulas exorbitantes que podem ser unilateralmente im-

²⁹ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 8.666/93, artigo 57, II (por analogia); e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigo 7º.

³⁰ Cf., ainda: CANTO; GUZELA, 2017, p. 212; GARCIA, 2015, p. 593-594.

³¹ Cf., ainda: no âmbito federal, Lei 13.448/17, 4º; e, no âmbito estadual, Lei 16.933/19, artigos 3.º, I e II; e 4º, §1º.

postas pela Administração Pública ou, mesmo, no caso de recusa da sociedade empresária contratada, resultar em aplicação de qualquer sanção administrativa”; e acrescenta: “Trata-se de ato bilateral e convencional, que assegura ao contratado o direito de não permanecer no vínculo contratual além daquele prazo originalmente fixado, salvo por expressa vontade própria”.³²

Por fim, é preciso dar destaque ao presente pressuposto, posto que ele também serve para distinguir, de um lado, a prorrogação por interesse público e, de outro, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio. De fato, entendemos que, diferentemente da prorrogação por interesse público, as prorrogações por emergência e por reequilíbrio podem ser impostas, unilateralmente, pelo Poder Concedente à concessionária de serviço público: a primeira, com fundamento no princípio da continuidade dos serviços públicos (CRFB/88, artigo 175, parágrafo único, IV); e a segunda, com base no princípio da proporcionalidade (CRFB/88, artigo 1.º), na vertente do cumprimento do dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro da concessão do modo menos oneroso para o Poder Concedente.³³

3.9 Qualificação no PPI

Por derradeiro, especificamente em relação à prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) das concessões rodoviárias e ferroviárias, a Lei 13.448/17, artigo 2.º, estabelece que somente poderão ser prorrogadas as concessões dessa espécie previamente “qualificadas para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos – PPI”.

A propósito, vale ressaltar que o referido programa de governo foi criado pela Medida Provisória 727/16, posteriormente convertida na Lei 13.334/16, com vistas a promover a execução (estruturação e/ou a liberação) de empreendimentos de infraestrutura públicos ou privados considerados prioritários para o país (artigos 1.º, 5.º e 21). E que a qualificação (leia-se: a inclusão) de um empreendimento de infraestrutura no PPI é feita por decreto do presidente da República, ouvido, previamente, o Conselho do PPI (artigo 4.º, II c.c 7.º, I).

Apresentados os pressupostos da prorrogação por interesse público, vejamos, agora, as principais conclusões deste artigo.

4 CONCLUSÃO

Ao fim deste artigo expomos, resumidamente, nossas principais conclusões:

- i. em âmbito constitucional, o fundamento do instituto da prorrogação das concessões de serviço público reside na CRFB/88, artigo 175, parágrafo único, I; e, em plano infraconstitucional, em diversas leis e regulamentos;
- ii. a prorrogação das concessões de serviço público – isto é, o prolongamento de seu prazo de vigência – pode ser classificada, basicamente, em três espécies; a saber: (a) a prorrogação por emergência; (b) a prorrogação por reequilíbrio e (c) a prorrogação por interesse público;
- iii. prorrogação por interesse público é aquela realizada por razões de conveniência e oportunidade das partes, desde que os pressupostos de validade da medida estejam presentes e a concessionária aceite determinadas condições (ou contrapartidas) propostas pelo Poder Concedente, caracterizadoras da vantagem da prorrogação *vis-à-vis* as alternativas da prestação direta do serviço público e da realização de licitação pública para nova outorga da atividade;
- iv. as subespécies de prorrogação por interesse público são: (a) a prorrogação comum e (b) a prorrogação antecipada;
- v. prorrogação comum é aquela realizada ao final da concessão, e prorrogação antecipada, aquela realizada antes do final da concessão, respeitado, porém, o limite máximo de antecipação previsto em lei ou, subsidiariamente, no próprio ato de outorga;

³² Cf., ainda: CRETELLA JÚNIOR, 1996, p. 168; GONÇALVES, 1999, p. 328.

³³ Cf. REALE, 1969, p. 65; TORGAL, 2011, p. 255-256.

- vi. dado o caráter excepcional do instituto da prorrogação, a prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) está sujeita a rígidos pressupostos de validade, ou seja, circunstâncias sem as quais ela não pode ser realizada validamente e
- vii. com base nas razões normativas, jurisprudenciais e doutrinárias apresentadas, os pressupostos de validade da prorrogação por interesse público (comum ou antecipada) são: (a) previsão em lei; (b) outorga precedida de licitação; (c) previsão no edital de licitação; (d) concessão em vigor; (e) não realização de prorrogação por interesse público anteriormente; (f) fiel cumprimento do contrato pela concessionária; (g) vantajosidade da medida; (h) consenso entre as partes e, exclusivamente para a prorrogação das concessões rodoviárias e ferroviárias, (i) qualificação no PPI.

5 REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviço público: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- AMORIM, João Pacheco de. O princípio da temporalidade dos contratos públicos: considerações sobre a duração máxima dos contratos e respetiva prorrogabilidade dentro e para lá desse limite temporal. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 19-77. V. 4.
- ANDRADE, Leticia Queiroz de. *Teoria das relações jurídicas da prestação de serviço público sob regime de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A gestão do tempo pela regulação: parâmetros constitucionais para a prorrogação de prazos e alguns casos concretos. In: PEREIRA, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luis Felipe Valerim. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 173-213. V. 2.
- BARROSO, Luís Roberto. Alteração dos contratos de concessão rodoviária. In: OLIVEIRA, Farlei M. Riccio de (coord.). *Direito Administrativo Brasil-Argentina: estudos em homenagem a Agustín Gordillo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 245-280.
- BEZNOS, Clovis. Concessão de serviço público, prorrogação, vícios do edital de licitação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 24, n. 97, p. 263-271, jan./mar. 1991.
- BORGES, Alice Gonzalez. Arrendamento de áreas portuárias, contrato de prorrogação, licitação, obrigatoriedade. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n. 11, p. 858-863, nov. 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 481.094/RJ*. Agravante: Linave Transportes Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. 21 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35273953&tipo=91&nreg=201400429861&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140521&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 912.402/GO*. Recorrente: Gerplan Gerenciamento e Planejamento Ltda. Recorridos: Ministério Público do Estado de Goiás e Estado de Goiás. Relator: ministro Mauro Campbell Marques. 19 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5621759&tipo=91&nreg=200700024535&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090819&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo nº 869.007/DF*. Agravante: Viação Paraíso Ltda. Agravados: Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Relator: ministro Dias Toffoli. 26 de maio de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12955430>. Acesso em: 2 ago. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança nº 34.203/DF*. Recorrente: Cemig Geração e Transmissão S/A. Recorrido: União Federal. Relator: ministro Dias Toffoli. 19 de março de 2018a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14526265>. Acesso em: 2 ago. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.171/18*. Interessada: Libra Terminais S/A. Entidades: Companhia Docas do Estado de São Paulo, Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: ministra Ana Arraes. 23 de maio de 2018b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1171%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A-1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuiid=49474b90-de06-11e9-af7d-799ced588129. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.200/15*. Interessadas: Secretaria dos Portos da Presidência da República e Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Relatora: ministra Ana Arraes. 2 de setembro de 2015a. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2200%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=3afa5850-afb4-11e9-994d-fd70d475765f. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.253/15*. Interessados: Ministério de Minas e Energia e Agência Nacional de Energia Elétrica. Relator: ministro José Múcio Monteiro. 9 de setembro de 2015b. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2253%2520ANOACORDAO%253A2015%2520RELATOR%253A%2522JOS%25C3%2589%2520MUCIO%2520MONTEIRO%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=4d054560-8a3d-11e9. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 574/06*. Interessado: Ministério Público junto ao Tribunal de Contas. Entidade: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha (Conv.). 19 de abril de 2006. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A574%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=c845a050-dfbd-11e9-95f1-d3be58ccd055. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 774/16*. Interessada: Secretaria dos Portos da Presidência da República. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 6 de abril de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A774%2520ANOACORDAO%253A2016%2520RELATOR%253A%2522WALTON%2520ALENCAR%2520RODRIGUES%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=ed4b0ba0-8a3c-11e9-910. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação/Reexame Necessário nº 0000274-24.2004.4.03.6104/SP*. Apelante: Armazéns Gerais Colômbia S/A. Apelada: União Federal. Relator: Juiz Federal Valdeci dos Santos (Conv.). 6 de julho de 2010. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/697528>. Acesso em: 2 ago. 2019.

CÂMARA, Jacintho Arruda. O prazo nos contratos públicos. In: PIETRO, Maria Sylvania Zanella di (coord.). *Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 339-353.

CANTO, Mariana Dall'Agnol; GUZELA, Rafaella Peçanha. Prorrogações contratuais em contratos de concessão. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 207-221.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Lei municipal que regula a concessão do serviço público de transporte coletivo e exigência constitucional de prévia licitação pública. *Revista dos Tribunais on-line*, São Paulo, v. 2, p. 239-288, ago. 2012. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016d4a81a378b91bfb8d&docguid=lcd5752d0e82d11e1b70f010000000000&hitguid=lcd5752d0e82d11e1b70f010000000000&spos=1&epos=1&td=70&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1#notedTR.2012.450427-n36>. Acesso em: 19 set. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito da concessionária à continuação do desempenho do serviço público. In: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Perante os Tribunais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. cap. 9. V. 2.

DALLARI, Adilson Abreu. Transporte coletivo: concessão de serviço público: impossibilidade de prorrogação. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 88, p. 79-88, out./dez. 1988.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O regime legal do rádio e da televisão em face da Constituição Federal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 65, p. 49-63, jul./set. 1961.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. de acordo com a Emenda Constitucional n. 20/98 e a Medida Provisória n. 1.795/99. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FREITAS, Rafael Vêras de. As prorrogações e a relicitação previstas na Lei n. 13.448/2017: um novo regime jurídico de negociação para os contratos de longo prazo. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 17, n. 59, p. 175-199, jul./set. 2017.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. O prazo como elemento da economia contratual das concessões: as espécies de "prorrogação". In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 283-300.

GARCIA, Flavio Amaral. As parcerias público-privadas: prazo e prorrogação. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 579-608.

GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos: uma aplicação da técnica concessória*. Coimbra: Almedina, 1999.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; GAGGIANO, Heloísa Conrado. O que mudou no direito das concessões com a aprovação da MP n. 752: perguntas e respostas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 9-22, abr./jun. 2017.

- GUIMARÃES, Bernardo Strobel. O prazo nas concessões e as normas que estipulam vigência máxima do vínculo: algumas inquietações. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47-59.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- JÈZE, Gaston. *Principios generales del Derecho Administrativo*. Traducción Julio N. S. M. Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1950. V. 6.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 23, p. 109-135, mar./abr. 2016.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Concessão de serviço público: prorrogação. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Estudos e pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 405-414. V. 6.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666, de 21.6.1993, 8.883, de 8.6.1994, e 9.648, de 27.5.1998*. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Consulta da Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR. In: CARVALHO, André Castro (org.). *Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos*. São Paulo: MP, 2009. p. 51-65.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Prorrogação de concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 12, n. 46, p. 207-222, abr./jun. 2014.
- MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Parecer apresentado nos autos do TC 009.032/2016-9, que trata da prorrogação antecipada da concessão da Rumo-Malha Paulista*. Órgão Julgador: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Augusto Nardes. Unidades jurisdicionadas: Ministério da Infraestrutura e Agência Nacional de Transportes Terrestres. Procurador: Júlio Marcelo de Oliveira. Data: 7 de julho de 2019.
- MORAIS, Antão de. Serviço telefônico, expiração do prazo da concessão, fixação, fiscalização e revisão de tarifas, taxa de expansão do serviço. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 49, p. 445-464, jul./set. 1957.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NASCIMENTO, Carlos Fernando do. *A prorrogação de contratos de concessão de infraestruturas de transporte terrestre em uma visão luso-brasileira*. 2017. Dissertação. (Mestrado em Direito e Ciência Jurídica) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa. 2017. (Artigo científico apresentado como requisito para aprovação na Disciplina Direito Administrativo).
- REALE, Miguel. Mutabilidade dos contratos administrativos. In: REALE, Miguel. *Direito Administrativo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense. 1969. p. 45-66.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Da renovação das concessões e permissões de serviços de radiodifusão em face do arquivamento por órgão camerário do Congresso Nacional. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 6, n. 22, p. 241-249, abr./jun. 2005.
- SAADI, Mário; SANTOS NETO, Raul Dias dos. Prorrogação antecipada de prazo de contratos de concessão. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 4, n. 27, p. 79-107, nov./dez. 2016.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Concessão de serviço público: a prorrogação do prazo de exploração para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v. 8, n. 38, p. 85-111, jul./ago. 2006.
- SCHWIND, Rafael Wallbach. Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Direito portuário brasileiro: Lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- SOUTO, Marcos J. Villela. *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.
- TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- TORGAL, Lino. Prorrogação do prazo de concessões de obras e de serviços públicos. *Revista de Contratos Públicos*, Coimbra, n. 1, p. 219-263, jan./abr. 2011.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL JUVENIL: Las Experiencias de Brasil y Chile

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.221-232>

Recebido em: 21/12/2019

Modificações solicitadas em: 14/4/2020

Aceito em: 20/4/2020

Rodrigo Cristiano Diehl

Alumno de Doctorado en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul con orientación conjunta del Programa de Posgrado en Ciencias Políticas de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, con beca Capes. Master en Política Social y Trabajo Social de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul. Master en Derecho de la Universidad de Santa Cruz do Sul, con beca Capes. Profesor universitario y abogado. <http://lattes.cnpq.br/02848>. <http://orcid.org/0000-0002-4869-3112>. rodrigocristianodiehl@live.com

Rosane Teresinha Carvalho Porto

Estudiante de postdoctorado en Derecho en la Universidad La Salle. Doctora y Master en Derecho por la Universidad de Santa Cruz do Sul, en el área de concentración: Políticas Públicas de Inclusión Social con beca de la Coordinación para el Mejoramiento del Personal de Educación Superior – Capes. Profesora de la Universidad Regional del Noroeste del Estado de Rio Grande do Sul – Unijuf, docente de pregrado en Derecho y Programa de Postgrado en Derecho – Máster y Doctorado. Profesora de Derecho en la Universidad de Santa Cruz do Sul. Estudia temas centrados en niños y adolescentes, violencia, criminología, género, derechos sociales, acceso a la justicia y derechos humanos. <http://lattes.cnpq.br/4041974927424063>. <https://orcid.org/0000-0002-0391-9341>. rosaneporto@unisc.br

Bianca Baracho

Master en Psicología, con mención en Psicología Comunitaria de la Universidad de Chile (2018). Licenciado en Derecho por la Universidad de Fortaleza (2014). Estudia especialización en Mediación en Conflictos Sociales y Ambientales en el Centro de Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile (2019). Investigadora y Coordinadora Asistente del Programa de Justicia Restaurativa y Paz Social en la Escuela de Trabajo Social de la Pontificia Universidad Católica de Chile. <https://orcid.org/0000-0002-8262-0048>. bbaracho@uc.cl

RESUMEN

La Justicia Restaurativa permite una nueva mirada a la pacificación de los conflictos y la armonización de las relaciones sociales. Con este fin, el presente estudio tiene como objetivo analizar cómo ocurre el proceso de implementación de las prácticas de Justicia Restaurativa juvenil en Brasil y Chile y cómo las políticas públicas y el sistema de justicia penal juvenil de cada país facilitan y/o dificultan este proceso. Para lograr este objetivo, se hacen la siguiente pregunta: ¿cuáles son los procesos sociales, políticos y económicos que facilitan y/u obstaculizan la implementación de prácticas de Justicia Restaurativa juvenil en Brasil y Chile como políticas públicas que forman parte del sistema de justicia? El estudio, desarrollado a través de un método de enfoque deductivo y la búsqueda documental y bibliográfica como técnica de investigación, se estructura en tres momentos: en el primero, describe un panorama de la Justicia Restaurativa juvenil en Brasil, en el segundo momento, trae a la discusión la realidad de la Justicia Restaurativa juvenil en Chile y, en el tercer subcapítulo, hace algunas consideraciones comparativas entre los dos modelos. Los resultados muestran cómo cada país implementa programas de Justicia Restaurativa juvenil en escenarios legales cercanos pero diferentes. Aunque Brasil y Chile tienen, en cierta medida, sistemas jurídicos e instituciones jurídicas sólidos, la aplicación de la Justicia Restaurativa debe concebirse y analizarse como una posibilidad de modernizar la comprensión y las formas de abordar los conflictos.

Palabras-clave: Brasil. Chile. Justicia restaurativa. Sistema penal juvenil.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO SISTEMA PENAL JUVENIL: AS EXPERIÊNCIAS DO BRASIL E DO CHILE

RESUMO

A Justiça Restaurativa possibilita um novo olhar em relação a pacificação dos conflitos e a harmonização das relações sociais. Sob esse intuito, o presente estudo tem por objetivo analisar como ocorre o processo de implementação das práticas de Justiça Restaurativa Juvenil no Brasil e no Chile e como as políticas públicas e o sistema de justiça penal juvenil de cada país facilita e/ou obstaculiza esse processo. Para atingir tal objetivo, questiona-se sobre a seguinte problemática: quais os processos sociais, políticos e econômicos que facilitam e/ou obstaculizam a implementação das práticas de Justiça Restaurativa Juvenil no Brasil e no Chile enquanto políticas públicas integrantes do sistema de justiça? O estudo, desenvolvido por meio método de abordagem dedutivo e da busca documental e bibliográfica enquanto técnica de pesquisa, está estruturado em três momentos: no primeiro, traça um panorama da Justiça Restaurativa juvenil no Brasil, no segundo momento, traz à discussão a realidade da Justiça Restaurativa juvenil no Chile e, no terceiro subcapítulo, realiza algumas considerações comparativas entre os dois modelos. Os achados mostram a forma em que cada país implementa os programas de Justiça Restaurativa juvenil sob cenários jurídicos próximo, porém, diferentes. Mesmo que Brasil e Chile possuem, de um certo modo, ordenamentos jurídicos e instituições jurídicas sólidas, a aplicação da Justiça Restaurativa deve ser concebida e analisada como uma possibilidade de modernização do entendimento e das maneiras de lidar com os conflitos.

Palavras-chave: Brasil. Chile. Justiça restaurativa. Sistema penal juvenil.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Justicia restaurativa juvenil en Brasil. 3 La justicia penal juvenil en Chile. 4 Brasil y Chile juntos en la justicia juvenil: posibles diálogos. 5 Conclusiones. 6 Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

Si bien la Justicia Restaurativa (JR) no tiene un concepto único y puede ser entendida cómo un paradigma, una teoría, o un conjunto de procesos y resultados. La Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2006, p. 6) la define como “una metodología para solucionar problemas que, de varias maneras, involucra a la víctima, al ofensor/a, las instituciones judiciales y la comunidad”. Es destacable su enfoque orientado a reparar, en la medida de lo posible, el daño causado por el crimen u otras trasgresiones, posicionando como elemento central la participación activa de los principales afectados – la víctima, del ofensor y a menudo de otras partes (la comunidad) – en la resolución del conflicto – identificación del daño causado y en el diseño de alternativas para la repararlo.

En el contexto internacional, su regulación fue: por los actos del Consejo Económico y Social (CES) de las Organizaciones de las Naciones Unidas (ONU): Resolución CES/UN 1.999/26, de 28 de julio de 1999: que prevé la “Preparación y aplicación de la justicia restaurativa y medidas de mediación en materia de justicia penal”; Resolución CES/ONU 2000/14 de 27 de julio de 2000: “Principios básicos sobre el uso de programas de Justicia Restaurativa en materia penal”. ONU No. 2.002/12, 24 de julio de 2002: luego definió “Principios básicos para el uso de programas de Justicia Restaurativa en asuntos penales” (FLORES; ROLIANO, 2016).

Dentro de la justicia juvenil, la JR es especialmente valorada debido a la consistencia entre sus objetivos, y la llamada justicia restaurativa juvenil (JRJ) ha protagonizado importantes reformas legales y procesales en varios países del mundo.¹ Compartiendo principios y valores presentes en diversos instrumentos internacionales que refieren a infancia y justicia juvenil, responde a la demanda por un sistema especializado centrado en la reinserción social, sumándose a la necesidad de la desjudicialización, la restricción de la privación de libertad y de enfatizar el rol de la familia, fomentando la dignidad y responsabilización del joven: Convención sobre los Derechos del Niño/a (1989); Las Reglas de Beijing (1985); Directrices de Riad (1990); Reglas de La Habana (1990); Reglas de Viena (1997).

Especialmente en Latinoamérica, aunque no existen normas concretas relacionadas con la JRJ, existen documentos orientadores latinoamericanos que no son vinculantes, pero expresan principalmente la voluntad de los expertos reunidos en diferentes encuentros vinculados a la temática, como: Carta de Araçatuba (2005), Carta de Recife (2006), Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en Latinoamérica (2005) y Declaración de Lima sobre Justicia Restaurativa Juvenil (2009).

En las últimas décadas, varios países de Latinoamérica han comenzado a integrar elementos innovadores en su intervención los cuales, sin abandonar los principios rectores de los sistemas retributivos, han dado espacio a procesos menos formales que responden a mecanismos propios de la JR (BOLÍVAR *et al.*, 2017). Esa diseminación de las prácticas restaurativas en la región presenta una diversidad de prácticas que van desde experiencias institucionalizadas, en ocasiones con legislaciones propias, a prácticas informales, y en general responde a una necesidad de reforma que se propone a responder a una gama de necesidades y realidades del continente las cuales, considerando su particular escenario sociocultural, parecen relacionarse con una estrategia para enfrentar a problemas específicos: la necesidad de bajar las poblaciones carcelarias, aumentar la transparencia en la administración de justicia y aliviar la sobrecarga en el sistema judicial.

Con el fin de contribuir con los actuales debates acerca de estos innovadores mecanismos de justicia en Latinoamérica, la idea de fondo de este artículo es ofrecer un marco referencia para apoyar los procesos restaurativos en el contexto penal juvenil latinoamericano, rescatando las experiencias de Brasil y Chile. Este artículo tiene como objetivo analizar cómo se implementan las prácticas de JRJ en Brasil y Chile, y cómo las políticas públicas y el sistema de justicia penal juvenil de cada país facilitan y/u obstaculizan este proceso.

La metodología utilizada será el método de enfoque deductivo y, como técnica de investigación, el documental y el bibliográfico. El texto está dividido en tres partes: la primera presenta el tema relacionado con la Justicia Restaurativa juvenil en Brasil que trata sobre el Estatuto del Niño y del Adolescente, así como la Ley de Sinase en el sistema penal juvenil, además de la implementación de prácticas restaurativas en el contexto juvenil. En segundo lugar, la justicia penal juvenil en Chile, abordando el proceso de implementación de prácticas restaurativas a través del análisis y los avances necesarios de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil y el

¹ Ver más en: Dunkel, Horsfield y Parosanu (2015).

proyecto de ley actual que crea el nuevo Servicio Nacional para la Reinserción Social Juvenil y; en tercer lugar, la problematización de los problemas fundamentales de la implementación de la Justicia Restaurativa en el sistema de justicia penal juvenil, analizando los procesos que facilitan/dificultan su implementación en Brasil y Chile.

En este contexto, la pregunta es: ¿cuáles son los procesos sociales, políticos y económicos que facilitan y/u obstaculizan la implementación de prácticas de justicia restaurativa juvenil en Brasil y Chile como políticas públicas que forman parte del sistema de justicia?

2 JUSTICIA RESTAURATIVA JUVENIL EN BRASIL

El Estatuto de Niños y Adolescentes (Ley 8.069/90) y Sinase (Sistema Nacional de Asistencia Socioeducativa – Ley N. 12.594/2012) son las principales políticas protectoras y socioeducativas dirigidas a niños y adolescentes, ya sea que sean autores de una infracción o víctimas de violaciones de los derechos fundamentales que también figuran en la Constitución Federal de 1988. Para este fin, estos principios son instrumentos legales y de protección para todos los niños y adolescentes, considerados en Brasil como sujetos de derechos. Es importante mencionar que para la legislación estatutaria se considera niño de cero a 12 años incompletos y adolescente, de 12 años completos hasta alcanzar la edad penal (18 años).

A pesar de mencionar, el adolescente en conflicto con la ley, es decir, quien comete una infracción debe ser considerado responsable de acuerdo con las medidas socioeducativas previstas en el artículo 112 del Estatuto del Niño y del Adolescente, sin responder penalmente, pero sí ante los tribunales especializados, llamados de Tribunal de Niños y Jóvenes. Sin embargo, debido a que están infringiendo actos análogos a los tipos criminales descritos en el Código Penal; su responsabilidad guiada por el propio Estatuto y dando lugar a la ejecución por la política socioeducativa de Sinase, no debe ignorarse que estos también son asuntos relacionados con el sistema penal juvenil. Este sistema, consolidado y compuesto por recomendaciones y regulaciones internacionales, como las Reglas de Beijing (1985), entre otras.

Debido a esto, existe la Ley del Sinase (Sistema Nacional de Asistencia Socioeducativa – Ley 12.594/12) que, además del enfoque socioeducativo para la ejecución y el cumplimiento de las medidas socioeducativas por parte del autor adolescente de un delito, recibe en su cuerpo las prácticas restaurativas.

En el contexto de la política socioeducativa, el Estado brasileño tiene una legislación específica que conforma este sistema. Estos son marcos normativos que formulan la atención socioeducativa en el país, desde la Constitución Federal de 1988 y continuaron en la regulación de las políticas de la infancia, desde el Estatuto de Niños, Niñas y Adolescentes. Este último estructura las bases para el desarrollo de la Protección Integral para Niños y Adolescentes y para la construcción de la implementación de políticas públicas en Brasil.

Bucci (2006, p. 39) conceptualiza la política pública como una especie de “[...] *programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados*”. Es decir, las políticas públicas se basan en el surgimiento de demandas sociales que requieren atención y apoyo del poder público.

El Estatuto establece, por primera vez, el sistema de atención a adolescentes que cometieron una infracción como medidas socioeducativas. El modelo de servicio se describe en la Resolución no. 119/2006 del Consejo Nacional para los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (Conanda), que estableció el Sinase en todo el país. Posteriormente, la Ley Federal no. 12.594/2012 confirmó el Sinase. Además, existe la Resolución N° 160 de Conanda que promulgó el Plan Nacional de Asistencia Social y Educativa, con objetivos para la red de servicios y el sistema de justicia entre 2013 y 2023.

La legislación legal define en el artículo 103 para un delito “*a conduta descrita como crime ou contravenção penal*” cometida por un adolescente y establece, en el artículo 112, la aplicación de seis tipos de medidas socioeducativas: advertencia, obligación de reparar el daño, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, inserción en régimen de semi-libertad e internación en establecimientos educativos.

Los datos de la Encuesta Anual Sinase (2016) del Ministerio de Derechos Humanos indican un número total de 25.929 (veinticinco mil novecientos veintinueve) adolescentes y jóvenes (de 12 a 21 años) en atención socioeducativa en las unidades centradas en la restricción y la privación de libertad (internamiento, detención provisional y semi-libertad), además de 521 (quinientos veintiuno) adolescentes en otras modalidades de atención (atención inicial, hospitalización por sanción), con un total de 26.450 (veintiséis mil cuatrocientos

cincuenta) adolescentes y jóvenes incluidos en el sistema. En atención social y educativa abierta (servicio comunitario y libertad asistida), el Ministerio de Desarrollo Social (2018) indica un número de 117,207 adolescentes y jóvenes que cumplen con tales medidas. Esta cantidad representa el 78% de todas las medidas socioeducativas aplicadas en Brasil, y las medidas de semi-libertad y hospitalización se incluyen en el 22% restante. Brasil cuenta con un total de 477 unidades de privación, la mayoría de las cuales están dedicadas exclusivamente a adolescentes varones (87%) (RAMIDOFF, 2012).

La calificación de la atención socioeducativa es un desafío que se debe enfrentar de manera intersectorial, con base en las normas establecidas por la legislación legal y en la prioridad absoluta de la infancia y la adolescencia. La confrontación del sistema socioeducativo a enfrentar con respecto al hacinamiento de las unidades, la muerte de adolescentes durante el cumplimiento de las medidas socioeducativas, la brecha escolar, la distorsión por grado de edad, la ausencia de proyectos de formación profesional, la pérdida de lazos familiares y comunitarios, la falta de diagnósticos sobre la aplicación de medidas sociales y educativas, la vulnerabilidad de adolescentes y jóvenes y la necesidad de fortalecer las medidas sociales y educativas en el entorno abierto.

Al considerarse un marco teórico y legal para la implementación de la Justicia Restaurativa, a través de las prácticas metodológicas en el sistema penal juvenil, este cambio paradigmático se debe a la reforma del poder judicial a mediados de los 90, con la búsqueda de mecanismos de acceso a la justicia y las metodologías participativas. Por lo tanto, la crisis judicial precedió a la implementación de las prácticas restaurativas.

En 2004 y 2005 comenzó el camino de la Justicia Restaurativa en Brasil, con el Ministerio de Justicia (MJ) a través de su Secretaría de Reforma Judicial (SRJ), implementando el proyecto “Promoción de prácticas restaurativas en el sistema de justicia brasileño”, financiado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, y se implementó en tres proyectos piloto sobre prácticas restaurativas en Porto Alegre (RS), São Caetano (SP) y Brasilia (DF), todos vinculados al Poder Judiciario (FLORES; ROLIANO, 2016).

El tema de la Justicia Restaurativa se ha vuelto muy recurrente en los tribunales brasileños, desde la aprobación por el Consejo Nacional de Justicia de la Resolución 225 de 2016, que establece la política nacional de Justicia Restaurativa dentro del poder judicial. Aunque este acto normativo no tiene fuerza de ley, ofrece a los magistrados y a la comunidad algunas nociones sobre el tema, sus principios y procedimientos, y proporciona pautas sobre cómo desarrollar proyectos de justicia restaurativa con los Tribunales de Justicia (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2017).

Se observa que los programas, proyectos y acciones en Justicia Restaurativa son, por regla general, coordinados y promovidos por el Poder Judicial, con la gestión de las iniciativas, sin embargo, son áreas no necesariamente dedicadas exclusivamente a tales actividades, con un enfoque prioritario en otras áreas, como los Nupemec (Centro Permanente para Métodos de Resolución Consensual de Conflictos), Presidencias, Coordinación de la Infancia, entre otros. Como resultado, por ejemplo, la gran mayoría de los programas, proyectos o acciones en Justicia Restaurativa no tienen un personal dedicado o un espacio exclusivo para llevar a cabo sus prácticas, y a menudo usan espacios de otros sectores como Cejuscs (Centro Judicial para la Resolución de Conflictos y Ciudadanía), o incluso fuera del Poder Judicial.

Las metodologías restaurativas más utilizadas o de interés son las prácticas circulares, ya sean los círculos de construcción de paz de Kay Pranis y aquellos basados en la comunicación no violenta. La mayoría de los programas, proyectos o acciones se centran en conflictos relacionados con la infancia y la juventud (Justicia Restaurativa juvenil), delitos menores y violencia doméstica, aunque hay un gran interés en el desarrollo de capacidades y acciones restaurativas en el derecho de familia (BRASIL, 2019).

En términos conceptuales sobre lo que es la Justicia Restaurativa y las prácticas, se están discutiendo y consolidando en Brasil, teniendo como parámetro la Resolución 225 de 2016 del Consejo Nacional de Justicia y la Ley nº. 12.594/12 (Sinase). Importante mencionar que la referida Ley, correlacionada con la Ley 8.069/1990 (Estatuto del Niño y del Adolescente), incluso recibiendo en su artículo 35, III de Sinase, las prácticas restaurativas, demuestra que el legislador brasileño tenía la preocupación de prever en el Sistema Principios constitucionales socioeducativos brasileños, que detallan la implementación de medidas socioeducativas, creando lagunas y dificultades en la operacionalización de las medidas socioeducativas; entre ellos: qué hacer y cómo hacer con las prácticas restaurativas en la implementación de medidas socioeducativas (MELO NETO, 2019).

El enfoque restaurativo dado por la Resolución 225 del CNJ llenó los vacíos legales/normativos,² dejando al Estado y a la sociedad tener la voluntad política y social para llevar a cabo, para guiar soluciones pacíficas de resolución de conflictos. La Justicia conocida como una filosofía de vida o la justicia de valores, principios y la comunidad llegó a Brasil con su curso institucionalizado por el Poder Judicial. En términos de marco teórico, sus principales autores fueron: Howard Zehr y Kay Pranis. Al revisarlos, uno nota el protagonismo no de la ciencia, sino de los actores que emergen de los paseos empíricos, causando en sus acciones el impacto social. Zehr (2008) habla de la necesidad de un cambio de paradigma, la forma de percibir y ver las cosas. En otras palabras, ¿pensar qué es la justicia? Y cómo ponerlo en práctica de manera diferente a lo que se ha hecho y producido hoy.

Para Pranis (2010), la metodología utilizada para pensar y vivir en equilibrio y justicia responsable es a través del proceso circular. El proceso de círculo es un proceso que tiene lugar a través de la narración de historias. Cada persona tiene una historia y cada historia ofrece una lección. En el Círculo, las personas se acercan compartiendo historias significativas para ellos.

En Brasil, entre las prácticas de Justicia Restaurativa más diversas, hay los círculos de construcción de paz de Kay Pranis. La propuesta del proceso circular ha sido aceptada, sobre todo, en proyectos que involucran escuelas. La adopción de esta metodología en Justicia Restaurativa es un hito simbólico y de muchas resignificaciones en el campo epistemológico. De las experiencias brasileñas con esta práctica, queda claro que los involucrados (víctimas, delincuentes y comunidad) se identifican y se abren al diálogo y a la construcción de una forma prospectiva de pacificar los conflictos. Los círculos de construcción de paz de Kay son una técnica o herramienta de prospección potencial dentro de las políticas públicas judiciales y extrajudiciales.

Además, podemos ver los avances de la Justicia Restaurativa en diferentes contextos, como el Estado, las comunidades, las escuelas, entre otros, como asociaciones creadas junto con el Poder Judicial brasileño. Lo que sucede es que las prácticas restaurativas surgieron de debates y discusiones con profesionales, voluntarios que se unieron formando un movimiento social incipiente para repensar las estrategias para enfrentar conflictos en áreas más específicas como: niños y adolescentes. Por lo tanto, después de conocer la realidad y las regulaciones brasileñas, es relevante conocer la justicia penal juvenil en Chile. Este tema se trata en el siguiente tema.

3 LA JUSTICIA PENAL JUVENIL EN CHILE

Con la ratificación y vigencia en Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente en 1990, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA), N° 20.084 de 2007, es el principal avance a nivel legislativo en el contexto de la justicia juvenil nacional, aplicado para todos los adolescentes entre 14 y 18 años que han cometido un delito. Apunta a “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social” (Ley 20.084, artículo 20; énfasis añadido).

En ese sentido, el enfoque de la intervención es la responsabilización de los jóvenes infractores, la reinserción social y la prevención de la reincidencia, incorporando nuevas estrategias de “diversificación” de las respuestas estatales como las salidas alternativas, y también a través de sanciones no privativas de libertad (nuevas sanciones de contenido reparatorio, como penas de reparación a la víctima y los servicios en beneficio de la comunidad) (DÍAZ, 2010), priorizando un contacto mínimo o reducido de los adolescentes con la justicia criminal y se aplica la privación de libertad como último recurso (BERRÍOS, 2011; BOLÍVAR *et al.*, 2017; DE LA MAZA, 2013).

Si bien los procesos de delitos juvenil son juzgados en los mismos tribunales donde también actúan casos de adultos, todos a cargo de los llamados Tribunales de Garantía, la ley garantiza una sala especializada para esos tipo de causa, con un abogado defensor juvenil especializado, y también un fiscal especializado. Según establece la LRPA, cabe al fiscal recolectar evidencias del delito y al defensor reducir la sanción, ignorando dentro del contexto del proceso judicial otros elementos psicosociales relevantes del joven, los cuales

² Por lagunas normativas, se refiere a la inexactitud de los contenidos legales de ciertos institutos de ECA que permanecen abiertos, sin que la doctrina o la práctica hayan construido una interpretación clara y delimitada, basada en la Doctrina de Protección Integral.

pueden ser solicitados con excepcionalidad por el juez (a través de una evaluación de un equipo especializado, una práctica poco presente en los Juzgados de Garantía) (REYES, LABRENZ, DONOSO, 2018). En ese sentido, las sanciones penales se relacionan íntimamente con criterios usados en el sistema penal de adultos, como el nivel de gravedad del delito y pasaje anterior en el sistema penal, en un tono más persecutorio y punitivo, distanciándose de las necesidades psicosociales del adolescente (REYES; LABRENZ; DONOSO, 2018).

En concreto, el análisis acerca la implementación de la ley no ha sido positiva, apuntando al no cumplimiento de su objetivo y la ineffectividad de ciertas sanciones, centrándose más en la individualización de la culpa y se distanciando del carácter “restaurativo”, con graves falencias en el diseño y aplicación de algunas sanciones, como el Boletín n° S 1.555-14 (CHILE, 2012) y Comité de Evaluación (OCDE, 2015): la sentencia condenatoria es la salida más habitual para jóvenes y, a pesar de la disminución del uso de la privación de libertad, hubo un aumento importante en la duración de las condenas de privación de libertad (BERRÍOS, 2011). Evaluada en distintos momentos, distintas comisiones e instituciones relatan que la implementación de la Ley no ha sido prioridad del Estado, con escasa coordinación entre el sistema de intervención y el sistema legal, destacándose (MIRANDA *et al.*, 2018): la falta de especialización y capacitación de los profesionales en materia infantojuvenil; y la falta de condiciones y ofertas programáticas en los recintos que están a cargo de implementar las sanciones, a través del llamado Servicio Nacional de Menores (Sename), sobre la gestión del Estado.³

Sobre la Política de Infancia que adopta el Estado de Chile, es muy controversial en el trato y cuidado con sus niños, niñas y adolescentes, ya que carece de una legislación de protección integral a la infancia, pero, por otro lado, concretizó una LRPA; mejor diciendo, interviene solamente cuando se presenta una situación de vulneración o de irregularidad, desde donde el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia en la Agenda de Infancia 2018-2021 establece el principal desafío de Chile: la creación de un Sistema de Protección Integral de Derechos de la Niñez (MIRANDA *et al.*, 2018).

Por otro lado, frente a las deficiencias del Estado, y en el sentido de ratificar su compromiso con la CDN se presentan diversos proyectos ley: en 2015 se presentó la propuesta que trata del Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez, en el sentido de proteger y garantizar de manera integral el ejercicio efectivo y el goce pleno de los derechos de los niños y, específicamente en el contexto penal juvenil, en 2017 se presentó el proyecto de ley que crea el nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil (SNRSJ), ambos en tramitación actualmente.

El Sistema de Garantías de los Derechos de la Niñez está pautado en principios como de la autonomía progresiva y del interés superior del niño, y establece como orientadores de las políticas de Estado la participación y el derecho a ser oído, abriendo espacio para reformar aspectos problemáticos en el sistema penal juvenil (BOLÍVAR *et al.*, 2017). En ese contexto, y esencialmente a la LRPA, el nuevo SNRSJ propone una reforma no solo desde un punto de vista procesal, sino que también estructural, diseñando una política consistente de reinserción social y un servicio descentralizado, que asume un carácter pionero en el país. Contempla un modelo de intervención basado en los principios de la Justicia Restaurativa (JR), entre otras perspectivas teóricas, y propone la creación de un Programa de Mediación Penal como medida de diversificación y nueva vía de alternatividad al proceso, proyectando una mejora en la calidad de la respuesta estatal al conflicto (Boletín 11174-07).

En concreto, asumiendo la JR como un enfoque teórico y una metodología que ha sido validado por la evidencia, Chile está comenzando a integrarse en el desafío de incorporar la JR en la comprensión del conflicto penal y los procesos de reinserción social de sus jóvenes, pero respondiendo también a los derechos y necesidades de las víctimas. Dicha iniciativa nacional responde a la recomendación de organismos internacionales y regionales acerca la inclusión de la JR en los procedimientos penales, especialmente en justicia juvenil,⁴ y además está en consonancia con la Política Nacional de Víctimas que, respondiendo a normativas regionales

³ Con relación a las sanciones ambulatorias (como la libertad asistida, servicios en beneficio a la comunidad, salida alternativa y reparación del daño) son administradas por organizaciones privadas sin fines de lucro que son supervisadas y financiadas por Sename según la Ley N° 20.032.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño/a, 1989; Las Reglas de Beijing, 1985; Directrices de Riad, 1990; Reglas de La Habana, 1990; Reglas de Viena, 1997).

e internacionales,⁵ establece la “necesidad de avanzar en la generación de nuevas opciones de justicia, como por ejemplo, la justicia restaurativa” (CHILE, 2016, p. 13), enfocándose en la reparación del daño, las necesidades y los derechos de las víctimas de delitos.

En general, las prácticas restaurativas en el país son escasas, de las cuales la mediación se destaca y, si bien estuvo originalmente relacionada a la esfera civil y comunitaria, viene ganando espacio en la penal, caminando hacia las concepciones propias de la JR (DÍAZ, 2010; DÍAZ; NAVARRO, 2015). Sobre la implementación de la mediación penal propiamente, desde el año 2000 fueron al menos 20 iniciativas desarrolladas en Chile, las cuales en su mayoría se dieron en el contexto de justicia de adultos, con poca sistematización y evaluación, y utilizaban protocolos de otras realidades legislativas o adecuando metodologías utilizadas en la mediación familiar (regulada legalmente en Chile) (DÍAZ; NAVARRO, 2015; GONZÁLEZ; FUENTEALBA, 2013).

La primera experiencia sistematizada de mediación penal juvenil en el país es el denominado Estudio Práctico (EP en adelante). El Ministerio de la Justicia y Derechos Humanos (MJYDH), frente a la necesidad de (1) analizar la posibilidad específica de incluir procesos de mediación penal para jóvenes infractores y (2) definir criterios y metodologías para la incorporación de un futuro Programa Nacional de Mediación Penal Juvenil dentro del contexto de las reformas a la LRPA en el nuevo SNRSJ, decidió ejecutar una experiencia piloto de mediación penal en el contexto penal juvenil. El EP fue puesto en práctica en enero de 2017 y hasta la presente fecha de realización está aún en funcionamiento. Para materializar la derivación de casos a la mediación penal juvenil y EP, el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública y el MJYDH firmaron un Convenio de Colaboración que, además de unir criterios para la ejecución de la experiencia, viabiliza la iniciativa por lograr vincular simbólicamente a las máximas autoridades de las instituciones, siendo la primera vez que se hace un Convenio con estas características en Chile. Ese documento tiene especial relevancia ya que el país aún carece de ley expresa para respaldar las prácticas de JR, fomentando la internalización del tema entre los operados, de sus principios, estándares y buenas prácticas.

En concreto, el EP, además de cuidar en resguardar los principios de la JR, responde a enseñanzas dejadas por experiencias anteriores implementadas en el país (DÍAZ; NAVARRO, 2015):

- Establece una buena coordinación entre los actores involucrados, garantizando la participación activa de las instituciones (Ministerio Público y Defensoría Penal Pública, sobre la gestión del MJYDH), la confianza y el compromiso entre los actores involucrados de todos los niveles.
- Promueve un estudio que ofrece asesoría, capacitación a los actores, y además evalúa su primer año de implementación, con espacio para corregir debilidades durante ese proceso.⁶
- Diseño e implementar buenos protocolos de actuación entre los centros de mediación y el Ministerio Público, asegurando la derivación de casos y relación directa y rápida entre las instituciones.
- Criterios de derivación definidos y que consideran, por primera vez, la accesibilidad de casos con mayor relevancia jurídica (experiencias anteriores la derivación de casos fue incipiente y esporádica, y en su mayoría delitos de bagatela, principalmente en delitos de orden patrimonial)
- Considera la participación del entorno social, la familia y la sociedad civil, y principalmente considera la relevancia de la víctima y su red de apoyo en el proceso

Si bien durante su primer año su implementación si dio específicamente en la ciudad de Santiago, región metropolitana de Chile, objetivamente casos tratados en la Fiscalía Regional Centro Norte, actualmente fue expandida y también está siendo implementada en otras ciudades del país (en Valparaíso y La Serena). Esa expansión se dio como respuesta a los resultados positivos del proyecto, el cual también sirvió como antecedente importante para la propuesta de un futuro Programa de Mediación Penal Juvenil en el marco del nuevo Servicio Nacional de Reinserción Social, actualmente en tramitación en el congreso.

⁵ Ver, por ejemplo, la Directiva 2012/29/EU, promulgada por la Unión Europea y ONU (1985).

⁶ Informe Final “Capacitación, Asesoría y Estudio de un Programa Piloto de Mediación Penal Juvenil”. Departamento de Psicología, Universidad de Chile. Financiamiento: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Gobierno de Chile, 2017.

4 BRASIL Y CHILE JUNTOS EN LA JUSTICIA JUVENIL: POSIBLES DIÁLOGOS

Demonstrar el estado de desarrollo diferente en materia de JRJ en cada país, con contextos socioculturales diversos, permite el desarrollo de un estudio comparado potencialmente relevante, donde es posible observar similitudes y diferencias. Esa metodología es especialmente relevante en el continente Latinoamericano donde, a pesar del avance de la diseminación de las practicas restaurativas, esas tienen sido poco sistematizadas y hay una carencia de un mayor intercambio y asistencia mutua de información entre esos países para lograr un mejor desarrollo de esos servicios. Los datos recolectados sobre las experiencias en Brasil y en Chile logran mostrar que las practicas restaurativas en esos países siguen escasas a pesar de la disponibilidad y, en general, se observa en ambos que aún se hace necesario (1) definiciones más claras, específicamente de JR, y (2) generar evidencias en el sentido de desarrollar sus principios, identificar/definir las buenas prácticas y gestionar capacitaciones profesionales para la calidad de las iniciativas.

En Chile, es importante ratificar que el país vive un importante momento de rediseño y nuevo enfoque en el entendimiento e intervención de los conflictos que involucra jóvenes, donde la experiencia piloto del EP cumple un rol fundamental en ese proceso y es un antecedente fundamental para él un futuro Programa de Mediación Penal Juvenil en el país. Es interesante observar que la experiencia de implementación da JRJ en Chile vivió un progreso consciente de su modelo, acerca la pertinente y la metodología a ser aplicada en el país, que culminó en lo que hoy es el EP. En ese sentido, abordando todos los aprendizajes de experiencias anteriores, el EP logra traer antecedentes más claros y realistas sobre la JRJ en Chile y, además, cumple un rol fundamental para resguardar los impactos positivos del enfoque.

En concreto, entendiendo el momento estratégico de Chile, ese artículo tiene el propósito de garantizar que esos espacios no sean colonizadas por otras prácticas ya enraizadas en el sistema de justicia tradicional, como espacios desprestigiados de igual reproducción de la lógica vigente, con el riesgo de perder las propuestas innovadoras de la JR. En ese sentido, observar la experiencia de Brasil se hace fundamental para buscar referencias positivas, pero también los desafíos que se debe prevenir.

Con la ratificación y vigencia en Brasil de la Convención sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente en 1990, el 38/5000 y el Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA) – nº. 8.069/90, es el principal avance a nivel legislativo en el contexto de la justicia juvenil nacional, aplica para todos los adolescentes entre 12 y 18 años que han cometido un ato infraccional, 192/5000 conforme a lo dispuesto en los artículos 103, 104 y 112 de la legislación estatutaria en combinación con la Ley del Sinase que se ocupa de la política socioeducativa dirigida a los adolescentes que cometen una infracción.

En ese sentido, el enfoque de la intervención es la responsabilización de los adolescentes que cometen ato infraccional, la reinserción social y la prevención de la reincidencia, incorporando nuevas estrategias de “diversificación” de las respuestas estatales como las salidas alternativas, y también a través de sanciones no privativas en el Estatuto del Niño y del Adolescente y en la política socioeducativa del Sinase.

En concreto, el análisis acerca la implementación de la ley no ha sido positiva, apuntando al no cumplimiento de su objetivo y la inefectividad de ciertas medidas socioeducativas⁷ centrándose más en la individualización de la culpa y se distanciando carácter restaurativo, mismo previsto en la Ley del Sinase.

Con respecto a la Política de Infancia adoptada por el Estado brasileño, la política es completa y consolidada, ya que prevé la protección de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, como víctimas cuando el País viola o ignora sus derechos y garantías fundamentales.

Una política consistente de reinserción social y un servicio descentralizado, que contempla un modelo de intervención basado en los principios de la Justicia Restaurativa (JR), entre otras perspectivas teóricas, entretanto, no propone la creación de un Programa de política socioeducativa restaurativa como medida de diversificación y nueva vía de alternatividad al proceso, proyectando una mejora y además está en consonancia con la Política Nacional de Víctimas que, respondiendo a normativas regionales e internacionales, establece la “necesidad de avanzar en la generación de nuevas opciones de justicia, como por ejemplo, la justicia restaurativa” (CHILE, 2016, p. 13), enfocándose en la reparación del daño, las necesidades y los derechos de las

⁷ En Brasil, el Estatuto del Niño y del Adolescente no habla de sanciones para los adolescentes, sino, en medidas socioeducativas.

víctimas de delitos. Existe una propuesta para un programa de Justicia Restaurativa en Brasil, no solo para la justicia juvenil, sino para otras áreas especializadas: como el Tribunal de Ejecuciones, la Familia, entre otras. Demostrando su diversidad y elasticidad de apalancamiento en otros espacios.

En el caso de Brasil, se observa que las principales barreras sociales, políticas e institucionales están vinculadas a las raíces culturales brasileñas, especialmente la percepción y confrontación de conflictos, luchando por la judicialización. Además de la cultura jurídica, existe la necesidad de fortalecer la educación jurídica de las universidades sobre otras formas alternativas y apropiadas para pacificar los conflictos; no exclusivamente el Poder Judicial. Significa la humanización de los cursos de derecho, empoderando al abogado de manera restaurativa. En Brasil, la investigación sobre la justicia restaurativa aún necesita ser fortalecida; No se ve en Brasil solo como una técnica o metodología, sino como una ruptura de paradigma que enfrenta problemas de justicia social, que involucran género, raza y desigualdad social.

Los puntos fuertes en el proceso de implementación de prácticas restaurativas son en su mayoría fomentados y articulados por el poder judicial. Si bien el país cuenta con un marco legal y de protección, no existe una sistematización de los procedimientos ni un fortalecimiento continuo e institucional de las prácticas restaurativas. Sin embargo, es posible observar algunas características sobre la Justicia Restaurativa en Brasil.

En este entorno, la Justicia Restaurativa en Brasil, especialmente diseñada y aplicada en el sistema penal juvenil, es multifacética y se lleva a cabo en diversas comunidades y espacios con el poder judicial, los fiscales y la sociedad civil. Ella no exige exclusivamente la justicia juvenil, también se encuentra en otras áreas, como el Tribunal de Violencia Doméstica e Intrafamiliar y el Tribunal Penal. Aunque existe una Resolución CNJ para estandarizarlo como técnica o metodología, se aplica de varias maneras, a pesar de que predominan los círculos de consolidación de la paz de Kay Pranis. Su objetivo es respetar la participación de los involucrados (víctima, delincuente y la comunidad) en las prácticas, así como el principio de empoderar a los ciudadanos.

Brasil atraviesa el momento de transición y crisis institucional en relación con el papel del poder judicial como promotor de prácticas restaurativas en el sistema juvenil. Tiene un marco teórico y legal que es el Estatuto de Niños y Adolescentes y la Ley del Sinase, pero dificulta la operacionalización de las prácticas. Debido a su dimensión espacial, territorial y cultural, no tiene una sistematización o estandarización de la práctica, aunque el Consejo Nacional de Justicia a través de la Resolución 225/16 tiene como objetivo sistematizar o estandarizar las prácticas a través del poder judicial; que de alguna manera tiene efectos negativos, uno de los cuales es monopolizar la justicia restaurativa y recaudar recursos humanos voluntarios no remunerados para llevar a cabo prácticas restaurativas.

Aunque varios tribunales especializados en menores y jóvenes han firmado un acuerdo de cooperación para trabajar con la Justicia Restaurativa en la atención social y educativa para adolescentes; Todavía no se incorpora la política judicial en la rutina institucionalizada del sistema juvenil. Cada unidad que se adhirió voluntariamente a la propuesta, incluso con respecto a la estandarización de la Resolución 225/16 de CNJ; no sigue continuamente el déficit estructural y humano dentro de los palos para hacer el trabajo. Continúa en el país a través de CNJ y un organismo de administración de Justicia Restaurativa en Brasil, sensibilización, capacitación para acercarse a la sociedad civil, atrayendo personas voluntarias que pueden agregar y unirse a la causa restaurativa.

Sin embargo, uno de los programas de justicia restaurativa considerados completos en los tiempos contemporáneos es la política municipal e interinstitucional en Caxias do Sul-RS, que es una asociación entre el poder judicial, las autoridades públicas (el municipio) y la sociedad civil. La política pública restaurativa de Caxias do Sul incluye la atención en la comunidad y el poder judicial, destacando uno de los centros de atención para niños y adolescentes. Lo interesante de la propuesta interinstitucional es que personas calificadas, algunas trabajan voluntariamente y otras, son contratadas por las autoridades públicas o se inclinan a la función del núcleo que recibe del municipio para tal fin. Lo que debe ser positivo. Y así motiva a las personas a calificar y ser reconocidas para el trabajo social.

Debido a esto, una de las críticas a los procesos de implementación de la Justicia Restaurativa en Brasil es la búsqueda de personas que después de la capacitación, algunas gratuitas y otras remuneradas, trabajarán voluntariamente. Lo que causa preocupación: si la política restaurativa es realmente importante para el sistema juvenil, ¿por qué no valorar a los profesionales calificados y calificados para realizar prácticas restaurativas?

En cualquier caso, la Resolución CNJ nº 225 aporta dos fundamentos importantes para la Justicia Restaurativa brasileña: 1) establece principios y pautas de flujo mínimo para la justicia restaurativa a fin de definir su identidad y alentar a los jueces a implementarla, y al mismo tiempo, para evitar desviaciones, pero lo suficientemente abierto para que se respeten las diversas metodologías, sin incluirlo en un solo modelo cerrado; 2) mantiene la comprensión de la Justicia Restaurativa, no como una técnica de resolución de conflictos, a pesar de contener una gama de ellos, sino como un verdadero cambio en los paradigmas de la convivencia, con el objetivo de crear conciencia sobre los factores relacionales, institucionales y sociales que motivan la violencia y la violencia. de transgresión, para involucrar a todos los miembros de la sociedad como protagonistas en la transformación hacia una sociedad más justa y humana; y 3) aunque se centró en el alcance del Poder Judicial, dados los límites de las atribuciones y la competencia normativa del CNJ, la Resolución buscó enfatizar que la Justicia Restaurativa no es exclusiva de los Tribunales, sino la redención del valor de la justicia en el conjunto por lo tanto, la responsabilidad de las personas, las comunidades, la sociedad civil organizada, el poder judicial y otros miembros del poder público.

Sin embargo, el papel de gerente y promotor de la Justicia Restaurativa no es simple debido a la cultura legal brasileña, que aún reconoce en el poder judicial el tercero, extraño y necesario para resolver sus conflictos. El Estado a través del poder judicial no quiere eludir sus responsabilidades, incluyendo: la protección total de niños, niñas y adolescentes. Es inconcebible devolver el conflicto a la sociedad cuando históricamente se convirtió en el titular o monopolizó el conflicto. Se espera que el Estado actúe como facilitador y socio de la sociedad, no solo mediante la elaboración de políticas públicas protectoras para niños y adolescentes, sino también como el responsable de su ejecución y eficacia.

5 CONCLUSIONES

En ese sentido, conocer la experiencia de Brasil y Chile (considerando las fortalezas y los desafíos), abre un espacio importante de aprendizajes para aquellos contextos en que la implementación de las prácticas restaurativas aún están en una etapa temprana de implementación, como Chile, pero también ayuda a visualizar con mayor claridad elementos que deben ser revisados en países con experiencia más avanzada, como propiamente Brasil.

Desde el nivel de las políticas públicas sobre la infancia, se observa que ambos países tienen debilidades significativas en la impugnación de las recomendaciones internacionales que ratifican el enfoque de los resultados, existe una escasez de espacios de participación más amplios por parte de estos actores, que se limitan a la asistencia y carácter tutelar, como objetos necesitados y bien nada capacidades de resocialización. Por otro lado, fortalece la necesidad de difundir las prácticas restaurativas en el contexto de la infancia, y puede presentarse a los jóvenes en situación de victimización, testimonio o delincuente, y promoverse en todas las etapas del proceso de justicia penal.

La JR como un concepto que está en constante evolución: entendiendo la JR como un enfoque que lida con conflictos sociales (más que con actos criminales), con una noción amplia de justicia (que permite identificar “elementos de justicia” en prácticas más informales), se considera que tiene un concepto que por esencial esta siempre en evolución. Poner la mirada en las experiencias de esos dos países latinoamericanos se hace fundamental para la búsqueda de un desarrollo de calidad de prácticas restaurativas en la región, ya que se tensiona la necesidad de analizar el conflicto dentro de su contexto social, aumentando la complejidad del fenómeno (al contrario de los procedimientos del sistema de justicia tradicional), para poder disponer así de reales herramientas de transformación (en lugar de simplemente restaurar el *statu quo*).

En este contexto, el estudio tuvo como problema de investigación: ¿cuáles son los procesos sociales, políticos y económicos que facilitan y/u obstaculizan la implementación de prácticas de justicia restaurativa juvenil en Brasil y Chile como políticas públicas que forman parte del sistema de justicia? Al analizar las dos experiencias con la Justicia Restaurativa en ambos países latinoamericanos, uno puede notar la dificultad de aproximar las diferentes realidades con la implementación de prácticas de Justicia Restaurativa en el sistema juvenil, debido a varias características planteadas anteriormente en el texto.

Aunque Brasil tiene una legislación protectora para niños y adolescentes, así como su propia legislación para la política socioeducativa que puede abarcar prácticas restaurativas para adolescentes involucrados en el delito; Los problemas derivados de la cultura jurídica y la desigualdad social debilitan los principios de auto-

nomía y la participación de los adolescentes, las víctimas y la comunidad. Sin embargo, la diversidad espacial-territorial brasileña y el sentido de pertenencia en algunas comunidades, en asociación con el estado y otros movimientos sociales, pueden convertirse en un medio de prevención, protección y garantía de los derechos fundamentales de los adolescentes que necesitan atención y cuidado tanto de la sociedad como del sistema de justicia.

Por otro lado, la experiencia chilena también puede contribuir a Brasil, en términos de construir una práctica restaurativa dentro de la política de reintegración social de la protección de los adolescentes, por mencionar: la mediación criminal como una técnica de resolución de conflictos distinta del círculo de construcción de la paz. En resumen, ambos países deben priorizar las políticas públicas para niños y adolescentes, prestando atención a un sistema de justicia juvenil que respete las convenciones y normas internacionales centradas en el área de la infancia y la juventud.

Mismo que Brasil y Chile tienen sistemas jurídicos e instituciones jurídicas algo sólidos, la aplicación de la Justicia Restaurativa debe concebirse y analizarse como una posibilidad de modernizar la comprensión y las formas de abordar los conflictos. Por lo tanto, ambos pueden considerarse en la etapa de identificación de las mejores metodologías e incluso con la creación de sus propias metodologías, de acuerdo con sus realidades y necesidades.

6 REFERENCIAS

- ACHUTTI, D.; LEAL, M. A. S. Justiça Restaurativa no Centro judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania: da teoria à prática. *Revista de Criminologia e Políticas Criminais*, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 84-100, jul./dez. 2017.
- ACHUTTI, D.; PALLAMOLLA, R. Levando a Justiça Restaurativa à sério: análise crítica de julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 5, n. 2, p. 279-289, nov. 2017.
- BERRÍOS, G. La ley de responsabilidad penal del adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Revista Política criminal*, Chile, v. 6, n. 11, 163-191, 2011.
- BOLÍVAR, D. *et al.* Estudio proyecto capacitación, asesoría y estudio práctico mediación penal juvenil. *Informe Final*. Santiago: Facultad de Ciencias Sociales; Universidad de Chile, 2017.
- BRASIL. *Relatório analítico propositivo justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais: pilotando a justiça restaurativa: o papel do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça. 2019. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/06/48a-1d20e9350d40373889719054070b0.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2019.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CHILE. *Boletín No 11174-07/2017*. Proyecto de Ley que crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N. 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica, Chile: Cámara de Diputados de Chile, 2017.
- CHILE. Boletín N. 1.555-14. Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Santiago, 2012.
- CHILE. Subsecretaría Prevención del Delito. *Política Nacional de Víctimas de Delito*. Gobierno de Chile, Ministerio del Interior y Seguridad Pública. 2016. Disponível em: <http://www.apoyovictimas.cl/media/2016/05/Politica-Nacional-de-Victimas.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.
- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *Monitoramento da justiça restaurativa em três dimensões*. São Cristóvão: Editora UFS, 2019.
- DE LA MAZA, C. Derechos humanos de la infancia y adolescencia: adolescentes Infractores frente a sanciones no privativas de libertad. In: VIAL, T.; MISSANA, S. (org.). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2013. p. 165-186.
- DÍAZ, A. La experiencia de la mediación penal en Chile. *Revista Política Criminal*, Chile, v. 5, n. 9, p. 1-67, 2010.
- DÍAZ, A; NAVARRO, I. *Informe sobre Experiencias Nacionales de Mediación Penal y Justicia Restaurativa en Chile*. Ministerio de Justicia de Chile, Santiago. Documento interno, 2015.
- DUNKEL, F.; HORSFIELD, P.; PAROSANU, A. (orgs). *Research and selection of the most effective juvenile restorative justice practices in Europe: snapshots from 28 EU Member States*. Belgium: International Juvenile Justice Observatory, 2015.
- FLORES, A. P.; ROLIANO, M. G. *O programa Justiça Restaurativa do Estado do Rio Grande do Sul: um ponto de partida ou de chegada?* 2016. Disponível em: <https://pitangui.uepg.br/eventos/justicarestaurativa/ANAIS2016.php>. Acesso em: 8 nov. 2019.
- GONZÁLEZ, I.; FUENTEALBA, M. Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, n. 4, v. 3, p. 175-210, 2013.

MELO NETO, Carlos Roberto Cals de. *Por uma hermenêutica restaurativa: sistema socioeducativo, lacunas normativas e crise de interpretação do ECA*. 2019. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

MIRANDA, P. *et al.* Elaboración de un Sistema de Supervisión para la Mediación Penal en el Marco del Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil. Santiago, Chile, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Chile, Documento interno, 2018.

OCDE. Comité Evaluación de la Ley OCDE. *Informe Ejecutivo Evaluación de la Ley n. 20.084 que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*. Cámara de Diputados de Chile, 2015.

ONU. *Manual sobre Programa de Justicia Restaurativa*. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. Nueva York: ONU, 2006.

PRANIS, Kay. *Processos circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RAMIDOFF, Marcio Luz. *Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo à Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REYES, C.; LABRENZ, C. A.; DONOSO, G. Justicia Restaurativa en Sistemas de Justicia Penal Juvenil Comparado: Suecia, Inglaterra, Italia y Chile. *Revista Política Criminal*, Santiago, v. 13, n. 25, p. 626-649, 2018.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: REIS, J. R.; LEAL, R. G. (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

UNICEF. United Nations International Children’s Emergency Fund. *Agenda de Infancia 2018-2021: desafíos en un área clave en el país*. 2017. Disponível em: <http://unicef.cl/web/wp-content/uploads/2017/01/Agenda-Infancia-2018-2012-WEB.pdf>. Acesso em 28 set. 2019.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

PARCELAMENTO E CESSÃO GRATUITA DE SUPERFÍCIE DO SOLO DOMINICAL PARA FINS DE MORADIA EM ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: Urbanização e Desenvolvimento Econômico Sustentável

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.233-246>

Recebido em: 5/12/2019

Modificações solicitadas em: 20/4/2020

Aceito em: 26/4/2020

Sandro Marcos Godoy

Pós-doutorado em Direito pela Università degli Studi di Messina na Itália. Doutorado em Direito – Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (Fadisp). Mestrado em Direito – Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Civil (Direito de Família) pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente-SP. Graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. É professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e da Graduação na Universidade de Marília (Unimar). É professor em diversos cursos da Pós-Graduação em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Ambiental e Direito do Trabalho. Professor convidado da Assessoria e Desenvolvimento de Projetos (Asseso), do Instituto Brasileiro de Pesquisa Socioeconômico (Inbrape) e do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Advogado da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp). Coordenador da Escola Superior da Advocacia em Presidente Prudente-SP (ESA). Atua nas seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Ambiental, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Trabalho e Direito de Família, Direito Tributário e Empresarial. <http://lattes.cnpq.br/6172363354073594>. <https://orcid.org/0000-0001-8749-395X>. sandromgodoy@uol.com.br

Antonio Gilberto Pighinelli Junior

Mestrando em Direito pela Unimar. Especialização em Direito Privado pela Unifor. Graduação em Direito pela Unifor. Curador da Fundação Educacional Araçatuba – FEA. Advogado. <http://lattes.cnpq.br/4638670568749038>. <https://orcid.org/0000-0002-8514-2926>. gilberto@gilbertopighinelli.adv.br

RESUMO

O artigo busca avaliar o parcelamento e cessão gratuita de superfície do solo dominical para fins de moradia como instrumento jurídico de natureza privada para regularização fundiária em Áreas de Preservação Ambiental, colaborando com o Estado enquanto herdeiro de políticas urbanas equivocadas e imediatistas. Utiliza-se o método dedutivo, além da pesquisa bibliográfica e a análise integrada da legislação pertinente, explorando as perspectivas social, ambiental e econômica. A pesquisa tem como objetivo promover uma contribuição com vistas à reformulação de uma nova visão crítica de desenvolvimento baseada na sustentabilidade ambiental. A problematização reside justamente na demonstração da aplicabilidade do parcelamento do solo com cessão gratuita para fins de moradia em área de proteção ambiental, integrando este modelo ao desenvolvimento econômico sustentável. O Ministério do Meio Ambiente afirma que, apesar da existência de leis e instrumentos apropriados, o estágio atual de efetivação de políticas públicas ambientais e urbanas não atende aos requisitos necessários de sustentabilidade, devendo utilizar todos os instrumentos legais disponíveis à harmonização dos direitos fundamentais à moradia, ao meio ambiente equilibrado e o consequente desenvolvimento econômico. Não basta doar ou subsidiar habitações, necessitando contrapartidas da população beneficiada em cumprir seu papel cidadão, participando de programas de educação ambiental como cláusula accidental do contrato, exercitando a posse com consciência ambiental com vistas à sustentabilidade ambiental. Com isso, exige-se do Estado o desenvolvimento de uma avaliação ambiental estratégica que preveja o uso de todos os instrumentos jurídicos aptos a proporcionar um desenvolvimento sustentável urbano inclusivo.

Palavras-chave: Urbanização. Direito de superfície. Moradia. Área de proteção. Sustentabilidade.

FREE LAND SURFACE SUBDIVISION AND ASSIGNMENT FOR HOUSING IN ENVIRONMENTAL PROTECTION AREAS: URBANIZATION AND SUSTAINABLE ECONOMIC DEVELOPMENT

ABSTRACT

The article seeks to evaluate the subdivision and free assignment of free land soil surface for housing purposes as a private legal instrument for land tenure regularization in Environmental Protection Areas, collaborating with the State, which is heir to erroneous and immediate urban policies. The deductive method is used, in addition to bibliographic research and integrated analysis of the relevant legislation, exploring social, environmental and economic perspectives. The research aims to promote a contribution to the reformulation of a new critical vision

of development based on environmental sustainability. The problem lies precisely in the demonstration of the applicability of land parceling with free assignment for the purpose of housing in an environmental protection area, integrating this model to sustainable economic development. The Ministry of the Environment states that despite the existence of appropriate laws and instruments, the current stage of implementation of environmental and urban public policies does not meet the necessary sustainability requirements, and must use all available legal instruments to harmonize fundamental rights to housing, balanced environment and the consequent economic development. It is not enough to donate or subsidize housing, requiring compensation from the benefited population to fulfill their citizen role by participating in environmental education programs as an accidental clause of the contract, exercising possession with environmental awareness with a view to environmental sustainability. Thus, the State is required to develop a strategic environmental assessment which includes the use of all legal instruments capable of providing an inclusive sustainable urban development.

Keywords: Urbanization. Surface right. Dwelling. Protection area. Sustainability.

SUMÁRIO:

1 Introdução. 2 Compatibilização entre direitos fundamentais, moradia e meio ambiente. 3 Bem dominical e seu parcelamento para fins sociais de moradia em áreas de proteção ambiental: cessão de superfície. 4 Educação ambiental: cláusula accidental do contrato de cessão de uso de superfície de bens dominicais. 5 Desenvolvimento urbano e econômico sustentáveis em áreas de proteção ambiental. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito social de moradia, enquanto fundamental de segunda geração, positivado na Carta Constitucional de 1988 como prerrogativa de existência digna do cidadão, sujeita o Estado à efetivação de ações positivas que possibilitem a autoaplicabilidade da norma, beneficiando aqueles que necessitem de condições básicas de teto.

Problema de grande complexidade, especialmente quando observada a fixação humana em áreas de proteção ambiental. A quase utópica missão de proporcionar a todos uma moradia digna nos termos do que dispõe a lei maior, é um desafio que exige a atuação pontual e contínua do Estado nesse sentido. Temos no desenvolvimento urbano/econômico, fenômeno que atinge diretamente o meio ambiente, direito fundamental de terceira geração e, não raro, por sua relevância, a proteção ambiental finda por interferir diretamente no exercício do uso do solo.

Não se pode, todavia, associar forçosamente a urbanização ao aumento dos impactos ambientais, na medida em que vários e diferentes fatores endógenos contribuem para a significativa degradação ambiental que se tem presenciado na geração atual.

O tema do artigo busca colaborar, dentre as muitas ferramentas disponíveis para auxiliar na construção de caminhos que promovam a alteração da matriz urbanística, para a promoção da justiça socioambiental e espacial.

Não se pode negar o fato de que a integração homem e natureza está intrinsecamente ligada a potenciais desequilíbrios ambientais, quando não raro a danos efetivos, porém simplesmente limitar o assentamento humano não os inibe e, tampouco, colabora diretamente para a preservação ambiental.

Favelização, ausência de saneamento e fornecimento de água e energia, dano à fauna e à flora, são consequências de atos de gestão meramente restritivos, afetando diretamente a dignidade humana e o desenvolvimento econômico no entorno do solo irregularmente utilizado. Faz-se necessário regulamentação, fiscalização e intervenção positiva do Estado no sentido de harmonizar tais direitos, inclusive relativizando a ideia de que as Áreas de Proteção Ambiental não devem ter outra destinação.

Ao instituir referidas áreas, o legislador disciplinou a conjugação desses dois direitos fundamentais – moradia e meio ambiente sustentável. Utilizando o método dedutivo e conjugando com a pesquisa legislativa e bibliográfica, objetiva-se abordar a responsabilidade do Estado em usar seus bens dominicais para o alcance do fim social urbanístico, utilizando o parcelamento e a cessão de superfície do solo como ferramentas jurídicas para alcançar eficiência e eficácia na fixação formal do homem ao meio ambiente urbano.

Revela-se necessário considerar as questões administrativas e ambientais envolvidas quanto ao cumprimento equitativo das normas entre as partes – governante/governado –, requisito de eficácia plena para a efetivação da cessão do uso do bem público ao particular.

A problematização da pesquisa envolve as questões de políticas públicas inclusivas de urbanização e seus efeitos positivos ao desenvolvimento econômico, evidenciando que é possível, com base na estrutura jurídica existente, fomentar cenários em que a dignidade humana e o meio ambiente sustentável devem coexistir como fonte contínua de geração de riquezas para as atuais e futuras gerações.

Em princípio, ocupação urbana e preservação ambiental não são excludentes e podem coexistir desde que se adotem políticas públicas inclusivas de educação ambiental, quando o homem passe a ser protagonista de uma reflexão sobre a natureza da sustentabilidade ambiental em compasso com o desenvolvimento urbano.

2 COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, MORADIA E MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1998 (BRASIL, 1988) elenca, em sua estrutura, Direitos Fundamentais baseados em valores históricos que referenciam e orientam seu sentido, e essa noção de ordem, permeada de valores, traduz os anseios dos jurisdicionados e inspira o Estado Democrático de Direito à efetivação de tais preceitos, exigindo exercício lógico para compreender seu significado e finalidades ao aplicá-los por meio de ações negativas ou positivas.

Em uma cronologia histórica, é possível sustentar três momentos de ebulição desses princípios fundamentais denominados dimensões, como perspectiva de sua importância e influência no tempo.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão tratam das liberdades civis, exigindo do Estado respeito à autonomia individual, consagrando tais liberdades por meio da não interferência estatal em seu desenvolvimento. Surgia, em meados do século 18, o Estado de Direito Liberal, disciplinando a disputa entre o Poder e a liberdade, reflexo da relação entre o absolutismo e o individualismo, tendo adquirido como principal função a defesa da liberdade (BONAVIDES, 2001).

No início do século 20 a Constituição de Weimar/1919 suscita os chamados direitos fundamentais econômicos e sociais, fruto dos efeitos do pós-guerra e orientados pelo ideal de Estado Democrático Social. A Constituição alemã albergava a defesa da dignidade da pessoa humana, garantindo na perspectiva individual direitos civis e políticos e, numa ordem de grupos, os direitos econômicos e sociais. Surgia a segunda dimensão dos direitos fundamentais, e nela a consciência da necessidade de uma Ordem de direitos pautadas nos ideais de igualdade, em que anseios coletivos exigiam a proteção do Estado.

Dessa igualdade, contrariamente à não intervenção estatal originada do Estado Liberal, exige-se que este atue promovendo o bem-estar social considerando que os direitos econômicos e sociais demandam do Estado uma atitude positiva, prestacional e, em certa medida, intervencionista.

Na virada da primeira metade do século 20, experimentado os terríveis efeitos da Segunda Guerra Mundial, a solidariedade apresentou-se no âmbito dos direitos fundamentais como valor complementar aos ideais de liberdade e da busca pela igualdade, numa dimensão marcada agora por direitos que exigem um dever solidário, ou seja, não apenas direitos, mas também deveres por parte dos titulares que integram a Ordem dos direitos fundamentais.

Da exigência desse comportamento ético solidário, a cidadania volta-se para a conquista dos direitos relacionados a interesses coletivos e difusos, chamados de direitos de terceira dimensão, tendo o meio ambiente como seu maior expoente.

Superada a exposição da perspectiva jurídica dimensional histórica dos direitos fundamentais, superficial, mas necessária ao presente estudo, direciona-se o foco aos direitos de moradia e meio ambiente equilibrado, explorando como ambos podem e devem se conciliar mediante a atuação positiva dos atores envolvidos – o individual e o difuso.

Como visto, os direitos sociais destinam-se a garantir ao cidadão o básico necessário para viver dignamente. São prerrogativas que não se sustentam somente no texto frio da lei, mas que exigem uma atitude do Estado de forma a efetivá-los, proporcionando o bem-estar social tão almejado e a redução das desigualdades sociais e econômicas.

Denominados direitos de segunda dimensão, os Direitos Sociais atrelam-se à necessidade de o Estado agir intervindo diretamente na sociedade para a efetivação dos ideais de dignidade.

Assim, “ao contrário dos direitos de primeira geração, em que o Estado passa a ter o dever de não intervir, nos direitos de segunda geração o Estado passa a ter responsabilidade preponderante para a concretização de um ideal de vida digno na sociedade” (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p. 102).

Para Moraes (2017, p. 209):

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Ao versar sobre Direitos e Garantias Fundamentais, e também sobre os Direitos Sociais, o legislador editou a Emenda Constitucional nº 26, incluindo o direito à moradia no rol previsto no artigo 6º da Carta Magna. Uma das necessidades mais básicas do ser humano, tratada formalmente desde 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos, somente tornou-se cláusula pétrea explícita nos idos de 2000.

A constitucionalização do dito direito, ante a sua natureza e autoaplicabilidade, impõe ao Estado grandes desafios exigindo a instituição de políticas públicas de habitação visando a garantir teto digno para todos, especialmente aos menos favorecidos e vulneráveis. Por sua vez, soma-se ao conceito de moradia a necessária disciplina urbanística e, dentre seus vieses, o saneamento básico como medida inclusiva de desenvolvimento social e econômico.

Na perspectiva de atuação positiva, quando falamos de Estado, o texto constitucional é claro ao delegar competência comum a todos os seus entes, para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” nos termos dispostos no artigo 23, inciso IX.

Em vista da concretude do direito ora estudado, e pelo indubitoso dever do Estado em promover e introduzir, de forma direta ou indireta, políticas públicas habitacionais, este visa o resgate da dignidade e a inclusão social do cidadão por meio de atos efetivos nesse sentido e, mais além, o fazer de forma sustentável, garantindo sua realização e observando os ditames de direito ambiental, vinculando e estimulando, por intermédio dos instrumentos utilizados, atitudes solidárias dos beneficiários.

O aspecto solidário é marca determinante nos chamados direitos fundamentais de terceira geração. Evocam o destino da humanidade e as questões relacionadas ao Meio Ambiente, sua proteção e conservação, sem se desapegar ao necessário desenvolvimento econômico.

Nasce aqui uma consciência jurídica de grupo, redimensionando os direitos coletivos, ora denominados Direitos Transindividuais ou Difusos. Esse olhar para o futuro traduz o sentimento jurídico de solidariedade, ultrapassando a proteção da qualidade de vida da sociedade atual para, assim, assegurar o mesmo bem-estar para as futuras gerações, que afeta a todos na busca pela sustentabilidade e perenidade.

A ideia de desenvolvimento sustentável, expressão criada em 1972 em Estocolmo na Conferência Mundial de Meio Ambiente, define-se em atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de responder às suas próprias necessidades, conciliando as atividades econômicas, sociais e a preservação do Meio Ambiente (GODOY, 2020).

Dessa forma, é possível inferir que o pensar sustentável deve se revelar por meio de ações: “[...] energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando a sua continuidade e ainda atender às necessidades das gerações presentes e futuras [...]” (BOFF, 2012, p. 165).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), ao dispor sobre a Ordem Social, estabelece por objetivo o bem-estar e a justiça social, discorrendo, no capítulo II, artigo 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

É possível tomar como conceito amplo que o meio ambiente é o sistema formado por elementos naturais e artificiais relacionados entre si e que são modificados pela ação humana. Trata-se do meio que condiciona a forma de vida da sociedade e que inclui valores naturais, sociais e culturais que existem num determinado local e momento, composto tanto por coisas que possuem ou não possuem vida.

A Lei nº 6.938/81, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, conceitua meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, conceito este recepcionado pelo artigo 225 da CF/88, que eleva o meio ambiente à condição de direito de todos e bem de uso comum do povo.

Como visto, em razão da alta relevância do bem jurídico tutelado, estabeleceu o legislador a obrigação equitativa do Poder Público e da Comunidade de preservá-lo para as presentes e futuras gerações (ANTUNES, 2017).

Analisado os direitos fundamentais de moradia e meio ambiente sustentável, doravante é possível discurrir sobre o cenário jurídico e a compatibilização desses institutos que comungam com a Área de Proteção Ambiental.

Instituída pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) e, especialmente, pela Lei Federal nº 9.985/2000, Área de Proteção Ambiental é o espaço destinado ao uso e convívio sustentável do homem junto a natureza, pelo menos em tese (GODOY, 2020).

As Áreas de Proteção Ambiental (APA) são unidades de conservação estabelecidas em regiões já habitadas, tendo como um de seus objetivos precípuos o de assegurar o bem-estar das populações humanas que nela vivem. A conjugação do bem-estar humano ao aprimoramento das condições ambientais existentes no interior da APA, todavia, é o objetivo maior do instituto.

É neste sentido que se desenvolve este trabalho, uma vez que é permitido a habitação e atividades produtivas nestas áreas que outrora se mostram subutilizadas. A questão encerra-se na gestão do uso do solo de áreas dominicais ociosas e no desenvolvimento de políticas públicas de habitação que eliminem situações humanas e ambientais degradantes, fenômeno que impacta diretamente a sustentabilidade inspiradora da legislação que disciplina o tema.

Cumpra ao Estado dispor de suas terras para a ocupação e regularização fundiária urbana, tendo no parcelamento e cessão do uso do solo dominical para fins sociais de moradia, instrumentos jurídicos efetivos a tal fim.

As Áreas de Proteção Ambiental são geridas necessariamente por uma entidade ambiental encarregada de assegurar o atendimento das finalidades da norma instituidora, buscando alcançar a sustentabilidade ambiental definida consistente em efetivar condições dignas de moradia ao cidadão, fomento à consciência cidadã ecológica e, por meio do processo de urbanização, estimular o desenvolvimento econômico, o qual também se afigura como um direito fundamental a ser resguardado, desde que executado nos moldes estabelecidos no plano de manejo e de maneira sustentável.

Não é demais alinhar ao pensamento ora exposto a ideia de função social da propriedade reconhecida na legislação constitucional e infraconstitucional como sendo aquela que propõe a interface da propriedade ao benefício social que dela pode fluir.

3 BEM DOMINICAL E SEU PARCELAMENTO PARA FINS SOCIAIS DE MORADIA EM ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL: CESSÃO DE SUPERFÍCIE

Bens públicos são aqueles pertencentes a pessoas jurídicas de direito público interno nos termos do critério empregado pelo Código Civil em seu artigo 98, seguindo a regra de que é a natureza jurídica do sujeito, do proprietário, do dono, que pauta a natureza do bem em seu patrimônio. São públicos os bens da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios, dos municípios, das autarquias, inclusive das associações públicas e de todas as entidades que venham a ser criadas por lei com natureza de pessoa jurídica de direito público interno.

Divide-se em categorias de acordo com sua natureza e destino, sendo relevante ao tema abordar os bens públicos dominicais, patrimônio público disponível e sem afetação, definido pela lei civil como bens “que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”, podendo ser utilizado, desde que autorizado a todos, os usos em direito admitidos, observada a compatibilidade com o interesse público e a finalidade da entidade pública a que tais bens pertencem.

Essa flexibilidade no uso, decorrente da não afetação, não retira da gestão de tais bens o dever obrigatório de produzir utilidades públicas, contribuindo para a consecução dos interesses envolvidos, destinando seu uso em benefício comum.

Exige-se o interesse público e a legalidade no trato dos bens dominicais, inclusive quanto à possibilidade de sua alienação ou outorga para uso exclusivo de terceiro. Tais atos efetivam-se por instrumentos privados como exige a lei civil, por exemplo, a constituição de direito real de uso ou direito real de superfície, contrato de cessão de uso, sujeitando-se, assim, a ser constituído como objeto de relações obrigacionais e reais firmadas pelo ente público junto ao particular.

O bem público dominical deve destinar-se a cumprir sua função social – ser útil e produtivo –, sendo gerido e utilizado no melhor proveito do interesse público.

Neste sentido, Marques Neto (2009, p. 222) entende ser

[...] imperativo o emprego econômico dos bens dominicais de forma a que eles cumpram a finalidade de gerar receitas para a Administração Pública. Isso não apenas pelo sobredito princípio da função social da propriedade (que interdita a ociosidade, a não utilização de bens), mas também pelo princípio da economicidade, consagrado também pela Constituição e objeto de tutela pelos Tribunais de Contas (art. 70, caput, CF).

Podemos afirmar também que a ociosidade do bem pode, e deve ser, suprida por usos não econômicos de natureza social, comuns ou privativos e, partindo da premissa de que todo bem estatal deve produzir alguma utilidade social, o uso de bens públicos dominicais destinados à urbanização e moradia não foge à regra, especialmente entendendo-se que o direito ao teto é um direito fundamental social.

A ideia que ora se discute é a instrumentalização de tal direito, e as APAs, por sua natureza e constituição, comumente concentram terras públicas sem uso cujo parcelamento urbano prévio é ação necessária à posterior cessão para utilização de superfície dos bens dominicais destinados à regularização fundiária, sendo certo que hoje a Federação possui 125 APAs constituídas e distribuídas em 22 Estados.

O uso da superfície é negócio jurídico privado disciplinado tanto pelo Código Civil quanto pelo Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001, consubstanciado no direito do proprietário de poder conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública, de forma gratuita ou onerosa, podendo, ainda, ser constituído por pessoa de direito público interno.

Dentre os vários objetivos do instituto pode-se destacar o estímulo ao uso de imóveis desocupados e à resolução de crises habitacionais, revelando realmente a função social da propriedade almejada pelo legislador constitucional.

O interessado, chamado de superficiário, passa a aproveitar o terreno que não era de sua propriedade, possibilitando o desdobramento do direito real de propriedade, otimizando o uso e o aproveitamento dos espaços urbanos, equilibrando os interesses públicos – função social –, e particular – moradia (GOMES, 2002).

É possível utilizar o conceito doutrinário de direito de superfície no sentido de que é “direito real de gozo ou fruição, direito de plantar ou edificar em terreno de propriedade alheia, chamado de direito de implante. De uma forma bem clara, trata-se de uma concessão do solo” (VENOSA, 2006, p. 222).

A natureza jurídica do instituto finda em um direito real autônomo em que, concedido, o edifício construído pertence exclusivamente ao superficiário, enquanto o solo continua a pertencer ao seu proprietário.

A ocupação de áreas de proteção ambiental não é fenômeno raro a exigir do poder público providências no sentido de sua regularização e controle. Não se aborda aqui construções de casas de veraneios e outras investidas privadas aptas a satisfazer o conforto de minorias.

Trata-se da necessidade de proporcionar moradias condignas para uma grande parcela da população que, espremida pelo desenvolvimento urbano, sem alternativas viáveis, se assenta em terras de propriedade do Estado localizada em regiões onde, quer pelas limitações de acesso, quer por restrições históricas, restaram até então sem uso e ocupação.

São os processos de favelização observados nas grandes cidades e que se estendem atualmente por praticamente todas as urbes do território nacional, fruto da ausência de políticas públicas consistentes e perenes.

Cumpra ao Estado dedicar uma atenção maior às áreas de proteção ambiental em razão da fragilidade de seus biomas e da sustentabilidade esperada decorrente da integração homem natureza, posto que esse instituto jurídico permite sua coexistência. Essa sustentabilidade vai decorrer necessariamente da observação plena das normas pelas partes envolvidas em um cenário de responsabilidade equitativa.

O instrumento da cessão de uso de superfície revela-se um mecanismo educador vinculante do superficiário vulnerável quando no exercício de seus direitos e, especialmente, de suas obrigações em relação ao meio ambiente em que habita e, por outro lado, exige do Estado cessionário a efetivação de ações urbanísticas necessárias à sua preservação, conferindo um maior poder de fiscalização.

Embora trate-se de direitos reais, pode ser rescindido em casos de não observância das especificações do uso a que se destina o imóvel localizado em uma Área de Proteção Ambiental.

Como dispõe a Lei nº 9.985/2000 em seu artigo 15, a “Área de Proteção Ambiental é uma área em geral extensa, com um certo grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas, e tem como objetivos básicos proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar a sustentabilidade do uso dos recursos naturais.”

Neste sentido, “[...] a APA tem por finalidade, continuando a tradição do regime legal anterior, a garantia da qualidade de vida humana, por suposto; isso implica que ela deve, necessariamente, ser uma área ocupada por seres humanos” (ANTUNES, 2017, p. 984).

A APA poderá ser estabelecida em área de domínio público ou privado pelos entes da Federação e, embora de natureza jurídica restritiva, comporta em sua área outras unidades de conservação, ecossistemas urbanos, oportunidade para se experimentar técnicas e atitudes que conciliem o uso da terra e o desenvolvimento regional com a manutenção dos processos ecológicos essenciais, além de uma gestão participativa representada por um conselho composto por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente (PORTANOVA; OLAVO LEITE; FIGUEIREDO, 2015).

Conhecendo esses três institutos jurídicos – bens públicos dominicais, cessão de superfície e áreas de proteção ambiental –, pode-se concluir que o Estado tem ferramentas suficientes para instituir políticas públicas de regularização de ocupações em áreas ambientalmente protegidas.

Antes, porém, será necessário refletir sobre as condições do direito à moradia no cenário urbano brasileiro, decorrente do crescimento desordenado das cidades e da morosidade na instalação de políticas públicas e os impactos sociais e ambientais decorrentes.

A precarização da habitação em APA decorre, na maioria das vezes, em virtude da ausência de poder aquisitivo da população de baixa renda para se inserir no mercado imobiliário formal, sendo direcionada para as áreas impróprias ou de uso limitado, acarretando naturalmente impactos ambientais.

Acrescente-se o crescimento demográfico da própria área protegida, como no caso do arquipélago de Fernando de Noronha, impondo a regularização urbana por meio da cessão de terrenos destinados à moradia.

O parcelamento e a cessão do uso da superfície do solo revelam-se um poderoso instrumento de regularização fundiária em APA. O fato de o Estado transferir apenas o direito real de uso da superfície, regularizando construções irregulares ou fomentando a construção regular de habitações, demanda necessariamente melhorias urbanísticas e ambientais, estimulando, ainda, o desenvolvimento econômico de seu entorno.

Por sua vez, o Estatuto das Cidades direciona a ação do Estado no sentido de efetivar a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, considerando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais, além de permitir a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias para tal fim.

Dada a natureza privada do contrato de cessão de uso dos direitos de superfície, o administrador público poderá constituir cláusulas que vinculam o superficiário à conscientização ambiental sobre o solo que ocupa, somado às próprias normas derivadas do plano de manejo da área, de forma que a não observância das regras impõe a perda desse direito e, conseqüentemente, de tudo aquilo que fora ali fixado.

Partindo, todavia, de pesquisas em situações análogas, os resultados mostram que populações em tal situação são conscientes e favoráveis a ações sustentáveis na medida em que, muitas vezes, é o próprio meio ambiente em que estão inseridas que lhes proporcionam os meios de subsistência (LISBOA PESSOA, 2014).

Evidenciada a responsabilidade de preservação que nasce com a regularização fundiária e a satisfação do direito à moradia digna por meio da atuação positiva do Estado nesse sentido, a este cabe cumprir todas as obrigações atinentes ao desenvolvimento urbano sustentável, especialmente detendo instrumento jurídico legítimo e eficaz de controle do uso da posse.

Trata-se da responsabilidade equitativa. Se por um lado ao Estado cumpre agir no sentido de efetivar direitos fundamentais de moradia e a um meio ambiente equilibrado, ao cidadão compete observar estritamente as normas que regem sua inserção nesse meio ambientalmente protegido, até porque dele depende a própria subsistência humana (GODOY, 2017).

É neste contexto que a educação ambiental flui como instrumento de integração da ideia de que o homem pode ocupar os espaços de APAs, desde que ciente da sua responsabilidade social.

4 EDUCAÇÃO AMBIENTAL: CLÁUSULA ACIDENTAL DO CONTRATO DE CESSÃO DE USO DE SUPERFÍCIE DE BENS DOMINICAIS

O meio ambiente urbano é resultado da integração do “sistema natural” e do “sistema antrópico”, sendo o primeiro composto pelo meio físico e biológico, ou seja, solo, vegetação, animais, água, dentre outros elementos, e o segundo pelas ações humanas e suas conseqüentes relações sociais e culturais.

Ao atrelarmos o conceito de sustentabilidade, buscamos disciplinar as ações do homem e seus impactos nesses sistemas, tendo por objetivo a perenidade de seus elementos considerando as perspectivas econômica, social e ambiental.

A participação do Estado para a consecução dos direitos à moradia e um meio ambiente equilibrado, exige ações necessárias para se alcançar a sustentabilidade urbana, posto ser nesse ambiente que se observa naturalmente o desenvolvimento econômico e social. Desenvolver cidades sustentáveis exige mudanças fundamentais no comportamento humano, na prática do poder público, no comércio, na arquitetura e no planejamento (ROGERS, 2005).

A gestão governamental de ocupação do solo deve estar atenta aos prejuízos ambientais que prejudicam diretamente o homem e os demais elementos do ambiente em que ele se insere, fomentando o desenvolvimento de um comportamento ético entre as partes envolvidas – Estado, população, organização civil –, delineando direitos e deveres como forma de possibilitar a construção de um meio ambiente urbano sustentável.

A simples edição de leis não basta para a consecução de tal objetivo. Exige-se um exercício contínuo e mútuo facilitado, todavia, pela efetividade conferida aos instrumentos jurídicos que disciplinam as relações do uso do solo e dos processos de urbanização em áreas protegidas.

A permissão da presença humana em APA deve se fundar na premissa da harmonia de direitos fundamentais – moradia, meio ambiente equilibrado e desenvolvimento econômico –, abrigando e protegendo a vida humana em sua concepção e padrões de dignidade sem desproteger as demais formas de vida e recursos ambientais, posto que a preservação do meio ambiente somente faz sentido para o bem da espécie humana (GODOY, 2017).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) preceitua, em seu artigo 182, os objetivos da política de desenvolvimento urbano, destacando as funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes. No mesmo sentido, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/01, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. Normas existem, exigindo a instrumentalização de ações do Estado nesse sentido.

Esse poder-dever de agir deve materializar-se mediante ações práticas palpáveis e integradas num contexto jurídico que permita o desenvolvimento de políticas efetivas de conscientização ambiental e controle das ações do homem inserido em áreas de proteção.

Se partimos da premissa de que o emprego do contrato de cessão de uso de superfície é uma ferramenta efetiva para a gestão do Estado para a utilização do solo urbano fincado em APA, ante a natureza privada do instrumento jurídico e sua flexibilidade no que respeita aos objetivos acessórios que se possam estabelecer

para sua efetiva validade e consecução, sob pena de rescisão e retomada do bem, são nessas cláusulas que residirá os fatores de sucesso para se alcançar comportamentos que tornem sustentável a convivência homem e natureza nessas áreas.

O objeto central do contrato de cessão de direitos de superfície basicamente transfere ao particular a permissão de uso do solo em que, eventualmente, se encontre morando de forma irregular e/ou o fixe em área previamente individuada. Pode-se, todavia, atrelar ao negócio jurídico cláusulas acidentais visando a determinar a eficácia do que restou pactuado.

Os elementos acidentais do negócio jurídico são aqueles “que se lhe acrescentam com o objetivo de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais” (DINIZ, 2006, p. 435); podem revestir-se de natureza unilateral ou bilateral com objetivos de exigibilidade, retardamento do nascimento de aquisição ou de restrição de certo prazo.

Dada a possibilidade da bilateralidade no estabelecimento das condições, termos e encargos, a constituição de elementos acidentais no contrato de cessão de uso de superfície de terras dominicais, busca equilibrar as relações Estado-Cidadão numa perspectiva de construir cooperação e corresponsabilidades.

O primeiro elemento acidental condicionante à eficácia do negócio jurídico sugerido no presente estudo, é o que preveja a necessária participação do superficiário em programas de educação ambiental a serem instituídos pelas entidades administrativas da APA em conjunto com o poder público, desenvolvidos de forma estruturada e pontual.

A Lei nº 9.985/2000, que regulamenta o artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, dispondo, em seu artigo 15, parágrafo 5º, que a Área de Proteção Ambiental disporá de um Conselho presidido pelo órgão responsável por sua administração, constituído por representantes dos órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e da população residente. Ou seja, existe equipamento estatal para executar ações de educação ambiental.

“A educação ambiental é o caminho que conduz essa nova geração a identificar valores importantes para a sua própria existência e manutenção da vida humana em uma sociedade com consumo praticamente ilimitado” (GODOY, 2017, p. 77).

O objetivo dessa cláusula acidental é reduzir os custos ambientais a longo prazo, fomentando na população a postura de guardião do meio ambiente e de consciência ecológica no uso da terra recebida, participando, de forma solidária, na preservação do meio urbano na qual encontra-se inserida, revestindo seus fins no desenvolvimento de uma cultura de caráter natural, não antropocêntrico, em que a reciprocidade entre os seres humanos e a terra que os provê exige um constante cuidar e preservar.

A educação ambiental fora objeto de disciplina na Lei nº 9.795/99, conceituada como os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade, destacando como princípios o enfoque humanista, democrático, concebendo o meio ambiente em sua totalidade – meio natural, socioeconômico e cultural –, sob o enfoque da sustentabilidade.

Deriva de ordem constitucional que impõe ao Estado promover e orientar a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a proteção do meio ambiente.

No caso, desenvolver um programa efetivo voltado para as necessidades da APA, na qual se encontre residindo o superficiário, é o fator principal de sucesso na efetivação do uso sustentável dos recursos, tratando-se de um instrumento de integração social na defesa do meio ambiente.

A Educação Ambiental tem por fim o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos e o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

A simples transcrição do texto legal fortalece a ideia de incluir no contrato de cessão de uso de superfície de solo dominical uma cláusula condicional mediante a participação efetiva do superficiário em programas de educação ambiental e, por sua vez, implicando necessariamente a atuação do Estado em prover cursos para este fim, sob pena de fragilizar sua atuação na consecução do negócio jurídico.

A educação ambiental deve colaborar para a superação do conceito clássico de cidadania liberal centrada nos direitos civis do cidadão, evoluindo para um pensar cidadão ecológico, responsável, com deveres e protagonista na condução de mudanças socioambientais sustentáveis, desenvolvendo um senso crítico que lhe permita questionar injustiças ambientais, desde a privação de direitos, como moradia e meio ambiente sustentável, até eventuais limitações à livre-iniciativa (BECK, 2011).

Deve despertar a consciência para o necessário equilíbrio entre os direitos e responsabilidades individuais e coletivos e prioridades econômicas e ambientais, exigindo, por sua vez, que o Estado atue prontamente nos seus deveres para o desenvolvimento de um meio ambiente urbano sustentável.

“O conceito de cidadania em nossos dias não mais está restrito à dimensão exclusivamente política expressa no binômio: votar e ser votado. Necessariamente vai além, incorporando o conteúdo de participação na vida da sociedade [...]” (JUCÁ, 2011, p. 31).

A educação ambiental como educação política prioriza a ética e enfatiza antes a questão do “por que” fazer para depois perguntar “como” fazer. Ela contribui para que os cidadãos possam refletir e exigir justiça social, cidadania, autogestão e ética nas relações sociais e com a natureza (JACOBI, 1998).

Assim, está “impregnada da utopia de mudar radicalmente as relações que conhecemos hoje, sejam elas entre a humanidade, sejam entre esta e a natureza” (REIGOTA, 1998, p. 14).

Entendido que a cessão do uso do direito de superfície de bens dominicais pelo Estado é uma alternativa viável para o processo de regularização fundiária e que pode ser inserido nas APAs, condicionado a ações de educação ambiental que estimulem o pensamento cidadão sustentável e solidário, o artigo 3º da CF estabelece que o uso desse solo e sua edificação deverá naturalmente seguir os fundamentos direcionados à dignidade da pessoa e ao bem-estar da coletividade, cumprindo, assim, a função social da propriedade estatal.

Por outro lado, esta ideia possibilitará obrigatoriamente o desenvolvimento urbano econômico sustentável nas áreas de APAs, que se revela interesse do próprio Estado, inclusive para a geração de receitas e arrecadação de tributos.

5 DESENVOLVIMENTO URBANO E ECONÔMICO SUSTENTÁVEL EM ÁREAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

Os padrões de urbanização adotados no mundo desde a Revolução Industrial, tornaram-se insustentáveis ante os ciclos de crescimento econômico e urbano, demandando soluções que otimizem o tratamento do lixo, a emissão de efluentes sanitários e industriais, a impermeabilização e a erosão do solo, o consumo de energia, a perda das fontes de água doce e os danos à fauna e à flora, gerando um passivo ambiental urbano que se agrava diante das desigualdades econômicas e sociais.

Essas desigualdades restringem o acesso à propriedade da terra, fomentando a precariedade habitacional e a informalidade urbana, exigindo políticas públicas que estimulem a realização no plano urbano da justiça socioambiental.

Cabe ao Estado o controle sobre a ocupação do solo, a regularização fundiária, a urbanização das áreas urbanas precárias e a provisão habitacional, que utiliza novas tecnologias e recursos que minimizem o impacto ambiental decorrente desses processos. Trata-se de obrigações fundamentais.

A questão da “sustentabilidade urbana” deve ser entendida como a busca prioritária pela justiça socioambiental e, para que ganhe legibilidade, é necessário construir, na agenda política e social, uma matriz única e abrangente de compreensão da questão, com o desafio de construir cidades ambiental e socialmente justas para as próximas gerações (NUNES *et al.*, 2015).

Não se trata aqui de exigir do Estado a distribuição de unidades habitacionais de forma irresponsável apenas para suprir um déficit de desigualdade, mas ceder o uso da superfície de terras dominicais mediante contrapartida cidadã, conforme exposto no tópico anterior, subsidiando a construção de imóveis que se adequem às exigências das normas previstas no plano de manejo das APAs.

Nesse sentido, não basta ceder o uso da superfície, pois, em se tratando de regularização fundiária e urbanização de áreas precárias, exige-se o financiamento de habitação para que o direito de moradia se efetive.

Um dos passos para a elaboração de uma agenda de justiça socioambiental destacado no documento “Habitação Social e Sustentabilidade”, é a promoção dos investimentos públicos destinados à habitação de interesse social (HIS). Segundo o estudo, é comum termos menos de 3% dos orçamentos das metrópoles destinados ao setor habitacional, embora a falta de moradia atinja uma parcela considerável de suas populações.

Os empecilhos financeiros ainda são apresentados como significativos obstáculos ao urbanismo e desenvolvimento sustentável. Para dominar essas dificuldades, sugere-se duas ações: Mudança na Legislação e Vinculação de Recursos. A modificação da estrutura legal, com o objetivo de especificar com grande grau de aprimoramento como precisam ser financiadas e instituídas tais ações, aumenta a vinculação dos recursos públicos e o real uso dos recursos já pressupostos em lei na realização de programas habitacionais sustentáveis.

Esses recursos, todavia, não devem ser destinados sem uma contrapartida social justa da população que o recebe, esperando a sociedade em geral uma atuação responsável dos superficiários no sentido de manter, preservar e se adequar fielmente às normas que regulamentam o espaço em que vivem.

A vantagem do emprego do contrato de cessão de uso de superfície como instrumento ágil ao controle do Estado na utilização do solo, pelas características jurídicas dinâmicas que carregam em relação à posse daquilo que é cedido e ao que se incorpora, e a não rigidez da propriedade e seus efeitos, coloca a posse de cunho social numa esfera difusa e não individual.

A conjugação homem natureza em APA exige disciplina urbanística própria que se funda basicamente em dois instrumentos: zoneamento e plano de manejo, ambos conceituados na Lei Federal nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC), sendo:

- Zoneamento: definição de setores ou zonas em uma unidade de conservação com objetivos de manejo e normas específicos, com o propósito de proporcionar os meios e as condições para que todos os objetivos da unidade possam ser alcançados de forma harmônica e eficaz.
- Plano de Manejo: documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a construção das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade.

Pode-se afirmar que o Plano de Manejo de uma APA tem como um dos seus principais objetivos a compatibilização do regime protetivo com o regime dominial privado, preservando-se o caráter econômico da propriedade, compreendendo, aqui, as áreas dominicais destinadas à cessão da superfície do solo. É por meio desse documento que se disciplina os requisitos e os limites da construção de unidades habitacionais e das atividades econômicas permitidas.

A simples instituição de áreas de proteção ambiental sem que os recursos para a sua manutenção sejam providenciados por si só se revela, porém, insustentável. Exige-se um planejamento orçamentário que distribua melhor e de forma mais democrática os investimentos públicos em infraestrutura urbana, especialmente as que se fixam em zonas de proteção.

A urbanização desigual implica necessariamente graves problemas ambientais por força da informalidade no uso da terra, edificações em áreas inadequadas, como margens de rios e várzeas, e péssimas condições físicas e de salubridade da moradia, e tais fenômenos agravam-se em APA.

Aliás, historicamente a mera regulação-fiscalização legal é insuficiente para alterar esta realidade, no entanto a oferta adequada de moradia, somada a um contexto sólido de solidariedade e corresponsabilidade, revela-se uma contribuição legítima e efetiva para a mudança dessa realidade.

A partir da cessão do uso de superfície, o Estado deve dispor de financiamento social para que se edifiquem construções condicionadas às exigências do plano de manejo da APA, proporcionando serviços de arquitetura e engenharia apropriados, como estímulo à utilização de padrões construtivos e aportes tecnológicos que reduzam os impactos ambientais e economizem os recursos naturais, tais como captação de energia solar, captação de águas pluviais, reuso e tratamento prévio de águas, uso de materiais alternativos, dentre outras ações, traços de um desenvolvimento econômico verde.

Discorrendo sobre Economia Verde, a necessidade de construir prédios que captem água da chuva para múltiplos usos, obrigar que todas as construções novas instalem captadores de energia solar e ainda sobre contrapartidas dos atores como forma de compensações, pressupondo tais ações como um passo para a transição rumo a uma economia sustentável, ainda não alcançada (BOFF, 2014).

Partindo da ideia central do artigo, a concessão de financiamento público ou privado deve estar condicionada às cláusulas do instrumento jurídico de cessão de uso de superfície, e as contrapartidas verificáveis por meio de ações pontuais de controle do uso do bem e sua manutenção, de forma que o superficiário se sinta parte responsável integrante no processo de uso do bem recebido e seu entorno, e não um excluído integrado de maneira injusta e pouco ou nada eficiente nas periferias das grandes cidades.

Paralelamente, o saneamento ambiental é medida legal que deve concorrer com tais ações, posto que nenhuma melhoria no quadro ambiental urbano será possível sem seu atendimento adequado.

A Lei nº 11.445/07 considera como saneamento básico o abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e a drenagem de manejo das águas pluviais urbanas, estabelecendo ainda princípios de universalização do acesso e articulação conjunta com políticas de desenvolvimento urbano, habitação, combate à pobreza, proteção ambiental e outras de relevante interesse social, voltadas à melhoria da qualidade de vida, nas quais o saneamento básico seja fator determinante.

Financiar moradia, sanear e educar, são ações que, necessariamente, impactam, em vistas dos ajustes propostos, no processo de desenvolvimento econômico das APA, sendo certo que medidas nesse sentido são bem-vindas, desde que sustentáveis, adotando o conceito de que “o desenvolvimento consiste na eliminação das privações de liberdade que limitam as escolhas e oportunidades das pessoas de exercer preponderantemente sua condição de cidadão” (SEN, 1999, p. 51).

O desenvolvimento econômico, decorrente das ações ora estudadas, tem por finalidade um bem viver do cidadão. Estrutura-se na disponibilidade do uso do solo e sua edificação pautada na efetivação de políticas públicas que exigem dos beneficiários contrapartidas vinculadas ao seu próprio desenvolvimento como pessoa humana e ao desenvolvimento de ações estruturadas pelo Estado para a consecução de tal fim, distanciando-se do cunho populista que permeou o sistema habitacional brasileiro nos últimos tempo, que desconsiderou as externalidades intrínsecas dessa demanda social e a necessária retroalimentação entre os sistemas social e natural.

Tais ações devem fazer parte de um planejamento estatal de médio e longo prazos, prevendo os parâmetros urbanísticos esperados. Planejar para remediar o passivo ambiental urbano, herdado da prática de políticas públicas equivocadas e omissas, somente contribui para a manutenção de problemas de situações de risco habitacional emergencial que prejudicam a aplicação de processos de planejamento mais participativos.

Planos diretores raramente estimam níveis de densidade desejados para a cidade e, também raramente, estabelecem parâmetros de saturação das infraestruturas. Essa discussão também se faz ausente na academia, e a programação, em termos de política econômica, da localização de investimentos, empregos, equipamentos e infraestrutura, e a elaboração de agendas de discussão com a população sobre perspectivas de longo prazo, são métodos de gestão ainda incipientes, porém, altamente desejáveis (NUNES *et al.*, 2015).

Se na perspectiva urbanística essa ausência de um planejamento estratégico estruturado é uma realidade, na prevenção de danos ambientais tampouco se observa essa visão de médio e longo prazos pelo Estado. A avaliação ambiental estratégica deve ser utilizada, embora não obrigatória, como ferramenta para a execução de ações como a que ora se propõe.

Não se resume o instrumento às exigências de licenciamento ambiental e estudo de impacto ambiental, mas em um eficaz instrumento de gestão pública, projetando o futuro da relação do ser humano com o meio ambiente na perspectiva da avaliação do desenvolvimento econômico, dos impactos diretos e indiretos ao meio ambiente ecológico e urbano, na relação da geração futura com a alteração da natureza e, principalmente, no alinhamento dessas alterações com as políticas públicas, que envolvem os programas e planos governamentais (GODOY, 2017). Agir sem planejar é reagir.

6 CONCLUSÃO

A ocupação irregular do solo em áreas de proteção ambiental é uma realidade brasileira que contribui para a degradação do meio ambiente ante a ausência da atuação do Estado, regulando e urbanizando as áreas habitadas. Dessa omissão nasce o conflito entre o direito de moradia e o meio ambiente sustentável, posto que é incompatível o fenômeno com a harmonização desses preceitos constitucionais, criando ainda obstáculos ao desenvolvimento econômico local.

Solucionar este problema de desenvolvimento urbano e ambiental é tarefa que exige do Estado planejamento estratégico estruturado em ações de médio e longo prazos com foco no uso sustentável da área ocupada, considerando que materialmente é inviável a retirada de toda a população que a ocupa irregularmente, tanto na perspectiva financeira quanto social. Não se pode porém, permitir, sob pena de incorrer em erros pretéritos, que a irregularidade se perpetue agravando os déficits socioambientais habitacionais.

É neste sentido que as Áreas de Proteção Ambiental podem oferecer em termos de ocupação regular, senão uma solução para o déficit habitacional, ao menos um alento à população menos favorecida economicamente.

Partindo-se, entretanto, da premissa de que é possível fixar o homem em APA e ali se desenvolver, inclusive economicamente de forma sustentável, deve-se exigir-lhe ações proativas de educação ambiental que lhe permita entender que estará se integrando ao sistema de forma protagonista e que dele depende a manutenção da relação ambiental equilibrada para as presentes e futuras gerações.

Assim não agindo, estar-se-ia mantendo o sistema atual de ocupação irregular do solo, atribuindo-lhe uma legalidade fictícia e pouco reveladora do seu compromisso para com o meio ambiente ecológico.

Uma vez observado que áreas dominicais podem ser objeto de contratos de cessão de uso de superfície e, por sua vez, que a incidência dessa propriedade comumente é observada em APA, o uso para a finalidade de regularização e fixação da população que vive nesses ambientes adere ao fim social que dela se espera.

A ideia do uso deste instrumento firma-se atento ao fato de não conceder ao cidadão a propriedade efetiva da terra, permanecendo a mesma no domínio do Estado, porém garantindo o direito de uso que dela flui.

Diante do desafio de se reequilibrar o meio ambiente urbano de maneira que atinja a sustentabilidade exigida no ordenamento jurídico, é dever do cidadão superficiário cumprir cláusula acidental no sentido de se envolver em projetos de educação ambiental, buscando sua autonomia e sendo crítico mediante a aquisição de conhecimentos.

Receber o solo somente, ou nele ter legitimado sua moradia, todavia, não é suficiente para atingir os fins de dignidade humana que a moradia proporciona. É necessário fomentar a reforma/construção das moradias no sentido de atender às normas previstas no plano de manejo da APA em que ele se encontra, além de se instituir uma infraestrutura de saneamento que permita atingir os fins socioambientais da localidade.

Ao construir em superfície cedida, o cidadão vincula-se mais ainda aos fins previstos no contrato na medida em que a não observância das cláusulas poderá ensejar a sua rescisão e o remanejamento de sua moradia, por não haver se adequado às normas específicas da APA onde se fixou.

Nota-se, não é um direito potestativo do Estado nesse sentido, mas uma consequência de sua inadequação. Exige-se, porém, o atuar positivo prévio do Estado, estruturando o espaço ambiental urbano e educando a população por meio dos aparelhos exigidos para a instituição da APA, especialmente a entidade gestora e seu conselho administrativo.

A ideia é demonstrar ao superficiário que ele participará deste processo de forma integrada como protagonista de uma nova e inovadora visão da propriedade, em particular rompendo o paradigma equivocado imperante de que em APA não se permite ou compatibiliza a habitação humana.

Moradia, meio ambiente equilibrado e desenvolvimento econômico são princípios intrinsecamente entrelaçados, razão pela qual a contribuição acadêmica no sentido de acenar para novos instrumentos, concentrando esforços em evidenciar a utilidade do parcelamento e cessão de superfície do solo dominical, que possam compor o planejamento estatal para o desenvolvimento sustentável urbano, ambiental e econômico, justificam o assunto estudado.

7 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. In: NUNES, Tarcísio *et al.* (org.). *Sustentabilidade urbana: impactos do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes: textos para as discussões da Rio+20: volume 3 habitação social e sustentabilidade*. Brasília: MMA, 2015.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Zoneamento ambiental municipal*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/itemlist/category/62-planejamento-ambiental-urbano>. Acesso em: 22 abr. 2020a.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global*. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/informma/item/8068-tratado-de-educa%C3%A7%C3%A3o-ambiental-para-sociedades-sustent%C3%A1veis-e-responsabilidade-global.html>. Acesso em: 22 abr. 2020b.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9795.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 abr. 2020.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BOFF, Leonardo. *A grande transformação: na economia, na política e na ecologia*. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.
- BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade: o que é – o que não é*. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BRAGA TEIXEIRA, José Guilherme. *O direito real de superfície*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GODOY, Sandro Marcos. *O meio ambiente e a função social da empresa*. 1. ed. Birigui: Editora Boreal, 2017.
- GODOY, Sandro Marcos. *Direito ambiental objetivo e descomplicado*. 1. ed. Presidente Prudente: Amazon, 2020. *E-Book*. ISBN 978-65-00-00020-7. Disponível em: https://www.amazon.com.br/DIREITO-AMBIENTAL-OBJETIVO-DESCOMPLICADO-SANDRO-ebook/dp/B084Q6NYLL/ref=sr_1_5?qid=1587517749&refinements=p_27%3ASandro+Marcos+Godoy&s=books&sr=1-5. Acesso em: 22 abr. 2020.
- GOMES, Orlando. *Direito real de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JACOBI, P. *et al.* (org.). *Educação, meio ambiente e cidadania: reflexões e experiências*. São Paulo: SMA, 1998.
- JUCÁ, Francisco Pedro. *Responsabilidade social e sustentabilidade*. In: MESSA, Ana Flávia; THEOPHILO NETO, Nuncio; THEOPHILO NETO, Roque (org.). *Sustentabilidade ambiental e os novos desafios na era digital: estudos em homenagem a Benedito Guimarães Aguiar Neto*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V. 1.
- LISBOA PESSOA, Mariana. *Ocupação irregular e regularização fundiária de interesse social em áreas de proteção ambiental*. 2014. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional) – UFRGS, Porto Alegre, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017.
- NUNES, Tarcísio *et al.* (orgs.). *Sustentabilidade urbana: impacto do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes: textos para as discussões da Rio + 20. Saneamento Básico*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente – MMA, 2015. V. 2.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 8. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.
- PORTANOVA, R. S.; OLAVO LEITE, A.; FIGUEIREDO, M. F. (org.). *Os 15 anos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000*. CONGRESSO DE DIREITO AMBIENTAL DAS ÁREAS PROTEGIDAS, 2., 2015, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Ixtlan, 2015.
- REIGOTA, M. *Desafios à educação ambiental escolar*. In: JACOBI, P. *et al.* (org.). *Educação, meio ambiente e cidadania: reflexões e experiências*. São Paulo: SMA, 1998.
- ROGERS, Richard. *Cidades para um pequeno planeta*. 2. ed. Portugal: Gustavo Gili, 2005.
- SEN, Amartya. *Os fins e os meios do desenvolvimento. Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

O ENSINO DO DIREITO PENAL NOS CURSOS JURÍDICOS: Necessidade de uma Formação Humanística e Consciência Crítica Responsável

<http://dx.doi.org/10.21527/2176-6622.2020.53.247-258>

Recebido em: 21/11/2018

Aceito em: 28/12/2019

Sonia Do Carmo Groberio

Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais Constitucionais pela Faculdade de Direito de Vitória/ES (FDV). <http://lattes.cnpq.br/7068629984990225>. <http://orcid.org/000.0003-3819-6814>. sonia.groberio@gmail.com

Gilsilene Passon Francischetto

Pós-doutora pelo Centro de Estudos Sociais de Coimbra. Doutora em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho. Mestre em Instituições Jurídico-políticas pela UFSC. Professora e pesquisadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado – em Direitos e Garantias Fundamentais da FDV. Coordenadora do grupo de pesquisa da FDV “Invisibilidade social e Energias Emancipatórias em Direitos Humanos”. <http://lattes.cnpq.br/3383944246681351>. <http://orcid.org/000-0002-8437-8160>. Email: gilsilenepasson@uol.com.br

RESUMO

Trata da análise da educação jurídica e da reflexão sobre seu distanciamento da realidade brasileira e mostra como a disciplina de Direito Penal poderá contribuir para uma formação humanística, com uma consciência crítica responsável, capaz de avançar para além do dogmatismo e da zona de conforto do penalismo técnico-jurídico e criar novos caminhos para a efetivação dos direitos. Os egressos dos cursos de Direito, em sua maioria, replicam na prática os seus estudos, com mera reafirmação da lei, reproduzindo um conhecimento descontextualizado, dogmático e unidisciplinar. Utiliza-se o método hipotético-dedutivo. O levantamento e a análise do material bibliográfico foram desenvolvidos com o intuito de fundamentar os conhecimentos já consolidados sobre o assunto, bem como apresentar os pontos controversos sobre a temática. Conclui-se que deve ser aplicada à disciplina de Direito Penal a Criminologia, incluindo a Criminologia Crítica, que possui caráter decisivo com relação à forma de aplicação e interpretação do controle jurídico penal, e a Política Criminal, de forma conjugada, colocando em prática a previsão das Diretrizes Curriculares Nacionais atuais para os cursos de Direito (Resolução nº 9/2004), do Conselho Nacional de Educação (CNE).

Palavras-chave: Educação jurídica. Criminologia crítica. Formação humanística.

THE TEACHING OF CRIMINAL LAW IN LEGAL COURSES: THE NEED FOR HUMANIST TRAINING AND RESPONSIBLE CRITICAL CONSCIOUSNES

ABSTRACT

It deals with the analysis of legal education and reflection on its distancing from the Brazilian reality and shows how the discipline of criminal law can contribute to a humanistic formation with a responsible critical conscience, capable of moving beyond dogmatism and the comfort zone of penalism technical and legal and create new paths for the realization of rights. The graduates of Law courses, for the most part, replicate in practice their studies, with a mere reaffirmation of the law, reproducing a decontextualized, dogmatic and unidisciplinary knowledge. The hypothetical-deductive method is used. The collection and analysis of the bibliographic material was developed with the purpose of substantiating the knowledge already consolidated on the subject, as well as presenting the controversial points on the subject. It concludes that it is necessary to apply to the disciplines of Criminal Law, Criminology, including Critical Criminology, which is decisive in relation to the form of application and interpretation of criminal legal control and Criminal Policy, in a conjugated way, putting in practice the prediction of the current National Curricular Guidelines for Law courses (Resolution no. 9/2004), of the National Education Council (CNE).

Keywords: Legal education. Critical criminology. Humanistic training.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 A educação jurídica no brasil: da criação dos cursos às inovações na legislação. 3 A educação jurídica e a formação humanística. 4 Ensino da disciplina de Direito Penal integrado com a Criminologia Crítica e Política Criminal visando à formação de uma consciência crítica responsável. 5 Considerações finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma das principais críticas em relação à educação jurídica sempre foi o seu distanciamento da realidade social, o que vem alertando para a crise da referida educação no Brasil. Essa crise, segundo Linhares (2010, p. 239), também não é recente e remonta historicamente à própria criação dos dois cursos jurídicos, um em São Paulo, no Estado de São Paulo, e outro em Olinda, Pernambuco. Em virtude dessas críticas surgiram as reformas da educação jurídica principalmente relacionadas às mudanças na legislação educacional.

Registra-se, nesse sentido, as normas sobre a organização dos cursos jurídicos brasileiros, como a revogada Portaria nº 1.886/94, do Ministério da Educação (MEC), e as Diretrizes Curriculares Nacionais atuais para os cursos de Direito (Resolução nº 9/2004), do Conselho Nacional de Educação (CNE). Ou seja, conforme destaca Linhares (2010, p. 244), transcorridos mais de 180 anos de criação dos cursos jurídicos no Brasil, discutem-se, ainda nos dias atuais, além das recentes mudanças ocorridas em 2017, mais reformas no ensino e no currículo jurídico.

Apesar das mudanças na legislação, no entanto, a educação jurídica não tem conseguido acompanhar as transformações sociais, políticas e econômicas pelas quais o país tem passado, mostrando que a reforma não pode se restringir à elaboração de alteração na matriz curricular. É necessário também uma mudança de comportamento e postura dos agentes envolvidos no processo educacional, principalmente na aplicabilidade do Direito Penal. O ensino do Direito Penal ainda é aplicado de forma excessivamente legalista e formalista, sem instrumentos de compreensão da realidade dinâmica da sociedade, o que vem aumentando a distância entre essa realidade e os bancos escolares.

Busca-se no presente artigo tratar do distanciamento entre a educação jurídica e a realidade da sociedade brasileira e mostrar que a disciplina de Direito Penal deve ser aplicada de forma integrada com a criminologia, incluindo a Criminologia Crítica e a Política Criminal, tendo como embasamento teórico o pensamento do filósofo, sociólogo e jurista italiano Alessandro Baratta.

O ensino da Criminologia Crítica possui caráter decisivo com relação à forma de aplicação e interpretação do controle jurídico penal, o que poderá contribuir para uma formação humanística, com uma consciência crítica responsável, capaz de avançar para além do dogmatismo e da zona de conforto do penalismo técnico-jurídico e criar novos caminhos para a efetivação dos direitos.

O levantamento e a análise do material bibliográfico foram desenvolvidos com o intuito de fundamentar os conhecimentos já consolidados sobre o assunto, bem como apresentar os pontos controversos sobre a temática, fomentando a discussão para uma possível mudança na dinâmica da Educação Jurídica.

2 A EDUCAÇÃO JURÍDICA¹ NO BRASIL: DA CRIAÇÃO DOS CURSOS ÀS INOVAÇÕES NA LEGISLAÇÃO

Muitos brasileiros à época do Brasil Império estudavam na Universidade de Coimbra, em Portugal, e com a Revolução do Porto houve a suspensão das aulas naquela Universidade, o que fez com que eles retornassem ao Brasil. Nesse período a educação de nível superior era um privilégio das classes sociais dominantes no Brasil e o curso de Direito foi, por muito tempo, a principal opção para a formação da burocracia estatal, segundo Carvalho (2002, p. 10).

Após a Independência brasileira, o Visconde de São Leopoldo apresentou na Assembleia o projeto de criação dos cursos jurídicos no Brasil. Assim, a instalação destes cursos e a definição dos seus Estatutos foram temas discutidos entre 1823 e 1827. A instalação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil ocorreu em 1827, um em São Paulo e outro em Olinda, este posteriormente transferido para Recife em 1854. A escolha pela regionalização dos cursos se justificava para funcionar como um elo entre o Norte e o Sul do país e os locais onde funcionavam os cursos ainda não eram nominados de Faculdades e sim Academias de Direito.

¹ Utiliza-se a expressão Educação Jurídica por ser mais abrangente que o Ensino Jurídico, como esclarece Eduardo C. B. Bittar (2001, p. 15-16), que por meio da educação se envolvem todos os processos culturais, sociais, éticos, familiares, religiosos, ideológicos, políticos. que somam para a formação e o desenvolvimento do Ensino Jurídico e das potencialidades humanas. Tais potencialidades podem ser psíquicas, físicas, morais, intelectuais, por quaisquer meios possíveis e disponíveis, extraídos ou não do convívio social, enquanto o ensino é um capítulo da educação de uma pessoa.

Acrescenta Francischetto (2010, p. 12) que a característica marcante das Faculdades de Olinda e São Paulo era a semelhança em termos curriculares, metodológicos e filosóficos com os Estatutos da Universidade de Coimbra.

Entre 1828 e 1870, segundo Carvalho (1980, p. 11), os cursos de Direito forneceram os quadros burocráticos e políticos do Império, como ressalta também Linhares (2010, p. 241):

Tais cursos jurídicos prestaram-se, então, a um papel político fundamental: formaram os jovens, filhos da elite, que ocupariam os cargos públicos do nascente Estado Brasileiro e seriam os responsáveis ideológicos pela sua consolidação, já que conferir um diploma de graduado em Direito significava a certeza de ótima colocação social.

Verifica-se que a criação desses cursos refletiu a exigência de uma elite sucessora da dominação colonial que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo ideologicamente a estrutura de poder e preparando uma nova camada burocrático-administrativa.

Nesse sentido, Wolkmer (2000, p. 25) salienta que o surgimento dos cursos de Direito tinha como objetivo atender aos interesses do Estado e não resolver os problemas jurídicos da sociedade e os bacharéis de Direito formados pelas faculdades brasileiras repetiam a doutrina liberal europeia. Assim, no Brasil, a homogeneidade foi garantida pela socialização, treinamento e carreira, o que se pode denominar de homogeneidade ideológica, mesmo quando não havia homogeneidade social.

Quanto à educação como papel de homogeneização da elite, Carvalho (1980, p. 12) ressalta a importância do Ensino Superior, que acabou por formar “[...] uma ilha de letrados num mar de analfabetos”. Observa-se que, com a formação voltada para questões ideológicas, o conteúdo sobre formação humanística e os direitos dos cidadãos foram deixados de lado.

Sob a alegação de que a educação jurídica estava em crise, foram promovidas várias mudanças na estrutura curricular dos cursos jurídicos durante o Império e a República, na busca por melhorias. Conforme registra Linhares (2010, p. 344), entretanto,

as inovações mais marcantes só ocorreram em 1994 com a participação das comissões de ensino jurídico do MEC e da OAB, além de diversos professores das instituições de ensino superior do Brasil. Dentre as mudanças destaca-se a inclusão do ensino, pesquisa e extensão, as matérias de formação básica, a previsão da interdisciplinaridade, o estágio nos núcleos de prática jurídica e o trabalho de conclusão de curso.

Embora exista o reconhecimento da importância das mudanças, a Educação Jurídica ainda possui uma visão formalista, acrítica e com tendências pedagógicas já ultrapassadas. Essas características do ensino levam ao entendimento de que o jurista precisa apenas conhecer as normas sem qualquer valoração, levando à formação de profissionais com perfil técnico, sem referências na realidade social, desconsiderando o trato devido ao ser humano. Ou seja, limitam-se aos preceitos legais e ao formalismo processual sem preocupação com a função social da atividade, o que é facilmente identificado no ensino e posteriormente, na prática do Direito Penal.

Destacam Prando e Santos (2016, p. 1) que desde a reforma de 1994, a disciplina de Criminologia é aplicada antes do estudo do Direito Penal. Como enfatizam os autores,

a pretensão, do ponto de vista de uma formação dogmático-jurídica, é a utilidade prática desta disciplina, bem como das demais matérias propedêuticas. De modo usual, entretanto, o que se aprende nos primeiros anos do curso de Direito permanece como produto de perfumaria, para então, nos anos seguintes, se firmar o estudo do Direito exclusivamente com disciplinas técnico-jurídicas. Desde a faculdade, portanto, o operador jurídico não consegue perceber a relação estrutural entre teoria e prática. Essa formação acadêmica está intrinsecamente relacionada ao paradigma jurídico preponderante, que se funda sob os pressupostos liberais e positivistas, nos quais os conflitos sociais e as relações entre as várias esferas de poder não são compreendidos como parte constitutiva do universo do Direito.

Verifica-se nas várias profissões que exigem a formação jurídica como requisito para o ingresso, o reflexo do ensino do Direito Penal nas diversas faculdades por meio da repetição mecânica da previsão legal em suas decisões, sem considerar o contexto social. Como nos traz Pedroto (2018, p. 77), ao tratar da aplicabili-

dade da Lei de Drogas por parte dos delegados de Polícia Civil do Estado do Espírito Santo, ressaltando que a formação desses profissionais acaba sendo muito voltada à aplicação pura da lei, sem maiores considerações a respeito das repercussões socioculturais envolvendo as drogas, lícitas ou ilícitas, por exemplo.

Os desafios e o papel da Educação Jurídica na sociedade contemporânea são evidentes. Existem, no entanto, inúmeras críticas, pois o referido ensino vem sendo pautado em três perspectivas, que são a descontextualização, o dogmatismo e a unidisciplinaridade, como nos ensina Francischetto (2010, p. 11). Quando se fala em descontextualização do Direito, as críticas referem-se à aceitação do ordenamento jurídico como única fonte de produção de normas, desconsiderando o pluralismo jurídico, que trata do reconhecimento do Direito do Estado como fonte central das leis, mas considera também a produção de normas de conduta oriundas do meio social, bem como a interação dessas normas com a legislação vigente.

Conforme Linhares (2010, p. 30), após o golpe militar de 1964, acentua-se a tendência de profissionalização dos cursos de Direito, entretanto as faculdades transmitem aos alunos informações genéricas e presas à legislação, produzindo um conhecimento desarticulado da sociedade e pouco sistematizado, incapaz de oferecer respostas satisfatórias para a compreensão do ambiente e de preparar profissionalmente o bacharel. Nesse sentido, De Giorgi (2006, p. 251), argumenta que

o curso jurídico fornece referências conceituais que têm a função de observar quanto a produção jurídica distancia-se e se aproxima dos limites que essas referências conceituais delineiam. Em razão disso, o saber que pode ser produzido nas Universidades oscila entre esquemas universalísticos de princípios desprovidos de fundamento e os particularismos de suas fragmentações impostas pela contingência.

No ensino dogmático existe apenas a reprodução do conhecimento, sem que seja elaborado nenhum questionamento ao que é exposto. Dessa forma, as leis são tidas como algo pronto e acabado que não deve ser contestado, mas apenas interpretado e aplicado. E quanto à unidisciplinaridade, a crítica é em relação à fragmentação do conhecimento jurídico, pois sendo considerada uma ciência autônoma, as Ciências Jurídicas não se comunicam com outras áreas do conhecimento. Assim, o Direito é exposto por meio de disciplinas, transmitindo a ideia de que é possível compreender uma delas sem que haja uma ligação com as demais, não se praticando a transdisciplinaridade.

Para promover a transdisciplinaridade, segundo Morin (2000, p. 40), é necessária a adoção de um paradigma que permita distinguir, separar, opor e disjuntar os domínios científicos, fazendo com que eles se comuniquem entre si, porém sem reduzi-los, ou seja, um paradigma de complexidade que disjunte e associe ao mesmo tempo diante das emergências da realidade. A transdisciplinaridade é a passagem do simples ao complexo e comporta a interdisciplinaridade e a transversalidade, sem as quais não consegue realizar-se complexamente. Essa realização exige uma contextualização global dos conhecimentos, conforme explica Edgar Morin (2000, p. 13):

A atitude de contextualizar e globalizar é uma qualidade fundamental do espírito humano que o ensino parcelado atrofia e que, ao contrário disso, deve ser sempre desenvolvida. O conhecimento pertinente é aquele que é capaz de situar toda a informação em seu contexto e, se possível, no conjunto global no qual se insere.

O currículo da Educação Jurídica adota uma concepção legalista do Direito, ou seja, na qual as leis devem ser interpretadas de modo racional e positivista, cujas características têm presença marcante no ensino das disciplinas de Direito Penal que ocupa um lugar central e espaçoso nos currículos dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito.

Os operadores do Direito egressos das universidades, contudo, devem estar aptos a participar do desenvolvimento da sociedade colaborando com a efetivação da cidadania. Isso somente será possível a partir de um conhecimento transversal da ciência jurídica que traga uma prática libertadora para a sociedade. O ensino das ciências jurídicas clama por um discurso nos cursos de Direito que seja complexo, interdisciplinar e transversal para a construção de um currículo completo e emancipatório, que permitirá ao aluno o livre exercício de sua cidadania e a competência de ser um operador do Direito realmente preocupado com a sociedade de uma forma ética e humanitária.

Algumas das soluções apontadas já estão previstas nas Diretrizes Curriculares Nacionais, Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, bem como a inclusão da necessidade de uma sólida formação humanística na Educação Jurídica, mas na prática a incorporação dessas inovações ainda é limitada, como será tratado na sequência.

3 A EDUCAÇÃO JURÍDICA E A FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

As Diretrizes Curriculares atuais para os cursos de Graduação em Direito que foram instituídas pela Resolução CNE/CES nº 9/2004, repetiram o conteúdo da Portaria 1.886/94 e acrescentaram no artigo 3º a preocupação com uma formação humanística no ensino jurídico. Dessa forma, o referido artigo traz entre outras indicações que:

Art. 3º- [...] sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio dos conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da ciência do Direito, da prestação da Justiça e do desenvolvimento da cidadania (LINHARES, 2010, p. 350).

No entendimento de Linhares (2010, p. 350), pelo previsto no referido dispositivo, um dos objetivos é proporcionar a formação humanística do aluno, ou seja,

não deve um curso de Direito se preocupar com um currículo exclusivamente voltado para uma formação técnico-jurídica. É preciso oferecer ao aluno a possibilidade de uma formação de cultura geral, que o prepare para a vida, para o desenvolvimento integral de suas capacidades e potencialidades como ser humano, no sentido de uma educação holística e não somente voltada para uma profissão.

Diante do objetivo de proporcionar a formação humanística ao aluno, surge a questão de como se daria essa formação. Defende-se que se deve trabalhar com interdisciplinaridade e transversalidade, incluindo disciplinas como Direitos Humanos e Ética, porém no atual contexto social constata-se que isso não basta. Deve-se, sim, utilizar a transversalidade e aliar também a teoria à prática.

Além da previsão do Artigo 3º, foram incluídas nas Diretrizes Curriculares do curso de Direito as disciplinas: Ética; Filosofia; História; Psicologia e Sociologia. A inclusão dessas disciplinas foi uma tentativa de tornar seus conteúdos obrigatórios, pois são essenciais para a formação do ser humano, podendo proporcionar uma visão mais humana e social aos acadêmicos de Direito, além da necessidade constante da reflexão sobre temas como justiça e igualdade social.

Apesar da inclusão dessas disciplinas, no entanto, não ocorreram avanços significativos na Educação Jurídica, o que pode ser atribuído, entre outros fatores, à expansão indiscriminada e sem critérios de cursos de Direito no Brasil. Registra-se, segundo dados no e-MEC,² que em 2018 foram contabilizados um total de 1.259 cursos de Direito em funcionamento, com a possibilidade de preenchimento de 200 mil vagas por ano.³

Acrescenta-se a falta de qualificação dos docentes e o modelo de ensino adotado no Brasil, que é técnico e dogmático, voltado para a aprovação na OAB e em outros concursos jurídicos. O Exame da Ordem também segue a mesma linha, como ressalta Francischetto (2010, p.156), pois os candidatos não são avaliados no tocante à formação ética e é exigido somente o conhecimento relacionado às regras de deontologia jurídica constante na legislação pertinente.

É necessário o empenho de todos os envolvidos, como ilustra Paulo Freire (1996, p. 54): “minha presença no mundo não é de quem a ele se adapta, mas a de quem nele se insere. É a posição de quem luta para não ser apenas objeto, mas sujeito também da história”. Por isso, o desafio de aproximar o ensino do Direito da realidade deve considerar a participação dos docentes e as expectativas e os perfis diferenciados dos es-

² Sistema eletrônico de acompanhamento dos processos que regulam a educação superior no Brasil.

³ Esse número crescente de cursos de Direito demonstra a fragilidade do sistema de regulação do Ensino Superior nessa área. Dados do e-MEC, disponível em: <http://emec.mec.gov.br/>. Acesso em: 25 ago. 2018.

tudantes, que devem estar cientes de que o ensino e o aprendizado do Direito não se esgotam na leitura de manuais e em aulas expositivas e possam ser protagonistas de um aprendizado que conecte o Direito com sua própria realidade.

O ensino nos cursos jurídicos ainda leva em consideração o modelo estipulado pelo positivismo jurídico e dessa forma acaba servindo como instrumento das ideologias estatais, seguindo a mesma filosofia dos cursos jurídicos iniciais no Brasil, distanciando-se das reais necessidades sociais. É necessário superar esse paradigma de modo que tanto os docentes quanto os discentes entendam a relevância de se promover uma Educação Jurídica criativa, crítica, sem ignorar a realidade social e trabalhando os temas técnicos ligados ao fenômeno social que os circunda para uma formação de profissionais críticos e sensíveis às necessidades sociais.

Uma das mudanças necessárias nos cursos jurídicos é a inclusão do estudo da Criminologia incluindo a Criminologia Crítica⁴ e o ensino do Direito Penal e da política criminal de forma integrada, como será apresentado no próximo tópico .

4 ENSINO DA DISCIPLINA DE DIREITO PENAL INTEGRADO COM A CRIMINOLOGIA CRÍTICA E POLÍTICA CRIMINAL VISANDO À FORMAÇÃO DE UMA CONSCIÊNCIA CRÍTICA RESPONSÁVEL

O Direito Penal está relacionado culturalmente à punição, pois no senso comum penal é igual à “pena” ou “suplício”.⁵ O Direito Penal, entretanto, tem como um dos objetivos a proteção ou a garantia dos bens jurídicos que são assegurados pela Constituição. Essa proteção dos direitos é realizada pelo Estado por meio da privação dos bens jurídicos efetivados pelo sistema penal que envolve o poder Judiciário, o Ministério Público, a polícia, o sistema prisional, entre outros.

Assim, o Direito Penal apresenta-se, por um lado, segundo Bitencourt (2012, p. 57), como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e, por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais, cuja finalidade é tornar possível a convivência humana, observando-se os princípios de justiça.

Observa-se, no entanto, que a prática penal ocorre de maneira diversa, como ressaltam Prando e Santos (2016, p. 10), principalmente pela atuação voltada para o controle e repressão ao crime. Esse controle, para os referidos autores, é

feito quase que exclusivamente através da segregação dos apenados (as novas penas não são propriamente “alternativas”, mas complementares à segregação), não garante a efetivação e a proteção dos direitos fundamentais. A repressão é definida, inclusive, pelo caráter desigual de sua aplicação. Assim, aqueles alcançados pelo sistema penal, além de não se constituírem pela maioria dos que efetivamente cometem delitos, são “selecionados”, isto é, verdadeiramente escolhidos: não pela sua conduta, mas pelo seu *status* social.

Ressalta-se que para a aplicabilidade prática do Direito Penal tem-se ainda outros desafios que são as mudanças sociais atuais, cuja sociedade é caracterizada como “sociedade de risco”, expressão utilizada por vários autores, como Niklas Luhmann (2006); Rafaele De Giorgi (2009); Boaventura Sousa Santos (2002); Ulrich Beck (2010), entre outros.

Em relação a essas mudanças, como traz De Giorgi (2006, p. 235), “Surgem novas figuras dogmáticas que impõem, aos atores particulares do Direito, controle do risco ou que sancionam comportamentos lícitos se, em virtude do exercício do Direito, são produzidos danos que se queriam evitar”.

⁴ Criminologia Crítica é uma teoria criminológica de inspiração marxista concebida por Alessandro Baratta, com base epistemológica na teoria do etiquetamento do sistema penal, isto é, na seletividade dos órgãos de controle social formal (do Estado), como pobres, negros, egressos e outras minorias análogas. Ver: (ANDRADE, 2017) Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/>. Acesso em: ago. 2018.

⁵ É o pensamento ainda reinante na sociedade, embora de acordo com a legislação penal brasileira “a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais”. Ver: GRECCO, Rogério. Código Penal Comentado (2011).

A partir dessas modificações na sociedade, verifica-se que são especialmente relevantes para o desenvolvimento da criminalidade e do Direito Penal, como destaca Sibier (2008, p. 271), duas linhas centrais que se fortalecem mutuamente, ou seja:

- O processo de “globalização” proporciona novas oportunidades de execução de crimes que ultrapassam fronteiras, levando o Direito Penal aos seus “limites territoriais” e exigindo novos modelos de um Direito transnacional eficaz.
- O desenvolvimento da “sociedade de informação e da sociedade de risco” gera novos riscos e uma criminalidade complexa, que também leva o Direito Penal – principalmente no contexto de uma crescente política criminal global – a seus “limites funcionais” na proteção da sociedade e da liberdade do indivíduo e o coloca ante novos desafios categoriais.

Essas duas linhas centrais apresentadas mostram a necessidade de atualização constante dos conteúdos das disciplinas integrantes da matriz curricular dos cursos de Direito, principalmente a disciplina de Direito Penal, que deve caminhar lado a lado com as modificações na sociedade com uma prática contextualizada.

Quanto à Criminologia, é uma disciplina que por estar vinculada à Sociologia Penal, está mais capacitada para perceber a importância do conhecimento negado pelo estudo dogmático dos crimes e das penas, atentando para os problemas decorrentes da sua realização na sociedade. Como as demais disciplinas propedêuticas existentes nos currículos dos cursos de Direito, a Criminologia tem como objetivo geral vincular a compreensão do sistema penal às influências das esferas política, econômica, cultural e social. Para Prando e Santos (2016, p. 3), seu objetivo específico é “mensurar, analisar e refletir sobre as práticas repressivas, institucionalizadas ou não, e seus respectivos discursos de justificação”.

A Criminologia Crítica ganhou projeção no final dos anos 60 e no início dos anos 70, aproveitando a oportunidade aberta pelos movimentos de reivindicação de direitos civis. A função primordial dessa disciplina é denunciar a seletividade do sistema penal, desmistificando-o, especialmente em relação à premissa de que pune todos igualmente, por excelência, e de que o funcionamento do Direito Penal é exemplar, como ressalta Baratta (1999, p. 160-161):

O salto qualitativo que separa a nova da velha Criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica – duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si.

Nesse sentido, os debates em torno da Criminologia Crítica e sobre a Política Criminal concentraram-se na mudança do núcleo de abordagem, ou seja, da norma material, da conduta prevista no Código Penal e não nas estratégias político-criminais sobre a proporcionalidade das penas ou a necessidade de inclusão de um novo tipo penal. Para Ferreira (2015, p. 143), “a Criminologia anda em círculos: ficou “presa” ao debate sobre a seletividade do sistema de justiça criminal e ao método empírico associado às Ciências Sociais e não formulou qualquer proposta sob a forma de intervenção social, formulação de política pública”

Segundo Baratta (1981, p. 35-36), a preocupação da Criminologia Crítica estava voltada mais para a análise dos sistemas jurídico-penais vigentes do que diretamente para as questões criminológicas que surgiam. Assim, a Criminologia contemporânea tenderia a “transformar-se de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal” em virtude da inoperância e falta de argumentos contrários ao recrudescimento crescente, nos sistemas penais.

Igualmente observa Baratta (1999, p. 175) que a Justiça Penal somente administra a criminalidade, não dispendo de meios de combatê-la, funcionando apenas como selecionadora de sua clientela habitual nas classes trabalhadoras. O crime é um subproduto final do processo de criação e aplicação das leis, orientadas ideologicamente às classes dominantes. Percebe-se a negação do Direito Penal como igualdade, em que a lei protege todos. Ressalta-se que para De Giorgi (2006, p. 133), o Direito Penal

por meio de uma intervenção preventiva, segregada, na exclusão, aquele excedente que, na percepção do futuro por parte da política, constituiria um risco para a produção de exclusão deste normal funcionamento. O Direito Penal contribui, assim, para a estabilização de um metacódigo, de uma metadistinção que atravessa os sistemas sociais diferenciados. Trata-se do metacódigo inclusão/exclusão, que ativa a barbárie tipicamente moderna da sociedade mundial.

Para assegurar a sobrevivência deste domínio central, o Direito Penal é usado pelas parcelas sociais detentoras de poder, que é posteriormente ameaçado por suas próprias contradições (BARATTA, 1999, p. 245). Enquanto as classes detentoras do poder político e econômico se perpetuam neste núcleo inatingível de dominação, as parcelas da população marginalizadas na hierarquia social terão as maiores chances de serem selecionadas para a população criminosa.

Observa-se que o ensino do Direito Penal segue exatamente essa linha apresentada por Baratta, sendo dogmático e apegado às previsões legais. O sistema penal é a parte do controle social que aparece como punitiva e institucionalizada. Inclui desde a suspeita da existência do crime até a execução da pena e compreende, no significado do sistema penal, as atividades do legislador, do jurista, das agências punitivas, da execução penal e até mesmo do público.

A verificação de técnicas de controle social não punitivas é essencial para o sucesso de uma política criminal voltada para os marginalizados. Tais políticas públicas oferecem um menor custo social ao encararem o problema da criminalidade com técnicas de prevenção ao crime de caráter primário. Segundo Baratta (1999, p. 75),

atuam na raiz do conflito, neutralizando o crime antes de ele ocorrer, a médio e longo prazos. São políticas públicas que fornecem a capacidade para o cidadão se organizar socialmente e assim superar conflitos desviantes. Entretanto, na prática existem poucos trabalhos voltados para a prevenção primária ao crime. O controle real da criminalidade não deveria se limitar à esfera do sistema penal, pois deveria buscar um amparo maior nas políticas públicas sociais.

Um modelo de controle social repressivo, que somente atua de modo superficial, individual e de forma local, não resultará em sucesso. No Estado Democrático de Direito que respeite a cidadania, os direitos humanos e o combate às desigualdades sociais, o controle penal não pode ser realizado de forma abusiva. Isso acarretaria a institucionalização da violência e da arbitrariedade.

Registra-se em Baratta (1999, p. 76) que o Direito Penal tem elevado custo social, por vezes irreversível para a vítima, para o criminoso e para sociedade. Uma política de transformação da realidade do sistema penal deve pautar-se por valores constitucionais e alcançar setores populares, não podendo considerar o Direito Penal como principal objeto. Pelo contrário, o Direito Penal, nesse plano democrático, deveria ser subsidiário.

Raffaele De Giorgi (2006, p.165-166)⁶ refere-se ao duplice percurso reflexivo iniciado por Baratta ao afirmar que de um lado, ocorre o

resgate do pensamento iluminista e reaquisição dos pressupostos do pensamento liberal do Direito Penal, para repensar as categorias penais, a estrutura da pena e da culpa. De outro lado, requeria um Direito Penal auto-imunizado em relação à política e protegido contra os possíveis desvios, por meio da tutela oriunda dos direitos humanos e da conceitualidade dogmática forjada numa hierarquia racional dos bens jurídicos dignos de tutela que fosse resistente às pressões momentâneas da expansão interpretativa.

Pelo exposto, constata-se-se que o estudo da Criminologia é fundamental para a educação jurídica. Apesar disso, ocupa pouco espaço nos cursos de Direito, observando-se que a Criminologia Positivista ocupa espaços nos currículos com posição obrigatória, mas a Criminologia Crítica, quando é incluída, é como disciplina optativa. Já o Direito Penal, que é aplicado voltado para a dogmática jurídica, ocupa amplo espaço, sendo dividido ao longo de todo o curso. Verifica-se que existe uma relação de interdependência entre o Direito Penal, a Criminologia e a Política Criminal, com uma divisão metodológica entre elas, mas cabendo à Criminologia exercer uma função auxiliar tanto para o Direito Penal como para a Política Criminal.

⁶ Discurso proferido por Raffaele De Giorgi durante a jornada de estudos em homenagem a Alessandro Baratta, ocorrida em 2005 em Gênova, Itália. Ver: DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Quartier Latin, São Paulo: 2006, p. 165-166).

Segundo Andrade (2013, p. 181), a dogmática do Direito Penal, entendida como ciência normativa, terá por objeto as normas penais e por método o técnico-jurídico, de natureza lógico-abstrata, interpretando e sistematizando o Direito Penal positivo para instrumentalizar sua aplicação com segurança jurídica. Ressalta ainda o referido autor que

por outro lado, a criminologia, definida como ciência causal-explicativa, terá por objeto o fenômeno da criminalidade, investigando suas causas segundo o método experimental e subministrando os conhecimentos antropológicos e sociológicos necessários para dar fundamento científico à política criminal a quem caberá transformá-la em opções e estratégias concretas e assimiláveis pelo legislador, na própria criação da lei penal e os poderes públicos, para prevenção e repressão ao crime (p. 182).

Ressalta-se que a Política Criminal é exercida por operadores do Direito, principalmente os que pertencem aos poderes públicos, incluindo o poder Judiciário, Ministério Público, Polícias Estaduais e Federal. A ausência de um ensino integrado, com interdisciplinaridade e transversalidade da Criminologia, incluindo a Criminologia Crítica, do Direito Penal e da Política Criminal, influenciam na prática desses operadores do Direito, tendo como resultado a seletividade, a violência institucional do sistema penal, da prisão e a incapacidade de dar respostas satisfatórias às vítimas e às suas famílias.

Nesse sentido Pedroto (2018, p. 130), ao tratar sobre as políticas de drogas ressalta que pesquisas apontam o alto grau de estigmatização e desconhecimento dos magistrados ao julgar causas relacionadas às drogas, extraindo conclusões similares em relação aos delegados de Polícia, afirmando que

essas duas funções públicas estão dentro de um mesmo nível sociocultural e educacional, cujas formações acadêmicas privilegiam a aplicação cega da lei em detrimento da construção multidisciplinar. Em consequência há uma reprodução de comportamentos que reforçam o encarceramento seletivo de grande parte da população vulnerável.

Essa afirmação revela a necessidade de mudanças na formação acadêmica desses profissionais nas faculdades de Direito ao ser ministrada a disciplina de Direito Penal. Conforme registra Andrade (2013, p. 181), surgiu na década de 60 do século 20 uma mudança do paradigma etiológico para o paradigma da reação social, com a Criminologia Crítica.

Dessa forma, a criminologia passa a não mais ser uma ciência que investiga as causas da criminalidade, mas as condições da criminalização, ou seja, como o sistema penal, mecanismo de controle social formal, constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o controle social informal, funcionalmente relacionados às estruturas sociais.

Para Andrade (2013, p. 181) a inclusão do estudo da Criminologia e da Criminologia Crítica integradas ao Direito Penal e à Política Criminal nos cursos jurídicos possibilitará a passagem de uma criminologia comportamental e da violência individual para a criminologia da violência institucional. O referido autor nos ensina ainda que não se pode compreender o crime, a criminalidade e os criminosos sem compreender o controle social e penal que os constrói como tais, o que culmina numa criminologia da violência estrutural. É isso que nos leva à compreensão dos criminosos, não a partir da mecânica do controle, mas funcionalmente relacionadas às estruturas sociais, como o capitalismo, o patriarcado, o racismo, entre outras.⁷ Tem-se ainda que a Criminologia

não mais se define como uma ciência que investiga as causas da criminalidade, mas as condições da criminalização, ou seja, como o sistema penal, mecanismo de controle social formal (poder Legislativo, leis penais, a polícia, o Ministério Público, o poder Judiciário, a prisão, ciências criminais, sistema de segurança pública, dentre outros), constrói a criminalidade e os criminosos em interação com o sistema de controle social informal (família, escola, mídia, religião, moral, trabalho, dentre outros), funcionalmente relacionados às estruturas sociais (ANDRADE, 2013, p. 181).

⁷ Essa mudança de paradigma desloca e redefine a Criminologia de um saber auxiliar do Direito Penal e interno ao modelo integrado, para um saber crítico e externo sobre ele convertido em objeto criminológico, o que resultou na importante obra de criminologia de Alessandro Baratta intitulada *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico-penal*.

A Criminologia Crítica, para Baratta (1999, p. 158), é uma expressão da consciência crítica, resultante de uma tomada de posição filosófica que almeje o questionamento. O objeto de análise da Criminologia Crítica é o conjunto de relações sociais, compreendendo as estruturas econômicas e jurídico-políticas do controle social. Uma dupla contraposição à Criminologia Positivista se coloca. O referido autor acrescenta que “há o deslocamento do enfoque teórico do criminoso para as condições objetivas, estruturais e funcionais presentes na origem do desvio”.

Em segundo plano verifica-se o deslocamento dos estudos das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais pelos quais é construída a realidade social do desvio e, também, para os mecanismos criadores das definições do desvio e da criminalidade (BARATTA, 1999, p. 160).

Destaca-se a importância de se definir o plano de atuação político-crime, verificando qual a relação com a Criminologia Crítica e como funciona sua atuação no sistema penal. Por política criminal deve-se entender os princípios que orientam a ação política de combate ao crime. Tal técnica oferece valores ao legislador/intérprete do Direito, justificando politicamente as escolhas estatais nesse certame.

Pelas teorias da Criminologia Crítica verifica-se que o sistema de justiça criminal não é só instrumental, mas seletivo, simbólico. Os discursos são generalizantes e moralizantes, entretanto a atuação é seletiva, restritiva e discricionária. Quando se enfatiza demais a criminalidade e a necessidade de punição, os políticos, bem como a sociedade, se esquecem de criticar a seletividade do sistema. Nesse sentido,

a Criminologia Crítica está em crise e talvez o maior erro da Criminologia Crítica tenha sido negar a seletividade como um fato social. O ponto é indicar o que se pode fazer para enfrentar esta seletividade – como política, na definição de estratégias parlamentares que tenham por objetivo defender o aumento de penas para certos crimes – ou *policy* – com a indicação de problemas que definam uma pauta, e a vontade política para movimentar a agenda dos atores políticos, definir programas, formular ações e desenhos de políticas públicas, implementá-las e avaliá-las (FERREIRA, 2015, p. 150).

Embora seja apontada uma crise na Criminologia Crítica, é necessário que essa disciplina seja incluída na matriz curricular para que o ensino jurídico possa acompanhar os debates, bem como no meio acadêmico e dessa forma possa contribuir para o enfrentamento da seletividade que é apontada como fato social.

Ainda existe o pensamento dominante de que a aplicação das penas é capaz de inibir o cometimento de crimes, de evitar reincidências e educar o apenado, ou seja, que as penas previstas no Código Penal brasileiro são a melhor forma de prevenir a criminalidade. Esse é o pensamento tradicional que ainda é transmitido na disciplina de Direito Penal na maioria dos cursos jurídicos, o que leva o estudante a uma aceitação e visão conformista com o que lhe é ensinado e posteriormente irá reproduzir na sua prática profissional diária.

A reprodução do Direito Penal ensinado nas faculdades e aplicado no ambiente profissional é permeada também pela preocupação com as questões políticas que envolvem decisões no exercício das profissões jurídicas. Isso leva muitos profissionais, mesmo que tenham pensamento diverso, a continuarem suas práticas conforme aprenderam e conforme o costume dos demais profissionais da mesma área para não haver questionamentos, como argumenta Pedroto (2018, p. 63) ao afirmar que “existe, sim, uma preocupação – em menor ou maior grau – por parte dos delegados de Polícia nas atuações que produzem, sempre observando o comportamento da imprensa, dos órgãos do sistema de justiça criminal, dos pares e das repartições de correição”.

É necessário uma mudança nesse entendimento e tratar a disciplina de Direito Penal de forma multidisciplinar, utilizando-se da Criminologia Crítica, conforme já exposto, comunicando-se com outras disciplinas, como a Sociologia e a Antropologia, analisando-se outros aspectos para além da letra da lei, possibilitando uma consciência jurídica crítica responsável. Essa perspectiva teórica também tem como objetivo diminuir os impactos do sistema penal sobre as classes subalternas, o que impede a constituição de sujeitos coletivos dispostos a transformar a sociedade.

Acrescenta-se que a educação jurídica deve acompanhar as novas demandas sociais, buscando uma integração com a comunidade. Nesse contexto, não se torna necessário promover alterações curriculares constantes, pois por meio da adoção de novas posturas é possível promover modificações significativas nos cursos de Direito, utilizando-se, por exemplo, o desenvolvimento da integração entre a pesquisa, a prática e a extensão, já previstas nos currículos dos cursos de Direito.

Dessa forma, a formação humanística seria proporcionada por meio da interdisciplinaridade e transversalidade, despertando o aprofundamento dos conhecimentos pela pesquisa, integrando espaços pelo contato construtivo da extensão e proporcionando uma aplicação prática dos conhecimentos, principalmente os relacionados ao ensino do Direito Penal nos cursos jurídicos.

Ressalta-se, de acordo com Andrade (2013, p. 183), que o estudo da Criminologia, incluindo a Criminologia Crítica, de forma integrada com o Direito Penal e Política Criminal, tem grande importância para o ensino do Direito, pois permite a formação de uma consciência jurídica crítica responsável, capaz de avançar para além do dogmatismo e da zona de conforto do penalismo técnico-jurídico e criar novos caminhos para o enfrentamento das violências individual, institucional e estrutural, sendo essa uma grande contribuição ao ensino e à formação humanística, profissional-cidadã.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos elementos visando a uma maior aproximação da educação jurídica com a realidade da sociedade já estão previstos pela própria organização básica do Ensino Superior jurídico no Brasil por meio das Diretrizes Curriculares Nacionais.

Os instrumentos de avaliação de cursos adotados pelo MEC para regular a oferta do ensino de Direito no Brasil incorporaram, em grande parte, as críticas e sugestões que vêm sendo feitas desde os primeiros cursos existentes por todos aqueles que apontaram uma crise da educação jurídica brasileira e a incapacidade das instituições e de nossos operadores jurídicos de apresentarem repostas aos problemas de nossa sociedade.

Percebe-se, entretanto, que as mudanças inclusas nas diretrizes para a educação jurídica não foram ainda colocadas em prática e nem aproveitadas de forma suficiente pelas instituições de ensino. É preciso que as instituições mudem o currículo elaborado de forma fragmentada, com perspectivas dogmática, unidisciplinar e descontextualizada.

A educação jurídica clama pela efetivação das diretrizes curriculares que trouxeram uma nova configuração, fundamentada e voltada para uma formação humanística, preocupada com a efetiva construção da cidadania e com o desenvolvimento da sociedade, ultrapassando o pensamento tradicionalista fundado no positivismo e literalmente dogmatizado, para conseguir, desse modo, concretizar a aplicação plena da Justiça.

Os profissionais do Direito, cuja missão maior é proteger e defender a própria liberdade de cada um dos membros da sociedade, não podem estar malpreparados, pois lidam com princípios muito caros para a humanidade, que foram conquistados com muita dificuldade e que formam a própria essência da pessoa, estando ligados ao Estado Democrático de Direito, à soberania e à segurança jurídica.

Ressalta-se também os outros desafios para a aplicabilidade prática do Direito Penal, que são as mudanças sociais atuais, posto que a sociedade moderna é caracterizada como “sociedade do risco”, na qual quanto mais cresce a seletividade mais aumenta a complexidade.

Conclui-se que se faz necessário um currículo mais completo e complexo, que inclua na formação dos profissionais de Direito outras competências além do conhecimento do ordenamento jurídico vigente e suas técnicas processuais. Que a formação tenha a previsão do estudo da Criminologia, incluindo a Criminologia Crítica, do Direito Penal e de Política Criminal para os cursos de Direito. O ensino da Criminologia Crítica integrado ao Direito Penal possui caráter decisivo com relação à forma de aplicação e interpretação do controle jurídico penal.

Nos debates envolvendo a Criminologia Crítica destaca-se um erro em relação ao não reconhecimento da seletividade na prática penal como fato social. E embora seja apontada uma crise na Criminologia Crítica é necessário incluir essa disciplina na matriz curricular para que o ensino jurídico possa acompanhar os debates e dessa forma contribuir para o enfrentamento da seletividade e propor outras formas de aplicabilidade da justiça penal.

Dessa forma, será efetivada a transversalidade do conhecimento para uma maior emancipação do futuro operador do Direito e superação de um dogmatismo de maneira a contribuir para uma formação humanística e com consciência jurídica crítica e responsável, colocando em prática a previsão das Diretrizes Curriculares Nacionais atuais para os cursos de Direito (Resolução nº 9/2004), do Conselho Nacional de Educação (CNE).

E assim será possível a formação de um profissional do Direito que tenha um pensamento crítico, uma visão mais humana e contextualizada e com possibilidades de atuar no Judiciário, no Ministério Público, nas Defensorias, como autoridade policial, entre outras profissões da área jurídica, apresentando soluções diversas para o enfrentamento das questões vivenciadas na sociedade complexa atual.

6 REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Porque a criminologia (e qual criminologia) é importante no Ensino Jurídico? *Revista Jurídica da Universidade do Sul*, Santa Catarina: Unisul, ano III, n. 6 jan./jun. 2017. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/>. Acesso em: 23 maio 2018.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal. Passado e futuro do modelo integral da ciência penal. In: *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Forense, n. 31, jan./jul. 1981.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34; 2010. 368p.
- BITTAR, Eduardo Carlos B. *Direito e ensino jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 15-16.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal 1 – parte geral*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996. LDBN. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 248, 23 dez. 1996.p. 27.833-27.841.
- BRASIL. Conselho Nacional de Educação (CNE). Câmara de Ensino Superior (CES). Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1º out. 2004. Seção 1, p. 17.
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- DE GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. Tradução Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- DE GIORGI, Raffaele de. The Risk of Risk Society and the Limits of Law. *Sociologia del diritto*, v. 2, 2009, p. 59-67.
- ELIAS, Nobert. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- FERREIRA, Carolina Costa. A criminologia crítica e suas crises: entre sujeitos, objetos, caminhos e outras definições. *Revista Transgressões*, v. 1, n. 1, p. 134-154, 28 jan. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6601>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- FILHO, Roberto Lyra. *O Direito que se ensina errado: sobre a reforma do ensino jurídico*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UNB, 1980.
- FRANCISCETTO, Gilsilene Passon P. Em busca de novos saberes: uma aproximação entre o ensino jurídico e a pedagogia. In: FRANCISCETTO, Gilsilene Passon P. *Ensino jurídico e pedagogia: em busca de novos saberes*. Curitiba: Editora CRV, 2010.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. 16 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GRECO, Rogério. *Código Penal: comentado*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.
- LINHARES, Mônica Tereza Mansur. *Ensino jurídico – educação, currículo e diretrizes curriculares no curso de Direito*. São Paulo: Iglu, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Coordinador de la traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2006. (Colección Teoría Social).
- MORIN, Edgar. *Complexidade e transdisciplinaridade: a reforma da universidade e do Ensino Fundamental*. Tradução Edgard de Assis Carvalho. Natal: EDUFRN, 2000.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução Dulce Matos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- MORIN, Edgar. Desafios da transdisciplinaridade e da complexidade. In: AUDY, Jorge Luis N.; MOROSINI, Marília Costa (org.). *Inovação e interdisciplinaridade na universidade*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.
- PRANDO, Camila Cardoso de Mello; SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Porque estudar criminologia hoje?* Apontamentos sobre um discurso contra-hegemônico à dogmática penal tradicional. 2016. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/porque-estudar-criminologia-hoje-apontamentos-sobre-um-discurso-contra-hegemonico-a-dogmatica-penal-tradicional>. Acesso em: 28 dez. 2019.
- PEDROTO, Fábio Almeida. *Delegados de polícia da Grande Vitória e as políticas de drogas*. Espírito Santo: Editora Milfontes, 2018.
- SOUZA SANTOS, Boaventura. *A globalização e as Ciências Sociais*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 1, p. 269-330, jun. 2008. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n1/a12v4n1.pdf. Acesso em: 28 dez. 2019.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.