

A (não) efetividade das ciências jurídicas no Brasil 5

Adaylson Wagner S. de Vasconcelos
(Organizador)



A (não) efetividade das ciências jurídicas no Brasil 5

Adaylson Wagner S. de Vasconcelos
(Organizador)



Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena Editora pelos autores.

Open access publication by Atena Editora.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais

Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Arnaldo Oliveira Souza Júnior – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant'Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Prof. Dr. Humberto Costa – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. José Luis Montesillo-Cedillo – Universidad Autónoma del Estado de México
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Miguel Rodrigues Netto – Universidade do Estado de Mato Grosso
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Vanessa Ribeiro Simon Cavalcanti – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Prof. Dr. Arinaldo Pereira da Silva – Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Jayme Augusto Peres – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília
Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Daniela Reis Joaquim de Freitas – Universidade Federal do Piauí
Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina
Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília
Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina
Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade de Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira
Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Fernanda Miguel de Andrade – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra
Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras
Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco
Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas
Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino
Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Vanessa da Fontoura Custódio Monteiro – Universidade do Vale do Sapucaí
Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Welma Emidio da Silva – Universidade Federal Rural de Pernambuco

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto
Profª Drª Ana Grasielle Dionísio Corrêa – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná
Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Sidney Gonçalves de Lima – Universidade Federal do Piauí
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Edna Alencar da Silva Rivera – Instituto Federal de São Paulo
Profª Drª Fernanda Tonelli – Instituto Federal de São Paulo,
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico científico

Prof. Me. Abrãao Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Profª Ma. Adriana Regina Vettorazzi Schmitt – Instituto Federal de Santa Catarina
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais
Prof. Me. Alessandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás
Profª Drª Amanda Vasconcelos Guimarães – Universidade Federal de Lavras
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar
Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Me. Carlos Augusto Zilli – Instituto Federal de Santa Catarina
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
Profª Drª Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará

Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Edson Ribeiro de Britto de Almeida Junior – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará
Prof. Me. Francisco Sérgio Lopes Vasconcelos Filho – Universidade Federal do Cariri
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Alborno – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis
Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Lilian de Souza – Faculdade de Tecnologia de Itu
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Prof. Me. Luiz Renato da Silva Rocha – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos

Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Prof. Me. Marcos Roberto Gregolin – Agência de Desenvolvimento Regional do Extremo Oeste do Paraná
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Dr. Pedro Henrique Abreu Moura – Empresa de Pesquisa Agropecuária de Minas Gerais
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Rafael Cunha Ferro – Universidade Anhembi Morumbi
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Renan Monteiro do Nascimento – Universidade de Brasília
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Prof. Dr. Sulivan Pereira Dantas – Prefeitura Municipal de Fortaleza
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Universidade Estadual do Ceará
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

A (não)efetividade das ciências jurídicas no Brasil 5

Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Mariane Aparecida Freitas
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N194 A (não)efetividade das ciências jurídicas no Brasil 5 /
Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. –
Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5983-222-4

DOI: <https://doi.org/10.22533/at.ed.224210507>

1. Direito. 2. Ciências jurídicas. I. Vasconcelos,
Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.
CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access*, *desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce*, ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou permite a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

APRESENTAÇÃO

Em **A (NÃO) EFETIVIDADE DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS NO BRASIL 5**, coletânea de dezoito capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, no presente volume, quatro grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam COVID-19 e seus reflexos; estudos em direito do trabalho; estudos em direito do consumidor; e estudos das administrações (executivo, legislativo e judiciário).

COVID-19 e seus reflexos traz análises que atingem diferentes áreas durante esse período atípico, como a judicialização da política, as políticas públicas, o direito de imagem, as doenças ocupacionais, o direito das famílias, a publicidade e o agronegócio, além do movimento antivacina.

Em estudos em direito do trabalho são verificadas contribuições que versam sobre sindicatos e CLT pós-2017, além de terceirização e precarização do trabalho.

Estudos em direito do consumidor aborda questões como responsabilidade civil por dívida já solvida e o art. 73 do CDC

No quarto momento, estudos das administrações (executivo, legislativo e judiciário), temos leituras sobre sistema presidencialista, direito e política, discricionariedade administrativa, princípio da impessoalidade, poder normativo e eficiência dos tribunais.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

PARTIDOS POLÍTICOS NO STF EM TEMPOS DE PANDEMIA: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Rubens Beçak

Rafaella Marineli Lopes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105071>

CAPÍTULO 2..... 17

A CRISE DO CORONAVÍRUS E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INCENTIVO A DESCONCENTRAÇÃO DE RIQUEZA

Rogério Monte Santo

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105072>

CAPÍTULO 3..... 31

O DIREITO DE IMAGEM DOS PROFESSORES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Lara Rezende Dozono Pereira

Júlio Dias Taliberti

Frederico Thales de Araújo Martos

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105073>

CAPÍTULO 4..... 39

ANÁLISE DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: MP 927/2020 E A DECISÃO DO STF

Giovanna Assis Georgini

Karyn Adame Rinaldi

Rodrigo Borges Nicolau

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105074>

CAPÍTULO 5..... 48

UMA RELEITURA DO INSTITUTO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL NA CONTEMPORANEIDADE: AVANÇOS LEGISLATIVOS E ELETRÔNICOS EM TEMPOS PANDÊMICOS

Jackelline Fraga Pessanha

Marcelo Sant'Anna Vieira Gomes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105075>

CAPÍTULO 6..... 58

PUBLICIDADE INFANTIL, SUPERENDIVIDAMENTO E PANDEMIA

Andréia Lourenço de Ornel

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105076>

CAPÍTULO 7..... 73

AGRONEGÓCIO PÓS-PANDEMIA: UTILIZAÇÃO DA *BLOCKCHAIN* COMO MECANISMO

DE EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA DO ALIMENTO

Rhaissa Souza Proto

Arthur Pinheiro Basan

Maria Fernanda Telles Algeri

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105077>

CAPÍTULO 8..... 86

ANÁLISE DO MOVIMENTO ANTIVACINA CONTEMPORÂNEO À LUZ DA OBRA CRÍTON DE PLATÃO

Maria Eduarda Camargo Pereira

Helen Correa Solis Neves

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105078>

CAPÍTULO 9..... 103

APÓS A REFORMA DA CLT DE 2017, QUAL SERÁ O PAPEL DOS SINDICATOS E DA CLT NO BRASIL?

Ricardo Tannenbaum Nuñez

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.2242105079>

CAPÍTULO 10..... 115

INTERESSE PÚBLICO, GESTÃO PRIVADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TERCEIRIZAÇÃO NA UNIVERSIDADE PÚBLICA ENQUANTO FENÔMENO DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Aginaldo de Sousa Barbosa

Beatriz Yumi Picone Takahashi

Leonardo de Oliveira Baroni

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050710>

CAPÍTULO 11 124

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DÍVIDA JÁ SOLVIDA, SOB A ÉGIDE DA SUMULA Nº 159 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES CÍVEIS, CONSUMERISTAS E LABORAIS

Viviane Cristina Martiniuk

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050711>

CAPÍTULO 12..... 142

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 73 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Ana Cristina Alves de Paula

Maiara Motta

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050712>

CAPÍTULO 13..... 157

AS OLIGARQUIAS E O SISTEMA PRESIDENCIALISTA DE PODER CENTRAL: CAUSAS DA INSTABILIDADE DO REGIME POLÍTICO BRASILEIRO PÓS-REPÚBLICA

Pedro Henrique Fidélis Costa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050713>

CAPÍTULO 14.....	173
A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA REGIÃO METROPOLITANA E SUA GOVERNANÇA	
Walber Palheta de Mattos	
Bruno Soeiro Vieira	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050714	
CAPÍTULO 15.....	188
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONFLITO DE INTERESSES E A FALSA CONCEPÇÃO DA SUPREMACIA A PRIORI DO INTERESSE PÚBLICO	
Sérgio Augusto Veloso Brasil	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050715	
CAPÍTULO 16.....	203
PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?	
Isabelle de Souza Bordalo	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050716	
CAPÍTULO 17.....	220
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CASO ANVISA	
Guilherme Saraiva Grava	
Ana Beatriz Guimarães Passos	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.022421050717	
CAPÍTULO 18.....	239
TRIBUNAIS DE MÉDIO PORTE E TAMANHO DA JUSTIÇA – EFICIÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS, TRABALHISTAS E ELEITORAIS	
Rafaela Witt Bendlin	
Cleonice Witt	
 https://doi.org/10.22533/at.ed.22421050718	
SOBRE O ORGANIZADOR.....	246
ÍNDICE REMISSIVO.....	247

CAPÍTULO 1

PARTIDOS POLÍTICOS NO STF EM TEMPOS DE PANDEMIA: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Data de aceite: 01/07/2021

Rubens Beçak

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor Visitante da Universidad de Salamanca no Master en Estudios Brasileños

Rafaella Marineli Lopes

Mestranda em Direito e Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP); Advogada

RESUMO: Os Partidos Políticos impulsionaram a judicialização da política em temas sensíveis no STF nos últimos meses, superando o acionamento promovido pelos demais legitimados via controle concentrado de constitucionalidade. A dialógica institucional controversa entre o Legislativo e o Executivo em tempos de crise colocou nas mãos do STF as decisões políticas mais relevantes do país. Nesse sentido, o presente estudo analisará o fenômeno no período de março a agosto de 2020, seis meses após o início da pandemia que devastou o Brasil e acelerou o fenômeno institucional em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da Política. Diálogos Institucionais. Partidos Políticos. STF. Pandemia.

POLITICAL PARTIES IN THE SUPREME COURT IN TIMES OF PANDEMIC: JUDICIALIZATION OF POLICY AND INSTITUTIONAL DIALOGUES

ABSTRACT: The Political Parties have promoted the judicialization of politics on sensitive issues in the Supreme Court in recent months, overcoming the action promoted by the others legitimized. The controversial institutional dialog between the Legislative and the Executive in times of crisis placed the most relevant political decisions in the country in the hands of the STF. In this sense, the present study will analyze the phenomenon from March to August 2020, six months after the beginning of the pandemic that devastated Brazil and accelerated the institutional phenomenon in question.

KEYWORDS: Policy Judicialization. Political Parties. Institutional Dialogues. STF. Pandemic.

1 | INTRODUÇÃO

A pandemia impulsionou as ações de controle de constitucionalidade promovidas pelos Partidos Políticos no STF nos últimos seis meses. Temas sensíveis que deveriam ser resolvidos pelas outras esferas de poder são judicializados em consequência da dialógica controversa entre o Legislativo e o Executivo.

O panorama atual do STF conta com 4.839 ações relacionadas ao Covid-19. Em termos de controle concentrado de constitucionalidade, foram promovidas 119 ações em no período de março a agosto de 2020 pelos autores

legitimados no art. 103 da Constituição Federal de 1988, sendo a maioria das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's)¹.

As ações em controle concentrado de constitucionalidade serão objeto deste estudo, pois, em se tratando do fenômeno da judicialização da política, elas são a espécie de ação utilizada para combater deslizes do processo Legislativo e das medidas do Executivo. Por meio delas busca-se declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos editados por esses Poderes, confirmar a sua constitucionalidade, declarar violação a preceito fundamental contido na Constituição ou buscar a regulamentação de norma constitucional de eficácia limitada diante da omissão normativa dos Poderes.

A escolha dos sujeitos Partidos Políticos decorre da proporção de acionamento do STF por esses legitimados quando comparados aos demais. De um total de 119 ações em controle concentrado promovidas no STF em seis meses de pandemia², 57 delas foram ajuizadas por Partidos Políticos, ou seja, 47,8%.

Os temas foram variados, abrangendo orçamento, congresso nacional, eleições, omissões do executivo, competências federativas, publicidade, sistema carcerário, programas sociais e medidas provisórias. Essas últimas foram as mais questionadas diante da Corte, clarificando o agravamento de uma crise institucional instalada antes mesmo da pandemia.

Não é de hoje que os Partidos Políticos usam do STF para construir jurisprudência resolutiva de questões políticas, que deveriam ser resolvidas fora da esfera judicial. A judicialização da política é fenômeno potencializado pelas condições institucionais advindas desde a Constituição Federal de 1988. É, inclusive, um instrumento de uso desses autores para questionar as coalizões majoritárias que estão no poder e se manter no jogo democrático.

A crise institucional verificada nos últimos anos, contudo, foi potencializada pela pandemia e interferiu no fenômeno, de modo que o STF, que há tempos vem tomando espaços importantes em decisões políticas de relevo, tornou-se, hoje, o principal vetor das decisões políticas não resolvidas nas outras esferas.

Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo analisar a judicialização da política promovida pelos Partidos Políticos no STF no primeiro semestre da pandemia.

O estudo analisará empiricamente a velocidade do acionamento do STF pelos Partidos Políticos no primeiro semestre da pandemia, quantificando e analisando os dados coletados no site do STF no período mencionado. Os fatores e condições relativos ao fenômeno serão reavaliados dentro de um período atípico de crise global.

A divisão do trabalho ocorrerá em dois capítulos. O primeiro capítulo trará

1 Números disponíveis em https://transparencia.stf.jus.br/extensions/app_processo_covid19/index.html. Acesso em: 01 de Setembro de 2020.

2 Considerando que: i) a análise de dados foi feita com base no estudo “Judicialização da Crise”; ii) considerando que o referido estudo coletou dados das ações em controle concentrado de constitucionalidade promovidas pelos respectivos legitimados no STF de 23 de Março a 24 de Agosto de 2020. Disponível em: <https://www.ayresbrito.com.br/2020/05/05/stf-a-judicializacao-da-crise-edicao-no-05/>. Acesso em: 01 de Setembro de 2020.

um panorama geral da judicialização da crise no STF. O segundo capítulo abordará o acionamento da Suprema Corte pelos Partidos Políticos nos últimos seis meses, quantificando-o, analisando os fatores e condições do fenômeno em tempos de pandemia e os principais temas judicializados até agora. Por fim, as conclusões.

2 | JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UM JOGO ANTIDEMOCRÁTICO ?

A expansão do poder judiciário no processo decisório de temas políticos nas democracias contemporâneas é denominada pela doutrina como “judicialização da política” ou “politização da justiça”, termos originados na obra *The global expansion of judicial Power*, dos cientistas políticos Tate e Vallinder (1995), que definiram o fenômeno como um

“processo pelo qual as Cortes e juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo, resultando na submissão de um sem-número de questões políticas ao Judiciário sob forma de ações judiciais.” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28)

Para os autores, judicializar a política é valer-se de métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas políticas em dois contextos: judicial (*from without*) e legislativo (*from within*). No contexto judicial, ocorre a reação do Judiciário à provocação de terceiro, cuja finalidade é revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição, de modo que isso amplia o seu poder; é a forma mais utilizada de judicialização por meio do controle de constitucionalidade. Já sob o contexto legislativo, utiliza-se do aparato judicial na administração pública, introduzindo os procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo (KOERNER; MACIEL, 2002, p. 121)

O fortalecimento da autoridade dos tribunais foi definido sob diferentes abordagens científicas. Teorias econômicas consideram o fenômeno como uma conseqüência imediata da expansão dos mercados globais onde os tribunais passam a ser o meio mais confiável de garantia da segurança jurídica, mais que os legisladores democráticos, uma vez que esses são premidos por demandas populistas e pouco eficientes sob a perspectiva econômica; a democracia se torna uma ameaça à lógica de mercado, como disposto nas teorias de Cooter (1996) e Hirshl (2004).

Para as teorias constitucionalistas, parte considera que o avanço do Judiciário é conseqüência do modelo de superação da separação de poderes pelas constituições rígidas dotadas de controle de constitucionalidade, e de outro lado uma decorrência da retração do sistema representativo e da sua incapacidade no cumprimento das promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático (VILHENA, 2008, p. 445).

No Brasil, o termo “judicialização da política” passou a ser utilizado em 1997 nas obras empíricas de Ariosto Teixeira e Marcus Faro de Castro. Em 1999, Werneck Vianna o empregou em sua obra para descrever as transformações constitucionais do pós 88 que permitiram maior protagonismo dos tribunais em virtude da ampliação dos instrumentos de

proteção judicial (KOERNER; MACIEL, 2002, p. 115)

O fenômeno pode ser observado no Brasil a partir de 88, pois com a promulgação da Constituição condições institucionais de expansão foram criadas. Para além da adoção de um amplo catálogo de direitos fundamentais e instrumentos de proteção, o Poder Judiciário expandiu-se com a consolidação da democracia brasileira. As Forças Armadas foram retiradas da vida política ordinária, houve o enraizamento da noção de Supremacia da Constituição e a afirmação do Estado de Direito, fatores que minimizaram o risco de descumprimento de decisões do STF e dos ataques institucionais à Corte (BRANDÃO, 2017, p. 175).

Para Castro (1996, p. 15) após 88 iniciou-se um processo de construção do espaço institucional “negociado” entre Judiciário e Legislativo, com avanços e retrocessos. O autor descreve um Judiciário deferente, com atuação insatisfatória e pouco política na primeira década da redemocratização, o que despertou o interesse de reforma daquele poder pelos poderes políticos e opinião pública. Diante da resistência à reforma externa e da falta de ciência da extensão do seu poder a longo prazo, o Judiciário passa a “negociar” politicamente com os demais poderes, evitando assim o controle externo de sua atuação.

Dessa forma, a judicialização da política seria um fenômeno promovido não apenas de forma exógena, por meio do acionamento dos tribunais pelas autoridades políticas via controle concentrado de constitucionalidade, mas também de forma endógena, em que o processo decisório da Corte e suas nuances tem função essencial para evitar a reforma institucional, o controle dos demais poderes na sua independência e, conseqüentemente, o retrocesso.

Nesse sentido, o fenômeno da judicialização da política pode ser visto como resultado do vínculo entre “democracia” e “ativismo judicial”, sendo que a ampliação do Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com o regime político democrático, e pode ser visto positivamente se utilizado dentro do equilíbrio do sistema político e das bases da democracia constitucional, não evocando o pensamento de “força do direito” e “fim da política”. (CITTADINO, 2002, p. 135-144)

Conseqüência da queda do comunismo, da expansão global dos mercados, da insuficiência do positivismo jurídico e da sua base teórica para explicar o processo decisório das cortes constitucionais, da consolidação das democracias contemporâneas, da ampliação dos direitos fundamentais a nível mundial, da emergência de discursos acadêmicos e doutrinários que defendem o compromisso do Judiciário com as questões político-sociais numa postura ativa e pouco deferente, o fenômeno pode ser percebido como um jogo político de ataque e defesa.

Decorrente do balanço entre os Poderes, não faz sentido a crítica que o denomina “antidemocrático”, sendo o fenômeno, por si só, resultado do jogo democrático e dos diálogos institucionais, como bem elencou Tom Ginsburg em sua “Teoria do Jogo Eleitoral” (2003, p. 21-34).

Diálogo esse que será sopesado pelo presente trabalho ao analisar a judicialização da crise no STF nos últimos seis meses, quando teve início a pandemia e o assolamento do tribunal por ações a ela relacionadas, de modo que os Partidos Políticos vem tomando posição de destaque no impulsionamento de referidas ações.

3 I “JUDICIALIZAÇÃO DA CRISE” E A ATUAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NA DIALÓGICA INSTITUCIONAL DOS PODERES

Em agosto de 2020 o STF decretou luto oficial de três dias pela morte dos mais de cem mil brasileiros vítimas da Covid-19. Uma data pra se fazer histórica em que o Poder Judiciário Nacional e o Supremo Tribunal Federal reafirmaram seu compromisso social de servir ao povo brasileiro em suas demandas por justiça em momento de grande fragilidade social. Nas palavras do Presidente Dias Toffoli, “seguiremos incansáveis na proteção dos mais vulneráveis e desassistidos e em assegurar os direitos fundamentais do cidadão, promovendo a justiça e a paz social”.³

O STF tem sido o suporte na resolução de demandas vitais durante a pandemia, “atenuando os reflexos sociais nocivos e direcionando a União, os Estados e os Municípios no bom combate à pandemia”, como bem ressaltou Alexandre de Moraes, para o qual a Corte tem cumprido bem suas três missões constitucionais: a do equilíbrio federativo, a do equilíbrio entre os Poderes e entre a maioria e minoria.⁴

A Corte determinou a suspensão do pagamento da parcela mensal das dívidas de 21 unidades da federação com a União por seis meses, com a destinação desse valor (R\$ 12 bilhões) para o combate específico à Covid-19, além de designar parte dos recursos da Petrobras recuperados na Operação Lava-Jato para o mesmo fim.⁵

Reafirmou a competência administrativa concorrente entre União, Estados e Municípios para o combate à pandemia, revalorizando o federalismo ao decidir que todos têm competência comum para atuar na saúde, na assistência social e no abastecimento alimentar, unindo autoridades políticas locais e regionais à população no combate à pandemia.⁶

Suspendeu a alteração na Lei de Acesso à Informação, que restringia a transparência dos dados, determinando ao Ministério da Saúde que voltasse a divulgar os números da pandemia⁷. Questionou e pediu informações ao Executivo da União sobre os efeitos da

3 Discurso do Presidente do STF. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInterna.cionalNoticias&idConteudo=450474>. Acesso em: 02 de Setembro de 2020.

4 Discurso do Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448475>. Acesso em: 02 de Setembro de 2020.

5 Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441054>. Acesso em: 02 de Setembro de 2020.

6 ADI 6343.

7 Por ofensa aos princípios constitucionais da publicidade e da transparência nos órgãos públicos, a Corte suspendeu parte da Medida Provisória 928/2020 que limitava o acesso às informações prestadas por órgãos públicos durante a emergência de saúde pública decretada em razão da pandemia do novo coronavírus (ADIs 6351, 6347 e 6353). A respeito do dever estatal de promover amplo e livre acesso à informação, em decisão liminar, a ser referendada pelo Plenário, o ministro Alexandre de Moraes determinou que o Ministério da Saúde restabelecesse, na integralidade, a

Emenda Constitucional 95/2016 que instituiu o teto de gastos públicos da União e seus efeitos na saúde pública em tempos de pandemia ⁸.

Outra medida do Executivo Federal vetada pelo STF foi a campanha “O Brasil não pode parar”, cuja decisão do tribunal vedou a produção e circulação, por qualquer meio, de campanhas que sugerissem que a população deveria retornar às suas atividades plenas, minimizando a gravidade da pandemia do coronavírus. ⁹

Até agora, foram 4.839 ações promovidas referentes ao Covid-19 no STF e 5.173¹⁰ decisões proferidas pelo tribunal¹¹. Dessas, as que interessam a esse estudo são as ações em controle concentrado de constitucionalidade, que nos permite analisar quantitativamente o fenômeno da judicialização da política na pandemia, apesar de não esgotá-lo. ¹²

Abaixo analisaremos quantitativamente a distribuição das ações no STF e suas variáveis, dispondo de algumas inferências relevantes que permitirão melhor compreensão do fenômeno. A tabela 1 analisa o fenômeno sob as variáveis “Autor” ¹³ e “Classe Processual”, o que nos permite comprovar a hipótese inicial do presente artigo com relação aos legitimados Partidos Políticos.

Tabela 1: Autor x Classe Processual

	ADI	ADPF	ADO	ADC	TOTAL
Presidente da república	1	2	0	0	3
Mesa Do Senado Federal	0	0	0	0	0
Mesa Da Câmara Dos Deputados	0	0	0	0	0
Mesa Da Assembleia Legislativa	0	0	0	0	0
Governador	4	0	0	0	4
PGR	1	1	0	0	2
CFOAB	2	2	0	0	4
Partido Político	40	15	2	0	57

divulgação diária dos dados epidemiológicos sobre a pandemia da Covid-19, inclusive no site do órgão (ADPF 690).

⁸ Após petições apresentadas ADIs 5658, 5680 e 5715, da relatoria da Ministra Rosa Weber, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e partes interessadas (*amici curiae*).

⁹ ADPFs 668 e 669.

¹⁰ Considerando que pode existir mais de uma decisão ou despacho por processo.

¹¹ Dados retirados do “Painel de Ações Covid-19”, do STF. Disponível em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>. Acesso em: 02 de Setembro de 2020.

¹² A doutrina elenca outros fatores de interferência no fenômeno em questão que não serão tratados neste trabalho, pois a análise é prioritariamente quantitativa do número de ADI’s.

¹³ Cf. Art. 103, da CF/88.

Confederação Sindical Ou Entidade De Classe Nacional	35	14	0	0	49
Total	83	34	2	0	119

Tabela feita pela pesquisadora a partir dos dados coletados no estudo “Judicialização da Crise”, no período de 23 de Março a 24 de Agosto de 2020.

Percebe-se que, em disparado, os Partidos Políticos, as Confederações Sindicais e as Entidades de Classe são os autores que mais promoveram ações em controle concentrado de constitucionalidade em tempos de pandemia. Enquanto os Partidos Políticos totalizaram 47,8%, as Confederações Sindicais e Entidades de Classe totalizaram 41,1% do montante de ações.

Com relação às temáticas, percebe-se que as medidas provisórias da crise e as questões relacionadas às competências federativas foram as mais contestadas em sede de ações de controle concentrado. Enquanto os conflitos existentes entre os entes federados em torno da adoção de políticas públicas no contexto pandêmico representou, aproximadamente, 30% do montante de ações, a contestação das medidas provisórias editadas pelo Executivo Federal ficou próxima dos 27%, demonstrando a dialógica institucional problemática das autoridades com esse poder. A Tabela 2, a seguir, corrobora a inferência.

TEMAS	ADI	ADPF	ADO	ADC	TOTAL
Medidas Provisórias	31	1	0	0	32
Orçamento	15	0	1	0	16
Congresso Nacional	1	2	0	0	3
Eleições 2020	2	0	0	0	2
Omissões do Executivo	0	8	1	0	9
Competências Federativas	23	13	0	0	36
Publicidade	3	5	0	0	8
Sistema Carcerário	0	3	0	0	3
Programas Sociais	8	2	0	0	10

Total	83	34	2	0	119
--------------	-----------	-----------	----------	----------	------------

Tabela feita pela pesquisadora a partir dos dados coletados no estudo “Judicialização da Crise” no período de 23 de Março a 24 de Agosto de 2020.

No cruzamento dos dados coletados nas duas tabelas acima, consegue-se aferir de forma ampla o quantitativo de ações promovidas em controle concentrado de constitucionalidade por cada um dos legitimados durante a crise. A Tabela 3 analisa o fenômeno sob as variáveis “Tema” e “Autor”¹⁴, conforme exposto a seguir.

Tabela 3: Tema x Autor							
TEMAS	PR	GOV	PGR	CFOAB	PP	CONF/ENT	Total
Medidas Provisórias	0	0	0	1	23	8	32
Orçamento	1	1	1	0	7	6	16
Congresso Nacional	1	0	0	0	2	0	3
Eleições 2020	0	0	0	0	2	0	2
Omissões do Executivo	0	0	0	1	5	3	9
Competências Federativas	0	3	0	0	6	27	36
Publicidade	0	0	0	2	5	1	8
Sistema Carcerário	0	0	0	0	2	1	3
Programas Sociais	1	0	1	0	5	3	10
Total	3	4	2	4	57	49	119

- PR – Presidente da República
- GOV – Governador
- PGR – Procurador-Geral da República
- CFOAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
- PP – Partido Político (com representação no Congresso Nacional)
- CONF/ENT – Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Tabela feita pela pesquisadora a partir dos dados coletados no estudo “Judicialização da Crise” no período de 23 de Março a 24 de Agosto de 2020.

¹⁴ Na Tabela 3 houve a exclusão dos seguintes legitimados do art. 103 da CF/88: Mesa do Senado, Mesa da Câmara e Mesa da Assembleia Legislativa. A exclusão ocorreu por ausência de ações promovidas por esses autores, conforme

Com relação ao Presidente da República, a propositura de ações está relacionada aos temas Orçamento, Congresso Nacional e Programas Sociais. Em breves considerações, propôs a ADI 6357 postulando a flexibilização orçamentária para criar e expandir programas públicos destinados ao enfrentamento da Covid-19, o que foi acatado pelo STF ao flexibilizar a legislação orçamentária durante a pandemia, estendendo os efeitos do julgamento aos Estados e Municípios. Promoveu ainda a ADPF 662, questionando decisão do Senado que alterou a lei Orgânica de Assistência Social, e a ADPF 663, postulando a aplicação do regramento do recesso parlamentar à expiração da validade das medidas provisórias¹⁵.

Com relação aos Governadores que intentaram ações no STF na crise, as ADI's 6394 e 6488 se destacaram pelo conteúdo relacionado aos servidores públicos da saúde e da educação. Enquanto a primeira ação, do Estado do Acre, demonstrou a preocupação com os profissionais da saúde ao postular o afastamento dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁶ para garantir as despesas com contratação e aumento remuneratório aos servidores da saúde, a ADI 6488, do Estado do Mato Grosso, pediu a inconstitucionalidade da Lei 11.157/2020, que estabelecia a renda mínima emergencial para professores do Estado em razão do Covid-19.

Das duas ações promovidas na Corte pelo Procurador-Geral da República, a ADPF 568 merece destaque, uma vez que postulou a destinação do montante de R\$ 32.731.487 para o custeio de ações de prevenção, contenção, combate e mitigação à pandemia do coronavírus no Estado do Acre.

O Conselho Federal da OAB intentou a ADPF 672 questionando as ações e omissões do poder público federal, especialmente da Presidência da República e do Ministério da Economia, na condução de políticas públicas durante a pandemia, deferida parcialmente a ação para assegurar o exercício da competência concorrente dos governos estaduais e suplementar dos Municípios. Outro feito relevante foi a ADI 6387 para suspender os pontos da MP 954 sobre o compartilhamento de dados por empresas de comunicação ao IBGE para fins de suposta produção estatística durante a pandemia, que questionou a quebra de sigilo e proteção de dados pessoais.¹⁷

As Confederações Sindicais e Entidades de Classe de caráter nacional também atuaram proativamente na judicialização de questões relacionadas à pandemia. Foram vinte e sete (27) ações relacionadas às competências federativas para discutir os conflitos existentes entre os entes federados em torno da adoção de políticas públicas voltadas a mitigar os efeitos da pandemia.

se pode inferir na Tabela 1.

15 O STF deferiu parcialmente permitindo o rito célere na tramitação de MP's, sem suspensão dos prazos. Disponível em: <https://www.ayresbrito.com.br/2020/05/05/stf-a-judicializacao-da-criese-edicao-no-05/>. Acesso em: 05 de Setembro de 2020.

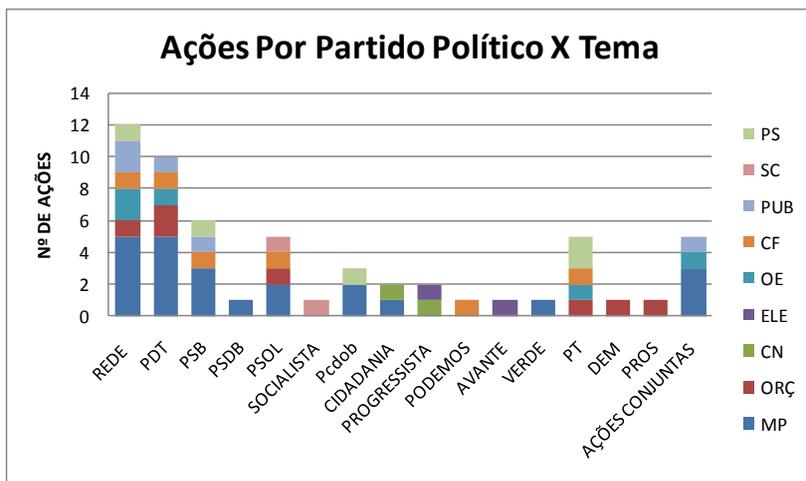
16 Lei Complementar 101/2000

17 A ação foi deferida, determinando ao IBGE a abstenção de requerer a disponibilização dos dados, objeto da referida MP, e que, caso já o tivesse feito, que sustasse tal pedido, com imediata comunicação às operadoras de telefonia. O julgamento referendou a cautelar que suspendeu os efeitos da MP

As ações, por vezes, questionaram decretos estaduais e municipais e atos de diferentes Estados e Municípios que estabeleciam medidas restritivas ao enfrentamento da crise e o isolamento social. Muitas ADI's questionaram decretos e atos normativos dos Municípios e dos Estados relacionados à proibição do corte de energia elétrica durante a pandemia, a vedação às operadoras de plano de saúde de cancelarem planos por falta de pagamento e a suspensão da ordem de isolamento social para o tráfego de passageiros e carga. Outros assuntos de relevo foram a suspensão de mensalidades na rede privada de ensino e a inconstitucionalidade dos atos normativos do Ministério da Cidadania, alterando o calendário do recebimento do auxílio emergencial.

Com relação aos Partidos Políticos, objeto principal do presente trabalho, cumpre destacar que propuseram, ao todo, um total de cinquenta e sete (57) ações em controle concentrado de constitucionalidade no STF no período em análise. O partido com o maior número de ações, até agora, foi o Rede Sustentabilidade, contabilizando 12 ações, seguido do PDT (Partido Democrático Trabalhista), com um montante de dez ações.

Em comparação, os partidos que empataram com o menor número de ações foram o PSDB, o Partido Socialista, o Podemos, o Avante, o Partido Verde, o DEM e o PROS. O Gráfico 1 utiliza as variáveis "Ações por Partido Político" e "Tema".



- MP Medida Provisória
- ORÇ Orçamento
- CN Congresso Nacional
- ELE Eleições 2020
- OE Omissões do Executivo
- CF Competências Federativas
- PUB Publicidade
- SC Sistema Carcerário
- PS Programas Sociais

A temática mais questionada em controle de constitucionalidade pelos Partidos Políticos no STF foram as Medidas Provisórias da Crise, editadas pelo Poder Executivo Federal, num montante total de 40% das ações. De um total de 23 ações, cinco (5)

delas questionaram dispositivos da MP 927/2020, que autorizava a adoção de medidas excepcionais pelos empregadores em razão da pandemia. Quatro (4) delas postularam a suspensão de alguns pontos da MP 954, que dispõe sobre a possibilidade de compartilhamento de dados por empresas de telecomunicação ao IBGE. Outras seis (6) postularam a inconstitucionalidade da MP 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia. Por fim, duas (2) ações postularam a inconstitucionalidade da MP 979/2020, que dispõe sobre a designação de dirigentes para instituições federais de ensino durante a pandemia.

As temáticas de Orçamento, Competência Federativa, Omissões do Executivo e Programas Sociais também foram objeto de acionamento do STF pelos Partidos Políticos, embora numa porcentagem menor. Enquanto as ações contra as MP's da Crise representaram 40% do total, essas outras temáticas representaram 12%, 10,5% e 8%, respectivamente (cuja somatória dos temas chega a 38,5% do total de ações).

Quanto à temática "Orçamento", os objetos das ações variaram. Houve o pedido de suspensão parcial dos efeitos da EC 95/2016¹⁸ para que o teto de gastos não fosse aplicado à saúde durante a pandemia (2 ações de um total de 7; uma promovida pelo PDT e outra pelo PSOL). A preocupação com o serviço público de saúde também foi objeto de controle pelos Partidos Políticos, que postularam no STF a autorização da contratação temporária de servidores da saúde enquanto perdurar a pandemia, mesmo nos Municípios em que o Poder Executivo já tenha atingido o limite de gastos com pessoal. Ainda com relação à saúde pública, postularam a suspensão de artigos da Lei Complementar 173/2020¹⁹, que vedou o aumento de despesa com pessoal durante a pandemia (nesse caso, foram promovidas o total de duas ações, uma pelo PT e outra pelo PDT). Com relação à mesma lei, as ações postularam a suspensão dos efeitos de artigos que limitam o exercício do direito de ação dos entes federativos em pretensões relacionadas à pandemia em troca de auxílios financeiros (uma única ação, promovida pelo Partido Rede Sustentabilidade).²⁰

Quanto à Competência Federativa, foi objeto de ação o pedido ao STF para a regularização pelo Poder Público da utilização das redes privadas durante a pandemia, de modo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nas suas esferas administrativas e ante a eventual escassez de bens e serviços necessários ao atendimento do interesse público (em especial leitos em UTI), ficassem autorizados a executar a requisição administrativa de bens e serviços de pessoas jurídicas e físicas à assistência à saúde prestados em regime privado. Os Partidos Políticos postularam ainda a inconstitucionalidade dos atos normativos do Ministério da Cidadania que alterou

18 A Emenda Constitucional 95/2016 limita por 20 anos os gastos públicos.

19 Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm#:~:text=Lcp%20173&text=Estabelece%20o%20Programa%20Federativo%20de,Art.. Acesso em: 24 de Setembro de 2020.

20 Disponível em: <https://www.ayresbritto.com.br/2020/05/05/stf-a-judicializacao-da-criese-edicao-no-05/> . Acesso em: 06 de Setembro de 2020.

o calendário do recebimento do auxílio emergencial, a inconstitucionalidade do veto do Presidente ao dispositivo da Lei 14.019/2020 determinando a obrigatoriedade do uso de máscara de proteção individual para circulação em espaço, via e transporte público durante a pandemia. Questionaram, ainda, os dispositivos²¹ da LC 173/2020 que tratam da renegociação da dívida dos Estados com a União, e mitigação dos direitos e garantias dos servidores públicos durante a pandemia.²²

Na temática acima, os Partidos Políticos acionaram o STF de forma proporcional, contabilizando um total de seis ações intentadas individualmente pelo Podemos, Rede Sustentabilidade, PT, PDT, PSB e PSOL.

Com relação às omissões do Poder Executivo, os objetos das ações postularam a definição pelo STF do mínimo existencial apto a garantir a existência digna dos brasileiros instituindo uma renda básica emergencial durante a pandemia; a suspensão de prazos e taxas do ENEM; o reconhecimento da postura omissiva do Governo Federal frente à pandemia, sobretudo em razão da ausência de divulgação de dados confiáveis sobre a real situação da doença no país; o reconhecimento da violação aos preceitos fundamentais²³ pelo Presidente da República ao retirar os serviços de fornecimento de água potável, coleta e tratamento de esgoto e lixo do rol de serviços essenciais durante a pandemia; o questionamento das falhas e omissões do Executivo Federal no combate à pandemia entre os povos indígenas brasileiros²⁴.

Na temática acima, a Rede Sustentabilidade intentou duas ações, a ADO 56, postulando a definição do mínimo existencial pela Corte, e a ADPF 680, postulando a ofensa aos preceitos fundamentais acima mencionados. O PT e o PDT intentaram uma ação cada, e a ação conjunta (ADPF 709) tratando da ofensa constitucional aos direitos dos povos indígenas contou com a participação do PSB, PDT, REDE, PSOL, PCdoB, PT.

Quanto aos Programas Sociais, as ações questionaram a redução das contribuições destinadas ao “Sistema S” por três meses (ADI 6378, do Rede Sustentabilidade); o levantamento do saldo do FGTS em razão da calamidade pública (ADI 6371, do PT) e a liberação prioritária aos vulneráveis²⁵ (ADI 6379, do PSB); a suspensão do Decreto 10.316 do Poder Executivo Federal criando novos requisitos para o recebimento do auxílio emergencial²⁶ (ADI 6398, do PCdoB); e, por fim, a interpretação conforme a Constituição Federal para haver a leitura favorável ao cidadão quanto aos requisitos necessários ao

21 Arts. 7º e 8º da LC 173/20, que trata da renegociação da dívida dos Estados com a União e a mitigação de direitos e garantias de servidores públicos durante a pandemia.

22 Disponível em: : <https://www.ayresbritto.com.br/2020/05/05/stf-a-judicializacao-da-criese-edicao-no-05/> Acesso em: 06 de Setembro de 2020.

23 Art. 1º, III, 5º caput, e 196 da CF/88

24 Idem.

25 Foram considerados vulneráveis para esse fim os que recebem até dois salários-mínimos, ou que recebem acima desse teto com idade acima de 60 anos, gestantes, portadores de doenças crônicas, podendo tal valor ser parcelado pelo governo.

26 O Decreto 10.316 do Poder Executivo Federal, ao regulamentar a Lei 13.982, criou, adicionalmente à lei, o requisito da regularidade do CPF.

recebimento do “auxílio emergencial”²⁷ (ADI 6409, do PT).

Questionamentos relacionados às regras eleitorais e à normalidade das Eleições em tempos de pandemia, às regras de funcionamento do Congresso Nacional e ao Sistema Carcerário foram os temas menos acionados no STF pelos Partidos Políticos, totalizando seis ações nessas temáticas (10,52% do total).

Em resumo, os Partidos Políticos de esquerda com ideologia progressista foram os mais atuantes na judicialização da política no STF durante a pandemia. Em ordem quantitativa de ações, o Rede Sustentabilidade e o PDT foram destaque, com um total de doze (12) e dez (10) ações, respectivamente, seguidos pelo PSB (6 ações), PSOL (5 ações), PT (5 ações) e PCdoB (3 ações), totalizando 71,92%. Quanto aos demais Partidos Políticos, os de centro promoveram um total de quatro (4) ações (Cidadania, Partido Verde e PROS), e os de direita um total de cinco (5) ações (PSDB, Progressistas, Podemos, DEM)²⁸.

A temática mais questionada pelos Partidos Políticos foi a das Medidas Provisórias da Crise, editadas pelo Executivo Federal, demonstrando, em primeiro lugar, como a dialógica controversa com o Legislativo coloca nas mãos do STF o poder de decisão de temas eminentemente políticos e, em segundo lugar, como as oposições partidárias que não estão no poder fazem o uso político-eleitoral do Judiciário para permanecer no jogo eleitoral.

4 | CONCLUSÕES

A pandemia impulsionou o aumento de ações de controle de constitucionalidade promovidas pelos Partidos Políticos no STF nos últimos seis meses. A escolha dos Partidos Políticos como objeto do presente estudo decorre da proporção de acionamento do STF por esses legitimados quando comparados aos demais. De um total de 119 ações em controle concentrado de constitucionalidade promovidas no STF em seis meses de pandemia²⁹, 57 delas foram ajuizadas por Partidos Políticos, ou seja, 47,8%.

Não é de hoje que os Partidos Políticos usam do STF para construir jurisprudência resolutiva de questões políticas, que deveriam ser resolvidas fora da esfera judicial. A judicialização da política é fenômeno potencializado pelas condições institucionais advindas desde a Constituição Federal de 1988. É, inclusive, um instrumento de uso desses autores para questionar as coalizões majoritárias que estão no poder e se manter

27 Diante da ausência de resultado conclusivo sobre o desenquadramento do cidadão aos requisitos necessários para esse recebimento, obrigando-se o pagamento das parcelas vencidas àqueles que já requereram o recebimento, ou estão inscritos no CadÚnico, mas ainda não tiveram seu cadastro analisado.

28 Cumpre ressaltar que não foram contabilizadas no montante todas as cinco (5) ações promovidas em conjunto pelos Partidos Políticos.

29 Considerando que: i) a análise de dados foi feita com base no estudo “Judicialização da Crise”; ii) considerando que o referido estudo coletou dados das ações em controle concentrado de constitucionalidade promovidas pelos respectivos legitimados no STF de 23 de Março a 24 de Agosto de 2020. Disponível em: <https://www.ayresbritto.com.br/2020/05/05/stf-a-judicializacao-da-crise-edicao-no-05/>. Acesso em: 10 de Setembro de 2020.

no “jogo democrático”.

O estudo analisou empiricamente a velocidade do acionamento do STF pelos Partidos Políticos por meio de ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quantificando e analisando os dados coletados no site do STF no período mencionado.

A base do estudo contou com a coleta de dados no Painel de Ações do Covid-19, do site do STF, e no estudo “Judicialização da Crise”. Os dados foram cruzados e quantificados por meio das tabelas expostas ao longo do trabalho.

No período sob análise (23 de Março a 24 de Agosto de 2020), foi constatada a promoção de 4.839 ações referentes ao Covid-19 no STF, sendo 5.173 o número de decisões proferidas pelo tribunal³⁰.

Desse montante, as classes processuais que nos interessaram no estudo foram as ações em controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADPF, ADO, ADC). A quantificação destas ações resultou, no período em análise, em 119 ações em controle concentrado, das quais pudemos destacar os seguintes resultados:

i) Com relação às variáveis “Autor” x “Classe Processual” (Tabela 1), os Partidos Políticos totalizaram 47,8% e as Confederações Sindicais e Entidades de Classe totalizaram 41,1% do montante de ações;

ii) Com relação às variáveis “Tema” x “Classe Processual” (Tabela 2), temática, as medidas provisórias da crise e as questões relacionadas às competências federativas foram as temáticas mais contestadas, comprovando a hipótese elencada no estudo de crise dialógica existente entre as autoridades e o Poder Executivo Federal;

iii) Com relação às variáveis “Tema” x “Autor” (Tabela 3), em que os dados anteriores foram cruzados, conseguimos deixar claro ao leitor a relevância da atuação dos Partidos Políticos na judicialização da política em tempos de crise. Ao analisar a coluna relativa a esses autores, a constatação da Tabela 1 resta amplificada e comprovada.

iv) Com relação às variáveis “Quantidade de Ações por Partido” x “Tema”, é possível ao leitor analisar quais Partidos Políticos foram mais atuantes na judicialização da política durante a pandemia. A Rede Sustentabilidade e o PDT mostraram-se atuantes na oposição ao Executivo Federal, destacando-se as ações contra as Medidas Provisórias da Crise editadas por aquele.

Por fim, cumpre destacar que algumas verificações qualitativas foram feitas quanto ao conteúdo das ações promovidas pelos legitimados durante a pandemia, dando ênfase novamente à atuação dos Partidos Políticos no fenômeno da judicialização. Contudo, as respostas em definitivo dependem de dados mais compactados e divulgados ao público em geral a final da pandemia, que permitam aferir, de fato, como seu deu a dialógica institucional entre os poderes durante a crise.

30 Considerando que pode existir mais de uma decisão ou despacho por processo.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério. Judiciário: entre a justiça e a política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antonio O. (orgs.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2. ed. São Paulo: Konrad Adenauer/Unesp, 2007. p. 81-115.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: **Lua Nova**, v. 61, 2004.

_____. **Soberania e Constituição: para uma crítica ao constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia Política**, n. 23, 2004.

CASTRO, Marcus Faro de. “Política e Economia no Judiciário: as Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Partidos Políticos”, **Cadernos de Ciência Política nº 7, Departamento de Ciência Política e Relações Internacionais**, Universidade de Brasília, 1993.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147/156, jun./1997.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG – Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Trad. Luciana de Oliveira da Rocha. 2ª.ed.Porto Alegre: Artmed, 2007.

DOTAN, Yoav; HOFNUNG, Menachem. Legal Defeats – Political Wins: Why do Elected Representatives Go to Court? In: **Comparative Political Studies**, Jerusalem, Vol. 38 No. 1, February 2005 75-103.

GINSBURG, Tom. **Judicial review in new democracies – Constitutional courts in asian cases**. USA: Cambridge University Press, 2003.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy – The origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises. In: **Lua Nova**, nº 57, 2002.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns do partidos políticos. In: **Revista de Informação Legislativa**, nº 163, 2004.

MELO, Marcus André. Hiperconstitucionalização e qualidade da democracia. In: MELO, Carlos Ranulfo; SÁEZ, Manuel Alcântara (orgs.). **Democracia brasileira – Balanço e perspectivas para o século 21**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. 2008, 219 f.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. (2005), “Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?” **DADOS**, vol. 48, no 3, pp. 559-587.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. São Paulo: Campus/Elsevier, 2011.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Contextos da judicialização da política: novos elementos para um mapa teórico. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1921. doi: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201921>.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial Power. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008.

TAYLOR, Matthew. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257

VALLINDER, Torbjörn. When the courts GO marching in. In: TATE, C. Neal; TORBJÖRN, Vallinder. (Ed.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

VIEIRA, José Ribas. Verso e Reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. In: **Estação Científica** (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora, V.01, n.04, outubro e novembro/2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. In: **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, v. 19, n. 2.

WERNECK VIANNA, Luiz et alii. (1999), **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**; trad. Daniel Grassi. 2ª ed.. Porto Alegre: Bookman, 2001.

CAPÍTULO 2

A CRISE DO CORONAVÍRUS E A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA INCENTIVO A DESCONCENTRAÇÃO DE RIQUEZA

Data de aceite: 01/07/2021

Rogério Monte Santo

Mestrando em Direito pela Universidade
Candido Mendes
<http://lattes.cnpq.br/3912792006024049>

RESUMO: O presente artigo visa trazer uma visão sobre a crise do coronavírus gerada no Brasil, onde inúmeras pessoas sofreram nos anos de 2020 e 2021. A questão da desigualdade social do Brasil é um fator relevante que agrava ainda mais a crise pandêmica para determinadas camadas da sociedade brasileira. Busca-se demonstrar no presente artigo as fontes da desigualdade de renda, e a contribuição de outros países para mudarmos a desigualdade do Brasil. No estudo citamos exemplos de países que produziram uma política de diminuição da desigualdade social e de renda que gerou excelentes resultados. São abordadas também as medidas fiscais que podem auxiliar na melhora do sistema tributário brasileiro e contribuir com a diminuição da desigualdade. Portanto, o objetivo é demonstrar formas e medidas justas que podem ser adotadas como políticas voltadas para a busca de igualdade de renda que, se adotadas, poderiam contribuir de forma considerável para o fim da desigualdade social, ou pelo menos diminuir de forma considerável seus impactos, onde em um cenário de pandemia, os menos favorecidos sofrem com maior intensidade os efeitos negativos. Em um ambiente menos desigual, certamente teríamos uma mitigação do

sofrimento de inúmeros brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Direito Constitucional, Direito Econômico.

THE CORONAVIRUS CRISIS AND THE NEED FOR PUBLIC POLICIES TO ENCOURAGE THE DECONCENTRATION OF WEALTH

ABSTRACT: This article aims to bring an insight into the coronavirus crisis generated in Brazil, where countless people suffered in the years 2020 and 2021. The issue of social inequality in Brazil is a relevant factor that further aggravates the pandemic crisis for certain layers of society Brazilian. This article seeks to demonstrate the sources of income inequality, and the contribution of other countries to changing inequality in Brazil. In the study we cite examples of countries that have produced a policy of reducing social and income inequality that has generated excellent results. Tax measures that can help improve the Brazilian tax system and contribute to the reduction of inequality are also addressed. Therefore, the objective is to demonstrate fair forms and measures that can be adopted as policies aimed at the pursuit of income equality that, if adopted, could contribute considerably to the end of social inequality, or at least considerably reduce its impacts. , where in a pandemic scenario, the less favored suffer with greater intensity the negative effects. In a less unequal environment, we would certainly mitigate the suffering of countless Brazilians.

KEYWORDS: Administrative law; Constitutional Law, Economic Law.

1 | INTRODUÇÃO

A Pandemia gerou uma crise global que trouxe enormes desafios com relação às questões envolvendo a concentração de riqueza e desigualdade social. A referida crise gerada pelo vírus que foi declarada uma pandemia em março de 2020 pela Organização Mundial de Saúde (OMS), vem gerando consequências econômicas e sociais sérias e que já apontam para um cenário ainda pior, com a previsão de queda do PIB brasileiro.

O chamado auxílio emergencial que foi destinado pelo governo federal para auxiliar na renda dos menos favorecidos, gerou uma melhora na qualidade de vida de milhares de pessoas, propiciando uma dignidade mínima e também contribuiu com a economia do país.

A crise do citado vírus afetou milhões de brasileiros que vivem próximo da linha da pobreza ou que se encontram na linha de pobreza, são, mulheres, homens que precisam trabalhar todos os dias para manter sua alimentação diária e que não poderiam se manter isolados se não fosse o auxílio emergencial.

Após a referida pandemia, a economia do país tende a sofrer com tudo o que aconteceu durante o período da crise. O desemprego será ainda maior e a necessidade de se buscar manter o bem-estar social será ainda mais urgente do que nunca, em um país que já sofre com uma enorme desigualdade de renda.

Hoje o Brasil está entre os países com um dos piores cenários relativos à concentração de renda, o que por consequência gera uma enorme desigualdade social que nos acarreta inúmeros efeitos colaterais, como é o caso da violência, e que, após a pandemia, estima-se que ocorrerá a piora para os já desfavorecidos pelo cenário existente antes mesmo da pandemia.

A desigualdade social é um fenômeno que atinge várias nações do mundo, está relacionado à vida em sociedade, onde os indivíduos se relacionam e acabam surgindo determinados grupos que sofrem um tratamento desigual, muitas vezes por serem de origem de determinados grupos sociais econômicos, pela sua cor ou outro fator pré-existente. A desigualdade afeta os mais básicos direitos, como o direito à saúde, educação, moradia digna, direito à propriedade, transportes dignos, entre outros.

A estimativa é que aproximadamente 30% de toda a renda do Brasil está concentrada nas mãos de 1% da população do país. (Pesquisa Desigualdade Mundial 2018).

Estes foram dados coletados entre 2001 e 2015, que demonstraram que o Brasil está entre os piores do mundo no que se refere à desigualdade.

Este estudo visa demonstrar a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para que tais aspectos, sejam gradativamente diminuídos. A pandemia e a renda emergencial efetivada pelo governo, demonstrou que existe uma necessidade urgente de uma política pública voltada para a diminuição da desigualdade.

Ao analisarmos o passado e o momento contemporâneo da desigualdade, podemos perceber que são fatores que permanecem presentes ao longo de muitos anos, como é

o caso da exploração do homem pelo homem, fato que existiu no passado e ainda hoje persiste no Brasil dos dias atuais.

Atualmente podemos verificar que tivemos inclusive alguns retrocessos no aspecto da desigualdade, como foi o caso dos direitos do trabalhador brasileiro com a reforma trabalhista de 2017, onde inúmeros direitos foram perdidos ou suprimidos para beneficiar justamente quem possui uma maior concentração de renda.

São inúmeros os fatores que nos remetem a um cenário de grande desigualdade no Brasil, e, se demonstra necessário que algumas políticas públicas sejam adotadas para que isso seja corrigido para o bem de nosso país.

Entre estas medidas, está uma reanálise do nosso pacto federativo que poderia contribuir na melhor distribuição de renda. Nosso sistema federativo desenhado na Constituição de 1988 precisa de uma reforma. Existe a necessidade de uma análise sobre a quantidade de municípios existentes no país, outra sobre a grande concentração de recurso nas mãos da União.

Além disso, é preciso ainda uma análise, ainda que superficial, mais de enorme clareza, para se verificar qual seria a medida a ser adotada, para que a concentração de riqueza nas mãos de poucos seja diminuída, sem que seja gerado um estrago na economia do país.

Esses fatores serão abordados no presente estudo, que visa trazer ao conhecimento do maior número de pessoas possível, que a desigualdade é um fenômeno que tende a crescer pós-pandemia e que, já na pandemia demonstrou ser um aspecto que deixou milhares de brasileiros em situação de risco, onde tiveram que continuar seguindo na busca de sua sobrevivência por meio de transporte público precário e com grande aglomeração de pessoas. Vale lembrar que no Brasil, o transporte público continua ruim, sendo um sistema de péssima qualidade, onde os mais pobres sofrem com viagens diária por horas até seu local de trabalho. Esse cenário não foi diferente em meio à pandemia. Certamente, como dito anteriormente, o auxílio emergencial contribuiu para que isso não fosse ainda pior, entretanto, não foi suficiente. O que vimos foram ônibus lotados de pessoas, contrariando todas as recomendações de se evitar aglomerações.

A desigualdade pós-pandemia, precisa ser pensada de forma urgente, é o que será analisado no presente estudo.

2 | FONTES DE DESIGUALDADE DE RENDA

O forte investimento em capital humano durante a segunda metade do século 20 se demonstrou uma estratégia incorreta para a diminuição da desigualdade social. Tal ação gerou uma ainda maior concentração de riqueza em diversos países do mundo, incluindo o Brasil.

Além disso, historicamente o Brasil nunca enfrentou de forma profunda as origens da

pobreza e seus efeitos colaterais para a sociedade como um todo. Após o fim da escravidão, nenhuma medida de mitigação de impactos que sofreram os negros durante longos anos de escravidão foi idealizada ou efetivada. Inúmeras pessoas foram simplesmente deixadas sem nenhuma possibilidade de melhora de suas vidas, isso acabou gerando uma enorme desigualdade que reflete em todas as regiões de pobreza do país.

A pobreza do país que atinge milhões de brasileiros, precisa ser revertida de forma urgente. A pandemia acentua a necessidade de medidas urgentes para eliminar a desigualdade. Políticas públicas voltadas para o meio ambiente, para a complementação de rendas e demais mecanismos de efetivação da diminuição da desigualdade, são necessidades pós-pandemia que precisarão ser enfrentadas.

O sistema educacional dos menos favorecidos não propicia, de maneira adequada, uma visão da nova realidade que se apresentou já em plena pandemia, qual seja, a digitalização da mão de obra trabalhadora, que em sua maioria teve que se adaptar a trabalhar por meio do sistema teletrabalho. Não podemos esquecer que a atuação do trabalhador por meio do sistema digital requer pelo menos que o trabalhador possua um bom computador e uma internet de banda larga, que em nosso país não é barata. O acesso a estes instrumentos de trabalho aos desfavorecidos de recurso é praticamente impossível. Esse cenário desigual precisa ser percebido pela sociedade civil por meio dos grandes empreendedores do país, que possuem a riqueza concentrada em suas mãos e que, caso não venham a contribuir para a diminuição dessas desigualdades, certamente também sofrerão com os efeitos nefastos que são gerados pela desigualdade tendente a crescer.

Temos hoje um país com mais de 200 milhões de pessoas, onde a grande maioria sofre das inúmeras consequências dessa devastadora desigualdade. E ainda hoje não vemos melhoras e nem políticas para o enfrentamento destas questões. Pelo contrário, o que se verifica é uma maior precarização da vida do trabalhador que cada vez mais se torna empobrecido.

Podemos ver isso hoje nos novos mecanismos de venda de serviço por meio da internet, onde temos aplicativos como o UBER, IFOOD e demais sistemas de serviços em que o trabalhador é explorado sem que possua nenhuma garantia ou direito trabalhista. Esse novo cenário é realmente muito pior para o trabalhador, e, sem dúvidas o tornará mais ainda empobrecido, pois não possuirá mais benefícios, como o Fundo de Garantia – FGTS, férias, décimo terceiro salário, Previdência Social e Seguro Social, além de diversos outros benefícios que poderiam garantir um futuro melhor para o trabalhador.

É preciso uma política pública urgente voltada para a diminuição desse agravamento contínuo da desigualdade social e do aumento significativo da concentração de renda nas mãos de poucos.

Em relatório elaborado pela ONU denominado PNUD ¹ – Relatório de

¹ <https://nacoesunidas.org/relatorio-de-desenvolvimento-humano-do-pnud-destaca-altos-indices-de-desigualdade-no-brasil/>

desenvolvimento humano, chegou-se à constatação de que no Brasil 10% dos mais ricos concentram 55% do total de renda do país.

O relatório aponta ainda medidas que podem ser adotadas para se evitar a concentração de renda, indicando a adoção de políticas antitruste e medidas de fortalecimento da regulação para a melhoria da concorrência no mercado, afirmando que tais ações podem diminuir a pobreza e aumentar a produtividade do país.

Esse relatório demonstra que as políticas públicas hoje implementadas são de pequeno impacto e precisam ser de maior agressividade para surtir efeito.

O Direito Econômico possui uma grande importância para uma alteração do problema relacionado com a desigualdade, pois sabemos que hoje todo o mercado financeiro de um país está interligado com aspectos, políticos, econômicos, sociais e globais, sendo necessário que sejam realizadas mudanças neste setor em conjunto com as demais ações voltadas para a diminuição da desigualdade. Da para compreender que se a desigualdade diminuir o capital de forma geral sofrerá impactos positivos, pois a melhora de uma enorme camada da população significa a entrada de inúmeros consumidores que estavam fora do mercado de consumo ou que hoje se encontram com seu potencial em declínio ou reduzido.

3 I A NECESSIDADE DE SE ALTERAR ESTE CENÁRIO PÓS-PANDEMIA

A busca da felicidade humana sofreu interferências do sistema capitalista, que introduziu a visão de que o homem “deve ter em vez de ser”.

O valor dado aos bens materiais é extremado e nos gera em verdade uma grande infelicidade. Em um país como o Brasil, onde essa visão é introduzida e ao mesmo tempo uma grande parte da sociedade não consegue atingir esses sonhos materiais introduzidos, essa situação gera uma piora social.

Sonha-se na casa própria, no carro, no smartphone e inúmeros outros bens, entretanto, a enorme linha de pobreza existente no país acaba acarretando grande sofrimento e violência.

Enquanto alguns podem usufruir de um telefone de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) outros lutam para obter o pão de cada dia, enquanto alguns poucos podem comprar carros de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) outros lutam sem sucesso para se manter em “barracos” precários e insalubres, onde o esgoto corre a céu aberto e as crianças convivem diariamente com uma vida onde pessoas andam armadas e utilizam drogas de forma explícita e incitam a violência como forma de vida. Assim é hoje a vida em comunidades carentes de diversas cidades do Brasil, como é o caso das Cidades do Rio de Janeiro e São Paulo.

Essa sem dúvidas é a receita para que um país naufrague, e é esta a receita seguida pelo Brasil até os dias de hoje. Essa visão apresentada é surreal, e inacreditável. Como é possível ainda conviver com tamanha desigualdade, como podemos suportar ainda hoje

um cenário como esse?

Seria de fundamental importância que a sociedade brasileira consiga visualizar os males existentes e com isso agir no sentido de reverter este cenário.

As medidas educacionais, não só nas áreas mais pobres, mas também nos meios sociais da elite do país, devem ser contínuas, pois ainda possuímos um elevado grupo da elite que teima em não querer enxergar o problema a ser resolvido para o seu próprio bem e de todo o país.

Governo e Sociedade devem desempenhar ações conjuntas para o fortalecimento da sociedade e de políticas voltadas para a melhoria do país, realizando parcerias de incentivos de melhorias de áreas carentes, onde o crime organizado domina os espaços, para que sejam resgatadas aquelas pessoas que habitam naquele local, fazendo com que ações do terceiro setor sejam direcionadas para auxiliar o poder público que não vem conseguindo sozinho dar conta do problema existente.

4 | CONTRIBUIÇÃO DE OUTROS PAÍSES PARA MUDARMOS A DESIGUALDADE DO BRASIL

É importante voltarmos nossos olhares para os países que obtiveram êxito em suas políticas públicas voltadas para a redução da desigualdade social, podemos citar como um bom exemplo a Dinamarca que é um país com baixa desigualdade e que possui um povo feliz e com igualdade de oportunidades. Isso ocorre muito em função das políticas públicas aplicadas no país. O resultado do sucesso da Dinamarca está relacionado a dois fatores importantes que estamos longe de atingir, mas que não é impossível, quais sejam, honestidade e transferência de recursos. O Estado criou impostos maiores para os ricos e transfere recursos para os pobres. Isso eleva a condição dos mais pobres gerando igualdade de oportunidades.

Além disso, o sistema educacional também possui condições igualitárias para todas as camadas sociais, gerando assim igualdade de oportunidades. Existe também um sistema de saúde acessível. A segurança pública também é muito satisfatória.

Países como esse conseguem um excelente desenvolvimento econômico, pois além de possuírem organização governamental ainda usufruem de benefícios que são consequências de sua imagem, atraindo assim maior número de turistas, mais investimentos estrangeiros, inúmeras relações comerciais e diversos outros benefícios.

O Brasil sofre graves consequências em relação à desonestidade, esse é um fator preponderante para o fracasso de políticas adotadas no país.

Outro fator que contribui para a situação desigual do país é o sistema tributário. Nosso país, diferente de países como Dinamarca, Suíça, Japão, EUA, aplica sua maior carga tributária nos mais pobres. Proporcionalmente o mais rico no Brasil paga menos impostos que os mais pobres, enquanto nestes países citados a situação é inversa.

Assim, temos um modelo a ser seguido, onde os mais ricos contribuem com mais recursos financeiros que os mais pobres e com isso contribuem com a melhora na qualidade de vida da sociedade para gerar maior igualdade social, esse vem sendo um sistema de grande sucesso e que nunca foi aplicado no Brasil. Precisamos urgentemente aplicar essas políticas públicas para acabar, ou pelo menos diminuir, a enorme desigualdade existente em nosso país, que pós-pandemia será ainda mais agravada.

5 I MEDIDAS FISCAIS QUE PODEM AUXILIAR NA MELHORA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E CONTRIBUIR COM A DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE

Existem medidas fiscais que podem ser adotadas e que podem auxiliar na melhora do sistema tributário brasileiro, no exemplo de países utilizados como referência para se alcançar um menor nível de concentração de renda e da diminuição da desigualdade de condições sociais, elencamos a Dinamarca como uma dessas referências, sendo assim, buscamos dados deste país para conhecermos melhor suas políticas públicas.

A Dinamarca possui um complexo sistema de imposto de renda que inclui contribuições para o mercado de trabalho de 8 % de toda a renda percebida.

Já quem possui um rendimento acima de 479.600,00 Coroa dinamarquesa (moeda local do país equivalente a aproximadamente R\$ 480.000,00) terá que pagar 15% de imposto de renda, além de impostos municipais de 2% e outros impostos. Existe ainda uma regra limitadora do máximo a se pagar de impostos, nenhuma pessoa deve pagar mais do que 51,95% dos impostos nacionais e municipais combinados.

Importante nesta análise destacarmos que a sistemática de impostos deste país atinge com maior intensidade de carga percentual aquele que possui maior rendimento enquanto aquele que possui menor rendimento paga menos impostos proporcionalmente.

Além de um sistema tributário eficiente, a Dinamarca vem atuando no combate a corrupção desde o século XVII. Já no século XIX, quando ocorreu uma grande crise econômica, ocorreu um aumento nas ações de combate a corrupção. Deste período em diante, buscou-se eliminar a corrupção sendo adotada uma política de combate a corrupção na administração pública que aplicou a tolerância zero para os casos, desde então a corrupção caiu no país. O que podemos perceber deste cenário é que o combate contra a corrupção é constante e contínuo em um país como a Dinamarca, sendo assim, não será diferente em nosso país, existe portanto, uma necessidade de combate constante contra a corrupção, em que nos ajudará a diminuir os níveis de desigualdade e a estarmos fortes e preparados para uma situação de pandemia, como a que vivemos em 2020.

No Brasil quem recebe maior salário paga em média 32% menos impostos do que pessoas de com renda alta em países do grupo do G-7 – Estados Unidos, Itália, Japão, Reino Unido, França, Canadá e Alemanha.

A sistemática tributária do Brasil é de uma extrema injustiça, aqui se busca tributar o consumo em vez de a riqueza, diferente dos países desenvolvidos que estamos citando. Os salários mais baixos acabam sofrendo a maior carga tributária. O mais rico paga o mesmo valor por um alimento que o pobre.

O que podemos observar de forma clara no presente estudo é que os países mais desenvolvidos possuem uma carga tributária mais bem estruturada e mais justa, o que acarreta uma menor desigualdade. Apesar de maior que a carga tributária do Brasil, que pode até chegar a metade da renda do contribuinte, o sistema possui um alto grau de sucesso, podemos constatar isso através do estudo *World HappinessReport*², que faz uma análise dos países mais felizes do mundo, onde os países nórdicos – Finlândia, Dinamarca, Noruega, Suécia e Islândia se encontram entre os primeiros no mundo, nos relatórios apresentado por esta agência nos anos de 2017, 2018 e 2019, os três primeiros países considerados mais felizes são países nórdicos, como é o caso da Suécia e Dinamarca e Finlândia. O relatório aponta fatores que contribuem para este sucesso, como a honestidade, coesão social, igualdade de gênero, distribuição igualitária de renda, índice de desenvolvimento humano entre outros.

A Finlândia, país também mencionado, é uma república parlamentar que possui 348 municípios³ é considerado um país desenvolvido que também possui um nível de igualdade social e um grande nível de desenvolvimento humano, sendo um país que ostenta uma excelente qualidade de vida, com uma ótima educação pública, o que gera por consequência uma boa segurança pública, um bom acesso à saúde pública, sendo um país democrático, com valoração dos princípios democráticos em suas normas basilares.

Na Finlândia, pode-se dizer que não existe escolas privadas, seu sistema educacional público é de elevada qualidade. Essas escolas públicas existem em todos os pontos do país. O ensino é garantido até as Universidades ou o ensino profissional.

Existe uma política pública na Finlândia destinada à proteção social, são ações que visam o bem estar social, para o país, tal proteção é um direito que garante a todos uma renda básica igual.

Um mecanismo interessante, que também é aplicado na Dinamarca e em outros países da Europa, é o que ocorre com pessoas que estão no mercado de trabalho mas que recebem subsídios adicionais para que consigam receber de forma igualitária aos demais trabalhadores do país, garantindo assim uma renda básica para todos.

A segurança social é bancada na Finlândia 50% por autoridades públicas, já os empregadores contribuem com 38% e os trabalhadores com 11%.

Vejamos os cenários nos países nórdicos:

Financiamento dos custos da segurança social⁴

2 Relatório publicado pelo site Word HappinessReport - <https://worldhappiness.report/ed/2020/the-nordic-exceptionalism-what-explains-why-the-nordic-countries-are-constantly-among-the-happiest-in-the-world/>

3 <https://pt.wikipedia.org/wiki/Finl%C3%A2ndia>

4 Dados coletados pelo site: https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w9/default_pt.htm#intro. Fonte: Nosos-

	Dinamarca	Finlândia	Islândia	Noruega	Suécia
1992:					
Autoridades públicas	87,3	50,7	60,2	58,8	54,9
Empregadores	7,3	38,1	32,2	25,5	43,5
Segurados	5,4	11,1	7,6	15,6	1,6

É possível notar que existe uma grande preocupação com a igualdade de rendas nesses países. Essas políticas são de grande sucesso, trazem uma qualidade de vida excepcional para os cidadãos do país.

A Finlândia, assim como os demais países nórdicos, conseguiu encontrar a receita para se atingir o sucesso na diminuição da desigualdade, podemos nos espelhar nesses países para atingir essa tão sonhada igualdade.

O Brasil precisa acabar com a visão de que essa desigualdade é algo natural e eliminar de vez esse problema crônico que atinge milhões de brasileiros que vivem em condições precárias de forma desnecessária. É hora de amadurecermos o suficiente para atingirmos essas melhorias. Políticos, sociedade civil, empresários, a elite e todos os que vivem no país precisam olhar esse problema crônico e enfrentar isso de frente. Se sabemos a forma de eliminar essa enorme desigualdade se podemos ver agora na crise da pandemia com maior clareza que esse nosso modo de viver não está correto e que temos que acabar com isso, cabe a estes atores da sociedade seguir na busca do fim da desigualdade, utilizando as receitas de sucesso destes países que conseguiram eliminar o problema com êxito.

A necessidade de uma reforma tributária que preze pela melhor distribuição de arrecadação de tributos, onde sabemos que não vai adiantar aumentar a carga tributária sobre o consumo, mas sim elevar a carga para aqueles que possuem melhores condições de suportá-las.

Necessidade de reforma do pacto federativo:

Nossa sistemática tributária ainda possui um outro fator a ser estudado com maior profundidade, que não faremos aqui, mas que precisamos falar que é a questão do pacto federativo brasileiro. Nos parece que o pacto não foi bem desenhado, este pacto privilegia demais a União. O Executivo Federal recebe a maior de todas as somas financeiras pelo pacto atual. Não se discute que a União deva possuir uma receita robusta, sim deve, pois é essa mesma União que mantém nossas Forças Armadas que possui a tarefa de defender nosso país em um eventual conflito, sendo por isso e por outros motivos necessário que possua um robusto orçamento, entretanto, não podemos deixar de verificar que existe uma forte dependência financeira de inúmeros Estados e Municípios do país com a União Federal. Essa dependência de repasse de recursos da União por esses municípios e Estados não parece privilegiar o princípio constitucional da independência dos Estados e

co, Social Security in the Nordic countries, 1995

Municípios.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 18 dispõe que municípios são entes da federação, dispondo que estes entes são autônomos, nos termos da constituição, sendo detentor de autonomia política, administrativa e financeira. Então os entes municipais possuem a capacidade de auto-organização, possuindo a capacidade de elaborar sua própria regra de organização, através da lei orgânica do município, onde serão dispostos os direitos e deveres locais, dentro dos limites constitucionais. Possuindo também sua autonomia administrativa, para organizar sua forma de funcionamento e serviços públicos locais. No que se refere a autonomia financeira, possui a capacidade de arrecadar e criar seus próprios tributos, podendo administrar seu orçamento, ressalvada a necessidade de prestação de contas.

Essa sistemática criada pelo nosso pacto federativo não conseguiu garantir uma autonomia dos municípios, segundo dados da FIRJAN, 2015, 94% dos municípios recebem de transferência de recursos entre recursos da União e Estados, 70% de suas receitas correntes, ou seja, uma forte dependência de recurso vindos de outros entes com maior poder arrecadatório.

Segundo a pesquisa da FIRJAN, 83% dos Municípios brasileiros não conseguem arrecadar 20% de suas receitas, demonstrando a enorme dependência destes entes. Podemos observar nestes cenários apresentados pela referida pesquisa que a autonomia destes entes inexistente, sendo assim, como entes municipais poderiam enfrentar uma crise como a da COVID-19, sem que exista uma real autonomia financeira. Tal situação precisa ser revista, o pacto federativo desenhado não está funcionando, se não funciona, é preciso um novo desenho urgente.

Na crise atual da COVID-19, observamos uma clara violação dessa independência dos entes federativos. Vários entes tiveram que clamar ao governo federal por mais recursos para enfrentar a crise pandêmica, que gerou a necessidade de criação de inúmeros hospitais de campanha e diversos outros mecanismos de combate ao coronavírus.

Essa situação demonstrou que nosso pacto federativo não está muito bem delineado e que precisa de ajustes urgentes, pois se assim não for, estes entes federativos nunca possuirão condições de enfrentamento de crises como a que se verificou na pandemia do ano de 2020.

6 | CONCLUSÃO

A crise pandêmica nos mostra de forma nítida que a desigualdade será agravada, onde teremos a queda do PIB já indicada pelos economistas e um aumento acentuado no desemprego.

As pessoas que já sofrem hoje em função da desigualdade sofrerão ainda mais pós-pandemia, onde surge um cenário que requer uma mão de obra que possua recursos

mínimos e conhecimentos mínimos para atuação no cenário digital, que se torna agora uma realidade do mercado de trabalho.

A busca por políticas públicas voltadas para a diminuição dessas desigualdades sabidas, se torna de extrema importância para o Brasil.

Podemos constatar nestes relatórios e estudos aqui apresentados que precisamos reavaliar a carga tributária direcionada para os mais ricos e diminuir a carga direcionada aos mais pobres, buscando retirar recursos maiores daqueles que podem contribuir com o fim da desigualdade, sendo essa uma das medidas estudadas nos países apontados que obtiveram êxito em suas ações mais eficazes para se chegar a um país com menor índice de desigualdade. Países como os citados aqui no presente estudo utilizam os recursos adquiridos por meio de sua carga tributária para gerar uma maior condição de renda do trabalhador que ganha menos e assim colocar estes em um patamar digno de rendimento elevando sua condição aos demais cidadãos daquele país. Essas medidas são de grande impacto positivo e merecem ser notadas e estudadas para uma política pública a ser adotada por nosso país.

No Brasil existe uma grande concentração de recursos na União que precisa ser mudado para uma melhor distribuição de recursos entre estados e municípios. Os entes federados como vimos, não conseguem manter sua independência financeira com o cenário do pacto federativo atual. Sendo assim, estamos diante de uma verdadeira afronta ao princípio da independência dos entes federativos, que em verdade precisam cada vez mais estarem fortalecidos. Dependendo do Governo federal para sobreviver não é independência. Acaba ocorrendo um jogo de interesses políticos que não é saudável e nem mesmo honesto.

Também existe a necessidade de um sistema regulatório forte, onde, infelizmente, temos um cenário de corrupção. Será necessária uma fiscalização permanente dos recursos públicos através de mais agências reguladoras, tendo em vista que o país está na direção de adotar medidas de desestatização, onde cada vez mais o setor privado irá trabalhar com recursos públicos.

As políticas de melhora do sistema tributário precisam ser adotadas, é preciso diminuir a carga tributária do consumo e aplicar impostos voltados para os mais ricos, por meio de implantação de impostos de herança com maior carga tributária em caso de para os casos envolvendo uma quantia milionária, como ocorre com países como EUA que pode atingir até 45% da herança de pessoas em casos de herança de quantias grandes. No Japão esse imposto pode chegar até 55% em casos de herança de grandes fortunas. No Brasil esse imposto relativo a heranças não ultrapassa os 10%, mesmo em casos envolvendo quantias milionárias. São inúmeros fatores que precisam de estudos e medidas que precisam ser adotadas.

Como vimos nos estudos, mesmo os países desenvolvidos citados não deixaram de combater a corrupção até os dias atuais, mesmo já estando com seus níveis de corrupção baixos, as ações contra a corrupção continuam. A busca pela diminuição da corrupção se

demonstrou ser uma medida permanente, ou seja, não será uma única operação como a chamada “lava jato” que irá resolver o problema de corrupção no Brasil, mas sim uma contínua e ininterrupta política de combate a corrupção em todos os níveis governamentais, onde ações sérias devam ocorrer tanto no legislativo, executivo e judiciário, e em todos os entes da federação.

Portanto, de nada adiantaria conseguirmos um sistema tributário eficaz em conjunto com um pacto federativo mais bem organizado se não conseguirmos diminuir a corrupção em nosso país.

Diminuir a corrupção é algo de enorme importância no combate à desigualdade, sem a diminuição deste problema grave, nada do que estamos aqui veiculando será possível de se alcançar.

A pandemia está sendo um marco de mudança em todos os lugares do mundo e precisamos reagir à altura do que será gerado na economia de nosso país. É hora de deixar de lado os apadrinhados e os detentores de um poder econômico financiador de seus próprios benefícios e atentar para o povo brasileiro que clama por uma vida melhor e mais digna. Não se pode mais aguardar o momento adequado para realizar tais medidas, o momento urge em meio a uma das maiores crises geradas pela pandemia da COVID-19. A implantação de uma política pública séria com uma eficaz regulação dos recursos arrecadados e a urgência de se atuar com honestidade com o dinheiro alheio, são fatores fundamentais que salvarão inúmeros brasileiros e que tornarão nosso país mais igual e mais seguro em vários aspectos. Além disso, nossa economia certamente tenderá ao crescimento, onde teremos um número maior de pessoas com condições de consumo. Também receberemos benefícios econômicos com a aplicação de recursos financeiros de fora do país, por gerarmos maior confiança no investidor estrangeiro.

Poderemos receber mais turistas, pois com a diminuição da desigualdade teremos a diminuição da violência e, com isso, nosso país se torna um grande atrativo para o turismo. Sendo um país com enormes riquezas naturais, é apenas isso que nos falta para sermos uma potência no turismo mundial.

O turismo é um ótimo combustível para a economia, diversos países do mundo contam com o turismo em suas economias, pois geram emprego e renda para milhares de pessoas, seria um grande ganho melhor nosso setor de turismo. Segundo o relatório da organização mundial do turismo (OMT) de 2017, o país que figura na primeira posição que mais arrecadam com o turismo é os Estados Unidos, segundo o relato, o país arrecadou cerca de US\$ 210,7 bilhões de dólares no ano de 2017. Nesta lista ainda constam Espanha, US\$ 68 bilhões, França: US\$ 60,7 bilhões. Na Itália o turismo representa 6% do PIB do país, na Espanha representa 11,1%. O Brasil não está nem perto desses países, no universo de 140 países o Brasil figura na 32ª de países com capacidade de atrair turistas, segundo o relatório do fórum econômico mundial. Portanto, é preciso fazer este mercado de turismo crescer, e isso somente será possível, quando as políticas voltadas

para diminuir a desigualdade forem efetivamente aplicadas e surtirem efeitos.

Por fim, sabemos que não será fácil atingir tais propostas, mas podemos demonstrar aqui que existe a possibilidade de melhorar o nosso país e diminuir a desigualdade e consequentemente melhorar todos os demais problemas que se encontram correlacionados com o fator da desigualdade. Então, se demonstra ser urgente e de extrema necessidade de que se realize uma reforma tributária de verdade, e a reforma de nosso pacto federativo, com medidas justas e que se adotem políticas de igualdade de renda, como nas caso das complementações de rendas por governos como as aplicadas pelos países aqui listados que trazem uma enorme melhora na qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mário Cesar da Silva. Dependência dos municípios brasileiros: entre federalismo e a crise econômica. Revista Espaço Acadêmico – n. 185 – outubro/2016. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:x46L6hGevQsJ:periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/31073/17600/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> - acesso em 28 de setembro de 2020;

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2ª ed. – São Paulo: editora Saraiva, 2010.

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

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo – 31ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DWORKIN, Ronald. A Raposa e o Porco-Espinho, Justiça e Valor (Justice For Hedgehogs), por Harvard University Press, 2011, Ed. Martins Fontes, 2014, p. 4-5.

EUROPEU, Parlamento. A Política Social na Finlândia, disponível em: https://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/w9/default_pt.htm#intro (pesquisa realizada em 28 de setembro de 2020);

FERNANDES, Bernardo Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 9ª ed. rev. ampl. e atual – Salvador: JusPODIVM, 2017;

FIRJAN – Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. IFGF 2015 – Índice FIRJAN de gestão fiscal: ano base 2013 – recorte municipal; abrangência nacional. Disponível em: <http://publicacoes.firjan.org.br/ifgf/2015/#1/z>. Acesso em: 28set. 2020 confirmatório, *apud* **ANDRADE**, Mário Cesar da Silva. Dependência dos municípios brasileiros: entre federalismo e a crise econômica. Revista Espaço Acadêmico – n. 185 – outubro/2016. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:x46L6hGevQsJ:periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/31073/17600/+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>.

MARTINS, Flávio. Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEWS, BBC Brasil, matéria de 27 janeiro de 2016, Oito lições de combate à corrupção que a Dinamarca pode dar ao Brasil, disponível no site: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160126_dinamarca_corrupcao_fm_ab (pesquisa realizada em 28/09/2020)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 7ª ed. – Rio de Janeiro. Forense; São Paulo: Método, 2019.

MAZZUCATO, Mariana, O Estado Empreendedor - Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado;

NAÇÕES UNIDAS, -PNUD – Relatório de desenvolvimento humano. Disponível no site: <https://nacoesunidas.org/relatorio-de-desenvolvimento-humano-do-pnud-destaca-altos-indices-de-desigualdade-no-brasil/> . acesso realizado em 28 de julho de 2020;

OLIVEIRA, Ana Cristina e **MOTTA**, Vânia C. – Novo desenvolvimentismo capital social e desigualdade social;

PIKETTY, Thomas – O Capital do Século XXI - título original: Le capital auXXIesiècle Editora intrínseca, França, 2013;

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica em Crise, Porto Alegre: editora Livraria do Advogado, 1999;

SARMENTO, Daniel. O Mínimo Existencial, Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721.-pp.1644-1689. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>;

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, Revista de Direito Administrativo, FGV, 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113.p.39-41>;

WORD HAPPINESS REPORT. Relatório publicado pelo site Word HappinessReport -<https://worldhappiness.report/ed/2020/the-nordic-exceptionalism-what-explains-why-the-nordic-countries-are-constantly-among-the-happiest-in-the-world/><https://pt.wikipedia.org/wiki/Finl%C3%A2ndia> . Acesso realizado em 28 de julho de 2020.

<https://forbes.com.br/listas/2018/05/15-paises-onde-o-turismo-mais-impulsiona-a-economia/>;

<https://extra.globo.com/noticias/viagem-e-turismo/veja-os-dez-paises-que-mais-arrecadam-com-turistas-estrangeiros-23185642.html>;

<https://g1.globo.com/turismo-e-viagem/noticia/2019/09/04/inseguranca-e-higiene-rebaixam-brasil-para-32a-posicao-em-ranking-de-atracao-de-estrangeiros.ghtml>.

O DIREITO DE IMAGEM DOS PROFESSORES EM TEMPOS DE PANDEMIA

Data de aceite: 01/07/2021

Lara Rezende Dozono Pereira

Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

Júlio Dias Taliberti

Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”

Frederico Thales de Araújo Martos

Professor Titular de Direito das Famílias da Faculdade de Direito de Franca e da Universidade do Estado de Minas Gerais

RESUMO: A pandemia de COVID-19 impactou o mundo do trabalho, impondo a necessidade de adaptação de todos os setores; afetando, inclusive, o âmbito do ensino, obrigando todos os envolvidos a se adaptarem de maneira abrupta para um formato totalmente online em face da necessidade de isolamento social. Importante observar que diversas instituições de ensino não tinham qualquer preparo para essa realidade que se apresentou, exigindo um grande esforço nesse período de mudanças necessárias. Nesse contexto, verifica-se que o contrato de trabalho dos docentes não previa tais métodos e funções, especialmente sendo omissos quanto às implicações e cessão de direito de imagem, que é direito da personalidade protegido tanto pela Constituição Federal quanto pelo Código Civil. No âmbito da sala virtual, existem evidentes repercussões na seara daquele que expõe a sua imagem, contudo, a legislação trabalhista pouco

especifica sobre esse complexo assunto. Assim, o presente trabalho objetiva expor e aprofundar o estudo do direito à imagem no caso específico dos professores em tempos de pandemia, de modo a analisar o direito da personalidade, verificar as obrigações no contrato de trabalho visando orientar os empregadores e empregados, bem como demonstrar eventuais implicações e litígios na esfera jurídica. Para tanto, o trabalho optou pelo método dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. Ao final, observou-se a necessidade de um termo de cessão do direito de imagem, específico e delimitado aos tempos de pandemia; em razão disso, pretende-se oferecer instrumentos e ferramentas que proporcionem a devida segurança sobre os direitos de imagem dos professores envolvidos no ambiente da sala virtual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de imagem. professores. ensino remoto. pandemia. termo de cessão de direito de imagem.

TEACHERS’ RIGHT OF IMAGE IN PANDEMIC TIMES

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic affected the work world, imposing the need for adaptation in all sectors; affecting even the education ambit, forcing everyone involved to abruptly adapt to a completely online format due to the need for a social isolation. It is important to note that several educational institutions had no preparation for this reality that presented itself, requiring a great effort in this period of necessary changes. In this context, it appears that the teachers’ employment contract did not provide for such methods and

functions, especially being silent on the implications and assignments of image rights, which is a personality right protected by the Federal Constitution and the Civil Code. In the virtual classroom ambit, there are evident repercussion for those who expose their image; however, the labor legislation has little specificity on this complex subject. Thus, the present paper aims to expose and deepen the study of the right to image in the specific case of teachers in pandemic times, in order to analyze the right of the personality, verify the obligations in the employment contract aiming to guide employers and employees, as well as demonstrate any legal implications and litigation. For this, the paper opted for the deductive method, using bibliographic research. In the end, it was observed necessary a term of assignment of the right to image, specific and limited to pandemic times; as a result, it is intended to offer instruments and tools that provide due security over the teachers' image rights involved in the virtual classroom environment.

KEYWORDS: Image rights. teachers. remote teaching. pandemic. term of assignment of image rights.

1 | INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019 surge a notícia do primeiro caso confirmado de infecção por Covid-19 (Sars-Cov-2). Pouco tempo após, em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou o status de pandemia global (OPAS, 2020).

Com efeito, o cenário pandêmico impôs diversas mudanças à sociedade brasileira. No que tange ao Direito do Trabalho, apontam Pamplona Filho e Fernandez (2020) que com a Covid-19, inaugurou-se um campo jurídico excepcional, com a articulação de mecanismos e providências não habituais, incogitáveis nos tempos pregressos à pandemia.

Nota-se que o setor educacional foi um dos mais impactados pela pandemia de Covid-19. O distanciamento social, principal medida de segurança orientada pela OMS na prevenção ao contágio pelo vírus, impôs a aderência a modalidades de trabalho pouco convencionais, como o trabalho remoto e as prestações de serviços por meio de tecnologias (FARIA; VALVERDE, 2020).

Assim, para que os profissionais do ramo da educação pudessem desempenhar suas tarefas à distância, foram necessárias profundas adaptações. Um dos recursos ao qual os docentes mais têm recorrido é a utilização de aulas *online*, seja através de vídeos gravados ou de transmissões ao vivo.

Todavia, constata-se que instituições de ensino, tanto privadas quanto públicas, não apresentavam qualquer preparo ou disposições contratuais para esta modalidade de trabalho.

Especificamente quanto ao direito à imagem dos professores, se verifica que a maioria dos contratos de trabalho não previa a cessão do direito de imagem destes profissionais, nem tampouco suas implicações.

O direito à imagem é um direito da personalidade protegido constitucionalmente e também pelo Código Civil. No âmbito da sala virtual, existem evidentes repercussões na

serra destes profissionais que ministram suas aulas pelas plataformas digitais, expondo sua imagem. Contudo, a legislação trabalhista pouco especifica sobre esse complexo assunto.

À vista disto, o presente artigo pretende expor e aprofundar o estudo do direito à imagem, com recorte específico no caso dos professores que trabalham na modalidade remota através de aulas *online* neste período da pandemia de Covid-19.

Objetiva-se, assim, analisar o referido direito da personalidade, verificando as obrigações no contrato de trabalho com o fito de orientar os empregadores e empregados, bem como demonstrar eventuais implicações e litígios na esfera jurídica.

Para tanto, o trabalho optou pelo método dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial.

2 | O DIREITO À IMAGEM NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A Magna Carta brasileira garante o direito à imagem como direito inviolável e assegura o direito à indenização ao dano decorrente de sua violação. Estas determinações constitucionais estão dispostas no art. 5º, incisos V, X e XXVIII, alínea a. Assim, a Carta Constitucional inseriu o direito à imagem dentre os direitos individuais, conexo ao direito à vida, integrando o rol de direitos à privacidade junto dos direitos à vida privada, à honra e à intimidade (GONÇALVES, 2012).

Além da proteção constitucional, o Código Civil também tutela o direito à imagem, o trazendo como um direito da personalidade. Em suma, os direitos da personalidade têm como objeto os atributos, físicos ou morais, da própria pessoa, além de sua projeção no mundo exterior; e sua tutela tem como fim a proteção destes aspectos específicos do indivíduo titular do direito. Assim, conclui Flávio Tartuce (2020, p. 154) que “os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1.º, inc. III, da CF/1988)”.

Neste sentido, o direito à imagem, um direito da personalidade, diz respeito ao direito que cada indivíduo tem de controlar o uso de sua própria imagem, ou seja, a sua exteriorização. Walter Moraes (1972, p. 65) apresentou a definição mais ampla de imagem para o Direito ao conceitua-la como: “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”.

A imagem em si pode ser classificada de duas formas. A primeira se trata da imagem-retrato, representada pelos aspectos físicos do indivíduo, nada mais é do que a reprodução corpórea de sua exteriorização. Já a segunda classificação, imagem-atributo, é a somatória de todos atributos da pessoa ou a repercussão social de sua exteriorização (DINIZ, 2010).

Aponta Venosa (2017) que uma das principais projeções da personalidade dos indivíduos é sua imagem, que é atributo basilar dos direitos personalíssimos, razão pela qual a utilização indevida deste direito gera constrangimento e danos.

Sendo um direito da personalidade, o direito à imagem possui as características dispostas no art. 11 do Código Civil. Deste modo, depreende-se que este é um direito intransmissível e irrenunciável (BRASIL, 2002). Além disso, como já visto, é um direito inviolável e indenizável, por força do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal.

A indenização pela violação ao direito à imagem tem relação com a estabelecimento de que o uso da imagem, via de regra, exige autorização do seu titular. O Código Civil, em seu art. 20, dispõe sobre a possibilidade de proibição da utilização da imagem pelo seu titular, ressaltando também o cabimento de indenização se configurado ofensa à honra, boa fama e a respeitabilidade do indivíduo ou se houver destinação a fins comerciais.

Não obstante, a jurisprudência pátria¹ consolidou entendimento ainda mais específico, no sentido de que o dano à imagem se configura com seu uso indevido, não sendo necessária a comprovação de prejuízo. Neste sentido, em 2015, na VII Jornada de Direito Civil, foi aprovado o Enunciado nº 587, que dispôs que a configuração do dano à imagem se dá com o uso indevido desse bem jurídico, não dependendo da coexistência de lesão a outro direito da personalidade nem de prova do prejuízo ao lesado ou lucro do ofensor, visto que se trata de dano *in re ipsa*² (AGUIAR JÚNIOR, 2015).

Desta forma, resta evidente a tutela jurídica do direito à imagem, sendo fortemente garantido o direito à indenização em caso de sua violação.

3 I CONTRATO DE TRABALHO E PANDEMIA

Para que seja analisado o direito de imagem dos professores diante da crise pandêmica, é preciso, inicialmente, fazer algumas considerações sobre o contrato de trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu art. 442 define o contrato de trabalho como “o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego” (BRASIL, 1943). Delgado (2019) expõe que a definição legislativa não é a mais adequada, por não apontar os elementos do contrato empregatício e produzir um círculo vicioso, afirmando que contrato é relação de emprego e vice-versa. Para o autor, contrato de trabalho é um pacto de direito privado, passível de alterações e que pode ser acompanhado de outros contratos acessórios.

Ademais, aponta Calvo (2020) que os contratos de trabalhos têm como principais características marcantes o fato de serem bilaterais, consensuais, onerosos, comutativos, sinalagmáticos e de trato sucessivo. Logo, é no contrato de trabalho onde os direitos e obrigações das partes são delimitados.

Tendo em vista a definição e tais características, é imperioso reconhecer que o contrato de trabalho é formado pela ativa participação de ambos os agentes: empregador e

¹ Neste sentido estão REsp nº 267.529/RJ e AgRg no Ag nº 735.529/RS do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

² Dano moral presumido, bastando para sua configuração o mero ato que pode gerar lesão ao bem jurídico tutelado.

empregado. Sob este prisma, tem-se no art. 468 da CLT, que as alterações no contrato de trabalho também devem ocorrer por mútuo consentimento, mesmo que delas não resultem prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade.

Contudo, Gomes e Gottschalk (2007) apontam que, justamente diante da continuidade do contrato de trabalho, ou seja, do trato sucessivo da relação trabalhista, as alterações nele são uma eventualidade decorrente da própria natureza.

Todavia, segundo Delgado (2019), no estudo das alterações contratuais, três princípios mostram-se fundamentais. O primeiro seria o princípio do *Jus Variandi*, que se refere às prerrogativas do empregador de ajustar e alterar circunstâncias e fatores da prestação laborativa, sem, contudo, atingir a ordem normativa ou contratual.

O segundo, princípio da inalterabilidade contratual lesiva, é importado do Direito Civil e decorre do *pacta sunt servanda*, aduzindo que as convenções firmadas não podem ser unilateralmente modificadas, devendo ser cumpridas pelas partes. No direito do trabalho, conforme Delgado (2019), as alterações contratuais que são favoráveis ao empregado tendem a ser permitidas naturalmente, o que é possível aduzir através de uma interpretação do art. 468 combinado com o art. 444, ambos da CLT. Entretanto, a inalterabilidade dos contratos torna-se rigorosa quando é desfavorável ao trabalhador, o que é vedada pela legislação trabalhista.

Por último, tem-se o princípio do direito de resistência do obreiro, ou *jus resistentiae*, que permite ao trabalhador opor-se às determinações ilícitas feitas pelo empregador. Porém, Delgado (2019), entende que o princípio se torna mitigado na prática, ante o risco do rompimento do contrato de trabalho pelo empregador, o que inibe a posição defensiva do empregado.

A análise destes três princípios se mostra fundamental para examinar as mudanças nos contratos de trabalho que ocorreram com a pandemia de COVID-19, principalmente relacionadas ao objeto de estudo deste trabalho, os contratos dos professores.

4 | REFLEXOS DA PANDEMIA DE COVID-19 NO DIREITO DE IMAGEM DOS PROFESSORES

A pandemia de COVID-19 causou grandes impactos no mercado de trabalho, impondo a realização de profundas mudanças. Contudo, como demonstrado, essas mudanças não podem se dar unilateralmente pelo empregador.

Mesmo no contexto da pandemia, com exceção das previsões legais, o contrato de trabalho deve ser mantido e os direitos e obrigações respeitados.

Todavia, fato é que um dos setores mais marcados pela necessidade de adaptação foi o setor educacional. Isto porque as aulas, antes realizadas presencialmente, tiveram de ser adequadas para o formato digital, face ao isolamento social.

As formas de transmissão do conteúdo foram as mais diversas, algumas instituições

optaram por realizar as aulas de forma ao vivo, outras de disponibilizarem em plataformas o material gravado e algumas até enviam os vídeos por aplicativos.

Ocorre que estas mudanças afetaram o direito de imagem dos professores, cujos contratos de trabalho, em muitos casos, nada dispunham sobre tal possibilidade.

Sobre os contratos de trabalho e os reflexos da pandemia, Manus e Gitelman (2020) assinalam que é essencial a cooperação entre empregador e empregado neste período, pois é preciso que a sociedade como um todo atue coletivamente para assegurar a justiça social e a dignidade humana em meio à crise.

Assim, como maneira de conciliar a cooperação entre as partes com a impossibilidade de alterações lesivas ao contrato de trabalho do obreiro, entende-se necessária a formulação de um termo de cessão de direito de imagem, para garantir os direitos e obrigações de ambas as partes.

Mostra-se prudente que o termo de cessão de direito de imagem contenha, ao menos, informações relativas a quatro fatores. O primeiro seria a forma de veiculação. As devem ser disponibilizadas apenas aos alunos quais o professor que firmou o termo de cessão de direito de imagem leciona. Mais ainda, deve a veiculação ser limitada aos momentos de encontros acadêmicos.

O segundo seria a forma de utilização. Deve o termo estabelecer que será apenas para fins pedagógicos, não autorizando o uso para fins de propaganda.

O terceiro é a vigência, um dos principais fatores. Esta deve ser vinculada ao período em que as aulas ocorrem via internet, visto que a as aulas na modalidade remota têm como escopo precípua a substituição temporária das aulas presenciais.

Por fim, é de suma importância que seja previsto expressamente no termo a responsabilidade da instituição de ensino em não desviar do acordado, seja relativo a qualquer fator anteriormente apontado.

Aponta-se o modelo disponibilizado pela Federação dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino no Estado do Rio de Janeiro (FETEERJ), como um exemplo de termo de cessão de direito de imagem de professores completo e bem delimitado para utilização das instituições e profissionais da educação durante o período da pandemia (CONTEE, 2020).

5 | CONCLUSÃO

Face ao exposto, resta evidente que a pandemia causou grandes impactos em todo o mercado de trabalho, bem como nas relações trabalhistas, sendo que um dos setores mais afetados pela necessidade de adaptações foi o educacional, que passou a ter de lidar com aulas remotas e com o recurso das tecnologias digitais.

Logo, de fato há uma interferência no direito de imagem dos professores, que, em geral, não tinham em seus contratos de trabalhos a tutela deste direito nem disposições

sobre sua cessão.

Ademais, registrou-se que é no contrato de trabalho onde se estabelecem os direitos e obrigações dos empregados e empregadores, não podendo sofrer alterações que lesem direitos dos trabalhadores.

No entanto, face a necessidade de cooperação das partes durante a pandemia, mostra-se como alternativa a elaboração de um termo de cessão de direito de imagem específico e delimitado ao período de pandemia, contendo, ao menos, informações relativas a forma de veiculação, a forma de utilização, a vigência e sobre a responsabilidade da instituição de ensino em não desviar do acordado, seja relativo a qualquer um dos outros fatores.

Com isto, acredita-se ser possível resguardar os direitos das partes, delimitando suas obrigações quanto ao conteúdo produzido e disponibilizado, de modo a trazer segurança jurídica no exercício das funções durante a pandemia.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. (Coords). **VII Jornada de Direito Civil**. Enunciado nº 587. Brasília: CJP; 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/3n2OO4F>>. Acesso em 5 nov. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 maio 1943. Disponível em: <<https://bit.ly/3la232P>>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/2ljsxJi>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <<https://bit.ly/357HiPT>>. Acesso em 5 nov. 2020.

CALVO, Adriana. **Manual de direito do trabalho**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CONTEE. Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino. **Feteerj: Orientações sobre direito de imagem dos professores no uso da EaD**. 14 de abril de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3eFnnuS>>. Acesso em 5 nov. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed., São Paulo: LTr, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, Carolina Tupinambá; VALVERDE, Marina Novellino. Um novo normal para o Direito do Trabalho. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coords). **Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 773-782. Disponível em: <<https://bit.ly/3586hCH>>. Acesso em 5 nov. 2020.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 10. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2012.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN, Suely Ester. Dever fundamental de cooperação em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coords). **Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 177-185.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 443, 1972.

OPAS. Organização Pan Americana da Saúde. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. 11 de março de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2JNqpSj>>. Acesso em 5 nov. 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. Panorama das alterações trabalhistas durante a pandemia da Covid-19. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coords). **Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 773-782.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 17. ed., v. 1, São Paulo: Atlas, 2017.

ANÁLISE DA COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL: MP 927/2020 E A DECISÃO DO STF

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 18/04/2021

Giovanna Assis Georgini

Graduanda em Psicologia pela Filosofia,
Ciências e Letras de Ribeirão Preto,
Universidade de São Paulo
Ribeirão Preto - SP
<https://orcid.org/0000-0002-5232-1637>

Karyn Adame Rinaldi

Graduanda em Direito pela Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São
Paulo
Ribeirão Preto - SP
<http://lattes.cnpq.br/6517532043036748>

Rodrigo Borges Nicolau

Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade
Social pela Faculdade de Direito do Largo São
Francisco, Universidade de São Paulo
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/3692976790126649>

RESUMO: Com a pandemia do coronavírus, diversas discussões surgiram a respeito da aceitação ou não da COVID-19 como doença de trabalho. Para regular tal matéria, o art. 29 da MP 927/2020 colocou para o empregado o ônus de provar o contágio no trabalho. O STF, então, suspendeu a eficácia do artigo, por tê-lo considerado inconstitucional. A partir disso, esse estudo analisou os aspectos relevantes dessa decisão e suas implicações gerais no campo de trabalho. Desse modo, oferece-se um panorama

geral abordando a pandemia do coronavírus, sua relevância na área trabalhista, a consideração da COVID-19 como doença ocupacional e o ônus da prova nesse caso específico.

PALAVRAS-CHAVE: Coronavírus. Doença ocupacional. MP 927/2020. Ônus da prova.

ANALYSIS OF COVID-19 AS AN OCCUPATIONAL DISEASE: PM 927/2020 AND THE STF DECISION

ABSTRACT: In the scenario of COVID-19 pandemic, a lot of discussion emerged about either accepting or not the coronavirus as an occupational disease. In order to solve this dilemma, the article 29 of the Provisional Measure (PM) 927/2020 assignees the burden of proof to the employees, being their responsibility to prove that the contagion occurred in the workplace. The Brazilian Federal Supreme Court (STF) suspended the referred article because it was considered against the constitution. Based on that, this paper analyses the most relevant aspects of this decision and its results on the employment law. Therefore, this paper presents a general outlook that approaches the coronavirus pandemic, its relevance for the employment law, the admission of COVID-19 as an occupational disease and the burden of proof in this particular case.

KEYWORDS: COVID-19. Coronavirus. Occupational disease. Provisional Measure 927/2020 (Brazil). Burden of proof.

1 | INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é o ramo jurídico que visa regular as relações empregatícias e apresenta função tutelar, com o objetivo de proteger a parte fraca na relação jurídica (LEITE, 2019). Assim, ele visa corrigir a desigualdade entre o capital e o trabalho, oferecendo proteção jurídica ao empregado com o objetivo de equilibrar a relação empregatícia. No Brasil, a Constituição Federal (1988) reconhece o trabalho como um valor base do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV) e um direito fundamental (art. 6º).

Ademais, a partir da luta dos trabalhadores, foi instituída a Consolidação das Leis do Trabalho ([CLT], 1943), responsável por sistematizar as leis trabalhistas existentes e incluir novos institutos (LEITE, 2019) e, junto ao art. 7º da CF/88 e às legislações específicas, compõe a base da proteção trabalhista no Brasil.

Com a pandemia do coronavírus, houve mudanças temporárias nas relações trabalhistas, fundadas na necessidade de evitar a demissão em massa. Uma delas foi instaurada pela Medida Provisória 927/2020, cujo artigo 29 praticamente excluía a contaminação pelo coronavírus da hipótese de doença ocupacional. O acidente de trabalho, que engloba a doença ocupacional, diz respeito à lesão corporal, perturbação funcional ou morte sofrida pelo empregado em razão das atividades empregatícias que exerce e que o impeça de continuar o trabalho temporária ou permanentemente.

Esse artigo, então, começará abordando o tema do “acidente de trabalho”, apresentando a doença ocupacional, seus efeitos e peculiaridades. Em seguida, será discutido o contexto do “coronavírus e a doença ocupacional”, seguindo para a discussão do artigo 29 da Medida Provisória nº 927/2020 e da decisão do STF em suspendê-lo.

2 | ACIDENTE DE TRABALHO

O art. 19 da Lei 8.213/91 conceitua acidente do trabalho como o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço do empregador, “provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. De modo que “a empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador” (Lei 8.213/91, art. 19, §1º). No artigo subsequente dispõe-se que é considerado acidente de trabalho a doença adquirida ou desencadeada em função da situação de trabalho e diretamente relacionada a ele (Inciso I¹). Em termos conceituais, o acidente de trabalho é uma cessação temporária do contrato de trabalho e, dentro desse gênero, existem duas espécies: a suspensão e a interrupção.

A suspensão é a cessação temporária e total da execução e dos efeitos do contrato, sem que haja suspensão do contrato de trabalho em si (MARTINS, 2008), o que desobriga

1 Vale uma ressalva acerca do parágrafo 1º, alínea “d”, que exclui as doenças endêmicas, a menos que haja comprovação de que ela foi contraída devido a realização do trabalho.

as partes do cumprimento de quase todas as obrigações contratuais, mantendo-se apenas as acessórias (CASSAR, 2018). Já a interrupção se trata de uma cessação parcial, sendo necessária a continuação do pagamento de salários e da contagem de tempo de serviço² (CASSAR, 2018).

Quando se trata do acidente de trabalho, a doutrina é controversa em relação a sua classificação. Nesse estudo, será adotada a visão de Carlos Bezerra Leite (2019), que entende que nos primeiros 15 dias do acidente de trabalho o contrato está interrompido e, após esse prazo, estará suspenso. Esse entendimento se embasa na Súmula 440³ do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Os quinze dias a partir do acidente de trabalho são de encargo do empregador, devendo remunerá-los. A partir do décimo sexto dia, o auxílio-doença acidentário⁴ é devido pela Previdência Social e a empresa não paga mais salários, mas há contagem do tempo de serviço para efeito de indenização, estabilidade e incidência do FGTS (MARTINS, 2008).

Além disso, por muito tempo foi pacífico na doutrina e nos tribunais que o acidente ocorrido no deslocamento entre a moradia e o local de trabalho (ou em sentido contrário) era acidente de trabalho. Porém, a MP 905/19 havia extinguido o acidente de percurso (Art. 51), com sua revogação as discussões foram reabertas.

A alteração do 2º parágrafo do Art. 58 da CLT excluiu o tempo gasto no percurso do tempo à disposição do empregador. Isso pode levar ao entendimento de que o Art. 21, IV, “d” da Lei de Previdência teria sido tacitamente revogado, trazendo um debate acerca da hierarquia entre as normas.

Em suma, ainda há discussão sobre o tema, mas, com a revogação da MP 905/19, o acidente em percurso ainda pode ser alegado pelo trabalhador que se contaminar com o coronavírus no trajeto do trabalho ou no período intrajornada, podendo caracterizar doença ocupacional.

2.1 Estabilidade

A estabilidade é o direito do empregado de não ser demitido por ato unilateral - durante sua vigência - exceto pelas hipóteses autorizadas pela lei (CASSAR, 2018). O acidente de trabalho gera estabilidade absoluta (só pode haver dispensa mediante falta grave ou extinção da empresa), provisória (com duração determinada) e personalíssima (relacionada com a pessoa) (CASSAR, 2018).

Para adquirir a estabilidade decorrente do acidente de trabalho é necessário: (1) ter ocorrido um acidente de trabalho ou doença a ele equiparado, (2) ter o empregado recebido auxílio-doença acidentário e (3) ter obtido alta médica (Art. 118 da Lei 8.213/91) (CASSAR, 2018). Segundo a Lei da Previdência (8.213/91), a doença ocupacional ou do trabalho se equiparam a acidente (Art. 19).

2 Independentemente de haver contraprestação em serviço ou não.

3 Assegura o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido pela empresa ao empregado, mesmo que suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário.

4 Previsto entre o Art. 59 e 63 da Lei de Previdência (8.213/91) e no artigo 476 da CLT.

3 I CORONAVÍRUS E A DOENÇA OCUPACIONAL

Em Março de 2020, o surto de coronavírus foi considerado uma pandemia. Com isso, a MP nº 927/2020 foi editada visando regular medidas trabalhistas para o enfrentamento da pandemia e proteger os empregos. Vale lembrar, porém, que o foco do direito trabalhista é proteger o empregado.

A referida MP flexibilizou diversas regras trabalhistas, permitindo, por exemplo, a aplicação do teletrabalho. A medida visou ajudar os empregadores no contexto da crise instaurada pelo coronavírus, de forma a evitar o desemprego em massa por meio de uma limitação dos direitos dos trabalhadores. Contudo, isso é uma transferência de prejuízos aos empregados em uma situação de vulnerabilidade agravada.

É de extrema importância que os ambientes de trabalho adotem as medidas de higiene necessárias à manutenção da saúde do trabalhador, bem essencial tutelado pelo inciso XXII do Art. 7º da CF, com importância potencializada no contexto da pandemia. Ademais, o inciso XXVIII do referido artigo também garante o “seguro de acidente do trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização no caso de dolo ou culpa.”, incluídas eventuais doenças adquiridas no ambiente de trabalho, como poderia ser a Covid-19.

Entretanto, o art. 29 da MP 927/2020 dispôs que “os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.”, sendo alvo de 6 Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁵. Isso porque há extrema dificuldade de comprovação do nexo causal da covid-19, devido a sua transmissão exponencial.

3.1 Decisão do Supremo Tribunal Federal (STF)

Por conta das ADI's, o STF decidiu suspender a eficácia do art. 29 da MP 927/2020, inflamando discussões no direito trabalhista. A princípio, o referido artigo coloca para o trabalhador o ônus de provar que contraiu a doença causada pelo coronavírus no ambiente de trabalho, o que significa que, se não o fizer, a doença não será considerada ocupacional.

Em relação ao ônus da prova, o art. 818 da CLT determina como regra geral que cabe ao reclamante provar os fatos constitutivos de seu direito e ao reclamado, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do reclamante. O §1º do referido artigo admite a inversão quando for impossível a produção da prova, se estabelecendo uma presunção legal relativa de que o fato alegado pela parte ocorreu e cabe a outra parte provar a sua não ocorrência.

Como o coronavírus é uma doença de alta infecciosidade, é extremamente difícil determinar em qual ambiente houve a contaminação. Dessa forma, distribuir o ônus da prova para o trabalhador é exigir a produção de uma prova impossível⁶.

5 ADI nº 6342; ADI nº 6344; ADI nº 6346; ADI nº 6352; ADI nº 6354; ADI nº 6375

6 Cujas produções são extremamente difíceis/exaustivas.

Ademais, a prova aqui discutida é unilateralmente diabólica⁷. Nessa hipótese, o magistrado deve distribuir o ônus probatório para a parte que pode produzir a prova. No caso concreto, o empregador pode provar que adotou as medidas de higiene, saúde e segurança necessárias para evitar a contaminação de seus empregados, devendo recair sobre ele o ônus da prova.

Por mais que, a princípio, caiba ao magistrado inverter o ônus da prova no caso concreto, não se justifica que a legislação o distribua de forma a solicitar ao trabalhador a produção de uma prova diabólica, uma vez que ambas maneiras são admitidas na distribuição dinâmica do ônus da prova. Ainda, o próprio direito do trabalho, no geral, tende a distribuir o ônus probatório para o empregador (POMPEU, 2020).

Ante o exposto, na decisão do STF a eficácia do art. 29 da MP 927/2020 foi suspensa, por conta de sua inconstitucionalidade, posição adotada pela maioria⁸. O ônus de comprovar que a doença não foi contraída no trabalho deve, portanto, ser do empregador.

4 | DISCUSSÃO

A decisão do STF em suspender a eficácia do art. 29 da MP nº 927/2020 visou proteger o empregado. Como ficou exaustivamente exposto, a manutenção do artigo seria prejudicial para o trabalhador e, apesar da necessidade de preservação das relações empregatícias, isso não pode prevalecer sobre os valores sociais do trabalho (STF, 2020). Especialmente, há a necessidade de proteção aos “trabalhadores de atividades essenciais que continuam expostos ao risco (de contraírem a COVID-19)” (STF, 2020) e a manutenção do artigo desampararia, dos pontos de vista previdenciário e trabalhista, os trabalhadores que contraíssem a doença (AGÊNCIA SENADO, 2020).

É incontroverso que a pandemia do coronavírus consiste em força maior, nos termos do art. 501 da CLT, por ser alheia à vontade do empregador, entretanto, a imprevidência exclui a razão de força maior (§1º do art. 501 da CLT). Desse modo, há possibilidade de responsabilidade objetiva do empregador que não atender às medidas de saúde e higiene adequadas. Com a decisão do STF, ainda, o descumprimento das medidas recomendadas pode se tornar extremamente oneroso para o empregador, podendo gerar indenizações materiais e morais (POMPEU, 2020).

Ademais, a população em geral está sujeita a diversos efeitos psicológicos negativos decorrentes da pandemia e das medidas de isolamento aplicadas para contê-la, podendo apresentar sintomas de estresse pós-traumático, raiva, medo e frustração (BROOKS, et al., 2020). O contexto de pandemia, por si só, apresenta diversos impactos negativos na saúde mental da população, sendo o estresse causado pela incerteza em relação ao emprego um deles (BROOKS, et al., 2020).

⁷ Prova cuja produção é de extrema dificuldade apenas para uma das partes

⁸ Votaram nesse sentido os ministros Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux.

Além do mais, até o início de maio, houve um significativo crescimento de denúncias e inquéritos sobre violências trabalhistas relacionadas ao COVID-19 (POMPEU, 2020). Com o estresse psicológico e empregatício aumentado pela pandemia, cabe ao governo adotar medidas para reduzir o estresse gerado e garantir segurança para os trabalhadores, como forma de controlar os impactos da pandemia na população (BROOKS, et al., 2020). A suspensão do artigo aqui discutido aumenta a segurança jurídica do trabalhador e reforça a obrigatoriedade do empregador de tomar as devidas precauções no ambiente de trabalho, com benefícios para os empregados e para a coletividade.

4.1 Implicações

A primeira consequência da decisão do STF em suspender o art. 29 da MP nº 927/2020 é que, se contaminado pelo coronavírus, o trabalhador pode ter os direitos aos benefícios decorrentes do acidente de trabalho e isso também dá ensejo a eventual indenização (moral e material) em caso de morte ou dano permanente. Ainda, com a decisão do STF, a não prevenção contra o coronavírus pode significar aos empregadores a recepção de reclamações trabalhistas e consequências tributárias e previdenciárias e é possível também a recepção de ações judiciais regressivas, por parte do INSS. Tudo isso decorre da principal consequência da decisão, já citada, que foi a inversão do ônus probatório (recaindo sobre o empregador).

4.2 A consequência para as empresas

Uma das controvérsias à decisão do STF foi sobre como a suspensão do artigo repercutirá para as empresas. Apesar de ser apresentada como uma “insegurança jurídica” para a empresa, caberá ao juiz, no caso concreto, apreciar a matéria (POMPEU, 2020). Não se sabe, de fato, como o judiciário irá reagir nas ações que forem propostas, mas pode-se indicar que o problema será tratado de maneira adequada (POMPEU, 2020).

As várias leis que regulam o assunto, já mencionadas, permanecem vigentes e determinam os requisitos aplicáveis casuisticamente baseado na razoabilidade (GOMES e LESSA, 2020). Assim, a correta interpretação dessa decisão vai no sentido de caber ao empregador demonstrar os cuidados e medidas adotadas⁹.

Essa interpretação tem base no Art. 21, inciso III, da Lei 8.213/91. Não se fala, desse modo, em prescindibilidade das provas de nexos causal, em consonância à jurisprudência do TST. Essa relação de causalidade, ainda, deverá ser constatada por perícia do INSS (Art. 21-A), o que é um ponto problemático pois a comprovação de culpa e nexos causal nessa perícia é difícil. Ademais, o Decreto 3.048/99¹⁰ exige prova de exposição ocupacional relacionada ao acometimento da doença.

Sobre a questão da contaminação durante o teletrabalho, pode-se entender que o *home office* é uma medida preventiva à contaminação e, por esse motivo, não cabe falar

⁹ Medidas como *home office*, rodízio de trabalhadores, entrega de equipamentos de proteção individual (EPI's), máscaras e distanciamento devem ser considerados meios de proteção ao empregado (GOMES e LESSA, 2020).

¹⁰ Regula Previdência Social.

em acidente de trabalho. Uma vez que o empregado não teve de deslocar à empresa ou se expor à contaminação em razão do trabalho, ficaria afastada a hipótese da doença ocupacional.

Dependerá do judiciário tomar a posição mais lógica nesses casos. Por esse motivo, entende-se que pode haver problemas decorrentes da decisão do STF, uma vez que a decisão não define como será a apuração no caso concreto. Entretanto, a apuração seguirá as mesmas recomendações de uma doença ocupacional normal, porque, mesmo antes da pandemia, os empregadores já tinham o dever de propiciar um ambiente de trabalho seguro (Art. 57 da CLT e Art. 19 da Lei de Previdência).

4.3 Teoria do risco criado

A princípio, no direito civil brasileiro o direito à indenização decorria apenas da responsabilidade subjetiva do sujeito, que pressupõe culpa (SALIM, 2005). Entretanto, apenas a responsabilidade subjetiva não é suficiente para abarcar todos os casos de indenização, uma vez que muitas vezes é difícil aferir a culpa (SALIM, 2005). A teoria do risco criado, então, foi desenvolvida para permitir que a responsabilidade objetiva gere indenização (SALIM, 2005).

O art. 2º da CLT dispõe que o risco decorrente da atividade empresarial é do empregador. Portanto, quando se cria um risco para seus trabalhadores na atividade laboral, haverá responsabilidade objetiva do empregador, a menos que ele adote todas as medidas para evitar que o perigo acontecesse. (SALIM, 2005).

No contexto de uma pandemia, o risco de contaminação pode ser considerado inerente a qualquer trabalho presencial. De tal modo, pode-se aplicar a teoria do risco criado para efetivar a responsabilidade objetiva do empregador em caso de contaminação do trabalhador presencial, independentemente da existência de culpa. Cabe breve destaque que, ao atender a todas as medidas sanitárias e da saúde, o empregador pode afastar essa responsabilidade. O que se discute aqui é que é a existência de risco inerente ao trabalho presencial nos tempos do coronavírus não pode ser suficiente para isentar o empregador de responsabilidade.

Ao discutir-se atividade de risco, vale ressaltar que se refere a atividades que possam comprometer a saúde e integridade física do empregado e o critério geral posto pela CLT compreende aquelas que, naturalmente ou por métodos de trabalho, coloquem o empregado em constante contato com condições de risco acentuadas (Art. 193). O TST entende que atividades que possuam repetição de acidentes e alto potencial ofensivo são, por si só, de risco. Em mesmo sentido, outras decisões do STF já previam a responsabilidade objetiva do empregador nos casos que o trabalho normalmente apresenta riscos especiais aos trabalhadores (POMPEU, 2020).

De tal modo, seria inconsistente tratar a contaminação pelo coronavírus de maneira diversa. Assim, a teoria do risco criado pode ser aplicada à pandemia para garantir

a responsabilidade objetiva do empregador na contaminação dos empregados pelo coronavírus. Conclui-se, portanto, que a decisão do STF em suspender o art. 29 da MP 927/2020 está em consonância com a teoria do risco criado.

4.4 Dano moral por reflexo

O Dano Moral por Reflexo (ou em ricochete) é positivado no Art. 948 do CC e pode se aplicar às relações trabalhistas. Ele se configura quando a morte da vítima direta repercute na esfera jurídica de seus familiares, formando uma “arquitetura triangular”¹¹ (PETEFFI, 2020) e também engloba casos não fatais, mas com graves prejuízos físicos e/ou mentais.

Assim, o familiar que sofre com uma lesão gravíssima de uma vítima pode demandar indenização mesmo que a vítima em si não o faça (PETEFFI, 2020). No caso da doença causada pelo coronavírus, extrai-se que há possibilidade de existência de dano reflexo, principalmente se gerar morte do trabalhador, de forma que a família poderá pleitear indenização.

5 | CONCLUSÃO

Da discussão aqui apresentada, extrai-se que a decisão do STF de suspender o art. 29 da Medida Provisória nº 927, de 2020, garantiu ao empregado maior segurança jurídica quanto à possível contração do coronavírus no ambiente de trabalho, visto que não foi excluída a possibilidade de reconhecimento de doença ocupacional. Com isso, permite-se ao empregado o recebimento dos benefícios decorrentes da doença ocupacional. Ainda, fica reforçada a necessidade do respeito às medidas preventivas à contaminação pelo coronavírus pelos empregadores. De forma alguma a decisão do STF revogou outros dispositivos legais que incidem sobre a doença ocupacional, permanecendo a demonstração de nexo de causalidade e a observância de outras previsões legais no caso concreto, cabendo ao juiz ponderar o reconhecimento ou não da doença ocupacional.

Destaca-se que não houve análise jurisprudencial, em virtude do pequeno tempo decorrido entre a decisão do STF e a estruturação deste estudo. Sugere-se, com isso, pesquisas futuras se proponham a analisar a aplicação das normas e teorias aqui citadas nos casos práticos. Por fim, conclui-se que o estudo atingiu seu objetivo de discutir o art. 29 da MP 927/2020, assim como a decisão do STF em suspendê-lo.

REFERÊNCIAS

Agência Senado. **Para STF, covid-19 é doença ocupacional e auditores poderão autuar empresas.** Senado notícias, 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/30/para-stf-covid-19-e-doenca-ocupacional-e-auditores-poderao-autuar-empresas>>. Acesso em 03 jun. 2020

¹¹ O dano sai do causador, atinge a vítima e reflete em terceiros.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, Brasília, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 21 maio 2020

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.** Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em 26 maio 2020

BROOKS, Samantha. et al. **The psychological impact of quarantine and how to reduce it: Rapid review of the evidence.** The Lancet. v. 395, n. 10227, p. 912-20, 2020. Disponível em: <[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30460-8/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30460-8/fulltext)>. Acesso em 04 maio 2020

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

GOMES, Antônio Cleto; LESSA, Nicya Pita. **O STF estabeleceu que a covid-19 é acidente de trabalho?** Migalhas: Migalhas de peso, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/327024/o-stf-estabeleceu-que-a-covid-19-e-acidente-de-trabalho>>. Acesso em 05 jun. 2020

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. Ed, São Paulo, Saraiva Educação, 2019

Organização das Nações Unidas [ONU]: Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos [DUDH]**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 26 maio 2020

PETEFFI, Rafael. **STJ reforça caráter autônomo do dano reflexo ou por ricochete.** Consultor Jurídico, 2020. Direito Civil Atual. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-17/direito-civil-atual-stj-reforca-carater-autonomo-dano-reflexo-ou-ricochete>>. Acesso em 05 jun. 2020

POMPEU, Ana. **Possibilidade de classificar Covid-19 como doença ocupacional preocupa empresas: Decisão do STF afastou trecho de MP 927 que definia que casos da infecção não seriam considerados ocupacionais.** JOTA, 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/possibilidade-de-classificar-covid-19-como-doenca-ocupacional-preocupa-empresas-08052020>>. Acesso em 03 jun. 2020

SALIM, Adib Pereira Netto. **A teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador em acidentes de trabalho.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho: 3ª. Região, n. 71, jan./jun, 2005 Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_71/Adib_Salim.pdf>. Acesso em 03 jun. 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6342/DF – Distrito Federal.** Relator Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880968>>. Acesso em 26 maio 2020

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **STF afasta trechos da MP que flexibiliza regras trabalhistas durante pandemia da Covid-19.** Notícias STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442355>>. Acesso em 26 maio 2020

UMA RELEITURA DO INSTITUTO DO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL NA CONTEMPORANEIDADE: AVANÇOS LEGISLATIVOS E ELETRÔNICOS EM TEMPOS PANDÊMICOS

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 27/04/2021

Jackelline Fraga Pessanha

Docente efetiva de Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável UEMG/Ituiutaba. Doutoranda em Direito pela UniCEUB. Advogada Universidade do Estado de Minas Gerais Ituiutaba – Minas Gerais <http://lattes.cnpq.br/1499946378076407>

Marcelo SantAnna Vieira Gomes

Docente efetivo de Teoria do Processo e Direito Processual Civil UEMG/Ituiutaba. Advogado Universidade do Estado de Minas Gerais Ituiutaba – Minas Gerais <http://lattes.cnpq.br/5263771970940796>

Artigo fruto das discussões do Grupo de Pesquisa Estado & Direito: Estudos Contemporâneos.

RESUMO: Desde 2007 os divórcios já eram realizados em cartório através de escritura pública. Em 2010, o texto constitucional passou a permitir o divórcio direto, independente do cumprimento dos prazos anteriormente vigentes para sua decretação. Já em 2015, o Código de Processo Civil replicou a lógica anterior e garantiu que os cartórios continuassem a formalizar divórcios extrajudiciais. E então, chegamos a 2020. Com a pandemia do coronavírus e a necessidade de continuidade dos serviços públicos da sociedade,

os entes estatais passaram a adaptar suas rotinas à nova realidade. O Conselho Nacional de Justiça promulgou, assim, o Provimento n.º 100/2020, para permitir a continuidade dos serviços cartorários, instituindo o e-Notariado e a Matrícula Notarial Eletrônica. É esse o cenário central de debate deste trabalho que, com base no método dialético, busca analisar os requisitos legais para a formalização de um divórcio e se eles estariam sendo cumpridos, mesmo com o serviço sendo prestado remotamente.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 100/2020. Coronavírus. E-Notariado. Divórcio. Divórcio extrajudicial.

A REVIEW OF THE INSTITUTE OF EXTRAJUDICIAL DIVORCE IN CONTEMPORANEITY: LEGISLATIVE AND ELECTRONIC ADVANCES IN PANDEMIC TIMES

ABSTRACT: Since 2007, divorces were already performed in a notary public through a public deed. In 2010, the constitutional text allowed direct divorce, regardless of compliance with the deadlines previously in force for its decree. In 2015, the Civil Procedure Code replicated the previous logic and ensured that notary offices continued to formalize extrajudicial divorces. And then, we reached 2020. With the coronavirus pandemic and the need for continuity of public services in society, state entities began to adapt their routines to the new reality. The National Council of Justice thus promulgated Provision No. 100/2020, to allow the continuity of notary services, instituting e-Notary and Electronic Notary Enrollment. This is the central scenario for

the debate of this work, which, based on the dialectical method, seeks to analyze the legal requirements for the formalization of a divorce and whether they are being fulfilled, even with the service being provided remotely.

KEYWORDS: National Council of Justice. Provision No. 100/2020. Coronavirus. E-Notary. Divorce. Extrajudicial divorce.

1 | INTRODUÇÃO

Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo. O trecho citado, da música de Raul Seixas é um convite à mudança dos paradigmas atuais.

A sociedade, o direito, o mundo vem passando por mudanças significativas no seu modo de agir e no seu modo de se relacionar. A tecnologia possui papel importantíssimo nesse cenário, ao passo que nunca se usou tanto dos meios de comunicação para manter o mundo em continuidade.

Se na época da gripe espanhola, havia uma grande dificuldade de deslocamento e de comunicação, a pandemia do coronavírus trouxe uma nova perspectiva sobre a vida de uma forma geral.

Nesse sentido, vários aparatos tecnológicos que demorariam ainda alguns anos para serem inseridos na coletividade, acabaram sendo inseridos de imediato, com o intuito de contribuir para que houvesse o distanciamento social.

As reuniões por videoconferência, nesse cenário, se tornaram muito frequentes. Hoje, é possível fazer, inclusive, sustentações orais em Tribunais sem a necessidade de estar presente e, ainda, usando de apresentações de imagens, usando a tecnologia a serviço da prestação jurisdicional. Mas, o foco nesse trabalho não é analisar a atuação jurisdicional do Direito, mas a sua vertente extrajudicial.

Com a necessidade de distanciamento social, vários foram os órgãos que passaram a adotar formas de que as pessoas cumprissem com seus afazeres de forma eletrônica. Nesse contexto que surge o Provimento n.º 100 de 20 de maio de 2020, instituindo o sistema e-Notariado e a Matrícula Notarial Eletrônica.

Esse provimento nada mais fez que possibilitar que vários atos cartorários passassem a ser realizados de maneira remota, justamente, para evitar ao máximo o contato entre as pessoas, as aglomerações e, assim, preservar a vida dos envolvidos.

Com esse instrumento normativo, passou-se a permitir que os divórcios sejam realizados em cartório, através da videoconferência. Diante dessa situação, questiona-se: os divórcios formalizados remotamente, conseguem atender aos requisitos específicos da legislação civil pátria? Em uma análise preliminar, há aparência de legalidade e constitucionalidade.

Para analisar o tema, é preciso avaliar a possibilidade de os divórcios serem realizados em cartório, em especial, da Lei 11.441/2007, da Emenda Constitucional n.º

66/2010 e pelo Código de Processo Civil vigente. Por fim, afere-se se com a entrada em vigor do e-Notariado, os requisitos essenciais para a efetiva caracterização do divórcio.

Com o intuito de analisar o tema, sob o viés do método dialético, utiliza-se como marco teórico Rolf Madaleno, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto.

21 O FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO DO DIVÓRCIO TENDO COMO MARCO A LEI 11.441/2007

A Lei 11.441/2007 foi uma importante inovação no sistema que envolve a atuação cartorária e os divórcios desenvolvidos no país. Tendo sido promulgada em 4 de janeiro de 2007, surge com o objetivo de facilitar os trâmites dos divórcios que ocorriam no país.

Essa lei promoveu modificações no Código de Processo Civil de 1973, tendo como característica central, possibilitar a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Isso demonstrou um grande avanço, em especial, com o objetivo de desjudicialização de procedimentos desgastantes e que, em muitos casos, tornavam-se morosos, desnecessários e extremamente custosos.

O art. 1.124-A do CPC/73, após a alteração legislativa, trazia que esse tipo de procedimento só poderia ser realizado se não existissem filhos menores ou incapazes (art. 34 da Resolução 35/2007 CNJ), bem como estabelecia a necessidade de constar as questões relativas à partilha de bens comuns, determinação ou não de pensão alimentícia. Ademais, era obrigatório constar o ponto relativo ao nome, se ele se manteria inalterado ou se o consorte que havia o modificado com o casamento, retornaria ao seu nome de solteiro.

Perceba-se que andou muito bem alteração legislativa nesse ponto e “constituiu notável avanço da legislação brasileira, importando, seguramente, em maior efetividade, além de desafogamento das assoberbadas prateleiras do Judiciário” (FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, 2019, p. 1803).

Isso porque, não fazia sentido naquelas hipóteses em que não existe controvérsia sobre a causa, manter as pessoas pelo vínculo matrimonial. Muitos eram desejosos de se desvincular do outro consorte e viam-se “presos” ao outro, durante longos anos, em razão da dificuldade que enfrentavam para romper o casamento. Casamento este que, na prática, já não existia, havendo apenas um papel no qual ele ainda constava com efeitos jurídicos.

O procedimento em cartório é muito mais simples, uma vez que é um procedimento administrativo que “exige que as partes compareçam ao cartório do domicílio de qualquer deles e, assistidas por advogado ou Defensor Público (comum ou não), lavrem a escritura pública dissolutória do casamento” (FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD, 2019, p. 1803). Com a declaração de vontade dos que ali se apresentam, munidos da documentação (Art. 33 da Resolução 35/2007 do CNJ) exigida, é requerido, administrativamente o divórcio consensual.

Óbvio, existe um custo? Existe (Art. 4º da Resolução 35/2007 do CNJ). Da mesma forma, a legislação se preocupou em deixar claro a necessidade de que as escrituras públicas de divórcio tivessem a presença de um advogado (art. 733, § 2º do Código de Processo Civil) assinando.

A presença do advogado é imprescindível, uma vez que ele poderá realizar a ponderação de interesses entre as partes. Mas, além desse ponto importante, a presença do advogado também envolveu o *lobby* da advocacia quanto ao sustento do Advogado. Isso porque, é através do processo judicial que o advogado retira seu sustento. São os honorários advocatícios, o retorno financeiro que os advogados possuem em contraprestação.

Sendo assim, a fim de evitar que essa situação retirasse do mercado esse procedimento ante sua simplificação, em razão da realização do divórcio em cartório, o legislador optou por mantê-lo no procedimento. Houveram duas legislações no interregno de dois anos, aproximadamente, que mantiveram a existência do advogado como essencial ao divórcio, sendo que uma apenas reenumerou e acrescentou algumas normativas quando comparada com a outra, além de estabelecer a possibilidade de assinatura de um defensor, para as escrituras públicas formalizadas: a Lei 11.441/2007 e a Lei 11.965/2009.

Além de dar maior garantia de legitimidade aos atos realizados, conferem uma maior credibilidade, em conjunto com o tabelião, de que não existem vícios naquele procedimento e que todos os atos foram praticados em respeito a legislação vigente.

E o Código de Processo Civil de 2015, manteve essa dicção. De acordo com o art. 733 do diploma processual, se estabelecem as mesmas disposições da Lei vigente, com uma pequena, mas grandiosa, atualização, qual seja, não poderá ser realizado se existir *nascituro*.

Como se sabe, o Código Civil de 2002, firma que o Brasil adotou a teoria natalista, na qual só se adquire direitos, com o nascimento com vida (art. 2º do Código Civil). Contudo, a percepção legislativa sobre o nascituro, se adéqua ao fato de que o Superior Tribunal de Justiça, gradativamente, começa a adotar uma teoria concepcionista (REsp 1.415.727-SC; REsp 1.120.676; REsp 1.170.239) sobre os negócios jurídicos, o que faria com que o *nascituro* já fosse sujeito de direito e, por consequência, uma eventual dissolução da sociedade conjugal e do vínculo matrimonial poderia interferir nos direitos daquele já concebido.

O CPC/2015 também destaca que não é preciso que a escritura pública de divórcio seja homologada em juízo (Art. 3º da Resolução 35/2007 do CNJ) ou mesmo no registro de imóveis (MADALENO, 2020, p. 540), o que demonstra a abertura da atuação do tabelionato, por si só, nos divórcios consensuais sem filhos menores ou nascituros. Isso gera independência, seja para os divorciantes e seja para o Estado, que não precisará se manifestar em todos os processos judiciais de dissolução conjugal consensual.

Ademais, o CPC/2015 ainda fez a previsão de que a dissolução da união estável também possa ser realizada em cartório. A legislação de 2007 não se preocupou com o

companheiro na sua redação. Na verdade, até bem pouco tempo, o Código Civil relegava o companheiro a segundo plano.

Até o regime de bens a ele aplicável, no momento do *causa mortis*, era considerado diferente da comunhão parcial, precisando que o Supremo Tribunal Federal viesse a julgar inconstitucional o dispositivo, para que, na prática, não houvesse dúvidas quanto à aplicação (Sobre o assunto foram tratados na jurisprudência: Recurso Extraordinário (REs) 646721 e 878694, que estavam em repercussão geral).

É preciso compreender que o divórcio será realizado perante os cartórios de notas. E esses cartórios são regulados e fiscalizados pelas Corregedorias de Justiça dos Tribunais de Justiça dos Estados.

Por consequência, como as Corregedorias fiscalizam a nível regional, o Conselho Nacional de Justiça, na condição de órgão administrativo dotado de poder normativo (Art. 8º do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça¹), pode estabelecer normas gerais, válidas para todo o Brasil.

E é isso que fez. Considerando que as regras relativas aos divórcios extrajudicial, além de estabelecidas na lei, podem ser regulamentadas pelos Provimentos do Conselho, nesse momento de pandemia, não foi de outra forma que ocorreu.

Houve a necessidade de adequação à nova realidade e é esse o foco do tópico a seguir. Trata-se de mudança significativa e de uma real alteração paradigmática no formato dos divórcios tradicionais e de todos os demais atos que podem ser realizados via cartórios.

3 | OS SISTEMAS ELETRÔNICOS EM CONSONÂNCIA COM A NECESSIDADE DE GARANTIA DO DISTANCIAMENTO SOCIAL: O PROTAGONISMO DO SISTEMA E-NOTARIADO E OS DIVÓRCIOS *ON-LINE*

A tecnologia pode ser usada contra ou a favor da coletividade. Para isso, é preciso estabelecer em que situações o cidadão irá utilizá-la e para qual finalidade.

Ao final do ano de 2019, os meios de comunicação começaram a noticiar que um vírus ainda sem muito estudo sobre ela e sem vacina começava a se proliferar com bastante rapidez em vários países, sem que fosse possível, por ora, contê-lo. Pois bem. Entre janeiro e março de 2020, o *boom* de contaminação ocorreu obrigando a população mundial a adotar um sistema de quarentena em que ocorresse o mínimo possível de contato entre as pessoas: o distanciamento social.

A ideia dos governos mundiais era que, não sendo possível ainda controlar o vírus, ao menos seria evitado que mais pessoas fossem contaminadas. De acordo com dados divulgados pela Johns Hopkins University & Medicine¹, em 22 de abril de 2021, às 10h09 no horário de Brasília, os dados dão conta de que no mundo já são 143.962.157 (cento e quarenta e três milhões, novecentos e sessenta e dois mil, cento e cinquenta e sete) casos da doença confirmados, sendo que desses dados, tem-se que a quantidade de mortes já

¹ Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em 22 abr. 2021.

está em torno de 3.061.478 (três milhões, sessenta e um mil, quatrocentos e setenta e oito) óbitos.

Os dados são assustadores. Não bastasse isso, o Brasil encontra-se na 3ª posição, com 14.122.795 (quatorze milhões, cento e vinte e dois mil, setecentos e noventa e cinco) pessoas com confirmação da doença e, desse quantitativo, já atingiu a marca de 381.475 (trezentos e oitenta e um mil, quatrocentos e setenta e cinco) óbitos.

Em suma, com esse cenário, é difícil a manutenção dos serviços no formato anterior. Por esse motivo, houve a necessidade de adaptação de vários setores da vida em sociedade.

A tecnologia foi fortemente influenciadora disso tudo. Muito embora no país ainda exista um grande déficit de pessoas com acesso à rede mundial de computadores², essa ainda tem sido aquela mais utilizada para solucionar os problemas cotidianos, sem que haja o contato físico.

A partir de então surge um importante instrumento a serviço da efetividade dos serviços cartorários: o sistema e-Notariado. Esse sistema foi instituído por meio do Provimento n.º 100, de 26 de maio de 2020, garantindo que os atos praticados remotamente sejam dotados de fé pública e de autenticidade (Art. 16 do Provimento n.º 100/2020 do CNJ), permitindo-se a adoção de sistema de videoconferência para que sejam colhidas as vontades das partes (Art. 17 do Provimento n.º 100/2020 do CNJ).

Toda a sistemática do procedimento, portanto, é garantir que aqueles que participarão dos atos notariais, sejam, efetivamente, aqueles que assinam os documentos. Como não há presença física das partes para a celebração do ato, é preciso que os meios eletrônicos sejam aptos a garantir que as informações sejam fidedignas.

Como forma de garantir ainda mais que as partes consentiram com o ato praticado, o Provimento n.º 100/2020, vai além, na medida em que estabelece a possibilidade de gravação do consentimento por videoconferência. Essa gravação será arquivada nos assentos do cartório, com o intuito de substituir a assinatura física.

É importante mencionar que o art. 7º do provimento ainda deixa clara uma situação: o sistema e-Notariado realizará a interligação entre os cartórios, o que favorece, sobremaneira que atos possam ser praticados em qualquer localidade do país, com maior rapidez e agilidade, além do fato de que será mais facilitado o convênio entre os cartórios. A todo o momento do Provimento, é firmado que a coleta de assinaturas e a garantia de que os dados foram formalizados com consentimento das partes, deve ser realizada por videoconferência.

Importa mencionar, ainda, três disposições finais do Provimento, que demonstram

2 De acordo com dados divulgados em abril de 2020, sobre a Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios Contínua - PNAD contínua, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2018, cerca de 45,9 milhões de brasileiros ainda não tinham acesso à internet. Desse quantitativo, 32,2 milhões vivem em área urbana e 13,7 milhões na região rural. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101705_informativo.pdf. Acesso em 22 abr. 2021. Esse dado é extremamente relevante sob o ponto de vista de que se a vida tem se desenvolvido de forma remota.

um avanço em termos de evolução tecnológica. O primeiro é que, ainda que o procedimento esteja se desenvolvendo por meio do e-Notariado, nada impede que uma das partes possa estar tratando do assunto presencialmente.

A intenção do dispositivo é garantir o distanciamento social, mas se uma das partes não tem acesso à *internet*, a instrução do Conselho Nacional de Justiça possibilita a prática do ato de forma híbrida (art. 30).

Outra importante inovação é o arquivamento, exclusivamente, digital dos documentos que compuseram o ato notarial formalizado (art. 31). Considerando que o ato se desenvolveu todo de forma eletrônica, não faz sentido algum que o tabelião seja obrigado a imprimir os documentos e arquivá-los de forma física.

Além de contraproducente, vai de encontro à toda a evolução proporcionada pelo sistema e-Notariado, além de não atender às práticas contemporâneas de sustentabilidade.

Por fim, e esse acredita-se que seja um interessante avanço a possibilidade da prática de atos por telefone, plataformas digitais e aplicativos de mensagens instantâneas, como *Whatsapp*, *Skype* e similares (Art. 32 do Provimento nº 100/2020 do CNJ). Agora quando em anos atrás poder-se-ia imaginar que o Estado fosse admitir que aplicativos de mensagens fossem utilizados para comunicação? É algo impressionante de se imaginar.

O que se tem presente é que o paradigma tradicional da sociedade modificou e preciso assim proceder em razão da necessidade. A realidade da prática dos atos notariais, talvez não volte a ser a mesma após o período da pandemia.

Muito embora os procedimentos tenham sido instituídos para esse período específico, o provimento que o criou não estabeleceu prazo de validade: e nem deveria assim o fazer. Não se trata de procedimento que atenta contra o ordenamento jurídico brasileiro.

O mundo evolui e a sociedade também, motivo pelo qual a atuação do Estado precisa se adequar às especificidades da vida moderna. Um procedimento que, por vezes, ainda que mais rápido que o judicial, ainda assim demandava uma série de atos praticados presencialmente, ao serem alocados de forma eletrônica, auxiliam sobremaneira a vida daqueles que não possuem condições de buscar os cartórios para solucionar os problemas.

Mas, uma importante situação deve ser frisada: não há qualquer cerceamento de acesso aos cartórios, obstando os afazeres daquele que não tem acesso à internet.

E, diga-se isso, por dois motivos: 1) se a pessoa não possui acesso à internet, pode ela buscar, presencialmente, os cartórios, pois eles permanecerão atendendo a todos que a ele buscarem. Obviamente, nesse momento de pandemia muitos cartórios ao redor do país estão atendendo com senhas e número máximo de pessoas por lapso temporal, ou ao menos, com agendamento prévio para a prática do ato; 2) no caso dos divórcios, como mencionado acima, sempre será preciso a presença do advogado. Esse último, na sua atividade profissional, já se viu obrigado a se inserir na seara tecnológica para o desenvolvimento de sua atividade profissional, o que acaba não sendo algo surpreendente. Ainda assim, a ele também é possibilitada a atuação física a ponto de não o obstar à prática

dos atos que sejam necessários.

Ao contrário de atos judiciais eletrônicos, nos quais as pessoas só podem praticar eletronicamente e só possuem acesso por meio da rede mundial de computadores, na hipótese dos procedimentos realizados em cartório, há a possibilidade de serem praticados das duas formas.

Em suma, tem-se presente que o sistema e-Notariado foi um importante sistema criado com o intuito de estabelecer facilidades e praticidades durante a pandemia, não interferindo em nada nos requisitos atinentes ao divórcio extrajudicial. Todas as disposições da legislação civil continuam intactas, porém, foram adaptáveis à nova lógica.

Mais que isso, todas as questões que envolvem consentimento, assinatura de documentos, foi pensado, de maneira adequada, as formas como seriam atestados os consentimentos das partes, com o intuito de verificar se não estavam viciados e se eram desejosas daquela situação.

É preciso deixar claro, por fim, que ao contrário do casamento que segue toda uma ritualística, no momento do divórcio, não há aquela série de requisitos a serem seguidos. Para ser desfeito o matrimônio, vige a autonomia da vontade das partes que ali se apresentam perante o tabelião, para dizer que não desejam mais estarem em convivência e assistências mútuas.

Tanto é assim, que é possível conjugar o art. 107, do Código Civil no que se refere à declaração de validade, independer de forma específica e ao art. 112, que trata a necessidade de interpretação do sentido que se tinha no momento da declaração de vontade. Por último, acresça-se que, conforme o art. 113, todo negócio jurídico deve ser interpretado de acordo com a boa-fé.

Diante dos dispositivos supramencionados, chega-se à conclusão de que o divórcio pela via eletrônica e por videoconferência atende à legislação civil, desde que respeitadas as regras dos procedimentos extrajudiciais da legislação processual.

4 | CONCLUSÕES

A tecnologia já faz parte do cotidiano atual. Em tempos de pandemia, essa necessidade de utilização dos meios de comunicação para os afazeres tornou-se mais comum do que se esperaria.

Se as relações pessoais e profissionais se alteraram, o Direito não pode ficar atrás. Com o intuito de regulamentar várias atividades em tempos de pandemia, o Estado começou a criar alguns instrumentos normativos, com o intuito de conferir legitimidade e validade aos atos que são praticados.

A vida não pode parar e ninguém pode ser obrigado a fazer algo que não esteja previsto em lei. Ainda mais, quando essa obrigação diga respeito a relacionamento amoroso.

Se já não há mais cumplicidade, se relacionamento é dotado de afeto, não existindo

mais ele, a melhor saída é o divórcio. Esse, que até duas décadas passadas ainda era tão pouco explorado pela legislação e pela doutrina.

Em 2007 começou-se a permitir os divórcios em cartório. A Constituição passou a não mais exigir lapso temporal para que eles ocorressem. O Código de Processo Civil de 2015 trouxe disposição expressa em continuidade normativa.

Porém, nesse momento de pandemia, é preciso que haja uma adaptação desses procedimentos.

O Conselho Nacional de Justiça possui poder normativo para regulamentar a atividade cartorária e é nesse contexto que editou o Provimento 100/2020. A partir desse instrumento, foi instituído o e-Notariado, auxiliando em muito a atividade cartorária em tempos de pandemia.

Com a utilização de videoconferência e de vários instrumentos tecnológicos, é possível que as atividades cartorárias sejam desenvolvidas de forma remota, buscando permitir o distanciamento social. De toda sorte, não se proibiu a atividade desenvolvida de maneira presencial: ela permanece permitida. A atividade remota é, basicamente, um *plus* em nome da segurança da coletividade e da praticidade para aqueles que dela quiserem evoluir.

Entende-se que se trata de procedimento permanente. Não há mais como retroceder após a pandemia se esvair. A praticidade e a tecnologia continuarão a andar juntas. E tudo isso com o único objetivo, prestar um serviço público de qualidade, adaptando-se às novas realidades postas. Por esse motivo, a utilização do sistema e-Notariado não atenta contra a legislação civil.

Muito pelo contrário, o legislador foi zeloso quanto à necessidade de garantia da fidedignidade das declarações de vontade que forem prestadas, conferindo-se autenticidade. Tanto é assim que a videoconferência acaba sendo um importante instrumento para captar essa vontade e materializá-la em documento.

Portanto, o divórcio realizado em pandemia, se adequa a esse contexto e, por consequência, deve ser permitido de ser formalizado, por total respeito a legislação civil e as regras procedimentais da legislação processual. A regulamentação do Conselho Nacional de Justiça evoluiu bem nesse sentido, como tem que ser o direito, caminhando conforme a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm>. Acesso em: 15. abr. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869imprensa.htm>. Acesso em: 15. abr. 2021.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 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: 15. abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento nº 100 de 26/05/2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>>. Acesso em: 15. abr. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 35 de 24/04/2007**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=179>>. Acesso em: 15. abr. 2021.

BRASIL. Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 67 de 03/03/2009**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/124>>. Acesso em: 15. abr. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de. BRAGA NETTO, Felipe. ROSENVALD, Nelson. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 05/04/2021

Andréia Lourenço de Ornel

Universidade Federal de Pelotas - Faculdade
de Direito
(UFPEL/RS)

<http://lattes.cnpq.br/8107942091188497>

RESUMO: O presente artigo pretende investigar a influência exercida pela publicidade infantil sobre os desejos de consumo das crianças e os efeitos negativos decorrentes dessa relação, mais especificamente a relação da publicidade infantil com o superendividamento das famílias brasileiras no período de Pandemia do Covid-19. Sabe-se que a publicidade infantil possui grande poder de persuasão sobre os desejos de consumo das crianças, sendo utilizada como um instrumento de perpetuação da cultura do consumo. O mercado publicitário, conhecendo o alto poder de influência das crianças sobre os pais, se utiliza de todas as estratégias possíveis para convencê-las de que precisam daqueles produtos. No entanto, essa relação entre a publicidade infantil e a criança é desigual, causando efeitos negativos não só para o desenvolvimento desse público, mas também para suas famílias. É o caso do superendividamento, que afeta grande parte da população brasileira, onde os pais, na tentativa de proporcionar felicidade aos filhos, acabam se endividando e, até mesmo, se superendividando ao deixarem de pagar outras

dívidas mais importantes. Nesse cenário, a utilização excessiva do crédito é vista como uma das principais causas desse fenômeno. A Pandemia do Covid-19 fez surgir uma nova realidade para a população, ocasionando o isolamento social, o que contribuiu para o maior contato das crianças com as mídias tradicionais e digitais, e, consequentemente, com a publicidade. Além disso, ainda trouxe inúmeras consequências financeiras com o aumento do desemprego e a redução dos salários, agravando a situação econômica das famílias, que já vinham apresentando dificuldade para o adimplimento de suas dívidas. Trata-se de pesquisa de abordagem qualitativa, elaborada através de pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Publicidade infantil. Superendividamento.

CHILD ADVERTISING, SUPERENDIVIDAMENTO AND PANDEMIA

ABSTRACT: This article aims to investigate the influence of children's advertising on children's consumption desires and the negative effects resulting from this relationship, more specifically the relationship between children's advertising and the over-indebtedness of Brazilian families in the Pandemic-19 Pandemic period. It is known that children's advertising has great power of persuasion over children's consumption desires, being used as an instrument of perpetuation of the consumer culture. The advertising market, knowing the high power of influence of children over their parents, uses all possible strategies to convince them that they need those products.

However, this relationship between advertising for children and children is uneven, causing negative effects not only for the development of this audience, but also for their families. This is the case of over-indebtedness, which affects a large part of the Brazilian population, where parents, in an attempt to provide happiness to their children, end up being indebted and even over-indebted when they fail to pay other more important debts. In this scenario, the excessive use of credit is seen as one of the main causes of this phenomenon. The Covid-19 Pandemic brought about a new reality for the population, causing social isolation, which contributed to the greater contact of children with traditional and digital media and, consequently, with advertising. In addition, it also brought numerous financial consequences with the increase in unemployment and the reduction of wages, aggravating the economic situation of families, who had already been struggling to meet their debts. This is a qualitative research, developed through bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: Child. Children's advertising. Over-indebtedness.

1 | INTRODUÇÃO

Há muitas décadas as mídias tradicionais já ocupam lugar significativo na vida das crianças como ferramentas de transmissão de informação e entretenimento e, sobretudo, como veículos de divulgação de produtos e serviços, influenciando diretamente no seu comportamento, principalmente no que se refere ao consumo. Com o surgimento das mídias digitais, o mercado publicitário encontrou mais um caminho para divulgar e estimular o desejo das crianças pelas suas marcas e produtos.

As empresas, conhecendo o alto poder de influência da publicidade sobre as crianças, bem como, o alto poder de influência das crianças sobre os pais, se utilizam de todas as estratégias possíveis para convencê-las de que precisam daqueles produtos. No entanto, o direcionamento da publicidade para a criança desrespeita a sua condição de pessoa em desenvolvimento, lhes inculcando hábitos consumistas que podem trazer diversas consequências negativas, inclusive para as famílias, como é o caso do superendividamento.

Dessa forma, o objetivo da pesquisa é demonstrar que a influência da publicidade sobre a criança é capaz de provocar ou contribuir para o superendividamento da família. Ainda, pretende-se verificar o agravamento dessa situação durante a pandemia do Covid-19, em razão de uma maior exposição das crianças às mídias tradicionais e digitais e à publicidade neste período, aliada aos impactos econômicos sofridos pelas famílias.

Para tanto, busca-se apresentar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro às crianças e adolescentes diante da publicidade para, após, demonstrar o quanto essa relação é desigual e a forma como pode contribuir para o fenômeno do superendividamento.

Ademais, a pesquisa se justifica em razão da importância dos temas abordados no período da Pandemia do Covid-19, já que se tratam de situações que fragilizam os direitos da criança e do adolescente e de seu núcleo familiar.

Ao fim da investigação conclui-se, com base em pesquisa bibliográfica e documental, que a publicidade infantil contribui para o superendividamento das famílias e que o período de Pandemia propicia o agravamento dessa situação.

2 I A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A PUBLICIDADE INFANTIL

Crianças e adolescentes nem sempre foram sujeitos de direitos no Brasil. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotava a Doutrina da Situação Irregular para tratar das crianças e adolescentes, cuja as raízes se encontram no Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) e sua adoção explícita no Código de Menores de 1979 (CUSTÓDIO, 2008, p.24).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil passa a adotar a Doutrina de Proteção Integral, estabelecendo direitos fundamentais, sem qualquer discriminação, a todas as crianças e adolescentes.

Nesse cenário, Azambuja (2014, p. 73) explica que “a criança passa a ser sujeito de direitos, a infância passa a ser reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento e a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional.”

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei 8.090/1990, regulamentou o texto constitucional e afirmou uma profunda mudança de paradigma, como lei especial dirigida a proteção de toda criança e adolescente, compreendida como um ser em desenvolvimento e, portanto, vulnerável.

No entanto, apesar das diversas conquistas na área da infância e juventude, muitos desafios surgiram diante das transformações políticas, sociais, culturais e econômicas ocorridas na sociedade. O imenso avanço da tecnologia e o surgimento de novas mídias e redes sociais, vieram a facilitar o contato das crianças com a publicidade infantil e, conseqüentemente, a reprodução da cultura do consumo.

A questão da publicidade infantil é hoje um grande desafio que se coloca ao Estado, sociedade e famílias. Por estarem em fase de desenvolvimento, “as crianças não conseguem entender o caráter persuasivo ou as conotações irônicas embutidas nas mensagens publicitárias” (ANTUNES E BATISTA, 2016, p. 05), rendendo-se com maior facilidade aos apelos publicitários, sendo, portanto, consideradas hipervulneráveis e merecedoras de especial proteção.

A proteção jurídica destas crianças e de suas famílias perante a publicidade, pode ser encontrada a partir de um diálogo de fontes¹, que consiste na “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais” (MARQUES *apud* SANTOS; RASERA, 2017, p.11).

¹ A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques (MARQUES E BENJAMIN; 2020, p.26).

O artigo 4º do ECA, reproduzindo o disposto no artigo 227 da CF/88, traz os direitos fundamentais da criança e do adolescente, quais sejam, os direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. O mesmo dispositivo ainda detalha, em seu parágrafo único, a prioridade absoluta e a responsabilidade solidária da família, Estado e sociedade pela promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Destaca-se ainda, o artigo 71 do ECA que prevê que “a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” Observa-se que, embora não traga normas específicas sobre a publicidade infantil, o Estatuto apresenta normas que limitam o conteúdo publicitário.

No âmbito das relações de consumo, o ordenamento jurídico brasileiro também busca a proteção dos direitos da criança, considerada hipervulnerável por apresentar uma fragilidade maior do que os outros consumidores.

Nesse sentido, Miragem (2016, p.132) explica a razão da hipervulnerabilidade das crianças:

Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor *standard*.

Diante dessa condição de hipervulnerabilidade, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 37, § 2º, considera abusiva a “publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.” O artigo 39, inciso IV, do CDC, proíbe ao fornecedor, como prática abusiva, valer-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Essa normas incorporam a prioridade absoluta, a proteção especial e o melhor interesse da criança ao sistema protetivo dos direitos dos consumidores (HARTUNG; KARAGEORGIADIS, 2017, p. 177).

Além disso, com o intuito de assegurar os direitos da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, e com base no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou a Resolução nº 163² em 13 de março de

2 Com relação à competência para emitir resolução tratando deste tema, frisa-se que ao CONANDA, consoante artigo 88, II do ECA, foi incumbida a edição de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos artigos 87 e 88 do mesmo diploma legal. Ainda, tal competência também é estabelecida pela Lei nº 8.242/91, em seu artigo 2º, I, regulamentada pelo Decreto nº 5.089/04.

2014, considerando abusiva a publicidade e a comunicação mercadológica direcionada à criança:

Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:

I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;

II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;

III - representação de criança;

IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;

V - personagens ou apresentadores infantis;

VI - desenho animado ou de animação;

VII - bonecos ou similares;

VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e

IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Dessa forma, embora a publicidade se encontre sob a fundamentação da livre iniciativa econômica e da liberdade de expressão, sendo essa vinculada ao direito dos destinatários da mensagem publicitária em receber a informação que ela veicula, não pode ser mecanismo de lesão à direitos fundamentais (MIRAGEM; 2014, p.11).

Soma-se ainda aos dispositivos já mencionados como forma de proteção dos direitos da criança e do adolescente, o artigo 5º do Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257/2016, que prevê como área prioritária para a criação de políticas públicas para a primeira infância a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Logo, num diálogo entre estes importantes Diplomas, conclui-se que as crianças são pessoas em desenvolvimento e que, por isso, necessitam de proteção especial.

3 I A RELAÇÃO DA PUBLICIDADE INFANTIL COM A CRIANÇA

A sociedade do consumo incentiva o cidadão, mesmo aquele sem dinheiro, a consumir. Observa-se cotidianamente todo um aparato destinado a seduzir e convencer o indivíduo à aquisição. A aquisição de certo produto ou serviço constitui-se modo de vida e de *status social*; uma forma de realização de sonhos e desejos, como forte via para uma felicidade humana idealizada através do materialismo. “No cenário atual, o ter tende a sobrepor o ser, caracterizando as relações de consumo em ser aquilo que têm, demonstrando claramente a alienação atual diante da sobreposição da posse à existência”. (SILVA, 2012, p.81)

Deste modo, o consumo ocupa lugar central na vida das pessoas, sendo uma característica cultural da atual sociedade. O ato de consumir, de forma racional, bens e produtos necessários à vida, até então não representa nenhum transtorno, no entanto, quando o consumo consciente se transforma em um consumo obsessivo, passa-se ao que se denomina de consumismo.

Acerca da distinção entre consumo e consumismo, Pasqualotto e Brito (2020, p.43) explicam que:

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano e consiste na aquisição de produtos e serviços no mercado a fim de satisfação das necessidades diárias do indivíduo. Já o consumismo pode ser definido como uma demanda por bens supérfluos, fruto de necessidades criadas pelo mercado, mas que, na realidade, não existem necessidades artificiais, portanto. No consumismo, as pessoas passam a consumir além de suas possibilidades, provocando diversas consequências negativas, podendo ocasionar, inclusive, o superendividamento e a frustração emocional do indivíduo por nem sempre conseguir satisfazer os seus anseios.

O consumismo pode ser estimulado por diversos fatores, mas a publicidade é, sem dúvida, o principal instrumento utilizado pelo mercado publicitário para persuadir o indivíduo a consumir de forma excessiva. Marques (2014, p.872) conceitua a publicidade como “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a aquisição de um serviço”. Nota-se que a finalidade da publicidade nada mais é que econômica.

A publicidade infantil é aquela direcionada à criança e que se utiliza, estrategicamente, de objetos do universo infantil como brinquedos e personagens, despertando o interesse para o produto. Ela adota “a estratégia primordial para que o produto de uma empresa se destaque”: a sedução (SILVA, 2012, p. 80).

No atual contexto do mercado de consumo em massa, as crianças desempenham importante papel. Atuam na sociedade como consumidoras de produtos infantis, são capazes de influenciar as decisões de compra de suas famílias e, futuramente, serão consumidores adultos, sendo consideradas uma grande fonte de lucros para as empresas (D'AQUINO, 2017, p. 26). Como importantes consumidores, o mercado publicitário direciona todo a sua força para esse público.

Nesse sentido, aponta Buckingham (2013, p.15)

Desde el momento em el que nacen, los niños de hoy son ya consumidores. Las infancias contemporáneas se viven em un mundo de bienes y servicios comerciales. El marketing orientado a los niños no es em absoluto nuevo, pero ahora estós desempeñán un papel cada vez más importante, tanto em cuanto consumidores por derecho como por su influencia em sus padres. Están expuestos a um número y uma gama crecientes de mensajes comerciales que van mucho más allá de la publicidad tradicional em los media. Están rodeados de invitaciones e incentivos para comprar y consumir; y las fuerzas comerciales influyen cada vez más también en sus experiencias em terrenos como las emisiones radiotelevisivas públicas, la educación y el juego.

Observa-se que as empresas têm investido muito na publicidade, ocupando todos os espaços dos meios de comunicação existentes para persuadir a população ao consumo, utilizando-se especialmente do mundo digital, onde a divulgação de produtos e marcas se disseminou. Desde cedo as crianças fazem parte da cultura consumista, tornando-se “alvos das campanhas publicitárias e destinatários de produtos pensados exclusivamente para atender as suas necessidades”. (PEDOTT; AZEVEDO, 2020, p.193)

O acesso ao mundo digital tem sido cada vez maior pelas crianças e adolescentes. O telespectador da televisão migrou para a Internet. Uma pesquisa da TIC Kids Online Brasil demonstra que 82% das crianças e adolescentes com idades entre 9 e 17 anos eram usuários de internet no ano de 2016. Entre os usuários na faixa etária de 11 a 17 anos, 69% tiveram contato com publicidade em sites de vídeos e 62% em redes sociais. Além disso, o acesso às mídias móveis no cenário atual é muito mais frequente. *Tabletes* e *Smartphones* estão por toda a parte, facilitando o acesso das crianças aos seus perfis nas redes sociais, plataformas de vídeos e jogos.

No atual cenário midiático não é possível isolar as crianças dos apelos pelo consumo, tornando-se tarefa difícil aos pais o controle dos desejos dos filhos e a educação para o consumo consciente. Se de um lado se encontram os pais, sobrecarregados com as tarefas diárias de trabalho e cuidados com os filhos, do outro estão as empresas, aumentando os seus investimentos no público infantil a cada ano para garantir que as crianças mantenham o contato diário com a publicidade (LINN apud ANDI; 2009, p.13).

Ainda, aliado à força do mercado publicitário está o contato cada vez mais frequente e precoce das crianças com os equipamentos tecnológicos, o que facilita o acesso às mídias digitais e, também, possibilita o constante contato com a publicidade. Por essa razão, a publicidade infantil tem sofrido cada vez mais restrições em diversos países (MARQUES ; BERTONCELLO, 2014, p.96).

Sabendo dessa realidade, as empresas de publicidade ocupam este espaço na busca de continuar sua comunicação com os consumidores e divulgar seus produtos. Muito mais do que despertar o desejo para o consumo, as empresas buscam a fidelização das crianças com suas marcas, adotando o lema do vale-tudo, onde são utilizadas as mais variadas técnicas e estratégias para que os produtos fiquem mais atrativos e despertem o interesse pelo consumo (ALANA, 2012, p. 09).

No entanto, as crianças se encontram em situação de fragilidade diante da publicidade.

A fraqueza da criança perante a publicidade decorre do seu desenvolvimento intelectual incompleto, o que faz com que ela não consiga desvendar a realidade existente por trás da publicidade e o seu verdadeiro objetivo de seduzir e induzir à aquisição do produto apresentado e, na maioria das vezes, a vontade despertada é momentânea e não se constitui em um verdadeiro objetivo (LA TAILLE; 2008, p. 19 e 20).

Assim, as empresas se aproveitam da condição de pessoa em desenvolvimento

das crianças e direcionam sua publicidade a elas em busca de seu único objetivo: o lucro, desconsiderando as consequências negativas que podem afetá-las.

4 | A PUBLICIDADE INFANTIL E O SUPERENDIVIDAMENTO: UM AGRAVAMENTO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Conforme demonstrado, a publicidade infantil influencia a criança ao consumismo e esse consumo imoderado pode trazer consequências para o seu desenvolvimento. Dessa forma, é evidente que na sociedade contemporânea de consumo, as crianças fazem jus à máxima proteção contra qualquer prática considerada abusiva, inclusive contra a publicidade.

Segundo Azevedo e Vasconcellos (2020, p. 324):

Em função do forte investimento em campanhas publicitárias, há um desequilíbrio de forças, ao considerar-se a decisão dos pais de um lado e a influência da criança ou do adolescente de outro, sendo que estes sofrem forte influência da publicidade e, conseqüentemente, em suas vontades vê-se refletida a intenção de comercialização de algum produto ou serviço.

Este desequilíbrio pode levar a um problema grave e crescente nas famílias brasileiras. Trata-se do superendividamento, considerado como a impossibilidade de o consumidor de boa-fé fazer frentes às suas dívidas com o patrimônio e a renda que possui sem prejudicar o mínimo existencial (MARQUES, 2020). A publicidade infantil e seu poder de influência ao consumo não afeta apenas a criança, mas todo o núcleo familiar, sendo um importante fator para o superendividamento das famílias (AZEVEDO; 2019, p. 21)

Ao direcionar a publicidade para a criança, o mercado publicitário não quer simplesmente mostrar o produto, mas garantir que ele seja comprado. Como forma de alcançar seu objetivo, a publicidade conversa com a criança e, obviamente, não se trata de uma conversa em pé de igualdade. Trata-se de uma conversa que busca embutir no imaginário da criança a ideia de que ela deve ter aquele produto de qualquer forma pois, só assim será mais feliz.

Ocorre que, para que a criança tenha o produto é necessário que seus pais comprem e é a partir daí que começam os problemas. Diante da necessidade de autoafirmação, muitas vezes elas entram em atrito com os pais ao exigirem deles produtos muito caros.

Dessa forma, a publicidade induz a criança a insistir demasiadamente para que seus pais cedam aos seus pedidos. É o chamado *fator amolação*, que tem sido muito utilizado como estratégia publicitária, justamente pelo fato de os pais acabarem rendendo-se aos apelos repetitivos das crianças (ALANA; 2013, p.22).

Nesse sentido, a publicidade além de interferir no desenvolvimento da criança ao estimular hábitos consumistas, também interfere na sua relação com os pais ao colocá-los “na situação difícil de aumentarem a quantidade de ‘nãos’ que devem dizer a ela quando necessário, contribuindo para o stress familiar” (ALANA; 2009, p.25).

Além disso, a insistência da criança para a aquisição do produto ainda pode levar ao endividamento dos pais, que, na busca de proporcionar uma maior felicidade para os filhos, acabam por ceder aos seus desejos de compra sem ter condições financeiras para isso, deixando até mesmo de adimplir outras dívidas mais importantes, conforme demonstra a pesquisa 'Consumo Infantil' (2015), realizada pelo SPC Brasil e Meu Bolso Feliz e que aponta que 36,7% das mães já ficaram endividadas pelas compras que fazem para os filhos.

Ainda, pesquisa do Instituto Locomotiva (2019) revela que 88% dos pais são influenciados pelos filhos em compras no supermercado e que 70% gastam mais nas compras quando estão acompanhados dos filhos, o que confirma o protagonismo das crianças quando o assunto é consumo.

Ocorre que nem sempre o indivíduo possui dinheiro para satisfazer seus desejos e/ou necessidades de consumo. Nesse contexto, surge a concessão de crédito, que nem sempre é algo ruim. Para Bolade (2012, p. 190), proporciona o acesso dos mais pobres a bens e serviços de consumo, sendo um fator de inclusão social. O que preocupa, no entanto, é a concessão de crédito de forma irresponsável. O fornecedor comete abuso de direito quando empurra ao consumidor um crédito fácil, sem as informações necessárias, sem esclarecê-lo adequadamente e sem alertá-lo do comprometimento de seu orçamento familiar.

Guilherme Wodtke (2014, p. 10) aduz que o superendividado se torna menos produtivo, sujeitando-se a trabalhar na economia informal e a se tornar dependente de benefícios sociais. No aspecto psicológico, demonstra uma fragilidade emocional, perda de autoestima e dificuldades nas relações interpessoais. Ramos (2016, p.7) explica que o acúmulo de preocupações pode gerar desentendimentos, mudança de comportamento, agressividade, impaciência e até violência doméstica e divórcio, sendo que, na esperança de reorganizar suas finanças, muitos comprometem o patrimônio e renda familiar. Há, por conseguinte, ofensa à dignidade da pessoa humana

Destarte, o uso imoderado do cartão de crédito em busca de saciar os desejos das crianças, estes por sua vez decorrentes do poder de persuasão da publicidade infantil, agrava a possibilidade do endividamento das famílias se tornar superendividamento. E a situação pode se agravar ainda mais diante de fenômenos que venham a dificultar o pagamento das dívidas (PEDOTT; AZEVEDO, 2020, p.198), como é o caso da Pandemia do Covid-19.

Esse fenômeno fez surgir uma nova realidade para a população. Se antes os consumidores já se encontravam com dificuldade para adimplir suas dívidas e ao mesmo tempo suprir as necessidades básicas de suas famílias, agora os problemas aumentaram.

Enquanto as contas de cartão de crédito, financiamentos, cheque especial, entre outras, não param de chegar, as famílias sofrem as consequências econômicas da pandemia, como o desemprego e a redução dos salários, consoante pesquisa realizada

pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV IBRE) que indica que 53,5% dos consumidores consultados afirmaram que sua família sofreu algum tipo de impacto em seus trabalhos e 43,9% ficaram impedidas de trabalhar em razão do isolamento social.

Dados levantados durante a pandemia já indicam que o percentual de endividados está aumentando mês a mês, chegando a 67,4% em julho de 2020 (PEIC, 2020), o que sugere que o período pós-pandemia será ainda mais difícil para as famílias brasileiras.

Por outro lado, a pandemia também transformou a vida das crianças brasileiras. Com o fechamento das escolas como forma de prevenção do contágio, as crianças estão confinadas em casa. A educação à distância tem sido uma alternativa temporária para a continuidade do ano letivo, no entanto, não é a realidade de todas as crianças por diversos fatores, como a falta de internet e computador ou celular em casa.

Todavia, diante desse confinamento, a exposição das crianças à publicidade tende a aumentar e isso se dá tanto com relação às crianças que continuam assistindo às aulas de forma remota, quanto às que não tiveram essa possibilidade, já que a televisão também é um meio de disseminação de publicidade infantil.

Todas essas mudanças decorrentes da pandemia também despertaram a preocupação de organizações da sociedade civil na proteção da infância, como o Instituto Alana que disponibilizou uma série de vídeos³ com orientações às famílias de como buscar uma relação saudável entre as crianças e o ambiente digital durante o período de isolamento social. Além disso, a organização emitiu uma carta aberta aos governos e empresas que busca a proteção dos direitos fundamentais da criança durante a pandemia, com os seguintes pedidos:

1. Autoridades de proteção de dados cooperem globalmente para publicar e aplicar diretrizes, monitorar práticas e garantir o cumprimento pelas plataformas de aprendizagem remota (e-learning), aplicativos infantis e outras tecnologias 10 educacionais.

2. Criadores de políticas públicas considerem o impacto do uso atual da aprendizagem remota, e se comprometam a produzir e publicar estudos de impacto sobre os direitos das crianças e proteção de dados. Que recomendem e adotem para as escolas somente plataformas e recursos que sigam as obrigações de respeitar, proteger e garantir os direitos da criança no ambiente digital e o Comentário Geral No.16 da ONU (2013) sobre o impacto do setor¹¹¹² de negócios sobre os direitos da criança. Que publiquem qualquer decisão sobre a adoção de produtos ou serviços no âmbito nacional, e que se comprometam a avaliar as práticas e impactos junto com a sociedade civil e as comunidades mais afetadas e marginalizadas após o término da situação de emergência.

3. Provedores não explorem a participação das crianças em educação compulsória para ganhos comerciais, especialmente neste momento em que o consentimento não pode ser considerado livre. Que sigam as melhores práticas de acordo com a lei, e com as adequadas proteções para a

3 Os vídeos estão disponíveis no canal do YouTube do Instituto, disponível em: <https://bit.ly/playlistceinfancia>.

segurança e privacidade das crianças, incluindo criptografia e proteção de dados por design e por default; evitando caracterização ou profiling, padrões sombrios (darkpatterns) ou a interferência de técnicas opacas de incentivos para tomada de decisão e analítica comportamental e emocional. Que sejam totalmente transparentes sobre o processamento de dados pessoais, tomadas de decisão automatizadas, e as fontes e premissas de qualquer dado de treinamento utilizado em ferramentas que utilizam inteligência artificial.¹³

4. Educadores devem providenciar e recomendar recursos com os quais as crianças podem aprender sem a interferência de monitoramento, caracterização, mineração de dados, marketing ou manipulação para exploração comercial.

Com relação ao superendividamento das famílias, cabe destacar, embora não seja objeto de pesquisa do presente trabalho, o Projeto de Lei 3515/2015, que trata da atualização do CDC em matéria de crédito e superendividamento e que está sendo considerado como uma possível solução no período pós-pandemia, trazendo, além de técnicas de prevenção, a possibilidade da criação de um plano extrajudicial, entre devedores e credores, com medidas para o pagamento das dívidas.

5 | CONCLUSÃO

O Brasil vem evoluindo na proteção da criança. Se antes esta era apenas um objeto da norma, hoje é sujeito de direitos e exige de todos a proteção integral e a prioridade na aplicação das leis e medidas que melhor resguardem os seus interesses.

A interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor, da Resolução nº 163 de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Conanda) e do Marco Legal da Primeira Infância (artigo 5º), demonstra, claramente, que a publicidade infantil é abusiva e, portanto, proibida.

Apesar da publicidade infantil não ser a principal responsável pelo superendividamento das famílias brasileiras, restou demonstrado na presente pesquisa, que os apelos para o consumo de produtos e serviços, praticados por empresas publicitárias, contribuem para sua ocorrência, considerando o poder de persuasão que a publicidade exerce sobre as crianças e o poder da influência das crianças nas decisões de compra das famílias. Além disso, demonstrou-se que a pandemia agravou esse quadro em razão das consequências sofridas pelas famílias brasileiras, como desemprego e redução de salários, além de proporcionar uma maior exposição das crianças à publicidade.

Em que pese existir todo um aparato protetivo às crianças, ainda se faz necessária a adoção de medidas de alerta e conscientização dos pais e responsáveis para que monitorem seus filhos naquilo que assistem, mas isso não significa dizer que eles são os únicos responsáveis por esse controle, considerando que muitas vezes não conseguem exercer o seu papel diante do assédio publicitário. Nesse sentido, iniciativas como as do

Instituto Alana ajudam na proteção dos direitos da criança.

Embora os pais sejam responsáveis primários pela educação dos filhos e possuam dever primordial de controlar e impor limites aos seus desejos, bem como de educá-los para que sejam consumidores conscientes, não se pode olvidar que a criança não vive em uma “bolha”, aliás é direito dela conviver em sociedade, e nesse convívio social ela também é induzida a ser um consumidor.

A questão vai além da criação de normas e da atuação dos pais e responsáveis, trata-se também da necessidade de uma mudança de visão da sociedade e dos próprios agentes políticos em relação à criança. Ainda hoje a sociedade não entende o ECA e trata as crianças como se fossem adultos pequenos. Além disso, é preciso que esses agentes compreendam a publicidade infantil como abusiva.

A proteção efetiva da criança frente a publicidade é um longo caminho a ser trilhado. Uma maior fiscalização do Poder Público com a efetiva aplicação de sanções àqueles que abusam da publicidade infantil e a criação de Políticas Públicas de educação e prevenção do consumo auxiliam nessa proteção.

REFERÊNCIAS

ANDI. **INFÂNCIA E CONSUMO: estudos no campo da comunicação**; coordenado por Veet Vivarta. Brasília, DF: ANDI, 2009. Disponível em: <http://www.andi.org.br/politicas-de-comunicacao/publicacao/infancia-consumo-estudos-no-campo-da-comunicacao> Acesso em: 28 de agosto de 2020.

ANTUNES, Luan de Oliveira; BATISTA, Daniela Ferreira Dias. **A hipervulnerabilidade da criança diante da abusividade da publicidade infantil**. In: Anais do XV Congresso de Iniciação Científica das Faculdades Integradas de Ourinhos. São Paulo, ed. 15ª, 2016. Disponível em: http://www.cic.fio.edu.br/anaisCIC/anais2016/pdf/07_07.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação**. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. Publicidade e Proteção da Infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa; VASCONCELLOS, Estela Maris Foster. **Hipervulnerabilidade das crianças consumidoras: Uma reflexão à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade**. In: Revista Húmus, Maranhão, v. 10, n. 28, p. 309-335, 2020. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12140>. Acesso em: 25 jul. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa. **O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil**. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 123, p. 17-35, maio/junho 2019.

BOLADE, Geisianne Aparecida. **O Superendividamento do Consumidor como um Problema Jurídico-Social**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET, Curitiba PR – Brasil, ano. 3, n. 8, p. 180-209, jul/dez 2012.

BRASIL, Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12/10/1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Lei 8.069 de 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Lei 8.078 de 11/09/1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Resolução nº 163 de 13/03/2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Brasília, SEDH/CONANDA, 2014. Disponível em: <http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BUCKINGHAM, David. *La infancia materialista. Crecer en la cultura consumista*. Ediciones Morata, 2013.

CNC. **Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor** (Peic Nacional). 2020. Disponível em: <http://www.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-julho-0>. Acesso em: 26 de jul. de 2020.

CUSTODIO, André. **Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente**. Revista do direito, n. 29, p. 22-43, 2008.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: Hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FGV IBRE. **Impacto da pandemia do novo coronavírus nos consumidores e empresários**. Maio de 2020. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-06/impacto-da-pandemia-de-covid-19-em-empresas-e-consumidores-fgv-ibre-suep_maio_2020-3.pdf. Acesso em: 27 de jul. de 2020.

HARTUNG, Pedro Afonso Duarte; KARAGEORGIADIS, Ekaterine Valente. **A regulação da publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas para crianças no Brasil**. Revista de Direito Sanitário, v. 17, n. 3, p. 160-184, 2017.

INSTITUTO, Alana. **Apresentação do Projeto Criança e Consumo, envio de materiais e solicitação de informações sobre ações de marketing dirigidas ao público infantil**. Instituto Alana, 2012. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/06/12_carta_america.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

INSTITUTO Alana. **Carta aberta a elaboradores de políticas públicas, autoridades de proteção de dados e provedores, sobre a rápida adoção de tecnologias para fins educacionais ao redor do mundo**. Instituto Alana, 2020. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Carta-aberta_protect%CC%A7a%CC%83o-digital.pdf; Acesso em: 24 de nov. de 2020.

INSTITUTO Alana. Projeto Criança e Consumo. **Porque a publicidade faz mal para as crianças**. Instituto Alana. 2009. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alana/por_que_a_publicidade_faz_mal_para_as_crianças.pdf Acesso em: 28 ago. 2020.

INSTITUTO Alana. **Representação – Ação de comunicação mercadológica do Mc Donald's em instituições escolares**. Instituto Alana, 2013. Disponível em: https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/05/representacao_dpdc_minedu1.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

LA TAILLE, Y. de. **Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf. Acesso em: 28 de agosto de 2020.

LOCOMOTIVA E DOTZ. **Pesquisa Crianças brasileiras**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2019/11/Crian%C3%A7as-brasileiras-Locomotiva-Dotz-PPT-Outubro-de-2019.pdf>; Acesso em: 26 de jul. de 2020.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. **A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme**. Revista de Direito do Consumidor, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Covid-19, o Superendividamento do Consumidor e a Atualização do CDC**. Aula Magna ministrada ao PPGD em . Pelotas, UFPel, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. **Publicidade e infância: sugestões para a tutela legal das crianças**. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. *Publicidade e Proteção da Infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/biblioteca/parecer-professor-bruno-miragem-a-constitucionalidade-da-resolucao-163-do-conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/> Acesso em: 10 de junho 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; DE BRITO, Dante Ponte. **Regime jurídico da publicidade nas redes sociais e a proteção do consumidor**. Revista FIDES, v. 11, n. 1, 2020.

PEDOTT, Nathércia; DE AZEVEDO, Fernando Costa. **Superendividamento: um olhar a partir da sociedade de consumo**. Revista FIDES, v. 11, n. 1, 2020.

RAMOS, Deise Emanuele Lima de Menezes. **As consequências do superendividamento familiar nas relações de consumo**. Revista Âmbito Jurídico. n. 149, jun. 2016.

SANTOS, Gabriel Teixeira; RASERA, Jessica Caroline Pauka. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo código de processo civil e o procedimento das execuções fiscais: um diálogo necessário**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 13, n. 13, 2017.

SILVA, Lorena Bandeira da. **Sobre o consumo e o consumismo: a consumação do vazio**. Revista Logos & Existência, v. 1, n. 1, p. 79-87, 2012.

SPC Brasil. **Pesquisa 'Consumo Infantil'. 2015.** Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf; Acesso em: 26 de jul. de 2020.

TIC Kids Online Brasil 2016. **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil.** 5ª. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_KIDS_ONLINE_2016_LivroEletronico.pdf. Acesso em: 22 ago. 2020.

WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves. **O Superendividamento do Consumidor: as possíveis previsões legais para seu tratamento.** 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilherme_wodtke_2014_2.pdf. Acesso em: 24 de nov. de 2020.

CAPÍTULO 7

AGRONEGÓCIO PÓS-PANDEMIA: UTILIZAÇÃO DA BLOCKCHAIN COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA SEGURANÇA DO ALIMENTO

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 08/04/2021

Rhaissa Souza Proto

UNISINOS- Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Brasília/DF
<http://lattes.cnpq.br/1329880888234389>

Arthur Pinheiro Basan

FESURV- Universidade de Rio Verde (UniRV)
Rio Verde/GO
<http://lattes.cnpq.br/4850017475627187>

Maria Fernanda Telles Algeri

UNISINOS- Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Rio Verde/GO
<http://lattes.cnpq.br/5572726205792904>

RESUMO: As cadeias produtivas do agronegócio estão sendo afetadas de maneira diferenciadas com as mazelas provocadas e que ainda surgirão pela pandemia originada pelo COVID-19. Haverá alguns desafios a serem enfrentados no cenário pós-pandemia e para um bom planejamento agrícola, imperioso se faz estudar as tendências dos mercados. Uma delas é a necessidade de transmitir ao consumidor final a segurança do alimento, característica essa principal da tecnologia blockchain que possibilita o rastreamento de toda a cadeia integrada. Buscando, nesse contexto, evitar risco de reputação, gerando assim uma otimização da administração com disparidade na concorrência

com pessoas do mesmo segmento.

PALAVRAS-CHAVE: Agronegócio; COVID-19; Blockchain; Segurança; Alimento

AGRIBUSINESS POST-PANDEMIC: USING BLOCKCHAIN AS A MEANS OF EFFECTIVE FOOD SAFETY

ABSTRACT: The agribusiness production chains are being affected in a different way with the ills caused and which will still arise due to the pandemic caused by COVID-19. There'll be some challenges to be faced in the post-pandemic scenario and for good agricultural planning, it's imperative to study the trends on markets. One of them is the need transmit food safety to the final consumer, which through the use of blockchain technology makes it possible to track the entire integrated chain. In this context, avoid reputation risk, thus generating management optimization with disparity in competition with people in the same segment.

KEYWORDS: Agribusiness; COVID-19; Blockchain; Safety; Food.

1 | INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento pela Organização Mundial de Saúde (OMS) de pandemia instalada, desde março de 2020, em decorrência da infecção humana pelo coronavírus (Sars-Cov-2), popularmente designado como novo coronavírus, passou-se a viver um momento totalmente diferente jamais imaginado por muitos. Momento desafiador que acarretou

inúmeras preocupações e novos desafios.

Partindo do ponto da agricultura, no atual momento, o Brasil teve uma produção excelente, recorde, conforme apontado nas perspectivas para a agropecuária- safra 2020/2021 - Edição Grãos pela Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB). Houve algumas descontinuidades em algumas cadeias, alguns impactos nos segmentos da oferta, da demanda, nos custos e nas receitas, mas que não impediram a continuidade do negócio.

Dentre elas uma das maiores preocupações se dá pela grande crise de sanidade humana e animal, crise em que se pensa na segurança mundial do alimento e pensa-se muito nessa consistência de controle sanitário aqui no Brasil. Destaca-se de passagem que ao pensar em segurança do alimento refere-se ao fato de que o produto precisa sair saudável e dar para a população, independentemente do local de compra, seja no supermercado ou na feira livre, a garantia de que o produto é seguro. E já a segurança alimentar se refere com a disponibilidade e acesso ao alimento.

Por excelência e essencialmente, o momento que nos circunda traz a necessidade de enxergar pós crise. O mundo será diferente no novo cenário, muitos conceitos antes utilizados serão deixados, muito do que se fazia antes virá com grandes mudanças, isso porque os vestígios de destruição que a crise sanitária causada pelo coronavírus deixará, trará consigo sérios rastros tanto na esfera econômica, social e política, o que demandará novas atitudes para manter e otimizar a evolução que o Brasil estava tomando no segmento do agronegócio e se há a necessidade de inovar rapidamente, precisa-se entender os riscos advindos dessa situação.

E aqui surge uma grande tendência para um cenário pós pandemia no segmento do agronegócio: debater a necessidade de transparência ao consumidor final ou a qualquer interessado referente as informações do alimento em todo seu caminho perscrutado, desde a sua pesquisa em laboratório, plantação, processamento até a chegada do produto ao consumidor final.

E diante de toda a gama de relacionamentos que o agronegócio proporciona, a melhor maneira de se demonstrar transparência e segurança do alimento é através do uso de tecnologia de rastreabilidade do caminho percorrido pelo alimento. A tecnologia pode ser ao produtor, a indústria e ao comércio a válvula motriz como meio de utilização de novas ferramentas de gestão, inovação, gerenciamento de riscos com a finalidade de garantir a sua imagem reputacional perante terceiros, proporcionar a redução de custos, oportunizar melhoria na produtividade, além de assegurar disparidade na concorrência.

É nesse cenário pandêmico que se buscou uma maior informatização, ao adaptar-se às exigências que irão surgir, possibilitando um maior ganho reputacional e outros benefícios embutidos, possibilidade de obter dados que envolvem terceiros da cadeia e proporcionar uma segurança ao consumidor final, bem como agilidade de tratamento no caso de erros identificados.

Por isso, a presente pesquisa pretende investigar e tem como ponto chave demonstrar

que a rastreabilidade é o mecanismo que propicia esse controle entre diversos participantes da cadeia do agronegócio como um todo. Tendo como hipótese de trabalho empresas de grandes reputações que já se utilizam desse mecanismo. Para isso, inicialmente é preciso ter uma noção sobre o que representa a rastreabilidade no agronegócio.

21 AGRONEGÓCIO E A UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO DO SEGMENTO

No agronegócio, conforme dados apresentados pela *PricewaterhouseCoopers Brasil* (PwC)¹ (2020) há a atuação conjunta de cadeias e segmentos, porém de maneiras distintas. Inicia-se desde os insumos agrícolas “antes da porteira”, posteriormente a agricultura e pecuária “dentro da porteira”, levando a indústria “depois da porteira”, até se chegar no consumidor final. (MORAES, MALVESTIO, 2020). Sendo assim, a cadeia do agronegócio inaugura desde o laboratório na pesquisa e desenvolvimento, posteriormente entra-se na parte do insumo (tudo o que os produtores necessitam para fazer melhor uso do solo- aqui entra máquinas e acabamentos, sementes, agroquímicos), depois entra-se no pós-porteira com a mecanização dos processos na lavoura, que vem seguido do pós-colheita, indústria de alimentos e por fim, a parte de serviços. Há cadeias que vão desde frigoríficos, exportadores até empresas internacionais, transformando produtos e alimentos em mercado.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), em uma projeção no estudo “Perspectiva Agrícola da OCDE-FAO 2018-2027” apresenta que a produção agrícola mundial em 10 (dez) anos crescerá em 20% (vinte por cento). Como terceiro maior exportador de produtos agrícolas, o Brasil dispõe de um papel importante no atendimento a essa requisição e, uma das maneiras de otimização dessa produção é a utilização de tecnologia, a qual tem um importante papel nessa revolução (OECD/FAO 2018)

Uma das maneiras de auxílio para o crescimento no segmento é através da rastreabilidade, mecanismo este que propicia, de um modo geral, o controle entre os diversos participantes de uma cadeia de suprimentos e, em termos objetivos serve tanto como um mecanismo de vigilância da segurança quanto do controle da qualidade dos alimentos, conectando, por exemplo, produtores, processadores aos consumidores e assim lograr a transparência das transações de um segmento ao outro para estimular a confiança deste último. Essa rastreabilidade torna possível a integração da vigilância com o monitoramento da segurança do alimento por meio do fornecimento de dados substanciais para se avaliar o risco, convertendo cada vez mais em uma atividade obrigatória (AUNG, 2014).

Além disso, no caso de rastreamento alimentos alcança-se a satisfação dos

¹ A PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda (PwC) é um Network de firmas presente em 157 territórios, com mais de 276 mil profissionais dedicados à prestação de serviços em auditoria e asseguração, consultoria tributária e societária, consultoria de negócios e assessoria em transações.

clientes, que passam a ter mais confiança em toda a cadeia de produção. O consumidor atual se preocupa com longevidade, saúde, nutrição e para isso busca identificar a origem do alimento por ele ingerido, sendo que o atual cenário de pandemia avivou ainda mais essa característica. Na atualidade, estes indivíduos procuram por informações do alimento (origem, como se dá o processamento, diferenciais, critérios ambientais, história, questões trabalhistas, métodos de certificações e etc.) e após a pandemia essa propensão tende a crescer.

Ainda estamos entrando nessa onda disruptiva, que é a Revolução Digital aplicada na agricultura, e seus frutos, apesar de incerto, ainda serão vislumbrados nos próximos anos, já que algumas práticas já começam a tomar forma e direciona para um futuro competente da agricultura. Nesse cenário desafiador diante das mazelas que serão deixadas pela pandemia instalada pelo COVID-19 surgiu uma grande mudança (propensa a se tornar exigência) especialmente ligada à tecnologia da informação: criar uma plataforma de dados capaz de interligar as informações dos diferentes agentes da cadeia de produção de um alimento, o qual deve ser auditável, confiável e transparente, quaisquer informações essas que sejam referentes aos produtos para serem acessados por consumidores tanto no Brasil, como em qualquer parte do mundo.

Diante disso, as empresas inserem informações sobre seus processos e regulamentos, dados sobre relacionamento com seus associados, lançam materiais sobre lotes recebidos, classificam o produto concebendo assim uma mercadoria diferenciada e certificada. E a tecnologia do *blockchain* pode contribuir com essa mitigação de riscos, relacionado ao dano da reputação e que, com a ajuda deste mecanismo se tornará possível a rastreabilidade de caminhos perscrutados dos alimentos/produtos, a fim de se ter a transparência e segurança da qualidade final deste. É notório que o aumento da aplicação de tecnologia no segmento do agronegócio, em todos as cadeias de produção por meio dos movimentos de certificação e verificação, propiciará a especialização da produção com grande destaque aos avanços dos processos pós-colheita.

Porém, diga-se de passagem, que com a crescente demanda nacional pela ampliação da produção agrícola que conforme dados disponibilizados pelo IBGE (2020) a estimativa foi aumentada mais uma vez no mês de agosto, a busca por novas tecnologias capazes de influenciar em uma produção mais otimizada e sustentáveis é imperioso, levando ainda em consideração que a preocupação da população sobre o que está ingerindo é cada vez maior, o que constata a imprescindibilidade de dedicar-se à importância da qualidade dos produtos e da própria produção em si.

2.1 Utilização do *blockchain* no agronegócio e a sua ligação com a necessidade de transparência da segurança dos alimentos em toda a cadeia

Blockchain - inicialmente chamado de *block chain* – consiste em uma tecnologia de banco de dados distribuído que possibilita assegurar uma lista crescente de registros,

denominados de blocos, em que cada um destes traz consigo a informação de data e hora que foram gerados e um link que aponta para o bloco anterior. A referida tecnologia é especificamente administrada por uma rede cliente-a-cliente (*peer-to-peer*), que coletivamente utilizam de um mecanismo de protocolo específico para validar os novos blocos que vão surgindo. (ANTONOPOULOS, 2010). A tecnologia de *Blockchain*, é uma espécie de livro-caixa em que é possível registrar diversos tipos de informações, como por exemplo, transações financeiras, contratos e certificados. Devido essas informações serem espalhadas em vários computadores garante a transparência das transações, a confiabilidade, a segurança e celeridade na troca de dados. (UNDERWOOD, 2016).

Segundo Diniz (2017), cada nova transação gera um bloco de transações que reúne as informações das anteriores, criando um novo bloco de operações e um novo carimbo, registrando esta nova transação e as anteriormente realizadas. Para Orcutt (2018), o que torna essa cadeia inviolável é a impressão digital única que cada um desses blocos possui, denominada *hash*, cada novo bloco inclui o *hash* exclusivo do bloco anterior, servindo como link no *blockchain*. E sobre o funcionamento das transações nessas redes, Denny, Paulo e Castro (2017,p.132) explicam que:

as transações usando essa tecnologia são verificáveis por meio de um uso de criptografia de chave pública. Cada usuário possui duas "chaves", uma privada, secreta, como uma senha pessoal e intransferível, e outra pública, que pode ser compartilhada com todos e identifica as transações realizadas por esse determinado usuário. Além disso, nas chaves públicas, qualquer um pode verificar que a transação foi de fato assinada com uma chave privada, sendo, portanto, uma troca autêntica que passa a ser registrada de forma perene, identificada com data e hora e divulgada no banco de dados que arquiva todos os registros de transações feitas, como se fosse um grande um livro-razão, chamado de *blockchain*.

Os avanços em genética, a nanotecnologia, a robótica, a automação, a internet das coisas, a inteligência artificial (IA), os sistemas de inteligência coletiva, a hiperconectividade, e a realidade aumentada, assentado com a diminuição dos custos de implementação de novas tecnologias na produção, estão transformando o sistema por inteiro, bem como o gerenciamento e governança. (BMI Research, 2018). Essa inovação que sustenta o crescimento da produção agrícola, será fundamental para enfrentar o desafio de garantir a segurança alimentar do futuro, em que há uma conjectura de que os principais avanços venham das novas tecnologias de automação e robótica, das tecnologias que surgirão empregadas no melhoramento vegetal e animal, hiperconectividade, da melhor compreensão da relação alimentos-consumo-saúde humana e das ferramentas mais avançadas de gestão de recursos. (LANGRIDGE, 2018). Como fruto de uma década de pesquisas sobre a tecnologia *blockchain*, surgiram inúmeras aplicações, dentre elas a possibilidade de ser utilizada no registro e validação das transações, inclusive rastreamento.

O setor do Agronegócio, que compreende atividades primárias, de processamento e de distribuição de alimentos/produtos, é um dos pilares da economia brasileira e para

que haja um crescimento de produtividade do setor necessário se faz a ampliação de investimentos em tecnologia, em todas as fases da cadeia de produção, atentando-se os limites de utilização de tais dados. O aumento da produtividade no setor está diretamente ligado com as análises e necessidade de aplicação de inovações tecnológicas no segmento agrícola.

E neste contexto surge as certificações socioambientais cujo propósito era apresentar soluções aos consumidores que questionassem o caminho que os alimentos ofertados em diversos pontos de venda percorreram para chegar até a disponibilidade do mesmo. Além disso, esses selos buscam garantir o cumprimento de boas práticas de produção, do aspecto social até o ambiental. Por exemplo, atestando que não houve condições insalubres aos trabalhadores na produção.

A tecnologia *blockchain* aparece com potencial de solucionar alguns desses problemas. Esta plataforma que precipuamente atendia apenas a moeda virtual se torna uma grande aliada no agronegócio, que por se modificar em uma tecnologia de registro as informações ali inseridas ficam acessíveis à terceiros para verificação, o que demonstra além da possibilidade de rastreabilidade, a transparência gerando maior confiança, além disso os dados e transações são perpetuados por uma rede de computadores sem a necessidade de intervenção de uma autoridade central, mas que o seu próprio banco de dados não permite realizar alterações, sendo praticamente à prova de violações, se tornam imutáveis.

É nesse contexto, que assevera a ligação entre a tendência pós-pandemia de certificação de distribuição de alimentos seguros com a utilização da tecnologia *blockchain* almejando a transparência à todos os interessados da rede das fases de processamento do alimento/produto. Sob essa perspectiva Sá et al. (2020, pg. 3) traz que “Normas e padrões sanitários, estrutura adequada de refrigeração ao longo da cadeia, e tecnologia de rastreabilidade são essenciais para minimizar riscos e manter a qualidade e sanidade de alimentos perecíveis, como as carnes”. Pieratti (2020, n.p), no mesmo sentido, exprime essa necessidade de distribuição de alimentos seguros na atualidade e que o meio de sua solidificação se dá pela rastreabilidade:

[...]Sem qualquer precedente na história recente, hoje a premissa de distribuir alimentos seguros e em qualquer lugar se mostra fundamental, sendo importante contar com uma cadeia integrada [...]. Sobre este aspecto, cabe ressaltar a importância da rastreabilidade e dos códigos únicos de identificação aplicados às embalagens. Em uma ponta, eles garantem o controle de qualidade dentro da indústria, enquanto, sob a perspectiva do consumidor, permitem o acesso a informações claras e precisas sobre a fabricação daquele produto e sobre matérias-primas utilizadas em sua produção.

Os aplicativos de agricultura digital são planejados para unir informações específicas a respeito da ação dos agricultores, do local de onde as áreas produtivas estão localizadas,

o resultado alcançado pela plantação/produção. Essas análises de dados são valiosos para outros envolvidos ao longo da cadeia de valor e esse aumento imperturbável no acesso a redes de comunicação representa uma oportunidade para mudança da forma de processamento e de coleta dos dados necessários para o desenvolvimento do setor do agronegócio. (HUANG; BROWN, 2018).

É certo que a rastreabilidade possibilita o compartilhamento de todo o percurso do alimento, em todas as suas fases da cadeia que galgou desde o plantio/produção até a chegada ao consumidor final e que atualmente é uma realidade do mercado, mas que passará a ser mais vislumbrado e exigido no cenário pós-pandemia já que se trata de uma das tendências da conjuntura de maior evidência. A proposta de rastreabilidade operando com a tecnologia *blockchain* é que permite que todos os participantes da cadeia de suprimentos, desde a plantação do grão até o último estágio, possam inserir informações na rede de maneira identificada e auditável por quem possuir interesse, gerando confiança adicional ao processo e a empresa. Acrescenta ainda que a *blockchain* aplicada à rastreabilidade é magnificente para todos os elos da cadeia produtiva enfatizando para o consumidor que é quem está mais frequente na busca de informações sobre a origem e processamento dos alimentos que consome. (PARAPISSU, 2018).

As aplicações da varejista Wal-Mart adotou para as transações a rastreabilidade de carne de porco na China e de manga nos Estados Unidos da América, que após constantes casos de contaminação que impactaram a saúde dos consumidores e resultou na baixa da confiabilidade na gestão da cadeia de suprimentos da indústria de alimentos; decidiu aderir ao mecanismo, por se tratar de informações permanentes armazenadas como certificados eletrônicos, em que foram registradas informações de auditorias realizadas, tratamentos agrícolas, fabricantes, entre outros, tudo em tempo atual. (KAMATH, 2008).

De acordo com Sá et al. (2020, pg. 03) “[...] o foco voltar-se-á a padrões de segurança e sanidade do alimento, de modo a se garantir que novos problemas sanitários com características similares não venham a se repetir”. Toda e qualquer ação da empresa tem que imbuir-se de o objetivo final ser a integridade do produto/serviço e das relações comerciais e, para isso, deve prezar pela confiabilidade, qualidade dos produtos e atividades prestadas, devendo as informações relacionadas aos produtos coletadas, serem registrados em controles específicos. (ABRA, 2017).

Através do uso do *blockchain*, as empresas de alimentos podem rastrear surtos de forma muito mais rápida para fontes específicas, o que auxilia a aumentar a segurança do consumidor sobre os produtos consumidos, limitando, ainda, as perdas financeiras, já que apenas os produtos diretamente afetados precisariam ser retirados do mercado. (COMO..., 2017). Isso se dá pelo fato de que empresas de alimentos podem anexar tags²

² De acordo com Demarzo (2017), tag são etiquetas virtuais cuja destinação é para a obtenção de informações. Essas tags podem ser chamadas de várias maneiras e com diversidade de tipos de marcadores. Tais etiquetas facilitam a buscas dentro da Big Data, dados disponíveis nas chamadas nuvens.

de Internet das coisas conectadas a remessas e em cada uma atribui-se um número de identificação exclusiva. Esses IDs serão vinculados às origens dos produtos, dados de seu processamento, as temperaturas submetidas no seu armazenamento, validade do alimento/produto e outras informações. Em cada fase da cadeia de suprimentos, os responsáveis podem fazer a anotação do produto usando seu número de identificação e o *blockchain* certificará o rastreo do produto com segurança ao longo do tempo nos pontos de verificação. (COMO..., 2017).

O processo se torna rastreável e transparente ao colocar uma cadeia de suprimentos no *blockchain*, pois cada nó nesse sistema pode representar uma entidade/empresa que participou do caminho perscrutado pela comida até a loja, tornando, ainda, em caso de ocorrência de um empresa vender um suprimento infectado para um local específico, desvendar com maior precisão a ocorrência, de uma forma muito mais fácil e célere que pode fazer com que produtos com problemas sejam tirados das prateleiras antes mesmo de serem comprados. (MILLER, 2018).

Pela a confluência de ameaças e desafios enfrentados, a demanda é crescente de alimentos em quantidade e qualidade, necessitando da demonstração de transparência quanto às suas fases de processamento, o qual há a probabilidade de efetivação pelo mecanismo através do *blockchain*. Pelo fato da indústria alimentícia ser repleta de intermediários, com cadeias longas, diversas empresas do segmento alimentício têm avaliado o uso do *blockchain* para criação de um sistema de rastreabilidade de alimentos. A tecnologia permitiria saber a procedência exata de alimentos e, mais do que isso, possibilitaria ter o controle de cada etapa de seu armazenamento e transporte, garantindo as condições ideais de temperatura e higiene.

Quando da ocorrência de necessidade de busca por erro realizado por algum das cadeias de produção essa tecnologia também facilita a rápida descoberta e a atitude ágil para retirada do mercado, visando mitigar os riscos de reputação. Nesse cenário cumpre trazer que antes da Walmart implementar o processo para o *blockchain*, normalmente demorava cerca de 7 (sete) dias para rastrear a origem do alimento que deve ser retirado do mercado. Com o *blockchain*, foi reduzido para 2,2 segundos. Isso reduz substancialmente a probabilidade de que alimentos infectados cheguem ao consumidor. (MILLER, 2018).

O acesso aos dados (como local e data de produção, embalagem e transporte) pode ser realizado de maneira simples pelo consumidor. Em questão de segundos através de aparelho eletrônico, o usuário ao acessar a tag, escanear um QR Code ou acessar o número de rastreabilidade na embalagem, poderá obter todas as informações pertinentes. Essa ação faz com que aumente a confiabilidade de toda a cadeia e o seu impacto propicia além da segurança, ganho em eficiência, agilidade e redução de custos operacionais.

A pandemia causada pelo COVID-19 destacou lacunas e fraquezas críticas nas cadeias de abastecimentos globais e a grande aliada no cenário pós-crise é a utilização do *blockchain* para oferecer oportunidades aumentando a transparência e confiança

depositada por terceiros, a qual deve ser implementada de forma responsável e holística.

31 CASOS DE APLICAÇÃO DO SISTEMA DE *BLOCKCHAIN* POR PARTICIPANTES DA CADEIA DO AGRONEGÓCIO E DEMONSTRAÇÃO DE VANTAGENS COM ÊNFASE NAS TENDÊNCIAS PÓS-PANDEMIA

Atualmente, diante do cenário de pandemia que encontra-se em enfrentamento, destacamos, ainda mais, a importância da segurança dos alimentos (que difere-se de segurança alimentar). Para isso, evidencia-se alguns casos de empresas que atuam com o segmento do agronegócio que aderiram à aderência da utilização do sistema de *blockchain* demonstrando o caminho perscrutado pelo alimento, passando por todas as cadeias, até chegar ao consumidor final.

Outra empresa que segue esse protótipo é a Brasil *Foods* (BRF), a qual garante em seu sítio eletrônico³ que para acompanhamento do alimento pelo consumidor final se dê de forma concreta, utiliza-se a sinergia de diferentes tecnologias, como os Sistemas Inteligentes de Armazenamento (*Warehouse Management System – WMS*), sensores de temperaturas no transporte e armazenamento e a integração com sistemas avançados de rastreamento de informações, que é o caso difundido no presente estudo. Juntamente com a rede varejista Carrefour elas se uniram à IBM Brasil⁴ para desenvolver o projeto “*Food Tracking*”, o qual propõe-se a rastrear os produtos por meio da tecnologia de *blockchain*. O intuito da implementação do mecanismo foi no sentido de informar de maneira objetiva e simples ao consumidor, a dimanação dos alimentos, desde a parte produtiva até a logística. (IBM, 2017).

Similarmente, há casos de aplicação divulgados na gestão de cadeias no varejo brasileiro, que é o da Leroy Merlin, que em um viés distinto do segmento alimentício, expressou a intenção em utilizar *blockchain* para ajudar na integração de toda a cadeia de madeira, propenso a rastrear e certificar os produtos, desde o processamento do corte da madeira, posteriormente na indústria, dos processos artesanais até a entrega efetiva ao cliente. (ABRALOG, 2018c).

As grandes corporações que trabalham com carne pararam de comprar dos produtores que operavam na região amazônica, pelo fato de que os bois comprados e ali criados eram vistos como atrelados ao desmatamento, mesmo sem ter certeza de que havia mesmo relação entre as duas atividades. E como solução para esse problema se deu a observação remota e digital do território de criação do animal para certificar que não houve práticas negativas socioambientais, como desmatamento ou trabalho escravo. (MARCOLIN, VASCONCELOS, 2018).

No cenário pós pandemia, apesar que incerto, estudos revelam que a tendência de atitudes, no segmento da produção de alimentos em todas as cadeias de produção,

³ <https://www.brf-global.com/sobre/qualidade/rastreabilidade/>

⁴ IBM – Indústria, Máquinas e Serviços LTDA.

direcionará para maior transparência dos caminhos perscrutados pelos alimentos. Inobstante, há, naturalmente, até que a *blockchain* possa ser colocada em prática, lacunas a serem preenchidas nesse sentido, talvez a dificuldade se dê pela complexidade diante do fato que a maior parte da produção nacional vem de pequenos produtores rurais e que em muitas ocasiões não conseguem se adequar às normas exigidas exclusivamente por questões de cunho financeiro.

Porém, a eficiência da aplicação do *blockchain* se dá justamente nesse sentido de prevenção, já que com a impossibilidade de mudanças de informações lançadas na cadeia, não haverá a possibilidade de alterar algum dado já difundido, havendo a transparência, em caso de ocorrência de riscos, de quem foi o real responsável pela fraude, erro ou qualquer ação que diminua a reputação do empresário/empresa.

Assim, vislumbra-se que o *blockchain* é uma importante tecnologia da Internet e possui apelo global. Qualquer nação que abraça esta tecnologia terá uma vantagem competitiva. Indústria (por meio da inovação) bem como o governo (através de política calculada de supervisão, pelo fato de ser promotor de padrões comuns a serem seguidos) têm a responsabilidade de investir nesta tecnologia potencialmente revolucionária para gestão de confiança em nossa economia digital. (SHYAMASUNDAR, PATIL, 2018).

4 | CONCLUSÃO

Ainda não é possível falar em qual momento exato ocorrerá a pós-pandemia e em decorrência nem a sua dimensão dos rastros que serão deixados na economia. Contudo, já se vislumbra inúmeras mazelas deixadas e que ainda surgirão no Brasil e no mundo, sendo necessário um maior rigor quanto ao combate destas visando atender as tendências de mudanças a poderão ser concretizadas.

A tendência pós pandemia de COVID-19 no agronegócio é demonstrar a segurança dos alimentos, já que exigirá que toda a cadeia produtiva, desde a produção até a chegada ao consumidor final, atenda aos protocolos de higiene das autoridades sanitárias, demonstrando transparência em toda a corrente. Para isso, a tecnologia é uma grande aliada no setor do agronegócio, que através do *blockchain*, por exemplo, poderá propiciar a fiscalização do produto desde a sua plantação até a chegada ao consumidor final, com todas as informações devidamente certificadas e de impossível alteração, alcançando o objetivo almejado de dar transparência e segurança da sanidade do alimento a todos interessados.

O reconhecimento do mercado e do público é uma das consequências positivas da implementação dessa tecnologia, cuja recompensa é a sustentabilidade dos negócios e privilégios entre concorrentes. Aumentando seu potencial competitivo as empresas do setor do agronegócio avançam com mais força e disparidade no mercado, auxiliando o desenvolvimento de toda a cadeia, valorizando todo o setor nacional.

A princípio, para o consumidor, as certificações da segurança do alimento parecem apenas uma boa forma de garantir que os produtos que ele está obtendo, que passaram por processos produtivos que tiveram menor impacto ambiental, podendo ser considerado sustentáveis, aparentam ser empresas que respeitaram a lei, mas o benefícios vão além, pois os produtos certificados possuem maior valor agregado, disparidade no mercado e a certificação passa a ser crucial para o acesso a mercados exigentes, como a Comunidade Europeia.

REFERÊNCIAS

ABRA. Associação Brasileira de Reciclagem Animal. **Código de Conduta Empresarial/ Compliance para o setor de Reciclagem de animal**. Publicado em jan de 2017. Disponível em <<https://abra.ind.br/wp-content/uploads/2018/06/C%C3%B3digo-de-Conduta-Empresarial.pdf>>. Acesso em: 29 ago de 2020.

ABRALOGC. Associação Brasileira de Logística. Cultura da inovação essencial para a Logística. Publicado em: 16 out 2018. Disponível em: <<https://www.abralog.com.br/noticias/cultura-da-inovacao-essencial-para-a-logistica/>>. Acesso em: 31 ago de 2020.

ANTONOPOULOS, Andreas M. **Mastering Bitcoin**. O'Reilly, 2010.

AQUINO, Magali. **Adoção de blockchain na gestão de cadeias de suprimentos do Brasil** / Magali Aquino. - 2019. 86 f.

AUNG, M. M. e Chang, Y. S. (2014). **Traceability in a food supply chain: Safety and quality perspectives**. *Food control*, 39, 172-184. Disponível em < <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0956713513005811>>. Acesso em 19 de ago de 2020.

BMI RESEARCH. **Towards 2050**: megatrends in industry, politics and the global economy. London, 2018. Disponível em: <<https://www.marketresearch.com/Business-Monitor-International-v304/Towards-Megatrends-Politics-Global-Economy-11597417/>> . Acesso em: 18 de ago de 2020.

BRASIL. PORTARIA Nº 877, DE 6 DE JUNHO DE 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 maio. 2018. Disponível em < https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/21011070/do1-2018-06-08-portaria-n-877-de-6-de-junho-de-2018-21011042>. Acesso em 27 ago de 2020.

CARNEIRO, Cláudio. **Compliance em tempos de pós-covid-19**. Publicado em 08 de junho de 2020. Disponível em< <https://www.editorajc.com.br/18814-2/>> Acessado em 22 de ago de 2020.

CASTRO, Rodrigo P. **A due diligence: Instrumento de compliance à serviço da Governança e da Segurança jurídica nas relações empresariais em PPP's**. Disponível em: <https://www.cafecompliance.com.br/?area=artigo&c=819280cbb9e37d853ccaa9f3632cf1b8>. Acesso em 19 ago de 2020.

Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada [CEPEA] (2020). Especial Coronavírus e o Agronegócio. v. 1. Disponível em: <https://cepea.esalq.usp.br/ documentos/texto/especial-coronavirus-e-o-agronegocio-volume-1.aspx> . Acessado em: 30/04/2020.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Orgs.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

COMO a Blockchain pode transformar a segurança alimentar. Disponível em: <https://www.cbinsights.com/research/blockchain-grocery-supply-chain/>. Acesso em 05 set. 2020.

CONAB. Companhia Nacional de Abastecimento. **Perspectivas para a Agropecuária- Volume 8 - Safra 2020/2021 - Edição Grãos**. Disponível em < <https://www.conab.gov.br/institucional/publicacoes/perspectivas-para-a-agropecuaria>>. Acesso em 8 set 2020.

DEMARZO, Mário Sérgio. **Internet das coisas: considerações acerca de consequências para o planejamento urbano e políticas públicas**. Disponível em < <https://uniara.com.br/arquivos/file/ eventos/2017/seppu/anais/demarzo.pdf>>. Acesso em 20 set 2020.

DENNY, Danielle Mendes Thame; PAULO, Roberto Ferreira; CASTRO, Douglas de. **Blockchain e Agenda 2030**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, nº 3, 2017.

DINIZ, Eduardo H. **Emerge uma nova tecnologia disruptiva**. GV Executivo, São Paulo, p. 5, 2017. Disponível em: . Acesso em: 15 agosto. 2020.

HUANG, Y.; BROWN, M. E. Advancing to the next generation of precision agriculture. In: SERRAJ, R.; PINGALI, P. (Ed.). **Agriculture & Food Systems to 2050: global trends, challenges and opportunities**. New Jersey: World Scientific Publishing, 2018. p. 285-314. (World scientific series in grand public policy challenges of the 21st century, v. 2). Disponível em < <http://agribusinessdata.com/wp-content/uploads/2018/12/Agriculture-Food-Systems-to-2050.pdf>>. Acesso em 17 de ago de 2020.

IBGE. **Estimativa de agosto prevê safra recorde de 251,7 milhões de toneladas em 2020**. Disponível em < [https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28839-estimativa-de-agosto-preve-safra-recorde-de-251-7-milhoes-de-toneladas-em-2020#:~:text=A%20estimativa%20para%20a%20safra,hoje%20\(10\)%20pelo%20IBGE](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28839-estimativa-de-agosto-preve-safra-recorde-de-251-7-milhoes-de-toneladas-em-2020#:~:text=A%20estimativa%20para%20a%20safra,hoje%20(10)%20pelo%20IBGE)>. Acesso em 11 set 2020.

IBM. IBM Press Release. **BRF e Carrefour se unem á IBM para reforçar a rastreabilidade dos alimentos**. Publicado em: 9 nov 2017. Disponível em: <https://www.ibm.com/blogs/ibm-comunica/rastreabilidade-de-alimentos/#:~:text=BRF%20e%20Carrefour%20se%20unem%20%C3%A0%20IBM%20para%20refor%C3%A7ar%20a%20rastreabilidade%20de%20alimentos,-9%20de%20 novembro&text=A%20BRF%2C%20uma%20das%20maiores,meio%20da%20tecnologia%20de%20 blockchain>. Acesso em: 30 ago.2020

KAMATH, Reshma. **Food traceability on blockchain: Walmart's pork and mango pilots with IBM**. The JBBA, v. 1, n. 1, p. 3712, 2018. Disponível em < https://www.researchgate.net/publication/326188675_Food_Traceability_on_Blockchain_Walmart's_Pork_and_Mango_Pilots_with_IBM>. Acesso em 29 de ago de 2020.

KPMG. **Agro + Integridade Selo Agro: Integridade Empresas do Agronegócio**. KPMG Consultoria Ltda, 2017. Disponível em https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/br_selo_agro_integridade.pdf. Acesso em 20 de ago de 2020.

LANGRIDGE, P. Innovation in breeding and biotechnology. In: SERRAJ, R.; PINGALI, P. (Ed.). **Agriculture & Food Systems to 2050: global trends, challenges and opportunities**. New Jersey: World Scientific Publishing, 2018. p. 245-284. (World scientific series in grand public policy challenges of the 21st century, v. 2). Disponível em < <http://agribusinessdata.com/wp-content/uploads/2018/12/Agriculture-Food-Systems-to-2050.pdf>>. Acesso em 17 de ago de 2020.

MAPA (2020) **A Pandemia de Covid-19 e As Perspectivas para o Setor Agrícola Brasileiro no Comércio Internacional**. Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Secretaria de Comércio e Relações Internacionais. Brasília, Maio, 2020.

MARCOLIN, Neldson; VASCONCELOS, Yuri. **Agricultura Digital**. Revista. Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/2018/07/19/folheie-a-edicao-269/>> Acesso em 03 set. 2020.

MILLER, Ron. **Walmart aposta no blockchain para melhorar a segurança alimentar**. Disponível em: <https://techcrunch.com/2018/09/24/walmart-is-betting-on-the-blockchain-to-improve-food-safety/>. Acesso em 05 set. 2020.

MORAES, Maurício; MALVESTIO, Ana. Covid-19: Impactos no Agronegócio no Brasil. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/setores-atividades/agribusiness/2020/impacto-covid19-agro-2020.pdf>. Acesso em 30 ago. 2020.

OECD/FAO (2018), OECD-FAO Agricultural Outlook 2018-2027, OECD Publishing, Paris/Food and Agriculture Organization of the United Nations, Rome. Disponível em <https://doi.org/10.1787/agr_outlook-2018-en>. Acesso em 20 set 2020.

ORCUTT, Mike. **How secure is blockchain really? - MIT Technology Review** MIT Technology Review. [s.l: s.n.]. Disponível em: <<https://www.technologyreview.com/s/610836/how-secure-is-blockchain-really/>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PARIPASSU, Livia Lima. **A tecnologia blockchain aplicada à rastreabilidade de alimentos**. Disponível em: <https://www.paripassu.com.br/blog/blockchain-rastreabilidade-de-alimentos/>>. Acesso em 25 de ago de 2020.

PIERATTI, Monica. **A indústria de alimentos e bebidas pós Covid-19**. Publicado em 27 de abril de 2020. Disponível em <<https://www.tetrapak.com/br/about/newsarchive/a-industria-de-alimentos-pos-covid19>>. Acesso em 23 de ago de 2020.

ROCHA JUNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro; GIZZI, Guilherme Frederico Tobias de Bueno. **Fraudes corporativas e programas de compliance** [livro eletrônico]. Curitiba: Inter Saberes, 2018. p. 136.

SÁ, Camila Dias de; SOENDERGAARD, Niels; TRIGO, João de Souza; JANK Marcos Sawaya. **Impactos da covid-19 no agronegócio e o papel do brasil parte II: saúde única, zoonoses e segurança do alimento**. Texto para discussão - n.31 jun/2020. Insper - Centro de Agronegócio Global. Disponível em <<https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2020/07/impactos-da-covid-19-nos-sistemas-agroalimentares-parte2V8.pdf>>. Acessado em 25 de ago de 2020.

SHYAMASUNDAR, R.K; PATIL, V.T. **Blockchain: The Revolution in Trust Management**. *Proc Indian Natn Sci Acad* 84 No. 2 June 2018 pp. 385-407. DOI: 10.16943/ptinsa/2018/49340. Disponível em: <http://insajournal.in/insaojs/index.php/proceedings/article/view/551>. Acesso em 02 set. 2020.

UNDERWOOD, Sarah. Blockchain Beyond Bitcoin. *Commun. ACM*, New York, NY, USA, v. 59, n. 11, p. 15–17, 2016. Disponível em: <https://dl.acm.org/doi/10.1145/2994581>. Acesso em 14 ago.2020.

ZENKINER, Marcelo. O Microsistema Brasileiro de Prevenção e Combate à Corrupção. **Manual de Compliance: compliance mastermind vol. I/** Márcio El Kalay, Matheus Rodrigues Lourenço da Cunha- São Paulo: LEC- Legal, Etichs and Compliance, 2019.

CAPÍTULO 8

ANÁLISE DO MOVIMENTO ANTIVACINA CONTEMPORÂNEO À LUZ DA OBRA CRÍTON DE PLATÃO

Data de aceite: 01/07/2021

Maria Eduarda Camargo Pereira

Discente do segundo período do curso de Direito do Centro Universitário de Patos de Minas – Unipam

Helen Correa Solis Neves

Mestre em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília. Professora orientadora do presente artigo

RESUMO: O presente ensaio tem como escopo abordar as relações existentes acerca do movimento antivacina contemporâneo e a obra “Crítion”, de Platão. Para isso, o tema em questão foi dividido em três tópicos. Em primeiro lugar, foi analisada a obra em pauta, a fim de tornar possível a compreensão do artigo, mesmo sem ter realizado a leitura de “Crítion”. Ademais, ainda no primeiro tópico, foi compreendida a história e os ensinamentos de Sócrates e de Platão. Em segundo lugar, o movimento antivacina foi estudado, não somente o movimento contemporâneo, mas o histórico, representado pela Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro em 1904, a fim de perceber as diferenças existentes acerca das duas fases desse movimento. Em terceiro lugar, foi relacionado a obra em pauta com o movimento antivacina, a fim de entender a maneira de Sócrates, segundo seus ensinamentos contidos em “Crítion”, perceberia tal movimento. Por fim, delimitou-se que existem intensas relações entre os pensamentos socráticos e o movimento

antivacina, pois Sócrates era extremamente crítico a diversas características que estão presentes nesse movimento.

PALAVRAS-CHAVE: Fake news. Sócrates. Vacina. Senso crítico.

ABSTRACT: The aim of this essay is to approach the existing relations about the contemporary anti-vaccine movement and Plato’s work “Crito”. For this, this theme was divided into three topics. Firstly, the book was analyzed in order to make the article possible to understand, even without reading “Crito”. Moreover, still in the first topic, the history and the teachings of Socrates and Plato were understood. Secondly, the anti-vaccine movement was studied, not only the contemporary movement, but the historical one, represented by the Vaccine Uprising, which occurred in Rio de Janeiro in 1904, in order to understand the differences between the two phases of this movement. Thirdly, Plato’s book was related to the anti-vaccine movement in order to understand Socrates’ way, according to his teachings contained in “Crito”, would perceive this movement. Finally, it was delimited that there are intense relations between the Socratic thoughts and the anti-vaccine movement, since Socrates was extremely critical to several characteristics that are present in this movement.

KEYWORDS: Fake news. Socrates. Vaccine. Critical sense.

1 | INTRODUÇÃO

As obras platônicas são fundamentais para a vida contemporânea, já que, além de

repassar os ensinamentos fornecidos por Sócrates, elas incentivam reflexões essenciais para a sociedade moderna. Sendo assim, uma das reflexões mais relevantes para os dias atuais, é a análise a respeito do pensamento crítico, pois em um mundo informatizado e repleto de informações disponíveis a todo o momento, é preciso que a população esteja disposta a refletir para não ser enganada. Nem todas as informações contidas nos meios de comunicação, especialmente a internet, são confiáveis, logo, é necessário que o senso crítico seja sempre utilizado.

Dessa forma, na contemporaneidade, é fato que o movimento antivacina está diretamente relacionado ao pensamento socrático existente na obra de Platão. A obra *Críton*, de Platão, apresenta uma reflexão de Sócrates a respeito do senso comum existente na sociedade e, além disso, do contraste existente entre a opinião pública e a opinião do especialista. Assim, os assuntos mencionados anteriormente possuem intensa relevância para a análise do movimento antivacina contemporâneo, o que por si só demonstra o quanto a obra platônica é atual. Nesse ínterim, qual a contribuição que a obra de Platão pode oferecer para a análise do movimento antivacina?

Primeiramente, nesse artigo será contemplada a história existente por trás dos filósofos em questão e de seus pensamentos e obras. Assim, será feito um estudo da vida de Platão, bem como de seus princípios e ensinamentos, tal como o que defendia e o que acreditava que faria bem à sociedade. Além disso, a biografia de Sócrates também terá espaço nesse artigo, já que a obra *Críton* é uma das expressões mais claras do pensamento socrático a respeito de muitos assuntos, como justiça e senso comum. Dessa maneira, a vida e a morte de Sócrates serão objetos de estudo, a fim de compreender a filosofia socrática antes de aplicá-la à vida contemporânea. Esse estudo é fundamental para que seja possível relacionar o pensamento filosófico em questão com o movimento antivacina.

Ainda no primeiro tópico, a obra *Críton*, a qual é o objeto de estudo deste artigo, será detalhada, com a finalidade de contextualizar todas as reflexões que serão feitas posteriormente. Essa contextualização é de imensa importância para o entendimento do artigo, já que nem todos possuem a oportunidade de ter contato com obras filosóficas clássicas ou de analisá-las criticamente.

Em segundo lugar, é essencial para a finalidade desse artigo que seja feito um estudo direcionado do movimento antivacina em suas duas formas: histórica, por meio da revolta da vacina, e contemporânea. A Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro, representa o marco inicial de um movimento contra o processo de vacinação obrigatória ocorrida na então capital do país. A contextualização histórica é importante para compreender que a resistência à vacinação não é algo que surgiu recentemente, entretanto, as circunstâncias e os motivos de ambas as formas do movimento são distintas e merecem ser considerados. Ainda neste tópico, a contemplação do movimento social e suas formas também terão espaço para que seja feita a sua análise, já que o movimento antivacina é um movimento social da modernidade.

Ainda no segundo tópico, faz-se necessário o ensaio acerca da contemporaneidade do movimento antivacina, tal como o que ele representa para a sociedade moderna. Ademais, a sociedade midiaticizada apresenta diversos riscos à veracidade da informação, considerando que a propagação de notícias falsas é uma das maiores preocupações da modernidade. Posteriormente, é preciso compreender a deficiência existente no sistema educacional e que tal deficiência prejudica, futuramente, toda a sociedade.

Já no terceiro tópico, será explicitada toda a relação existente acerca dos dois tópicos anteriores e seus conteúdos, a fim de encontrar a ligação existente entre o pensamento socrático e o movimento antivacina, já que Sócrates reflete a respeito do contraste que há entre opinião do especialista e a opinião da multidão e a respeito do senso crítico. Ademais, também no terceiro tópico, será estudada a influência e o papel exercidos pelos meios de comunicação na sociedade contemporânea e como tal influência está relacionada com o movimento antivacina e, conseqüentemente, com o pensamento exposto por Sócrates.

Ainda no terceiro tópico, a questão jurídica deverá ser contemplada, a fim de evidenciar se os pais que escolherem não vacinar seus filhos podem estar transgredindo o ordenamento jurídico, já que evitar a vacinação representa, de fato, grande perigo, não apenas para aquela pessoa, mas para toda a sociedade. Assim, mais uma vez, os pensamentos socráticos mostram-se importantes para a sociedade contemporânea e para o presente artigo, já que ele sempre partia do princípio da obediência às leis.

Dessa maneira, após abordar, refletir e estudos todos os temas citados acima, será possível concluir qual a contribuição que a obra de Platão pode oferecer para a análise do movimento antivacina. Essa conclusão só será possível após intensa reflexão acerca dos assuntos apontados anteriormente.

2 | OBRA E DISCUSSÃO SOBRE SENSO COMUM EM PLATÃO

Platão nasceu, segundo Castilho (2019, p. 50-52), em 428 a.C e foi o principal discípulo de Sócrates e graças a ele, hoje o mundo moderno possui acesso aos pensamentos de seu mestre. Dessa forma, Platão veio de uma família rica aristocrata e foi quem registrou, de forma mais completa, os ensinamentos de Sócrates. Além de exercer tal função, foi o fundador da *Academos*, uma escola que ensinava ciências, retórica e filosofia. Assim, Platão foi, acima de tudo, um educador que acreditava que a educação, do corpo e da mente, era o que conseguiria resolver os problemas humanos existentes na ordem social. Ademais, esse filósofo defendia que a educação deveria ser oferecida pública e gratuitamente pelo Estado, pois, segundo ele, era de interesse estatal que os homens fossem instruídos e trabalhassem pelo bem da pólis.

Já Sócrates era, segundo Castilho (2019, p. 49-50), pobre. Filho de uma parteira, ensinava onde pudesse reunir seus alunos e, ao contrário de seu discípulo Platão, não criou uma escola para que pudesse ensinar a seus discípulos. Foi um homem que sempre

teve como princípio de seus pensamentos e atitudes a ética (CASTILHO, 2019, p. 49):

Sócrates percorria a cidade de Atenas, praticando a sua técnica do diálogo com os jovens, sempre em lugares públicos. Essa técnica, chamada maiêutica, ou parto de ideias, consistia em manter um diálogo irônico que conduzia o interlocutor a aprender e a atingir conclusões. Seu pensamento tinha uma sólida base ética. Achava que o homem chegava a ser virtuoso quando alcançava o conhecimento ("Conhece-te a ti mesmo", dizia ele) e em decorrência do conhecimento inclinava-se à obediência da lei – para Sócrates, a obediência à lei era o que diferenciava o homem do bárbaro.

Segundo Peixoto (2010, p. 664-666):

Atenas foi pioneira quanto a instituição da democracia: o poder político, as decisões administrativas e políticas da cidade, os rumos e destinos da sociedade, estavam sob a responsabilidade não mais de uma pessoa ou de um grupo, mas de todos os que eram considerados cidadãos. Isso obrigou os atenienses a desenvolverem a arte política, a arte do debate, da crítica, da argumentação, do ouvir o outro, do contestar, do votar, do decidir, da consideração do que era justo e injusto e do executar as decisões do coletivo.

Assim, o ambiente em que Sócrates viveu foi propício para que ele pudesse desenvolver suas habilidades argumentativas e reflexivas, pois, historicamente, era um momento revolucionário, já que a Democracia começava a tomar forma. Dessa maneira, o pensador desenvolveu um pensamento crítico, que ia de encontro ao senso comum. Assim, Sócrates criticou as convenções atenienses e ensinou os jovens da pólis a fazerem o mesmo. Ele contestou dogmas instaurados na sociedade e, devido a isso, foi acusado de corromper a juventude e negar os deuses da pólis. Nesse ínterim, foi condenado à morte pela ingestão de cicuta.

Para Peixoto (2010, p. 668):

A sua condenação à morte demonstra que filosofar pode ser um perigo para a própria vida, porque o pensar filosófico é um pensar livre, seu compromisso é com a verdade, por isso é um pensar crítico, autônomo e criativo. A crítica e a verdade presentes no pensamento de Sócrates incomodavam porque superavam, as superficialidades, as aparências, o particular e revelavam as essências, o universal, os fundamentos das coisas. Sua filosofia desinstalava as pessoas do seu comodismo; oferecia elementos que lhes permitiam esclarecer e julgar o sentido do mundo, seja ele o da política, do trabalho, da educação, do pensamento, da cultura.

Ou seja, ao criticar o senso comum e propor à sociedade que saísse do comodismo do senso comum, foi preso e sentenciado à morte. Esse fato demonstra, por si só, que aqueles que se dispõem a questionar os dogmas instaurados em uma sociedade correm riscos, podendo perder inclusive a vida.

Sócrates demonstrou lidar com a morte de uma maneira diferente, pois em nenhum momento se mostrou desesperado com a sentença que recebeu. Foi um filósofo que seguiu sereno até seu último dia de vida, provavelmente porque tinha orgulho do que havia ensinado e não se arrependeu do que fez.

A obra “Crítón” ou “O dever”, escrita por Platão, relata exatamente o momento em que o amigo rico de Sócrates, Crítón, adentra a cela do filósofo a fim de tentar convencê-lo a fugir e não cumprir a pena dada a ele. Nesse contexto, os dois mantêm um diálogo acerca do senso comum, do conceito de justiça e do valor e influência da opinião popular e da opinião do especialista.

Inicialmente, Crítón acorda Sócrates, que estava dormindo profundamente, para avisar que sua morte estava próxima. O amigo rico lamentava perder uma amizade tão importante e, ainda nessa passagem, afirma que a morte de Sócrates seria mais dolorosa para ele e seus demais amigos do que para o próprio filósofo, que se mostrava calmo. No decorrer da obra, Crítón demonstra que a amizade de Sócrates era especial e diz que nunca mais irá encontrar uma relação tão única quanto a que havia entre os dois.

Crítón afirma que (1972, p. 120-121):

Contudo, meu pobre Sócrates, ainda uma vez, dá-me ouvidos e põe-te a salvo; porque, para mim, se vieses a morrer, a desdita não será uma só; à parte a perda de um amigo como não acharei nenhum igual, acresce que muita gente, que não nos conhece bem, a mim e a ti, pensará que eu, podendo salvar-te, se me dispusesse a gastar dinheiro, não me importei. Ora, existe reputação vergonhosa do que a de fazer caso do dinheiro que dos amigos? O povo não vai acreditar que tu é que não quiseste sair daqui, a despeito de o querermos nós mais que tudo.

Para Crítón, Sócrates deveria fugir da prisão utilizando do poder econômico do amigo. Ele se preocupava com o que poderia a população pensar a seu respeito, já que como levava uma vida abastada, teria a oportunidade de custear a fuga do filósofo e sustentá-lo em outra cidade ou país.

Assim sendo, os dois começam uma discussão acerca do valor da opinião da multidão. Segundo Crítón “Os fatos mesmos de agora dizem claro que o povo é capaz de fazer, não os mais pequeninos dos males, mas como que os maiores; basta que entre eles se espalhem calúnias contra alguém”. Ou seja, para ele, o povo poderia acabar com a vida de alguém apenas acusando falsamente alguém, o que aconteceu com Sócrates, já que ele foi acusado falsamente de corromper a juventude e negar os deuses da pólis e, devido à essa acusação, perdeu a sua vida.

Outrossim, para Crítón, a atitude de Sócrates de escolher obedecer às leis, mesmo não concordando com a sentença dada a ele, era injusta. Na seguinte passagem ele deixa claro o que pensa sobre o amigo se entregar e mostra-se preocupado com o futuro dos filhos de Sócrates, que se tornariam órfãos (1972, p. 122):

Demais, Sócrates, acho que cometes uma injustiça entregando-te, quando te podes salvar; estás trabalhando para que te aconteça exatamente aquilo a que visariam teus inimigos. - a que visaram quando decidiram tua perda. Demais a mais, ao meu ver, atraíçoa também os teus filhos; podendo criá-los e educá-los, tu queres ir-te, abandonando-os; no que te concerne, fiquem eles entregues à sua sorte; a deles, é natural, será a sorte costumeira dos

que caem na orfandade. A gente deve ou não ter filhos, ou sofrer juntamente com eles, criando-os e educando-os. Tu me dás a impressão de estarem escolhendo a sua maior comodidade.

Assim, Sócrates pede para que o amigo não insista e inicia outro questionamento, retomando um assunto tratado anteriormente: “Será retomando, em primeiro lugar, aquela razão que alegas a propósito das opiniões? Estávamos certos ou errados ao repetirmos que das opiniões umas devemos acatar, outras não?”. Para o filósofo, algumas opiniões deveriam ser acatadas, já outras, não. Para ele, a opinião do especialista devia ser sempre levada em consideração, já que ele iria possuir maior conhecimento acerca do assunto. Segundo Sócrates, aquele que seguisse a opinião da multidão e não seguisse a do especialista estaria prejudicando-se imensamente (1972, p. 125):

Logo, meu excelente amigo, não é absolutamente com o que dirá de nós a multidão que nos devemos preocupar, mas com o que dirá a autoridade em matéria de justiça e injustiça, a única, a Verdade em si. Assim sendo, para começar, não apontas o bom caminho quando nos prescreves que nos inquietemos com o pensamento da multidão a respeito do justo, do belo, do bem e de seus contrários. A multidão, no entanto, dirá alguém, é bem capaz de nos matar.

Por meio desse pensamento, Sócrates diz ao amigo que, já que a opinião do especialista era dotada de maior valor, então, deveriam seguir o que os especialistas da justiça diziam e ignorar a opinião da multidão. Assim, justamente por desejar seguir o pensamento dos especialistas, Sócrates disse que iria obedecer às leis e cumprir a sentença que lhe havia dado.

A fim de convencer o amigo de que fugir da prisão não seria justo, Sócrates propõe um debate de ideias, assim, caso Críton conseguisse provar, por meio de argumentos, que a sua fuga seria algo justo, eles iriam tentar escapar. Entretanto, caso Sócrates comprovasse a sua teoria de que fugir era algo injusto e ruim, ele iria permanecer na prisão e cumpriria a pena. Assim, o pensador começa sua reflexão afirmando que nunca deve-se proceder contra a justiça e que nunca deve-se retribuir a injustiça com mais injustiça. Para ele, “Em suma, não devemos retribuir a injustiça, nem fazer mal a pessoa alguma, seja qual for o mal que ela nos cause”.

Sócrates continua sua reflexão afirmando que em todos os momentos de sua vida as leis de Atenas foram boas e suficientes e ele as seguiu. Então, agora não seria diferente, mesmo que ele não concordasse com sua sentença, ele a cumpriria como sempre fez com as demais decisões e legislações da pólis. Além disso, se Sócrates permaneceu em Atenas e escolheu construir sua vida lá, foi porque ele acatou às leis da pólis, ou seja, Atenas e suas leis tinham sido suficientes. Em nenhum momento de sua vida Sócrates cogitou morar em outra cidade, pois onde ele vivia agradava-o e satisfazia suas necessidades. Dessa forma, ele afirma que a lei consideraria a sua fuga injusta, pois Atenas havia sido seu berço e de seus filhos, lá ele havia sido educado e pôde educar. Logo, seria injusto que naquele

momento, por não considerar justa a sua morte, ele fugisse com a ajuda de Críton. Sendo assim, Críton encontra-se sem argumentos capazes de refutar as reflexões de Sócrates e desiste de tentar convencer o amigo a fugir.

Assim, considerando os argumentos e análises realizados anteriormente, faz-se necessária a discussão acerca do movimento antivacina, pois, como visto anteriormente acerca do pensamento socrático, a opinião do especialista deveria sempre ser levada em consideração e, a respeito dos integrantes desse movimento, as pesquisas científicas acerca do assunto não são consideradas. Além disso, também é essencial compreender a historicidade existente na resistência populacional a vacinar-se, a fim de que seja possível notar as diferenças entre o movimento passado e o contemporâneo.

3 | O MOVIMENTO ANTIVACINA – REALIDADE OU FAKE NEWS?

A Revolta da Vacina, ocorrida em 1904, no Rio de Janeiro, foi, sem dúvidas, uma das mais marcantes de toda a história contemporânea, já que foi um movimento popular independente, como contextualiza Porto (2003, online):

A população da cidade revoltou-se contra o plano de saneamento, mas, sobretudo, com a remodelação urbana feita pelo presidente Rodrigues Alves (1902-1906), que decidiu modernizar a cidade e tomar medidas drásticas para combater as epidemias. Cortiços e casebres, que compunham inúmeros quarteirões dos bairros centrais, foram demolidos, e deram lugar a grandes avenidas e ao alargamento das ruas, seguindo o modelo de urbanização dos grandes bulevares parisienses. A população local foi desalojada, refugiando-se em barracos nos morros cariocas ou em bairros distantes na periferia. As favelas começaram a se expandir.

Assim, o movimento foi legítimo, já que o poder público agiu com tamanha truculência e não procurou sanar a desinformação populacional. Ainda segundo Porto (2003, online) “Durante uma semana, as ruas do Rio viveram uma guerra civil. Segundo a polícia, o saldo negativo foi de 23 mortos e 67 feridos, tendo sido presas 945 pessoas, das quais quase a metade foi deportada para o Acre, onde foi submetida a trabalhos forçados”.

O governo carioca e o governo federal desejavam sanear a cidade do Rio de Janeiro, à época capital do Brasil, entretanto, toda mudança na sociedade deve ser acompanhada de informações à população, o que esteve em falta nesse momento histórico. Souza (2019, online) afirma que:

Tanto a revolta da população contra uma lei que se destinava a protegê-la quanto os meios violentos que as autoridades empregaram para impor a medida hoje parecem surpreendentes. Em nenhum momento antes da determinação, o governo levou à população informações que pudessem esclarecer a importância da ação profilática. Diante da falta de adesão e informações, criou-se um ambiente fértil para todo tipo de especulação.

Logo, fica explícito que a falta de informação foi o principal catalisador para a reação

populacional. Toda atitude deve vir acompanhada de conhecimento, justamente para evitar desentendimentos como o citado anteriormente.

Para Lakatos e Marconi (1999, p. 309-311), os movimentos sociais apresentam-se sob várias formas, e o que permite que seja feita a diferenciação é o conteúdo de cada um. Um dos movimentos sociais estudados na obra foi o movimento regressivo “Também denominados reacionários, consistem numa tentativa de retornar às condições imperantes em um momento anterior. Nascem, geralmente, do descontentamento com a direção e as tendências de determinada mudança”. Logo, talvez seja possível considerar movimento antivacina como um movimento regressivo, já que ele deseja convencer as pessoas a não vacinarem seus filhos ou se vacinarem, voltando a um período mais arcaico, em que a sociedade ainda não tinha conhecimento do benefício da vacina, tal qual a época da Revolta da Vacina ocorrida no Rio de Janeiro. Portanto, ao contrário do que muitos afirmam, o movimento antivacina não é conservador, pois a sua finalidade não é conservar o pensamento a respeito da vacinação, mas regredir.

Nesse contexto, no passado o movimento antivacina mostrou-se presente no meio social brasileiro por meio da Revolta da Vacina, ocasionada pela falta de informação por parte do povo. Porém, na contemporaneidade, também existe uma justificativa para a existência desse movimento?

Contemporaneamente, o movimento antivacina foi acrescentado na lista feita pela Organização Mundial de Saúde (OMS) de dez maiores ameaças à saúde em 2019, segundo o portal de notícias O Globo (2019, online), pois, segundo a organização, o movimento ameaça o progresso feito no combate às doenças evitáveis por meio da vacinação. Assim, diversos fatos influenciam diretamente na popularização de tal movimento, dentre eles, as fake news, impulsionadas pelos meios de comunicação presentes na sociedade contemporânea. Uma das fake news mais conhecidas constantemente utilizada pelos membros do movimento antivacina, é a que a vacina seria causadora do autismo e por isso crianças não deveriam ser vacinadas.

Dessa maneira, a sociedade atual é midiaticizada, ou seja, a maioria das pessoas possuem acesso a algum meio de informação e esse fato facilita a propagação das fake news. Segundo o portal de notícias G1 (2018, online), segundo a ONU, mais da metade da população mundial usa internet. Esse percentual é mais acentuado nos países Europeus, os quais apresentavam, em 2018, 76,6% de sua população conectadas à internet. Ou seja, todas essas pessoas possuem acesso à informação a todo o momento e nem todas possuem fontes confiáveis ou conteúdos verídicos.

As fake news, propagadas por meio da mídia, especialmente pela internet, influenciam diretamente o comportamento da sociedade e isso não foi diferente com os adeptos ao movimento antivacina. Segundo Vasconcellos-Silva, Castiel e Griep (2015, online):

Segundo tais padrões, as crianças subimunizadas vivem sob condições sócio-econômico-educacionais adversas: filhos de mães mais jovens e solteiras com baixa escolaridade e residentes em vizinhanças pobres de grandes centros. Em contraste, as crianças absolutamente não imunizadas eram filhos (o sexo masculino predomina, por motivos explicitados adiante) de mães casadas, com alto nível de escolaridade, que residem em vizinhanças com renda acima da média nacional e contam com amplo acesso aos meios de comunicação de massa. Grande parte dos casais “não vacinadores” expressou enfáticas preocupações acerca dos efeitos ocultos das vacinas, sobretudo concernentes à condição neurológica do autismo. Também admitiram que seus pediatras exerciam pouca ou nenhuma influência sobre as decisões familiares nesse campo. Sabe-se que, entre as 17.000 crianças não vacinadas anualmente, uma significativa maioria reside em estados americanos que não obrigam os pais à vacinação desde que estes aleguem “motivos filosóficos”

Assim, por meio dessa passagem, fica claro que o problema não reside na falta de formação acadêmica da sociedade, pois como citado anteriormente, os pais das crianças absolutamente não imunizadas possuíam alto nível de escolaridade, entretanto, possuíam amplo acesso aos meios de massa, o que demonstra claramente a influência dos meios de comunicação na formação de pensamentos na contemporaneidade. Além disso, o medo por parte dos pais a respeito da possibilidade de seus filhos “contraírem autismo” também demonstra a influência midiática, já que tal informação é comprovadamente falsa. Essa comprovação é relatada pela revista Galileu (2019, online), a qual afirma que um novo estudo publicado na revista “Annals of Internal Medicine” aponta que vacinas não causam autismo.

Nesse íterim, no passado, a falta de informação por parte da população culminou na revolta na vacina. Entretanto, na contemporaneidade, o excesso de informação fornecido pelos meios de comunicação, com menção especial à internet, também é um dos catalisadores acerca do movimento antivacina. Ou seja, tanto a falta quanto o excesso mostram-se prejudiciais à vida em sociedade.

Dessa forma, segundo o site da BBC (GRAGNANI, 2019, online), os apoiadores do movimento antivacina também utilizam plataformas de vídeo, tal qual o YouTube, para difundir seus pensamentos e o sistema de recomendação adotado pelo site facilita essa propagação. Segundo a matéria da BBC:

“Não sou eu que estou falando, são os fatos”, diz um rapaz brasileiro para a câmera.

Os “fatos”, segundo ele: “o vírus da zika foi criado pela família americana Rockefeller, enquanto Bill Gates usou sua fortuna para investir em vacinas. Ambos com o mesmo objetivo: reduzir a população mundial”. O vídeo está disponível no YouTube, tem cerca de 825 mil visualizações e pode ser encontrado pela ferramenta de buscas. Uma propaganda interrompe o vídeo, o que significa que ele é monetizado - ou seja, rende lucro ao autor -, embora o YouTube tenha anunciado que vídeos com desinformação seriam impedidos de explorar esse recurso. Um vídeo igual, mas publicado em outra conta, tem

quase 244 mil visualizações. Sem estar logada em qualquer conta no YouTube, a BBC News Brasil fez buscas na plataforma com os termos “vacina”, “devo vacinar minha filha” e “devo vacinar meu filho”. A maior parte dos resultados são vídeos com informações verdadeiras sobre a vacinação. Alguns, contudo, são vídeos contrários à vacinação. E, ao clicar nestes, a recomendação dos vídeos seguintes leva o usuário a outros vídeos antivacina, levando a uma espécie de “bolha” no YouTube.

Além disso, ainda de acordo com essa matéria, “O conteúdo dos vídeos brasileiros muitas vezes é copiado ou traduzido de vídeos antivacina americanos. Dois dos vídeos são de supostos médicos que contraindicam especificamente vacinas contra gripe e contra a febre amarela”. Assim, mesmo com diversos estudos realizados por especialistas que comprovam a eficácia da vacinação, o intenso acesso à informação colaborou com a divulgação de fake news que fazem muitas pessoas desacreditarem das pesquisas feitas por especialistas.

Para Flumignan (2018, online), em artigo publicado pelo site Justificando:

O poder de persuasão das fake news é incalculável. Com base nisto, caso haja demora em retirar o conteúdo falso da internet pode haver severas consequências eleitorais. Não se pode esperar o trâmite de uma ação judicial que, em sua maioria, é morosa e insuficiente para atingir o objetivo pleiteado de retirar imediatamente a notícia falsa da internet.

Percebe-se, assim, que o fator tempo assume nítida importância neste tipo de ilícito, pois, quanto maior o tempo para retirar uma notícia falsa da internet, maiores serão as consequências para o candidato e para os eleitores, podendo, inclusive, ser capaz de mudar o resultado do pleito. Neste cenário, demonstra-se mais razoável que eventual nova legislação a respeito das fake news utilizasse o sistema anterior ao Marco Civil da Internet, ou seja, o notice and take down, pois o período eleitoral é relativamente curto e não pode esperar uma determinação judicial para retirada de toda e qualquer fake news.

Logo, é possível traçar um paralelo entre as consequências da morosidade judicial para a retirada de fake news em épocas de eleição e entre o movimento antivacina. Em período eleitoral, um candidato pode ser desmoralizado e perder milhares de votos em decorrência da propagação de fake news a seu respeito, da mesma forma, o número de crianças vacinadas pode diminuir consideravelmente com a divulgação de notícias falsas, pois, ao ter acesso à essa informação, os pais podem decidir não vacinar os filhos.

Ainda segundo Flumignan (2018, online):

Não restam dúvidas de que o Marco Civil da Internet representa um avanço no trato jurídico das relações derivadas do uso da internet. No entanto, a legislação se mostra conflitante e insuficiente em alguns pontos com entendimentos e leis que beneficiam os usuários, principalmente quando o assunto é fake news.

Assim, para o mestre Flumignan, o ordenamento jurídico brasileiro não protege suficientemente as pessoas das fake news, logo, não é eficaz para o seu combate. Logo,

com uma legislação ineficiente, a população fica mais exposta às notícias falsas e podem basear suas atitudes em informações erradas, a exemplo das informações utilizadas como base do movimento antivacina.

Dessa maneira, com uma legislação ineficiente que não detém a propagação de fake news, a população fica vulnerável e pode deixar-se convencer por mentiras acessadas na internet. Sendo assim, é possível afirmar que falta senso crítico por parte da sociedade, já que, como dito anteriormente, dentro da sociedade americana, as crianças não imunizadas eram oriundas de famílias com alto nível de escolaridade. Assim, fica exposto que, mesmo com acesso pleno e eficaz à informação, a população ainda acredita em fake news e aderem movimentos pautados em falácias, como o movimento antivacina.

Ou seja, o problema está na formação educacional crítica e não apenas na simples alfabetização ou acesso ao ensino superior. A carência reside na ausência de pensamento crítico, entretanto, em países com deficiência no sistema de ensino, essa carência pode ser agravada pela falta de acesso à uma educação de qualidade. Logo, fica claro que a educação que foca apenas em alfabetizar, mas não ensina o aluno a pensar de forma crítica não é libertadora e pode prejudicar toda a sociedade. Pois como afirmou Paulo Freire “Quando a educação não é libertadora, o sonho do oprimido é ser o opressor.”.

4 | RELAÇÃO EXISTENTE ENTRE A OBRA CRÍTON E O MOVIMENTO ANTIVACINA

Esse tópico possui como foco expor a relação existente entre a obra Críton, de Platão, e o movimento antivacina, que é impulsionado pelas fake news. Assim, inicialmente, é necessário relembrar a seguinte passagem da obra em questão, na qual Críton (1972, p. 121) discorre a respeito dos boatos espalhados pela população, “ Mas bem vês, Sócrates, que não pode deixar de fazer caso também da opinião do povo. Os fatos de agora dizem claro que o povo é capaz de fazer, não os mais pequeninos males, mas como que os maiores; basta que se espalhem calúnias contra alguém”. Para Críton, o povo poderia ser responsável pelos maiores males, bastasse apenas que espalhassem calúnias. Atualmente, as formas mais fortes e perigosas de calúnias são, certamente, as fake news.

Em primeiro lugar, a Revolta da Vacina, analisada anteriormente, seria criticada por Sócrates, pois, segundo os seus ensinamentos, o mal nunca deveria ser revidado. Assim, mesmo que a ação do governo tenha sido violenta e errada, para o filósofo, a população não deveria ter reagido da mesma maneira.

Em segundo lugar, como visto anteriormente, grande parte dos adeptos ao movimento antivacina fundam suas opiniões e atitudes em fake news, a exemplo do boato mais conhecido, aquele que afirmava que algumas vacinas seriam causadoras do autismo. Assim, é necessário ressaltar que as notícias falsas foram responsáveis, dentre outros males, pelo desgaste emocional dos pais e responsáveis de crianças autistas, como indica

Vasconcellos-Silva, Castiel e Griep (2015, online):

É inegável que o impacto emocional que incide sobre pais responsáveis por crianças portadoras de autismo não é desprezível. Tal desgaste torna parentes e conhecidos próximos especialmente vulneráveis a qualquer tipo de discurso que atribua sentido de causalidade ao autismo - condição ainda mal esclarecida perante o imaginário social. Nesse ponto a proximidade física entre os solidários aliada ao sentido de causalidade das vacinas em relação ao autismo passa a configurar situações de riscos secundários sob o olhar epidemiológico.

Assim, fica claro que, além do risco do movimento antivacina em si, já que diversas crianças possuem suas vidas expostas sem a devida imunização, as fake news também contribuem para o desgaste emocional dos pais e responsáveis de crianças autistas.

Fatos como os citados acima permitem compreender a crítica feita por Críton ao povo, pois, por meio de calúnias, ou seja, da propagação de notícias falsas, o povo tornou-se responsável por um movimento que hoje representa uma das dez maiores ameaças para a saúde mundial, como citado no tópico anterior. Por sua vez, o movimento antivacina é responsável pelo impacto emocional incidente sobre pais e responsáveis de crianças autistas e pela exposição de diversas crianças a doenças em todo o mundo.

Além disso, existe outra relação possível na obra de Platão, que é entre a reflexão feita por Sócrates a respeito da opinião do instrutor de ginástica, ou seja, o especialista e entre a opinião da multidão. Para Sócrates, a opinião do especialista deveria ser sempre seguida, pois ele teria conhecimentos mais específicos e, conseqüentemente, saberia melhor o que fazer a respeito do assunto que estivesse em seu domínio. Tal pensamento é extremamente relevante para o presente artigo, já que os integrantes do movimento antivacina estariam indo de encontro ao pensamento Socrático, pois, mesmo com a existência de diversas comprovações científicas a respeito da eficácia das vacinas, os adeptos a esse movimento insistem em ignorar a opinião dos especialistas.

Ademais, é preciso ressaltar que os meios de comunicação, com ênfase na internet, contemporaneamente, influenciam diretamente as pessoas na formação de suas opiniões, pois, segundo Rosário e Bayer (2014, online) “A Mídia tem um papel importante no campo político, social e econômico de toda sociedade. Através desse mecanismo essa instituição incute na população uma consciência, uma cultura, uma forma de agir e de pensar”. Logo, já que os meios de comunicação possuem tal importância na formação das opiniões da sociedade, ao ter acesso a notícias falsas, parte da população tende a acreditar nelas, por consequência, deixam de realizar diversas ações por acreditarem ser prejudiciais à saúde de suas crianças, dentre essas ações está a vacinação.

Entretanto, é necessário deixar claro que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), artigo 14, parágrafo primeiro: “É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.”. Para o TJ-SP, segundo o site da revista Consultor Jurídico (ROVER, 2019, online), pais não podem deixar de vacinar seus

filhos por questões ideológicas:

Pais não podem deixar de vacinar uma criança por liberdade filosófica ou religiosa, pois esse direito não tem caráter absoluto quando atinge terceiros. Assim entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo ao obrigar um casal a regularizar a vacinação do filho de três anos. Caso a decisão não seja cumprida em até 30 dias, o Conselho Tutelar deverá fazer busca e apreensão da criança para garantir a imunização. “A tutela da saúde da criança tem prioridade absoluta no que diz respeito à proteção dos interesses do menor, prevalecendo sobre interesses particulares ou decorrentes de posições ideológicas próprias dos genitores”, afirmou o relator, desembargador Fernando Torres Garcia.

Dessa maneira, ainda segundo matéria publicada pela revista *Consultor Jurídico*, o desembargador Torres Garcia afirmou que “a falta de vacinação fez aumentar o número de epidemias de doenças já erradicadas. Por isso, publicações especializadas têm recomendado a imposição de vacinação mandatória como forma de garantir a saúde de cidadãos em geral.”. Então, ao negar vacinar seus filhos, esses pais estariam prejudicando não apenas as suas crianças, mas, certamente, estariam colocando em risco a saúde local, já que pessoas não vacinadas podem contrair doenças já erradicadas e voltar a espalhá-las pela sociedade.

Além disso, ainda segundo Torres Garcia “a doutrina penal classifica como crime de perigo abstrato a conduta do agente que dificulta determinação do poder público para impedir a vacinação obrigatória.”. Assim, o ato de não vacinar-se ou não vacinar seus filhos seria considerado, claramente, um desrespeito ao ordenamento jurídico.

Novamente, é possível relacionar o pensamento Socrático com tal acontecimento, pois, para esse filósofo, a justiça só seria alcançada por meio da obediência às leis. Para Castilho (2019, p. 49) “Seu pensamento tinha uma sólida base ética. Achava que o homem chegava a ser virtuoso quando alcançava o conhecimento (“Conhece-te a ti mesmo”, dizia ele), e em decorrência do conhecimento inclinava-se à obediência da lei – para Sócrates, a obediência à lei era o que diferenciava o homem civilizado do bárbaro.”. Assim, tomando como base o pensamento desse filósofo, a atitude dos pais que decidem contrariar o ordenamento jurídico e não vacinar seus filhos estariam comportando-se como bárbaros e, além disso, estariam contribuindo para que a justiça não fosse alcançada.

Ademais, como visto anteriormente, Sócrates obedeceu à sentença lhe proclamada e morreu cumprindo a lei, pois acreditava que ao fazer isso estaria beneficiando a pólis. Dessa maneira, é possível encontrar semelhanças com o pensamento socrático na seguinte afirmação do presidente da Comissão da Criança e do Adolescente da OAB-PR, em entrevista concedida para a BBC (MODELLI, 2018, online):

Os pais que não vacinam, independente do motivo, devem entender que nenhum direito individual pode sobrepor ao direito coletivo. A vacinação é um direito coletivo porque também atinge a sociedade como um todo no sistema de imunização. Desrespeito às vacinas previstas no PNI é, por si só, um ato

grave contra a saúde pública.

Segundo a revista *Super Interessante* (LUIZA, 2018, online), o número de crianças não vacinadas quadruplicou desde 2001:

Usando dados do National Immunisation Survey-Child, o relatório mostrou que a porcentagem de crianças sem vacinação básica aos 2 anos de idade aumentou de 0,9%, em 2011, para 1,3%, em 2015. Em 2001, esse número era de apenas 0,3%. A pesquisa constatou que as vacinas menos aplicadas eram contra Hepatite A e rotavírus. 1,3% pode parecer pouco, mas o aumento de 1% em menos de 15 anos é algo bem significativo. A Dra. Amanda Cohn, consultora sênior de vacinas do CDC, disse que as razões para este aumento podem ser diferentes: “Alguns pais querem vacinar e não tem acesso a um profissional de saúde, mas outros optam por não vacinar o filho”. E essa parcela que escolhe não submeter seus filhos a vacinas tem crescido nos últimos anos. O movimento “antivacina” teve seu primeiro argumento “forte” em 1998, quando uma pesquisa publicada pela revista científica “The Lancet” dizia que a Vacina Tríplice Viral (sarampo, caxumba e rubéola) desencadearia o autismo. O artigo foi desmascarado quando outros cientistas fizeram novos estudos e confirmaram que a correlação era falsa. O britânico Andrew Wakefield, autor do artigo, perdeu seu registro de médico e a publicação foi tirada de circulação. Mas daí veio a farsa do movimento. Hoje essa crença cresce e já mostra resultados alarmantes: em agosto do ano passado, um surto de Sarampo na Itália registrou 4 mil casos — e 86% dos afetados não haviam se vacinado. Na década de 90, essa doença matou mais de 2 milhões de pessoas — e ela voltou a aparecer no Brasil, depois de ter sido oficialmente erradicada do país em 2016.

Assim, fica claro que mesmo com as consequências jurídicas exploradas anteriormente, o movimento antivacina fica cada vez mais forte, claramente com a ajuda da internet. O que também fica explícito é que muitos pais escolhem conscientemente não vacinar os filhos pelo medo ocasionado pelas fake news. Para eles, talvez seja melhor contrariar o ordenamento jurídico a perder seus filhos para os supostos malefícios da vacina.

5 | CONCLUSÃO

Diante do exposto, fica evidente que os ensinamentos contidos na obra “Crítion”, de Platão, podem utilizados para relacionar o movimento antivacina, assim como a Revolta da Vacina de 1904. Sócrates, nos escritos de Platão, realiza diversas afirmações pertinentes à contemporaneidade, tais como a importância da obediência às leis, a relevância da opinião do especialista, as consequências sociais da disseminação de uma notícia falsa e, consequentemente, os efeitos do senso comum.

Dessa maneira, como citado anteriormente, a Revolta da Vacina aconteceu devido à falta de informação por parte da população, o que demonstra o que a carência de conhecimento pode gerar em uma sociedade. O poder público, além de não fornecer as informações necessárias ao povo, agiu violentamente e os moradores reagiram da mesma

forma. Tal acontecimento seria questionado por Sócrates, já que, para ele, o mal e o injusto nunca deveriam ser retribuídos da mesma maneira, pois isso tornaria o processo de alcançar a justiça mais lento e difícil.

Revoltas como a analisada anteriormente são consequência da escassez informacional. Entretanto, em contraste, o movimento antivacina, na atualidade, é consequência do excesso informacional. Assim, fatos como esses demonstram que os extremos são prejudiciais. A falta prejudica e o mesmo ocorre com o excesso.

Dessa forma, é possível afirmar que existe, por parte dos integrantes do meio social, grande deficiência de entusiasmo para pesquisar as fontes das notícias que chegam até eles. As redes sociais fomentam a predominância do senso comum nos pensamentos das pessoas, sendo assim, essa falta de interesse em pesquisar as fontes das informações obtidas é catalisada pela internet. Além disso, fica explícito que o ordenamento jurídico carece de uma legislação específica e eficiente para combater a disseminação de fake news, pois, no mundo contemporâneo, essa questão é um dos maiores desafios encontrados na sociedade. As fake news interferem em todas as esferas sociais possíveis, já que podem abordar os mais diversos assuntos.

Durante a condenação de Sócrates, que foi culpado por crimes os quais não cometeu, os juízes de sua sentença mostraram-se influenciados por notícias falsas e a população, por não questionar a condenação do filósofo, mostrou-se influenciada pelo senso comum. Sócrates tentava, por meio de seus ensinamentos, incentivar o senso crítico. Assim, ainda a respeito dos juízes, é possível afirmar que existia o desejo de manter a população sem senso crítico e, conseqüentemente, adeptos ao senso comum, a fim de manter a dominação sobre o povo. Assim, é possível concluir que o pensamento socrático deveria ser a base para o sistema educacional, pois a finalidade da educação deve ser sempre instaurar o pensamento crítico em seus alunos para que eles possam se tornar bons cidadãos.

Além disso, o pensamento desse filósofo acerca da importância da opinião do especialista é extremamente atual e relevante, pois o especialista tem sido desprezado, já que movimentos pautados em informações falsas, como o movimento antivacina, ganharam tamanha força no cenário nacional e internacional. Assim, se os ensinamentos de Sócrates fossem estudados profundamente, movimentos irracionais como esse não teriam tanta força. Nesse ínterim, aulas de filosofia mostram-se extremamente necessárias para a formação de bons cidadãos, pois caso os estudantes e futuros adultos compreendessem verdadeiramente os ensinamentos de Sócrates, as atitudes deles seriam diferentes e certamente teriam o senso crítico como base.

Por fim, fica evidente que a obra de Platão, contendo os pensamentos de Sócrates, é extremamente relevante para a contemporaneidade, pois todos os assuntos abordados por ele possuem alguma influência no contexto atual. A sociedade deveria basear seus pensamentos nos ensinamentos socráticos, a fim de tentar alcançar um ideal maior de justiça, basear pensamentos apenas em fatos verídicos e estudados por especialistas, ter a

obediências às leis como base do comportamento social e tentar ao máximo apurar o senso crítico, por meio de críticas às informações obtidas.

REFERÊNCIAS

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FLUMIGNAN, Wévertton Gabriel Gomes. **Não há projeto de lei efetivo contra as fake news no Brasil**. 4 de dez. de 2018. Disponível em: <http://www.justificando.com/2018/12/04/nao-ha-um-projeto-de-lei-efetivo-contra-as-fake-news-no-brasil/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

GALILEU. Mais um estudo sobre vacinas conclui que elas não causam autismo. **Galileu**. 12 de mar. de 2019. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2019/03/mais-um-estudo-sobre-vacinas-conclui-que-elas-nao-causam-autismo.html>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

GRAGNANI, Juliana. Rede antivacina no Brasil importa teorias da conspiração dos EUA e cresce com o sistema de recomendação do YouTube. **BBC**. 20 de jun. de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48695113>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

G1. Mais da metade da população mundial usa internet, aponta ONU. **G1**. 7 de dez. de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2018/12/07/mais-da-metade-da-populacao-mundial-usa-internet-aponta-onu.ghtml>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

LAKATOS, Eva; MARCONI, Marina. **Sociologia Geral**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LUISA, Ingrid. O número de crianças não vacinadas quadruplicou desde 2001. **Super interessante**. 18 de out. de 2018. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/o-numero-de-criancas-nao-vacinadas-quadruplicou-desde-2001/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

MODELLI, Lais. Quando deixar de vacinar é ilegal no Brasil. **BBC**. São Paulo, 24 de jul. de 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44948072>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

O GLOBO. Movimento antivacina é incluído na lista de dez maiores ameaças a saúde em 2019. **O Globo**. Rio de Janeiro, 30 de jan. de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/movimento-antivacina-incluido-na-lista-de-dez-maiores-ameacas-saude-em-2019-23413227>.

PEIXOTO, Adão José. **Sócrates, a filosofia e a questão da morte**. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 20, n. 9/10, p. 663-682, set./out. 2010.

PLATÃO. **Diálogos**. 2 ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

PORTO, Mayla Yara. **Uma revolta popular contra a vacinação**. Ciência e Cultura. Vol.55, n.1, 2003. São Paulo. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252003000100032&script=sci_arttext&lng=pt. Acesso em: 10 de set. de 2019.

ROSÁRIO, Raquel do; BAYER, Diego Augusto. **A formação de uma sociedade do medo através da influência da mídia**. 12 de dez. de 2014. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/12/12/formacao-de-uma-sociedade-do-medo-atraves-da-influencia-da-midia/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

ROVER, Tadeu. Pais não podem deixar de vacinar filhos por questões ideológicas, decide TJ-SP. **Consultor Jurídico**. 12 de ago. de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-12/pais-nao-podem-deixar-vacinar-filhos-questoes-ideologicas#author>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

SOUZA, Patrícia Melo e. **A revolta da Vacina**. Biblioteca nacional digital. Disponível em: <https://bdigital.bn.gov.br/dossies/rede-da-memoria-virtual-brasileira/politica/a-revolta-da-vacina/>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

VASCONCELLOS-SILVA, Paulo Roberto; CASTIEL, Luis David; GRIEP, Rosane Härter. **A sociedade de risco midiaticizada, o movimento antivacinação e o risco do autismo**. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232015000200607&script=sci_arttext&lng=en. Acesso em: 10 de set. de 2019.

APÓS A REFORMA DA CLT DE 2017, QUAL SERÁ O PAPEL DOS SINDICATOS E DA CLT NO BRASIL?

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 11/06/2021

Ricardo Tannenbaum Nuñez

Mestre em Direito pela Universidade de Marília/SP, pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho
<http://lattes.cnpq.br/9588031999082797>

RESUMO: Este estudo tem por objetivo realizar uma análise prospectiva para verificar qual será o novo papel dos sindicatos no Brasil do Século XXI, após a reforma da CLT de 2017. Para isso, por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, chega-se à conclusão que para os sindicatos realizarem eficazmente sua missão será preciso que se adote no país o princípio da unidade nacional sindical. Isso possibilitará o surgimento de grandes sindicatos a nível nacional, o que contribuirá para a estabilidade econômica, para o desenvolvimento, para redução da judicialização das relações de trabalho e para a paz social. A representação sindical não será mais aquela que apenas reivindica reajuste salarial e promove greves. O socialismo do início do Século passado que pregava o confronto da classe operária com a empresarial está em extinção e a sua influência no Brasil se dissipará como consequência da necessidade de novo posicionamento diante do tema. A mudança de comportamento dos sindicatos torna-se essencial para prover a eficiente representação de seus associados. A negociação coletiva ganhou muita

importância com a última reforma da CLT. O governo federal deve ratificar a Convenção n. 87 da OIT e também propor o fim do princípio da unicidade sindical. A CLT paulatinamente está se transformando em marco regulatório e isso trará grandes benefícios para as negociações entre empregador e empregado, contribuindo para a dinâmica de mercado e para o desenvolvimento do país.

PALAVRAS-CHAVE: CLT como marco regulatório. Eficiência na representação sindical. Negociação coletiva. Novo papel dos sindicatos.

AFTER 2017 CLT REFORM, WHAT WILL THE ROLE OF THE UNIONS AND THE CLT IN BRAZIL?

ABSTRACT: This study aims to carry out a prospective analysis to verify what will be the new role of unions in Brazil in the 21st century, after the 2017 CLT reform. For this, through bibliographic research, using the deductive method, it is concluded that for the unions to carry out their mission effectively, it will be necessary to adopt the principle of national unity in the country. This will enable the emergence of large unions at the national level, which will contribute to economic stability, development, reduced judicialization of labor relations and to social peace. Union representation will no longer be one that only claims salary increases and promotes strikes. The socialism of the beginning of the last century that preached the confrontation of the working class with the business class is extinct and its influence in Brazil will dissipate as a consequence of the need for a new position on the subject. The change in the behavior of unions is essential

to provide efficient representation for their members. Collective bargaining gained a lot of importance with the last reform of the CLT. The federal government must ratify Convention no. 87 of the ILO and also propose the end of the principle of union unity. CLT is gradually becoming a regulatory framework and this will bring great benefits to the negotiations between employer and employee, contributing to the dynamics of the market and the development of the country.

KEYWORDS: CLT as regulation mark. Efficiency in union representation. Collective bargaining. New union role.

INTRODUÇÃO

A reforma da CLT, implementada pela Lei n. 13.467/2017, alterou significativamente a Consolidação, introduzindo conceitos atualizados de relações trabalhistas, alguns já vigentes na prática, tendo como objetivo adequar essa legislação em vigor desde 1943 à conjuntura vivida no Século XXI no Brasil.

O foco deste estudo será o papel dos sindicatos no país na nova conjuntura que se inicia pós reforma de 2017 e o futuro papel da CLT. Para tal, serão analisados fatores que possibilitarão, no final, chegar a uma conclusão como resposta à questão inicialmente formulada.

No presente século, em virtude da constante e rápida evolução tecnológica em curso no mundo globalizado, há necessidade que as relações sociais do trabalho tenham apenas o mínimo necessário de regulamentação legal. Isto para que preservem somente aquilo que for essencial para proteger o empregado e o trabalhador de ações abusivas por parte do empregador e do tomador do trabalho. Essas relações precisam ganhar nova formatação que venha a beneficiar ambas as partes dessas relações e não somente visando a proteção delas. A relação comercial das condições de trabalho tem que ser fluida para ser capaz de acompanhar a evolução dos fatos num mercado globalizado dinâmico.

A contribuição sindical, quando obrigatória, juntamente com a tributação, incrementa o “custo Brasil” que prejudica tanto a exportação de produtos quanto a comercialização de produtos e serviços no país. Para o Brasil se inserir competitivamente no mercado global e reduzir custos no mercado interno é preciso que esse “custo” seja reduzido. Esse processo passa pela alteração da organização sindical que possibilitará a melhoria da eficiência na representação, a redução da judicialização das relações de trabalho, com a substituição desta pela mediação a cargo dos sindicatos, dentre outros fatores. Verifica-se que a filosofia dos sindicatos brasileiros tem que evoluir do confronto para a parceria.

Muitos acham que essas modificações legislativas têm por objetivo único extinguir os sindicatos e os direitos adquiridos pelos empregados e trabalhadores ao longo de décadas de reivindicações, lutas e conquistas. Não é isso. Os sindicatos continuarão importantes porque numa economia capitalista liberal tem que haver paridade de forças entre empregadores e empregados e os sindicatos que agregarem um número significativo

de associados terão a força necessária para alcançar esse equilíbrio contratual. E isso é de suma importância para que haja negociações que resultem em benefícios mútuos para as partes, promovendo estabilidade para economia e também benefícios principalmente para empregados e trabalhadores, para a sociedade como um todo e para o país.

O sindicalismo horizontal é uma forma de negociação direta entre trabalhadores e empregadores/governo, exercido por lideranças que naturalmente surgem da base¹. Isso pôde ser claramente constatado por ocasião da greve dos caminhoneiros autônomos, que ocorreu em maio de 2018. Nela verificou-se que a negociação para o fim da greve não se deu entre a cúpula de sindicatos dessa classe e representantes do governo ou contratadores de fretes, mas sim por meio de lideranças da base. Esta é a prova de que sindicatos burocráticos e ineficientes foram deixados de lado nas negociações.

Portanto, está patente que o modelo sindical adotado no país precisa mudar. O princípio da unicidade sindical precisa ser extinto e, em seu lugar, adotada a plena liberdade sindical que deverá possibilitar o natural agrupamento de sindicatos de classes afins, para formar grandes sindicatos a nível nacional, adotando-se, então, voluntariamente o princípio da unidade nacional sindical. Consequentemente o país poderá finalmente ratificar a Convenção n. 87 da OIT.

O Art. 611-A da CLT, fruto da reforma citada, abre o caminho para que a negociação coletiva venha a ter importante papel nas relações de trabalho daqui para o futuro. Por meio dele aquilo que for negociado dentro do rol autorizado nos incisos desse artigo terá prevalência sobre a lei. Esse rol é exemplificativo e no Art. 611-B estão os pontos que não poderão ser negociados. Esta é a porta de entrada para a nova conjuntura já citada em que a CLT, amplamente reformulada com novos conceitos, gradativamente assumirá o papel de marco regulatório.

Essa nova conjuntura possibilitará às empresas adequarem-se plenamente à dinâmica do mercado globalizado melhorando sua competitividade internacional, possibilitando a maior abertura da economia nacional e, quanto às relações de trabalho, maior oferta de empregos.

É a geração de emprego a grande responsável pela melhoria das condições de vida da população, com o incremento da renda. Disse Ronald Reagan: “*Acredito que o melhor programa social é um emprego*”.²

O presente estudo, baseado no método dedutivo, fundamentado em pesquisa bibliográfica, tem por objetivo analisar o papel a ser desempenhado pelos sindicatos e pela CLT após sua reforma, ocorrida em 2017.

1 Ou do “chão de fábrica”, por assim dizer.

2 Ronald Reagan foi o 40º presidente Norte Americano. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=frases+de+ronald+reagan&tbm=isch&source=iu&ictx=1&fir=jblf-T_g_ERQ7M%253A%252CFSKAI_BHpeDBpM%252C_&usg=AI4_-kQo01j1AbwMHY4LF_KIhr3k_OiCZA&sa=X&ved=2ahUKEwiojInJ5t7fAhX3BWMBHTFQDJAQ9QEwAAnoECA-QQBA#imgrc=jblf-T_g_ERQ7M: Acesso em: 29/05/2021.

OS SINDICATOS NO BRASIL

Num levantamento realizado em 2016 no país verificou-se que existiam na época mais de 16 mil sindicatos³. Comparando-se esse dado com o número de sindicatos em outros países democráticos⁴ chega-se à conclusão que este número está muito além da realidade mundial e da necessidade negocial da classe trabalhadora.

Este elevado número, basicamente, é resultados de três fatores: o primeiro é a adoção, no Brasil, desde 1943, do princípio da unicidade sindical; em segundo lugar a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição sindical por empregados e empregadores, abolida pela reforma da CLT de 2017; e, em terceiro o fator de que criar sindicatos no Brasil transformou-se em um grande negócio, particularmente para as diretorias.

O princípio da unicidade é constitucional previsto no inciso II do Art. 8º da Carta Magna. Desta forma, a adoção da unicidade sindical foi compulsória e não por opção dos trabalhadores porque a Constituição promulgada em 1988 manteve esse princípio estabelecido pela CLT em 1943. Por meio deste, cada categoria profissional somente poderá associar-se num sindicato tendo como base territorial, na maioria dos casos, a área de um Município. Trata-se de uma dicotomia em função da qual, até a presente data, o país não ratificou a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que trata da liberdade sindical. Dicotomia porque o *caput* do Art. 8º prevê a liberdade de associação e o seu inciso II a restringe.

Já a obrigatoriedade do recolhimento da contribuição sindical pelos empregados e empregadores foi estabelecida para prover os recursos necessários ao funcionamento desses milhares de sindicatos e servir de instrumento de dominação econômica deles pelo governo de Getúlio Vargas, que controlava o que era arrecadado. Informalmente era conhecida como “imposto sindical” em razão de suas características serem semelhantes a de um imposto⁵. A lei que reformou a CLT em 2017 não extinguiu essa contribuição, apenas ela deixou de ser obrigatória.

O fim da obrigatoriedade desse recolhimento significa o fim de muitos sindicatos em razão da sua pouca ou nenhuma representatividade. Porém, isoladamente, esse fator não propiciará o aprimoramento da representação sindical no país. Outro importante fator relacionado à obrigatoriedade é a sua contribuição para o “custo Brasil”⁶, que impacta diretamente no preço dos produtos aqui produzidos, prejudicando a competitividade do país no comércio internacional e impedindo que haja redução de seus preços no mercado interno.

3 Disponível em: <https://www.folhapolitica.org/2017/01/brasil-tem-mais-de-16-mil-sindicatos.html>. Acesso em 02/06/2021.

4 Na Alemanha há 8 sindicatos nacionais.

5 De acordo com o Art. 16 do Código Tributário Nacional, “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte”.

6 Pode-se afirmar que “custo Brasil” é o conjunto de fatores como: excessiva carga tributária; inadimplência; burocracia estatal; juros altos; infraestrutura deficiente; corrupção; violência; encargos trabalhistas; e outros, que encarecem além do necessário os produtos e serviços no país. Disponível em: https://www.http://paineira.usp.br/lae/wp-content/uploads/2017/02/2005_Costa_Gameiro.pdf. Acesso em: 02/06/2021.

A NOVA CONFORMAÇÃO SINDICAL: O FENÔMENO DA REPRESENTAÇÃO HORIZONTAL

Considera-se representação horizontal aquela que ocorre no interior da base, ou seja, surgem lideranças naturais entre os trabalhadores que passam a não ser representados pelos membros do sindicato nomeados pelas diretorias ou pelos próprios diretores.

Essa representação horizontal é mais um indício de que, na prática, os dirigentes sindicais não mais representam seus associados pelo simples fato de não exercerem eficazmente sua função. Não existe vácuo de poder. Toda vez que aquele que deve representar uma classe não o faz, surgirá quem o faça. Os cargos de diretoria de sindicatos há muito se transformaram apenas numa forma de presidentes de sindicatos favorecerem amigos com ocupações muito bem remuneradas.

Com o advento das redes sociais e sua disseminação devido à democratização das comunicações surgiu uma nova e eficiente ferramenta de comunicação que possibilitou, por exemplo, à classe dos caminhoneiros autônomos exercer suas reivindicações diretamente ao governo, sem ser tolhida pela burocracia, omissão e ideologia dos representantes de seu sindicato.

Entendendo a greve dos caminhoneiros autônomos de maio de 2018

A greve dos caminhoneiros que se iniciou em 18 de maio de 2018 no Brasil e teve 9 dias de duração trouxe ao conhecimento de todos um fenômeno do Século XXI, decorrente da utilização de redes sociais, particularmente do “*whatsapp*”. O processo de mobilização por meio dessas redes já tinha sido exitoso nas manifestações de rua que ocorreram em 2015. Esta greve pode ser considerada como uma quebra de paradigma nas negociações entre patrões/governos com trabalhadores e empregados.

A tradicional mobilização de trabalhadores por meio de sindicato foi substituída, nesta greve, pela mobilização de pequenos grupos por meio de redes sociais. A mobilização vertical burocrática foi substituída pela horizontal informal.

A mobilização vertical, ou seja, trabalhadores se mobilizam em virtude de uma ordem do presidente do sindicato, transmitida aos trabalhadores por meio de representantes de sindicatos transformou-se em mobilização horizontal por meio da iniciativa de vários líderes, trabalhadores, que não fazem parte da direção do sindicato ou são seus representantes.

A greve teve início por meio dos caminhoneiros autônomos que se insurgiram contra a política de preços praticada pela Petrobrás que detém o monopólio do refino do petróleo no país. A grande flutuabilidade de preços dos combustíveis estava impactando no valor dos fretes muitas vezes ocasionando prejuízos.

O Sr. Pedro Parente, que assumiu a Petrobrás em 1º de junho de 2016, resolveu adotar uma política de preços de mercado, seguindo a variação do preço internacional do barril de petróleo, juntamente com a variação do dólar, para começar a reverter os prejuízos

causados pela intervenção do governo federal na empresa de 2002 a 2015, que gerou grandes prejuízos, além da corrupção. Uma vez que essas variações ocorrem diariamente, por ser uma commodity (petróleo) negociada internacionalmente, os preços dos derivados do petróleo vendidos pela empresa passaram a variar da mesma forma. Essa prática surtiu efeitos positivos para a empresa, mas não para os caminhoneiros autônomos que dependem do valor do frete para auferir rendimentos. O valor do frete não acompanhou a variação dos combustíveis gerando prejuízos a esses caminhoneiros.

Em meio a essa crise dos fretes surgiram lideranças que, após fracasso em tratativas com o governo, mobilizaram seus pares entrando em greve e praticamente paralisando o país. O principal fato decorrente desse episódio foi que ocorreram sem a intervenção dos sindicatos. Ou seja, a mobilização não foi vertical oriunda da cúpula dos sindicatos de caminhoneiros e sim da base. E, na prática aplicou-se o princípio da unidade nacional sindical.

O sindicalismo horizontal

A comunicação entre as pessoas neste século nunca esteve tão ativa. O preço dos telefones celulares caiu muito, bem como o valor das linhas, após a privatização da antiga Telebrás. O fenômeno das redes sociais possibilitou não uma aproximação física das pessoas, mas sim uma imensa facilidade de comunicação entre elas, ou seja, uma aproximação social. Com essa facilidade veio a capacidade de mobilização e desmobilização de pessoas. Isso veio para ficar. Pode ser utilizado em qualquer área, inclusive em campanhas eleitorais.

O contato pessoal presente nos movimentos sindicais tradicionais, por meio de aglomerações, reuniões, protestos etc., onde líderes discursam tentando convencer trabalhadores a aderirem a movimentos reivindicatórios, usados para as mobilizações, muitas vezes por razões políticas alheias às necessidades dos associados, estão sendo substituídos pelo contato direto entre trabalhadores. A estrutura sindical vigente que representa o sindicalismo vertical está em vias de extinção caso não seja remodelada e seja realizada a adequação à realidade.

Verificou-se que esse novo tipo de mobilização horizontal é rápida e econômica. A comunicação por meio do *whatsapp*, por exemplo, utilizando *wi-fi* onde é gratuitamente disponibilizado é eficaz e barata. Não é necessário deslocamento para reuniões, o que representa gastos para quem não tem mais recursos para nada a não ser comer, às vezes nem isso. É possível consulta imediata a todos os participantes de grupos nas mídias eletrônicas. Todos passam a ter sua opinião ouvida.

Os caminhoneiros autônomos que se mobilizaram em virtude dos altos preços do diesel que impactou o valor do frete podem pertencer a vários sindicatos. Esse é um fator importante que reforça a tese principal apresentada neste trabalho que é o fim na “unicidade” sindical. A mobilização via redes sociais teve abrangência nacional de uma

classe sem a atuação de sindicatos para sua consecução.

Não houve um presidente de sindicato ou de vários sindicatos mobilizando os caminhoneiros. Houve a comunicação entre si de vários líderes de grupos de redes sociais coordenando a paralização a nível nacional de toda uma classe. Essa paralização se deu não por motivos políticos e sim em razão de uma pauta econômica justa que afeta a todos de fato. Esse é um papel que deveria ter sido realizado pelos sindicatos e não foi. Esse sindicalismo horizontal fez com que se alterasse a forma de negociar entre patrão ou governo com os representantes do movimento grevista.

Não há mais a figura do líder sindical à frente de tudo. Não houve, neste caso, o uso político das necessidades de uma classe de trabalhadores para um presidente de sindicato obter vantagens que nem sempre são aquelas reivindicadas pelos trabalhadores representados.

Surgiu a “liderança difusa”, obrigando que a negociação fosse realizada entre o patrão ou governo com vários líderes de pequenos grupos. Também a forma de negociar teve que mudar. Ao invés de todos reunidos ao redor de uma mesa, a negociação poderá ocorrer por meio de mensagens ou reuniões virtuais nas próprias redes sociais por meio das quais os trabalhadores se comunicam. Poderá ser por videoconferência utilizando-se das ferramentas dessas próprias redes com abrangência nacional. Ou seja, ocorreu uma quebra de paradigma.

Essa nova forma de negociar poderá tornar as negociações mais complexas, em virtude de reunir um número maior de pessoas que antes. Mas, ao mesmo tempo produzirá resultados reais e imediatos, por terem sido produto de discussão com vários pequenos líderes que trarão à mesa de negociações diferentes aspectos da situação realmente vivida na base. Da mesma forma estará afastada a conotação política, que muitas vezes é trazida à negociação intencionalmente e não relacionada com as reivindicações dos trabalhadores. Os debates passarão a ter como tema aquilo que é realmente necessário, pois haverá o contato direto entre aqueles que detém o poder e aqueles que têm uma pauta reivindicatória justa. Os trabalhadores/empregados não mais serão usados politicamente.

Outro aspecto importante advindo dessa nova forma de negociação é a rapidez com que as decisões poderão ser implementadas ou os posicionamentos dos negociadores poderão ser informados aos associados para que possam decidir se aceitam ou não. A comunicação das decisões será realizada diretamente aos interessados logo após o término de cada rodada de negociações ou durante uma pausa para consultas. Não haverá mais a burocracia decorrente da estrutura vertical do sindicato, nem as distorções que ela poderá gerar nas comunicações, muitas vezes manipuladas. Assim, uma mobilização de bloqueio de estradas que ocorreu na greve dos caminhoneiros autônomos poderá ser rapidamente desfeita após terminada a negociação, se for o caso, de as reivindicações serem atendidas. Isso traz vantagens porque a paralização de uma atividade ou o bloqueio de uma estrada ou porto, por exemplo, é o último recurso de uma negociação mal sucedida.

E, quando ocorre, prejudica a população de alguma forma. Por essa razão, quanto mais rapidamente for desfeita, menos a população sofrerá.

Por outro lado, há a possibilidade de indivíduos serem intencionalmente colocados dentro de grupos de redes sociais de trabalhadores para provocar tumulto nas negociações. Esses indivíduos atuarão para minar a influência das lideranças, divulgar notícias falsas, promover a desinformação e a prática da violência nos protestos e muitas outras ações nocivas tanto para as negociações quanto para a população. Pautas falsas podem ser inseridas em meio às reais necessidades dos trabalhadores. Falsos líderes poderão surgir fazendo com que os negociadores de empregadores ou do governo negociem com quem não detém a verdadeira liderança. Enfim, a prática da mobilização por meio de redes sociais por um lado pode ter inúmeras vantagens e, por outro lado, pode causar grandes transtornos. Mas há instrumentos nas próprias redes para bloquear esses indivíduos e a prática aperfeiçoará o sistema. O certo é que no balanço final de uma negociação de greve invariavelmente quem perde é a população.

O que precisa estar presente nessa nova prática de mobilização por meio de redes sociais, em primeiro lugar, é o bom senso. Em seguida, é preciso que exista verificação prévia de todos aqueles que desejam passar a fazer parte de grupos de trabalhadores formados nas redes sociais. É preciso cadastrar e verificar a veracidade de dados para que o grupo formado seja realmente composto dos trabalhadores da classe que o grupo representa. Desta forma, poder-se-á realmente usufruir dos benefícios que a praticidade dessa forma de mobilização disponibiliza, bem como da velocidade de comunicações que possibilita. Há uma infinidade de possibilidades com aplicativos.

A UNIDADE NACIONAL SINDICAL

A unidade nacional sindical é um princípio por meio do qual uma ou mais categorias profissionais afins se associam formando sindicatos com abrangência nacional. Contrariamente, o princípio da unicidade sindical, hoje vigente na Constituição Federal, propugna a criação de sindicatos a nível municipal por categoria profissional.

Afirma Alice Monteiro de Barros:

“[...] a unidade sindical traduz a união espontânea em torno de um único sindicato, à semelhança do que ocorre na unicidade, porém não em decorrência de imposição legal, mas como uma opção, como manifestação espontânea de seus integrantes. A República Federal da Alemanha adota a unidade sindical.”

É com base nesse princípio, com o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, já aprovado pela Lei n. 13.467/2017, e com o fim do princípio da unicidade sindical, que depende de alteração da Constituição, é que teremos no Brasil a consolidação de uma representação sindical eficiente, sem as amarras ideológicas inseridas na CLT por Getúlio

Vargas. Elas foram baseadas na *Carta del Lavoro*, código de trabalho italiano de cunho fascista imposto por Benito Mussolini, ditador na Itália, em 1927. A adoção do princípio da unidade nacional sindical, além de solucionar a dicotomia existente no Art. 8º da Constituição Federal⁷, possibilita a criação de sindicatos a nível nacional e com liberdade de associação.

Com base na unidade nacional sindical poder-se-á ter no país sindicatos a nível nacional que agreguem categorias afins. A adoção desse princípio proporcionará aos sindicatos mais poder de negociação devido ao grande número de sindicalizados. A negociação coletiva será muito mais valorizada em função do peso obtido pela abrangência nacional. A estrutura de um sindicato a nível nacional e a arrecadação “voluntária” lhe possibilitará prestar a assistência a seus associados em melhores condições com qualidade e competência.

O próprio princípio gerador do sindicato que é a união de forças para, de forma consciente e produtiva, atuar visando o bem dos associados e da empresa, já lhe agregará a sinergia necessária ao bom curso de negociações. Isso fará com que o sindicato venha a ser cada vez mais atrativo, com isso mais numeroso e conseqüentemente cada vez mais forte. Os próprios resultados positivos nas negociações carrearão cada vez mais associados, num círculo virtuoso. Mais recursos serão arrecadados e o grande número de associados possibilitará menor valor contributivo.

A motivação do sindicato mostrará ao empregador que o objetivo dele é somar forças para evoluir junto com a empresa. Desta forma, haverá mais disposição para a negociação, fator que certamente possibilitará a obtenção de acordos que beneficiarão ambas as partes sem que haja necessidade de serem deflagradas greves. O sindicato ganhará credibilidade e representatividade que lhe proporcionarão confiabilidade nas negociações com os empresários ou entidades empresariais.

Com isso ter-se-á sindicatos fortes e organizados que propiciarão equilíbrio de forças com as associações de empregadores. Ocorrerá a unificação de relações de trabalho no país o que promoverá estabilidade e discussões produtivas tanto para as partes como para o governo e a sociedade.

O grande exemplo de aplicação do princípio da unidade sindical vem da Alemanha. Lá a força da organização sindical é demonstrável mesmo em nível econômico, graças à propriedade, pelos sindicatos, de companhias de seguro, bancos e outros negócios. O sindicato alemão, além da estrutura unitária e o correspondente peso na vida social e econômica do país, adota o modelo de participação dos trabalhadores no plano das empresas em cogestão. Tal modelo foi adotado pela República de Weimar e ressuscitado pela República Federal Alemã após o regime nazista. A consequência disso é a elevada

⁷ O *caput* do Art. 8º prevê que é livre a associação profissional, porém, seu inciso II estabelece o princípio da unicidade sindical como regra no país, que contraria o *caput* por impor uma condição. Adicionalmente, o inciso XVII do Art. 5º assegura a liberdade de associação, para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar.

taxa de sindicalização no país o que representa um elevado nível de contribuição sindical, o que confere aos sindicatos autoridade substancial, dispensando a necessidade de recorrer a mediadores legais nas negociações com as empresas.

O modelo alemão gera confiança junto aos trabalhadores. Sua adoção no Brasil possibilitará avanços econômicos e sociais, gerando um ambiente de previsibilidade que surgirá. Será útil para o país porque será um indutor do investimento e conseqüentemente de desenvolvimento.

O FUTURO PAPEL DOS SINDICATOS NO BRASIL COM A DESREGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Após as considerações acima expostas, qual será o futuro papel dos sindicatos no Brasil?

A resposta para essa pergunta é simples: mudança de postura.

José Francisco Siqueira Neto quando comenta a liberdade sindical no Brasil lembra que:

“O sistema brasileiro é incongruente. Não proporciona os resultados e o dinamismo que um sistema democrático e coerente institucionalmente poderia provocar. Essa característica, a meu ver, perversa, invariavelmente dúbia, embaça as discussões. O núcleo do problema não é saber se o interlocutor é contra ou a favor dos sindicatos de trabalhadores.”

Assim, com o fim da fonte de recursos fácil que tinham, os sindicatos ineficientes naturalmente deixarão de existir. Os sindicatos grandes e bem estruturados terão que alterar sua postura para passar a contribuir com a empresa e com os seus empregados, agregando valor ao invés de apenas promover reivindicações com conotação ideológica. Sua atuação deverá focar na criação de uma estrutura de apoio aos associados para que eles possam se ater exclusivamente na sua ocupação, melhorando sua eficiência e produtividade.

Samuel Correia dos Santos afirma que:

“O escopo da gestão de recursos humanos é tornar as pessoas desenvolvidas e integradas, a ponto de realizar seu total potencial. Todo esse esforço está ligado aos objetivos da empresa, sempre mantendo um clima de contínuo aprendizado, participação e envolvimento na realização das presentes e futuras metas.”

A qualificação e requalificação é uma importante tarefa que os sindicatos poderão assumir por meio de cursos, palestras, treinamentos etc. Inclusive esse é um fator que poderá transformar empregados em intraempreendedores, que é a postura que irá prevalecer no Século XXI.

A dinâmica das relações negociais da atualidade não mais se coaduna com a rigidez das normas da CLT. As relações de emprego e trabalho devem ser fluidas o suficiente

para não reduzir a eficiência das empresas, particularmente nas crises, e preservar os empregos.

Em seu trabalho José Francisco Siqueira Neto pontua a origem da força do Sindicato dos Metalúrgicos de Santo André/SP:

“Por que os metalúrgicos do ABC ficaram fortes? Porque combinaram aglutinação de trabalhadores com relevância produtiva e mobilização política. Estavam localizados onde a imensa maioria das montadoras do País ficava, o que significava a localização no centro dinâmico da economia. Não há milagres!”

Mas por que isso aconteceu? Porque no município de Santo André estavam concentradas, na época (anos 1990), várias montadoras de automóveis, o que possibilitou o surgimento de um grande sindicato. Desta forma, esse exemplo mostra o poder de um sindicato forte. Os outros sindicatos que atuavam nessas montadoras apenas seguiam o que o dos metalúrgicos determinava e se beneficiavam do que conseguia.

Sindicatos com abrangência nacional, com eficiente assessoria jurídica, são plenamente capazes de substituir a CLT no que tange a assegurar direitos dos empregados e trabalhadores associados. A última reforma desta Consolidação já abre essa possibilidade quando estabelece que o que for negociado por meio de Acordos Coletivos de Trabalho e de Convenções Coletivas de Trabalho prevalecerá sobre o que estiver previsto na lei, como já mencionado.

Se esses sindicatos com abrangência nacional surgirem serão capazes de assumir a preservação da totalidade dos direitos dos seus associados e as ressalvas ora existentes poderão deixar de existir.

Outra possibilidade que se apresenta para sindicatos com abrangência nacional é a circulação do emprego. Quem perder seu emprego em um estado poderá ser recolocado por meio do sindicato na mesma função ou em função semelhante em outro. É um serviço de recolocação que o sindicato poderá realizar mantendo um banco de dados de vagas disponíveis para os seus associados.

A CLT COMO MARCO REGULATÓRIO

A dinâmica das relações de trabalho do Século XXI não se coaduna com a filosofia protecionista outrora imposta pela CLT. Esta não se adequa mais às novas necessidades tanto das empresas como dos trabalhadores, vigentes neste século.

Na Alemanha, a configuração da organização sindical pouco depende da aplicação de normas legais, exceto às formas de representação e de participação dos trabalhadores na empresa, que são regulamentados de forma específica e detalhada. Mas as leis que se aplicam aos sindicatos contém apenas poucas regras que se restringem aos associados e aos requisitos para habilitar o sindicato a realizar contratos coletivos.

A nova realidade é negocial. Para tal, a CLT deve continuar a ser alterada com o objetivo de mudar seu paradigma. Deverá passar de um instrumento “regulamentador” para um instrumento “regulador” regido por uma Agência Regulatória. O futuro da CLT é ser amplamente reduzida e composta apenas de parâmetros balizadores das negociações entre grandes sindicatos e empresas. Ao invés da regulamentação burocrática da Consolidação passar-se-á a aplicar à negociação entre empresa e sindicato as regras contratuais do Código Civil dentro de parâmetros regulatórios. As amarras celetistas darão lugar à liberdade contratual.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Lei 13.467 de 13 de jul. 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. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e n. 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 10/01/2019.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. **Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização**. Disponível em: https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5/Convencao_87_OIT_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_39_5C1BO0K89D40AM2L613R2000-86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5-kQPNDq. Acesso em: 09/01/2019.

KLAES, Mariana Izabel Medeiros. **O fenômeno da globalização e seus reflexos no campo jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 968, 25 fev. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8005>. Acesso em: 04 jan. 2019.

NETO, José Francisco Siqueira. **Liberdade sindical no Brasil: desafios e possibilidades**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, no 2, abr/jun 2012. Disponível em : https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/31425/2012_siqueira_netto_liberdade_sindical.pdf?sequence=3. Acesso em: 10/01/2019.

OLIVEIRA, Dennison de. **A cultura dos assuntos públicos: o caso do “Custo Brasil”**. Revista de Sociologia e Política. UFPR, Curitiba, n.14, p.139-161, jun. 2000.

ONUBR, Nações Unidas no Brasil. **Organização Internacional do Trabalho**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>. Acesso em 09/01/2019.

PERONE, Giancarlo. **Sindicatos na União Europeia e no Brasil: estímulos para uma reflexão comparativa**. São Paulo: LTr, 2015.

SANTOS, Samuel Correia dos; TAURINO, Maria do Socorro. **Gestão de recursos humanos em debate: desempenho/ competência/ competitividade**. ESTUDOS – Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Unimar (Universidade de Marília) – Marília, SP, 2003. 168 p; v.7, n.7, 2003.

UNICEF, Brasil. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html. Acesso em: 09/01/2019.

CAPÍTULO 10

INTERESSE PÚBLICO, GESTÃO PRIVADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA TERCEIRIZAÇÃO NA UNIVERSIDADE PÚBLICA ENQUANTO FENÔMENO DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 30/03/2021

Aginaldo de Sousa Barbosa

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais –
Universidade Estadual Paulista (UNESP)
Franca - São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/7871008221742180>

Beatriz Yumi Picone Takahashi

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais –
Universidade Estadual Paulista (UNESP)
Franca - São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/7824261787999388>

Leonardo de Oliveira Baroni

Faculdade de Ciências Humanas e Sociais –
Universidade Estadual Paulista (UNESP)
Franca - São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/6048174421543872>

RESUMO: As mudanças da estrutura de produção e acumulação do Capital, principalmente a partir da década de 1970, trouxeram como efeito direto a célere derrocada dos direitos trabalhistas. A lógica da terceirização figurou, nesse contexto, como uma das maiores expressões da precariedade envolvendo a classe trabalhadora. O presente artigo tratará, desse modo, dos efeitos do processo de difusão da hegemonia neoliberal para além da atividade econômica privada, buscando discutir sua influência na gestão pública das universidades e, nessa perspectiva, tendo reflexos em questões que, a rigor, fogem à circunscrição estrita dos interesses

do mercado. Observa-se, à luz dos substratos teóricos e jurídico-políticos, que os bens que consubstanciam o interesse público, a exemplo da educação e ciência básica, são submetidos à mesma lógica de produção das mercadorias destinadas ao consumo trivial.

PALAVRAS-CHAVE: precarização do trabalho. terceirização. interesse público. universidade.

PUBLIC INTEREST, PRIVATE MANAGEMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF OUTSOURCING IN THE PUBLIC UNIVERSITY AS A PHENOMENON OF PRECARIOUSNESS WORK

ABSTRACT: The changes in the structure of capital production and accumulation, mainly from the 1970s onwards, brought the rapid fall of labor rights as a direct effect. The logic of outsourcing was, in this context, one of the greatest expressions of precariousness involving the working class. This article will thus deal with the effects of the process of spreading neoliberal hegemony beyond private economic activity, seeking to discuss its influence on the public management of universities and, in this perspective, reflecting on issues that, strictly speaking, are beyond the circumscription. strict interest of the market. It is observed, in the light of theoretical and legal-political substrates, that the goods that substantiate the public interest, such as education and basic science, are subjected to the same logic of production of goods destined for trivial consumption.

KEYWORDS: precarious work. outsourcing. public interest. university.

1 | INTRODUÇÃO

As transformações ocorridas na estrutura produtiva capitalista nas quatro últimas décadas desencadearam, em escala global, profundas mudanças jurídico-políticas e institucionais. O imperativo da flexibilidade que passa a caracterizar as relações de produção e, por conseguinte, as relações de trabalho, se desdobra de maneira abrangente para todas as demais dimensões da vida político-social, exigindo reformas profundas na administração do Estado e estabelecimento de novos marcos legais para a regulação das atividades econômicas e laborais.

A emergência de uma dinâmica de acumulação flexível (HARVEY, 1995), que confronta a “rigidez” da organização industrial fordista e abala os alicerces da sociedade salarial engendrada por essa estrutura de produção (CASTEL, 1998), requer instrumentos políticos e ideológicos potentes o bastante para promover o dismantelamento da arquitetura institucional que sustenta o modelo capitalista vigente desde a segunda década do século XX. O neoliberalismo representou a possibilidade de operacionalização política das transformações necessárias no arcabouço econômico-produtivo e, no campo das ideias, a urdidura social necessária à legitimação das duras mudanças.

O presente artigo trata dos efeitos do processo de difusão da hegemonia neoliberal para além da atividade econômica privada, buscando discutir sua influência na gestão pública e, nessa perspectiva, tendo reflexos em questões que, a rigor, fogem à circunscrição estrita dos interesses do mercado. O foco principal da análise é a precarização das relações de trabalho nas universidades públicas, fenômeno resultante tanto da crescente prática da subcontratação de serviços nessas instituições quanto da estratégia de estabelecimento de contratos de trabalho temporários em uma de suas atividades-fim: o ensino. Ambos os expedientes são expressões da aplicação do receituário neoliberal à administração pública, em especial das recomendações acerca da flexibilização das relações laborais como forma de obter eficiência econômica.

Nesse caso, bens que consubstanciam o interesse público, como educação e ciência básica, são submetidos à mesma lógica de produção que mercadorias destinadas ao consumo trivial. Estas últimas se distinguem das primeiras por serem objeto de apropriação particular, individual, estimulada pelo gosto pessoal ou pelo marketing. Educação e ciência, ainda que fragmentariamente possam ser adquiridos no mercado, individualmente, possuem em sua essência o caráter de benefícios difusos, em alguns aspectos universais, irredutíveis à aquisição privada. Reside aí sua conotação como assunto de interesse público. Sua gestão como um insumo qualquer para o mercado enseja a discussão que realizamos nesse artigo.

2 | A LÓGICA PRIVADA NA GESTÃO PÚBLICA

Diferentemente do que ocorre na gestão das transações privadas, que visam à rentabilidade econômica por meio da otimização de custos, conforme destacado anteriormente os bens classificados como de interesse público possuem natureza diversa e demandam uma lógica distinta na sua administração (DAGNINO, 2016a e 2016b; BARBOSA, 2018).

Todavia, ao mesmo tempo em que se assiste à promoção de alterações profundas na organização empresarial privada, visando à consolidação dos princípios de uma acumulação flexível, o ideário neoliberal estimula a adoção por parte do poder público de procedimentos de gestão semelhantes aos utilizados no ambiente de negócios. De acordo com os signatários do neoliberalismo, a crise observada nos anos 1970/1980 – assim como as demais crises vivenciadas nas décadas posteriores – tinha sua explicação na maciça presença do Estado nas relações econômico-sociais e à consequente insuficiência e “engessamento” de seus mecanismos de atuação.

Assim, para os defensores da agenda neoliberal, a solução para a ubiquidade estatal seria a sua substituição pela iniciativa privada em quantos setores fosse possível. A análise de Milton Friedman, um dos mais celebrados teóricos do neoliberalismo, é emblemática dessa perspectiva: “O que o mercado faz é reduzir em muito a variedade de questões a serem decididas por meios políticos, e, assim minimizar a extensão em que o governo precisa participar diretamente do jogo” (FRIEDMAN, 2014, p. 17). Por outro lado, onde a atuação privada fosse inviabilizada, a alegada “inércia” da burocracia estatal seria resolvida com a incorporação de ferramentas utilizadas na competição empresarial.

Forjadas nas potências desenvolvidas do Norte, as premissas de uma Nova Administração Pública (NPM - New Public Management, na sigla em inglês) se disseminaram por todo o mundo como panaceia para o que foi entendido como ineficiência do Estado. Seu objetivo primordial: “fazer a Administração Pública operar como uma empresa privada e, assim, adquirir eficiência, reduzir custos e obter maior eficácia na prestação de serviços” (MOTTA, 2013, p. 84). No Brasil, a expressão máxima desse processo se deu com a denominada reforma gerencial do Estado, levada a efeito a partir de meados dos anos 1990, capitaneada pelo então ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, também um importante teórico da NPM no país (PEREIRA, 2007).

No âmbito da universidade pública, a perspectiva da NPM de foco no desempenho e resultados, com o menor dispêndio de recursos, tem sido uma diretriz basilar nas últimas décadas. Serviços considerados fora do eixo da atividade-fim passaram a ser subcontratados junto a empresas privadas e, em nome da austeridade econômica, parte significativa do corpo docente passou a ser contratado em regime temporário. Nos últimos anos, sob a mesma justificativa fiscal, estudantes de pós-graduação têm sido convocados a assumir atividades docentes. Mais recentemente, em 2019, o Ministério da Educação

propôs o projeto “Future-se”, por meio do qual se propõe o aprofundamento da flexibilização da gestão das instituições de ensino superior tanto no que diz respeito ao financiamento quanto à contratação de pessoal.

3 I A REAL FACETA DA TERCEIRIZAÇÃO E SUA RELAÇÃO DIRETA COM A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS DO BRASIL

O sistema de contratação da força de trabalho a partir de uma relação trilateral entre tomadora de serviços (não empregadora), prestadora de serviços (empregadora) e trabalhador se irradiou com força no Brasil através do avassalador impulso neoliberal da década de 70 (DELGADO, 2019).

Em tal contexto de reestruturação produtiva, as discussões envolvendo a terceirização sempre se pautaram no conflito e nas divergências entre o “moderno” e “precário”. A defesa favorável à massiva efetivação do modelo caminhava por discursos sobre a modernização do processo produtivo e a flexibilização dos direitos trabalhistas como ferramentas de geração de emprego e avanço econômico. Por outra via, no entanto, construía-se a perspectiva de que a terceirização aprofundaria, em larga escala, a precarização do Trabalho.

No tocante à realidade experimentada e vivenciada após a consolidação de leis (como a de nº 6.019 de 1974) e entendimentos jurisprudenciais sobre a terceirização (a exemplo da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho em 1993), o que se observou foi:

um elevadíssimo número de acidentes do trabalho, inclusive fatais; de trabalho em vários anos seguidos sem gozo de férias; de jornadas excessivas; de não recebimento de verbas rescisórias; (...) sem falar do assédio provocado pela discriminação e, mais propriamente, pela invisibilidade (SOUTO MAIOR, 2015).

Diante do evidente ataque aos direitos trabalhistas e à capacidade de organização coletiva dos trabalhadores que a terceirização engendra, as estratégias do Capital continuaram em ação de um modo cada vez mais intenso, violento e opressor alcançando, inclusive, setores historicamente públicos, como as universidades federais.

Os interesses privados - que se baseiam em lucro, mercantilização, privatização e terceirização – buscam subverter o caráter das universidades e extrair o mínimo de público que ainda existe nesse espaço (DEL PINO, 2020).

Nesse sentido, este artigo brevemente tecerá críticas ao Projeto de Lei 3.076, que busca instituir o programa “Universidades e Institutos Empreendedores e Inovadores” direcionado às Instituições Federais de Ensino Superior, a fim de mostrar que na mesma lógica precarizante da terceirização se encontra a proposta do Ministério da Educação de atender as necessidades do mercado e aproximar o público do privado.

3.1 Future-se: Da modernização à precarização

O Ministério da Educação submeteu a minuta do Projeto de Lei 3.076/2020 à deliberação do Congresso Nacional, após algumas consultas públicas e mudanças na proposta original de 2019.

Em linhas gerais, o fundamento para a proposta de “inovação” (leia-se aqui “modernização”) do MEC envolve a limitada capacidade e restrições orçamentárias das universidades e a importância de se impulsionar as fontes adicionais de recursos, a fim de atender às demandas sociais.

Sob três eixos que abordam desde a pesquisa, desenvolvimento tecnológico e empreendedorismo até a internacionalização, as medidas previstas pelo MEC visam intensificar a lógica perversa do Capital de submissão do pensamento crítico e das produções científicas livres e independentes ao mercado financeiro.

É por esse motivo, por exemplo, que o artigo 18, inciso IV do Projeto de Lei, constitui como diretriz “estabelecer conteúdos de propriedade intelectual, empreendedorismo e inovação de forma transversal nas matrizes curriculares (...)” e o inciso V, do artigo 19, aponta para a relevância do apoio a criação de empresas juniores nas universidades (BRASIL, 2020).

Dessa maneira,

tem-se uma proposta para o ensino público superior (federais) calcado em uma concepção que não é somente neoliberal. (...) É um projeto que busca reformular o ensino e a pesquisa – porque a proposta descarta a extensão – para algo que as tornem ‘mais úteis para a sociedade brasileira’, conforme o plano de governo deste presidente, ou completamente submissas ao funcionamento do mercado financeiro, das grandes empresas. Além de formar profissionais ‘empreendedores’, o que em uma economia de oligopólios dá origem a ‘uberizados’. É uma lógica absolutamente privada e privatista, o que não significa excelência (WEGNER, 2020).

Assim, todas as políticas voltadas à educação universitária gratuita e de qualidade passam a centrar, com grau mais elevado, o desempenho imposto pelas regras do mercado e eficiência de gestão através das parcerias público-privadas. É o modelo que faz sentido para a modernização precária, acrítica e destrutiva dos projetos neoliberais em curso, vide a tese de licitude da terceirização de toda atividade meio ou fim fixada pelo STF na ADPF 324, a “PEC do fim do mundo” e a reforma trabalhista de 2017 (DEL PINO, 2020).

3.2 Pandemia: Da precarização à destruição

As preocupações com os rumos precários da universidade se aprofundam com a crise humanitária agravada pela pandemia do COVID-19. O capitalismo continua buscando seu espaço para gerar novas formas de destruição e punição da classe trabalhadora, embora quase 300 mil mortes tenham sido registradas no país (BRASIL, 2021).

Com o aumento da flexibilização e a própria suspensão de direitos trabalhistas, as circunstâncias propiciadas pelo Novo Coronavírus expõem sem ressalvas quem são as pessoas desprotegidas, sem tutela do Estado e sob condições permanentes de risco, como demonstra a demissão em massa de trabalhadoras terceirizadas da Universidade de São Paulo (HIRANO, 2020).

Ocorre que mesmo diante de tais situações explícitas de desrespeito ao trabalho decente, à moradia digna e proteção social, a perspectiva do empreendedorismo como parâmetro de uma universidade inovadora; o teletrabalho e trabalho intermitente como formas modernas de desempenhar o labor e a diminuição de direitos trabalhistas como fator inerente ao desenvolvimento econômico e social se consolidam e imunizam o capitalismo. “A crise é o momento pelo qual a desagregação gera acumulação” (MASCARO, 2020).

4 | O INTERESSE PÚBLICO DE UMA EDUCAÇÃO PRIVADA

A crise na educação superior observada no Brasil não é exclusividade nacional, mas sim fenômeno arquitetado e planejado para que ocorresse nos países centrais e, em maior medida, nos em desenvolvimento. Os argumentos utilizados no projeto de Lei “Future-se”, os cortes de gastos a educação superior, a busca pela diversificação das fontes de recurso universitário, a descentralização da gestão da educação superior pública, o incentivo à expansão de instituições privadas e a própria privatização ou semiprivatização das instituições de ensino superior públicas fazem parte de um projeto anunciado desde a crise dos Estados de Bem-Estar e Desenvolvimentistas - ante o novo modelo de acumulação flexível, imposto pela reorganização do capital (HARVEY, 1995).

Nesse sentido, a partir da década de 80, o Banco Mundial começou a defender a tese de que os investimentos em educação básica trariam maior retorno do que os recursos investidos na educação superior, alegando que para essa última o retorno privado era consistentemente maior (SGUISSARDI, 2005). Recomendando objetivamente que, diante de tal constatação, a educação primária fosse priorizada em detrimento da secundária e que, para tanto, os investimentos nessa fossem significativamente reduzidos e que sua responsabilidade fosse transferida para as famílias - posto que “evidências demonstram que as pessoas estão dispostas a pagar pela educação” (WORLD BANK, 1986, p. 17).

Juntam-se a discussão outros argumentos que viriam complementar a tese suscitada pelo Banco Mundial, como o de Nicholas Barr que afirmava que o ensino superior seria um bem privado e não público. Segundo ele, o ensino secundário poderia ser subordinado ao mercado porque seria algo limitado, inexigível a todos e que se poderia comprar, ou seja, apresentaria características de um bem privado (BARR, 1993).

Assim, o que se constata é a construção de todo um suposto arcabouço teórico para embasar mudanças políticas, aparentemente, inevitáveis e modificar a opinião pública sobre o assunto. A intenção era a de caracterizar as mudanças necessárias para adequação do

capital como positivas e necessárias de tal forma que a Administração Pública, ao realizá-las, pudesse alegar estar de acordo com sua premissa - defender e assegurar o interesse público.

Importante ressaltar que a estratégia neoliberal utiliza-se da imprecisão do conceito indeterminado para cancelar e garantir a efetivação de seu projeto. Isso porque o interesse público não encontra definição pronta, objetiva, mas sim carece do preenchimento dado por seu aplicador, extraído da realidade (BORGES, 1996). Por isso, o jogo de disputa do ideário popular a respeito da educação superior e da própria administração Pública é essencial para o sucesso da acumulação do capital.

A “re-semantização de conceitos outrora de profundo sentido positivo para os que defendem o conhecimento, a educação e o ensino superior, no caso, como bens públicos universais” (SGUISSARDI, 2005) é facilmente comprovada quando se observa toda uma nova língua criada para fortalecer a narrativa neoliberal em desenvolvimento. Nesse prisma, Bourdieu e Wacquant em artigo escrito em 2000 para a *Le Monde Diplomatique* já apontavam para a existência de tal fenômeno demonstrando um acervo de termos e expressões forjadas para armar a disputa da opinião pública, como:

(...) “mundialização” e “flexibilidade”; “governança” e “empregabilidade”; “underclass” e “exclusão”; “nova economia” e “tolerância zero”; “comunitarismo”, “multiculturalismo” e seus primos “pós-moderno”, “etnicidade”, “minoridade”, “identidade”, “fragmentação” etc (BOURDIEU; WACQUANT, 2000).

A dupla de autores ainda complementa sua análise, ressaltando que concomitantemente ao surgimento dessas expressões outras perderam significância nos debates e tornaram-se ausentes, como “capitalismo”, “classe” e “dominação”.

5 | CONCLUSÃO

Conclui-se dessa discussão que Universidade pública não se encontra imune aos efeitos deletérios causados pela reestruturação produtiva do capital e, por conseguinte, dos novos arranjos institucionais engendrados pela agenda política neoliberal no rastro desse processo. Apesar da natureza singular de suas atividades, identificadas com a expressão do interesse público em seu sentido forte, ou seja, a produção de bens coletivos de benefício difusos, a administração de suas funções tem se caracterizado pelos mesmos valores de competitividade e eficiência econômica. Não surpreende, pois, que no espaço dessa instituição aspectos tão recorrentes da crise social que nos afeta nos últimos anos sejam tão familiares: em especial, a precarização das relações de trabalho. Os abalos provocados pela pandemia que marca os anos de 2020 e 2021 agudizam essa percepção.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Agnaldo de Sousa. "Universidade, políticas públicas e desenvolvimento social". In: OLIVEIRA, Maria José de Oliveira et al (Orgs.). **Gestão socioambiental e políticas públicas**. Curitiba-PR: CRV, 2018, p. 49-58.

BARR, N. **The economics of the Welfare State**. 2. ed. London: Weidenfeld and Nicholson, 1993.

BORGES, Alice Gonzales. Interesse público: um conceito a determinar. **Revista de Direito Administrativo**, v. 205, p. 109-116, 1996.

BOURDIEU, P.; WACQUANT, L. La nouvelle vulgate planétaire. **Le Monde Diplomatique**. Paris. 2000.

BRASIL. Projeto de Lei 3.076, apresentado em 02 de junho de 2020. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254321>. Acesso em: 20 ago. 2020.

_____. Secretarias Estaduais de Saúde. 2021. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 24 mar. 2021.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Petrópolis: Vozes, 1998.

DAGNINO, Renato. **Gestão estratégica pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2016a.

_____. "O saber da burocracia, gestão pública e o trânsito para o 'Estado Necessário'". In: SILVA, Hilda M. Gonçalves et al (Orgs). **Políticas públicas de educação e desenvolvimento social**. Curitiba: CRV, 2016b, p. 15-29.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTR, 2019.

DEL PINO, Mauro Augusto Burkert. A universidade pública e o Future-se: a valorização do capital como centro das relações acadêmicas. **Revista de Educação Pública**, v. 29, n. jan/dez, 2020.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Loyola, 1995.

HIRANO, Fly. Terceirização e pandemia na USP. **Jornal A Verdade**, 2020. Disponível em: <https://averdade.org.br/2020/09/terceirizacao-e-pandemia-na-usp/>. Acesso em 15 out. 2020.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e pandemia** (Pandemia Capital). Boitempo Editorial. Edição do Kindle, 2020.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte em gestão pública. **RAE – Revista Brasileira de Administração de Empresas**. São Paulo, EAESP/FGV, v. 53, n. 1, 2013, p. 82-90

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. "Burocracia pública e reforma gerencial". In: **Revista do Serviço Público - 1937/2007**. Número comemorativo de 70 anos, ago/2007, p. 29-47. 2007.

SGUISSARDI, Valdemar. Universidade pública estatal: entre o público e privado/mercantil. **Educação & Sociedade**, v. 26, n. 90, p. 191-222, 2005.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Terceirização**: desabafo, desmascaramento e enfrentamento. Disponível em: <http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>. 2015.

WEGNER, Rubia Cristina. Ensino Superior no Brasil - Descaminhos propostos pelo 'Future-se'. **Revista Docência e Ciberultura**, v. 4, n. 1, p. 281-297, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/re-doc/article/view/50100>. Acesso em: 15 ago. 2020.

WORLD BANK. **Financing education in developing countries: an exploration of policy options**. Washington, DC: World Bank, 1986.

CAPÍTULO 11

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DÍVIDA JÁ SOLVIDA, SOB A ÉGIDE DA SUMULA Nº 159 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUA APLICAÇÃO NAS RELAÇÕES CÍVEIS, CONSUMERISTAS E LABORAIS

Data de aceite: 01/07/2021

Viviane Cristina Martiniuk

Mestre em Direito pela UNIMEP
Piracicaba/SP

Professora universitária lotada na FAIT
Itapeva/SP
Advogada

RESUMO: Este estudo é uma revisão de literatura, que visa fazer uma abordagem acerca do instituto jurídico da responsabilidade civil, fazendo um paralelo entre o artigo 940 do código civil brasileiro com a súmula 159 do supremo tribunal federal, apoiando-se para tanto na doutrina, na legislação e nos estudos jurisprudenciais. Na mesma toada, fez-se uma breve leitura acerca das condutas que estão intimamente ligadas e fazem parte de um enredo que estão inseridos nas relações processualísticas (direito processual civil e do trabalho), bem como nas relações de consumo, conforme a lei 8.078/90 – código de defesa do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito civil; Responsabilidade civil; Dívida já solvida; Súmula 159; Boa-fé.

**CIVIL RESPONSIBILITY FOR DEBT
ALREADY SOLVED, UNDER THE AID OF
SUMULA NO. 159 OF THE SUPREME
FEDERAL COURT AND ITS APPLICATION
IN CIVIL, CONSUMERIST AND LABOR
RELATIONS**

ABSTRACT: This study is a literature review,

which aims to approach the legal institute of civil liability, making a parallel between article 940 of the Brazilian civil code with the summary 159 of the supreme federal court, based on the doctrine, legislation and jurisprudential studies. In the same vein, a brief reading was made about the conducts that are closely linked and are part of a plot that are embedded in the procedural relations (civil and labor procedural law), as well as in the consumer relations, as law 8.078 / 90 – Consumer Protection Code

KEYWORDS: Civil law; Civil responsibility; Debt already solved; Docket 159; Good faith.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo precípuo, fazer um estudo acerca do instituto jurídico da Responsabilidade Civil, insculpido no artigo 940 do Código Civil brasileiro, em consonância com a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, se apoiando à luz da doutrina, da legislação e da jurisprudência.

Tendo em vista a extrema relevância acerca do assunto proposto, a maior parte dos livros jurídicos, principalmente os resumos em demasia, poucas informações trazem sobre o tema, motivo pelo qual tal desinteresse é suprido em extensos manuais, de autores que têm preocupação em dar aos seus leitores uma visão ampla acerca da matéria.

Não obstante e hodiernamente, o estudo da Responsabilidade Civil e suas ramificações, é considerado um dos temas contemporâneos do

Direito Civil mais pungentes e com discussões acadêmicas e práticas das mais acaloradas, se estendendo a outras searas jurídicas tal como às relações de consumo e trabalhista.

Diante disso, tal instituto parte do pressuposto que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito ou ilícito, tem o dever de reparar, suscita um dever jurídico originário: o de não causar danos a outrem e ao violar este dever jurídico originário, o indivíduo passa ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado.

Entretanto, é necessário um entendimento mais aprofundado sobre o tema, partindo do seu significado que tem origem no verbo do latim '*respondere*', o qual traduz que, quando alguém diante uma ação ou omissão causa um dano tem a obrigação de responder, assumindo as consequências que este dano tenha causado, trazendo assim uma ordem jurídica na sociedade (GLAGLIANO, 2011, p. 43-44).

O artigo 1.531 do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071/1916) o qual, atualmente corresponde ao artigo 940 do Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) faz menção da responsabilidade civil do demandante por dívida já solvida ou por quantia superior à devida, punindo o ato ilícito da cobrança indevida.

Todavia, o artigo não traz imposição a sanção civil, que pode ser postulada pelo réu na própria defesa ou da propositura de ação autônoma ou do manejo de reconvenção a fim de que seja, portanto, demonstrada a má-fé do credor, ante a gravidade da penalidade que se impõe. Dada a essa omissão ao texto de lei, a jurisprudência pátria, na linha da exegese inculpada na Súmula 159 do STF, exhibe a constatação da prática de conduta maliciosa ou reveladora do perfil de deslealdade do credor, suscitando, assim, a aplicação civil em debate (VILLAR, 2017, p. 41).

De outro bordo, é necessário fazer uma leitura mais acentuada em cima dos institutos em voga, visto que as condutas que estão intimamente ligadas fazem parte de um enredo que estão inseridos nas relações processualísticas (Direito Processual Civil e do Trabalho), bem como nas relações de Consumo, conforme a Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor.

Talvez, a abordagem seja um pouco mais instigante, visto que práticas inerentes à Responsabilidade Civil, nesta esteira, acerca de dívida solvida seja sinônimo de abuso de direito, cuja expressão se resume no mau uso ou uso excessivo ou extraordinário do direito, que nos remete à ideia de que alguém está exercendo um ato ilícito em razão de um excesso.

Diante disso, a expressão, de forma isolada, quer informar ao intérprete que o justo é exercer o direito, nem mais (abuso), nem menos (aquém).

2 | NOÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A origem da responsabilidade civil encontra-se na lei do talião (olho por olho, dente por dente), cujo objetivo era devolver o mal pelo mal (sistema arcaico). A Lei das XII Tábuas

(450 a.C.) adotou a Lei do talião, e também estabelecia uma responsabilidade pessoal. E, posteriormente, com a *Lex Poetelia Papiria*, a responsabilidade civil deixa de ser pessoal e passar a ser patrimonial (pecuniária), sistema que é adotado até hoje, seguindo a tradição romana (CASSETARI, 2018, p. 359).

Dessa forma, o instituto da Responsabilidade Civil estuda os fatos ligados a uma conduta que provoca danos à outras pessoas, descumprindo, portanto, uma regra estabelecida em um contrato ou, simplesmente, a pessoa deixar de observar um preceito normativo que regula a vida.

São Tiago Dantas (1984, p. 322) ressalta que a responsabilidade civil configura um dever sucessivo, resultante de uma violação de um dever originário, ou seja, a reparação dos injustos, resultante de um dever de cuidado.

Diante do exposto, eis que insurgem os pressupostos, que são os elementos caracterizadores da responsabilidade civil. Embora a doutrina não ser uníssimo quanto estes pressupostos, são os elementos que devem estar presentes para que tenhamos configurada a existência da responsabilidade civil, senão, o Ato ilícito ou conduta; a Culpa; o Dano; e o Nexa de causalidade.

3 I RESPONSABILIDADE POR ATO PRÓPRIO: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DÍVIDA JÁ SOLVIDA SEGUNDO LEGISLAÇÃO VIGENTE

3.1 Apontamentos Iniciais

A responsabilidade por ato próprio decorre exclusivamente do ato pessoal do causador do dano. De acordo com o art. 939 do Código Civil, aquele que efetuar a cobrança de dívida não vencida será obrigado a aguardar o tempo existente para o vencimento, descontando-se os juros correspondentes, mesmo quando estipulados, bem como a pagar a custas em dobro. Trata-se de hipótese de abuso de direito. É necessária a comprovação do comportamento doloso do credor (PINTO, 2017, p. 222).

Todavia, conforme, art. 940 do Código Civil, quem demandar dívida já paga ou pedir mais do que o devido ficará obrigado a pagar, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo caso o mesmo que dele exigir, salvo se houver prescrição. É o caso de indenização de dano moral previamente estabelecido em lei. Assim como na hipótese precedente, também é necessária a comprovação de má-fé do credor (STOCCO, 2011, p. 830).

Todavia, não é novidade mencionar tal matéria trazendo o tema sobre dívida solvida, vez que a disposição legal já estava expressa no Código Civil de 1916 (Lei 3.071/2016), contudo, inserido em título relativo à matéria obrigacional (art. 1.531) e não como se encontra atualmente em título específico sobre responsabilidade civil.

Assim dispunha o art. 1.531, Código Civil de 1916 (Lei 3.071/16):

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar

as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

Fazendo uma comparação entre os dois dispositivos, o antigo 1.531 e o atual art. 940, é de se ressaltar que além da transmutação de matéria obrigacional para o título próprio de responsabilidade civil, houve um sutil aprimoramento inerente à redação, em sua parte final, onde constata-se a redução da oração, senão “salvo se houver prescrição”, ademais, a correspondência de ambos dispositivos é idêntica.

E, ainda, seja pela redação revogada ou atual, é perceptível que só ocorrerá à incidência da responsabilização civil por dívida já solvida quando da promoção de cobrança judicial pelo credor, vez que se fala em demandar, ou seja, intentar ação judicial. Ao mencionar os dois dispositivos, artigos 939 e 940, Claudio Luiz Bueno de Godoy (2010, p. 32) pressupõe que a cobrança, para ensejar consequências nele previstas, tenha sido já levada a uma demanda judicial.

Assim sendo, é imperioso afirmar que a conduta de quem demanda judicialmente em relação à dívida já quitada é considerada como ato ilícito, pelo uso abusivo do credor, vez que o excesso do pedido deduzido resulta na indenização concernente ao pagamento na forma dobrada do valor ou equivalente ao exigido.

Nesta esteira, é imprescindível citar os comentários de Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 472), os quais fazem menção a várias hipóteses de abuso de direito, todos previstos no velho Código, citando como exemplo o exercício abusivo do direito de demanda (artigos 1.530 e 1.531 do CC/1916). Entende-se, portanto, que ajuizada demanda por dívida já paga, configura abuso de direito nos termos do art. 187¹ do Código Civil.

Ademais, nesta mesma linha, é imprescindível observar que este dispositivo, ao longo do tempo, vem trazendo mudanças jurisprudenciais no quer diz respeito ao instituto da “má-fé” e a sua desnecessidade de comprovação e aplicabilidade da pena civil dobrada inserta no artigo 940², tendo em vista a superação da concepção subjetiva para objetiva inerente ao ato ilícito por excesso manifesto.

3.2 Boa-fé (Má-Fé) e Lealdade Processual

Ao inserir este tópico, é necessário trazer uma noção de boa-fé e da lealdade processual, dada a importância atribuída a cada uma dessas virtudes. Assim, é de bom alvitre citar o festejado doutrinador Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 39), que pondera:

Enquanto que cada parte na relação processual busca com a lide a defesa e solução de um conflito privado, o Estado como detentor da tutela jurisdicional

¹ Art. 187 – CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

² Art. 940 – CC. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição

busca um objetivo maior, qual seja, a pacificação social, com a justa composição do litígio e a prevalência do império da Ordem jurídica.

Considerando a manifestação do autor em comento, entende-se que, tanto estado quanto sociedade são empenhados na busca de um processo eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio dessa necessidade, o legislador pátrio se preocupou em criar leis processuais que assentasse os princípios relativos à boa-fé bem como a lealdade das partes e do juiz.

Enriquecendo ainda mais esta conceituação, Américo Plá Rodriguez (2000) faz a distinção entre a boa-fé (crença) e a boa-fé (lealdade):

(...) a boa-fé-crença é a posição de quem ignora determinados fatos e pensa, portanto, que sua conduta é perfeitamente legítima e não causa prejuízos a ninguém. É o sentido que se empresta quando se fala do possuidor de boa-fé (que ignora o vício ou o obstáculo que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito possuído) ou do cônjuge que contrai um matrimônio putativo (pois ignora o impedimento ou o erro essencial e, em consequência, os efeitos jurídicos se produzem como se o ato fosse válido) A boa-fé lealdade se refere a conduta da pessoa que considera cumprir realmente com o seu dever. Pressupõe uma posição de honestidade e honradez no comércio jurídico, porquanto contém implícita a plena consciência de não enganar, não prejudicar, nem causar danos. Mais ainda: implica a convicção de que as transações são cumpridas normalmente, sem trapaças, sem abusos, nem desvirtuamentos (AMÉRICO PLÁ RODRIGUEZ, 2000, p. 225).

Conclui-se a boa-fé lealdade deverá vigorar como princípio pleno de direito pois se exterioriza como um comportamento objetivo, e não uma mera convicção.

E mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 109).

Há quem veja no inciso I do art. 3º da Constituição da República de 1988 o fundamento constitucional da proteção da boa-fé objetiva. É objetivo da República Federativa Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Haveria um dever fundamental de solidariedade, do qual decorreria o dever de não quebrar a confiança e de não agir com deslealdade (VICENZI, 2003, p. 163).

Nesta mesma linha de raciocínio, há quem veja a cláusula geral de boa-fé como concretização da proteção constitucional à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988) (ROSELVALD, 2005, p. 186).

O Supremo Tribunal Federal segue também essa linha de argumentação, de maneira ainda mais incisiva: a cláusula do devido processo legal exige um processo leal e pautado na boa-fé (REVISTA DO PROCESSO, 2013). A transcrição do trecho da fundamentação é necessária:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias

constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além, representa uma exigência de *fair trail*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trail*³ é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos (REVISTA DO PROCESSO, 2013, p. 395-396).

O STF confirma que a exigência do comportamento segundo a boa-fé atinge a todos os sujeitos processuais, e, não apenas às partes:

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trail* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, o que atua diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça.

Todas essas opções são dogmaticamente corretas. Adota-se a do STF, principalmente a razão de um aspecto prático: a caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica, muito bem construída doutrinariamente e aceita pela jurisprudência (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 109).

Diante disso, a lealdade processual nada mais é do que a consequência da boa-fé no processo e com isso exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda ordem.

3.2.1 Quem Deve Provar a Má-fé

Ao se levantar uma possível conceituação acerca do oposto de boa-fé, senão, a 'má-fé', novamente se faz necessário citar Humberto Theodoro Júnior (2012, p. 39), o qual aduz *que* 'a lei não tolera a má-fé e arma o magistrado de poderes para atuar de ofício contra a fraude processual'.

Neste íterim, todos os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, ratificando o art. 13 do Código Civil, concluindo que a boa-fé se presume, e a má-fé deve ser provada. Assim, a responsabilidade do litigante de má-fé que causa dano processual é aferida e determinada nos mesmos autos, não havendo necessidade de ser ajuizada ação autônoma para tanto – CPC 81, §2º (NERY JÚNIOR, 2015, p. 685).

E, ainda, citando o mesmo doutrinador, este desmistifica que a má-fé é a intensão

³ *Fair trail*: julgamento justo.

malévola de prejudicar, equiparada à culpa grave e ao erro grosseiro. O CPC, em seu art. 80 define casos objetivos de má-fé. É difícil de ser provada, podendo o juiz indeferir-la das circunstâncias de fato. E, ainda, não se pode cogitar da pena prevista no CC/1916, 1.531 (CC 940), quando não há prova de má-fé

Esse ônus compete ao credor, que pode não ter elementos suficientes para provar a má-fé do terceiro, um completo desconhecido. E diante disso insurge algumas arguições tais como:

- a) a ausência de boa-fé tem o mesmo efeito que a má-fé? ou
- b) existe uma zona intermediária entre a boa-fé e a má-fé?

E por fim, *na esteira da Súmula 375*⁴, o STJ tem decidido que a boa-fé se presume e a má-fé se prova. Trata-se de princípio geral de direito, universalmente aceito.

3.2.2 A Má-fé nas Relações de Consumo

A cobrança de uma dívida é atividade corriqueira e legítima, uma vez que o Código não se opõe a tal situação, o que ocorre, na maioria das vezes, são os excessos acalorados do recebimento daquilo que se é credor e nisso há a configuração de abusos.

Com relação a percepção de uma possível prática de má-fé, se instala no parágrafo único do disposto consumerista, senão, o art. 42, parágrafo único, abaixo colacionado:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável

O dispositivo traz em seu caput a forma de cobrança e os seus abusos o que difere do seu parágrafo único, senão da repetição de quantia cobrada e paga indevidamente. A matéria em comento é a da repetição do indébito (*repetitio indebiti*), aplicada nas relações jurídico tributárias e civis, seja decorrente de vínculos obrigacionais/contratuais ou não.

Para alinhar o exposto, buscamos o entendimento do nobre doutrinador, Caio Mário da Silva Pereira (2008, p. 472), que acerca do assunto define “a uma obrigação que ao *accipiens* é imposta por lei, mas nem por isto menos obrigação, a qual se origina do recebimento do indébito, e que somente se extingue com a restituição do indevido”.

Em tempo, ainda, que, de forma *sui generis*, origina-se “o vínculo obrigacional daquilo que, na normalidade, é causa extintiva da obrigação”, *extinguindo-se com o retorno ao status quo ante*, “seja por via de devolução do objeto, seja pelo desfazimento do ato prestado”. Assim, tal dispositivo passa a ser aplicado aqueles casos em que a dívida esteja

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_capSumula375.pdf. Acesso em: 02 Jun 2018.

vinculada a uma condição ainda não implementada, ou seja, quando o vencimento for subordinado a um acontecimento pendente de realização. Assim, aquele que vier a receber a dívida, nessas circunstâncias, fica obrigado à restituição, de forma simples e não em dobro.

Villar (2017, p. 41) destaca que para que seja deferida a repetição do indébito, na forma do art. 42 do CDC, exige-se que o consumidor tenha efetivamente pago o que lhe for cobrado indevidamente, não apenas a sua exigência, o qual, sob a égide do art. 940 do CC é suficiente a simples demanda. Além disso, exige-se a não ocorrência de engano justificável por parte do cobrados. Eis aí, a existência de má-fé do cobrador.

Para Grinover (2004, p. 396), se o engano é justificável, não cabe a repetição, todavia no Código Civil, só a má-fé permite a aplicação da sanção. Na legislação especial, tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia dão ensejo à punição. E o engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.

O advérbio injustificadamente, pois, tem por escopo resguardar o mencionado exercício regular do direito de cobrar, guardadas as limitações, por certo, elencadas pelo próprio tipo, que exige sejam punidos os exageros ou abusos que ultrapassam os limites do referido exercício regular de direito (FILOMENO, 2005, p. 273-274).

Neste sentido, não é engano justificável o erro de cálculo elaborado por empregado do fornecedor. É hipótese bastante comum nos contratos imobiliários, particularmente nas aquisições da casa própria, onde as variáveis são múltiplas e as bases de cálculo têm enorme complexidade. Como a maioria dos consumidores, de regra, em tais casos, não descobre o 'equivoco', há sempre um enriquecimento imerecido por parte do fornecedor (GRINOVER, 2004, p. 396).

Por fim, diante de todos esses casos de cobrança indevida, é admissível a *class action* (ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos) descritos nos artigos 91 a 100 do Diploma Consumerista.

3.2.3 A Má-fé nas Relações Laborais

Nas relações laborais, antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467 de 10 de julho de 2017 (BRASIL, 2017), a chamada 'Reforma Trabalhista', as empresas eram demandadas em reclamações trabalhistas, das quais continham valores assombrosos em razão de pedidos totalmente descabidos que beiravam o absurdo, vez que a prática costumeira era de se pedir aquilo que realmente era devido, e, mais, o que não é devido, dentre esses, indenizações por danos morais em valores milionários sem quaisquer critérios cabíveis e cobrança de verbas salariais já pagas no decorrer do contrato de trabalho. Tal situação, além de ferir a dignidade da Justiça do Trabalho, deturpava o regular exercício do direito de ação, pois o pedido, muitas vezes, era envolto de trapaça e o oportunismo de se arriscar

em demanda para pleitear o que já foi pago, o que não tem direito.

Neste escopo é interessante parafrasear Mauro Schiavi (2018, p. 102) quando o mesmo aduz que, na linguagem popular, diz-se que o processo não é instrumento para se levar vantagem, por isso, os sujeitos que nele atuam, principalmente os atores principais (juiz, advogados, autores e réus), devem pautar-se acima de tudo pela ética e honestidade. Assim, os capítulos do Código de Processo Civil que tratam dos deveres das partes e dos procuradores, bem como da litigância de má-fé, ganham destaque na Justiça do Trabalho, como inibidores de condutas que violem os princípios da lealdade e boa-fé processual.

Além disso, o próprio doutrinador alega que Lealdade é conduta honesta, ética, segundo os padrões de conduta aceitos pela sociedade, é agir com seriedade e boa-fé. Esta, por sua vez, é um princípio geral do Direito, aplicável principalmente na esfera do Direito Material do Trabalho, mas também se destaca na esfera do direito processual do trabalho, considerando-se o caráter publicista da relação jurídica processual trabalhista e também do prestígio do processo do trabalho na sociedade capitalista moderna, como sendo um meio confiável e ético de resolução dos conflitos trabalhistas (SCHIAVI, 2018, p. 102).

Diante disso, sendo o Código de Processo do Trabalho subsidiário do Código de Processo Civil, a Lei 13.105/15, trouxe previsão de penas severas à Litigância de Má-fé, conforme já discorrido, e segundo o art. 81, o litigante de má-fé será condenado a pagar multa superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa. Em seguida, no parágrafo 2º, há uma fixação para causas de valor irrisório ou inestimável de multa que poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo.

Portanto, mais do que demonstrar o elo entre fato e direito, exige-se do Advogado a realização do primeiro filtro de justiça, da busca pela verdade.

A litigância de má-fé caracteriza-se como a conduta da parte, tipificada na lei processual (art. 80 do CPC), que viola os princípios da lealdade e boa-fé processual, bem como atenta contra a dignidade e seriedade da relação jurídica processual. A pena por litigância de má-fé é a sanção, prevista em lei processual, que tem a finalidade de inibir (prevenir) e reprimir os atos do litigante de má-fé (SCHIAVI, 2018, p. 102).

Apesar de predominar o entendimento de que “a pena por litigância de má-fé deve ser aplicada à parte, e não ao seu advogado, nos termos dos arts. 14 e 16 do Código de Processo Civil, sempre subsiste o risco de uma penalidade regressiva ao Advogado em ação própria, conforme o entendimento jurisprudencial abaixo:

RECURSO ORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE ADVOGADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. Exclui-se da condenação a responsabilidade solidária de advogado pelo pagamento da multa por litigância de má-fé, uma vez que esta sujeita-se à observância do devido processo legal, em ação própria. Recurso provido parcialmente. (TRT-1 - RO: 00111433720155010024 RJ, Data de Julgamento: 23/08/2016, Nona Turma, Data de Publicação: 12/09/2016)⁵.

5 BRASIL, STJ, REsp 1247820/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011,

Para mitigar riscos como estes, é crucial extrair do cliente o máximo de informações, especialmente aquelas que fragilizam o pleito, pois surpresas na fase instrutória, além de comprometer o processo, podem colocar em xeque a ética do profissional.

É certo que, na prática poderão existir aquelas “zonas acinzentadas”, tomadas pela neblina da incerteza em que o magistrado terá dificuldade em definir se o ato praticado pela parte ou por terceiro foi produto, ou não, de má-fé. Na dúvida, deverá concluir que não, pois a presunção ordinária é de que as partes e terceiros agem com boa-fé (*bona fides*). Essa presunção tanto mais se justifica quando o ato tenha sido praticado pelo autor, vale dizer, por quem provocou o exercício da função jurisdicional (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 100).

A propósito, muito mais comedido na aplicação desse dispositivo legal deverá ser o magistrado do trabalho quando a parte estiver atuando em juízo sem advogado, como lhe faculta o art. 791, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. Em situações como essa calha com perfeição a sentença latina *summum ius, summa iniuria* (Cícero, “Dos Deveres”), a significar que o excesso de rigor na aplicação da lei constitui causa de injustiça (TEIXEIRA FILHO, 2017, p. 100).

4 I A APLICAÇÃO DA SUMULA Nº 159 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sob a coordenação do doutrinador Sálvio Figueiredo Teixeira (2011, p. 338), há entendimentos acerca da matéria em voga e doutrinadores como Carlos Alberto Menezes Direito e Sergio Cavalieri Filho destacam seus entendimentos calcados na interpretação do artigo 1.531 do Código Civil revogado, fundamentando ser necessária a comprovação da má-fé do credor como elemento subjetivo para a responsabilização civil por dívida paga, vez que tais entendimentos, frente ao novo Códex, passam a ser ultrapassados, senão, retrógrados, haja vista as cláusulas gerais do fim social, do fim econômico, da boa-fé e dos bons costumes.

Nesta feita, os comentários elencados e defendidos pelos ilustre juristas tem como premissa basilar a Súmula nº 159 do STF⁶, a qual preconiza: ‘Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.

A publicação dessa respeitável súmula oriunda do Supremo Tribunal Federal se deu no ano de 1964, sob a égide do Código Civil de 1916, sendo que, por força disso, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma orientação.

Neste sentido, é mister relacionar os seguintes julgados que corroboram com tal Súmula: REsp 46.203/RJ, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro; REsp 14.016/SP, 5ª T., Rel. Min. Athos Carneiro; REsp 184.822/SP, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; REsp 99.683/MT, 3ª T., Rel. Min. Eduardo Ribeiro; REsp 25.304/SP, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; REsp 1.964/RN, 3ª T., Rel. Min. Waldemar Zveiter. Precedentes: REsp 466.338/

DJe 01/07/2011.

6 BRASIL. STF, Súmula nº 159, 13.12.63. Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Anexo ao Regimento Interno. Imprensa Nacional, 1964. p. 86.

PB, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.12.03; REsp 651.314/PB, 4ª T., Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 09.02.05; REsp 344.583/RJ, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 28.03.05; REsp 507.310/PR, 2ª T., Relª Minª Eliana Calmon, DJ 01.12.03; REsp 164.932/RS, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 29.10.01.

Obtempera-se a noção de abuso de direito no Código Civil de 1916 em que se fazia uma leitura *a contrário sensu* da regra correspondente ao art. 188, I, extraindo-se o seu conceito. Adotava-se, porém, uma concepção subjetiva de abuso de direito, na qual se exigia a ocorrência de um ato emulativo, praticado com dolo, malícia ou má-fé pelo seu titular, *in casu*, cobrança de dívida já paga.

Nesta mesma esteira, um dos precedentes do egrégio Supremo Tribunal Federal que deu origem à Súmula já mencionada, assentou-se o seguinte, *in verbis*: 'A aplicação da pena prevista no art. 1.531 do Código Civil, deve filiar-se a prática de ato ilícito que exterioriza verdadeira extorsão'.

Beviláqua, citado por Washington de Barros Monteiro e, em momento oportuno, citado pelo Ministro Ribeiro da Costa⁷: '(...) o entendimento de que a lei não exige dolo para a aplicação da pena, é, data vênua, superficial, abstraindo o sentido de ilicitude do ato, de que é imanente a malícia, o propósito de locupletamento com o benefício alheio.'

O dispositivo, além de positivar o instituto com uma norma específica, acolheu a concepção objetiva de abuso de direito. Estabeleceu-se, assim, um conceito autônomo para o abuso de direito como sendo um ato ilícito, superando a concepção subjetiva de abuso de direito do Código Civil de 1916, para adotar uma concepção objetiva, não exigindo um elemento subjetivo específico, bastando um excesso manifesto no exercício desse direito.

Diante do exposto e sem exigir a má-fé, a doutrina civilista colocava em voga a intenção do agente como pressuposto fundamental à configuração do abuso do direito. Adotava-se, pois, uma concepção subjetiva ao abuso do direito. Assim, o titular do direito o exercia sem nenhuma necessidade, apenas com a intenção de prejudicar. Nesse sentido, merece transcrição a doutrina de Washington de Barros Monteiro (2001), *in verbis*:

(...) sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina referida penalidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ela ser aplicada (MONTEIRO, 2001, p. 420).

Na leitura deste dispositivo, é perceptível o tratamento que recebe o abuso do direito é, tão somente, uma nítida concepção objetiva, diverso, portanto, do ordenamento civil anterior.

Aliás, a boa-fé descrita no artigo 187, é a objetiva, demonstrando que a lei estabelece um modelo de comportamento aos envolvidos no negócio jurídico, impondo-lhes que procedam de forma leal e honesta, levando-os a compreender a ideia de lealdade e probidade da forma mais estreita, servindo como limite ao exercício de um direito.

⁷ BRASIL, STF, 2ª Turma, RE 48986-SP, rel. Min. Ribeiro da Costa, negaram provimento, v.u., j. 17.10.61.

Nesta esteira Sergio Cavaliere Filho (2008),

(...) essa expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indispensável na vida de relação. Conforme já destacado, a boa-fé, em sua função de controle, estabelece um limite a ser respeitado no exercício de todo e qualquer direito subjetivo. E assim é porque a boa-fé é o princípio cardeal do Código de 2002, que permeia toda a estrutura do ordenamento jurídico, enquanto forma regulamentadora das relações humanas (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 153).

A função social dos contratos no caso exige apenas e tão-somente que o acordo de vontade não se verifique em detrimento da coletividade. Ou seja, o negócio deve ser concluído em benefício das partes, sem conflito com o interesse público. De fato, a socialidade é uma das características marcantes do atual Código, sendo cláusula geral de todos os contratos e limite ao exercício de qualquer direito subjetivo. Afinal de contas, todo direito está condicionado ao fim que a sociedade se propôs (AMOROSO, 2010).

A respeito da matéria, o Superior Tribunal de Justiça vem revendo e evoluindo suas decisões no sentido de entender ser desnecessária a comprovação da má-fé do credor, no caso de responsabilidade civil por dívida já solvida, aplicando, dessa maneira, o abuso de direito em sua concepção objetiva. Eis o voto

O Código Civil de 2002 adotou para os negócios bilaterais a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, enquanto regra de comportamento que compreende uma postura respeitosa e povoada de lealdade, não abusiva e nem lesiva, pois nessa trilha culmina com o necessário cumprimento do princípio da socialidade, um dos que orientaram todo o comportamento humano na vida em sociedade. O recorrente também não obedeceu à regra de conduta exigida pelo art. 940 do CC/02, posto que o dispositivo lhe oportuniza desistir do ato abusivo do ajuizamento e não o fez, ao contrário, agiu, segundo o acórdão impugnado, com malícia e usou abusivamente o seu direito ao ajuizar a execução de dívida sabidamente, que lhe fora integralmente reembolsada pelo IRB. (REsp 1.068.271/SP, 2008/0140299-3, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, 15.06.2012)⁸.

A interpretação do Supremo Tribunal de Justiça acerca da penalidade contida no artigo 940 (CC/2002), com relação ao princípio da boa-fé objetiva, quebra paradigmas no sentido de convergir as decisões de acordo com esta atual ordem civil

Portanto, o exercício de um direito está limitado pela observância dos valores sociais, tal qual a boa-fé, os bons costumes e a sua destinação social ou econômica, motivo pelo qual, acerca desse intuito, senão o abuso do direito, constante no art. 187 da Lei 10.406/2002 – Código Civil, que o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CJF), reunido em setembro de 2002, sob a coordenação do ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado de Aguiar, editou-se entre vários Enunciados, o de nº 37⁹, que preceitua ‘A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe

8 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 1.068.271/SP, 2008/0140299-3, Rel^a Min^a Nancy Andrighi, 15.06.2012. Portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em: 09 jul. 2018.

9 JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de

de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico’.

Em outra oportunidade, na mesma intensidade deste tema, aprovou-se, na V Jornada de Direito Civil o Enunciado nº 413¹⁰, com a seguinte leitura:

Os bons costumes previstos no art. 187 do CC possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé objetiva.

As decisões majoritárias do STJ de que entendem ser necessária a comprovação da má-fé (elemento subjetivo) foram todas prolatadas quando sob a égide do CC/1916. Porém, quando instada a Corte Superior para interpretar o instituto da responsabilidade civil por dívida já solvida em correlação ao conceito atual do instituto do abuso de direito sob a vigência do Código Civil de 2002, entendeu pela prevalência da concepção objetiva da penalidade civil, havendo uma mudança ideológica e jurisprudencial sobre o tema (SILVEIRA, 2010).

De outro bordo, nas relações consumeristas, de acordo com a Lei nº 8.078/90 – CDC, há um confronto direto entre duas correntes a respeito do assunto: uma que entende ser aplicável à hipótese, por analogia, o verbete nº 159 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, que consagra o entendimento que a cobrança indevida feita de boa-fé não deve dar ensejo à repetição dobrada do indébito; e outra que entende aplicável a sanção independentemente da boa-fé do fornecedor, como medida inibitória de abusos.

Dessa forma, havendo a cobrança indevida por parte do fornecedor, este só deverá devolver o excesso em dobro se ficar demonstrada a má-fé e, assim, para os defensores desta vertente jurídica, é invocável a Súmula nº 159 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece que a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil.

Caso a cobrança indevida decorrer de um equívoco não atribuível à má fé do fornecedor, não se permitiria a exigência da restituição em dobro. Faz-se mister a caracterização de dolo ou culpa no agir do fornecedor, sem o que afigurar-se-ia possível a invocação da causa excludente de responsabilidade pela repetição do indébito dobrada.

No que diz respeito às questões trabalhistas e a possível aplicação dos dispositivos descritos, o artigo 940 do Código Civil, bem como a Súmula 159 o STF, ambos institutos do direito material, com a finalidade da preservação da boa-fé nas relações cíveis, na seara laboral, devem ser abordados com cautela, haja vista a divergência jurisprudencial e doutrinária sobre o assunto.

Neste íterim acerca da matéria amplamente discute, há, também vários entendimentos e vertentes que divergem de tais dispositivos, e uma delas não admite a aplicação do citado artigo no âmbito do Direito do Trabalho, fundamentando-o que esse

Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

10 Cf. JORNADAS DE DIREITO CIVIL. Op., cit.

preceito é inspirado no princípio da igualdade jurídica dos contratantes, preceito este que não existe na Justiça do Trabalho já que o empregado é a parte hipossuficiente da relação empregatícia, o que inviabilizaria a aplicação da norma civilista em questão.

Essa corrente defende que a aplicação do artigo 940 do CC e da própria Súmula 159 STF na esfera trabalhista trariam sérios prejuízos aos reclamantes. Isso porque implicaria em cerceamento ao direito do trabalhador em postular as verbas que acredita ter direito, pois em muitos casos o trabalhador, em razão de sua hipossuficiência, não saberia ao certo precisar quais verbas teria direito ou não. Logo, se o referido dispositivo fosse aplicável o empregado ficaria com receio de pleitear verbas (MACEDO JÚNIOR, 2010).

Registra-se, também, que a aplicação do mencionado artigo está condicionada à prova cabal da má-fé. Nesse sentido, o entendimento na Súmula nº 159 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor, 'Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil Brasileiro (MARTINS, 2001, p. 657).

Portanto, não se pode aplicar uma norma do direito comum, não prevista no Direito do Trabalho, quando há incompatibilidade de princípios, até porque a aplicação subsidiária neste contexto só pode acontecer se as partes estão em igualdade de condições, o que normalmente não ocorre. Ademais, 'não basta o processo do trabalho ser lacunoso. Cumpre que a norma do processo comum, para ser apta à supletividade daquele, seja compatível com o seu espírito e preceitos' (PORTNOVA, 2000, p. 120).

Por derradeiro, conclui-se, portanto, que a aplicação do atual art. 940 do Código Civil brasileiro, com pequenas mudanças em sua redação dada a antiga redação do art. 1.531 do Código Civil revogado, bem como a aplicação da Súmula nº 159 do STF, não tem aplicação no Direito material e nem em sede processual da seara trabalhista, dada a sua incompatibilidade com os princípios da seara especializada, embora, ainda haja outra corrente que entende totalmente aplicável o dispositivo civilista no Direito do Trabalho, que se faz autorizado pelo artigo 8º da CLT, pois, trata-se de norma de ordem pública de caráter geral que visa resguardar a lealdade processual entre os demandantes, princípio basilar de qualquer direito, inclusive o Direito do Trabalho.

Embora ser assunto divergente, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho diante de tal questão tem sido acerca do argumento acerca da incompatibilidade com os princípios que norteiam o Direito do Trabalho.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, seguindo a inteligência do art. 940 do Código Civil brasileiro (lei 10.406/2002), adotou-se a concepção objetiva com relação ao abuso do direito, não se discutindo a ocorrência de dolo ou culpa, bastando apenas a demonstração do fato e o nexo causal e o dano ocorrido.

Importante ressaltar que o abuso do direito nada mais é do que uma limitação ao

exercício de um direito subjetivo, o qual deve observar a função social e a boa-fé objetiva. Assim, as sanções decorrentes de cobrança de dívida paga, previstas no artigo 940 do Código Civil independem de comprovação de má-fé da pessoa que cobra indevidamente uma dívida paga, evidenciando o pensamento atual da doutrina civilista que trata do tema.

Ademais, mesmo com a incidência da Súmula nº 159, do Supremo Tribunal Federal, os entendimentos têm entendido que a cobrança de dívida paga, se torna, imediatamente, um exemplo específico de conduta abusiva, levando em consideração o disposto na edição do Enunciado nº 37, na I Jornada de Estudos acerca do Código Civil¹¹, ou a responsabilidade em caso de abuso de direito pode ou não prescindir de culpa, a depender do suporte fático da pretensão indenizatória.

E, ainda, sobre a aplicação da Súmula, tem-se que o entendimento nela previsto encontra-se, salvo melhor juízo, superado, em razão da concepção objetivo-finalística adotada pelo atual Código Civil, segundo a qual o exercício abusivo de um direito deve ser reprimido, independentemente da comprovação da intenção do agente. E, sendo a cobrança de dívida paga uma hipótese de responsabilidade civil contratual, mostra-se necessária apenas a prova exercício manifestamente abusivo do direito.

Em sede consumerista (Lei 8.078/90 – CDC), conforme já descrito, para esta temática há duas correntes conflitantes, a qual consagra o entendimento que a cobrança indevida feita de boa-fé não deve dar ensejo à repetição dobrada do indébito; e outra que entende aplicável a sanção independentemente da boa-fé do fornecedor, como medida inibitória de abusos.

Assim, caso o fornecedor cometa a cobrança indevida, este só deverá devolver o excesso em dobro se ficar demonstrada a má-fé, invocando assim, para uma das correntes, a Súmula nº 159, que estabelece que a cobrança excessiva, porém, de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 (940) do Código Civil.

Todavia, se a cobrança indevida não advier de um equívoco não atribuível à má fé do fornecedor, não se permitirá a exigência da restituição em dobro, e assim, merecendo a caracterização de dolo ou culpa no agir desse fornecedor, sem a possível a invocação da causa excludente de responsabilidade pela repetição do indébito dobrada.

Já nas relações trabalhistas, há aqueles que entendem que também não seria aplicável o artigo 940 do CC no Direito do Trabalho, vez que o CPC, em seus artigos 79 a 81, prevê expressamente as cominações do litigante de má-fé devendo ser aplicada as cominações ali previstas por força do artigo 769 da CLT.

Importante ressaltar que os entendimentos são inúmeros, e, eles se disseminaram ainda mais com o advento da Reforma Trabalhista, conforme dispõe a Lei nº 13.467/2017 de 10/11/2017, pois antes da entrada em vigor da nova disposição legal, as empresas eram demandadas em reclamações trabalhistas, cujo valor da causa eram assustadores em razão de pedidos descabidos quiçá, absurdo, vez que, requeria-se o que era devido e,

¹¹ Cf. JORNADAS DE DIREITO CIVIL. Op., cit.

mais, o que não é devido, como por exemplo indenizações por danos morais em valores milionários sem quaisquer critérios cabíveis e cobrança de verbas salariais já pagas no decorrer do contrato de trabalho.

Permanecendo, ainda, dentro dos anais da Justiça do trabalho com relação a aplicação do artigo 940 do Código Civil e a Súmula do STF, é possível perceber aversão acerca dos institutos, sob o fundamento de que esse preceito é inspirado no princípio da igualdade jurídica dos contratantes, preceito este que não existe na Justiça do Trabalho já que o empregado é a parte hipossuficiente da relação empregatícia, o que inviabilizaria a aplicação da norma civilista em questão.

O Supremo Tribunal do Trabalho tem sido incisivo quanto a aplicação do dispositivo civilista, alegando total incompatibilidade.

Todavia, o melhor entendimento a ser extraído é que dentro das relações de trabalho, considerando os princípios norteadores do direito material e processual do trabalho, é possível a aplicação do dispositivo do art. 940, vez que autorizado pelo artigo 8º da CLT, uma vez que leva em consideração a plenitude da norma de ordem pública de caráter geral a qual busca resguardar a lealdade processual entre os demandantes, que nada mais é do que princípio basilar de qualquer direito, e neste caso, o do Trabalho.

REFERÊNCIAS

AMOROSO, Henrique von Ancken Erdmann. **A concepção do atual código civil sobre a cobrança de dívida paga e a súmula 159 do STF**. Disponível em: www.iasasantoamaro.org/01.doc. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, 1 jan. 1936. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, 01 mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L13105.htm. Acesso em: 10 mai. 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. **Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, 13 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L13467.htm. Acesso em: 10 mai. 2018.

BRASIL. **Novo código civil brasileiro**: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, Legislação Codificada e Extravagante. Obra coletiva de autoria da Editora dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai; prefácio do prof. Miguel Reale. 3. ed. rev. E ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 159, 13.12.63. **Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal**. Anexo ao Regimento Interno. Imprensa Nacional, 1964. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menu_SumarioSumulas.asp?sumula=4195. Acesso em 10 mai. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, STJ, REsp 1247820/AL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011). **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. REsp 1.068.271/SP, 2008/0140299-3, Relª Minª Nancy Andrighi, 15.06.2012. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/. Acesso em: 09 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2013_33_cap_Sumula375.pdf. Acesso em: 02 Jun 2018.

CABRAL. Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**. Revista de processo. São Paulo: RT, 2005, n. 126.

CASSETARI, Christiano. **Elementos de direito civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. Ed., Atlas, São Paulo, 2008.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1984.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. Resp. Civil. Ed. Saraiva, 2011.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. Saraiva: São Paulo, 2010. BRASIL, STF, 2ª Turma, RE 48986-SP, rel. Min. Ribeiro da Costa, negaram provimento, v.u., j. 17.10.61.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: **enunciados aprovados** / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

MASCHIETTO, Leonel. **A litigância de má-fé na justiça do trabalho**: princípios, evolução histórica, preceitos legais e análise da responsabilização do advogado. São Paulo: LTr, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, Vol. 5, 33. Ed., Saraiva, São Paulo, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: renovar, 1998.

PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 11. Ed. Manole: São Paulo, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de Processo civil**. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. Ed. v. 1. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito civil sistematizado**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2017.

REVISTA DE PROCESSO. STF, 2ª, RE n. 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 14.02.2006, publicado no DJ de 30.06.2006. Com fundamentação semelhante, STF, 2ª T., Ai n. 529.733-1-RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 17.10.2006, publicado no DJ de 01.12.2006. Repercutiu e aplaudiu essas decisões, mais recentemente, MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013, n. 216.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTR, 2000.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Ltr, 2015.

_____. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da lei n. 13.467/17. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Comentários ao novo código civil**: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. 3. ed. São Paulo: Forense, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLAR, Alice Saldanha. **Direito sumular**. 2. Ed. atual. ver. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2017. REsp 1.111.270-PR, Rel. Min. Marco Buzzi, 2ª Seção, julgada em 25/11/2015

CAPÍTULO 12

UMA ANÁLISE DO ARTIGO 73 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR À LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 30/03/2021

Ana Cristina Alves de Paula

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp)
Franca – SP
<http://lattes.cnpq.br/3739748746381965>

Maiara Motta

Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp)
Franca – SP
<http://lattes.cnpq.br/9528772029674305>

RESUMO: Com a revolução da indústria e da economia, os consumidores se tornaram mais vulneráveis aos abusos nas relações de consumo. Atento a esta perspectiva, o Poder Legislativo se viu compelido a criar leis para garantir certo equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, procedendo à elaboração do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que não se esquivou de proteger o consumidor nem mesmo na esfera penal. O presente trabalho trouxe algumas acepções acerca do amparo penal que o mencionado Código traz, destacadamente no art. 73, analisando as vertentes da teoria da imputação objetiva elaboradas por Claus Roxin e Günther Jakobs sob a perspectiva da sociedade de riscos. O estudo se orientou pelo método dedutivo, pelo qual se buscou adentrar numa investigação mais aprofundada do bem jurídico do crime contra as relações de consumo à luz

da dogmática penal, defendendo a atribuição de uma responsabilidade penal que se coadune com as modernas relações sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Imputação Objetiva, Crimes contra as Relações de Consumo, Art. 73 do CDC.

AN ANALYSIS OF ARTICLE 73 OF CONSUMER PROTECTION CODE IN THE LIGHT OF THE THEORY OF OBJECTIVE IMPUTATION

ABSTRACT: With the revolution of industry and economy, the consumers have become more vulnerable to abuse in consumer relations. Attentive to this perspective, the Legislative Power found himself compelled to create laws to ensure some balance in the relationship between consumer and supplier, proceeding to the preparation of the Consumer Protection Code (Law nº 8.078 / 90), which did not flinch to protect consumers even in criminal cases. This work brought some meanings about the criminal protection that brings the mentioned Code, notably in art. 73, analyzing the aspects of the theory of objective imputation elaborated by Claus Roxin and Günther Jakobs from the perspective of risk society. The study was guided by the deductive method, by which it sought to enter in a further investigation of the legal good of the crime against consumer relations in the light of criminal dogmatic, defending the attribution of criminal responsibility that is consistent with modern social relations.

KEYWORDS: Theory of Objective Imputation, Crimes against the Consumer Relations, Article

1 | INTRODUÇÃO

Em meados do século XX, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, o mundo deparou-se com um avassalador processo de globalização e integração supranacional, proporcionado pelos avanços tecnológicos trazidos pela industrialização. Todavia, ao lado desse avanço e evolução tecnológica, vieram também novos riscos e preocupações sociais, anteriormente inexistentes. Nesse sentido, o Estado passou a manejar o Direito Penal como um instrumento de combate a esses “macroproblemas”, a fim de tutelar bens e valores de natureza coletiva, difusa, supra-individual, e não apenas os direitos e garantias individuais. A esse “novo” Direito Penal alcinhou-se a terminologia “Direito Penal moderno” ou “Direito Penal da globalização” ou, ainda, “Direito Penal econômico”, dentro do qual está indissociavelmente mergulhado o Direito Penal das relações de consumo.

O presente artigo tem por objetivo o estudo da teoria da imputação objetiva e da criminalidade difusa, propondo a modificação do prisma sob o qual se apura a responsabilidade penal, principalmente em se tratando de interesses metaindividuais. O direito penal clássico não dispõe de instrumentos aptos a lidar com a nova realidade. Em decorrência disto, há a necessidade de uma evolução. O funcionalismo lidera uma vanguarda do pensamento penal ao atribuir importância à política criminal e aos fins do direito penal como elementos para a correta criminalização. No que tange à atribuição da responsabilidade penal, utiliza-se a teoria da imputação objetiva, que tem no risco um de seus elementos fulcrais, como fruto de uma evolução do estudo do nexo de causalidade criminal. Há diversas vertentes da imputação objetiva, destacando-se as concepções de Claus Roxin e Günther Jakobs. A primeira, em linhas gerais, baseia-se na teoria do incremento do risco, enquanto a última fundamenta-se no dever de revalidação da norma pelo sistema.

A criminalidade moderna apresenta novas formas de atuação, colocando em risco bens jurídicos difusos, como nos crimes contra as relações de consumo. Nesse contexto, a seguinte pergunta se impõe: conseguiu a Ciência Penal dispensar às relações de consumo a devida e necessária tutela jurídica, mantendo, para tanto, a sintonia com os ditames constitucionais, especialmente com o princípio da legalidade? O trabalho em epígrafe terá por escopo precípuo realizar uma breve análise dos crimes contra as relações de consumo previstos, especificamente, no Código de Defesa do Consumidor, partindo da conceituação enquanto bem jurídico supraindividual e a ausência de efetividade no plano da concretude, vez que, em virtude do seu caráter genérico e abstrato, a proteção aos direitos da coletividade se torna inadequada ou insuficiente sob a perspectiva do Direito Penal.

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa é caracterizada como

bibliográfica e documental. Por fim, cabe ressaltar que relegar-se-á a uma próxima oportunidade o estudo dos outros diplomas jurídico-penais que, igualmente, tutelam a figura do consumidor.

2 I ASPECTOS GERAIS DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

A teoria da imputação objetiva, conforme Michel François Drizul Havrenne, nasce com o propósito de suprir as deficiências das teorias até então existentes, que não conseguem explicar apropriadamente a criminalidade numa sociedade em constante transformação, partindo de uma crítica à teoria da equivalência das condições e da verificação da sua inadequação ao contexto social. (HAVRENNE, *web*). Para Elias Augusto de Lima Filho, ela despontou como uma evolução das teorias causais, embora o princípio fundamental sobre o qual recai tenha sido formulado por Hegel no começo do século XIX, segundo quem a imputação consiste em atribuir a alguém uma determinada conduta. (LIMA FILHO, 2003). Somente é possível dizer que uma pessoa é responsável quando ela tiver o domínio da ação, sendo inconcebível a aplicação sistemática e irracional de fórmulas fechadas para se averiguar responsabilidades, sem que se verifiquem as peculiaridades de cada uma destas relações.

Michel François Drizul Havrenne explica que a teoria da equivalência dos antecedentes (teoria da *conditio sine qua non*) não conseguiu responder corretamente a este problema por gerar instabilidade no sistema penal. Como crítica a ela, nasceu a teoria da causalidade adequada, pela qual somente é imputável a alguém uma conduta quando decorrente de um curso causal adequado. A causalidade adequada, entretanto, não logrou o êxito esperado, pois os seus critérios de aplicação não soavam claros – pelo contrário, eram exageradamente vagos. Posteriormente, surgiram as teorias individualizadoras, com o propósito específico de separar as causas das condições. Todavia, elas não alcançaram satisfatoriamente o seu intento. (HAVRENNE, *web*).

As teorias foram se sucedendo, tendo se implantado o finalismo e, posteriormente, as teorias sociais. É nesse momento que se revigoram as formulações da teoria da imputação objetiva. Partindo da verificação de que a sociedade está numa transformação constante e da complexidade das relações sociais modernas, a teoria da imputação objetiva se propôs a analisar cada fato dentro do ambiente em que se insere. Isto permite apurar a responsabilidade de forma mais precisa, dado ser imprescindível o estudo da situação específica e do repertório valorativo das pessoas. (ROXIN apud HAVRENNE, *web*).

As relações lineares nas quais se estabelecia simplificada causa e consequência não foram capazes de explicar as complexas relações humanas. A imputação objetiva, por sua vez, aumentou o rol de garantias postas à disposição dos homens na medida em que aprofundou a discussão acerca da atribuição da responsabilidade penal.

A reflexão da dogmática penal na modernidade não é completa sem a análise do

risco. E a sociedade de riscos é o pano de fundo da mencionada teoria. O fim da imputação objetiva está na forma de atribuição da responsabilidade penal, que incorpora aspectos normativos, além de levar em conta a verificação de um resultado penalmente relevante.

3 | BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONCEPÇÃO DE IMPUTAÇÃO OBJETIVA PARA CLAUS ROXIN E GÜNTHER JAKOBS

A teoria da imputação objetiva não é una. Há diversos expoentes do direito penal que propugnam pela sua aplicação, mas sem unidade de pensamento. Dentre os principais doutrinadores, em termos mundiais, encontram-se Claus Roxin e Günther Jakobs.

A ideia central de Claus Roxin se fundamenta na análise do risco, o qual se vincula a uma atividade humana. A imputação só se viabilizará na medida em que se puder atribuir a alguém o incremento do risco juridicamente desaprovado e o domínio causal sobre a situação. O agente, para ser responsabilizado, deve ter meios de guiar a sua vontade para a concretização do resultado delituoso. Para Roxin, portanto, a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende da conduta do agente criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico. (ROXIN apud HAVRENNE, *web*).

Segundo Michel François Drizul Havrenne, o foco da teoria de Claus Roxin está no incremento do risco relevante não permitido, muito embora existam algumas situações em que, apesar de haver uma conduta delituosa, o agente não gera um risco proibido. Desta forma, não haveria porque responsabilizá-lo. Dentre as hipóteses citadas por ele, têm-se as seguintes (ROXIN apud HAVRENNE, *web*):

- a) Diminuição do risco;
- b) Criação ou não de um risco juridicamente relevante;
- c) Aumento do risco permitido;
- d) Esfera de proteção da norma.

C. Roxin estabeleceu alguns critérios para a aplicação da imputação objetiva. Consoante Michel François Drizul Havrenne, deve-se buscar no resultado a criação de um risco não permitido guiado pela vontade humana – assim, a relação fundamental a ser analisada é a de se o agente é capaz ou não de dirigir a sua vontade criando ou incrementando um risco não permitido pelo sistema jurídico penal; aplicar a imputação objetiva nos casos em que a pessoa age contrariamente ao risco permitido, não importando se houve acréscimo deste risco por parte de outrem; e comprovar a impossibilidade de alegação de que, caso não tivesse causado o risco não permitido, outra pessoa teria criado. (ROXIN apud HAVRENNE, *web*).

Por outro lado, segundo o supracitado autor, existem alguns casos em que não se poderá imputar objetivamente uma conduta a uma pessoa, tais quais (ROXIN apud

HAVRENNE, *web*):

- a) Já estiver estabelecido o risco relevante e uma pessoa (que não foi responsável pela criação do risco relevante) o modificar, diminuindo este risco;
- b) Inexistência de risco jurídico relevante criado pelo agente, tendo este se verificado *a posteriori* por fato não atribuível ao agente;
- c) Produção de riscos permitidos, isto é, aqueles nos quais não há reprovação pelo nosso ordenamento jurídico;
- d) Análise material do risco permitido a partir da norma jurídica, não se podendo imputar objetivamente nada se houver uma mera falta do dever de cuidado, desde que não extrapole o risco permitido.

Michel François Drizul Havrenne acrescenta que a teoria da imputação objetiva não se contenta com a verificação do nexa causal, havendo a necessidade de um *plus*:

- a) Previsibilidade do resultado;
- b) Possibilidade de direção de uma ação pelo agente;
- c) Criação ou incremento de um risco não permitido; e
- d) Atuação da vítima.

Verifica-se que o risco permitido e o não permitido são elementos essenciais para a aplicação da teoria da imputação objetiva. Também é importante que o agente tenha a possibilidade de guiar a ação pela sua vontade para um resultado previsível, isto é, ter o domínio causal da ação. Em suma, quando se puder verificar que um determinado resultado se deveu a uma ação, que se conduziu segundo a previsibilidade e a possibilidade de domínio pelo autor, ocorrendo um risco não permitido, estar-se-á defronte a uma situação condenável. Assim, um resultado poderá ser atribuível a alguém conforme este tenha ou não a possibilidade de guiá-lo para um fim previsto que contrarie norma do sistema jurídico.

Günther Jakobs, por sua vez, apresentou uma visão diferente acerca da função do direito penal. Para ele, mantém-se o ordenamento jurídico na medida em que haja punição das condutas criminosas. A pena assume um caráter fundamental, já que sua aplicação revalida a própria norma. Somente dessa forma é que o sistema se mostrará vigente e eficaz.

Nos dizeres de Michel François Drizul Havrenne, o modelo elaborado por Jakobs se baseia na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: a compreensão do subsistema do direito penal leva em conta os aspectos gerais da sociologia e da inter-relação entre os diversos campos do saber, estabelecendo que o delito deve ser entendido dentro de um contexto comunicativo. (JAKOBS apud HAVRENNE, *web*). É a falha na relação de comunicação gera o delito, sendo a pena responsável pela manutenção do sistema de identidade social.

Conceito fulcral é o da prevenção geral positiva. M. F. Drizul Havrenne explica que a teoria da prevenção geral positiva possui uma feição não-intimidatória, sendo confirmada a

existência do ordenamento pela aplicação de suas normas. A infidelidade ao ordenamento, assim, seria a causa de aplicação da pena, que revela três funções: a) confirmar a confiança na vigência das normas; b) buscar o exercício da finalidade do direito; c) fazer a conexão entre a conduta lesiva e a aplicação da sanção. (JAKOBS apud HAVRENNE, *web*).

Para se imputar objetivamente a responsabilidade a uma pessoa, é necessária a averiguação do comportamento da vítima, do agente e do contexto em que a conduta se insere. A explicação para os danos deve partir da sua análise em conjunto com o elemento risco; por conseguinte, só os comportamentos que gerem riscos não permitidos e que possam ter os seus resultados evitáveis de maneira previsível é que devem ser criminalizados.

G. Jakobs também defende a responsabilização penal em caso de violação de papéis, no sentido de enquadrar a conduta de uma pessoa num contexto social. Assim, para se imputar objetivamente a alguém um crime, é necessário verificar se a conduta violou o que é socialmente adequado. Não basta considerar ilícita ou não uma conduta, levando em consideração um indivíduo ou norma isolados. (JAKOBS apud HAVRENNE, *web*).

Quatro proposições estruturam a teoria da imputação objetiva no sistema jakobsiano (JAKOBS apud HAVRENNE, *web*):

- a) A igualdade entre as pessoas, que fundamenta o risco permitido: a lesão ao ordenamento ocorre no instante em que o agente ultrapassa o âmbito do permitido. De acordo com Michel François Drizul Havrenne, Jakobs dá importância excessiva a norma em si mesma e, a partir dela, é que se ilumina a fronteira entre o campo do permitido e o do proibido. O risco não permitido é o criado ou incrementado pelo agente, configurando uma infração ao dever de cuidado. Se, ao contrário, o risco se mantiver dentro do campo do permitido, terá ocorrido mero infortúnio.
- b) A existência de pessoas responsáveis, que se vincula ao princípio da confiança: este princípio se baseia na presunção de que deve haver uma cooperação das pessoas para evitar cursos danosos.
- c) A proibição de regresso: a proibição de regresso é a impossibilidade de estender a conduta lesiva de uma pessoa àquele que, sem vínculo nenhum com o criminoso, agiu primeiro. O problema se refere às situações em que diversas pessoas criam ou incrementam um risco comum. Os limites entre a participação e a proibição de regresso se dão na medida em que se verifica a atuação do agente dentro do socialmente tolerável. Aquele que pratica uma conduta de forma razoável, não extrapolando o que é adequado, não responde pelo comportamento lesivo do outro.
- d) O campo de atuação da vítima: há situações em que a própria vítima se coloca numa posição de risco ou consente com ele. Dessa forma, é imprescindível investigar até que ponto a situação de risco foi gerada pela vítima.

Por fim, cumpre destacar que são quatro os elementos que excluem a imputação objetiva: a) a conduta mantém-se dentro do risco permitido; b) a ação é inofensiva e foi

desviada por outra pessoa para a produção de um resultado lesivo; c) a conduta perigosa foi obra de terceiro; d) a consequência danosa é fruto da própria ação da vítima que tem de arcar com ela. (JAKOBS apud HAVRENNE, *web*).

4 | TIPOS PENAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A edição de tipos penais no CDC tem por base o direito penal do consumidor, que é um ramo do Direito Penal econômico e devendo nesse ter sua fundamentação principiológica. Antonio Herman Benjamin conceitua o Direito Penal do consumidor afirmando ser esse um “ramo do direito penal econômico que, ao sancionar certas condutas praticadas no mercado, visa garantir o respeito aos direitos e deveres decorrentes do regramento civil e administrativo que orienta as relações entre fornecedores e consumidores”. (BENJAMIN apud ALEIXO; FONSECA, 2015). A partir da classificação desses crimes, é possível realizar uma correlação com outros meios mais eficazes de tutela do bem jurídico oriundo das relações de consumo, a exemplo da sanção administrativa e imposição de multa, além da reparação civil.

A tutela penal das relações de consumo é vista como um meio de restabelecer o equilíbrio e a lisura das transações comerciais entre consumidor e fornecedor, com o fim último de proteger um bem jurídico imaterial e supraindividual que é a própria relação de consumo, como expressamente indicam o artigo 61 do CDC e o art. 7º, *caput*, da Lei nº 8.137/90. A preocupação do legislador ao tratar dos crimes contra as relações de consumo na referida legislação foi primordialmente no sentido de não arranhar a legislação penal tanto a codificada como a extravagante, e, o que é mais importante, tipificar condutas ainda não contempladas nos casos em testilha.

Os crimes arrolados no Código de Defesa do Consumidor têm, como sujeito ativo, o fornecedor; como sujeito passivo, o consumidor; e, como objeto especial, o produto ou o serviço. O titular do bem jurídico é o sujeito passivo, e a doutrina chega à conclusão de que, na forma codificada, as relações de consumo têm uma titularidade híbrida, ou seja, pertencem a um só tempo, ao consumidor individual e a coletividade de consumidores. (BRAVO, 2012). Assim, o sujeito passivo primário é sempre o consumidor e secundariamente a coletividade, notadamente no sentido da proteção à vida e à saúde.

Ademais, em regra, os crimes contra as relações de consumo são crimes de perigo abstrato, nos quais se presume *juris et de jure* o perigo para o bem jurídico, que emerge da simples realização da conduta, não estando a sua consumação condicionada a um resultado naturalístico. Considerada a vulnerabilidade do consumidor, este perigo é perceptível aos olhos do intérprete da norma e do aplicador da lei.

Há muito se fala da necessidade de adequação do direito penal ao atual modelo constitucional. Por isso, ganhou espaço e maior aprofundamento o chamado modelo garantista, modelo de direito penal moderno que passou a se pautar com característica

eminentemente objetiva e fundada na proteção de bens jurídicos fundamentais. Ou seja, somente se pode incriminar condutas quando o bem jurídico a ser protegido estiver presente entre as garantias e direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Seguindo essa linha de argumentação, tem-se que, no sentir de muitos juristas (Luiz Flávio Gomes, Damásio Evangelista de Jesus, Luigi Ferrajoli, Silva Sánchez, Hassemer, Zaffaroni, dentre outros) os crimes de perigo abstrato estão sendo utilizados pelo Direito Penal contemporâneo de forma exagerada e violam os princípios basilares do Direito Penal tais como os da ofensividade, legalidade, taxatividade, presunção da inocência, isonomia, proporcionalidade, dentre outros.

O princípio da lesividade ou ofensividade estaria violado nos crimes de perigo abstrato haja vista que tais delitos podem ser perpetrados sem a ocorrência de um resultado lesivo e/ou uma ameaça concreta de lesão a um determinado bem jurídico. Dispensa-se a prova do nexo causal entre ação e resultado lesivo ou potencialmente lesivo, para punir, tão somente, o descumprimento de um preceito normativo formalmente erigido à categoria de norma criminal. Outrossim, o princípio da taxatividade também estaria violado, ante o elevado grau de abstração de que são dotados os delitos de perigo abstrato, sempre repletos de “conceitos jurídicos indeterminados”, que demandam, não raras vezes, uma valoração extrajurídica para definição de seus contornos e limites, dando assim ao magistrado e ao acusador um amplo espectro de atuação. (ROCHA, *web*).

No mesmo passo, Diego Romero elucida que da mesma forma os princípios da presunção da inocência e da igualdade estariam violados nos delitos em comento:

Violam também, os delitos de perigo abstrato, o princípio da presunção da inocência, visto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não se podendo presumir a culpabilidade de alguém sem a necessária comprovação através do devido processo legal, no qual o cidadão acusado possa fazer a contraprova da imputação, bem como, ainda, violam o princípio da igualdade, pelo simples fato de o cidadão ter menos acesso à busca de meios absolutórios para a conduta abstratamente considerada criminosa. (ROMERO apud ROCHA, *web*).

Ao lume de todo o exposto, conclui-se que os crimes de perigo abstrato violam, frontalmente, os princípios basilares do Direito Penal e padecem do vício de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da reserva legal.

O sistema jurídico-penal do Estado constitui o mais rigoroso instrumento de controle social, pois impõe as mais graves sanções jurídicas – as penas e, em alguns casos, medidas de segurança. O delito constitui, por sua vez, ao menos em tese, a mais grave forma de transgressão de normas. Assim, incriminam-se comportamentos a fim de proteger determinados bens e interesses considerados de grande valor para a vida social. Pretende-se, através da incriminação, da imposição de uma sanção e de sua efetiva execução, evitar que esses comportamentos se realizem. Saber quais bens jurídicos devem ser protegidos sob a ameaça de pena, ou seja, os critérios para criminalizar comportamentos, é uma

questão fundamental em um Estado Democrático de Direito. O certo é que devem ser protegidos penalmente os bens de maior valor e significado social.

O princípio da intervenção penal mínima ocupa uma função importante para assegurar as garantias individuais previstas na Constituição, pois, como afirma Fernando Galvão, “é a expressão do axioma da *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que determina não ser possível a incriminação legal sem que haja a necessidade de uma intervenção tão gravosa quanto a promovida pelo Direito Penal. (ROCHA, 2004). Em outras palavras, significa limitar os mecanismos de punição do Estado, utilizando-os somente quando estritamente necessários para a proteção dos indivíduos. (TELLES, 2010).

Segundo Luiz Regis Prado, o princípio da intervenção mínima limita o *jus puniendi*, no sentido de que pressupõe que a tutela penal só deve tratar daqueles bens jurídicos fundamentais da sociedade e caso não existam outros métodos eficientes “para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade e da dignidade da pessoa humana”. (PRADO, 1997).

De acordo com Claus Roxin, a teoria dos fins da pena de Liszt já estabelecia que, para castigar um comportamento, deve haver necessidade, ou seja, somente devem ser previstas penas criminais no caso de não existirem outras medidas suficientes para a proteção do bem jurídico afetado. Ressalta o ilustre autor, ainda, que também é preciso que a pena seja idônea. Assim, esta não deve ser aplicada, mesmo se não existirem formas menos gravosas de defesa, quando não for eficaz ou se for prejudicial, sob o aspecto político-criminal. (ROXIN, 1998).

Em relação à subsidiariedade do sistema penal pela sua conexão com os demais ramos de Direito, C. Roxin afirma que

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema - como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a '*ultima ratio* da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1998).

Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Embora o bem tutelado seja importante, caso outros ramos do direito forem eficientes e capazes de o protegerem, não há a necessidade da intervenção excessiva do direito penal. Não é um movimento de despenalização, mas sim de adequação do sistema penal à sociedade contemporânea. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de conferir a tutela devida a bens relevantes da vida.

51 ART. 73 DO CDC – CRIME DE OMISSÃO NA CORREÇÃO DE DADOS INCORRETOS

Muito se discute nos dias de hoje a descriminalização de alguns tipos penais que, de fato, não afrontam concretamente bens jurídicos tutelados de forte relevância. A maior parte dos doutrinadores admite que tais infrações menos relevantes devem ficar a cargo dos outros ramos do Direito, como o direito civil e administrativo, defendendo então a subsidiariedade do direito penal. (TELLES, 2010). Ocorre que, apesar das considerações feitas acima, para o Poder Legislativo nem a esfera cível nem a administrativa seriam suficientes para proteger o consumidor e, em um Estado Democrático de Direito em que tanto se prega o direito penal mínimo e o garantismo penal, entendeu o legislador, tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto na Lei nº 8.137/94, por bem inserir crimes contra as relações de consumo.

A infração penal tipificada no art. 73 tem por objetivo proteger as relações de consumo e a dignidade do consumidor diante da proteção ao crédito. Nessa perspectiva, trata-se de crime omissivo próprio ou puro (não admitindo assim a modalidade tentada), visto que o sujeito ativo não realiza uma conduta positivamente imposta, e que possui natureza difusa já que as possíveis vítimas podem ser qualquer consumidor que esteja interessado na correção de informações inexatas a seu respeito.

Art. 73. Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata.

Pena - Detenção de um a seis meses ou multa.

O tipo objetivo consiste em deixar (não atuar, abster-se, omitir-se) de corrigir (retificar, dar a forma correta) imediatamente quaisquer informações de consumidor contidas em arquivos de consumo que sabe ou deveria saber serem inexatas. Nessa perspectiva, trata-se de crime omissivo próprio ou puro, visto que o sujeito ativo não realiza uma conduta positivamente imposta. O núcleo do tipo em questão é expresso pelo verbo *deixar* (comportamento omissivo) de corrigir dados inexatos a respeito de qualquer consumidor em bancos de dados, tratando-se, por conseguinte, de delito formal e de natureza instantânea com efeito permanente. Isto é, sua consumação se protraí no tempo até que cesse a permanência nos registros, arquivos, fitas gravadas ou qualquer outro meio de armazenamento de informações.

O sujeito ativo desse crime é a pessoa física encarregada de corrigir as informações relativas ao consumidor no cadastro, banco de dados, fichas e registros. Portanto, é um delito especial próprio, posto que somente pode ser praticado pelo agente que tem o dever de proceder as retificações. Já o sujeito passivo, em primeiro plano, é a coletividade de consumidores. Em segundo, o consumidor individualmente considerado que pretende a correção dos seus dados.

Há dois tipos de elemento subjetivo no presente crime. Na primeira parte, têm-se o dolo direto, no qual o agente sabe da incorreção e mesmo assim não promove a retificação imediata das informações. Já na segunda parte, há dolo eventual, retratado pela locução verbal deveria saber. Trata-se de delito de perigo, porquanto, independentemente de qualquer resultado danoso, ou seja, consuma-se pela simples constatação de que aquele não fora corrigido no prazo assinalado.

No tocante à consumação, esta se verifica quando a informação acerca do consumidor constante nos arquivos de consumo não é corrigida imediatamente, embora a mesma sequer tenha sido utilizada pelo arquivista. É inadmissível a tentativa, por se tratar de crime omissivo próprio. Quanto ao resultado, é delito de mera conduta, cuja importância reside na constatação de que as informações não foram corrigidas imediatamente, pouco importando se sobreveio resultado danoso ao consumidor. Claro que, ocorrendo dano, seja patrimonial ou moral, é cabível a propositura de uma ação cível, como previsto no artigo 6º, inc. VI do Código de Defesa do Consumidor. Também é crime de menor potencial ofensivo e a ação penal é pública incondicionada.

Neste artigo o legislador abarcou os §§ 3º, 4º e 5º do supracitado art. 43, que rezam o disposto a seguir:

§ 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.

§ 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público.

§ 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores.

Como o art. 43, § 3º, fala em cinco dias úteis para que o responsável pelo banco de dados comunique a alteração aos interessados, postula-se que se haverá de interpretar o prazo para a efetiva correção como sendo também de cinco dias úteis por uma questão de coerência (contados do pagamento efetivo da dívida – as quitações realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária ou outro meio sujeito a confirmação dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponibilidade do credor). O limite de tempo que o banco de dados poderá manter um registro sobre o consumidor é de cinco anos (art. 43, § 1º), após o que deverá retirar o registro, independente de solução sobre o débito que gerou a inscrição. O Código de Defesa do Consumidor estabelece ainda o dever de comunicação prévia ao consumidor sobre a abertura de cadastro de dados pessoais sobre ele, sem o que a inscrição não será lícita (art. 43, § 2º). O objetivo desta norma é o de evitar os lamentáveis constrangimentos para os consumidores ao terem o seu

crédito negado em transações comerciais. Destaque-se que o art. 73 é complementar ao dispositivo constitucional previsto pelo art. 5º, inc. LXXII, da Constituição Federal de 1988, ao cuidar do *habeas data*.

Art.5º, CF.

(...)

Inc. LXXII. Conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou de caráter público.

Caso se revele inócuo o remédio constitucional e não haja a correção de dado que ainda mantenha como pendente dívida já prescrita, caracteriza-se o delito. Não se pretende aqui negar que são notórios o dissabor e as grandes restrições e constrangimentos para qualquer consumidor que venha a ter seu nome incluído nos cadastros de restrição ao crédito, porquanto automaticamente todas as portas de crediários se lhe fecharão. Afinal, é direito do credor negativar seus clientes inadimplentes, mas informações levadas ao serviço de proteção ao crédito devem estar corretas. No entanto, se redimido, não é justo que o nome do outrora mau pagador ou do bom pagador fique constando dos cadastros sem negatificação e, o que é pior, não possa saber o que realmente dali conste contra si para a devida correção mediante a providência administrativa ou judicial competente.

Contudo, vale registrar que o legislador ordinário, ao utilizar o advérbio *imediatamente*, não respeitou o princípio da legalidade – no aspecto da taxatividade ou determinação –, haja vista o seu conteúdo ser extremamente vago e impreciso, permitindo uma análise subjetiva do intérprete e do aplicador da lei. Cumpre ressaltar certa incoerência que traz o dispositivo legal. Enquanto o *caput* do artigo fala na correção ‘imediata’ dos dados incorretos, o art. 43, § 3º, prescreve o prazo de ‘cinco dias úteis’ para que o responsável pelo banco de dados comunique a incorreção aos interessados. Assim se deve entender que o prazo para a correção dos dados deve se dar no prazo de cinco dias, e não ‘imediatamente’, expressão vaga e imprecisa.

Ademais, sugere-se aqui que, diante da inscrição do seu nome em órgão de restrição ao crédito, quando injustificada ou feita sem o requisito da comunicação prévia, o consumidor ingresse com *habeas data* e/ou com ação requerendo indenização por danos morais, sendo até desnecessária a prova do dano, ao invés de ajuizar ação penal. Afinal, a reparação do dano deve ser realizada preferencialmente em âmbito cível e administrativo. Não sendo possível, a teoria da imputação objetiva deve ser chamada, pois inegável é a sua adequação para dirimir grande parcela das controvérsias e choques de interesses individuais e coletivos derivados do novo modelo social, especialmente nas oportunidades

em que venham a causar danos a terceiros determinados ou à coletividade e seus interesses tutelados juridicamente.

É imprescindível à sociedade de riscos enfrentar os conflitos ensejados por suas características peculiares. Mas a utilização desenfreada do Direito Penal acaba por desvirtuá-lo e enfraquecê-lo, especialmente no que se refere ao seu caráter subsidiário. Sendo assim, na seara consumerista, é a imputação objetiva que munirá a dogmática penal de instrumentos suficientes para o afastamento fundamentado da tipicidade e da responsabilização criminal prevista no art. 73 do Código de Defesa do Consumidor, jamais prescindindo dos elementos subjetivos que a complementam.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão dos abusos cometidos por alguns fornecedores contra os consumidores, o Código de Defesa do Consumidor surgiu com o objetivo de proteger o patrimônio e a integridade dos consumidores individualmente ou coletivamente. Neste contexto, o legislador procurou inserir tipos penais no Código, punindo severamente aqueles que atentassem contra as normas estabelecidas, não apenas civilmente ou administrativamente. No entanto, ele o fez valendo-se de crimes de perigo (a maioria de perigo abstrato) e de normas penais em branco. Por isso é que se identificam no CDC tipos penais abertos e imprecisos, cujos complementos são igualmente inexatos e vazios, quando não ausentes, em franca contraposição aos princípios da legalidade, taxatividade, presunção da inocência e igualdade, entre outros, e conseqüentemente, à ordem constitucional vigente. Conclui-se, portanto, pela inconstitucionalidade dos crimes contra as relações de consumo previstos no CDC, especialmente do art. 73, acima analisado.

Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem, por omissão, lesão moral passível de indenização, e nunca uma pena privativa de liberdade. A busca de soluções para a proteção do consumidor na Lei nº 8.078/90 enfraquece o direito penal e demonstra que as teorias penalistas amplamente difundidas (do direito penal mínimo e do garantismo penal) não são aplicadas.

A sociedade brasileira tem muito o que evoluir até alcançar o entendimento de que a solução para os problemas sociais que envolvem os consumidores não está no direito penal, mas sim na edição de políticas públicas conscientizatórias e fiscalizatórias por parte do Poder Público. Num Estado Democrático de Direito, o operador do direito deve, antes de se utilizar de sanções penais, valer-se de outros ramos do Direito, como o Direito Civil ou o Direito Administrativo.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. **Crimes contra as relações de consumo no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Pos_Graduacao/Mestrado/Direito_Politico_e_Economico/Cadernos_Direito/Volume_4/06.pdf. Acesso em: 30 jan. 2016.

ALEIXO, Klelia Canabrava; FONSECA, Pedro Henrique Carneiro da. **Do bem jurídico nos crimes de lavagem de dinheiro: uma abordagem dogmática**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/393xa7s7c71K713nVx0ao195.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2016.

ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/214-Artigos. Acesso em: 30 nov. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Teoria geral do delito**. São Paulo: RT, 1997.

BONACCORSI, Daniela Villani. **A ofensa aos princípios constitucionais garantidores nos crimes econômicos de perigo**. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/A%20ofensa%20aos%20principios%20constit.pdf. Acesso em: 01 fev. 2016.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 81, out 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8435. Acesso em: 16 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 24 nov. 2015.

BRAVO, Maria Joelma Leite. **Direito do consumidor e seus aspectos penais**. Disponível em: <http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/3088/2850>. Acesso em: 30 nov. 2015.

DALMAS, Samir Bahlis. Globalização e criminalidade organizada. *In: Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 02 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49231&seo=1>. Acesso em: 25 mar. 2016.

GALVANI, Jéssica; SANTOS, Diego Prezzi. **Crimes contra as relações de consumo e as excludentes de ilicitude em prol do fornecedor**. Disponível em: <http://www.faculadecatuai.com.br/wp-content/uploads/Crimes-contra-as-relacoes-de-consumo-Jessica-Galvani-prof.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2016.

GOMES, Gustavo Henrique Comparim. **Princípios penais constitucionais e o princípio da insignificância aplicado**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.35397&seo=1>. Acesso em: 01 fev. 2016.

HAVRENNE, Michel François Drizul. **Direito penal, sociedade de riscos e teoria da imputação objetiva**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/1437969. Acesso em: 30 jan. 2016.

LIMA FILHO, Elias Augusto de. **A contribuição da teoria da imputação objetiva nos delitos de resultado**. Disponível em: <http://intertemas.unitedledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/127/130>. Acesso em: 29 jan. 2016.

MARTINS, Cleriston da Silva. **Minimalismo e garantismo penal e os crimes de mera conduta e de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/minimalismo-e-garantismo-penal-e-os-crimes-de-mera-conduta-e-de-perigo-abstrato/93597/#ixzz3yvcOIVZf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.56-60.

REIS, Ângelo Maciel Santos; SILVA, Felipe Carneiro Pedreira da. **A (in)eficácia dos tipos penais do código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/i9jl1a02/s8cPrpM8EpR383sa.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

ROCHA, Kelly Azevedo Teixeira da. **Da (in) constitucionalidade dos crimes contra as relações de consumo no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_dezembro2006/discente/dis4.doc. Acesso em: 24 nov. 2015.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Trad. Ana Paula dos Santos Luis Natscheradetz et al. 3. ed. Lisboa: Vega Universidade, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Lei n. 8.078, de 11.9.90. São Paulo: LTr, 1999.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin; SONCIN, Juliano Miqueletti. O endividamento do consumidor brasileiro e a ofensa ao princípio da dignidade humana. *In*: **Revista de Estudos Jurídicos** (Faculdade Maringá), n. 25, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://www.actiorevista.com.br/index.php/Actio/article/view/20>. Acesso em: 08 nov. 2015.

TELLES, Juliana Maria Martins. **Direito penal mínimo**: a influência da tutela penal mínima no combate à criminalidade. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/direito.penal.do.minimo.a.influencia.da.tutela.penal.minima.no.combate.a.criminalidade%5B2010%5D.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **As relações de consumo e a nova teoria contratual**. Disponível em: www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca6.pdf. Acesso em: 23 nov. 2015.

CAPÍTULO 13

AS OLIGARQUIAS E O SISTEMA PRESIDENCIALISTA DE PODER CENTRAL: CAUSAS DA INSTABILIDADE DO REGIME POLÍTICO BRASILEIRO PÓS-REPÚBLICA

Data de aceite: 01/07/2021

Pedro Henrique Fidélis Costa

<http://lattes.cnpq.br/4609424300623906>

RESUMO: O artigo busca desenvolver um paralelo entre a instabilidade política brasileira e o sistema de governo presidencialista brasileiro. Em pouco mais de um século o país já teve seis diferentes diplomas constitucionais, com primazia em um sistema de governança fortemente centralizado na figura do Presidente da República. Por conta do protagonismo deste agente político, pequenos grupos políticos e econômicos têm alternado a disputa pelo poder para obter o controle total da nação, em detrimento do bem comum. O texto propõe a descentralização deste poder político como chave para solucionar o problema da instabilidade vivenciada no Brasil nos últimos anos, com referência nos antigos regimes políticos das antigas cidade-estado gregas de Atenas e Esparta.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema presidencialista brasileiro, Oligarquias políticas e econômicas, Instabilidade Política, Descentralização do Poder Central.

ABSTRACT: This article aims at developing a parallel between Brazilian political instability and the Brazilian presidential system of government. In just over a century the country has had six different constitutional diplomas, with primacy

in a governance system strongly centralized in the figure of the President of the Republic. On account of the protagonism of this political agent, small political and economic groups have been alternating the struggle for power to secure total control of the nation, to the detriment of the common good. The text proposes the decentralization of this political power as the key to solve the problem of instability experienced in Brazil in the past few years, with reference to the old political regimes of the ancient Greek city-states of Athens and Sparta.

KEYWORDS: Brazilian presidential system, Political and economic oligarchies, Political instability, Decentralization of central power.

1 | INTRODUÇÃO¹

A modificação da estrutura política do Estado brasileiro tem sido a máxima do debate entre diversas camadas da sociedade. De conservadores e liberais, de marxistas àqueles que aspiram pela sociedade de mercado, dos defensores do Estado aos que primam pela prevalência da autonomia privada. Todos, em uníssono, clamam por mudanças no sistema de governança brasileiro.

Desde as manifestações populares iniciadas em 2013, o país vivenciou episódios de extrema instabilidade, capitaneada por decisões da Suprema Corte brasileira, muitas

¹ Nota indicativa – Este trabalho encontra-se publicado originariamente nos anais de evento do II Encontro Virtual do CONPEDI. Link disponível: <http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/nl6180k3/k0ghn987/QfB4CjEc1tgW2V Ta.pdf>.

delas monocráticas²; polarização política vista a partir da corrida eleitoral de 2014; e o segundo processo de impedimento presidencial em 2016.

Mas desde a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889, o país foi cenário de rupturas constitucionais, períodos de recessão econômica, aumento da desigualdade social e desenfreada mudança nas cadeiras responsáveis pela condução da nação. Da Constituição idealizada por Rui Barbosa (1891) à Cidadã (1988), o Brasil foi regido por 6 diferentes diplomas em sua forma de governo republicana. Cada nova constituinte antecedia a intensas manifestações populares inclusive de cunho bélico³, marcada nesta ocasião pela ascensão do ditador Getúlio Vargas e a dissolução do Congresso Nacional e de todos os órgãos legislativos estaduais e municipais (FERNANDES, 2017) com o decreto nº 19.938/30 (BRASIL, 1930).

Compreender a origem do nosso problema político, com ênfase no sistema presidencialista centralizador de governo escolhido pelos republicanos em 1891 e reafirmado após consulta popular em 1993⁴ será o principal foco de abordagem deste artigo. O texto é desenvolvido com principal referência a obra *Por que o Brasil é um país atrasado?* de Luiz Phillipe de Orleans e Bragança (2018)⁵.

De início serão necessárias algumas lições históricas dos sistemas de governança nas expoentes cidades-estado gregas, notadamente Atenas e Esparta. Posteriormente, responder à pergunta: por que o sistema presidencialista, centralizador de poderes das Chefias de Estado e Governo a um agente político, auxilia na instabilidade nacional tornando o Brasil um país governado a partir de oligarquias políticas e empresariais? E em seguida estabelecer critérios para mitigar a influência destes grupos na política. Ao final, analisar o direito comparado, notadamente o Chile, acerca de uma reforma constitucional, e se seria possível preservarmos a Constituição de 1988.

2 | DOS REGIMES POLÍTICOS DE ATENAS E ESPARTA

As experiências política e organizacional das proeminentes cidades-estado gregas de Atenas e Esparta foram a fonte para a elaboração das constituições pós período revolucionário do século XVIII, marco final do domínio inglês nos Estados Unidos e da monarquia absolutista de Luís XVI na França.

Dada a precariedade da escrita e a própria impossibilidade de registro duradouro

2 Decisão de apenas um ministro do Supremo Tribunal Federal.

3 Na República Velha (1891-1930) a cadeira presidencial obedecia à conhecida política do café com leite, em que mineiros e paulistas se alternavam no poder a cada virada eleitoral. O fim desta oligarquia deu-se com o presidente Washington Luís. Paulista, Washington não obedeceu à alternância Minas – São Paulo e apoiou a eleição do também paulista de Itapetininga Júlio Prestes, impedido de ser empossado pela revolução de 1930 encabeçada pelos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Paraíba em apoio ao gaúcho derrotado nas eleições Getúlio Vargas.

4 Plebiscito previsto no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição brasileira de 1988, para escolha popular da forma e sistema de governos.

5 Deputado Federal eleito, em 2018 com a legenda do Partido Social Liberal. Conhecido pela sua descendência com os personagens históricos do Brasil como o Imperador Dom Pedro II e a princesa Isabel Leopoldina e cofundador do Movimento Liberal Acorda Brasil.

das práticas políticas adotadas, Atenas se sobressaiu por ter sido a única cidade-estado a registrar toda a evolução política de maneira detalhada e conseguir preservar a documentação histórica. (BRAGANÇA, 2017).

O protagonismo de núcleos familiares detentores de propriedades cultivadas que garantiam o abastecimento da *pólis* fez surgir as cidades-estado gregas. Em Atenas, este pequeno grupo de aristocratas elegiam governantes (os arcontes) e elaboravam os códigos de conduta que regiam aquela primitiva sociedade.

A concentração de poderes dos arcontes era característica marcante da política ateniense, com destaque aos governantes Drácon e Sólon. O primeiro é conhecido pelo seu rígido código de leis que previam a pena de morte para crimes contra o patrimônio⁶, como furto e roubo. Eis o porquê do adjetivo “draconiano”. Deve-se a Drácon a introdução de importante princípio do direito penal: a distinção entre os diversos tipos de homicídio, diferenciando em homicídio voluntário, involuntário e o homicídio em legítima defesa (FRANZINE, 2019). A publicização da justiça e seu papel na resolução de conflitos também é uma marca importante da política de Drácon. Mas por salvaguardar os interesses aristocráticos, suas leis falharam em mitigar a insatisfação popular e em consolidar a estabilidade política. (BRAGANÇA, 2017).

A administração de Sólon é marcada pela inclusão das classes emergentes (empreendedores e comerciantes) na participação política de Atenas, antes reservada à minoria aristocrática. Devem-se a Sólon⁷ (594 a.C) as primeiras iniciativas de democratização das leis. (FRANZINE, 2019).

A par das tentativas de assentar as bases para a estabilidade política, Sólon pecou por não estabelecer um sistema de limites capaz de frear as ações de futuros governantes para perpetuação no poder.

Luiz Philippe de Orleans e Bragança (2017) esclarece:

Embora movido por princípios sólidos e inquestionavelmente bem intencionado, Sólon não conseguiu criar um Estado de direito tal qual o entendemos hoje. Uma falha do modelo foi a ausência de imunidade a aventuras populistas. Os arcontes puderam criar bases de apoio em defesa de políticas exclusivamente populistas, desestabilizando radicalmente a estrutura de poder e de patrimônio dos aristocratas. E assim o populismo desestabilizou o sistema. (BRAGANÇA, 2017).

A posterior governança popular de Pisístrato⁸ (561-527 a.C.) e seus sucessores (527-

6 A assunção de Drácon ao poder de arconte é antecedida de conflitos de pequenos produtores rurais contra a hegemonia das famílias aristocratas. Estas, detentoras do poder de escolha do governante e grandes proprietários de terras, com certeza tiveram forte influência no código de leis implementado por Drácon, sobretudo pelo severo tratamento dispensado às transgressões patrimoniais.

7 Por permitir a participação de outros setores da sociedade ateniense na política, Sólon é referido como o “pai da democracia”, embora a alcunha seja contestável por historiadores, pois o que buscava era um equilíbrio entre o poder central das aristocracias e a abertura a outras classes no processo político.

8 Com apoio dos pequenos produtores rurais, o arconte de origem aristocrática, foi responsável por implementar medidas populistas para atender ao seu eleitorado e permitir a perpetuação no poder, uma delas a baixa tributação aos mais pobres e a interferência na propriedade privada dos mais ricos.

510 a.C.) demonstra como a falta de um sistema limitador de poderes levou instabilidade a Atenas. Este turbulento cenário político se estenderia até a deposição do tirano Iságoras (510-508 a.C.) pelo levante liderado por Clístenes que terminou com sua retirada da Acrópole e do exército espartano. Com a ascensão de Clístenes ao poder, Atenas observou médio período de estabilidade em sua conturbada história política.

Todo este breve arcabouço histórico demonstra que a ausência de um instrumento de limitação e descentralização do poder político esvazia a garantia de ampla participação da sociedade no processo político. Ou seja, não há exercício efetivo de democracia sem limitação dos poderes constituídos.

Esparta se sobressai como modelo político de equilíbrio entre a democracia, monarquia e aristocracia. Ao contrário de Atenas, havia uma descentralização do poder político auxiliada por um sistema de freios e contrapesos capaz de promover a estabilidade e continuidade desta cidade-estado, inclusive o bastante para interferir algumas vezes na política interna de Atenas⁹ e de outras cidade-estado. (BRAGANÇA, 2017).

A divisão do Poder Executivo, exercido por dois monarcas, estabelecia uma linha de competências interna e externa. Um dos reis era responsável pela política externa, como participação em guerras e relação com outras soberanias, e o outro, gestor da administração pública.

O Poder Legislativo era bicameral, de um lado a Assembleia (Appela) e outro o Senado (Gerúsia). Assegurada a participação do povo em suas composições, o princípio democrático era representado nesta estrutura de poder. A eleição dos membros da Assembleia era realizada pelo povo com votação aberta, elegíveis os homens acima de 30 anos. No Senado havia 28 membros, com o sistema de votação dividido entre o povo e os dois monarcas.

A aristocracia era formada por cinco membros, os éforos, uma espécie de Poder Judiciário responsável pela fiscalização das atividades da monarquia¹⁰, eleitos pelo povo com votos divididos entre distritos. Com limites bem estabelecidos entre si, os três poderes viviam em um equilíbrio regido pela eunomia¹¹, as boas leis de um Estado de Direito. (BRAGANÇA, 2017)¹².

O principal ponto de distinção entre os modelos tratados neste tópico é o grau de centralização e descentralização das funções de poder. No Brasil estas lições auxiliam na compreensão de que um dos problemas políticos é a concentração de poder contida no sistema presidencialista vigente desde a primeira constituição da República (BRASIL, 1891).

9 Um exemplo é o apoio do exército espartano ao governo tirânico de Iságoras em Atenas.

10 Os éforos têm influência direta na participação de Esparta nas guerras com outros povos. Além de autorizarem o monarca chefe de Estado a declarar guerra, este era sempre acompanhado nas guerras por um membro dos éforos. Simbólica maneira de chancela dos poderes nos conflitos externos.

11 Figura da mitologia grega, fruto da união entre Zeus e a deusa Themis, Eunomia significava boa ordem, disciplina.

12 Por esta harmonia, o referencial estruturante entre os poderes em Esparta teve forte influência na tríade divisão (Executivo, Judiciário e Legislativo) formulada por Montesquieu em o Espírito das Leis.

3 | O SISTEMA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRO E AS OLIGARQUIAS

Sistema de governo é o modo como se dá a relação entre os Poderes dentro de um Estado; sobretudo, entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo (FERNANDES, 2017). O presidencialismo é marca da tradição americana. A Constituição de 1787 dos Estados Unidos, na seção I de seu artigo 2^o¹³, é pioneira na escolha deste sistema de governo¹⁴, atualmente hegemônico em todos os países do continente americano, com exceção do Canadá¹⁵.

Fiel a esta tradição¹⁶, a primeira constituição republicana (BRASIL, 1891) deu início ao sistema presidencialista, porém, marcada pela centralização das Chefias de Estado e Governo na figura do Presidente da República, conforme artigo 48 deste diploma. Esta característica seguiu encartada nas demais constituições brasileiras com influência direta de pequenos grupos na construção das bases da forma de governo republicana. A persuasão destes grupos oligárquicos tem sido pujante nas políticas adotadas no Brasil e compreender seu início é fundamental para o esclarecimento do problema político nacional.

Oligarquia significa governo de poucos. A transição Monarquia-República é antecedida pela insatisfação das oligarquias econômica (fazendeiros) com o fim da escravidão pela Lei 3.353 (BRASIL, 1888) e política (militares) com o tratamento que lhes era dispensado pelo Império.

Luiz Phillipe de Orleans e Bragança (2017) esclarece:

Enquanto os senhores de escravos cobiçavam o poder econômico do país, outra oligarquia conspirava pelo controle do poder político. O exército brasileiro queria mais poderes dentro do Império, uma vez que sua relevância e força cresceram desde a Guerra do Paraguai, entre 1864 e 1870. Ambas, a oligarquia econômica dos agricultores e a oligarquia política do Exército, conspiravam pelo poder. Isso fez com que no Brasil, assim como em todos os outros países da América Latina, a República fosse fundada para servir a um grupo de interesse no caso, uma oligarquia econômica agropecuarista. (BRAGANÇA, 2017).

A partir daí surge o protagonismo oligárquico na disputa pelo poder político, para assegurar o controle da máquina pública em favor das elites política e econômica em detrimento do bem comum. A forte concentração do poder central, materializado pelo presidencialismo e a fraca federação existente no Brasil desde sua independência, auxiliou o aumento do poder de influência das oligarquias.

13 <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recrida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>> Acesso 02 de agosto de 2020.

14 Não poderia ser diferente, pois após longo período sob o jugo inglês, cessado com a revolução bélica de independência, naturalmente o sistema e a forma de governo eleito pelos pensadores americanos seria distinta da adotada na antiga metrópole inglesa.

15 Que adota forma e sistema de governo monárquico parlamentarista.

16 Curiosamente, nos dois primeiros anos da República, a bandeira nacional também seguiu o modelo da americana, com diferença apenas nas cores verde e amarelo, posteriormente substituída pela atual com o lema positivista ordem e progresso. O título da primeira Constituição brasileira também se assemelha com a americana – Constituição dos Estados Unidos do Brasil.

Ao longo da história brasileira, elas apenas modificaram seu campo de atuação. Cafeicultores, pecuaristas, banqueiros, industriais, sindicatos e construtoras, todas influenciaram de algum modo a condução do país em prol de seus próprios interesses. Exemplos são inúmeros, mas pela brevidade deste artigo citam-se três ocasiões.

Na República Velha (1891-1930) o apogeu da produção cafeeira diminuiu seu valor de mercado pela larga escala de produção. Para manter o preço anterior, o governo federal brasileiro comprou os excedentes produtivos dos cafeicultores através de empréstimos externos, o que assegurava a venda e a continuidade de lucro desta elite econômica¹⁷, em prejuízo dos cofres públicos.

Na ditadura de Getúlio Vargas a publicação da Lei de Usura, Decreto nº 22.626/33 (BRASIL, 1933) posteriormente sedimentada pelo entendimento¹⁸ de não ser aplicável às instituições integrantes do sistema financeiro nacional, favoreceu claramente a oligarquia dos banqueiros, garantindo-lhes lucros através dos altos juros nas operações de crédito.

Atualmente, o poderio das oligarquias ficou evidenciado nas investigações conduzidas pela Polícia Federal na Operação Lava Jato¹⁹. Desta vez, a oligarquia era as Construtoras de grande porte, as quais negociavam cargos de direção nas principais estatais do país, notadamente a PETROBRÁS, com a compra de apoio direcionada aos partidos políticos de maior envergadura como PT, PSDB, MDB²⁰ e seus membros. Em contrapartida, eram beneficiadas em contratos administrativos de licitação de elevada quantia promovidos pelas estatais e homologados, curiosamente, pelos dirigentes que estas oligarquias apoiaram, com o aval da autoridade nomeante, o Presidente da República. Mais uma vez os cofres públicos, ou pode-se dizer, o bem comum, foram alijados em prol de interesses de uma restrita parcela política (partidos políticos e seus membros) e econômica (construtoras).

Uma das bases de sustento para esta gama de interesses espúrios e antidemocráticos baseia-se em um poder central forte, uma das premissas do sistema de governo presidencialista brasileiro. Ao condensar chefias de estado e governo, o artigo 84 da Constituição de 1988 (BRASIL 1988), em especial o inciso XIV, possibilita ao Presidente da República o poder de nomeação de cargos chave na administração pública²¹ e de outros poderes, os quais, em tese, deveriam ser independentes do Poder Executivo.

17 Esta operação ficou conhecida como convênio de Taubaté, instrumentalizado pelo acordo de vontades entre os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro que assegurava a intervenção federal na compra dos excedentes de produção de café. Este convênio foi assinado pelo Presidente da República Afonso Pena.

18 Entendimento esboçado na súmula 596 do Supremo Tribunal Federal com o seguinte texto: As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional. Consulta <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=596.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso 10 de agosto de 2020.

19 Escândalo de corrupção conhecido como Petrolão em que vários agentes públicos ocupantes de cargos de 1º e 2º escalões da República foram presos e condenados pela prática de vários crimes dentre eles corrupção passiva, lavagem de capitais, peculato e organização criminosa.

20 Respectivamente, Partido dos Trabalhadores, Partido da Social Democracia Brasileira e Movimento Democrático Brasileiro.

21 Como a nomeação para diretoria e presidência de empresas estatais, autarquias e agências reguladoras, as quais têm o controle de intervenção na vida dos cidadãos e das atividades empresariais privadas. Basta visualizar a extensa normativa de agências reguladoras como ANATEL, ANEEL e ANVISA e controle no preço dos combustíveis pela PETROBRÁS.

Esta concentração favorece os grupos oligárquicos (econômicos e políticos), que veem seu poder de influência ser facilmente exercido sob um agente político que detém amplo poder de escolha e veto, além de desestabilizar o sistema de separação de poderes. Muitos doutrinadores classificam o nosso modelo como um “presidencialismo imperial”, numa alusão à concentração de poder da época em que existiam os imperadores absolutistas. (ANDRADA, 2014).

A revisão desta estrutura de poder central que favorece a atuação dos grupos oligárquicos só será possível com o remanejamento do sistema político brasileiro. Esta análise será feita a partir de 3 vetores: redistribuição das funções de Estado e Governo no Poder Executivo Federal; restrição do Poder Executivo de indicar e nomear membros das instituições de Estado, como a Polícia Judiciária Federal e o Supremo Tribunal Federal; maior participação popular nas políticas governamentais via referendo.

3.1 Separação das funções de Chefia de Estado e Governo

Alinhado às estruturas de Estado que proporcionaram maior estabilidade política para a população, assim como adotado em Esparta²², é preciso fazer uma separação interna no Poder Executivo das Chefias de Estado e Governo. Abandonar este presidencialismo imperial e o forte poder central conferido à União são formas emergentes para promover a estabilidade política e mitigar a influência das oligarquias, pois quando o poder é centralizado em uma única assembleia e as jurisdições menores do país não têm autonomia para criar suas próprias leis, fica mais fácil obter controle de toda a nação (BRAGANÇA, 2017).

A separação das funções do Poder Executivo em Chefe de Estado e Chefe de Governo não é novidade no Brasil. Na vigência da Constituição Imperial de 1824 no reinado de Dom Pedro II, criou-se o cargo de Presidente do Conselho de Ministros com o Decreto Imperial nº 523/1847 (BRASIL, 1847), o que representava um desgaste menor ao Imperador²³. Esta forma de organização política explica por que o país vivenciou amplo período de estabilidade, sendo a Constituição do Império (BRASIL, 1824) a mais longeva²⁴.

Mas seria possível esta cisão de funções no sistema presidencialista? Conforme já abordado, os Estados Unidos da América é o pioneiro na adoção deste sistema de governo. Ao analisar a sua Constituição, é possível visualizar que o presidencialismo norte-americano é peculiar em relação aos demais, pois confere ao Presidente da República a função de Chefe de Estado e aos governadores estaduais a função de Chefes de Governo, isso em razão da forte federação ali existente, qualificada pela ampla autonomia administrativa e

22 Os romanos também observaram as formas de governança ateniense e espartana e sabiamente deram preferência a este segundo modelo de distribuição do poder político, com a divisão interna do Poder Executivo a dois cônsules, fiscalizados e orientados pelo Senado Romano.

23 A escolha ao cargo de Presidente do Conselho de Ministros era subordinada ao Imperador, que detinha o poder moderador, desde que tivesse o respaldo da maioria dos parlamentares. Esta estrutura de poder se assemelha ao praticado nos regimes parlamentaristas, como no Reino Unido e na República Alemã. Portanto, é inverídica a afirmação de que no Brasil nunca houve parlamentarismo, pois entre 1847 a 1889 (42 anos) o país adotou este sistema de governança.

24 Dada a estabilidade política, o apogeu do Império Brasileiro lhe conferiu protagonismo no cenário internacional, com as intervenções nas soberanias da Região do Prata e a vitória no conflito diplomático com o Reino Unido proveniente da Questão Christie, por decisão do Árbitro e Rei da Bélgica Leopoldo I.

legislativa dos Estados-Membros Americanos.

A preservação do presidencialismo no Brasil, com a divisão das Chefias de Estado e Governo, só é possível com uma ampla reforma do pacto federativo, assunto que não é novidade nos bastidores da Capital Federal. A alteração do rol de competências administrativas e legislativas, expressas nos artigos 21, 22, 23 da Constituição atual (BRASIL, 1988) e a reformulação do Sistema Tributário Nacional são pautas que auxiliariam no remanejamento da federação. Nas federações atuais, preserva-se o texto constitucional e conseqüentemente distribui-se o poder entre os entes federativos, surgindo motivos para a criação de um órgão independente como árbitro nos eventuais conflitos que surjam entre as suas unidades componentes. (FERREIRA; AYRES, 2017).

A premissa para manter o sistema presidencialista no Brasil, com a divisão de funções de Chefia de Estado e Governo a agentes políticos distintos, é uma maior autonomia aos Entes Federativos, a partir da descentralização de competências legislativas privativas da União somada a uma maior concentração de renda tributária²⁵ aos Estados-Membros. Assim, Governadores dos Estados assumiriam as funções de governança, ao passo que o Chefe de Estado deve assumir uma função apartidária ficando encarregado da segurança, justiça e ordem institucional. (BRAGANÇA, 2017).

3.2 Restrição ao Poder de Nomeação do Executivo

A Constituição (BRASIL, 1988) reserva ao Presidente da República no artigo 84, incisos XIV a XVII, amplo poder para prover cargos na administração pública direta e indireta, além de condicionar o preenchimento de vagas em outros poderes a atos privativos deste agente político²⁶.

Um grande exemplo de instabilidade causada por esta concentração de poder foi a nomeação pelo Presidente da República Jair Bolsonaro do Diretor-Geral da Polícia Federal. Com respaldo na Lei 9.266/96 (BRASIL, 1996), alterada pela Lei 13.047/14 (BRASIL, 2014), e o avanço das investigações relacionadas ao possível envolvimento de um de seus filhos²⁷ com milícias no Estado do Rio de Janeiro, levantou-se a suspeita de que a troca no comando desta instituição policial, com a saída do Delegado Federal Maurício Valeixo e posse de Alexandre Ramagem²⁸, teria o condão de obstaculizar as investigações e proteger os familiares do Chefe do Poder Executivo Federal. Esta manobra foi o pretexto para o pedido de exoneração do ex-ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, anunciada em entrevista coletiva convocada em 24 de abril de 2020. Nesta

25 O uso desta expressão não se refere ao aumento da carga tributária, mas sim, que o produto de sua arrecadação seja destinado diretamente aos Estados da Federação, sem a necessidade de se fazer transferências constitucionais de recursos pela burocracia federal.

26 Este excesso de poder do Chefe do Executivo foi repetido várias vezes pelo Presidente Jair Bolsonaro com a frase de cunho autoritário de “Quem manda sou eu” bem semelhante à conhecida passagem de Luís XIV, o rei Sol, como o “Estado sou Eu”.

27 Hoje Senador da República Flávio Bolsonaro.

28 A aludida mudança de comando na Polícia Federal foi suspensa à época, liminarmente, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes nos autos do Mandado de Segurança nº 37.097 impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista.

mesma ocasião, a bolsa de valores de São Paulo registrou uma queda de 5,45% e o dólar americano disparou a cotação em R\$ 5,65, com forte impacto negativo no mercado econômico, conforme Gráfico1 abaixo²⁹.



GRÁFICO 1: Queda da bolsa de valores com saída ministro Sérgio Moro.

Fonte: The Capital Advisor.

Por conta desta instabilidade causada pelo poder de nomeação do Presidente da República, vários projetos de lei e de proposta de emenda à Constituição estão em debate no Parlamento. Destaque ao projeto de lei 2167/2020 (BRASIL, 2020) e a proposta de emenda constitucional nº 35/2015 (BRASIL, 2015). A primeira trata do provimento do cargo de diretor geral das Polícias Federal e Civil dos Estados e a segunda da nomeação para o cargo de ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ambas buscam limitar a liberdade do Presidente da República na escolha dos agentes que irão preencher estes cargos, a partir de critérios objetivos³⁰ com listas tríplices formadas por membros destas instituições³¹. Estas formas de provimento de cargos chave na administração pública, com a participação de outros órgãos, colaboram para frear ingerências estranhas ao interesse público e a finalidade destas instituições, além de representarem um desgaste menor ao Presidente da República.

3.3 Aumento do uso dos instrumentos de democracia direta

A *internet* e o acesso facilitado às redes sociais têm se mostrado a melhor plataforma de consulta aos anseios da população sobre esta ou aquela determinada pauta política.

29 <<https://medium.com/@thecapitaladvisor/moro-pede-demiss%C3%A3o-e-deixa-governo-bolsa-cai-6-e-d%C3%B3lar-a-r-5-65-17512d63e26a>> Acesso em 12 de agosto de 2020.

30 A operação Lava-Jato é um marco nas inovações legislativas que digam respeito ao provimento de cargos diretos de entidades da administração pública. A lei 13.303/16, conhecida como Estatuto das Estatais, inovou o sistema de nomeação de dirigentes e conselhos de administração de empresas públicas e sociedades de economia mista, com métodos baseados na meritocracia.

31 A proposta de Emenda Constitucional 35/2015 estabelece a formação de um colegiado composto pelos Presidentes dos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas, o Procurador-Geral da República e Presidente do Tribunal de Contas.

Independente de divergências ideológicas, todos reclamam por maior transparência e melhoria nos serviços reservados à Administração Pública e repudiam veementemente a corrupção.

Embora a Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) tenha buscado romper com anos de ditadura militar e impulsionar a participação popular na política com a previsão de mecanismos de democracia direta³², na prática essas consultas ao povo raramente foram realizadas pelo Congresso Nacional. Temas sensíveis para a sociedade brasileira são discutidos à sua revelia, pelo Parlamento ou pela Suprema Corte do Brasil, como por exemplo a união homoafetiva³³, o aborto³⁴ e a descriminalização do uso de drogas. Em quase 32 anos de vigência do texto constitucional, apenas em duas oportunidades o povo foi chamado a se manifestar diretamente³⁵ sobre questões nacionais. Em ambas as ocasiões a população compareceu em grande número as urnas, o que exclui a ideia de que o brasileiro não se interessa pela participação direta, pois o percentual de abstenções não guarda significativa diferença em relação ao processo eleitoral para escolha de representantes (CARVALHO; CUNHA, 2018). Esta postura engajada da população brasileira tornou-se mais perceptível no período de 2013 a 2016.

Ao unir este sentimento participativo com o fenômeno das redes sociais viabiliza-se a limitação do Poder Central e das Oligarquias Políticas e Econômicas através do uso dos mecanismos de participação direta. Evidente que este exercício direto de democracia não pode ser desmedido, sob pena de inviabilizar a própria atividade administrativa³⁶.

Mas ao povo deve ser concedido a oportunidade de participar ativamente na política de governo nas hipóteses de aumento das exações ou interferência do Estado na autonomia privada. Permitir aos cidadãos o poder de vetar tributos, criação de autarquias (BRAGANÇA, 2017), e, inclusive, escolher seus membros de direção, seria extremamente saudável, pois uma máquina pública maior implica em maiores tributos ao contribuinte³⁷.

Além de aumentar o espírito cívico, o referendo popular também serviria como um alerta para o burocrata responsável pela gestão destas entidades (autarquias, empresas estatais), no sentido de que sempre haverá, mesmo que latente, um poder popular fiscalizatório de suas atividades exprimido através do voto.

32 São eles Plebiscito, Referendo e Iniciativa Popular.

33 Decisão colegiada proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Através do método interpretativo da interpretação conforme, concluiu o Supremo Tribunal Federal ser defeso aos operadores do direito, notadamente os tabeliães de notas, restringir a leitura do artigo 1723 do Código Civil apenas às uniões estáveis entre heterossexuais.

34 No habeas corpus nº 124.306/RJ, o voto condutor do ministro Luís Roberto Barroso, seguido pelos demais ministros da 1ª Turma, criou um precedente judicial no sentido de ser impunível o aborto realizado nos 3 primeiros meses da gestação.

35 Uma por imposição constitucional para eleger a forma de governo, republicana ou monárquica, e o sistema de governo, presidencialista ou parlamentarista e a outra, para deliberar sobre artigo 35 do Estatuto do Desarmamento – Lei 10.826/03 (Brasil) que proibia o comércio de armas de fogo no território nacional.

36 Como por exemplo as atribuições de servidores ou empregados públicos, organização de determinado órgão ou empresa estatal.

37 Vejamos a polêmica privatização das estatais brasileiras, muitas delas deficitárias e que importam alto custo ao contribuinte e congestionam as contas públicas. A participação dos usuários de serviços reservados às estatais – p. ex. Correios – seria vital para constatar o grau de aprovação da sociedade brasileira com os planos de privatização.

4 I REFORMA CONSTITUCIONAL

A atual Constituição (BRASIL, 1988) rompeu com o antigo regime ditatorial de 1964-1985. Na toada dos movimentos populares de destaque como as Diretas Já em 1984, sua promulgação buscou promover mais democracia e inclusão social, com uma extensa constitucionalização acerca dos direitos individuais, sociais, políticos, tributação etc.

Mas a partir de 2013, motivados pelo aumento de R\$0,20 centavos na passagem no metrô de São Paulo, o povo (Poder Constituinte Originário) deu mostras de insatisfação com o modelo de Estado encartado no texto constitucional. A falta de representatividade no Congresso Nacional, a falência dos modelos educacional e de saúde públicos e a demora na reforma política, foram as principais causas do inconformismo popular.

Em cenário bem semelhante, outro país da América Latina, o Chile, vivenciou intensas manifestações populares em 2019³⁸, o que levou o Presidente da República Chilena Sebastián Piñera sancionar a realização de plebiscito³⁹ para que a população opine sobre a necessidade de uma reforma institucional no país a partir da promulgação de uma nova Constituição⁴⁰.

No Brasil não é diferente. O ponto em comum é a mudança do regime político, embora as reivindicações populares possam variar entre estes dois países. Na eleição de 2018 foi possível constatar uma extensa renovação, não apenas no Parlamento, mas nos governos estaduais⁴¹, impulsionada por este sentimento de mudança que paira na população brasileira.

Fato é que o Poder Constituinte Originário no Brasil, assim como no Chile, tem demonstrado que pretende promover uma ampla reforma em sua estrutura política, pois percebeu que a forte centralização do poder em Brasília e o excesso de concentração de competências ao Poder Executivo Federal, são as gêneses da instabilidade nacional.

Luiz Phillipe de Orleans e Bragança (2017) aduz:

Considerando que a maioria das contribuições dos países de Primeiro Mundo foram criadas em circunstâncias de alta instabilidade política, com sociedades em franco despreparo para recebê-las, vale o paradoxo que a mudança para um sistema de “baixo para cima” advém da mudança no atual sistema “de cima para baixo”. (BRAGANÇA, 2017).

Ao congregar as reformas que são necessárias para retirar o país do ostracismo e ineficiência administrativa, o atual texto constitucional dificilmente sobreviverá a alterações tão substanciais em sua composição. Não demorará outro episódio de insatisfação popular

38 Curiosamente, as manifestações no Chile também foram motivadas pelo aumento nas passagens do metrô e insatisfação com a prestação de serviços à população.

39 Inicialmente previsto para realizar em abril de 2020, porém adiado para o final deste ano em razão da pandemia do Coronavírus.

40 <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/23/presidente-do-chile-assina-lei-que-habilita-plebiscito-sobre-nova-constituicao.ghtml>> Acesso em 16 de agosto de 2020.

41 Um exemplo foi a eleição de Romeu Zema, do partido Novo, para o cargo de governador do Estado de Minas Gerais. Candidato desconhecido, mas com um discurso de inovação e austeridade nos gastos públicos, obteve êxito nas eleições ao despontar os candidatos tradicionais da política mineira Fernando Pimentel e Antônio Anastasia.

com a política de poder central em Brasília, acompanhado de mais uma instabilidade em razão do modelo centralizador sustentado na Constituição (BRASIL, 1988).

5 | CONCLUSÃO

O poderio das oligarquias políticas e econômicas influenciou diretamente na construção do Estado brasileiro, com primazia em um sistema central de poder e de concentração de competências ao Chefe do Poder Executivo, de modo a sustentar sua coparticipação nas políticas de Estado de acordo com seus interesses, em prejuízo do tão esperado bem comum.

O excesso de poderes reservado ao Presidente da República, também conduziu ao falacioso imaginário popular messiânico, ou seja, a cada eleição presidencial o eleitorado depositava expectativas de que apenas um agente político seria capaz de modificar radicalmente os rumos da nação.

Esta cultura de busca pelo “Messias”⁴² é o que sustentou o sistema de governo presidencialista tal qual como previsto na atual Constituição brasileira⁴³. Além de provocar uma constante delegação da democracia direta para a indireta, facilita a atuação dos grupos oligárquicos na medida em que retarda o amadurecimento da sociedade sobre o seu papel de protagonista político⁴⁴ e fortalece seu poder de influência no controle da nação.

É de bom alvitre, para não dizer essencial, que a discussão de temas sensíveis (por exemplo aborto, legalização do uso de drogas), estruturantes (Reformas Tributária e Administrativa por exemplo) e até mesmo criação de autarquias, estatais e escolha de seus dirigentes seja realizada com a participação direta da sociedade civil para decidir qual posicionamento a política deve adotar, em uma verdadeira descentralização do poder decisório, mitigando assim a atuação de pequenos grupos na condução das pautas políticas.

Afinal, as políticas de Estado devem corresponder aos valores da população brasileira e não aos interesses das oligarquias. Este movimento centrífugo⁴⁵ (fuga do centro) é o único mecanismo para retirar do Poder Central a alavanca de condução dos interesses da nação e restringir a influência das Oligarquias.

Ao observar os antigos regimes políticos gregos, o ponto mais importante para

42 É quase uma repetição deste sucessivo messianismo, especialmente depositado nos Presidentes da República Getúlio Vargas, Luiz Inácio Lula da Silva e o atual Jair Bolsonaro.

43 Não é saudável para a democracia brasileira que candidatos à Presidência da República sejam aclamados pelo povo como “pai dos pobres” ou mais recentemente “mito”. Essas alcunhas não são positivas para o amadurecimento da sociedade civil como participante ativo nas políticas de Estado.

44 Fato é que ao longo da história brasileira, raras foram as ocasiões que a sociedade civil foi chamada a opinar sobre o sistema de governança brasileiro. Um exemplo é o decreto nº 1/1889 de proclamação provisória da República que previa em seu artigo 7º a convocação da nação brasileira para pronunciar sua concordância com esta forma de governo, porém, dita “consulta”, só foi realizada 103 anos depois.

45 É extremamente falsa a afirmação de que o federalismo brasileiro obedeceu ao movimento centrífugo. Isso jamais ocorreu. Na prática os entes menores (Comunidades, Distritos, Municípios e Estados-Membros) só foram contemplados com migalhas de poderes administrativos e legislativos do centro de poder (União).

estabilizar a relação entre política e sociedade civil é a descentralização do poder, assim como adotado por Esparta em sua organização interna e posteriormente pelos romanos e revolucionários americanos do século XVIII. Os atenienses também vivenciaram um certo período de estabilidade política com a política descentralizadora promovida por Clístenes, através da delegação aos distritos de competências legislativas.

No caso brasileiro, a pirâmide do poder político deve ser pensada de baixo para cima, ou seja, a sociedade civil deve ser a base, e no topo a União com competências residuais⁴⁶. Para estruturar este sistema de governança apenas com uma nova constituinte, dada que a atual Constituição do Brasil (BRASIL, 1988) se assemelha a uma colcha de retalhos⁴⁷, e pelo centralismo do poder -de cima para baixo-⁴⁸ se distanciou dos anseios da população brasileira que almeja estabilidade e maior participação na política⁴⁹ e dificilmente seu texto sobreviverá à quantidade de mudanças necessárias para estabilizar a relação entre política e sociedade civil.

Pela facilidade de acesso às informações, felizmente as comunidades brasileiras estão cada vez mais conscientes de seu protagonismo e maduras para compreender que só a partir da descentralização do poder e o abandono à cultura messiânica do Presidente da República o país poderá respirar ares de estabilidade.

Frente à necessidade de reforma deste sistema, esta pode ser a primeira vez, em quase 200 anos de independência⁵⁰, que a sociedade civil pode ser a fiel da balança na resolução deste problema estrutural de gerenciamento do Estado brasileiro e da relação entre seus Poderes. Não tardará mais um episódio de instabilidade política e econômica para a população novamente se organizar e pressionar por uma mudança estrutural do Estado.

Em suma, distribuir o poder político é o segredo para diminuir o quadro de incertezas e insegurança, e só através da consulta direta à população, assim como proposto no Chile, será possível promover a mudança do sistema de governança do Estado brasileiro. Afinal, uma nação nunca será rica e próspera em meio a instabilidades.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, Doorgal Gustavo Borges de. **A reforma política e seus termos no contexto brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. 110p.

46 Primordialmente, um país que prima pela estabilidade política tem as comunidades como base de sua estrutura política.

47 Já são 106 emendas constitucionais promulgadas pelas mesas da Câmara e do Senado em apenas 32 anos de Constituição.

48 A Constituinte de 1988 promoveu a inversão desta pirâmide ao atribuir competências privativas e exclusivas à União e dispensar uma descentralização deste poder político aos Estados-Membros.

49 Em que pese a Constituição de 1988 prever instrumentos que assegurem o exercício da democracia direta – plebiscito, referendo e iniciativa popular, o legislador infraconstitucional impôs barreiras para a participação popular. A lei 9709/98 que regulamenta o plebiscito e referendo prevê a necessidade de 1/3 dos membros da Câmara ou Senado para a aprovação de decreto legislativo para convocar a população, ou seja, a democracia indireta cria óbices para impedir uma participação facilitada do povo na política.

50 Conforme dito acima, nem mesmo a mudança da forma de governo (Monarquia ou República) em 1889 contou com apoio e chancela populares.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

AYRES, A. L. Z; FERREIRA, B. G. **A trajetória do federalismo brasileiro e as deliberações preliminares do Supremo Tribunal Federal frente às competências elencadas na Constituição da República de 1988 aos entes federativos**. Disponível em: <<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/27ixgmd9/0141905o/iJb5z4A0M8l64B7Q.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2020.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituição, história, Brasil**: Constituição de 1891. 3. Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2018. 103 p.

BRAGANÇA, Luiz Philippe de Orleans e. **Por que o Brasil é um país atrasado?** Ribeirão Preto, SP: Novo Conceito Editora, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Projeto de Lei**, de 2019. Celina Leão. Altera a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, a qual dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1885845>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 19.398**, de 11 de novembro de 1930. Institue o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398impressao.htm>. Acesso em: 9 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 22.626**, de 7 de abril de 1933. Dispõe sobre os juros nos contratos e das outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D22626.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 523, de 20 de julho de 1847. Crea hum Presidente do Conselho dos Ministros. **Lex**: Coleção de Leis do Império do Brasil - 1847, Página 83 Vol. pt II. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-523-20-julho-1847-560333-publicacaooriginal-83096-pe.html>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.826**, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.303**, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13303.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.353**, de 13 de maio de 1888. Declara extinta a escravidão no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM3353.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.266**, de 15 de março de 1996. Reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9266.htm>. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.709**, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. Poder Legislativo. **Proposta de emenda à Constituição**, de 2015. Altera o art. 101 da Constituição Federal, para modificar a forma de escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=1401366&ts=1594026200899&disposition=inline>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Processual Penal. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos para sua decretação. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. **Habeas Corpus 124.306**, do Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 596**. As disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional. Sessão Plenária de 15/12/1976. DJ de 03/01/1977, p. 7; DJ de 04/01/1977, p. 39; DJ de 05/01/1977, p. 63. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=596. NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CARVALHO, Jorge Cruz De; CUNHA, Jânio Pereira da. **Democracia participativa**: a promessa não cumprida. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/1186f849/nC9W4gV6Bvdfy9L5.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Tradução: Lydia Chistina. 7. Ed. Rio de Janeiro: Agir, 1995. 448 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. 1.728 p.

GLOBO. **Presidente do Chile assina lei que habilita plebiscito sobre nova Constituição**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/12/23/presidente-do-chile-assina-lei-que-habilita-plebiscito-sobre-nova-constituicao.ghtml>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NOGUEIRA, Octacíliano. **Constituição, história, Brasil**: Constituição de 1824. 3. Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2018. 105 p.

TÁCITO, Caio. **Constituição, história, Brasil**: Constituição de 1988. 3. Ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2018. 192 p.

THE CAPITAL ADVISOR. **Moro pede demissão e deixa governo, bolsa cai 6% e dólar a R\$5,65.** Disponível em: <<https://medium.com/@thecapitaladvisor/moro-pede-demiss%C3%A3o-e-deixa-governo-bolsa-cai-6-e-d%C3%B3lar-a-r-5-65-17512d63e26a>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA. **A Constituição dos Estados Unidos da América.** Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** 10. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. 632 p.

CAPÍTULO 14

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E POLÍTICA: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA REGIÃO METROPOLITANA E SUA GOVERNANÇA

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 06/04/2021

Walber Palheta de Mattos

Mestrando em Direitos Fundamentais
(Universidade da Amazônia – UNAMA)
Professor do curso de direito (ESAMAZ)
Belém – Pará
<http://lattes.cnpq.br/1765213261566551>

Bruno Soeiro Vieira

Professor Titular Pós-Stricto Sensu I da
Universidade da Amazônia - UNAMA. Professor
no Mestrado em Direitos Fundamentais
(UNAMA) Professor no programa de Mestrado
e Doutorado em Desenvolvimento e Meio
Ambiente Urbano (UNAMA) Pesquisador
CNPQ (Grupo de Estudo e Pesquisa em Direito
À Cidade). Coordenador da Região Norte
do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico
(IBDU), no biênio 2018/2019
Belém – Pará
<http://lattes.cnpq.br/0260422488266691>

RESUMO: O trabalho analisa criticamente a relação entre direito e política a partir da constituição de 1988, sob a perspectiva do fenômeno da região metropolitana e sua governabilidade como exemplo desta relação dialógica, complementar e interdependente, e, para tal mister, a metodologia qualitativa utiliza-se da análise documental, a partir de um caso concreto (jurisprudência e normas jurídicas), cujo resultados evidenciam que o Supremo Tribunal Federal, decidiu, em caráter geral e vinculante,

de modo político, pois mitigou os limites da supremacia dos entes federativos.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalidade. Direito. Política. Metropolitana. Governança.

THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND POLICY: AN ANALYSIS UNDER THE PERSPECTIVE OF THE METROPOLITAN REGION AND ITS GOVERNANCE

ABSTRACT: The work critically analyzes the relationship between law and politics from the constitution and 1988, from the perspective of the phenomenon of the metropolitan region and its governability as an example of this dialogical, complementary and interdependent relationship, and, for this purpose, the qualitative methodology is used documentary analysis, based on a specific case (jurisprudence and legal norms), the results of which show that the Supreme Federal Court, decided, in a general and binding manner, in a political way, as it mitigated the limits of the supremacy of the federative entities.

KEYWORDS: Constitutionality. Right. Policy. Metropolitan. Governance.

1 | INTRODUÇÃO

A análise se propõe a enfrentar a dicotomia entre o direito e política, sob a perspectiva da região metropolitana e sua governança, por propiciar uma série de nuances de cunho constitucional que instrumentaliza metodologicamente as digressões trazidas sob o papel desempenhado, seja pela função político constitucional ou pela função jurídico-

constitucional num campo em que, em tese, atua a harmonia dos entes federativos, direitos fundamentais e sociedade.

Assim, a análise crítica constitui-se em um instrumento dialógico e dialético para suplantar a errônea ideia de completude, de autossuficiência e de pureza, da norma constitucional ou infra constitucional, pois as mesmas não constroem a realidade e os desafios trazidos pelos fartos desafios constitucionais e os direitos fundamentais, e de todas as suas implicações, precisando do aporte da interdisciplinaridade, na colheita em diversas áreas do saber, na colaboração da busca do direito fundamental à cidade (BARROSO, 2008).

No exercício argumentativo, apresentamos a região metropolitana como uma construção política constitucional, pois em um país que é constitucionalmente federativo, reconhece a conurbação urbana e estabelece um instrumento Inter federativo para tratar das chamadas funções públicas de interesses comuns (FPIC) que, na verdade, são direitos fundamentais sociais que a própria constitucionalidade já deu a competência privativa e comum de cada ente e, mesmo assim, propõe o diálogo e a mitigação da autonomia e das competências.

Trazemos a função jurídico constitucional representada no Supremo Tribunal Federal, como o responsável para solver os conflitos constitucionais postos através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1842/RJ e a resposta do direto a celeuma político constitucional posta.

Em seguida apresentamos sob um viés dialógico e crítico o papel desempenhado pela função político constitucional com a edição da lei federal nº 13.089 de 12 de janeiro de 2015, denominada como Estatuto da Metrôpole e sua alteração dada pela Lei 13.683/2018, bem como, o papel político desempenhado pelas normas na relação do direito e política.

21 REGIÃO METROPOLITANA COMO CONSTRUÇÃO POLÍTICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Aos Estados Federados através do art. 25 §3º da Constituição Federal 1988, foi dada a faculdade, mediante lei complementar, de instituir regiões metropolitanas, constituída por municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de interesse comum.

Por região metropolitana entende-se como um espaço territorial densamente urbanizado com intensas atividades econômica, apresentando uma estrutura própria definida por funções privadas e fluxos peculiares, formando uma única comunidade sócio econômica em que as necessidades somente podem ser atendidas através de funções governamentais coordenadas e planejadas conjuntamente (GRAU, 1974). Ou ainda, consistem em espaços urbanos caracterizados pela forte densidade de pessoas e concentração de atividades econômicas, resultando, geralmente, em fortes externalidades econômicas que enfraquecem o papel das fronteiras jurídico políticas (GARSON, 2009).

O poder constituinte originário de 1988, redireciona a responsabilidade para os Estados, somente a criação da região metropolitana, sem delimitar os mecanismos políticos institucionais para o tratamento de aspectos também constitucionais e fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, como a autonomia municipal garantida pelo art. 1º da CF/88; a competência municipal da política urbana do art. 182 da CF/88 que ordena o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantia do bem estar a seus habitantes; para trazer mais complexidade, importa mencionar as competências comuns como do art. 23, I (patrimônio público); II (cuidar da saúde, assistência pública e pessoas portadoras de deficiência); III (monumentos e paisagens naturais); IV (obras e bens de valor histórico artístico e cultural); V (proporcionar os meios de acesso à cultura, educação, ciência e tecnologia); VI (proteger o meio ambiente e combater a poluição); VII (preservar florestas, fauna e flora); VIII (fomentar produção agropecuária e abastecimento alimentar); IX (saneamento básico); X (combater a pobreza); XI (recursos hídricos) e XII (educação e segurança no trânsito).

Competências político administrativas que compõe o emaranhado de direitos fundamentais a serem assegurados aos munícipes, mas com um complicador, quando essas diversas competências sejam exclusivas dos entes federativos, seja conjunta, extrapolam os limites físicos das fronteiras municipais, e os municípios acabam tendo que atender as demandas dos municípios vizinhos, prova de que os direitos fundamentais são transfronteiriços ao que parece devendo ser resolvido no âmbito político constitucional.

A criação de regiões metropolitanas, longe de ser uma mera faculdade do Estado federado, se mostra empiricamente demonstrado a olhos nus de qualquer cidadão médio, que é uma necessidade posta, pois quase toda as capitais de nosso país, hoje, são de fato ou de direito, aglomerações urbanas complexas e metrópoles na definição de Garson (2009) onde espaços metropolitanos se caracterizam pela densidade de pessoas e de atividades econômicas, cujos limites não são definidos e não se pautam pelas jurisdições físico políticas e que na continuidade desse *locus* econômico e social, resultam intensas externalidades econômicas, que fragilizam a função dos limites políticos das jurisdições e clamam pela necessidade da cooperação, e interação política dos entes federativos, com fins de a partir da cooperação política, permita aproveitar as economias de escala na prestação de serviços públicos, em especial as funções públicas de interesse Comum - FPIC.

Importa ressaltar, que de certa forma a criação da região metropolitana nos termos do art. 25, §3º CF/88 é uma norma constitucional e efeito limitado o que de certa maneira constitui-se mais um elemento político constitucional para a criação, mas em momento algum preconiza o funcionamento ou formato que vise ponderação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais ora envolvidos como as autonomias políticas dos entes federados e os limites do princípio da não intervenção político administrativa nos entes federativos, assim reportamos o debate sobre a eficácia da norma constitucional, onde a jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal foi fortemente influenciada pela classificação dada por José Afonso da Silva, em normas constitucionais de eficácia plena, eficácia contida ou eficácia limitada. Percebe-se um ponto nevrálgico, o déficit de eficácia das normas limitadas, sendo um dos principais desafios do pensamento constitucional brasileiro contemporâneo, consistindo na definição de um real caminho para a produção de efeitos das normas de eficácia limitada, para as quais a constituição, não previu meios de concretização e realização fática destinando tal competência para a seara política constitucional ou talvez jurisdicional (SILVA, 2015).

A construção política dada a região metropolitana a partir da Carta da República de 1988, evidencia uma forma de enfrentamento do avanço das aglomerações urbanas, da conurbação e metropolização e diversas áreas e a dificuldade cada vez maior da garantia dos direitos fundamentais nessas regiões, agravada pela complexidade dos fluxos de pessoas, da economia e de serviços públicos, e ainda da execução das Funções públicas de Interesse Comum (FPIC).

Consideradas atividades que se desenvolvem no espaço metropolitano, as FPIC encontram específicos tipos de atuação governamental, dirigidos a satisfação de direitos fundamentais como transporte, saneamento, saúde, educação, abastecimento de água, coleta e destinação de resíduos sólidos, habitação, que decorrem do fenômeno da concentração urbana e exigem soluções que só podem ser equacionadas a nível global. Tamanha é a sua magnitude, conexão e interdependência entre os entes político administrativos, onde qualquer problema ou perturbação que alcance apenas um ente da comunidade metropolitana poderá afetar em sua integridade, comprometendo o equilíbrio metropolitano (GRAU, 1974).

Importa esclarecer que antes de 1988, a esfera legitimada constitucionalmente dada pelo diploma de 1967, em seu artigo 157 § 10, foi a união que mediante lei complementar estabeleceu as regiões metropolitanas que visava a realização de serviços de interesse comum. Assim, foram instituídas pela Lei Complementar nº 14 de 08 de junho de 1973 as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza, mas a centralidade da criação no poder federal, entram em crise a partir de 1979. Os serviços comuns de interesse metropolitano conforme descrito no art. 5º da Lei complementar nº 14/1973, tais como planejamento integrado, saneamento básico, uso do solo metropolitano, transporte e sistema viário, produção e distribuição e gás canalizado, aproveitamento de recursos hídricos, controle de poluição ambiental, entre outros, mesmo com o viés autoritário tecnicista, não conseguiu dar resultados na garantia dos direitos fundamentais realizáveis no âmbito da região metropolitana (GARSON, 2009), mesmo tendo legitimidade constitucional, recursos e poder de execução, face ao período autoritário vivido a época, o que, demonstra não ser somente a Constituição, a Lei e o gerenciamento de uma unidade federativa coercitiva, a receita para o enfrentamento dos complexos problemas da região metropolitana.

O papel político administrativo dado pela Carta Magna aos Estados, municípios e a própria união na região metropolitana demonstra o papel político importante da constituição pois não se pode compreender a Constituição sem a perspectiva real da política, reduzindo a um viés somente jurídico. A Carta Magna do Estado democrático não se constitui exclusivamente de normatividade, mas com essência política e as questões trazidas em seu bojo são temas eminentemente políticas na sua essência, e devem ser consideradas como fundamento próprio da essencialidade e fundamentalidade constitucional, pois a Constituição é resultado da Política, conforme expressão cunhada por Dieter Grimm (apud BERCOVICI, 2004).

Neste mesmo viés do papel político da Constituição e como tal a região metropolitana se consolida cada vez mais como uma construção política de origem constitucional, e sua criação e funcionamento partem de uma gênese e formação política onde Bercovici (2004) reafirma que o Estado é pressuposto pela Constituição, e sua função sob a perspectiva do dirigismo constitucional, característico da constituição de 1988 é regular os órgãos estatais, seu funcionamento, e esfera de atuação, o que irá conforme vem demonstrando o estudo, sob uma ação da esfera política, a Constituição é uma ferramenta que instrumentaliza o governo, pois legitima procedimentalmente o poder.

A região metropolitana como fruto da política constitucional tem sua gênese permeada pelos próprios limitadores constitucionais de seu funcionamento, poder e atuação, pois apesar de seu viés político jurídico a primazia característica peculiar da Constituição é a supremacia, sua cogência hierárquica superior à dos demais diplomas normativos do sistema, pois as leis, atos normativos e atos jurídicos e no âmbito de nosso estudo o ato político, Lei, que cria a região metropolitana, não poderá existir validamente se incompatíveis com os preceitos constitucionais, uma vez que a constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter (BARROSO, 2003).

Partindo deste princípio basilar temos alguns conflitos que no decorrer da criação das regiões metropolitanas passa a ser apresentados, no momento em que as leis estaduais passam a criar as regiões metropolitanas, volta à tona colisão de princípios constitucionais como da autonomia dos entes federativos, em especial os municípios, como poderia lei estadual obrigar municípios a participar de organismos de governança metropolitana, ou ainda como lei estadual obrigar a própria da união a tais organismos de governança e ou planejamento metropolitano quando a região metropolitana conter espaços da união como estradas, áreas de preservação ambiental federal e etc.. Desafio no âmbito político constitucional a ser enfrentado, e que gera fragilidade para o modelo constitucional da construção política da Região metropolitana.

Por assim, Garson (2009) analisa que em áreas urbanas onde as externalidades se amplificam e repercutem em esferas sociais no âmbito da efetividade, as ações muitas vezes desenvolvidas pelos entes federativos de forma autônoma resultam ineficazes,

face a escassez de recursos. Ainda, somado ao legado histórico de um municipalismo autárquico, a parca experiência no planejamento e desenvolvimento de políticas urbanas e regionais, são limitadores do desenvolvimento de instituições para tratar com eficiência e efetividade as externalidades que são inerentes as aglomerações urbanas, são agravadas pela desconfiança de que a coordenação estadual sejam um instrumento para sufocar e a autonomia municipal, constituem-se em obstáculos Políticos a cooperação dos entes federativos.

Ao que está posto, a região metropolitana como construção política tornou-se uma complexidade que os instrumentos político constitucionais não consegue verter arranjos para a efetivação de seus fins de planejamento e execução das funções de interesse comum, ou a efetivação dos direitos fundamentais postos pelas FPIC, externa-se assim o limite da esfera política em solucionar sob a égide da carta magna os conflitos principiológicos e de fundamentalidade da implementação das regiões metropolitanas. Tais limitações e colisões demonstram que em todos os Estados pautados pelo rol dos direitos fundamentais e possuem jurisdição constitucional sobre a interpretação desses direitos, a reflexão se mostra cuidadosa e espraia-se em todas as instâncias, sejam sociais, acadêmicas e políticas, mas na arena que se fazem as interpretações dos direitos fundamentais e o quais direitos são possuidores de tais fundamentalidades o árbitro constitui-se no tribunal constitucional respectivo (ALEXY, 1999).

3 | O MARCO JURISPRUDENCIAL DA GOVERNAÇÃO METROPOLITANA

A federação brasileira após diversas mudanças e experiências, décadas depois de sua implantação, inicialmente eram entes federativos a União e Estado, doutrinariamente definido como dual, e com a Constituição de 1988, passa a ser composta pela união indissolúvel de União, Estado e Municípios com estatura e competências constitucionais, formatado num modelo, que adequado aos modelos oferecidos pela doutrina, as características se adequam ao denominado federalismo cooperativo (BACELAR, 2012).

Mas a cooperação na prática se assenta a limites impostos pelos problemas enfrentados no âmbito das regiões metropolitanas, seja político, econômicos ou muitas vezes é afetada pelo próprio regramento constitucional como as autonomias dos entes federativos, as competências administrativas e legislativas da união, estados e municípios, como também de cunho infraconstitucional, tornando um sistema político normativo gerador de restrições às relações intergovernamentais (GARSON, 2009).

A composição de três entes federais com autonomia e competências se configura em descolonização constitucional, quando potencializa a descentralização do poder e fomenta o natural diálogo e cooperação Inter federativo, mesmo com a limitações mencionadas, mas podendo ser mitigadas no âmbito Político, devendo a sociedade e instituições apropriarem-se em todos os aspectos desse instrumento, e construísse cooperativa e democraticamente

uma saída política pelo arcabouço constitucional para a o desenvolvimentos das funções públicas de interesse público que na essência são direitos Fundamentais coletivos.

Importa analisar criticamente o papel da constitucionalização do município e a delimitação de competências e responsabilidades para o novo ente federativo, distante de ser uma solução simples para os problemas enfrentados no cotidiano das cidades, acrescentou mais um elemento complicador no enfrentamento dos problemas das cidades em especial nas regiões metropolitanas.

Nessa análise, a questão posta reside, a partir de 1988, na inicial colisão de interesses entre os entes federativos que historicamente detém as maiores parcelas de poder e de competências, não consentirem compartilhar em equilíbrio com as demais forças, sejam estatais ou municipais, ou por pior, que gerou agravamentos quando os municípios receberam competências sem estrutura necessária para realizá-las (BACELAR, 2012).

Enfrentar problemas de realização de direitos sociais, individuais, coletivos, enfim, toda a gama de fundamentalidades que se realizam na região metropolitana, deve levar a reflexão, para busca de uma alternativa cooperativa seja vertical (união, estado, município e população) como horizontal (cidades e população). Os novos atores sociais, políticos, econômicos e institucionais, atuam e redirecionam duas essencialidades em decorrência do aparecimento de novas carências que podem ser geradoras de novos direitos o que põe em xeque a estrutura jurídico administrativa tradicional, seus institutos formais e suas modalidades convencionais de funcionamento (WOLKMER, 2015).

Nessa perspectiva, o modelo federalista está em razão direta com a vigência de um padrão mínimo que harmonize os entes políticos Federados, e por conseguinte a sociedade nos instrumentos de participação popular, e dos direitos políticos constitucionalizados, assim a constituição traz também uma tentativa de definir uma base institucional para a gestão metropolitana, dando ao Estado a competência em instituir regiões metropolitanas com fins de integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum, como traz o art. 25, § 3º da Carta Magna.

Temos no artigo 182 da Constituição de 1988, a competência aos municípios em executar a política de desenvolvimento urbano, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, e o imperativo dever de garantir o bem estar de seus habitantes, e como a interdependência entre as cidades da região metropolitana, é um fato que transcende limites e fronteiras, jurídicas, políticas, sociais, econômicas e até de competências constitucionais, a garantia dos direitos fundamentais definidos como Funções públicas de interesse comum, é o corolário a ser atingido na região metropolitana e como visto apresenta limitações de funcionamento e efetivação que esbarram em princípios e preceitos constitucionais caros e como tal a corte constitucional se apresenta com um papel fundamental a partir da autolimitação do aspecto político constitucional.

A aparente colisão de normas, direitos e competências constitucionais, sobre o

possível conflito, e de quebra da autonomia dos Municípios frente ao pacto federativo, na gestão, ou criação de região metropolitana, foi enfrentado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 06/03/2013, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1842/RJ, constituindo-se em marco jurisprudencial no tratamento do tema, como se situa a questão constitucional e sua interpretação para com a implementação de governança, dos limites de competência dos entes federativos, e seu papel na região metropolitana. Nessa perspectiva, o texto constitucional alberga sentido efetivo para sociedade, quando se reverbera em práticas concretas e não se fundamentam por mera construção textual, mas na efetividade do discurso normativo dado pelos doutrinadores e juízes, que tornam-se decisivos na prática e, por conseguinte na efetivação dos direitos fundamentais. (CLÉVE; FREIRE, 2014)

Assim, a ADIn nº 1842/RJ se caracterizou, onde os requerentes sustentavam que a LC nº 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro (nos artigos 1º a 11 e a os artigos 8º a 21 da Lei nº 23.869/1997) que versavam sobre a instituição, composição, organização e gestão da Região Metropolitana de Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos, além de estabelecer as funções e os serviços públicos de interesse comum. Destarte, sustentaram os requerentes que as leis afrontavam o princípio federativo (art. 1º; 23, I e 60,4º, I, da CF), a autonomia municipal (art. 18 e 29, da CF), o exercício das competências municipais privativas (art. 30, I,V e VIII, e 182, §1º da CF) e comuns (art.23, IV, e 225, da CF) dos entes federativos e o princípio da intervenção dos estados nos municípios (art. 18 e 29, da CF) pois usurpavam funções de estrita competência dos municípios e que, de certa maneira, transfeririam ao Estado do Rio de Janeiro a exclusiva execução dessas políticas públicas.

O pleno do STF reconheceu que a essência da autonomia municipal se compõe da autoadministração que consiste na capacidade decisória com relação aos interesses locais sem delegação ou aprovação hierarquia; e o autogoverno que consiste na eleição do Prefeito e Vereadores, logo o interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não é incompatível com a autonomia municipal, pois o mencionado interesse comum, que inclui as funções públicas e serviços que atendam mais de um município é de interesse de ambos os entes federados, e que ainda o caráter de compulsoriedade da participação dos municípios em regiões metropolitanas já existiam precedentes nas ADI 1841/RJ, Rel Min. Carlos Velloso, Dj 20.09.2002; ADI 796/ES, Rel. Min Nerí da Silveira, Dj 17. 12.1999.

O colendo Tribunal constitucional, também esclarece que a instituição de regiões metropolitanas pode vincular a participação de município limítrofes, objetiva a execução e o planejamento de funções públicas de interesse comum (FPIC), que conforme ensina Grau (1974) são atividades e serviços urbanos que em decorrência de sua operação, funcionamento, disciplina, ou implantação há uma conexão entre os diferentes municípios, estabelecendo uma relação de interdependência e interferência, exigindo planejamento interinstitucional planejada e além-fronteiras, com fins de dar adequabilidade ao atendimento

de tais funções e proporcionar a viabilidade econômica e técnica aos municípios mais frágeis da região metropolitana, não esvaziando a autonomia municipal, mas fomentando a cooperação na governança da região metropolitana.

Assim, cautelosos com o risco do predomínio de um ente federativo sobre o outro e assim maculando a lógica do autonomia e do pacto federativo, o Supremo assentou, a necessidade de evitar que o poder decisório e o poder concedente do serviço público, ou da função pública de interesse social se concentrasse nas mão de um único ente, reconheceu que a responsabilidade pela gestão, o poder concedente e a titularidade dos serviços comuns, devem ser feita por um colegiado, não necessariamente paritário, mas que a participação de cada Município e do Estado devem ser de acordo com a particularidade regional, desde que não se permita o predomínio absoluto de um ente da federação.

Assim, o STF estabelece um norte na relação constitucional, político e administrativo da gestão metropolitana, fortalecendo o sentido cooperativo, essência do pacto federativo pós Constituição de 1988, e um marco jurídico constitucional, para a governança metropolitana, pautado na gestão cooperativa no enfrentamento dos desafios na realização dos direitos fundamentais consubstanciados nas Funções públicas de interesse comum, delimitando inclusive a descentralização cooperativa do poder político administrativo sobre o planejamento e a gestão do território Metropolitano impondo a gestão equilibrada entre os diversos entes Federados (FRANZONI; HOSHINO, 2015).

Nesse sentido a corte constitucional cumpre seu papel face ao impasse posto pelos próprios agentes políticos, evidenciando que a Constituição em seu papel político e jurídico tem sobressaltos e amarras que limitam poderes republicanos e sobressaindo outros e vice-versa. Entenda-se que a constituição e a força de sua interpretação são resultado de uma equação em que se considera como escalão hierárquico supremo, da força de concretização suprema e do conteúdo sumamente importante. A incumbência da decisão sobre a constitucionalidade, seus rumos, alcances e limites bem como a fundamentalidade dos direitos a serem assegurados e garantidos são do tribunal constitucional, alcançando o que o processo político ordinário não alcançou, tomando-lhe a primazia do processo no caso concreto (ALEXY, 1999).

Ressalta-se que do ponto de vista prático, e pela força do art. 102 §3º da CF de 1988 onde das decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Ação direta de Inconstitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do poder judiciário e a Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, assim quando do enfrentamento do tema quanto a compulsoriedade da participação do ente municipal em região metropolitana, o entendimento foi pela não afronta a autonomia municipal, fundado no interesse comum, ainda, desde que prevista na lei complementar estadual a compulsoriedade na participação na gestão compartilhada, não constitui-se de inconstitucionalidade ou afronta a autonomia municipal.

O Supremo Tribunal Federal além de ter dado uma interpretação conforme à Constituição, em decorrência das colisões de direitos fundamentais já apresentados, avançou no que tange a compulsoriedade da participação do ente municipal na gestão da região metropolitana quando previsto em lei complementar estadual, o que interfere de certa forma no arranjo político regional, em nome do interesse comum e do consequente atendimento dos direitos fundamentais.

4 I A RÉPLICA DA FACE POLÍTICO CONSTITUCIONAL

Anos depois da ADIn nº1842/RJ, o advento em 2015 da Lei Federal nº 13.089/2015, conhecido como Estatuto das Metrôpoles (EM), como resposta do agente político constitucional, para um conflito que ora estabelecido face a autonomia municipal e a necessidade de uma ação conjunta nas regiões metropolitanas e a instrumentalização da governança.

O diploma legal passa a estabelecer diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado, instrumentos de governança interfederativa. Marco legal importante para o fortalecimento da reflexão dos entes federativos na formatação de seus modelos de governança metropolitana, a disposição de diretrizes aproxima a norma da realidade vivida pelas regiões metropolitanas, pois dá uma liberdade para as especificidades regionais na composição, ordenamento e arranjos próprios de cada cidade e regiões nela inseridas no enfrentamento das dificuldades enfrentadas coletivamente e ferramentas para a efetivação de direitos fundamentais consubstanciados pelas funções públicas de interesse comum.

Fica clara a resposta do agente político, a assertiva dada pelo polo jurídico constitucional, com a edição de lei com o detalhamento da governança em regiões metropolitanas, pois a atuação política administrativa, seja normativa ou efetivadora, subjugam-se à Constituição. O Poder Judiciário não é o unísono e nem isolado na interpretação da Carta Magna, apesar da sistemática constitucional reservar-lhe tal primazia em dar a última palavra, mas apesar disso deve ter uma atitude de deferência para a ação interpretativa dos demais ramos do governo, em especial a política, da harmonia e independência dos Poderes da República (BARROSO, 2003).

Importante ressaltar que, das inovações trazidas pelo estatuto, vejo o art. 2º ,II , como de relevância conceitual no respeito as particularidades de cada cidade, região, da realidade enfrentada em cada localidade, quando não fecha quais políticas, setores ou direitos se enquadram na definição do que é uma FPIC, por entender que pode ser qualquer política pública ou ação cuja realização por parte de um município isoladamente possa causar impacto em município limítrofe, sem afastar a o interesse comum e a consequente essencialidade dos serviços a serem prestados e consequentemente direitos a serem

assegurados.

O dispositivo traz o reconhecimento da interdependência entre as cidades da região metropolitana, e a indissociável relação cooperativa do pacto federativo, onde os direitos Fundamentais devem ser assegurados numa construção compartilhada e democrática, mas com a limitação, da superação cultural da visão isolacionista do ente municipal, mas inevitavelmente constitui-se em um passo importante na solução compartilhada dos problemas metropolitanos.

No âmbito da governança Inter federativa de regiões metropolitanas, estabeleceu no art. 6º e incisos, princípios a serem respeitados como: I- prevalência do interesse comum sobre o local; II - compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promoção de desenvolvimento urbano integrado; III - autonomia dos entes da Federação; IV- observância das peculiaridades regionais e locais; V- gestão democrática da cidade consoante os arts. 43 a 45 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; VI- efetividade no uso dos recursos públicos; VII- busca do desenvolvimento sustentável. No campo do *dever ser*, o Estatuto da Metrôpole apresenta princípios, que se no cotidiano metropolitano do *ser* a efetividade se concretizar, o direito à cidade, será alcançado em sua plenitude, bem como, os outros Direitos Fundamentais que se realizam no território municipal e como tal na metrôpole.

Marco legal e histórico de uma legislação que redireciona o protagonismo da governança da região metropolitana ensejando num lampejo de ruptura com perspectiva moderno/colonial e subalternizadora do constitucionalismo centralizador, e a abertura para implementação democrática e participativa, a partir de atores e especificidades que historicamente eram relegados ao isolamento institucional e social, apresenta princípio se diretrizes epistemológicos, políticos e jurídicos que o situam em um patamar diferenciado de desenvolvimento e cidade contribuir para uma descolonialidade, privilegiando algumas práticas locais de solução de problemas (SPAREMBERGER; DAMÁZIO, 2015).

Seguindo no mundo ideal da letra fria da lei, as diretrizes trazidas no art. 7º são diretrizes que privilegiam o processo permanente e compartilhado de planejamento e de tomada de decisão; meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum; sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas; rateio de custos; participação da sociedade civil no planejamento e tomada de decisão; compensação por serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana, enfim, direções a serem seguidas pela governança das regiões metropolitanas, ou melhor, coordenadas que os município, em especial seus agentes políticos e técnicos, devem entronizar, e entender o desafio gerencial a ser alcançado, que objetivamente, guardando as devidas particularidades, auxiliará na resolução de diversos problemas que assolam as cidades, principalmente as que compõe regiões metropolitanas.

No artigo 9º do referido estatuto, temos a instrumentalização da gestão cooperativa do pacto federativo, no que tange a política de desenvolvimento urbano que nada mais é, que a dimensão metropolitana das competências do art. 182 da Constituição Federal, ou

seja, as ferramentas jurídico administrativas que auxiliará os entes que compõe a gestão metropolitana (cidades, estado e sociedade), na busca de garantir o Bem estar do direito à cidade, sendo os seguintes: I – plano de desenvolvimento urbano integrado; II – plano setoriais Inter federativos; III - fundos públicos; IV - operações urbanas consorciadas Inter federativas; V – zonas para aplicação compartilhada dos instrumentos urbanísticos previstos na Lei nº 10257, de 10 de julho de 2001; VI- consórcios públicos, observada a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005; VII – convênios de cooperação; VIII – contratos de gestão; IX – compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo município à unidade territorial urbana, conforme o inciso VII do caput do art. 7º desta Lei; X- parcerias público-privadas Inter federativas.

A norma apresenta uma dinâmica democrática, participativa e cooperativa entre os diversos atores políticos da região metropolitana, com espaço de atuação no plano governativo da região, privilegiando a função política constitucional, em que os entes federativos, a representação popular são protagonistas, trazendo a política a reconquistar prestígio, retomando seu papel central de todas as funções sociais, com competência de coordená-las e harmonizá-las, a regê-las refletindo sua ação como instrumento de proteção, promoção, e efetivação dos Direitos Fundamentais (NEVES, 2015).

A Federal nº 13.089/2015 como resposta política, configura-se como um direcionador do funcionamento da governança metropolitana, mas importa mencionar que o papel político ainda assim teve influência direta nesta batalha pela tentativa de diminuir a pressão sobre a autonomia municipal, pois houveram modificações significativas no referido Estatuto das Metrôpoles, com a edição da Lei nº 13.683/2018, que a mudança mais sensível e importante foi ter revogado o artigo 21 do estatuto que expressamente imputava a improbidade administrativa aos agentes políticos Governadores, prefeitos e agentes públicos que não cumprisse o estatuto da metrópole, esvaziando a coercitividade da lei como instrumento de efetivação dos direitos Fundamentais. O agente político se vale da própria face político constitucional para se eximir ou retardar a concretização de deveres e direitos previstos na constituição.

51 CONCLUSÃO

A relação entre direito e política no Estado Constitucional constitui-se numa relação de conflito siamês, onde não se pode falar de prevalência ou puritanismos, onde o direito se sobressairá sobre o político ou vice e versa.

A pretensão do presente estudo foi alcançado, pois a partir da análise de um caso concreto da história republicana brasileira, principalmente a partir da Constituição de 1988, que foi a possibilidade de criação das regiões metropolitas e sua governança, realizar uma análise dessa dialógica e dialética relação entre direito e política, que se materializaram através do Supremo Tribunal Federal e sua competência jurídico constitucional de

interpretar a Constituição e dar a palavra final em relação as colisões entre princípios e direitos fundamentais, e ao poder legislativo como face político constitucional, que através da edição de leis consubstancia seu papel político constitucional de dizer o direito a partir da política.

O assunto metropolitano causa um furor analítico em decorrências da série de faces e conflitos que o assunto apresenta, pois como foi visto a relação das autonomias dos entes da federação, o equilíbrio político institucional de tais entes sendo questionado sob a égide da constitucionalidade, como o poder de compulsoriedade de um ente sobre o outro com fundamento num fim de interesse social que são as funções públicas de interesse social, que no fundo nada mais são do que os direitos fundamentais sociais a serem efetivados em uma região belicosa de conflito de competências e do jogo de empurra e empurra de responsabilidade frente escassez de recursos das municipalidades.

Neste cenário vimos que o agente jurídico constitucional, foi instado a se manifestar em decorrências do impasse causado pelos agentes políticos institucionais, sob a bandeira da autonomia dos entes da federação e o direito solveu a instabilidade política manifestando-se fundado na primazia do interesse social, o que constitucionalmente significa supremacia dos direitos fundamentais sociais em detrimento da formalística do poder do estado, representado na mitigação da supremacia da autonomia dos entes políticos, inclusive ressaltando a compulsoriedade dos mesmos em participar desde que previsto em lei complementar estadual.

A face político constitucional em seguida enfrentou a matéria editando o estatuto das metrópoles, inclusive detalhando a sistemática de governança metropolitanas, como resposta político jurídica a função jurídico constitucional representada pelo Supremo Tribunal Federal, que em sua decisão de caráter geral e vinculante a todos os órgão da administração pública federal, estadual e municipal, fez política com o direito quando mitigou os limites da supremacia doas entes federativos em razão da necessidade de se ver efetividade em prover os direitos fundamentais sociais como saneamento, transporte público, preservação do meio ambiente, nas áreas metropolitanas que são característico as tranfronteiricidade dos direitos da pessoa humana.

Como já mencionado, o direito e a política são indissociáveis, mas conflituosos que se complementam e se interdependem, pois, a função política constitucional é fazer o direito partindo das necessidades da sociedade e a face jurídico constitucional é dirimir os conflitos políticos do direito e concretamente fazer do direito política pró sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado democrático de direito. In **Revista de direito administrativo**. Trad. Dr. Luis afonso heck. Nº 217, Jul/set 1999; Rio de Janeiro.

BACELAR, Jeferson Antônio Fernandes. **Federalismo, municipalismo e efetividade das leis brasileiras sobre uma perspectiva histórico- jurídica: estudo aplicado a lei de combate à poluição sonora de Belém do Pará.** Belém: Paka-Tatu, 2012.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo Da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel Dos Princípios no Direito Brasileiro.in **Revista da EMERJ**, v. 6, 2003. Rio de Janeiro.

BARROSO, Luis Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação direitos fundamentais e relações privadas.**3ªed.re v.Rio de Janeiro: renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Senado Federal. Brasília. 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e política: uma relação difícil.** *Lua Nova* [online]. 2004, n.61, pp.5-24. ISSN 0102-6445. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>.

BRASIL. **Lei nº 13.089**, de 12 de janeiro de 2015 Institui o Estatuto da Metrôpole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, de 13 de janeiro.de 2015.

BRASIL.Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Inconstitucionalidade nº 1842 Rio de Janeiro.** Plenário. Ação direta de inconstitucionalidade contra Lei Complementar n. 87/1997, Lei n. 2.869/1997 e Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, que instituem a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos e transferem a titularidade do poder concedente para prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro. Rel. Ministro Luiz Fux, Relator do Acórdão Ministro Gilmar Mendes, Requerente: Partido Democrático Trabalhista-PDT, Intimado: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Diário Judicial Eletrônico nº 181, publicação 16. Set. 2013.

FRANZONI, Júlia Àvila; HOSHINO, Tiago de Azevedo Pinheiro. Da Urbanização Periférica ao Direito à metrópole: a Lei 13089/2015 no reescalamento da política urbana. In **Revista Brasileira de Direito Urbanístico.** ano 1- n1 . pp 103/132 julho/dezembro de 2015, RBDU Belo Horizonte.

GARSON, Sol.**Regiões metropolitanas: por que não cooperam?** Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Metrôpolis; Belo Horizonte, MG: PUC, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Regiões metropolitanas: regime jurídico.** São Paulo: José Bushatsky, 1974.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. In. **Revista de informação legislativa.** Ano 52, n. 206. Abr/jun. Brasília-DF, senado federal, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. Ideias e instituições constitucionais do século XX no Brasil: o papel dos juristas. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** N.111, jul/dez. pp.229-245 Belo Horizonte. 2015.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; DAMÁZIO, Eloize Peter. Discurso constitucional colonial: um olhar para a decolonialidade e para o “novo” constitucionalismo latino-americano. In: STRECK, Lênio Luiz; GOMES, Ana Cecília de Barros; TEIXEIRA, João Paulo Allain (orgs). **Descolonialidade e constitucionalismo na América Latina**. Pp. 34/51. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico, movimentos sociais e processos de lutas desde América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Org.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**., v. 1, pp. 153/164. Aguascalientes: CENEJUS, 2015.

CAPÍTULO 15

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: O CONFLITO DE INTERESSES E A FALSA CONCEPÇÃO DA SUPREMACIA A PRIORI DO INTERESSE PÚBLICO

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 07/04/2021

Sérgio Augusto Veloso Brasil

Doutorando em Direito Público pela PUC Minas
Belo Horizonte, Minas Gerais
<https://orcid.org/0000-0003-3905-5570>

RESUMO: No estudo sobre a discricionariedade administrativa do agente público, frente a um conflito de interesses, indaga-se quanto à existência de uma superioridade a priori do interesse público sobre o privado diante de uma interpretação constitucional. O objetivo geral do artigo é analisar a discricionariedade administrativa diante de conflitos entre interesses públicos e privados. O método adotado foi qualitativo do tipo exploratório, com fulcro na legislação e doutrina sobre discricionariedade administrativa, proporcionalidade e interesse público. Constatou-se, ao final, que não há uma supremacia a priori do interesse público e, sim, uma ponderação de interesses conflitantes em patamar constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade. Agente público. Interesse público. Interesse Privado.

**ADMINISTRATIVE DISCRETIONARY: THE
CONFLICT OF INTERESTS AND THE
FALSE CONCEPTION OF THE A PRIORI
SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST**

ABSTRACT: In the study on the administrative

discretion of the public agent, in the face of a conflict of interest, the question arises as to the existence of a priori superiority of the public interest over the private in the face of a constitutional interpretation. The general objective of the article is to analyze administrative discretion in the face of conflicts between public and private interests. The method adopted was qualitative exploratory type, with fulcrum in legislation and doctrine on administrative discretion, proportionality and public interest. It was found, at the end, that there is no a priori supremacy of the public interest and, yes, a weighting of conflicting interests in constitutional level.

KEYWORDS: Discretionary. Public agent. Public interest. Private interest.

1 | INTRODUÇÃO

As constituições não se restringem à constituição política ou do Estado, e, cada vez mais, incorporam artigos que são alicerces para o ordenamento jurídico dos demais ramos do direito. O Direito Administrativo, por exemplo, vem sendo progressivamente mais constitucionalizado. A Constituição, ao originar normas infraconstitucionais para os diversos ramos do direito, serve de base central para as decisões dos administradores públicos, que não desejam que seus atos sejam retificados ou revogados pelo Poder Judiciário.

A lei confere ao agente público poder vinculado e 'poder' discricionário. Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua

prática, os atos administrativos podem ser emanados do poder vinculado ou regrado, quando a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização, não existindo liberdade de opção para o agente público. Outros atos praticados pelo agente público podem decorrer do exercício do poder discricionário, quando há autonomia em praticá-los e há liberdade na escolha do conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e modo de execução. Todavia, discricionariedade não é arbitrariedade, pois a decisão deverá ser a melhor opção para o coletivo.

Em situações específicas, ou seja, casos concretos, o agente público, sob juízo de oportunidade e conveniência, vê-se, não raro, em dilema decisório diante de conflitos de interesses público e privado. Necessita-se de prudente ponderação para o uso do subjetivismo, por ocasião da liberdade dada pelo legislador para que possa decidir e praticar o ato dentro do ordenamento jurídico. Deve haver equilíbrio dos interesses, pois ambos se encontram sob amparo constitucional. O ato do intérprete da Constituição é de conhecimento (intelectual) e de vontade (decisório), e interfere no cotidiano da sociedade.

Sob influência de crises nos diversos setores da sociedade, tais quais crise econômica, social, política, ética, entre outras, o diálogo entre legislador e juiz acirrou-se e a aplicação da proporcionalidade e a exequibilidade dos direitos sociais constitucionalmente previstos entrelaçam-se à busca do equilíbrio entre os direitos conflitantes.

O objetivo geral do artigo é analisar a discricionariedade administrativa diante de conflitos entre interesses públicos e privados. Os objetivos específicos foram: abordar a interpretação constitucional diante da discricionariedade administrativa; descrever a discricionariedade administrativa; apresentar a doutrina brasileira que trate do Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Diante de um conflito de interesses coletivos ou individuais, públicos ou particulares, necessita-se de uma técnica adequada de mediação de aludidos interesses, buscando-se um equilíbrio constitucional, com vistas à defesa de direitos e garantias fundamentais consagrados à dignidade da pessoa humana.

Assim, pergunta-se: no uso da discricionariedade administrativa pelo agente público, diante do confronto de interesses, deve-se considerar uma supremacia a priori do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo?

Constatou-se, ao final, que não há uma supremacia a priori do interesse público, e sim, uma ponderação de interesses conflitantes em patamar constitucional. O método adotado foi qualitativo do tipo exploratório, com fulcro na legislação e doutrina sobre discricionariedade administrativa, proporcionalidade e interesse público.

2 | INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Para Aristóteles (1991), o bem humano alcançado, tanto para o indivíduo quanto para o Estado, será mais belo e mais divino para uma nação ou para as cidades-Estados

do que somente para um indivíduo. As ações belas e justas, que a ciência política investiga, admitem grande variedade de flutuações de opinião, então, considera-se que elas existem por convenção e não por natureza. Em torno dos bens há uma flutuação semelhante, por serem prejudiciais a muitos. Embora o interesse público tenha sua importância, os interesses privados devem ser considerados com mesmo grau de importância, para que não se prejudique um ou mais cidadãos.

No esteio do pensamento aristotélico, quanto mais culto e experiente o homem, em cada gênero de coisas, poderá julgar melhor as coisas e, dessas coisas, será bom juiz. Se o agente público for conhecedor da matéria, tanto melhor, pois terá maior êxito nas escolhas de sua decisão, nos limites que a lei lhe autorize. A virtude ética é fundamental para o homem, todavia, existe uma deturpação dessa ética aristotélica, sobretudo, em âmbito da ciência política. Cada vez mais, imprime-se um sentido para que o homem alcance interesses ilegítimos de grupos e classes de forma desmedida.

A teoria clássica da interpretação constitucional classifica a constituição de acordo com quem a promove e quanto ao resultado. O pensamento filosófico do século XX sofreu uma reviravolta, ou giro, no sentido do ser para a linguagem. Na teoria clássica de interpretação constitucional cabia ao intérprete identificar o sentido correto para, em um segundo momento, aplicá-lo ao caso concreto. Subsumia-se o fato à norma. Segundo Sampaio (2013), esse modelo foi criticado por reduzir o direito à mera forma, sem conteúdo necessário de justiça. Era utilizado pelo intérprete para justificar a sua decisão prévia, dessa forma, o poder discricionário era alto. Esse modelo decaiu no final do século XIX.

O papel da linguagem surge para compreender o ser e o mundo. Essa mudança é chamada de "giro linguístico". O significado das palavras depende do contexto coletivo ou intersubjetivo, do uso na prática social e pelos agentes em seus jogos de linguagem. A linguagem, segundo Sampaio (2013, p. 423), "[...] serve para formar consensos, sendo, por conseguinte, poderoso instrumento de dominação social". A radicalização desse movimento do giro linguístico leva a consequências graves para a interpretação, no que se refere à liberdade da linguagem e do texto. O giro linguístico demonstra que as palavras usadas nos enunciados normativos partilham de um sentido buscado não somente nos dicionários, mas também, na prática jurídica. Ressalte-se que quando se interpreta há uma compreensão e uma aplicação, ou seja, quando se lê o enunciado, o "texto velho" é interpretado com o presente.

Posteriormente, há uma reação ao giro linguístico de que há uma realidade, independente da linguagem e da consciência humana. É a tese do realismo ontológico. Com o giro hermenêutico ocorreu o entendimento inicial de que a compreensão do texto era feita em duas direções: do seu todo para as suas partes (palavras, frases, capítulos) e de suas partes ao todo do texto. Foi com Heidegger que ocorreu um novo sentido para o círculo hermenêutico. Conforme Sampaio (2013, p. 427), "[...] a compreensão de um texto é apenas um ato a mais no processo constante da compreensão do mundo pelo

ser, cuja existência é interpretar". Há a necessidade de se compreender, pois, o processo hermenêutico do ser humano.

Para a interpretação constitucional, o círculo hermenêutico recorda que: o intérprete não é um ser neutro e tende a lhe impor um sentido prévio; interpretar não é um ato arbitrário de vontade; a construção dos sentidos é um processo social, que necessita da integração de todos; o texto limita essa arbitrariedade e necessita de ajustes entre as suas partes com o todo (SAMPAIO, 2013).

Há um esforço no sentido de restaurar a ideia de coerência do ordenamento jurídico em consonância com os padrões morais e políticos socialmente difundidos. A nova hermenêutica constitucional tem um discurso jurídico imposto pelos giros hermenêutico e linguístico, que buscam um sistema jurídico com decisões rápidas, coerentes e legítimas.

A contribuição a partir da Alemanha trouxe aos constitucionalistas uma lista de "princípios", "regras", "critérios" ou "argumentos" de interpretação constitucional como a unidade da constituição, a concordância prática, a força normativa ótima e a máxima integração social que buscaram superar a metodologia do positivismo jurídico. Com a constitucionalização dos diversos ramos do direito, ou seja, com sede primeira na Constituição, cada vez mais os diversos países do mundo formam as bases de cada ramo do Direito.

Fica clara a evolução do direito administrativo nos últimos anos, segundo Di Pietro (2012), pela incorporação de novos princípios ao regime jurídico-administrativo - razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, proteção à confiança, boa-fé, reserva possível -, e a reformulação de institutos antigos - o serviço público, o princípio da supremacia do interesse público, a função normativa da Administração Pública.

Ao se interpretar juridicamente um texto deve-se procurar a intenção de seu autor ou deve-se considerar o texto autonomamente por sua estrutura, sua linguagem, suas conexões internas e externas de sentido (SAMPAIO, 2013). Há variadas complicações na interpretação constitucional, entre elas, Sampaio (2013, p. 409) cita que "[...] as normas da Constituição são distintas entre si, em estrutura linguística, objeto, destinatários e condição de eficácia, sendo redigidas quase sempre em linguagem imprecisa, porosa, pondo-se nas fronteiras entre o direito, a política, a moral e a economia".

A Administração Pública deve cuidar do bem-estar social e conduzir o conjunto administrativo, que compõe o aparato do Estado, sem a necessidade de ordem legal e, obviamente, dentro de limites da sua discricionariedade.

A doutrina moderna tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando o controle do Judiciário sobre os atos que dele derivem. Entretanto, parte da doutrina entende que é vedada a atuação do judiciário, a respeito da aferição dos critérios administrativos da oportunidade e conveniência, se o ato estiver de acordo com os parâmetros legais, uma vez que o juiz não é administrador e não exerce função administrativa, e sim jurisdicional, podendo incorrer em invasão de funções, ferindo o art. 2º

da CFRB/88 que trata da independência dos Poderes (CARVALHO FILHO, 2012).

O "Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 343). O intérprete não possui um caso concreto ou um conflito de pretensões materiais, mas um conflito entre normas, uma superior, indeterminada, normalmente constitucional, e outra inferior, precisa, a norma legal (SAMPAIO, 2013).

A dogmática administrativista vigente no Brasil se estruturou a partir de premissas com o fito de preservar a autoridade e não a promoção de conquistas liberais e democráticas. O Direito Administrativo, com origem nas decisões jurisprudenciais do Conselho de Estado francês, antes de tudo, tem evidente autovinculação do Poder Executivo à sua própria vontade (BINENBOJM, 2008).

O interesse público não pode ser descrito separada ou em contraposição aos interesses privados, pois estes consistem em uma parte do interesse público (ÁVILA, 2011). Parte da doutrina considera o interesse público como um conceito jurídico indeterminado, de maneira que, na liberdade concedida pela lei, é permitido ao agente público, no caso concreto, adotar determinada escolha na decisão em prol do 'melhor' interesse público.

3 I DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Estado democrático de direito garante a liberdade dos cidadãos e seu acesso aos direitos fundamentais, incluindo os que ficam sob a tutela da Administração. A CRFB/88 no art. 37 elenca princípios como legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que norteiam a atividade administrativa e limitam a atuação do administrador público (BRASIL, 1988).

O Estado de Direito é fruto de duas linhas de pensamento¹, a de Montesquieu e a de Rousseau, sendo que o último se apoia em uma ideia de igualdade que sustenta a soberania popular. Já o barão de Montesquieu afirmava que todo aquele que tem poder tende a abusar dele e, para se evitar a tirania, necessário o controle do poder pelo poder, daí a divisão das funções de quem faz as leis, as julga e as executa (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

No modelo constitucional brasileiro há reunião do Estado de Direito e do Estado Democrático, elucidado no artigo primeiro da Carta brasileira em que se proclama o Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular, na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político. Pode-se afirmar, segundo o art. 5º, II da CRFB/88 que todo desempenho administrativo é exercido, mesmo a discricionariedade administrativa, estritamente dependente da lei (BRASIL, 1988).

A discricionariedade administrativa, segundo Nohara (2016, p. 143), "[...] é a

1 Confluindo essas linhas de pensamento consubstanciou-se o Estado de Direito, que possui dispositivos encontrados na CRFB/88, por força do fato de que todo poder emana do povo (art. 1º, § 1) e da tripartição do poder (art. 2º), e "[...] as atividades estatais, maiormente as administrativas, nada mais são do que o cumprimento dessa vontade geral fixada, em primeiro plano, no texto constitucional, e, de seguida, na lei" (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 12).

possibilidade que tem a Administração de optar, dentre duas ou mais soluções, por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade [...], melhor se adapta ao interesse público no caso concreto”².

Para Bandeira de Mello (2017), a discricionariedade se refere

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força de fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 48).

Importante que não se confunda discricionariedade com arbitrariedade³. Se é dada margem de escolha ao agente público pela lei, este não poderá ir além desse limite. Na discricionariedade, o agente público tem liberdade de ação administrativa dentro da lei, no arbítrio referida ação excede ou contraria os limites legais (NOHARA, 2016).

3.1 Conceito jurídico indeterminado e discricionariedade

Somente diante dos casos concretos é que se poderá avaliar a situação de um conceito jurídico indeterminado, classificando-o claramente na sua zona de certeza positiva ou negativa. Em casos em que há juízo de valor na elaboração da aplicação do conceito jurídico indeterminado poderá o juiz rever a sua aplicação e apreciar a adequação da lei. Assim, diante do caso concreto, o magistrado poderá reduzir a "zona de incerteza" e reconduzi-lo a uma das zonas de certeza, seja positiva ou negativa, a depender de que confirme ou não o conceito. Pode acontecer em todo litígio (MARQUES, 2017).

No Direito brasileiro, Di Pietro (2012, p. 225) lembra a tendência a restringir “[...] a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato”⁴.

A lei, ao regular as várias possíveis situações a ocorrerem no mundo real, pode disciplinar a conduta do agente público, estabelecendo em termos objetivos quais situações de fato ensejarão o exercício de uma dada conduta e qual comportamento único, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente (BANDEIRA DE

2 Percebe-se que, embora queira apresentar certo grau de liberdade de escolha ao agente público, o legislador não consegue indicar todas as decisões possíveis para os diversos casos concretos. O administrador terá que aprimorar suas técnicas de ponderar os interesses em discussão. Em uma segunda observação, fica evidente que “[...] o legislador lida com situações abstratas e não concretas ou individuais, mais próprias da função administrativa”, e, dessa feita, destaca-se que a discricionariedade atua em desdobramento do ordenamento jurídico, com atenção para limites impostos pelas normas (NOHARA, 2016, p. 145).

3 A arbitrariedade do administrador consubstancia-se na medida em que os atos praticados pelo agente público vão além ou se encontram em desacordo com o espaço que lhe é reservado pelo poder discricionário. O excesso de poder ou o desvio de finalidade caracterizam comportamento arbitrário (FARIA, 2015).

4 Os alemães chamam de "conceitos legais indeterminados". Assim, conceitos como interesse público, conveniência administrativa, moralidade e ordem pública, exemplificados por Di Pietro (2012), e outros, como segurança pública, moralidade pública, higiene pública e salubridade pública, delineados por Bandeira de Mello (2017).

MELLO, 2017). Mas há casos, embora excepcionais, em que a regra do Direito se omite em mencionar a situação de fato, entretanto, ao fazê-lo, frequentemente, a descreve mediante expressões que receberam 'conceitos algo fluidos', algo imprecisos, também chamados de vagos, indeterminados ou elásticos ('situação urgente', 'notável saber', 'estado de pobreza', 'ordem pública'), portanto, suscetíveis de interpretações ou inteleções variadas (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

Há também casos em que a lei defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador e, através da expressão 'pode', há a alternativa de praticar ou não o ato diante da situação. E ainda, há casos em que a lei outorga competência ao administrador para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe opção quanto à forma que revestirá o ato, ora autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicada, podendo deferir ou não algo ou praticar o ato tal ou qual (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

Marques (2017) alerta que os conceitos jurídicos indeterminados não se confundem com a discricionariedade. Na discricionariedade atribui-se competência ao agente administrativo, com critérios objetivos, para a escolha, por uma avaliação subjetiva. Esta escolha não é liberal, pois "[...] a outorga da discricionariedade configura o prestígio pelo Legislativo à liberdade do administrador, mas não à sua liberalidade" (JUSTEN FILHO, 2012, p. 211).

Nos conceitos jurídicos indeterminados não há discricionariedade, pois não há liberdade de escolha, enquanto a discricionariedade pressupõe pluralidade de decisões válidas, legítimas e aplicáveis a determinado caso (MARQUES, 2017). Grau (2017) reflete sobre a significação das palavras e expressões linguísticas e entende que a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções. Ao discutir o entendimento do que vem a ser a expressão 'serviço público' atesta o autor que o conceito é atemporal e caso se introduza a temporalidade o conceito modifica-se.

4 | O PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO

A partir da segunda metade do século XX, com o neoconstitucionalismo, ocorre uma constitucionalização do Direito, em especial do direito administrativo, que revisitou conceitos como os de discricionariedade, interesse público, e uma desproposita supremacia do interesse público sobre o privado, entre outros institutos. A supremacia do interesse público sobre o particular não tem como prosperar e, mesmo com o destaque que exibem os direitos fundamentais no regime democrático-constitucional, faz-se necessário tutelar interesses de cunho coletivo, voltados a atender demandas que excedem a esfera individual. O constituinte reconheceu direitos de natureza transindividual e permitiu a limitação de interesses individuais em prol da tutela de anseios difusos - meio-ambiente, função social da propriedade, desapropriação e cobrança de tributos -, todos avessos a

aspirações puramente particulares.

Partindo da premissa de que interesses privados e coletivos existem como objeto de tutela constitucional conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, enquanto objetivos ou estratégias do planejamento estatal. Tanto pode o interesse público consistir na implementação de um interesse coletivo, quanto na implementação de um interesse de eminência individual. Para melhor entender o interesse público deve-se compreender que no Direito Público, enquanto ramo do Direito, há normas jurídicas que: tratam das relações do Estado com os indivíduos; da organização do próprio Estado, através da divisão de competências entre os vários agentes e órgãos; das relações entre Estados (SUNDFELD, 2012).

O comando da norma jurídica, ao estabelecer um único comportamento perante situação definida objetivamente, não deixa dúvidas de que há o anseio na previsão do legislador de que a norma traga um comportamento ótimo, com conduta considerada ideal para atender ao interesse que se propôs tutelar, por isso, o fez em termos de vinculação total (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

Além desse método de vinculação da vontade do legislador, já em sede de discricionariedade, poder-se-ia pensar que o legislador teria aberto mão do propósito e da imposição daquele comportamento adequado à satisfação de sua finalidade, entretanto, a norma quer do administrador, ao lhe proporcionar a liberdade de escolha, que ele adote uma conduta excelente à finalidade legal. Se a lei regula a conduta administrativa, de forma regrada, fica claro que o legislador conhece o comportamento único que, a seu juízo, atenderá com exatidão, nos casos concretos ao interesse público almejado. Se a lei não pré-selecionou o ato a ser praticado no ato vinculado, e não o fez por ocasião dos casos de discricionariedade, entende-se que não foi possível fixar qual o comportamento administrativo pretendido, julgado imprescindível e capaz de assegurar em todos os casos, a única solução capaz de atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma (BANDEIRA DE MELLO, 2017).

Há um falso antagonismo, uma errônea dicotomia entre o interesse público e o privado, pois aquele é o interesse do todo, o somatório dos interesses das partes, não é autônomo, desvinculado de interesses de cada uma das partes que o compõem. Para Bandeira de Mello (2012, p. 62) "[...] o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem". O interesse público é, pois, nas palavras de Bandeira de Mello (2012, p. 62), "[...] uma faceta dos interesses individuais, sua faceta coletiva e, pois, que é também, indiscutivelmente, um interesse dos vários membros do corpo social".

Há outros dois aspectos relevantes: o primeiro é que se pode considerar mito que os interesses públicos não possam ser defendidos por particulares e é falso o entendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção aos interesses coletivos,

que não lhes diriam respeito, por não serem interesses individuais; o segundo diz respeito ao equívoco quanto ao entendimento de que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado seria interesse público.

O operador do Direito deve atentar, então, que não há uma supremacia de forma apriorística, do público sobre o privado, pois "[...] a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição, é também [...] um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado" (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 69). Por óbvio que o interesse social é dar proveito a toda coletividade, no manejo desse interesse público, mesmo porque não há como produzir vantagem para uns, sem que todos os demais deixem de colhê-la conjunta e concomitantemente. Todavia, há o direito subjetivo de cada cidadão e a noção de interesse público, e constata-se que

[...] é muito maior do que o habitualmente suposto o campo de defesa reconhecido a cada particular contra desvios na conduta estatal, isto é, contra atos em que esta, por violar substancialmente a legalidade, se desencontra daquilo que é verdadeiramente o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 64).

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais reclamados pelos cidadãos, cada vez mais, são encaminhados aos tribunais que, por sua vez, utilizam a proporcionalidade para testar limitações dos direitos sociais (CONTRIADES, FOTIADOU, 2012). O diálogo entre legislador e judiciário acirrou, à medida que aumentou o número de ações judiciais que desejam ver atendidos *in totum* os direitos fundamentais civis e sociais dos cidadãos. A técnica da proporcionalidade vem se destacando como instrumento de mediação de conflitos entre indivíduo, sociedade e Estado.

4.1 A proporcionalidade como técnica mediadora de conflitos

O Princípio da Proporcionalidade desenvolveu-se a partir do direito alemão e encontra-se bastante integrado no direito europeu. O Tratado da Comunidade Europeia explicitamente o consagrou e, ainda que a propósito da prevenção de conflitos de competência entre a Comunidade e os Estados-membros, a proporcionalidade passou a ser adotada como critério de composição de conflitos normativos, especialmente no tocante ao exercício de funções estatais (JUSTEN FILHO, 2012).

No Brasil deve-se considerar que a CRFB/88, em seu art. 37, reporta de forma expressa a cinco princípios, quais sejam: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (BRASIL, 1988). A Lei nº 9.784, de 1999, faz a previsão expressa de princípios que, embora afirmados em nível legal, encontram-se em outros dispositivos da CRFB/88, que não o art. 37, quais sejam: da legalidade, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica, do interesse público e da eficiência (BRASIL, 1999). Há, ainda, princípios que estão abrangidos no art. 37 da CRFB/88, de maneira lógica, como

consequência dos princípios expressamente listados ou aqueles que são implicações do Estado de Direito e do sistema constitucional como um todo (BANDEIRA DE MELLO, 2012). Em Cartas estaduais, conforme o art. 25 da CRFB/88, podem ser criados outros princípios, quando da elaboração da Constituição do Estado, observados os previstos do rol exemplificativo da Constituição Federal. A questão em debate é que, com a promulgação da CRFB/88, há um limite posto à atuação estatal, não somente adstrito ao princípio da legalidade, mas sobretudo, com atenção à dignidade da pessoa humana.

Embora chamado de princípio da proporcionalidade, Ávila (2011) esclarece que a proporcionalidade é um postulado, não possuindo as características de princípio ou regra, assim, como outros postulados:

[...] o problema não é nomenclatura, é de inconsistência científica. Especialmente porque os postulados não são normas imediatamente finalísticas, mas metódicas; não são normas realizáveis em vários graus, mas estruturam a aplicação de outras normas com rígida racionalidade, e não são normas com elevado grau de abstração e generalidade, mas normas que fornecem critérios bastante precisos para a aplicação do direito (ÁVILA, 2011, p. 115).

Bandeira de Mello (2012, p.115) observa que o princípio da proporcionalidade é uma “[...] faceta do princípio da razoabilidade, de mesmo matiz constitucional”. Embora não expresso na CRFB/88, o princípio da razoabilidade encontra amparo constitucional no art. 37 combinado com o inciso II do art. 5º e o inciso IV do art. 84 (BRASIL, 1988).

A proporcionalidade decompõe-se em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (BANDEIRA DE MELO, 2012). Carvalho Filho (2012) substitui a expressão ‘necessidade’ por ‘exigibilidade’, e, assim, descreve os elementos do princípio da proporcionalidade: a adequação refere-se ao meio empregado na atuação e deve ser compatível com o fim colimado; a necessidade ou exigibilidade entende que o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; e a proporcionalidade, em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

Faria (2015, p. 70) aponta o princípio da razoabilidade com a “[...] finalidade de limitar a liberdade do agente ou pautar-lhe a direção a ser seguida”, todavia, não menciona a proporcionalidade entre os princípios da Administração Pública, embora faça alusão ao entendimento de autores modernos de que a razoabilidade e a proporcionalidade são “[...] um meio de limite do poder discricionário” (FARIA, 2015, p. 270). Acerca do desdobramento da proporcionalidade oriunda da razoabilidade, Di Pietro (2012) observa que,

Embora a Lei n. 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. [...] o princípio da razoabilidade, [...], exige a proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na

sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto (DI PIETRO, 2012, p. 81).

O Princípio da Proporcionalidade não pode extrair a solução por meio do isolamento do aplicador em face da situação concreta, ou seja, não há solução pelo exame de textos legais abstratos. O intérprete escolhe a solução que se configurar a mais satisfatória do ponto de vista da situação real existente (JUSTEN FILHO, 2012). A proporcionalidade se tornou um método fundamental para revisar as infrações dos direitos, discutindo seus méritos e desvantagens.

4.2 A desconstrução da supremacia a priori do interesse público

Para Carvalho Filho (2012, p. 32), a despeito de a doutrina considerar o conceito inexacto de interesse público⁵ como indeterminado, trata-se de um conceito determinável. Entende o autor que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz dos elementos do fato, balizar o que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e positiva. O fato é que alguns autores, como Sarmiento (2005 apud CARVALHO FILHO, 2012), começam a se manifestar contra a existência do princípio da supremacia do interesse público, argumentando no sentido da primazia de interesses privados com suporte em direitos fundamentais quando ocorrerem situações específicas. Laso, também citado por Carvalho Filho (2012), entende que o princípio não deve ser elidido, mas reconstruído, de modo a ajustá-lo para que os interesses se harmonizem e os confrontos sejam evitados ou superados. Para Justen Filho (2012), os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. No fundamento do direito administrativo, além da supremacia, haveria a indisponibilidade do direito público, que indicaria a impossibilidade de sacrifício ou transigência, em decorrência de sua supremacia. Isto não quer dizer que haja a exclusão de outros princípios, pois o ordenamento jurídico é formado por uma pluralidade de princípios, que refletem a multiplicidade de valores consagrados constitucionalmente.

Não existe supremacia entre os princípios, todos têm assento constitucional idêntico e em mesmo nível hierárquico. Toda e qualquer controvérsia tem que ser composta em vista de circunstâncias concretas, mediante aplicação de regras e princípios consagrados pela ordem jurídica. Daí a necessidade de se avaliar qual deles prevalecerá antes de se identificar qual será o interesse público (JUSTEN FILHO, 2012).

O Estado democrático de direito é um Estado de ponderação e há necessidade de se proteger tanto interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade (BINENBOJM, 2008). O interesse público é um conjunto de ponderações, de acordo com circunstâncias normativas e fáticas, que indicará a prevalência de um ou outro interesse, de cunho geral ou individual. Não se suprime totalmente ambos, há uma

5 O destinatário de toda a atividade administrativa desenvolvida pelo Estado é a coletividade, o povo. Em alguns momentos há de ocorrer o conflito de interesses e, em regra, prevalecerá o interesse público sobre o privado. Este é o primado do interesse público.

relativização.

Em decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153, destaca-se o valor da dignidade humana:

[...] a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade humana como um seu valor (valor de quem se arroga a tanto). É que, então o valor do humano assume forma na substância e medida de quem afirma e pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Então o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém de quem o proclame conforme o seu critério particular. Estamos então em perigo, submisso à tirania dos valores (MEDINA, 2012, p. 27).

Outro aspecto a considerar, que não valida a dita supremacia, é a parcial incompatibilidade com postulados normativos extraídos das normas constitucionais, pois há direitos e garantias individuais simultaneamente a normas de competência, que implicam um dever de ponderação, cuja medida só é determinada mediante obediência à proporcionalidade.

Com o aumento dos objetivos coletivos da sociedade, a quantidade de direitos fundamentais, individuais ou difusos, que passaram a carteira de direitos dos cidadãos, dependendo de alguma interação estatal para serem efetivados, cresceu consideravelmente (RIBEIRO, 2017). No Brasil, as transformações começaram na década de 1990 e têm ligação com a globalização, o neoliberalismo e o neoconstitucionalismo, sendo este último

[...] responsável pela constitucionalização dos vários ramos do Direito, principalmente o direito administrativo, com reflexos sobre o princípio da legalidade, a discricionariedade administrativa, o controle judicial, e responsável, ainda, pela ideia de centralidade da pessoa humana e valorização dos direitos fundamentais, com a conseqüente rejeição ao velho princípio da supremacia do interesse público (DI PIETRO, 2017, p. 885).

No neoconstitucionalismo, os princípios jurídicos assumem papel de destaque e as Constituições democráticas passam a ter extenso rol de princípios positivados, que, com a aplicabilidade do texto constitucional como fonte direta e indireta, passam a serem usados como fundamentação de decisões judiciais, especialmente em casos complexos (CUNHA, 2017).

A relevância da vontade do agente público ao aplicar a norma tem no princípio da razoabilidade parâmetros para a atuação discricionária, “[...] traduzindo-se no padrão social a respeito de certas condutas aferíveis em função de um contexto determinado” (COSTA, 2017, p. 1012). O princípio da proporcionalidade está intimamente relacionado ao da razoabilidade e até se confunde com ele, proibindo os excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, evitando restrições desnecessárias ou abusivas (FERRAZ; DALLARI, 2001).

51 CONCLUSÃO

O sacrifício de alguns interesses individuais em prol do coletivo é uma realidade incontestável, visto que, independentemente da existência do Estado, o homem em suas relações sociais e na busca da sobrevivência do agrupamento social é consciente de que há uma necessária cooperação.

A legalidade e a razoabilidade, enquanto cânones do Direito Administrativo, têm grande importância no equilíbrio dos interesses conflitantes postos diante da Administração Pública. A proporcionalidade ao ponderar dois valores consagrados e priorizando um deles dará destaque àquele que melhor se posicionar, no caso concreto, ao dispositivo constitucional e ao interesse mais proeminente que traga menor prejuízo aos envolvidos no conflito.

O agente público, no momento da elaboração do ato administrativo vinculado, terá a indicação pelo legislador de uma alternativa ótima ao atendimento do interesse público. A partir do momento em que o legislador permite uma margem de liberdade ao agente público para escolha entre duas ou mais alternativas, com amparo da lei, obviamente apresenta-se uma liberdade limitada, sem espaço para arbitrariedade.

As atividades administrativas sob o amparo dos institutos da discricionariedade administrativa, interesse público, conveniência, oportunidade, razoabilidade devem garantir os direitos constitucionalmente protegidos. Em um confronto de princípios, regras ou postulados não se deve suprimir totalmente um ou outro preceito, mas garantir aquele que menos prejuízos trouxer ao interesse da coletividade e à garantia dos direitos fundamentais, diante da análise do caso concreto.

A proporcionalidade surge no cenário mundial, diante de uma crise econômica e de valores, como importante técnica de equilíbrio entre interesses conflitantes, auxiliando na implementação de políticas públicas que garantam os direitos e garantias fundamentais, com fundamento na dignidade do homem.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, N. *Estado, Governo, Sociedade*: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm. Acesso em: 16 jan. 2019.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito administrativo*. 25. ed. rev. ampl. e atual. até a Lei n. 12.587, 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

CONTIADES, X.; FOTIADOU, A. Social Rights in the age of proportionality: global economic crisis and constitutional litigation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3, p. 660-686, 2012. Disponível em: <http://jalsacademico.blogspot.com/2018/08/constitucionalismo-em-crise.html>. Acesso em: 16 ago. 2018.

COSTA, R. H. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: revitalizando o tema. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (Org.). *O direito administrativo na atualidade*: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 993-1014.

CUNHA, M. V. R. *Princípio da moralidade administrativa*: por uma definição de parâmetros hermenêuticos sensíveis ao pluralismo e à segurança jurídica. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. O direito administrativo da crise. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (org.). *O direito administrativo na atualidade*: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017) defensor do estado de direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 885-896.

FARIA, E. F. *Curso de direito administrativo positivo*. 8. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERRAZ, S. DALLARI, A. A. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988* (interpretação e crítica). 18. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2017.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES, M. A. F. *Conceitos jurídicos indeterminados e atos administrativos discricionários*: possibilidade de revisão jurisdicional no estado democrático de direito. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

NOHARA, I. P. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.

RIBEIRO, L. C. *O direito administrativo como "caixa de ferramentas"*: uma nova abordagem. São Paulo: Malheiros, 2017.

SAMPAIO, J. A. L. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SUNDFELD, C. A. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE E RELIGIÃO: NECESSIDADE EM DELIMITAR A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO OU MERA PERFUMARIA?

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 06/04/2021

Isabelle de Souza Bordalo

Universidade Federal de Alagoas – UFAL
Maceió - AL
<http://lattes.cnpq.br/615434650318911>

RESUMO: O presente artigo analisa o princípio da impessoalidade da gestão pública no contexto religioso. Utilizando-se o método lógico-dedutivo, define as premissas doutrinárias no âmbito do Direito Administrativo, para lançar seu olhar em casos concretos noticiados pela mídia. Algumas destas situações, ocasionaram a apreciação pelo Poder Judiciário, cujos julgadores sopesaram o princípio da impessoalidade – obrigatório ao gestor público-, e o princípio da laicidade estatal, na busca do vetor democrático. O referido estudo alerta que o princípio do Estado leigo não se efetivou por completo no ordenamento jurídico brasileiro, o que denota a necessidade de fiscalização da impessoalidade religiosa como fundamento republicano.

PALAVRAS-CHAVE: Impessoalidade Religiosa. Laicidade. República. Democracia.

**PRINCIPLE OF IMPERSONALITY AND
RELIGION: NEED TO DELIMIT ACTION
OF PUBLIC MANAGER OR SUCH
PERFUMERY?**

ABSTRACT: This article analyzes the principle

of impersonality in public management in the religious context. Using the logical-deductive method, the doctrinal premises in the scope of Administrative Law, to study concrete cases reported by the media. Some of these situations have led to an appreciation for the Justice, whose judges weigh the principle of impersonality - mandatory for the public manager - and the principle of state secularity, in the search for a democratic vector. The aforementioned study warns that the principle of the state secularity has not been fully implemented in the Brazilian legal system, which denotes the need to inspect religious impersonality as a republican foundation.

KEYWORDS: Religious impersonality. Secularity. Republic. Democracy.

1 | INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é o ramo que tem por intuito estruturar a atuação estatal por meio de seus agentes. Nesse contexto em que aqui se traz um conceito de uma forma muito simplista, estabeleceu-se todo um aparato legal, doutrinário e jurisprudencial, com escopo de melhor desenvolver as atividades estatais perante a sociedade. Para isso, há como fundamento cardinal a observância dos princípios que regem aqueles que estão na ponta da relação administrativista e diante dos administrados: os agentes públicos.

Com estes, a Administração Pública personifica suas atitudes e concretiza suas ações, em que, para tanto, toda a legislação

se volta para delimitar e consubstanciar a atuação estatal através destas pessoas. O ordenamento jurídico tem em sua composição regras e princípios, especialmente na seara do direito público. Os princípios se encontram tanto na Constituição Federal (BRASIL, 1988, art. 37), como na legislação administrativista, notadamente na Lei do Processo Administrativo (BRASIL. Lei 9.784, 1999, art. 2º).

Os princípios constitucionais que permeiam a atuação no viés publicista em seu art. 37 (BRASIL. Constituição Federal, 1988), são estes: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Entre eles, destaca-se o princípio da impessoalidade. De maneira geral, a doutrina analisa o princípio da impessoalidade como a igualdade de tratamento que deve o gestor público ter em relação aos administrados quando estiverem inseridos em uma mesma situação jurídica, como uma das faces da isonomia. Por outro lado, é possível extrair deste mandamento basilar a compreensão de que o princípio da finalidade – intimamente interligado ao princípio da impessoalidade -, tem no interesse público o norte que deve ser sempre perseguido em sua atuação e, qualquer ato que se desvie desse intento, conduzirá a uma conduta discriminatória (CARVALHO FILHO, 2008).

Por este caminhar, percebe-se que dentro do padrão atual estaria implícito à impessoalidade que quaisquer condutas que indiquem a expansão do interesse particular devem ser rechaçadas em todos os aspectos na condução da coisa pública. Porém, em pleno Século XXI, seria necessário reafirmar que o princípio da impessoalidade também deve contemplar uma atuação imparcial do gestor público em relação às convicções religiosas que possui? Ou, em razão da laicidade estatal – cuja origem remonta aos ares republicanos (BRASIL. Constituição Federal, 1891, art. 11, 2º), tal discussão no âmbito acadêmico se torna inócua? O Direito Administrativo contemporâneo ainda necessita se debruçar em questões desta natureza?

Sobre essa temática, têm sido veiculadas notícias de gestores públicos que possivelmente estivessem indo de encontro com o alicerce principiológico da laicidade estatal, atingindo frontalmente a impessoalidade neste patamar. Situações em que o Ministério Público investiga exonerações em massa para viabilizar a contratação de pessoas ligadas a uma determinada religião (G1 RIO, 2018), como também a realização de censo religioso entre os servidores públicos atuantes na segurança pública (RJTV, 2017). Em outras ocasiões, a Administração Pública passa a subvencionar eventos públicos de caráter eminentemente religioso (ALENCASTRO, 2013) ou retira o apoio financeiro para, de certa forma, rechaçar determinada religião (AMORIM, 2017). Há situações em que até mesmo uma obra pública possui em sua estrutura referências de conteúdo religioso, o que implicou em desdobramento judicial para análise do caso concreto (G1 SOROCABA E JUNDIAÍ, 2013), entre outras situações.

Ao que parece, destaca-se a necessidade de um olhar mais atento a esses exemplos no viés público, cujo escopo se insere na correlação do princípio da laicidade estatal como fundamento para a atuação impessoal do gestor público. Qualquer outro posicionamento de

relativização ou abandono desse estudo sob o pretexto do aspecto histórico e da hegemonia da formação religiosa brasileira, somente iria mascarar uma realidade que se impõe não só aos cofres públicos, mas principalmente perante a sociedade plural e republicana dos dias atuais. Dentro deste propósito, serão analisados os princípios da laicidade, suas implicações e origem, bem como o princípio da impessoalidade nos aspectos gerais e sob a égide do Estado leigo. Após estas premissas, serão analisados casos concretos e decisões judiciais que orbitam o tema, para enfim tecer algumas conclusões a respeito. Importante ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de exaurir a problemática, tendo em vista a complexidade do que se propõe, qual seja a gestão pública impessoal no viés religioso.

Entretanto, em face da relevância do tema, é por meio dessa formulação de ideias que, primeiro, se reconhece a infringência da secularização; e, segundo, ao buscar conduzir o princípio da impessoalidade nesta toada é que se aproxima de uma Administração Pública efetivamente voltada ao interesse público como norte, despida da velada atuação religiosa discriminatória dos gestores públicos da atualidade.

2 | PRINCÍPIO DA LAICIDADE ESTATAL

A fé influencia a vida do indivíduo como um todo. Ao analisar no contexto coletivo, a história registra que a religião - em um contexto que ultrapassa a mera orientação individual-, conduziu e definiu os aspectos políticos nos países. A laicidade estatal permeia a visão ocidental, demonstrando que a separação entre Estado e Igreja há muito se inseriu nestes ordenamentos. A consolidação do Estado Liberal marca historicamente o fim da hegemonia político-religiosa, onde se estabelece no constitucionalismo a estruturação do Estado Laico como princípio basilar (MOREIRA, 2003). Particularmente no Brasil, a única oportunidade em que a Constituição definiu o Estado brasileiro como confessional foi a outorgada de 1824, Lei Maior esta que definiu que cultos religiosos não poderiam ser públicos, exceto os pertencentes à religião oficial, qual seja, a religião católica (BRASIL. Constituição Política do Império, 1824, art. 5º).

Naquela oportunidade, não poderia ser tratada a laicidade estatal como premissa. O Estado sensivelmente interferia na esfera da vida privada de cada cidadão. Hoje, ao mesmo tempo que o Estado assegura a liberdade de crença, resguarda igualmente o princípio da laicidade estatal. Consolidado no art. 19, inciso I da Constituição da República (BRASIL, 1988), o dispositivo ratifica historicamente a separação entre Igreja e Estado, no patamar constitucional, razão pela qual são vedadas relações de dependência ou aliança com quaisquer religiões. Demais, após seis constituições vigentes, pouco se aborda acerca da temática, eis que há um senso comum de que estudar acerca da necessidade de observância estatal sobre a liberdade religiosa é assunto um tanto ultrapassado, posto que já efetivado no cotidiano das pessoas em geral.

Contudo, em um contexto em que as religiões ocupam um lugar central não só de dominação, mas de alicerce para a estrutura estatal (ROUSSEAU, 2003), se torna imprescindível a análise da influência que a religião exerce no Estado. A importância de estudar a religião está no fato de que ela faz parte do contexto histórico desde os primórdios, bem como em razão da respectiva relação com a estrutura política estatal. Sobressai, porém, que é na modernidade que ocorre o reconhecimento dos princípios políticos constitucionais estruturantes na relação Estado-Igreja, quais sejam, os princípios republicano e democrático. Sob a égide destes pilares fundamentais, houve a superação da visão teológica-confessional (MOURA, 2017).

Destaque-se que o surgimento do princípio republicano inaugura uma nova ordem no território nacional aludido ao espaço concedido à religião. Isto porque, o “novo tempo” fez cessar o exercício de um credo oficial em detrimento de outro. A visão de *res pública* se encaixa em não privilegiar, evitar favoritismos em quaisquer searas, inclusive no campo religioso (MOURA, 2017).

Com intuito de elucidar os tipos de Estado correlacionados com a religião, mister delimitar como este binômio (Estado x Religião) podem ser definidos. No Estado Teocrático, a religião se torna preponderante, na medida em que a religião adotada como oficial define os rumos daquele país, ultrapassando a mera influência. Os dogmas religiosos têm ação nuclear tanto nas políticas estatais, como nas relações privadas. Passam a ser considerados Estados Totalitários no que se refere à crença religiosa, uma vez que se torna inadmissível uma atuação em desacordo com os dogmas religiosos que se confunde com o próprio Estado (VECCHIATTI, 2008).

Por outro lado, o Estado Confessional é marcado por possuir uma religião oficial que influi no contexto político-jurídico, embora não se confunda com a religião de *per si*. Pode-se definir então que enquanto no primeiro caso a Religião e Estado se confundem como mesmo ente; na segunda hipótese, Estado e Religião se encontram lado a lado. O Estado Laico ou Leigo é aquele além de não se confundir com a religião, não há uma oficial. Assegura a ampla liberdade de credo nas suas variadas formas, com igualdade de direitos, como também respeita o ateísmo. Os fundamentos religiosos não influenciam no cenário político e jurídico. Já o Estado Ateu se caracteriza por adotar posição de negação da existência de Deus como doutrina filosófica e, portanto, não aceita que professem nenhuma crença teísta, seria o exemplo da China (VECCHIATTI, 2008).

Ao partir destas premissas, inclusive o expressamente disposto na vigente Constituição, define-se o Estado brasileiro como laico. A questão é que, muito embora seja a definição oficial da relação com a religião, em algumas situações expostas não se verifica a efetivação deste pilar republicano no cotidiano de alguns gestores públicos. Há muito, Estado laico e liberdade de credo são temáticas que ensejaram historicamente decisões de grande repercussão proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e no Poder Judiciário como um todo. O que evidencia que a secularização é um tema que continua a ensejar

debates dentro da Administração Pública. A presença de crucifixos nos órgãos públicos (SARMENTO, 2010) e a questão do ensino religioso nas escolas públicas (BRASIL. STF, ADI 4439/DF, 2010), são alguns exemplos de que se trata de uma discussão antiga, porém nada pacífica. No tocante à presença de crucifixos nos prédios estatais, importante realçar recente decisão judicial que reconhece o tema como repercussão geral (Tema 1086), no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1249095, pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2019).

3 | PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A partir da visão de Estado leigo anteriormente definida, passa-se a analisar o princípio da impessoalidade.

Os princípios permeiam o ordenamento jurídico ressaltando sua importância. Dentro da atual perspectiva não há ordenamento sem normas jurídicas principiológicas. Estas normas têm o condão de informar e estruturar todo o sistema jurídico pátrio. O que não pode olvidar seu caráter primordial.

O Direito Administrativo, em pese seja norteado pela restrita vinculação à lei, tem nos princípios a guarida na medida em que alicerçam a fisiologia estatal. O princípio da impessoalidade entra neste contexto revestindo a atuação do gestor público nas relações jurídicas estabelecidas. Este se caracteriza pela valoração objetiva tanto dos interesses públicos, como os interesses privados permeados na relação jurídica que vem a se concretizar no desempenho da atividade administrativa, destituído de qualquer interesse político (FIGUEIREDO, 2004).

Em que pese a Administração Pública necessite de seus agentes para concretizar suas atribuições, o ordenamento jurídico se volta para moldar o exercício deste encargo, dentro do estrito cumprimento legal, evitando-se assim a administração personalista. Compreende-se como administração personalista, a gestão pública desvirtuada pautada pelo subjetivismo nas decisões administrativas, em que se favorece a promoção dos interesses pessoais dos agentes públicos (CARVALHO, 2005).

O princípio constitucional da impessoalidade representa um movimento da sociedade contra o personalismo. Por este viés, como ressalta a doutrina, atos administrativos em que a finalidade é conceder favores a determinados grupos e perseguir outros, aponta que o ideal republicano está longe de ser alcançado (CARVALHO, 2005). E, aproximando-se do contexto religioso, algumas situações indicam um certo favoritismo religioso e detrimento de outros grupos pertencentes às religiões minoritárias. A relevância do princípio da impessoalidade é de tal monta que engendra em caminhos muitas vezes esquecidos como, por exemplo, o aspecto da impessoalidade religiosa. Justifica-se essa análise, porque a maioria da sociedade professa religiões hegemônicas, o que pode ocasionar a retirada do espírito crítico que precisa ter administrador público à frente da máquina administrativa.

De certa forma, salutar inicialmente reconhecer a necessidade desta busca pelo gestor impessoal no campo religioso, para que só então possa ser efetivado o combate à ilegalidade.

Interessante ressaltar que da mesma maneira que o princípio da laicidade estatal é corolário do princípio republicano, o imperativo constitucional de impessoalidade também o tem como vetor fundamental, que perfaz a ideia da soberania popular, especialmente no que concerne ao repúdio à concessão de privilégios, irresponsabilidades ou imunidades que não recaiam na imprescindível garantia do interesse público (CARVALHO, 2005).

Curiosamente, quando estudada a estrutura constitucional do princípio da impessoalidade, no momento em que se debatia a seu respeito na Assembleia Nacional Constituinte em 1987/1988, os registros demonstraram que nas Emendas das Comissões de Sistematização e de Plenário o vocábulo foi trocado diversas vezes por imparcialidade e até mesmo retirado (ROSA, 1997). Foi somente a partir da Emenda nº 1P18696-0, de autoria do constituinte José Richa e outros, a primeira oportunidade em que o referido princípio exsurge compondo o artigo 37 da Constituição Federal, conforme justificação aqui exposta:

[...] *Justificação*: A redação ora proposta, de dispositivos correlatos, contempla os aspectos de mérito do tema, as aspirações sociais do povo brasileiro, a representatividade constituinte de seus signatários e a sistematização adequada à técnica legislativa, nos termos dos debates e acordos efetuados. [...] (ROSA, p. 33, 1997)

Uma vez expressamente disposto da Lei Maior de 1988, o desafio recai na busca pelo sentido e alcance do princípio da impessoalidade. Para isso, a doutrina demonstrou que vários enfoques poderiam ser dados à acepção da impessoalidade, o que foi rechaçado por desconsiderar o avanço conquistado com inclusão desta norma no artigo 37 da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO, 2005). Todavia, em que pese a crítica tenha fundamento, mister se faz elucidar esses pontos de convergência com outros princípios já consagrados no Direito Administrativo.

Desta feita, serão analisados os aspectos de relevo que aproximam o princípio da impessoalidade com o da isonomia, finalidade e imparcialidade.

Partindo-se desse marco estabelecido, interessante ressaltar que este princípio não se confunde com o da igualdade – termo que aqui será utilizado como sinônimo de isonomia-, isto porque à primeira vista conceder tratamento igualitário a um grupo estaria satisfazendo este princípio; entretanto, se o tratamento dispensado estiver pautado por conveniências pessoais do administrador, estará infringindo aquele mandamento principiológico (FIGUEIREDO, 2004). Neste patamar, para atender a impessoalidade, mister se faz que os condutores da máquina pública ultrapassem a margem da concessão de um mero tratamento equânime para, acima de tudo, atuarem destituídos de interesses particulares, evitando-se favoritismos ou ódios (CARVALHO, 2005).

Assim, ao atuar de forma impessoal, o gestor público estará preservando a isonomia entre os administrados (CARVALHO, 2005).

Por outro lado, ao abordar a impessoalidade como consentâneo do princípio da finalidade, destaca-se ser este um posicionamento que os administrativistas de vanguarda não mais mencionam. Entretanto, por questões de registrar a evolução gradativa do princípio da impessoalidade, precisa ser tratado. Historicamente, Hely Lopes Meireles (1999) foi o doutrinador clássico que abordou o princípio da impessoalidade como sinônimo do princípio da finalidade.

Todavia, ressalte-se que associar a impessoalidade à finalidade como um mesmo comando principiológico, seria esvaziar o conteúdo e a ênfase que o constituinte em 1988 quis delimitar ao promulgar a Constituição Federal. Desta feita, aduz a doutrina, com propriedade, que a finalidade constitui vetor que permeia todos os princípios da Administração Pública, pautando por completo a atuação no viés público, não sendo privativo da impessoalidade. Observe:

Da mesma forma que não se confunde com a isonomia, a impessoalidade não pode ser tida como uma nova roupagem para o princípio da finalidade, isto porque toda atividade estatal, dentre elas a administrativa, é por este condicionada, sendo determinante na aplicação dos demais princípios jurídicos. (CARVALHO, p. 61, 2005)

Ademais, o relevo com que essa norma foi disposta no seio constitucional, evidencia a preocupação específica de evitar que seja afastado o caminho perseguido pela Administração Pública, qual seja o do interesse público. O que deve fazer com que afastem quaisquer atos que priorizem o interesse privado ou parcial de pessoa ou grupo, que exaltem resultados incongruentes com este fim. Esse é o ponto crucial. É o aspecto impositivo da impessoalidade, em que *deve* haver a vinculação ao interesse público, o que implica que a sua inobservância acarretará a invalidação do ato administrativo, sem prejuízo de outras sanções cabíveis e até mesmo indenizações (MIRAGEM, 2013).

Já com relação à conotação da impessoalidade enquanto imparcialidade, tem parcela de contribuição a influência do direito comparado e o fato de que a doutrina brasileira empreendeu esforços no sentido de delimitar sua autonomia conceitual (MIRAGEM, 2013).

Para ilustrar, traz-se o posicionamento da doutrina italiana em que o princípio da impessoalidade se aproxima da imparcialidade, inclusive utilizando os termos como sinônimos:

[...] O princípio da imparcialidade impõe à A.P. (Administração Pública) desenvolver a própria atividade segundo o critério equidistante de respeito ao sujeito, público ou privado, que se estabelece em contato com essa, sobretudo no momento em que se deve operar uma ponderação dos interesses presentes.

A razão de tal princípio reside no fato que, para desenvolvimento da própria atividade, para a A.P (Administração Pública) deve prevalecer o interesse público somente se o sacrifício da posição contrária tenha por consequência

uma apreciação equilibrada e não contraditória.

O fundamento constitucional de tal princípio é encontrado precisamente no art. 97, sempre consagrado que a imparcialidade deve se caracterizar pela organização da atividade da P.A. (Administração Pública) sem discriminar a posição do sujeito envolvido, que são todos iguais tanto diante da lei como da Administração Pública. [...] (tradução livre) (GIUDICE, p. 255, 2018)¹

Muito embora haja a influência do direito comparado, de certa forma, a Constituição de 1988 teve por cuidado resguardar o termo imparcialidade fazendo alusão à atividade jurisdicional (CARVALHO, 2005), em que se empreende a absoluta neutralidade estatal. A doutrina italiana teve por consenso correlacionar a imparcialidade com escopo de assegurar no âmbito estatal a ação orquestrada de grupos políticos ou grupos de pressão, que pudessem prejudicar a isenção no trato da coisa pública. Ou seja, a imparcialidade blinda o gestor público de ceder às vontades políticas dissociadas do interesse geral (RAMOS, 2012).

No entanto, a doutrina brasileira vem adotando posicionamento de que a irrestrita neutralidade política não seria o intento constitucional, eis que há uma certa parcialidade na atuação administrativa (CARVALHO, 2005). Demais, ficou resguardado o termo impessoalidade para a atividade administrativa, em que não necessariamente se alcança uma neutralidade exacerbada, visto que de alguma forma impediria o acesso do indivíduo ao aparato estatal. Percebe-se que a intenção da Lei Maior de 1988 ao dispor acerca do princípio da impessoalidade, foi impedir a promoção de privilégio pessoal por razões de ordem subjetiva, tanto em relação ao Estado, como para o administrado.

Todavia, a doutrina elucida que a ação administrativa é ação estatal. E, portanto, conduzido por uma maioria política, que no sistema democrático foi legitimamente escolhido. A rigor, deve haver a separação entre Governo e Administração Pública, porém parte da doutrina entende ser legítimo à maioria política implementar um determinado projeto político-administrativo (MIRAGEM, 2013). Neste toar, apesar de estar diante de questão polêmica, não se pode olvidar que tal entendimento encontra-se em uma linha tênue para robustecer tratamentos díspares e parciais. Principalmente no tocante à necessidade de atuação do gestor público pautado pela impessoalidade religiosa. Haja vista que a religiosidade que o indivíduo professa, tem uma grande influência no agir das pessoas. E há, conseqüentemente, o risco de que esse projeto político-administrativo de uma maioria política legitimamente eleita, tenha como pano de fundo um viés religioso hegemônico, utilizando-se deste grupo majoritário como caminho para alcançar o poder político.

1 [...] Il principio di imparzialità impone alla P.A di svolgere la propria attività secondo criteri di equidistanza rispetto ai soggetti, pubblici o privati, che vengano in contatto con essa, soprattutto nel momento in cui si debba operare un *bilanciamento* degli interessi in gioco. La ratio di tale principio risiede nel fatto che, nello svolgimento della propria attività, la P.A. deve dare prevalenza all'interesse pubblico solo se il sacrificio delle altre posizioni sia la conseguenza di una valutazione equilibrata e non contraddittoria. Il fondamento costituzionale di tale principio è da rinvenire anzitutto nell'art. 97 laddove è sancito che l'imparzialità deve caratterizzare sia l'organizzazione che l'attività della P.A. senza discriminare la posizione dei soggetti coinvolti che sono tutti uguali sia davanti alla "legge" che alle pubbliche amministrazioni. [...]

4 I CASOS CONCRETOS E JURISPRUDÊNCIA

A partir das premissas doutrinárias lançadas, passa-se a analisar exemplos atuais que denotam a necessidade de um olhar cuidadoso em relação à observância por parte do administrador sobre a gestão pública no que tange à impessoalidade religiosa.

4.1 Análise do primeiro caso: Exonerações em massa

Em 2018, foram realizadas várias exonerações pelo então gestor do município do Rio de Janeiro, cujos cargos públicos foram realocados para outras pessoas da confiança do administrador (G1 RIO, 2018). Frise-se que, dentro desse parâmetro, a Constituição Federal assegura que cargos comissionados possam ser de livre exoneração, haja vista destinados à direção, chefia e assessoramento (BRASIL, 1988, art. 37, incisos II e V)

Contudo, o Ministério Público do Rio de Janeiro decidiu apurar os fatos em virtude de que as representações notificaram que as exonerações teriam sido motivadas por uma suposta ligação do prefeito com a igreja na qual havia sido licenciado, reverberando indícios de que o princípio da laicidade estatal teria sido tolhida. Observe o trecho da notícia em que a promotora de justiça responsável pelo caso - titular da 5ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Cidadania-, relata a possibilidade de que o gestor da municipalidade estaria favorecendo aqueles que possuíam a mesma religião que a sua com cargos públicos em comissão.

[...] Chegaram representações no sentido de que houve demissão em massa de pessoas ocupantes de cargos comissionados em algumas pastas e a readmissão de pessoas de confiança do prefeito. Essas representações apontavam que esses novos comissionados seriam da igreja evangélica a qual pertence o prefeito. [...]

Parece que ele [o prefeito] quis fazer uma reordenação. A notícia que vem é que poderia estar havendo também um alinhamento religioso na ocupação, um empoderamento da igreja dentro dos órgãos da prefeitura [...]. (G1 RIO, p. 01, 2018)

De maneira que evidencia-se a possível desconsideração da laicidade estatal nos quadros públicos, ante as atitudes do gestor público naquele momento.

4.2 Análise do segundo exemplo: Censo religioso

No que se refere ao princípio da impessoalidade, principalmente sobre aspecto não discriminatório no exercício das atribuições do administrador público, sobressai o cenário dentro da Administração Pública em que foi realizado um censo contendo questões acerca da religião que cada servidor público possuía (RJTV, 2017).

Na ocasião, o questionário tratava sobre a religião que os agentes da Guarda Municipal professavam, foi relatado que alguns deles ficaram constrangidos com a iniciativa. O formulário de preenchimento obrigatório continha três perguntas: se o servidor público possuía alguma religião; em caso afirmativo, a próxima indagação continha opções de

religiões possivelmente professadas; e o último questionamento tratava acerca da prática habitual de rituais religiosos por parte do servidor público. Por fim, havia a possibilidade de identificação do agente público, caso desejasse (RJTV, 2017).

Dado o ensejo, algumas pessoas se sentiram constrangidas, o que levou a ser acionado o Ministério Público Estadual para que fosse suspensa a aplicação do formulário dentro dos quadros (RJTV, 2017).

Contudo, a Comandante da Guarda Municipal esclareceu que a razão pela qual os servidores públicos foram submetidos ao censo religioso. A iniciativa se deu por conta da possibilidade de criação de uma assistência religiosa aos agentes, através da instalação de uma capelania. E que, no referido formulário, havia a possibilidade de resguardar o sigilo das respostas dos agentes, eis que não eram obrigados a se identificarem (RJTV, 2017).

4.3 Análise da terceira situação: Subvenção de eventos religiosos

Neste ponto que trata do patrocínio a eventos religiosos proveniente dos cofres públicos, tem-se como exemplo a 26ª Jornada Mundial da Juventude em que contou com a presença do líder religioso do catolicismo, em que houve o gasto de R\$ 118.000.000,00 (cento e dezoito milhões de reais). Para a ocasião, o montante de R\$ 62.000.000,00 (sessenta e dois milhões de reais) contou com a participação da União Federal e a quantia de R\$ 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de reais) originou do orçamento público estadual e municipal da localidade em que foi realizado o evento. Ressalte-se que a Igreja Católica igualmente efetuou contribuição para realização do evento, entretanto esta não se equiparou equitativamente com os gastos públicos (ALENCASTRO, 2013).

É importante ressaltar que, embora o evento tenha caráter religioso, parte do dispêndio com a visita do Papa ao Brasil se justifica em razão de ser necessário ofertar ações de segurança e de defesa a um Chefe de Estado.

Nesse episódio, percebe-se a inobservância do princípio da impessoalidade no contexto religioso, que deu azo a gastos públicos direcionados a um segmento teológico específico, no entanto majoritário no país.

Entretanto, o caminho inverso também foi verificado na questão de subvencionar eventos religiosos. Explica-se. Da mesma forma que ao gestor público é dada a oportunidade de patrocinar determinado evento voltado à religiosidade, relativizando o princípio da impessoalidade, a forma oposta também se evidencia. Assim, já foi noticiada situação em que se constatou que o patrocínio a determinado compromisso religioso – tradicionalmente custeado por ente público -, deixou de obter tal incentivo, prejudicando determinado grupo religioso minoritário (AMORIM, 2017).

É o que se verifica quando a “Festa da Barca de Iemanjá” perdeu o patrocínio da municipalidade, após treze anos de contribuição pública destinada pelo referido ente (AMORIM, 2017).

Observe que, muito embora as duas situações noticiadas não tenham sido

veiculadas no mesmo lapso temporal, ambos os eventos religiosos ocorreram na mesma localidade, qual seja, no município do Rio de Janeiro. Todavia, obtiveram resultado diverso, o que requer a atenção para atuação administrativa dentro da temática exposta, eis que há possibilidade de violação dos princípios da impessoalidade e do Estado laico.

4.4 Análise do quarto caso: Obra pública com conteúdo religioso

Outro exemplo em que a Administração Pública possivelmente conduziu suas atribuições em desarmonia com a impessoalidade no cenário religioso, foi a realização da obra pública em que foi construído um totem na entrada da cidade com os seguintes dizeres: “Sorocaba é do Senhor Jesus Cristo” (G1 SOROCABA E JUNDIAÍ, 2013).

Pelo ocorrido, dois estudantes de Direito noticiaram o fato ao Ministério Público estadual, que culminou em Ação Civil Pública para a solução do conflito.

O então prefeito se defendeu alegando que não havia razão para retirada do totem do local, ratificou que respeitava o mandamento constitucional que prevê a liberdade de crenças e que a referida obra não representa uma ofensa ou infração legal (G1 SOROCABA E JUNDIAÍ, 2013).

A Ação Civil Pública proposta em 2013 pelo Ministério Público Estadual de São Paulo, tombada sob o número 3008630-80.2013.8.26.0602 (SÃO PAULO. TJSP, 2013), a sentença julgou procedente o pleito no primeiro grau, tendo sido reformada em segunda instância pela 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo trânsito em julgado ocorreu em 08 de fevereiro de 2017 (SÃO PAULO. TJSP, 2013). No acórdão, prevaleceu o julgamento do voto do desembargador relator, destaque-se trecho em que expõe os fundamentos de seu voto:

O Brasil foi colonizado e formado dentro dos parâmetros da civilização cristã. Este é um fato indelével a que não se pode fugir, tornando a questão muito mais cultural do que religiosa. A prevalecer a tese sustentada pelo autor, pergunta-se como seria feita esta depuração religiosa cultural? Quantos milhares de ações civis públicas terão que ser propostas para afastar essa tradição cristã? Sem perder de vista o fato de o Brasil ter tido o catolicismo como religião oficial por mais de 300 anos. (CONSULTOR JURÍDICO, p. 01, 2016)

Os fundamentos expostos pelo julgador em segunda instância, alicerçam o ato administrativo da construção da obra pública sob a égide da visão histórico-religiosa brasileira. Mister ressaltar que o núcleo da construção de um Estado Laico é a neutralidade religiosa e não a confirmação de sobreposição de um credo hegemônico – por diversas razões da formação histórico-cultural do país-, em detrimento das crenças com número minoritário de adeptos. Delinear que há uma “tradição” no âmbito da Administração Pública é ratificar um posicionamento desigual, discriminatório e parcial, que colide com a concepção constitucional de pluralidade, impessoalidade na condução do trato público e laicidade estatal.

4.5 Análise do quinto e último cenário: Lei estadual que obriga permanência de bíblias sagradas em bibliotecas públicas e privadas

No recurso extraordinário com agravo que tramitou no Supremo Tribunal Federal (ARE nº 1014615/RJ) (BRASIL, 2016), julgado em 10 de março de 2017, pelo Ministro Celso de Melo, constata-se jurisprudência que se aproxima das premissas aqui expostas neste estudo.

O referido conflito chegou no âmbito da Suprema Corte, em virtude do questionamento da constitucionalidade da Lei Estadual nº 5.998 (RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa, 2011). A espécie normativa continha dispositivo que obrigava a manutenção de exemplares da bíblia sagrada não só nas bibliotecas públicas lá situadas que fossem do âmbito estadual, municipal e federal, como também em bibliotecas privadas.

A decisão em si, ao apreciar o agravo, negou provimento ao recurso extraordinário, por achar-se em confronto com o entendimento firmado pela Suprema Corte. No ensejo, foi reconhecida que a norma em análise estava eivada de vícios materiais e formais. Entre os fundamentos merecem destaque alguns trechos:

A laicidade do Estado, enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe a separação entre Igreja e Estado, não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente no direito de professar ou de não professar qualquer confissão religiosa), como assegura absoluta igualdade dos cidadãos em matéria de crença, garantindo, ainda, às pessoas, plena liberdade de consciência e de culto.

O conteúdo material da liberdade religiosa compreende, na abrangência de seu significado, a liberdade de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa, **que representam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria configuração da ideia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao pluralismo.**

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, **de uma fé religiosa revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal, proibido, ainda, ao Estado, o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos, ou em razões de ordem confessional, ou, ainda, em artigos de fé,** sendo irrelevante – em face da exigência constitucional de laicidade do Estado – que se trate de dogmas consagrados por determinada religião considerada hegemônica no meio social, sob pena de concepções de certa denominação religiosa transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor das decisões estatais e da formulação e execução de políticas governamentais. (BRASIL. STF, p. 01, 2017)

Percebe-se pelo trecho destacado do comando judicial, que a visão adequada

de laicidade estatal tem por norte a pluralidade e, principalmente, assegurar a igualdade entre as pessoas no sentido religioso. Laicidade não se resume a permitir que as pessoas exponham seu credo ou se abstenham de ter um, vai além, exige uma postura de neutralidade estatal que se perfaz na própria ideia de democracia. Estado laico, portanto, é Estado democrático, como resultado corolário do princípio republicano.

Ademais, a decisão judicial esclarece que uma vez efetuada a separação institucional entre Estado e Igreja, a interferência estatal não se torna legítima, eis que ter um credo ou não, passou a ser questão de ordem privada. Tal posicionamento comporta a proibição de qualquer forma de intervenção estatal, seja para apoiar, seja para coibir. Fundamento este que não tem se verificado nas hipóteses analisadas neste estudo.

Acima de tudo, ressalte-se, que ao se tratar de secularidade é irrelevante se o ato administrativo do gestor público de intervenção religiosa foi voltado para uma religião majoritária ou minoritária. O fato da interferência estatal religiosa ter por alvo a impulsão de um credo hegemônico é indiferente. Isto porque, ao agir desta maneira, corre o risco de que os dogmas ali elencados possam se tornar critério definidor de decisões estatais e políticas públicas. O véu da aceitação social ou da quantidade de adeptos, não pode servir de motivação para uma atuação confessional do Estado, visto que demonstrou parcialidade religiosa. De certa forma, a justificativa da religião ser hegemônica tem sido recorrente, razão para solidificar a atuação dos gestores públicos e, até mesmo, consubstanciar decisões judiciais em litígios desta temática, quando o Poder Judiciário é provocado.

Em ato contínuo, prossegue o julgamento trazendo os seguintes delineamentos acerca do assunto:

O fato irrecusável é que, nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, **e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas.** [...]

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de se manter em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das ideias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interdita-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades **estatais.**[...] (BRASIL. STF, 2017)

É neste mister que se deságua a correlação do princípio da laicidade estatal com o princípio da impessoalidade. Aqui, ao referir-se especificamente às autoridades está o julgador a apontar o perfil que o administrador público necessita ter para o bom desempenho de suas atribuições estatais, cujo escopo visa atender a finalidade do interesse público

como primazia. O Estado não pode ter interesses confessionais.

A posição de neutralidade é primordial no trato com a coisa pública, indiferente às ideias religiosas, exatamente para coibir que grupos fundamentalistas ao se apropriarem da máquina estatal, o façam com intuito de impor aos demais cidadãos dogmas religiosos efetivados em atos administrativos parciais com forte conotação religiosa.

5 | CONCLUSÃO

Cabe à Administração Pública a concretização de suas funções para o bem estar da sociedade como um todo. É cediço que sua atuação é pautada por uma gama de normas jurídicas que apontam, disciplinam e coíbem os excessos que eventualmente possam ocorrer no trato da máquina pública. Neste mister, o princípio da impessoalidade desponta como espécie normativa que evoca o exercício das atribuições de maneira plural, destituída de interesses pessoais, norteadada pela máxima do interesse público.

Desde o surgimento deste princípio da Constituição Federal de 1988, não há na doutrina questionamentos acerca da obrigatoriedade em gerir no âmbito público em conformidade com a impessoalidade. Esse comando é de tal relevância que se espria em várias nuances do legítimo desempenho da atividade administrativa. Contudo, pouco se tratou sobre a pertinência do princípio da impessoalidade ao definir projetos administrativos que possuíssem conotação religiosa. Talvez por conta de um senso comum a respeito da secularização estatal, talvez por nunca ser questionado que determinado grupo majoritário pertencesse a uma religião hegemônica e direcionasse sua atuação para perpetuar-se no poder. O que importa estabelecer - e principalmente reconhecer-, é que à frente da Administração Pública torna-se indispensável a observância do princípio da impessoalidade no contexto religioso para fins de melhor alcançar o interesse público.

Note-se que foram veiculadas algumas notícias pela mídia de supostas situações de desrespeito ao princípio da impessoalidade, que precisam ser averiguadas, visto indicam que privilegiam, por intermédio do Estado, um certo grupo religioso em detrimento de outro. Este é o primeiro passo para se alcançar a efetivação da laicidade estatal no setor público.

O presente estudo longe está de dirimir todas as questões que circundam a temática. Em verdade, o objetivo principal tem mais feição de lançar algumas premissas que informam o possível descumprimento da impessoalidade religiosa, do que propriamente fornecer todas as respostas para os questionamentos emergentes.

Acima de tudo, ao sistematizar os institutos do princípio da impessoalidade e do Estado laico, correlacionando-o com os casos noticiados e a jurisprudência exposta, pode-se vislumbrar o quanto se precisa avançar para que a impessoalidade religiosa se estabeleça definitivamente.

A religião, por ser ínsito ao ser humano, muitas vezes define a condução das atitudes do indivíduo. É ela que ameniza os dissabores e resgata a esperança, é, assim,

tão perene ao cotidiano das pessoas. Talvez por esta razão possa representar um óbice ao administrador público despir-se de suas convicções religiosas na condução da máquina estatal, o que requer do ordenamento e das instituições democráticas a estrita vigilância nesta seara.

Observou-se que tanto a impessoalidade, como a laicidade estatal, são corolários do princípio republicano, o que evidencia ainda mais a concepção da forma de governo para todos os cidadãos, em que se sobrepõe a *res pública*.

Neste compasso, com efeito, é fiscalizando a aplicação da impessoalidade religiosa e coibindo sua inobservância que, finalmente, será concretizada a *ratio* republicana, ideário de um Brasil laico, plural e, acima de tudo, religiosamente democrático.

REFERÊNCIAS

ALENCASTRO, Catarina. **Visita do Papa Francisco ao Brasil custará R\$ 118 milhões**. O Globo, Rio de Janeiro, 11 mai. 2013. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/visita-do-papa-francisco-ao-brasil-custara-118-milhoes-8360873>>. Acesso em 02.05.2020.

AMORIM, Diego. **Pela primeira vez em 13 anos, Prefeitura do Rio corta apoio financeiro à procissão de Iemanjá**. Extra, Rio de Janeiro, 29 nov. 2017. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/rio/pela-primeira-vez-em-13-anos-prefeitura-do-rio-corta-apoio-financeiro-procissao-de-iemanja-22126728.html>>. Acesso em 02.05.2020.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do Império do Brasil**: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 02.05.2020.

_____. [Constituição (1891)]. **Constituição da República do Estados unidos do Brasil**: promulgada em 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em 02.05.2020.

_____. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02.05.2020.

_____. **Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em 02.05.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439/DF**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em 02.05.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1014615/RJ**. Rel. Min. Celso de Melo, 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em 02.05.2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1249095/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2019. Disponível em: <www.stf.jus.br/>. Acesso em 02.05.2020.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **O Princípio da Impessoalidade nas Licitações**. Maceió: Edufal, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSULTOR JURÍDICO. **Placa “Sorocaba é do Senhor Jesus Cristo” não viola laicidade**. Conjur, 26 jun. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jun-26/placa-sorocaba-senhor-jesus-cristo-nao-viola-laicidade>>. Acesso em 02.05.2020

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GIUDICE, Federico Del. **Compendio di Diritto Costituzionale**. 22ª ed., Napoli: Editoriale Simone, 2018.

G1 RIO. **MP investiga exoneração em massa na prefeitura do Rio para contratação de pessoas ligadas à Igreja Universal**. G1, Rio de Janeiro, 12 jul. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/mp-investiga-exoneracao-em-massa-na-prefeitura-do-rio-para-contratacao-e-pessoas-ligadas-a-igreja.ghtml>>. Acesso em 02.05.2020.

G1 SOROCABA E JUNDIAÍ. **MP quer a retirada de totem religioso da entrada de Sorocaba, SP**. G1, Sorocaba, 22 jun. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2013/06/mp-quer-retirada-imediata-de-totem-religioso-da-entrada-de-sorocaba-sp.html>>. Acesso em 02.05.2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRAGEM, Bruno. **A nova Administração Pública e o Direito Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Adriano. **Ciência Política**. Coimbra: Almedina, 2003.

MOURA, Magno Alexandre André F. **Princípios Políticos Constitucionais Estruturantes da Liberdade Religiosa no Estado Brasileiro**. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Política. PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (orgs.). Belo Horizonte: Fórum, 2017. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1455>>. Acesso em: 01.11. 2019.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. **Notas sobre o princípio da impessoalidade e sua aplicação no direito brasileiro**. In: Princípios de Direito Administrativo. MARRARA, Thiago (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

RIO DE JANEIRO. **Lei Estadual nº 5.998, de 04 de julho de 2011**. Torna obrigatório que as bibliotecas situadas no estado do Rio de Janeiro mantenham exemplares da bíblia sagrada, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=159468>>. Acesso em 02.05.2020.

RJTV. Prefeitura do Rio faz censo religioso na guarda Municipal. **G1**, Rio de Janeiro, 09 ago. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/prefeitura-do-rio-faz-censo-religioso-na-guarda-municipal.ghtml>>. Acesso em 02.05.2020.

ROSA, Renata Porto de Adri. **Princípio da Impessoalidade**. In: Princípios Informadores do Direito Administrativo. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (org.). São Paulo: Editora NDJ, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução Leonardo Manuel Pereira Brum. Mira-Sintra: Europa-América, 2003.

SÃO PAULO. TJSP. **Ação Civil Pública nº 3008630-80.2013.8.26.0602**. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 02.05.2020.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2010.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Tomemos a sério o princípio do Estado laico**. Jus.com.br, jul. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico>>. Acesso em 02.05.2020.

CAPÍTULO 17

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO CASO ANVISA

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 29/03/2021

Guilherme Saraiva Grava

Mestre em Direito e Desenvolvimento da FGV
Direito SP. Advogado e Professor do Centro
Universitário Paulistano (UniPaulistana)
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/6032064267919889>
<https://orcid.org/0000-0002-8381-4952>

Ana Beatriz Guimarães Passos

Doutoranda e Mestre em Direito e
Desenvolvimento da FGV Direito SP.
Pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre o
Crime e a Pena da FGV Direito SP. Bolsista do
Programa Mario Henrique Simonsen
São Paulo – SP
<http://lattes.cnpq.br/1536690328780417>
<https://orcid.org/0000-0002-2594-9330>

Artigo original publicado nos Anais do II Encontro
Virtual do Conpedi, 2020 – ISBN: 978-65-5648-155-5

RESUMO: A deslegalização é um instituto que, embora bastante presente na atualidade, permanece controverso. Em linhas gerais, envolve a delegação, pelo Legislativo, de poderes normativos a entes cujo conhecimento técnico se mostra essencial na regulação de temas que exigem maior especialização e eficiência. Os conflitos decorrentes desse fenômeno chegaram ao STF em diversas ações. Este trabalho volta-

se à ADI n. 4874/DF com o objetivo de verificar a posição da Corte quanto a uma resolução da Anvisa, examinando a legislação envolvida, os argumentos apresentados, e as reflexões que podem ser depreendidas do caso.

PALAVRAS-CHAVE: Deslegalização; Poder normativo; Agências reguladoras; Anvisa; Supremo Tribunal Federal.

THE BRAZILIAN SUPREME COURT AND THE NORMATIVE FUNCTION OF REGULATORY AGENCIES IN THE ANVISA CASE

ABSTRACT: Delegalization is a phenomenon that remains controversial, despite its widespread use. In broad terms, it involves the delegation, by the Legislative Branch, of normative powers to entities such as regulatory agencies, whose technical knowledge is essential in regulating issues that require specialization and efficiency. The conflicts that emerge from this scenario were discussed by the Brazilian Supreme Court in several proceedings. This article addresses ADI n. 4874/DF in order to analyze the Court's decision regarding a resolution by the Health Regulatory Agency (Anvisa), examining the legislation applied, the arguments used by the Justices and the lessons learned from the case.

KEYWORDS: Delegalization; Normative function; Regulatory agencies; Health Regulatory Agency (Anvisa); Brazilian Supreme Court.

1 | INTRODUÇÃO

No julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) n. 4874/DF, em novembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu, em síntese, as competências e as prerrogativas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para a edição de atos normativos, gerais e abstratos, tendentes a criar restrições à fabricação, importação e comercialização de produtos derivados do tabaco que contêm, em sua composição, alguns aditivos que aumentam a sua atratividade ou capacidade de causar dependência química.

Esta questão, sob a ótica jurídica, envolve um debate fundamental para o direito público, em sentido amplo, e para o direito administrativo, em particular: a deslegalização. Trata-se de fenômeno que decorre da necessidade, cada vez mais presente, de o Estado adotar medidas eficientes e bem orientadas, do ponto de vista científico, ao intervir em diferentes setores. É um tema que compreende, de um lado, a imprescindível observância da legalidade pelos representantes da Administração Pública, característica do regime que informa a sua ação, mas também reconhece, de outro, a crescente especialização das funções reguladora e fiscalizadora estatais e a insuficiência do Poder Legislativo na proposição de soluções adequadas, técnicas e céleres frente às constantes mudanças que se verificam na contemporaneidade. Por fim, também engloba os limites da atuação do Judiciário como instância de controle, assunto que tipicamente se coloca diante do conflito entre legalidade, discricionariedade e separação de Poderes, tornando-se ainda mais polêmico nestes casos, já que os juízos de razoabilidade e proporcionalidade balizadores da intervenção judicial revelam-se complexos dada a sofisticação dos instrumentos regulatórios.

Compreendendo a importância deste debate, este artigo tem início com a apresentação dos elementos teóricos que integram as questões de fundo no julgamento da ADI n. 4874/DF. Na sequência, dedica-se a revisar a decisão tomada pelo STF no caso, considerando os diferentes argumentos utilizados pelos Ministros em suas fundamentações. Por fim, encerra ao trazer reflexões sobre o resultado alcançado pela Corte e sobre os tópicos que, futuramente, podem se mostrar relevantes tanto à literatura quanto à jurisprudência.

21 A DESLEGALIZAÇÃO E O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

2.1 Deslegalização e suas características gerais

Ocorre a deslegalização nos casos em que a normatização, aplicável a determinado setor, “sai do domínio da lei (*domaine de la loi*), para o domínio de ato regulamentar (*domaine de l'ordonnance*)” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 62). Nesse sentido, a prática de “deslegalizar” pode ser compreendida, na definição de Moreira Neto (2014, p. 92), como uma modalidade anômala de transferência de competências normativas, sem delegação, sob os limites e controles gerais (*standards*) fixados em lei, que se opera entre o Legislativo e um ente descentralizado, público ou privado, com elevada *expertise* na sua área.

O procedimento realiza-se da seguinte forma. Inicialmente, o Parlamento edita uma lei geral (lei-quadro), responsável por atribuir aos atos regulamentares do ente descentralizado (como uma agência reguladora, por exemplo) o poder de definir situações jurídicas que envolvem conhecimentos específicos - tanto na área econômica, quanto na área social, como é o caso da saúde. Referida lei, em sentido formal, segue o processo legislativo comum e estabelece as diretrizes que deverão ser seguidas, oportunamente, na edição e aplicação das normas regulamentadoras (sendo vedada a autorização genérica, que não fixa parâmetro algum). O ente regulador, então, partindo desse *standard* definido na lei-quadro de regência, tem a capacidade de criar normas gerais e abstratas que serão aplicadas ao setor de sua atuação. Assim, a regulação torna-se mais célere e eficiente, atendendo às especificações da área técnica do Executivo, sem deixar de observar as opções políticas do Legislativo.

Mesmo no plano teórico, a tese da deslegalização encontra divergência. Autores como Di Pietro (2017, p. 506) apresentam uma visão mais crítica do instituto, entendendo, ao comentar a respeito das agências reguladoras, que estes entes não podem exercer “função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contrariaria o princípio da separação de poderes” e o princípio da legalidade, direito fundamental “segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No mesmo sentido, também a respeito das agências, Bandeira de Mello (2011, p. 172 e 173) sustenta que “as determinações normativas advindas de tais entidades não se cifram a aspectos estritamente técnicos, que estes, sim, podem, na forma da lei, provider de providências subalternas”, concluindo que “jamais poderão contrair o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido [...] assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema”.

Em contraste, porém, há aqueles que, como Moreira Neto (2014), apresentam uma visão mais favorável à deslegalização. Este modelo seria mais sofisticado do que as técnicas tradicionais porque, em vez de depender de conceitos jurídicos indeterminados e espaços de discricionariedade na definição do escopo conferido às escolhas administrativas, esse sistema, por ser amplo e flexível, ofereceria aos gestores públicos os poderes não apenas de “realizar as escolhas pontuais”, mas de desempenhar “uma vasta gama de decisões – normativas, executivas e parajudiciais” a fim de atender “a missão legislativa que se enquadra no respectivo marco regulatório” (MOREIRA NETO, 2014, p. 367). Além disso, a atuação de órgãos técnicos teria a vantagem não só de reduzir o “conteúdo político supérfluo em decisões administrativas” (o que o autor denomina “despolíticação”), mas também de eliminar a excessiva “burocracia e partidarização”, aliviando “a máquina administrativa estatal de encargos secundários, mas sempre onerosos” (MOREIRA NETO, 2014, p. 701 e 702).

A despeito das divergências na literatura, a jurisprudência do STF caminha, de um modo geral, no sentido de reconhecer a constitucionalidade da deslegalização e do

poder normativo conferido às agências reguladoras, havendo diversos precedentes nesse sentido: ADI 1668/DF-MC; RMS 28487/DF; ADI 4949/RJ; ADI 4954/AC; ADI 4951/PI; e ADI 4.093/SP, entre outros (STF, 2018, p. 2 e 3). Ainda que não seja fácil apresentar uma visão objetiva das posições dos Ministros em relação à matéria, é possível dizer, *grosso modo*, que, para a Corte, os atos regulatórios podem criar obrigações para os sujeitos que operam no campo setorial regulado. Tais atos seguem, contudo, restritos pela legalidade, podendo criar “regras novas”, mas não “direito novo” (STF, 2018, p. 48). Ademais, não podem alcançar “matérias sujeitas, por decisão constitucional, à reserva de lei”, devendo ser acompanhados de “parâmetros mínimos e claros” que permitam seu controle (STF, 2018, p. 143) - não só da sociedade, mas também do Poder Judiciário.

A grande dificuldade surge no momento de se verificar, na prática, o que esses conceitos efetivamente significam. Em outras palavras: de que modo uma agência reguladora pode, no exercício de um poder normativo que lhe foi concedido por lei, criar obrigações sem que se caracterize direito novo? Ou, ainda, de acordo com quais limites é possível dizer que um regulamento legitimamente normatizou determinada atividade e a partir de que momento seria verificada uma restrição que só poderia ser feita por lei?

Foi essa a discussão de fundo constatada na ADI n. 4874/DF. De um lado, a Resolução da Diretoria Colegiada da Anvisa (RDC) n. 14/2012 criou novas obrigações aos setores produtivos que atuam nas áreas ligadas à venda de produtos derivados do tabaco, uma vez que restringiu a fabricação, importação e comercialização dos produtos que contêm alguns aditivos em sua composição, conforme os termos que referida norma definiu:

Art. 6º Ficam proibidas a importação e a comercialização no país de produto fumígeno derivado do tabaco que contenha qualquer um dos seguintes aditivos:

I – substâncias [...] com propriedades flavorizantes ou aromatizantes [...];

II – coadjuvantes de tecnologia [...] para aromatizantes e flavorizantes;

III – aditivos com propriedades nutricionais [...];

IV – aditivos associados com alegadas propriedades estimulantes ou revigorantes [...];

V – pigmentos (ou corantes);

VI – frutas, vegetais [...];

VII – adoçantes, edulcorantes, mel, melado ou qualquer outra substância que possa conferir aroma ou sabor doce, diferente de açúcares;

VIII – temperos, ervas e especiarias ou qualquer substância que possa conferir aroma ou sabor de temperos, ervas e especiarias;

IX – ameliorantes; e

X – amônia e todos os seus compostos e derivados.

Art. 7º Fica permitida a utilização dos seguintes aditivos em produtos

fumígenos

derivados do tabaco:

I – açúcares, exclusivamente para recomposição do teor de açúcar presente originalmente na folha de tabaco antes do processo de secagem;

II – adesivos;

III – agentes aglutinantes;

IV – agentes de combustão;

V – coadjuvantes de tecnologia [...] que não sejam para aromatizantes e flavorizantes;

VI – pigmentos (ou corantes) utilizados no branqueamento do papel ou do filtro, para imitar o padrão de cortiça no envoltório da ponteira e aqueles utilizados para impressão de logotipos ou marcas;

VII – glicerol e propilenoglicol; e

VIII – sorbato de potássio. (BRASIL, 2012).

Por outro lado, a atuação da Anvisa neste caso somente se torna possível diante dos parâmetros e das diretrizes fixadas pela Lei n. 9.782/1999, a qual estabeleceu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, formalizando a criação da agência, e estabelecendo seu escopo de ação - que delimita, entre outros, o poder para editar normas e a competência para exercer atos administrativos de polícia:

Art. 2º Compete à União no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária: [...]

II - definir o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;

III - normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços [...];

IV - exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, [...];

V - acompanhar e coordenar as ações estaduais, distrital e municipais [...];

VI - prestar cooperação técnica e financeira [...];

VII - atuar em circunstâncias especiais de risco à saúde; [...]

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: [...]

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária; [...]

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

[...]. (BRASIL, 1999).

Afirmar que a regulação foi legítima ou ilegítima envolve discutir não apenas a constitucionalidade das disposições da Lei n. 9.782/1999 na qualidade de uma lei-quadro, mas também a validade das restrições criadas pela RDC diante deste marco regulatório

- quer dizer, se o ato é ou não compatível com a disposição da lei que disciplinou a sua edição. Embora as respostas a estes questionamentos sejam relevantes do ponto de vista prático, já que determinam se a Anvisa poderia ou não ter restringido a venda de produtos fumígenos contendo referidos aditivos, o que se observa é que se trata de debate que possui implicações mais profundas, afetando o modo como funciona o sistema regulatório nacional. Ainda que a deslegalização não seja um fenômeno restrito, em teoria, à atuação das agências reguladoras, sua implementação e disseminação encontram-se fortemente relacionadas, no Brasil, ao surgimento dessas entidades. Assim, antes de discutir as particularidades do presente caso, faz-se necessário apresentar uma breve revisão das origens e traços característicos das agências reguladoras, de modo que se torne possível retratar o contexto da ADI n. 4874/DF, e, também, refletir acerca de suas implicações.

2.2 Agências reguladoras no Brasil e o papel da Anvisa no setor sanitário

Muitas vezes considerado o movimento que introduziu a “Administração Gerencial” no País, o período que ficou conhecido como “Reforma do Estado”, na década de 1990, trouxe intensas “modificações nas relações Estado-agentes públicos, Estado-agentes econômicos e Estado-terceiro setor” (ALEXANDRINO E PAULO, 2017, p. 59). Uma dessas mudanças foi a criação das agências reguladoras, antes da Administração Pública formal dotadas de conhecimento técnico e preservadas de ingerências políticas, detentoras de competências atreladas a “um setor específico da atividade econômica” ou a “determinado serviço público”, as quais exercem de forma imparcial “perante as partes interessadas (Estado, setores regulados e sociedade)” (IDEM, 2017, p. 245).

A expressão “agência reguladora” remonta a um modelo jurídico de regulação importado dos Estados Unidos que tem se propagado com especial intensidade na Europa e na América Latina (MENDES, 2000, p. 108). São exemplos notórios, no Brasil, a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Anvisa. Segundo Sundfeld (2000, p. 18):

A existência de agências reguladoras resulta da necessidade de o Estado influir na organização das relações econômicas de modo muito constante e profundo, com o emprego de instrumentos de autoridade, e do desejo de conferir, às autoridades incumbidas dessa intervenção, boa dose de autonomia frente à estrutura tradicional do poder político.

Apesar da sua relevância e da diversidade de organizações identificadas como agências reguladoras, não existe em nosso sistema um marco regulatório único que as discipline de maneira uniforme. Mesmo assim, muito embora estas instituições não disponham de um modelo comum e de competências comparáveis em razão das variadas áreas de atuação, guardam entre si algumas semelhanças que podem ser destacadas.

Além de terem como missão a organização de setores básicos da infraestrutura econômica e social, as agências reguladoras “são entidades com tarefas tipicamente do

Estado: editam normas, fiscalizam, aplicam sanções, resolvem disputas entre as empresas e decidem sobre reclamações dos consumidores” (Sundfeld, 2000, p. 19). Por esse motivo, assumem, em geral, a forma de autarquias, sendo disciplinadas, em cada caso, por um regime especial estabelecido em sua lei de regência, o que confere a elas maior autonomia perante o Estado, os setores regulados e a própria sociedade. Traços típicos desse “regime especial”, conforme explica Di Pietro (2017, p. 503 e 504), envolvem atributos como a “estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo [...] afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*” ou o “caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração” - o que, em tese, implica uma restrição ao uso de recursos hierárquicos no seu formato mais comum.

Para os objetivos do presente trabalho pode-se dizer que, além de sua autonomia e especialização, a característica mais importante das agências reguladoras refere-se à distinção entre as suas atividades de “regulação”, de um lado, com as atribuições de “regulamentação” que tradicionalmente são exercidas pelo Chefe do Poder Executivo, de outro. Como ressalta Moreira Neto (2014, p. 246), enquanto a regulação compreende tarefas normativas, executivas e judicantes que foram infraconstitucionalmente deslegalizadas, a regulamentação é mais restrita porque “apresenta conteúdo exclusivamente normativo e, formalmente, é privativa do Chefe do Poder Executivo”, sendo exercida no âmbito de seu poder normativo e objetivando, única e exclusivamente, estabelecer regras por meio de decretos (atos normativos secundários, que não inovam na ordem jurídica) com o intuito de viabilizar a execução de leis (atos normativos primários, que inovam na ordem jurídica).

Também neste caso, assim como ocorre com a deslegalização de um modo geral, este papel exercido pelas agências reguladoras não representa, até hoje, ponto pacífico na doutrina. De forma similar ao que se discutiu anteriormente, alguns autores, como Bandeira de Mello (2011), se colocam contrários à adoção desse modelo regulatório, reunindo argumentos acerca de sua inconstitucionalidade ou de sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro. Outros, porém, entendem que ele se mostra adequado às recentes transformações pelas quais têm passado o Estado e o Direito Administrativo - como Marques Neto (2000) e Sundfeld (2000), embora, para este, subsista um *déficit* na regulação nacional, a despeito das suas virtudes.

Dentre as diversas agências reguladoras do País, a Anvisa é uma das mais notórias e relevantes, dada a sua finalidade institucional de proteger a saúde da população por meio de medidas de controle da produção e do consumo. Levando em conta que a regulação sistêmica desse setor é relativamente recente no Brasil - com os primeiros esforços efetivos remontando à década de 1970¹ - o surgimento da Agência no ano de 1999 representou

¹ De acordo com Aith, *et al.* (2014), as primeiras iniciativas em relação ao tema remontam a 1808, ano em que, devido à chegada da família Real portuguesa, fez-se necessário a adoção de uma série de medidas, sobretudo aquelas relacionadas à abertura e ao saneamento dos portos e à preocupação com doenças como malária, varíola e febre amarela. Desde esse período, a regulamentação sobre o assunto estruturou-se de modo esparso, a exemplo das normas responsáveis por organizar as inovações em saúde pública implementadas pelo Presidente Rodrigues Alves em conjunto com Oswaldo Cruz, entre os anos de 1902 e 1906. No entanto, o marco regulatório mais relevante veio somente em

importante fortalecimento da vigilância sanitária em um processo intimamente relacionado à promulgação da Constituição Federal de 1988 e à universalização de medidas de proteção à saúde. Como se sabe, a Constituição criou o Sistema Único de Saúde (SUS), com as competências para executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador (art. 200, II). Materializando as disposições constitucionais, a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990) dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, além de definir os conceitos de “vigilância sanitária” (art. 6º, §1º) e de “vigilância epidemiológica” (art. 6º, §2º). É nesse contexto que a Anvisa emerge - a despeito de integrar o SUS, absorvendo seus princípios e diretrizes, permanece como autarquia independente da Administração Direta.

Com o desenho que lhe foi conferido pela Lei n. 9.782/1999 (regulamentada pelo Decreto n. 3.029/1999), que estabeleceu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, a Anvisa estrutura-se como uma autarquia em regime especial, vinculada, por meio de um contrato de gestão, ao Ministério da Saúde. Incorporando as funções antes exercidas pela Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, sua finalidade institucional é a de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras (art. 6º da Lei). Seu órgão de cúpula é a Diretoria Colegiada, responsável pela edição de atos normativos (art. 5º do Decreto). A RDC n. 14/2012, que foi objeto de discussão na ADI n. 4874/DF, é, justamente, uma norma expedida deste órgão.

Diante dessas considerações gerais a respeito do tema da deslegalização, da sua relação com o sistema regulatório exercido através das agências reguladoras e do papel desempenhado pela Anvisa no setor sanitário, a seção seguinte passa às discussões pontuais a respeito de referida ação constitucional e das questões tratadas pelos Ministros em seus votos.

3 | ADI N. 4874/DF: A DESLEGALIZAÇÃO LEVADA A JULGAMENTO NO CASO ANVISA

A ADI n. 4874/DF, de relatoria da Min. Rosa Weber, foi ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), com pedido de medida cautelar, em novembro de 2012. No feito, a autora pretendia a interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, do art. 7º, III e XV, da Lei n. 9.782/1999, requerendo ao STF a adoção do seguinte entendimento:

1970, com a Lei n. 5.991/1973, a qual foi responsável por estabelecer um controle para o comércio de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos em todo o território nacional. Três anos depois, a Lei n. 6.360/1976 ampliou esta regulação ao incluir, entre outras, disposições sobre a fiscalização de cosméticos e produtos de higiene, além de estabelecer a divisão de tarefas entre os entes federativos em um esforço de ação articulada entre as distintas esferas de governo.

A Anvisa só poderá banir produto ou insumo no exercício de suas competências estritamente executivas de polícia, de natureza cautelar e excepcional, o que implica dizer deva o ato da Agência: (i) ser direcionado a sujeitos e situações determinadas, (ii) em situações concretas, (iii) mediante prévia justificação técnica que comprove (iv) um risco à saúde que seja extraordinário, excepcional e urgente. (STF, 2018, p.13).

Na sequência, pleiteava, ainda, a inconstitucionalidade, por arrastamento, da RDC n. 14/2012 da Anvisa que “proibiu o uso de aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, especialmente dos seus arts. 3º, 6º, 7º e 9º” ao vedar a importação ou a comercialização de produtos que contêm os aditivos especificados pela norma, a qual define a expressão *aditivo* como “qualquer substância ou composto, que não seja tabaco ou água, utilizado no processamento das folhas de tabaco e do tabaco reconstituído [...] incluindo açúcares, adoçantes, edulcorantes, aromatizantes, flavorizantes e melhorantes” (STF, 2018, p. 9 e 13). Tal pretensão também foi requerida sob a forma de um pedido sucessivo já que a autora entendia que referida norma se revestia das características de ato normativo primário, fato que a sujeitaria, de forma independente, ao processo de controle via ADI.

Seguindo o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999, manifestaram-se, no caso, a Presidência da República, o Senado Federal e a Advocacia-Geral da União, todos pela improcedência dos pedidos. Igualmente, sustentou a Procuradoria-Geral da República que “a Anvisa não só possui competência normativa para elaborar normas em caráter geral e abstrato, mas também tem o dever de atuar nesse sentido, de modo a concretizar as finalidades para as quais foi criada e garantir a promoção da proteção da saúde” (STF, 2018, p. 15). Considerando a ampla dimensão do processo, diversas entidades ingressaram na qualidade de *amici curiae*: o Sindicato Interestadual da Indústria do Tabaco (Sinditabaco), o Sindicato da Indústria do Tabaco no Estado da Bahia (Sinditabaco/BA), a Associação Mundial Antitabagismo e Antialcoolismo (Amata), a Aliança de Controle do Tabagismo (ACT), a Federação Nacional dos Trabalhadores da Indústria do Fumo e Afins (Fentifumo), e a Associação Brasileira da Indústria do Fumo (Abifumo). Em setembro de 2013 foi concedida a cautelar pleiteada na inicial, de modo a suspender a eficácia dos arts. 6º, 7º e 9º da RDC n. 14/2012. Quatro anos depois, em novembro de 2017, teve início o julgamento que, após as sustentações e a leitura do relatório, foi suspenso, sendo concluído em fevereiro de 2018.

Em suas manifestações, nenhum dos ministros discorda quanto aos malefícios causados pelo tabaco à saúde, fato que justifica o interesse da Anvisa na questão. Os votos que se aprofundam no assunto, inclusive, mencionam os aspectos positivos da legislação nacional e das políticas públicas adotadas no País, que seguem as diretrizes e recomendações técnicas de entidades como a Organização Mundial da Saúde (OMS). Ressaltam, também, o fato de o Brasil ser referência global nesse setor, tendo ratificado convenções internacionais relativas à matéria - como a Convenção-Quadro sobre Controle

do Uso do Tabaco, promulgada pelo Decreto n. 5.658/2006 (STF, 2018, p. 34 e 35). As divergências surgem, porém, a partir das indagações sobre a extensão das medidas restritivas ao consumo desses produtos, isto é: o Estado deveria ter um papel voltado a orientar e educar os consumidores, desincentivando o uso de tais artigos (inclusive com a adoção de políticas tributárias mais intensas, como ocorre na imposição do IPI), ou as ações da Anvisa foram necessárias?

Nesse sentido, os Ministros discutem, em seus votos, três pontos centrais a respeito das implicações jurídicas do caso: (1) o próprio poder normativo das agências reguladoras e a constitucionalidade da deslegalização no sistema jurídico nacional; (2) a constitucionalidade da Lei n. 9.782/1999, na qualidade de lei-quadro em conferir poderes normativos à Anvisa - questão que corresponde ao pedido principal da ADI; e (3) o fato de a RDC 14/2012 ter agido (ou não) nos limites autorizados pela lei de regência.

Em relação ao primeiro, o Min. Gilmar Mendes foi bastante enfático e crítico em seu voto. De início, afirma que “se formos olhar as leis, de uma maneira geral, vamos verificar que em muitos casos já existe mais do que um regulamento autorizado para essas agências, um regulamento delegado”, situação que “pode gerar - e gera - um problema de âmbito constitucional”. Por isso, conclui que o STF possui “um encontro marcado com esse debate, porque, com a multiplicação das agências reguladoras e com a vindicação natural expansionista do seu poder regulamentar, certamente vamos ter que discutir muitas vezes” - no que se refere tanto às leis de regência, quanto ao conteúdo dos regulamentos autorizados/delegados (STF, 2018, p. 178 e 184).

Apesar disso, o único Ministro que concluiu pela inconstitucionalidade da técnica da deslegalização e do poder normativo das agências reguladoras de um modo geral, foi o Min. Marco Aurélio:

A atuação das agências faz-se no campo executivo; é atuação em campo específico, é fiscalizadora. Não se pode conceber – e já foi evocado o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – delegação, muito menos às agências, para que normatizem! E esse artigo versa – e não se estabeleça distinção entre normatizar e impor norma legal propriamente dita – que não pode haver delegação, a quem quer que seja, de atribuição do Congresso Nacional. E cabe apenas ao Congresso Nacional, em que pese o precedente sobre o amianto, proibir algum produto no território brasileiro, por melhor que seja a intenção que impere.

Não vejo como deixar de dar interpretação consentânea com a Constituição Federal ao artigo da lei atacada nesta ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, principalmente ao inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.782/1999, no que o preceito, como está, implica delegação à Agência para estabelecer normas. A delegação foi afastada, ante os ares democráticos advindos da Carta de 1988, pelo art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (STF, 2018, p. 186 e 187).

Quanto ao segundo ponto de divergência, isto é, à constitucionalidade da delegação conferida à Anvisa pela Lei n. 9.782/1999, apenas o Min. Luiz Fux posicionou-se de forma

contrária. Afirmou, em seu voto, que a deslegalização é autorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido aceita pelo STF em mais de uma ocasião, tratando-se de fenômeno “amplamente possível” e “modernamente aconselhável”. Todavia, deve obedecer a certos requisitos para que seja legítima, (i) não envolvendo matérias sujeitas, por decisão constitucional, à reserva de lei, e (ii) acompanhando parâmetros mínimos e claros, os quais, destacadamente, limitem a atuação da agência reguladora e permitam a fiscalização dos seus atos (STF, 2018, p. 143).

Para o Ministro, o caso em exame não configurou uma deslegalização legítima. Isso porque, a interpretação conferida aos artigos impugnados permitiu que a Anvisa extrapolasse sua esfera de competência. De acordo com Fux, a atuação da Agência é restrita, “nos termos da legislação disciplinadora, ao controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços para fins de proteção da saúde pública, desde que [...] respeite o campo próprio e indelegável das escolhas políticas do Legislador”. Portanto, não lhe caberia proibir a inclusão de aditivos nos produtos derivados do tabaco “simplesmente com o intuito eventual de subtrair dos consumidores as opções que mais lhes convêm, impondo-lhes novos hábitos de consumo e limitando a livre escolha autônoma” (STF, 2018, p. 144, 145 e 150). Por esse motivo, julgou procedente o pedido da autora em relação à interpretação conforme a Constituição do art. 7º, III e XV da Lei n. 9.782/1999.

Em sentido diferente, a Min. Rosa Weber sustentou pela constitucionalidade da autorização prevista na Lei. Em seu voto, partiu da ideia de que regulação (da agência reguladora) e regulamentação (do Chefe do Poder Executivo) são institutos diversos. Logo, uma norma da Anvisa “não é inferior nem exterior à legislação. Exerce-se, isto sim, em um espaço que se revela qualitativamente diferente, pelo seu viés técnico, ainda que conformada pela ordem constitucional e legal vigentes” (STF, 2018, p. 57). Trata-se, então, de atividade que se dedica à instrumentalização, de ordem técnica, das opções políticas e jurídicas definidas pela Constituição e pela legislação aplicável.

Sendo assim, os incisos XIV, XV e XVI do art. 7º da Lei nº 9.782/1999 são nítidos ao contemplar a competência de referida Agência para interditar, proibir ou cancelar as atividades em casos de: (a) violação da legislação pertinente e (b) constatação de risco iminente à saúde. Da mesma forma, o inciso III deste artigo também não geraria ambiguidades ao conferir à Agência o poder para “estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária”, pois a própria lei evidencia que tal atribuição estaria limitada à implementação da política nacional de vigilância sanitária, de competência da União:

Anoto, por oportuno, que, segundo o compreendo, o art. 7º, III, da Lei nº 9.782/1999 em absoluto obstrui o pleno exercício da função regulatória da ANVISA, não só no tocante ao controle, no marco legal vigente, dos produtos fumígenos, derivados ou não do tabaco, como a indispensável normatização dos demais setores a ela submetidos, tais como medicamentos, alimentos, cosméticos, equipamentos médicos, agrotóxicos, resíduos etc. (STF, 2018,

O último ponto de discussão tratou-se do mais complexo, uma vez que o exame de validade da RDC n. 14/2012 da Anvisa não configura uma análise de constitucionalidade nos moldes tradicionais. Por um lado, os Ministros reconheceram que, mesmo não sendo lei em sentido formal, a norma possui força suficiente para ser considerada ato normativo primário suscetível de controle por meio da via abstrata-concentrada. Porém, como a competência da Anvisa é delimitada por uma lei-quadro (e não deriva diretamente da Constituição), as dúvidas quanto à constitucionalidade da RDC dependem de um exame de legalidade - controle, via de regra, incompatível com a ADI. Este item do julgamento foi o que apresentou mais discordâncias entre os Ministros. A posição defendida pela relatora foi a de que, sendo a medida exercida dentro dos limites de competência da Anvisa, estando devidamente instruída e fundamentada, não cabe ao Judiciário substituir a decisão técnica da agência, aplicando-se, assim, a doutrina da “deferência administrativa”, sedimentada na jurisprudência da Suprema Corte Americana:

A doutrina da deferência administrativa, conhecida como Chevron deference porque sistematizada pela Suprema Corte dos EUA no julgamento do caso Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., de 1984, orienta que, uma vez claramente definidos, na lei de regência, as políticas a serem perseguidas, os objetivos a serem implementados e os objetos específicos de tutela, ainda que ausente pronunciamento direto, preciso e não ambíguo do legislador sobre as medidas específicas a adotar, não cabe ao Judiciário, no exercício do controle jurisdicional da exegese conferida por uma Agência ao seu próprio estatuto legal, simplesmente substituí-la pela sua própria interpretação da lei. Sendo a lei ambígua com relação à questão específica, a questão a ser decidida pela Corte é se, ao acomodar interesses contrapostos, a solução a que chegou a agência foi devidamente fundamentada e se tem lastro em uma interpretação da lei razoável e compatível com a Constituição (STF, 2018, p. 86 e 87).

Os Min. Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Cármen Lúcia seguiram esta posição, e, acompanhando a relatora, julgaram improcedentes os pedidos. A divergência, quanto a este tópico, foi inaugurada pelo voto do Min. Alexandre de Moraes. Segundo o seu entendimento, a norma da Anvisa desrespeitou os limites da delegação legislativa estabelecidos para sua atuação. Isso porque:

A partir do binômio centralização política-governamental e descentralização administrativa, a delegação congressual desta matéria não fixou como standard a possibilidade de proibição total em relação à fabricação, à importação, ao armazenamento, à distribuição e à comercialização de produtos e insumos relacionados a cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, mesmo em se tratando de uma de suas espécies. [...]

Somente pela regulamentação concretizada pela ANVISA por meio da Resolução da Diretoria Colegiada 14/2012, ignorando os standards legais, houve a vedação de maneira absoluta de utilização de aditivos em todos os

produtos fumígenos derivados do tabaco comercializados no Brasil, como também a proibição, de maneira absoluta, da importação e da comercialização no país de produto fumígeno derivado do tabaco que contenha qualquer dos aditivos apontados em seu artigo 6º. Assim agindo, a ANVISA desrespeitou duplamente o princípio da legalidade e os standards fixados pelo Congresso Nacional. (STF, 2018, p. 104 e 106).

Seguindo a posição do Min. Alexandre de Moraes, o Min. Luiz Fux ressalta a questão das externalidades regulatórias e seus custos sociais, bem como o fato de a RDC n. 14/2012 da Anvisa ter implicado ofensa ao princípio da proporcionalidade:

Deveras, cumpre ter em mente que a *ratio* normativa erigida pela ANVISA é, indubitavelmente, interferir no conteúdo dos produtos comercializados, não para impedir ou prevenir riscos à saúde, mas para torná-los menos agradáveis ou atraentes aos consumidores. Apesar dos riscos à saúde associados ao tabagismo, não se discute, aqui, se, e em qual amplitude, o cigarro é fator de risco para doenças, mas, sim, que não há estudo científico que relacione as substâncias proibidas (canela, mentol e semelhantes) a qualquer risco à saúde ou indução à dependência. [...]. Desse modo, a ANVISA não pode proibi-las, simplesmente com o intuito eventual de subtrair dos consumidores as opções que mais lhes convêm, impondo-lhes novos hábitos de consumo e limitando a livre escolha autônoma. [...]

Com efeito, a resolução ora em análise restringe a viabilidade e a livre-iniciativa de uma atividade econômica lícita, assegurada aos fabricantes de cigarro, tolhendo do agente econômico a liberdade de escolha de substâncias inofensivas que acabam por imprimir a identidade do produto, numa clara demonstração de livre mercado que impera hoje em nossa sociedade. [...] E isso não pode ser tolhido sob o pretexto de, eventualmente, diminuir-se o consumo de tabaco. [...]

Os demais elementos configuradores do abuso regulatório estão presentes. A regra é flagrantemente desproporcional, como visto; e os custos dificilmente poderão ser suportados pela empresa ou repassados aos consumidores. [...] (STF, 2018, p. 148, 149, 153 e 154).

Seguindo esta linha divergente votaram os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes - além do Min. Marco Aurélio, que, como indicado anteriormente, considerou a deslegalização um fenômeno inconstitucional. O resultado foi pela improcedência do primeiro pedido da CNI, de modo que o STF não conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 7º, III, e XV da Lei n. 9.782/1999. Assim, os Ministros entenderam não existir ambiguidade ou polissemia que comprometesse a lei-quadro em relação às competências conferidas à Anvisa.

Quanto ao segundo pedido, houve um empate no Tribunal, desfecho possível pelo fato de o Min. Roberto Barroso - que, antes de ingressar no STF, atuava como advogado - não participar do julgamento em razão de ter formulado parecer utilizado neste caso. Criou-se, então, um impasse: tem-se que, de um lado, tal resultado não permitiu que se atingisse o número suficiente de votos para a declaração de inconstitucionalidade da RDC (art. 23 da Lei n. 9.868/1999), que continua, portanto, em vigor. Por outro, dada a natureza dúplice da

ADI, também se entendeu inexistir *quórum* para a declaração de constitucionalidade *erga omnes* da Resolução, como explica o Min. Celso de Mello:

Não havendo a declaração de inconstitucionalidade, porque não alcançado o quórum que alude o art. 97 da Constituição, deixa o Supremo Tribunal Federal de exercer, em sede de controle abstrato, a competência de rejeição que lhe é própria, o que significa que o diploma estatal impugnado não só subsistirá íntegro no sistema de direito positivo, mas também poderá vir a ser novamente discutido, em sede de fiscalização abstrata, quanto à sua legitimidade constitucional. (STF, 2018, p. 212 e 213).

Observa-se que, mesmo com a conclusão do julgamento pelo STF, questões relevantes permanecem sem resposta definitiva. Isso indica que alguns pontos acerca do tema da deslegalização ainda devem ser enfrentados pela Corte e debatidos pela literatura no futuro. A próxima seção busca identificá-los e propor reflexões a seu respeito.

4 | CASO ENCERRADO, QUESTÕES EM ABERTO: LIÇÕES APRENDIDAS E DESDOBRAMENTOS POSSÍVEIS A PARTIR DA ADI N. 4874/DF

O tema central discutido na ADI n. 4874/DF e neste artigo - a deslegalização - é um assunto que nitidamente apresenta tensionamentos entre as tradicionais estruturas do Direito e as demandas de uma sociedade em constante transformação. Conflitos dessa espécie costumam trazer mais questionamentos do que certezas, já que as reformas configuram processos frequentemente marcados pela insegurança.

A premissa fundamental para esta discussão está longe de ser pacífica, qual seja, a transformação do próprio conceito de lei, conforme explica o Min. Alexandre de Moraes em seu voto: parte-se do seu “sentido clássico no Estado liberal, como resultado da atuação do Parlamento, dentro da ideia de ‘separação de Poderes’” e alcança, em concepção mais contemporânea, uma função que a aproxima da natureza de um regulamento, isto é, de uma ferramenta que disciplina “matérias destinadas a articular e organizar fomento do emprego, crescimento econômico, educação, saúde, proteção ao meio ambiente etc.” (STF, 2018, p. 100). Esse modelo, no entender do Ministro, configura um estado de “inflação legislativa”, o qual é caracterizado por um amplo e generalizado uso das leis, em seu sentido formal, para normatizar atividades muito diferentes daquelas que competiam aos Estados liberais do século XVIII. Por isso, de acordo com esse raciocínio, tais estruturas precisariam ser repensadas, sendo a deslegalização uma possível alternativa.

Considerando, então, o desfecho do presente julgamento - bem como os precedentes lembrados pelos próprios Ministros em seus votos - essa parece ser, em maior ou menor grau, a posição majoritária no Supremo. Em que pese a existência de fortes e relevantes argumentos em sentido contrário, expostos brevemente ao longo do presente trabalho, a Corte reconhece a compatibilidade da deslegalização com o sistema constitucional em vigor, com a ressalva de que mesmo podendo criar obrigações e inovar na ordem jurídica, regulamentos técnicos como aqueles adotados pelas agências reguladoras não prescindem

das diretrizes fixadas pelo Legislativo nas chamadas “leis-quadro”. Assim, se por um lado a regulação técnica ganha um espaço novo de atuação, as leis em sentido formal preservam, por outro, sua função de incorporar valores de legitimidade e representatividade democrática. É o que explica o Min. Luiz Fux ao apresentar as definições de Gustavo Binembojm em seu voto:

Este mesmo fenômeno [deslegalização] tem conduzido, em variados campos do direito público, à atuação de entidades reguladoras, cuja aptidão técnica lhes permite desenvolver o conteúdo das regras gerais e abstratas editadas pelo Legislativo com atenção às particularidades e especificidades do domínio regulado, com a possibilidade de resposta ágil diante da evolução da matéria provocada por novos desafios tecnológicos. Em outras palavras, a crise da Lei tem conduzido ao reconhecimento de um espaço normativo virtuoso do Executivo, que passa a dialogar com o Legislativo no desenvolvimento das políticas públicas setoriais [...] (BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014, p. 131-142). (STF. 2018, p. 139 a 141).

Tais conclusões, porém, são insuficientes para a superação das incertezas resultantes desse cenário. Tanto é assim que, embora a maioria dos Ministros compartilhe dessas percepções, acabam por discordar de sua aplicação prática no caso da Anvisa: enquanto nove² dos 10 que participaram do julgamento sustentaram que a Lei n. 9.782/1999 atribuiu legitimamente à Agência o poder de normatizar o setor da vigilância sanitária, houve empate no momento de decidir se esta competência foi respeitada pela RDC n. 14/2012.

Alguns, como a Min. Cármen Lúcia, entenderam que a norma cumpre adequadamente a previsão do art. 196 da Constituição ao determinar que o Poder Público garanta o direito à saúde. Outros pensam que o Estado exagerou ao estipular aos cidadãos o que fazer ou o que não fazer em desrespeito à sua autodeterminação, pois as pessoas deveriam ter acesso às informações necessárias para agirem conforme julguem conveniente. “Do contrário, inclusive, o mundo fica muito sem graça: você não pode andar no mato, não pode correr de automóvel”, concluiu o Min. Gilmar Mendes (STF, 2018, p. 183 e 184).

Os elementos dispostos no julgado não tornam possível elencar um conjunto de regras gerais aptos a materializar os critérios adequados para aferir os limites de atuação normativa das agências reguladoras, ou, ainda, de que modo se pode dizer que um ato regulamentador atende (ou não) à lei-quadro de regência (observando, portanto, a legalidade). Enquanto inexistem parâmetros mais objetivos de controle, a intervenção do Judiciário fica presa ao casuismo e às particularidades de cada situação concreta - o que também pode gerar distorções ou insegurança jurídica. Se, por um lado, a inafastabilidade da jurisdição mantém os atos da Administração sob constante crivo, trazendo mais *accountability* à sociedade, por outro, torna impossível prever, com razoável certeza, qual será a decisão tomada pela instância judicial.

² Embora o Min. Luiz Fux tenha julgado pela procedência de ambos os pedidos da CNI, sua manifestação não foi no sentido de que a Lei é inconstitucional, mas que a interpretação conforme era procedente dada a extrapolação, por parte da Anvisa, de sua competência.

A Anvisa pode ou não impedir a venda de cigarros com aditivos? Por ora, em razão do empate, a norma proibitiva prevaleceu. Mas a Corte não atribuiu efeitos *erga omnes* ao julgado e ressaltou que o tema possibilita nova discussão em outra oportunidade. Como ficam, então, eventuais providências tomadas pela Anvisa no futuro? É importante lembrar que as decisões da Agência não apenas definem os produtos oferecidos no mercado consumidor do País como também fundamentam tipos penais em branco ao delimitar as substâncias sujeitas ao controle penal estabelecido pela Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), por exemplo. São questões que, todavia, permanecem em aberto.

Outro ponto da discussão que merece maior reflexão é o que se refere ao cabimento do pedido alternativo da CNI, a saber, se normas reguladoras como a RDC n. 14/2012 conteriam força normativa primária que viabilizaria o seu controle em sede de ADI ou, na realidade, se seriam normas meramente executórias, que fogem ao cabimento desta espécie de ação. Por um lado, é evidente que, uma vez reconhecida a capacidade da Anvisa (e de outras entidades semelhantes) em criar regras jurídicas de aplicação setorial, tem-se presente a existência de um preceito normativo primário que possibilita o controle concentrado-abstrato, já que o ente de fato criou obrigações antes inexistentes. Por outro, como se discutiu anteriormente, o fenômeno da deslegalização pressupõe a existência de uma lei-quadro de regência, sem a qual não existiriam os parâmetros aptos a conferir legitimidade à norma regulamentadora conforme as diretrizes políticas estabelecidas pelo Legislativo. Portanto, não é uma norma que retira seu fundamento de validade unicamente do texto constitucional.

Nesse cenário, uma hipótese que se pode levantar é a de que a RDC estaria sujeita às duas espécies de controle: de constitucionalidade, naquilo em que a norma-parâmetro é a Constituição, e de legalidade, naquilo em que a norma-parâmetro é a lei-quadro de regência. Esta seria uma decorrência lógica da tese, defendida pela Min. Rosa Weber, de que o viés técnico da RDC a colocaria não em uma posição inferior ou exterior ao da legislação, mas em um patamar qualitativamente distinto (STF, 2018, p. 57). Não há como ser diferente se o regulamento, ao criar direitos e obrigações, não decorre diretamente da Constituição, mas de uma lei formal que deslegalizou determinada competência.

Sendo as duas formas de controle possíveis, o que se verifica é a falta de nitidez nos votos dos Ministros ao estabelecer, objetivamente, as distinções entre uma e outra. Na prática, realizaram ambos os controles em conjunto, pois os argumentos que fundamentaram o julgamento da ADI referiram-se não à compatibilidade da RDC com a Constituição, apenas, mas sim entre esta e a Lei n. 9.782/1999. A Min. Rosa Weber diz em seu voto, inclusive, que o controle de constitucionalidade neste caso deve considerar não só a competência fixada à Anvisa pela sua lei-quadro, mas a interpretação que o ente tem em relação às suas próprias atribuições - conforme a doutrina da deferência administrativa que encontra precedente na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos:

Ao editar a Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 14/2012, definindo normas e padrões técnicos sobre limites máximos de alcatrão, nicotina e monóxido de carbono nos cigarros e restringindo o uso dos denominados aditivos nos produtos fumígenos derivados do tabaco, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária atuou em conformidade com os lindes constitucionais e legais das suas prerrogativas, expressos na observância do marco legal vigente, em estrita observância da competência normativa que lhe outorgam os arts. 7º, III, e 8º, § 1º, X, da Lei nº 9.782/1999. [...] Não é demais ressaltar que, em face de ato normativo editado por agência reguladora com base em exegese do diploma legislativo definidor das suas próprias competências e atribuições, a tônica do exame de constitucionalidade deve ser a deferência da jurisdição constitucional à interpretação empreendida pelo ente administrativo. (STF, 2018, p. 79).

Esse posicionamento torna mais complexa a distinção tradicional entre os controles de legalidade e de constitucionalidade porque reconhece os atos regulatórios como medidas que não se inserem exatamente na categoria de leis, tampouco na de regulamentos comuns. Mas para além desse debate, também instiga outra dificuldade, a saber: de que maneira pode o Judiciário intervir na decisão de um ente técnico e especializado como a Anvisa se ele próprio não é detentor de tais conhecimentos? Toda a discussão desenvolvida neste caso gira em torno do papel do Legislativo em definir uma pauta política, de forma democrática, e do Executivo em trazer materialidade científica a estas decisões através de uma agência reguladora. De que maneira, então, pode o Judiciário exercer a sua função de proteger a legalidade e juridicidade de referidos atos? Ao entender inoportuna a regulação da Anvisa não estaria o STF assumindo uma função que cabe aos outros Poderes?

Nota-se, portanto, que o conflito tradicional entre o controle judicial de políticas públicas e a separação de poderes torna-se, neste caso, ainda mais complexo: não basta à Corte definir os parâmetros de um conceito jurídico indeterminado para verificar se o agente público agiu ou não dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade que orientam sua atuação discricionária. Mais do que isso, o Tribunal precisa apurar juridicamente se os critérios técnicos adotados pela Agência atendem de maneira adequada sua missão institucional ou se houve, naquele caso, desvio de sua competência. Considerando o placar apertado e as diferentes naturezas dos argumentos dispostos pelos Ministros em seus votos, a decisão na ADI n. 4874/DF não é suficiente para responder a estas perguntas de forma definitiva, mas traz estas importantes reflexões aplicáveis a processos futuros.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho discutiu o tema da deslegalização à luz da decisão do STF na ADI n. 4874/DF. Das suas observações, o artigo verificou que referida técnica, embora controversa na literatura, tem sido considerada constitucional pelo Supremo. Ao deslegalizar, o Legislativo edita uma lei-quadro que autoriza o Executivo, dentro de seus limites, a regular determinado setor social ou econômico no que diz respeito a atividades

que requerem respostas rápidas, técnicas e científicas. Em tese, a deslegalização pode representar uma oportunidade de cooperação entre os Poderes em resposta às necessidades que se fazem mais fundamentais em um mundo cada vez mais complexo e em constante transformação. Porém, também traz incertezas e inseguranças que fazem desta uma questão a ser, inevitavelmente, debatida em maior profundidade pela literatura e pela jurisprudência.

O desfecho da ADI n. 4874/DF oferece importantes reflexões acerca de quais assuntos merecem ser melhor explorados no futuro: a necessidade de diretrizes mais nítidas quanto aos parâmetros de avaliação de compatibilidade entre as leis-quadro e os atos regulatórios; as dificuldades em submeter referidas normas aos instrumentos de controle de constitucionalidade e legalidade tradicionais; e a essencial definição de parâmetros para a intervenção do Poder Judiciário em medidas que, de um modo geral, garantam maior *accountability* e controle sem que isto represente um conflito entre Poderes ou uma fonte de casuísmo e insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando; CUNHA, A. C. N.; CASTELLARO, F.; SOARES, D.; DALLARI, Sueli. **Política de Regulação de Drogas e Medicamentos no Brasil: Panorama Normativo e Institucional**. In: AITH, F.; DALLARI, S.G. (Org.). *Regulação de Medicamentos no Mundo Globalizado*. 1ª ed. São Paulo: CEPEDISA, 2014, v. 1, p. 459-633.

ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense e São Paulo: Método, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. **Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999** (Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências). Brasília, 1999.

BRASIL. Ministério da Saúde - Anvisa. **RDC n. 12, de 24 de março de 2012** (Dispõe sobre procedimento para a notificação à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, de alterações de natureza técnica no registro de agrotóxicos, seus componentes e afins e dá outras providências). Brasília, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes**. In: Carlos Ari Sundfeld. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, v. 1, p. 72-98.

MENDES, Conrado Hübner. **Reforma do Estado e Agências Reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão**. In: Carlos Ari Sunfeld. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, v. 1, p. 99 - 139.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Introdução às Agências Reguladoras**. In: Carlos Ari Sunfeld. (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, v. 1, p. 17- 38.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **ADI n. 4.874 do Distrito Federal**. Rel. Min. Rosa Weber, j. 1º de fevereiro de 2018.

CAPÍTULO 18

TRIBUNAIS DE MÉDIO PORTE E TAMANHO DA JUSTIÇA – EFICIÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA ESTADUAIS, TRABALHISTAS E ELEITORAIS

Data de aceite: 01/07/2021

Data de submissão: 06/04/2021

Rafaela Witt Bendlin

Universidade do Contestado – campus Mafra
Mafra – SC
<http://lattes.cnpq.br/8590018494295257>

Cleonice Witt

Universidade do Contestado – campus Mafra
Mafra – SC
<http://lattes.cnpq.br/2781640131487107>

RESUMO: O presente estudo buscou avaliar a eficiência dos tribunais de médio porte na justiça comum, trabalhista e eleitoral, utilizando a técnica de Análise Envoltória de Dados (DEA) que apresenta resultados entre zero a 100%, sendo que quanto maior o percentual, maior a eficiência. Utilizou-se para a pesquisa como inputs o valor da despesa de cada tribunal por habitante/estado, número de servidores administrativos e de magistrados e como output o número de processos que tramitaram no ano de 2018. A população do estudo são os tribunais estaduais, trabalhistas e eleitorais de primeira e segunda instância de médio porte, assim classificados pelo Conselho Nacional de Justiça. Assim foi possível descobrir que os tribunais de justiça mais eficientes foram dos Estados de Santa Catarina e Pernambuco. No âmbito da justiça do trabalho destacaram-se como mais eficientes os Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) de Santa Catarina, Pernambuco e Ceará.

No que tange à justiça eleitoral os mais eficientes foram os Estados de Goiás e Pará.

PALAVRAS-CHAVE: Eficiência da justiça, justiça, tribunais.

MEDIUM-SIZED COURTS AND SIZE OF JUSTICE – EFFICIENCY OF STATE, LABOR AND ELECTORAL COURTS OF JUSTICE

ABSTRACT: The present study sought to evaluate the efficiency of the medium-sized courts in the common, labor and electoral courts, using the Data Envelopment Analysis (DEA) technique that presents results between zero to 100%, the higher the percentage, the greater the efficiency. For the research, the value of the expense of each court per inhabitant/state, the number of administrative staff and magistrates was used as inputs, and the number of cases processed in 2018 was used as output. The population of the study is the state courts, medium and first-level labor and electoral bodies, thus classified by the National Council of Justice. Thus, it was possible to discover that the most efficient courts of justice were in the states of Santa Catarina and Pernambuco. In the scope of labor justice, the Regional Labor Courts (TRTs) of Santa Catarina, Pernambuco and Ceará stood out as the most efficient. Regarding electoral justice, the states of Goiás and Pará were the most efficient.

KEYWORDS: Efficiency of justice, justice, courts.

INTRODUÇÃO

A diferença no desempenho econômico

entre os Estados é visível, porém a totalidade de fatores e o encadeamento entre eles, para determinar uma melhor ou pior atuação, ainda intriga os economistas. Embora esses profissionais até agora não tenham clarificado completamente a integração entre os fatores determinantes do desempenho econômico, já se identificou algumas forças motrizes que atuam na retaguarda deles (ALDASHEV, 2009). Uma dessas forças que produz movimento na economia é o sistema jurídico, pois, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os cinco maiores tribunais estaduais concentravam 64% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro de 2018 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019). Além disso, pessoas físicas e jurídicas podem se aproveitar dos atrasos na tramitação dos processos para adiar estrategicamente o cumprimento de suas obrigações, especialmente as de caráter econômico-financeiro (PEYRACHE; ZAGO, 2016).

Além dos fatores econômicos, investigar a eficiência do judiciário representa respeitar o princípio da fraternidade que, nesse caso, se externa pela efetivação do acesso à justiça. Nessa toada acesso à justiça se considera não somente o ingresso com ações judiciais, mas principalmente uma prestação jurisdicional em tempo razoável (SANTOS FILHO; PASSOS; PESSOA). Nesse contexto coaduna-se a célebre frase de Rui Barbosa “Justiça tardia nada mais é do que injustiça institucionalizada”, e a ineficiência dos tribunais contribui para a justiça tardia e desperdício de recursos.

Nesse cenário, o objetivo do presente estudo é avaliar a eficiência dos tribunais de médio porte nas esferas estadual, trabalhista e eleitoral, emergindo a seguinte questão de pesquisa: Quão eficiente são os tribunais estaduais, trabalhistas e eleitorais de médio porte? Outros estudos já investigaram o assunto, inclusive o próprio CNJ faz essa análise em âmbito nacional, mas também outros pesquisadores como Yeung; Azevedo (2012); Nogueira et al. (2012) e Santos Neto et al. (2016), mas nenhum com o enfoque que este estudo teve, ou seja, comparar as 3 esferas e levando em consideração que fazem parte do mesmo grupo quanto ao porte.

REFERENCIAL TEÓRICO

Os princípios processuais

O acesso à justiça se encontra no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, encontrados no art. 5º e seus incisos. É este princípio que possibilita a todos buscarem o Judiciário para a resolução de conflitos, inclusive os que não possuem condição financeira de arcar com custas processuais e honorários advocatícios, considerando que há previsão no Código de Processo Civil da assistência judiciária gratuita e da justiça gratuita, sendo que este isenta custas processuais e aquele custas e honorários advocatícios. Além disso, têm-se as Defensorias Públicas Estaduais e os chamados defensores dativos, que são designados pelo juiz para assistir àqueles que não

possuem condições de arcar com custos de advogados. Todas estas são formas de garantir que a sociedade como um todo tenha acesso ao Judiciário.

Porém, não basta apenas que seja possibilitado o acesso universal à justiça, faz-se necessário também que seja garantido o devido processo legal. Isto significa que o processo deve correr observando-se todas as normas pertinentes a ele, como a garantia de ampla defesa e contraditório, do juiz natural e do juiz competente (THEODORO JUNIOR, 2021).

Aqui, frisa-se a importância principalmente da ampla defesa e do contraditório, porque é obedecendo a isso que o réu é chamado a integrar relação processual, que até então era apenas do autor-juiz, passando a ser autor-juiz-réu. Apresentada petição inicial e contestação, o juiz pode olhar o processo sob a ótica do autor e do réu. É importante ressaltar que o juiz deve ser imparcial ao proferir despachos, decisões interlocutórias e sentenças, ou seja, durante o processo todo.

Além disso todos têm garantia ao juiz natural e ao juiz competente, o que significa que todos têm direito a terem seus processos julgados pelo juiz responsável pela matéria de direito a ser questionada e também por aquele que seja o responsável pela Vara. O natural e o competente acabam tendo seus conceitos misturados, pois muitas vezes o juiz natural é o juiz competente, por exemplo, uma matéria que o feito seja de atribuição da Justiça Federal, normalmente o juiz natural é o que tem competência nesta jurisdição.

Quando a demanda chega até o Judiciário, significa que as tentativas conciliatórias restaram ineficazes e tem-se pretensão resistida por alguma das partes, ou seja, surge a lide. Assim, gerado o conflito e levado para quem tem o poder de solucioná-lo, o que se espera é a resposta jurisdicional no melhor tempo possível, considerando ainda que existem as demandas urgentes, como as que envolvem alimentos, medicamentos e idosos, entre outras.

Neste contexto, há a duração razoável do processo. Garantida pelo art. 4º, CPC, e art. 5ª, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, ela é, no âmbito da eficiência dos tribunais, o fator mais importante. Como bem coloca Theodoro Júnior (2021, p. 92):

É evidente que sem *efetividade*, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. Não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela *efetiva*. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, o aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça.

Dessa forma, denota-se que, quando a duração razoável do processo não se materializa, não há justiça e conseqüentemente não há eficiência na prestação jurisdicional e todo o recurso envolvido na movimentação do processo, tanto pessoal quanto econômico, acaba sendo em vão. Outro fator importante é que, atualmente, os processos tramitam em sua maioria por meio eletrônico, facilitando sua tramitação.

A relação dos princípios com a eficiência do judiciário

Sem o acesso à justiça garantido a todos, não seria possível iniciar a discussão sobre a eficiência dos tribunais. Embora o acesso possa ser difícil em algumas demandas, há algumas maneiras de facilitá-los, o Ministério Público, por exemplo, atua em pedidos de fornecimento de medicamentos via judicial quando a parte não tem condições de arcar com o pedido via advogado e até mesmo em casos de pensão alimentícia para menores.

Assim, nada mais justo que, ao conseguir o acesso à justiça, a parte tenha seu processo seguido com o devido processo legal, com as características citadas acima. Este princípio traz segurança jurídica ao processo, pois os direitos estão assegurados pela legislação.

Por fim, a duração razoável do processo assegura que o processo não fique parado e se resolva no melhor tempo possível. Atualmente, este princípio é o mais frágil, pois há várias demandas que perduram ao longo dos anos, não necessariamente por culpa exclusiva do Judiciário. Muitas vezes as partes se omitem, principalmente nos processos de execução, dificultando localização de bens e do próprio endereço.

Estes princípios são fatores que influenciam e sua aplicação tenta garantir a eficiência dos tribunais, mesmo que indiretamente.

Recursos financeiros e pessoais do judiciário

O Judiciário possui seu orçamento próprio, recebendo os recursos através do Poder Executivo. Naquele Poder, os salários mais altos são de desembargadores e juízes, considerando que ainda recebem vários tipos de auxílios, como de saúde e moradia, o que demanda muito aporte financeiro. Na pesquisa, demonstra-se que em alguns tribunais sobram recursos financeiros, enquanto em outros há déficit de recursos humanos em relação a prestação jurisdicional oferecida.

MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de um estudo descritivo, documental e quantitativo. A população são os tribunais estaduais, trabalhistas e eleitorais de primeira e segunda instância de médio porte, assim classificados pelo CNJ no relatório Justiça em Números edição de 2019. Nesse relatório constam 10 Estados da Justiça estadual classificados como de médio porte, 8 Estados na justiça trabalhista e 10 na eleitoral. Participaram da amostra somente os tribunais cujos Estados estavam classificados como de médio porte nas 3 divisões do judiciário: tribunal estadual (justiça comum), trabalhista e eleitoral. Assim, fizeram parte da amostra apenas 5 estados: Santa Catarina, Pernambuco, Goiás, Ceará e Pará, pois foram os únicos estados que estão classificados como de médio porte em relação às 3 divisões: tribunais estaduais (justiça comum), trabalhistas e eleitorais. Os dados foram coletados do relatório do CNJ Justiça em Números, ano base 2018. Para o cálculo do escore de

eficiência foi utilizada a técnica de Análise Envoltória de Dados (*Data Envelopment Analysis* – DEA), com o modelo CCR orientado para os *outputs*. A aplicação desse modelo apresenta como resultado um percentual que varia de zero a 100%, sendo essa a medida da eficiência do tribunal e quanto maior esse percentual mais eficiência representa. O DEA considera os recursos (insumos, *input*) de cada tribunal e compara com o que cada um produziu (*output*). Foram considerados como *inputs*: valor da despesa de cada tribunal por habitante/Estado, número de servidores administrativos e número de magistrados. O número de processos que tramitaram (casos pendentes + processos baixados) foi utilizado como *output*. Salientando que os dados se referem ao ano de 2018.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Através da análise do gráfico 1 denota-se que os Tribunais de Justiça (TJ) mais eficientes são os dos estados de SC e PE (100%), seguido por Ceará que atingiu 90,15% de eficiência e Pará com 65,89%. Goiás foi considerado o estado mais ineficiente do grupo pesquisado, pois atingiu apenas 64,59% de eficiência com os recursos considerados. Destaca-se que, para o número de processos que tramitaram no Tribunal de Justiça de Goiás, seria possível reduzir o valor gasto em R\$ 8,69 por habitante e diminuir 223 funcionários administrativos, ou seja, neste estado há ociosidade de funcionários e desperdícios de recursos. No Pará, a ineficiência se concentra principalmente nos magistrados, pois 13,5% a menos de juízes – 300 - conseguiriam julgar o mesmo número de processos que os atuais 347 magistrados. Logo, uma ociosidade de 47 magistrados.

Em relação aos Tribunais do Trabalho (TRT) novamente SC e PE se destacaram, juntamente com o estado do Ceará, com 100% de eficiência. O estado de Goiás atingiu 89,73% de eficiência, seguido pelo Pará com 84,38% de eficiência. Os escores de eficiência desses tribunais são maiores porque a Justiça do Trabalho tem a sua atuação pautada na conciliação, o que torna os processos mais céleres e, portanto, esse tribunal se torna o mais eficiente. Embora a eficiência seja característica do Tribunal do Trabalho, nem todos os tribunais conseguem atingi-la plenamente, sendo este o caso de Pará e de Goiás. No tocante ao Pará há um excesso de magistrados na ordem de 6%, e em relação a Goiás o problema está nos gastos excessivos, ou seja, um dispêndio de 11,34% de recursos que não estão agregando valor ao produto final do tribunal, isto é, a resolução de conflitos trabalhistas.

Os Tribunais Eleitorais dos estados de Goiás e Pará alcançaram 100% de eficiência, seguidos de Pernambuco com 84% e Ceará 61,84%. Santa Catarina se sobressaiu como sendo o mais ineficiente do grupo, atingindo apenas 58,61% de eficiência, em relação aos recursos considerados. Em Pernambuco, a ineficiência foi gerada pelo excesso de magistrados – 5,4% a mais do que o necessário. Já no Ceará a causa foi o excesso de funcionário administrativos na ordem de 23,5%, e isto significa que se tivessem 379

funcionários a menos, o mesmo número de processos teria sido concluído. No estado de Santa Catarina a ineficiência se reflete nos recursos consumidos - poderia economizar R\$ 2,38 por habitante e manter a mesma produtividade -, e no excedente de funcionários – estão sobrando 234 funcionários.

Observa-se, também, que em Santa Catarina e em Pernambuco o Tribunal de Justiça e o Tribunal do Trabalho são os mais eficientes e o Tribunal Eleitoral é o mais ineficiente. Em Goiás é o Tribunal Eleitoral que é o mais eficiente, depois o Tribunal do Trabalho, e o mais ineficiente é o Tribunal de Justiça. No estado do Ceará é o Tribunal do Trabalho que se destaca como mais eficiente, em seguida o Tribunal de Justiça e o mais ineficiente é o Tribunal Eleitoral. Em terras paraenses é o Tribunal Eleitoral que figura como mais eficiente, seguido do Tribunal do Trabalho e despontando como mais ineficiente do Estado o Tribunal de Justiça.

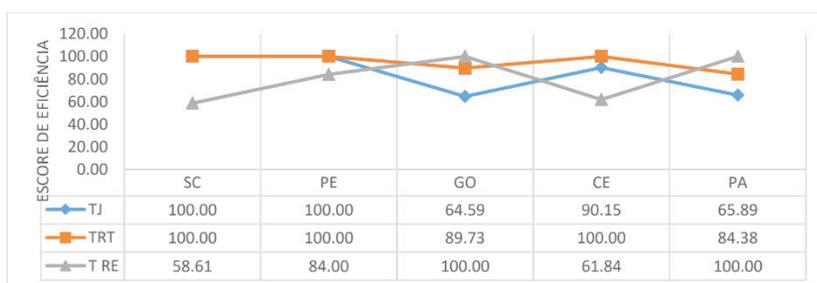


Gráfico 1 – Escore de eficiência dos tribunais por Estado da federação.

Fonte: dados da pesquisa (2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos Tribunais de Justiça, verificou-se que há tribunais com máxima eficiência, como o TJSC, TJCE e TJPE, e outros com algumas deficiências, como o TJGO E TJPA. No mais ineficiente, há grande possibilidade de reduzir os recursos financeiros gastos com o tribunal, tendo em vista que há excesso de funcionários administrativos e gasto excessivo por habitante. Se houver sobra de recursos, é ideal que o Judiciário devolva ao Executivo para destinar a outros orçamentos. Quanto aos funcionários, considerando que não é possível exonera-los, seria ideal aloca-los para áreas do tribunal que estão mais deficientes, como varas ou comarcas com excesso de processo, sendo isto alcançável por até do trabalho remoto, que se tornou comum no último ano. Onde há excesso de magistrados, seria a possibilidade de incentivá-los a proferirem mais despachos, decisões interlocutórias e sentenças, o que aumentaria a eficiência do tribunal.

Nos Tribunais do Trabalho, os estados de SC, PE e CE alcançaram máxima eficiência e os dos estado de Goiás e Pará também chegaram a resultados satisfatórios,

embora aquele possua excesso de magistrados e este de gastos. Considerando a atuação conciliatória deste Tribunal e as suas eficiências, é importante mencionar sobre como as conciliações aceleram a satisfação da pretensão resistida e como os tribunais estaduais poderiam acelerar seus processos. Embora já exista a conciliação, ela se torna mais difícil nos processos cíveis, já que muitas às vezes os acordos feitos não são cumpridos, como no casos de demandas alimentícias. Seria ideal uma maneira de efetivar o cumprimento dos acordos, assim muitas questões seriam resolvidas na conciliação.

Quando se fala em Tribunal Eleitoral, pensa-se em tribunais eficientes pois as demandas seriam relacionadas a eleições, que ocorrem apenas de tempos em tempos. Dessa forma, seria possível imaginar que os tribunais pesquisados alcançariam a máxima eficiência, mas não foi o que ocorreu, principalmente no Ceará e em Santa Catarina, devido ao excesso de funcionários administrativos e de recursos consumidos. Isso significa que o TRE-CE poderia ter muito menos servidores do que possui, e o TRE-SC poderia consumir menos recursos, considerando o gasto por habitante.

Avaliar a eficiência desses tribunais é importante para, a partir dos resultados encontrados, possibilitar a otimização dos recursos empregados, para enfim entregar para a sociedade uma decisão justa no tempo certo.

REFERÊNCIAS

ALDASHEV, Gani. Legal institutions, political economy, and development. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 25, n. 2, p. 257-270, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

NOGUEIRA, José Marcelo Maia; OLIVEIRA, Kátia Michelle Matos de; VASCONCELOS, Alan Pereira de. Estudo exploratório da eficiência dos Tribunais de Justiça estaduais brasileiros usando a Análise Envoltória de Dados (DEA). *Revista de Administração Pública*. v. 46, n. 5, p. 1317-1340, 2012.

PEYRACHE, Antonio; ZAGO, Angelo. Large courts, small justice!: The inefficiency and the optimal structure of the Italian justice sector. **Omega**, v. 64, p. 42-56, 2016.

SANTOS FILHO, Nivaldo Souza; PASSOS, Rute Oliveira; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Fraternidade e acesso à justiça: Uma nova cultura de

SANTOS NETO, Magno dos; SOUZA; Leandro André Cardoso de; BORTOLON, Patricia Maria. Análise da eficiência dos tribunais estaduais do Brasil: Aplicação da Técnica de Análise Envoltória de Dados e Regressão Logística. In: Congresso ANPCONT, 10, 2016, Ribeirão Preto. Disponível em: <http://anpcont.org.br/pdf/2016/CPT234.pdf> Acesso em: 06 de set. de 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, volume 1**. 62. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Além dos “achismos” e das evidências anedóticas: medindo a eficiência dos tribunais brasileiros. *Economia Aplicada*, v. 16, n. 4, 2012, p. 643-663.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Agências reguladoras 27, 162, 220, 221, 222, 223, 225, 226, 227, 229, 233, 234, 238

Agronegócio 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85

C

CLT 34, 35, 40, 41, 42, 43, 45, 103, 104, 105, 106, 110, 112, 113, 114, 133, 137, 138, 139

Coronavírus 5, 6, 9, 11, 17, 26, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 70, 73, 74, 83, 120, 167

Covid-19 1, 5, 6, 9, 11, 14, 26, 28, 31, 32, 33, 35, 37, 38, 39, 42, 43, 44, 46, 47, 58, 59, 66, 70, 71, 73, 76, 80, 82, 83, 85, 119

D

Direito 1, 4, 11, 16, 17, 18, 20, 21, 24, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 51, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 66, 69, 70, 71, 72, 86, 98, 103, 114, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 158, 159, 160, 166, 171, 172, 173, 174, 175, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 213, 214, 215, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 233, 234, 237, 238, 241, 245, 246

Direito de imagem 31, 32, 34, 35, 36, 37

Direito do consumidor 69, 71, 155

Direito do trabalho 32, 35, 37, 38, 39, 40, 43, 47, 114, 122, 136, 137, 138, 141

Discricionariedade administrativa 188, 189, 192, 193, 199, 200, 201

Divórcio 48, 50, 51, 52, 55, 56, 66

Doença ocupacional 39, 40, 41, 42, 45, 46, 47

E

Efetividade 50, 53, 129, 143, 177, 178, 180, 183, 185, 186, 241

J

Judicialização da política 1, 2, 3, 4, 6, 13, 14, 15, 16

M

Movimento antivacina 86, 87, 88, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 99, 100, 101

P

Pandemia 1, 2, 3, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 25, 26, 28, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 60, 65, 66,

67, 68, 70, 73, 74, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 85, 119, 121, 122, 167

Poder normativo 52, 56, 220, 221, 223, 226, 229

Política 1, 2, 3, 4, 6, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 61, 62, 74, 82, 89, 107, 109, 113, 114, 116, 121, 143, 150, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 189, 190, 191, 201, 205, 206, 210, 217, 218, 230, 231, 236, 237

Políticas públicas 3, 7, 9, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 27, 62, 67, 69, 70, 84, 122, 154, 180, 200, 215, 228, 234, 236, 246

Precarização 20, 115, 116, 118, 119, 121

Princípio da impessoalidade 203, 204, 205, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 215, 216, 218, 219

Publicidade infantil 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69

R

Responsabilidade civil 124, 125, 126, 127, 135, 136, 138, 140, 141

S

Sindicato 106, 107, 109, 110, 111, 113, 114, 228

Sistema presidencialista 157, 158, 160, 161, 163, 164

Supremo Tribunal Federal 5, 15, 42, 47, 52, 124, 128, 133, 134, 136, 137, 138, 140, 141, 158, 162, 163, 164, 165, 166, 170, 171, 173, 174, 176, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 199, 206, 207, 214, 217, 220, 221, 233, 238

T

Terceirização 115, 118, 119, 122, 123

Tribunais 3, 4, 29, 38, 41, 49, 52, 71, 140, 141, 156, 165, 196, 218, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245

A (não) efetividade das ciências jurídicas no Brasil 5

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 @atenaeditora

 facebook.com/atenaeditora.com.br



A (não) efetividade das ciências jurídicas no Brasil 5

 www.atenaeditora.com.br

 contato@atenaeditora.com.br

 @atenaeditora

 facebook.com/atenaeditora.com.br

