

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)



# O DIREITO

## e sua práxis

### III

 **Atena**  
Editora  
Ano 2022

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos  
(Organizador)



# O DIREITO

## e sua práxis

### III

**Atena**  
Editora  
Ano 2022

**Editora chefe**

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

**Editora executiva**

Natalia Oliveira

**Assistente editorial**

Flávia Roberta Barão

**Bibliotecária**

Janaina Ramos

**Projeto gráfico**

Bruno Oliveira

Camila Alves de Cremo

Daphynny Pamplona

Luiza Alves Batista

Natália Sandrini de Azevedo

**Imagens da capa**

iStock

**Edição de arte**

Luiza Alves Batista

2022 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do texto © 2022 Os autores

Copyright da edição © 2022 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. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof. Dr. Alexandre de Freitas Carneiro – Universidade Federal de Rondônia

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 Ana Maria Aguiar Frias – Universidade de Évora

Profª Drª Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa



Prof. Dr. Antonio Carlos da Silva – Universidade Católica do Salvador  
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  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Cristina Gaio – Universidade de Lisboa  
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília  
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> 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  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice  
Prof. Dr. Jadilson Marinho da Silva – Secretaria de Educação de Pernambuco  
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  
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal do Paraná  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Lucicleia Barreto Queiroz – Universidade Federal do Acre  
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros  
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Universidade do Estado de Minas Gerais  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Marianne Sousa Barbosa – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> 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. Pedro Henrique Máximo Pereira – Universidade Estadual de Goiás  
Prof. Dr. Pablo Ricardo de Lima Falcão – Universidade de Pernambuco  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> 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  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande  
Prof<sup>o</sup> Dr<sup>a</sup> 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



**Diagramação:** Camila Alves de Cremo  
**Correção:** Maiara Ferreira  
**Indexação:** Amanda Kelly da Costa Veiga  
**Revisão:** Os autores  
**Organizador:** Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

<b>Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)</b>	
D598	O direito e sua práxis 3 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2022.  Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-258-0509-2 DOI: <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.092220109">https://doi.org/10.22533/at.ed.092220109</a>  1. Direito. 2. Leis. 3. Justiça. 4. Poder judiciário. 5. Poder legislativo. 6. Ética. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.  CDD 340
<b>Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166</b>	

**Atena Editora**  
Ponta Grossa – Paraná – Brasil  
Telefone: +55 (42) 3323-5493  
[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br)  
[contato@atenaeditora.com.br](mailto: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 autoriza 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 **O DIREITO E SUA PRÁXIS 3**, coletânea de quinze 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, dois grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em direitos humanos, políticas públicas e sujeitos vulneráveis; além de estudos em direito, poder judiciário e atuação jurídica.

Estudos em direitos humanos, políticas públicas e sujeitos vulneráveis traz análises sobre refugiados, migração transnacional, políticas públicas, desapropriação, dados pessoais, proteção de dados, saneamento básico, trabalho, consumidor e ética ecológica.

O segundo momento, estudos em direito, poderes e atuação jurídica, versa sobre conteúdos de justiça, poder judiciário, poder legislativo, ética e processo judicial eletrônico.

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**

MULTAS PECUNIÁRIAS: CONTROVÉRSIAS NA FIXAÇÃO, REVISÃO E LIQUIDAÇÃO DAS ASTREINTES

Yuri Martins Gondim

Beatriz Farias Cruz

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201091>

### **CAPÍTULO 2..... 14**

A MIGRAÇÃO TRANSNACIONAL NO CONTEXTO AFRICANO: BREVE ABORDAGEM

Jeancarlo Gorges

Carla Piffer

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201092>

### **CAPÍTULO 3..... 24**

O JUDICIÁRIO ENQUANTO SUJEITO DO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Bruna Feitosa Serra de Araújo

Catia da Silva Feitosa

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201093>

### **CAPÍTULO 4..... 36**

PROCURADORIA MUNICIPAL: POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO, GOVERNO, IDEOLOGIA, DIREITO

Rodrigo Aquino Bucussi

Fernanda Monteiro Tomasi

Aline Marchi do Amaral

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201094>

### **CAPÍTULO 5..... 47**

A FUNÇÃO SOCIAL E A DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: A RELAÇÃO ENTRE INTERESSE COLETIVO E INDIVIDUAL

Gabriela Somenzi

Tariane Menegaz

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201095>

### **CAPÍTULO 6..... 53**

USO INDEVIDO DE DADOS PESSOAIS DE BENEFICIÁRIOS DO AUXÍLIO EMERGENCIAL DISPONIBILIZADO PELO GOVERNO FEDERAL E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS– LGPD

Luiz Edemir Taborda

João Irineu de Resende Miranda

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201096>

<b>CAPÍTULO 7</b> .....	<b>65</b>
REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NAS MICRORREGIÕES DO CEARÁ	
Marcelo Silva de Almeida	
Alceu de Castro Galvão Junior	
Alexandre Caetano da Silva	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201097">https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201097</a>	
<b>CAPÍTULO 8</b> .....	<b>74</b>
A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O ADOECIMENTO MENTAL DOS TRABALHADORES: EXISTE ESSA RELAÇÃO NO CONTEXTO CAPITALISTA NEOLIBERAL?	
Cláudia Costa Paniago Pereira	
Taciana Cecília Ramos	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201098">https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201098</a>	
<b>CAPÍTULO 9</b> .....	<b>85</b>
A (IN) EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO: UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	
Adriana Sant'Anna	
Elisa Roth	
João Manoel Fernandes Ranthum	
Maria Luiza Cristani Bizetto	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201099">https://doi.org/10.22533/at.ed.0922201099</a>	
<b>CAPÍTULO 10</b> .....	<b>100</b>
A ÉTICA ECOLÓGICA COMO ALICERCE EM JUSTIÇA RESTAURATIVA	
João Francisco Mantovanelli	
Ronny Max Machado	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010910">https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010910</a>	
<b>CAPÍTULO 11</b> .....	<b>113</b>
JUSTIÇA: REFLEXÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DE JONH RAWLS	
Israel Queiroz Carvalho de Araújo	
Vanesse Louzada Coelho	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010911">https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010911</a>	
<b>CAPÍTULO 12</b> .....	<b>122</b>
AS DIFICULDADES EM TER O ACESSO AO PODER JÚDICARIO	
Joelson Carvalho Mourão	
 <a href="https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010912">https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010912</a>	
<b>CAPÍTULO 13</b> .....	<b>132</b>
POR UMA TERCEIRA VIA REFORÇADA A PARTIR DE UM PODER LEGISLATIVO FORTE E ÉTICO	
Arsênio Paulo	

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010913>

**CAPÍTULO 14..... 144**

O PODER JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA DA ATIVIDADE LEGIFERANTE: A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO À OMISSÃO LEGISLATIVA

Daniel Garcia Silva

Islane Archanjo Rocha

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010914>

**CAPÍTULO 15..... 159**

O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O NOVO PARADIGMA DA ATUAÇÃO JURÍDICA

Alvaro Humberto Andrade Kinjyo

Marcus Antonius da Costa Nunes

 <https://doi.org/10.22533/at.ed.09222010915>

**SOBRE O ORGANIZADOR..... 179**

**ÍNDICE REMISSIVO..... 180**

# CAPÍTULO 1

## MULTAS PECUNIÁRIAS: CONTROVÉRSIAS NA FIXAÇÃO, REVISÃO E LIQUIDAÇÃO DAS ASTREINTES

*Data de aceite: 01/09/2022*

**Yuri Martins Gondim**

Mestrando em Direito Constitucional pela  
Universidade Federal do Ceará

**Beatriz Farias Cruz**

Pós-Graduada

### 1 | INTRODUÇÃO

O direito processual vem buscando aprimorar seus institutos de forma a servir como um instrumento efetivo em seu escopo de dizer o direito, garantindo-lhe efetividade. Uma ferramenta importante nessa busca é a multa pecuniária processual, conhecida em nossa prática muitas vezes como multa diária, que na experiência brasileira sofreu influência do modelo francês, o que explica a opção pelo termo astreinte.

Seu desenvolvimento na jurisprudência, na disciplina legal dos três últimos códigos, embora apresente uma evolução no que tange à coerência com a teleologia do instituto, é objeto de diversas controvérsias, notadamente pela relação conflituosa de princípios que conformam o direito processual, mas também por problemas subjacentes ao comportamento dos sujeitos do processo.

É exatamente com o intuito de explorar

estes pontos sensíveis que se propõe este artigo. Para tanto, será feita uma análise do conceito de astreinte, sua natureza jurídica, e um esboço histórico buscando evidenciar esse embate entre a valorização da Efetividade, da Dignidade da Justiça, com outros princípios, caros às relações privadas, como a Intangibilidade da Vontade e a Liberdade Individual, analisando ainda suas hipóteses de cabimento e o destinatário da multa na forma da disciplina legal vigente.

Traçadas estas premissas, ao final, abordar-se-á questões que envolvem a fixação, revisão e exigibilidade da multa, as quais, conforme se verá, se revelam nevrálgicas no processo de concretização do instituto, e que em alguns pontos causam dissonâncias dentro do Superior Tribunal de Justiça, corte que tem a missão de uniformizar a interpretação da lei federal.

### 2 | CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E BREVE HISTÓRICO

Como se destacou na introdução, a multa pecuniária processual, no ordenamento jurídico brasileiro, ganhou contornos a partir do modelo francês, de construção eminentemente jurisprudencial, e que sofreu, por esta característica, com a mesma desconfiança que marcou o judiciário pós-revolução, o que explica a hostilidade ao tema na crítica doutrinária

francesa, que enxergava na criação pretoriana<sup>1</sup> uma violação ao princípio da *nulla pena sine lege*<sup>2</sup>.

A invocação do princípio é prelúdio dos problemas que o instituto enfrentaria em seu desenvolvimento no Brasil, que apesar de adotar o termo *astreinte*<sup>3</sup>, muitas vezes o confundiu como espécie de penalidade, deslembrando que a multa tem finalidade apenas cominatória, servindo ao cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, e não de penalizar ou reparar qualquer situação subjacente à mora do devedor.

É nesta relação de significado que a *astreinte* pode ser conceituada como multa periódica fixada com o objetivo de exercer pressão psicológica no devedor<sup>4</sup>, forçando-o a cumprir a obrigação, e que será devida no caso de descumprimento do comando judicial que determinou o fazer, não fazer ou entrega de coisa.

Trata-se, portanto, de “mecanismo de indução do devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial”<sup>5</sup> de “execução por coerção indireta”<sup>6</sup> que objetiva coagir o devedor, constringê-lo de forma a levá-lo a cumprir com o comando que foi fixado na decisão judicial<sup>7</sup>.

Como antecipamos, seu desenvolvimento é marcado por problemas em sua caracterização, ora sendo vista como medida coercitiva e, outras vezes, como mera consequência da conversão em perdas e danos da execução de obrigações<sup>8</sup>.

Esta segunda opção, que se colocava como consectária ao Princípio da Intangibilidade da Vontade, como reverenciadora da Liberdade Individual, acabou por frear o desenvolvimento da tutela específica das obrigações, gerando uma confusão quanto à natureza jurídica do instituto.

O Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 retratava esse conflito na definição da natureza da multa, notadamente ao determinar, na forma do seu artigo 1005, que a multa não poderia ultrapassar o valor da prestação em juízo. Além disso, a inovação pretendida pelo código acabou por sofrer golpes na forma de outros dispositivos, do mesmo diploma, que acabou por carecer de mecanismos capazes de garantir Efetividade à chamada Ação Cominatória<sup>9</sup>.

O Código de 1973, por sua vez, inovou com a positivação dos artigos 287 e 644,

---

1 LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1974, Vol. VI, Tomo II, p. 773.

2 O brocardo secular é o Princípio Geral do Direito que fundamenta o princípio da Legalidade. Nesse sentido, v. art. 5º, inciso XXXIX, CRFB/88.

3 Do latim *astringere*: aquilo que é capaz de adstringir, compelir.

4 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. ed. atual. [atualizada pelas leis 11.672/08 e 11.694/08]. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 240.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2001, p. 72.

6 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 232.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Redução do valor da astreinte e efetividade do processo**. In ASSIS, Araken de et al (coords.). **Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2008, p. 1560 – 61.

8 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução indireta**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999, p. 109;

9 TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 27.

que previam que, com o requerimento da parte, o juiz poderia fixar multa com intuito de exercer coerção sob o devedor que se furtasse a cumprir com a obrigação de fazer ou não fazer fixada, sistemática que viria a ser aprimorada a partir de 1994<sup>10</sup>, com a possibilidade de fixação da multa independente de requerimento da parte, nos termos da nova redação conferida aos artigos 644 e 645 daquele estatuto processual.

Apesar dos esforços da legislação adjetiva, foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990), na forma do artigo 84, que finalmente prestigiou a primazia da tutela específica<sup>11</sup> em lugar da tutela reparatória, representando uma mudança de paradigma ao eleger a multa cominatória como um de seus mais destacados instrumentos.

Tal sistemática foi reforçada com o advento da Lei 10.044/2002 que passou a prever expressamente a possibilidade da adoção de medidas, de ofício, para a efetivação da tutela específica, inclusive a imposição de multa por tempo de atraso<sup>12</sup>, buscando conceder “maior eficácia para o combate aos notórios óbices à efetividade das decisões judiciais”<sup>13</sup>.

O instituto, a partir de então, foi ganhando os contornos que destacariam sua função inibidora, o caráter preventiva da multa, bem como sua relação com a força e o respeito à autoridade da decisão judicial”, desvelando que a cominação não objetiva compensar o exequente por algum dano sofrido, afastando qualquer função reparatória, delimitando sua função de “fortalecer a autoridade da decisão judicial pressionando o devedor a realizar a prestação devida em prazo que lhe tenha sido assinado”<sup>14</sup>.

Ocorre que, embora seja possível verificar uma concordância da doutrina de que é essa capacidade de exercer força indireta que parametriza e caracteriza a multa pecuniária, razão pela qual sua incidência deve ser proporcional à recalcitrância, nas construções das decisões judiciais, por diversas vezes, é possível colher, no curso da argumentação, razões de decidir que apontam para premissas diferentes.

É neste contexto que, ainda que implicitamente, por vezes é destacado um suposto caráter indenizatório, em que pese a desnecessidade de demonstração de qualquer dano para incidência das astreintes. Outras vezes, aspectos punitivos, ignorando a existência de instrumentos específicos no Código de Processo Civil para combater a Litigância de Má-fé bem como os atos atentatórios à Dignidade da Justiça.

É o que se percebe, à guisa de exemplo, nos trechos do arestos abaixo, decisões que destacam a existência de aspectos punitivos, veja-se:

10 Trata-se da Lei nº 8.953, de 13 de dezembro de 1994 que alterou dispositivos do Código de Processo Civil relativos ao processo de execução.

11 Conforme a lição de Cássio Scarpinella Bueno, por tutela específica deve-se compreender “como a maior coincidência possível entre o resultado da tutela jurisdicional pedida e o cumprimento da obrigação, caso não houvesse ocorrido lesão ou ameaça de direito no plano material”. BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3, p. 401.

12 Nesse sentido, ver §5º do artigo 461 do CPC/1973, alterado pela Lei 10.044/2002.

13 DINAMARCO Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Execução. 3 ed. V. 4. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.101.

14 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Redução do valor da astreinte e efetividade do processo**. In ASSIS, Araken de et al (coords.). **Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2008, p. 1561 – 62.

Diante da confessada desobediência e recalcitrância da Administração Pública no cumprimento da ordem judicial, já estampada em sentença de mérito, não há que se falar de desproporcionalidade da **multa** aplicada com a obrigação principal e redução das **astreintes**, eis que se encontra presente o **caráter punitivo**-pedagógico da **multa** cominatória, pelo atraso de 114 dias (TJ-DF 07039856620198079000 DF 0703985-66.2019.8.07.9000, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS, Data de Julgamento: 11/12/2019, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/12/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada).

(\*\*\*)

Nesse diapasão, não demonstrada objetivamente a exasperação da multa, que deve observar o caráter punitivo-pedagógico, há manter a cominação do juízo a quo (TJ-RJ - AI: 00393961820198190000, Relator: Des(a). FERNANDO FOCH DE LEMOS ARIGONY DA SILVA, Data de Julgamento: 04/09/2019, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL).

Apontando em sentido diverso, o Tribunal de Justiça da Bahia, acertadamente em nosso sentir, destacou que a multa pecuniária é medida coercitiva, “de caráter processual”, não “possuindo caráter punitivo ou ressarcitório”<sup>15</sup>, de maneira semelhante ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que destaca que as astreintes não se confundem com a sanção prevista no art. 77, § 2º, que prevê o ato atentatório à dignidade da justiça e ao exercício da jurisdição, que por sua vez “ostenta natureza predominantemente punitiva”<sup>16</sup>

É por esta caracterização que se afirma que a multa deve ser fixada de forma suficiente para coagir, sendo por isso variável, inexistindo uma escala ou tabulação. Sua incidência, porém, encontra limites em outros bens jurídicos, noutros princípios que podem vir a entrar em conflito no caso concreto, e que, muitas vezes, servem como parâmetros para aferir abusos na fixação e liquidação da multa, o que será objeto de análise adiante.

Antes disso, passar-se-á a análise, ainda que sumária, acerca da disciplina concedida à matéria pelo Código de Processo Civil de 2015, que consolidou muitos dos aspectos destacados até aqui, o que não implica em afirmar que extirpou todas as críticas e controvérsias que persistem em acompanhar o tema.

### 3 I CARÁTER PATRIMONIAL, CABIMENTO E DESTINATÁRIO DA MULTA

Como foi destacado no tópico anterior, o presente trabalho se dedica a destacar as astreintes, caracterizando-a como instituto eminentemente processual, e que por isso não se confunde com perdas e danos, indenização, ou qualquer medida de ressarcimento.

Corroborando com esta característica, e pacificando a questão, o CPC vigente, em seu artigo 500, consignou expressamente que a “indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento

15 TJ-BA - APL: 03061881920138050113, Relator: Antonio Cunha Cavalcanti, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 27/11/2018.

16 STJ - REsp: 1569982 PR 2015/0295701-7, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 13/08/2020.

específico da obrigação”<sup>17</sup>.

É por conta de tal caracterização que não há que se falar em liberação do devedor mediante o pagamento do valor da indenização, inexistindo, na atual sistemática, o caráter facultativo no cumprimento das obrigações, como sustentou no passado a doutrina francesa, na esteira da interpretação concedida ao artigo 1.142 do Código Napoleônico<sup>18</sup>, fiel ao dogma da Intangibilidade da Vontade.

Outro ponto controvertido girava em torno do caráter patrimonial da multa, que, em atenção ao que construiu a experiência francesa, decorreria do fato do destinatário da multa ser o credor da obrigação.

Seguindo este modelo, o atual código, na forma do seu artigo 537, §2º, determinou que o valor da multa é devido ao exequente, o que já era confirmado pela jurisprudência, que destacava o caráter patrimonial e privado da multa. É o que se depreendo do julgamento do AREsp 1.139.084, em que a 1ª turma do STJ entendeu que os herdeiros da parte originalmente beneficiária da tutela judicial, que fixou as astreintes, tem legitimidade para executar o valor da multa diária fixada<sup>19</sup>.

Na espécie, mesmo a pretensão principal tendo por objeto bem personalíssimo – *Direito à Saúde* - o ministro Napoleão Nunes Maia Filho entendeu que a multa pecuniária possui natureza distinta do bem da vida objeto principal da lide, veja-se:

Há que se distinguir, portanto, a obrigação principal cujo adimplemento se busca na Ação - uma obrigação de fazer, no caso de tratamento ou providências aptas a garanti-lo, ou de dar, se o pedido for pelo fornecimento de medicamentos ou outros itens - e eventuais obrigações de pagar, que com aquela não se confundem.

[...]

Obrigações de pagar, por sua vez, são de caráter patrimonial, e por isso não têm sua utilidade prática limitada à parte autora ou às peculiaridades de sua condição clínica. Ao revés, os créditos oriundos de tais obrigações se inserem no conjunto das relações jurídicas econômicas da parte, e como tais são plenamente transmissíveis a seus herdeiros<sup>20</sup>.

Embora destacada a escolha do legislador, as controvérsias envolvendo a liquidação da multa parecem reavivar a discussão, o que enseja posições contrárias à eleita pelo legislador, como a do Prof. Marcelo Lima Guerra, que afirma não ter o exequente, pelo menos em princípio, o direito de perceber nenhum valor, em decorrência do inadimplemento do executado, “que não seja àquela correspondente a perdas e danos”, posto que, nesta relação, “o primeiro só tem direito à prestação contratada ou ao equivalente pecuniário

17 BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>.

18 Determinava o artigo 1.142 do Código Civil Napoleônico que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor.

19 STJ - AREsp: 1139084 SC 2017/0177693-4, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 05/09/2017.

20 Ibid.

dessa mesma prestação”<sup>21</sup>.

De maneira semelhante é a lição de Luiz Guilherme Marinoni ao destacar o caráter psicológico da multa, razão pela qual, segundo o autor, quebra com a coerência interna do instituto, com a racionalidade, “a ideia de que ela deva reverter para o patrimônio do autor, como se tivesse algum fim indenizatório ou algo parecido com isso; seu único objetivo é garantir a efetividade da tutela jurisdicional”<sup>22</sup>.

Feitas tais ressalvas, é importante destacar ainda o cabimento da multa, ou seja, perquirir sobre em quais espécies de obrigações podem ser fixadas. A legislação vigente, neste ponto, ampliou sua incidência. O Código de 1973 foi terreno fértil para discussão acerca de quais espécies de obrigações guardariam adequação com a cominação da multa, permitindo questionamentos, por exemplo, sobre a possibilidade de fixação em obrigações de entrega de coisa, bem como diante do descumprimento de obrigações de natureza pecuniária e fungíveis.

Com o Código de 2015, notadamente diante do texto do artigo 139, inciso IV<sup>23</sup>, reavivou-se, inclusive, o debate acerca da aplicação da multa diante de prestações de natureza pecuniária, que, em nosso sentir, passou a depender apenas da adequação ao caso concreto, ou seja, desde que coerente com o seu escopo, posto que o legislador, expressamente, entendeu pela possibilidade da cominação.

Quanto às obrigações fungíveis, a legislação processual anterior, interpretada em cotejo com o Código Civil, apontava para impossibilidade da aplicação da multa nos casos em que a conduta do devedor não era imprescindível para ao adimplemento da prestação, corrente que, com a valorização da tutela específica das obrigações, tornou-se cada vez mais minoritária.

Outrossim, permanece, em nosso sentir, a necessidade de que sejam sopesadas as peculiaridades do caso concreto, de forma a não desprestigiar outros bens jurídicos e princípios em conflito, como fez o epíteto de n.º. 144 da Súmula de Jurisprudência do TJ/RJ, que exclui, *prima facie*, a cominação da multa em algumas destas hipóteses, veja-se:

Nas ações que versem sobre cancelamento de protesto, de indevida inscrição em cadastro restritivo de crédito e de outras situações similares de cumprimento de obrigações de fazer fungíveis, a antecipação da tutela específica e a sentença serão efetivadas através de simples expedição de ofício ao órgão responsável pelo arquivo dos dados<sup>24</sup>.

Ocorre que, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, a aplicação da multa

21 GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999, p. 207.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 222.

23 Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (grifou-se).

24 Uniformização de Jurisprudência n.º. 2007.018.00006. Julgamento em 24/11/2008. Relator: Desembargadora Leila Mariano. Votação por maioria. Disponível em: <[http://portal.tj.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?\\_=18](http://portal.tj.tjrj.jus.br/documents/10136/18187/sumulas.pdf?_=18)>.

coercitiva tem cabimento no descumprimento de obrigações fungíveis ou infungíveis<sup>25</sup>, bem como, desde as alterações legislativas promovidas em 2002, sua incidência pode se dar também diante de obrigações de entrega de coisa, esvaziando o epíteto de nº 500 do STF, que, tratando do Código de 1939, entendia pela impossibilidade de utilização da ação cominatória que tivesse por objetivo compelir o réu a cumprir obrigação de dar<sup>26</sup>.

Desse modo, o CPC/2015 positivou muito do que estava consolidado na jurisprudência, disciplinando a multa no art. 537 e seus parágrafos, prevendo que a multa pode ser aplicada de ofício e em qualquer fase do processo, seja de conhecimento, em tutela provisória, na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação, e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

No parágrafo primeiro do artigo 537, a legislação permitiu ao juiz, analisando um pedido da parte ou mesmo de ofício, modificar o seu valor ou a sua periodicidade, tendo disciplinado em seus incisos tais hipóteses, quais sejam: quando tenha se tornou insuficiente ou excessiva ou quando o obrigado / executado tenha demonstrado o cumprimento parcial superveniente ou ainda quando demonstrada uma justa causa para não ter cumprido o comando.

Analisando os termos legais, percebe-se que, tanto quanto à fixação - *ao utilizar termos paradoxais como “suficientes” e “compatíveis” com a obrigação* – quanto no que tange à revisão da multa - *ao destacar expressamente apenas a possibilidade de modificação do valor ou periodicidade da multa vincenda* – que a legislação deixou margem para as maiores controvérsias em torno do tema, que se soma à questão da exigibilidade, apesar da dicção menos confusa do parágrafo quarto, conforme será abordado a seguir.

## 4 | FIXAÇÃO, REVISÃO E EXIGIBILIDADE DA MULTA

Compreendido o conceito, as hipóteses de cabimento e o destinatário da multa, permanecem em aberto pontos sensíveis no processo de aplicação da multa, que vão desde sua fixação até a sua exigibilidade, e que muitas vezes exigem atenção diante do conflito com outros princípios.

Assim, embora já se tenha destacado que a multa não se confunde com a obrigação principal, razão pela qual se afirma que a fixação do seu valor não a ela não se limita, com ocorre de maneira distinta o a cláusula penal, isso não implica na admissão de cominações que ignorem o caráter coercitivo pretendido pelas astreintes.

É por isso que, além de fixar o valor, é imprescindível que seja fixado prazo razoável para o cumprimento do comando judicial, tanto que, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, caso a decisão judicial não tenha fixado prazo adequado para o seu

25 STJ, 1ª Turma, REsp 893.041/RS, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 05.12.2006, DJ 14.12.2006.

26 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula nº 500. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_401\\_500#:~:text=S%C3%9AMULA%20500,a%20cumprir%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20dar.](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500#:~:text=S%C3%9AMULA%20500,a%20cumprir%20obriga%C3%A7%C3%A3o%20de%20dar.)>.

cumprimento, “não cabe a incidência da multa cominatória uma vez que ausente o seu requisito intrínseco temporal”<sup>27</sup>.

Além do aspecto temporal, o próprio valor da multa precisa levar em conta outros *standards*, como o da Razoabilidade e Proporcionalidade, da Vedação ao Enriquecimento Sem Causa, do Menor Sacrifício do Executado, este previsto de maneira expressa no art. 805 do Código de Processo Civil em vigência.

A par disso, embora a fixação do valor da multa deva servir ao seu escopo, desestimulando o comportamento desidioso, a inércia, por outro lado não pode tornar o descumprimento da obrigação mais atraente que o seu adimplemento, servindo como fonte de locupletamento ilícito, razão pela qual, precisa o magistrado se nortear também pelos princípios destacados acima, além de observar o comportamento do próprio credor da obrigação.

É este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende do Relatório do Min. Luis Felipe Salomão<sup>28</sup> que destaca o desestímulo a inércia injustificada como objetivo precípua da norma, e que a cominação da multa deve ser norteadada pela razoabilidade e proporcionalidade “para que não seja fonte de enriquecimento indevido ou, por sua insuficiência, desestímulo ao devido cumprimento da obrigação”.

Na busca por esse equilíbrio, a multa pode ser revista, e questão que se coloca é saber quais os limites temporais para essa análise, qual a interpretação adequada para o parágrafo artigo 537 § 1º do CPC/2015, o alcance da expressão “modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda”.

Para parte da doutrina<sup>29</sup>, o dispositivo veda a redução da multa consolidada, vencida, posto que já faria parte do patrimônio jurídico do credor, e a redução deste crédito constituído representaria lesão ao direito adquirido pelo demandante, que não pode ser atingido pela banalização do uso indistinto do Princípio que veda o enriquecimento sem causa.

No projeto do atual Código de Processo Civil/2015 que foi enviado pela Câmara dos Deputados, de maneira contrária a dominante jurisprudência, majoritariamente filiada ao entendimento de que as astreintes não faz coisa julgada ou preclui, a redação do dispositivo fazia menção sobre a impossibilidade da revisão judicial atingir fatos pretéritos.

Ocorre que o texto não prevaleceu, e a retirada da expressão “sem eficácia retroativa” da nova legislação processual acabou por silenciar acerca dos efeitos temporais da decisão cominatória.

Mesmo entre os que se filiam pela possibilidade de revisão a qualquer tempo, pela necessidade de balizamento por outros princípios em jogo, a maneira como estas normas

27 AgInt no REsp 1361544/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 03-10-2017, DJe 05-10-2017).

28 STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 715.637 - DF (2015/0121153-7) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. DJ: 29/06/2015.

29 Neste sentido, ver: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 370.

deverão ser utilizadas no caso concreto divide a Corte Superior, notadamente acerca de qual momento deverá ser analisada a razoabilidade do valor da multa.

Para a Terceira Turma, nos termos do relatório da Ministra Nancy Andrighi, a análise de compatibilidade do valor da multa com o princípio da razoabilidade não deve ser feita considerando o total acumulado, mas a comparação do valor da multa, “com a expressão econômica da prestação” no momento em que foi fixada, sendo este “o critério mais justo e eficaz para a aferição da proporcionalidade e da razoabilidade”<sup>30</sup>.

Conforme destacou na decisão, realizar esta análise fazendo o cotejo entre o valor da obrigação principal e o total alcançado pela multa “poderá estimular a conduta de recalitrância do devedor em cumprir as decisões judiciais”, que pode vir a esperar que o valor da multa atinja valores vultosos contando com a redução do valor pelas cortes recursais.

No caso, em que a instituição bancária deduziu pretensão de ver reduzida a multa relacionada a uma obrigação relacionada a uma cobrança de R\$ 123,92, a Terceira Turma entendeu pela possibilidade de reduzir o valor da multa diária de mil para cem reais, mantendo, porém, inalterado o número de dias sob qual incidiria, fórmula proposta pela Ministra pra combater a recalitrância sem que se negue vigência ao Princípio da Razoabilidade.

No mesmo julgado, destacando o escopo do instituto e a necessidade de que se aplique a multa sem torna-la mais sedutora que satisfação da própria obrigação, observou a Ministra:

A multa cominatória é instrumento processual adequado à busca de maior efetividade da tutela jurisdicional, funcionando como mecanismo de indução do devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial. Não se trata, portanto, de um fim em si mesmo, de modo que seu valor não pode tornar-se mais interessante que o próprio cumprimento da obrigação principal.

De maneira diversa, para a Quarta Turma, a análise de compatibilidade entre o valor da multa e os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade não deve simplesmente desconsiderar o total do valor acumulado, o momento em que se converte em crédito, mas que deve ser analisado em cotejo com outros parâmetros, inclusive com o valor da obrigação e importância do bem jurídico tutelado, com o qual entendem que deve guardar correspondência com a obrigação principal<sup>31</sup>.

A questão é que a limitação o valor da multa considerando exclusivamente o valor da obrigação principal representaria um retorno à disciplina legal do código processual de 1939, que previa expressamente este teto, e que só viria a ser alterado coma vigência do

30 STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.714.990 - MG (2017/0101471-4) RELATOR. MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJE: 18/10/2018.

31 Neste sentido, ver: REsp 947.466/PR, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009; AgRg no AREsp 666.442/MA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 20/10/2015; AgRg no REsp 541.105/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 08/03/2010.

CPC de 1939.

A par disso, o Ministro Luis Felipe Salomão em Voto-Vista proferido em novembro de 2016, preocupado com o que chamou de movimento pendular, de pulverização da jurisprudência da própria Corte Superior, destacou que, embora não seja o único, a correspondência / vinculação do valor das astreintes com “a expressão monetária da obrigação principal, deve ser um dos elementos a guiar o intérprete”.

Para o Ministro, com base nas peculiaridades do caso concreto e orientado pelos princípios em jogo, além da correspondência do valor com a expressão econômica e da fixação de tempo razoável, deve-se observar a capacidade econômica e de resistência do devedor, mas também princípios comportamentais do magistrado e credor, como a possibilidade de adoção de outros meios pelo juiz e o dever do credor de mitigar seu próprio prejuízo, na esteira da doutrina anglo-saxônica do *Duty to Mitigate de Loss*.

Analisando as características do devedor, no que o Ministro chamou de análise de “custo-benefício” do comportamento desidioso, não deve considerar exclusivamente o patrimônio do devedor, mas também questionar as desvantagens e o “benefício econômico que o devedor poderá ter com a inobservância do preceito judicial”.

Quanto aos demais sujeitos processuais, como decorrência dos princípios da boa-fé e cooperação processual, “é dever do juiz utilizar o meio menos gravoso e mais eficiente para se alcançar a tutela almejada, notadamente, verificando alguma medida de apoio que não traga tantos prejuízos para as partes”, sem ignorar que a multa não é o único meio disponível ao magistrado, podendo se valer de expedição de ofícios ou outra medida, inclusive substitutiva, que sirva ao adimplemento da obrigação.

O credor, por sua vez, deve se atentar para necessidade de mitigar sua própria perda, podendo configurar abuso do direito a sua inércia, o descaso quanto à satisfação da obrigação, violando a boa-fé objetiva, ofendendo a lealdade e cooperação processual, razão pela qual deve demonstrar em juízo seu interesse na tutela específica da obrigação, cumprindo com seu dever de informação, inclusive requerendo outras medidas possíveis de apoio ao cumprimento da ordem.

É o sopesamento destes parâmetros, a partir de uma interpretação finalística das astreintes, que o tema deve ser encarado, sendo justamente essa aptidão para exercer coerção no devedor requisito para sua exigibilidade, não devendo prevalecer diante de quando não teve sucesso em forçar o devedor ao cumprimento, razão pela qual deve ser substituída e suspensa na busca pela tutela específica, ou o mais próximo disso.

Com o advento do CPC/2015, outra questão que se revelou controversa, na execução da multa, é a aplicação ou não do artigo do art. 513, § 2º, inciso I, do CPC e a possível superação do epíteto 410 da Súmula de Jurisprudência do STJ, que condiciona a incidência e exigibilidade da multa a intimação pessoal do devedor.

Com efeito, o dispositivo legal supramencionado, que trata sobre o cumprimento de sentença, determina ser suficiente a intimação do devedor através de seu advogado

constituído nos autos, por meio do Diário da Justiça, dispensando assim a intimação pessoal para seguir com a fase executiva.

Diante da nova disciplina legal, vozes defenderam sua aplicação ao caso da execução da multa cominatória. Filiando-se a esta tese, de que é suficiente a intimação do advogado do devedor, decidiu o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino<sup>32</sup>:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 1.132.325/RS (2017/0165846-0)  
RELATOR: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (...) 5. Note-se que houve a intimação pessoal da parte devedora, a qual foi atendida por Oficial de Justiça, conforme consta do mandado de intimação juntado aos autos à fl. 104, tendo sido certificado pelo meirinho o cumprimento deste. 6. Ademais, cabe destacar que, com o advento do novel CPC, a precitada súmula restou, em tese, revogada pela aplicação do art. 513, § 2º, inciso I, do novel CPC, sendo suficiente para incidência da pena pecuniária a intimação do procurador da parte devedora mediante o diário oficial.

Tal entendimento afasta a incidência da jurisprudência consolidada, desde 2009, na forma do epiteto 410, que traz a seguinte orientação: “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

Ocorre que, apesar das críticas, que vem na aplicação da súmula prejuízo a celeridade e efetividade do processo, contrariando o intuito da reforma legislativa, o STJ continua aplicando a orientação, entendendo que a súmula 410/STJ orienta que a incidência da multa se dará a partir do momento em que se escoo o prazo estiolado para o adimplemento voluntário da ordem, “ou melhor, a partir da intimação pessoal do devedor se inicia a contagem do prazo para o cumprimento da decisão, sob pena de incidência imediata da multa previamente estabelecida”<sup>33</sup>.

Assim, por possuir regime diferente da obrigação de pagar quantia, notadamente diante da inexistência de prazo fixo, determinado pela lei, como nos casos de execução de obrigação pecuniária, o Superior Tribunal de Justiça continua aplicando a orientação, entendendo o regime da astreintes incompatível com a intimação ficta do devedor / executado.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde sua origem, através de sua construção na jurisprudência francesa, a multa cominatória processual é acompanhada por críticas, tendo sido concebida pela Doutrina, em sua origem, como violadora dos direitos do devedor, que não poderia ser sancionado sem a existência de lei, em sentido formal, cominando a suposta sanção.

Pode-se perceber, neste iter, que ao importar o instituto tendo como base a

32 STJ - AREsp: 1132325 RS 2017/0165846-0, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Publicação: DJ 04/09/2017.

33 RECURSO ESPECIAL Nº 1.758.800 - MG (2017/0023348-8). RELATORA: Ministra NANCY ANDRIGHI. Data de julgamento: 18/02/2020.

experiência francesa, a processualística brasileira, muitas vezes, incorreu nos mesmos equívocos na concepção de sua caracterização, olvidando que a multa tem caráter processual, que objetiva simplesmente coagir o devedor ao cumprimento da ordem judicial, inexistindo, portanto, objetivos reparatórios ou sancionatórios.

Demais disso, na aplicação do instituto na rotina forense, a multa, por diversas vezes, se coloca em rota de colisão com outros princípios, como o que veda o enriquecimento sem causa, como o que exige adequação entre os meios e os fins propostos pretendidos pela aplicação da norma, o que enseja comumente a sua rediscussão em sede recursal.

Diante disso, a escolha do legislador pelo credor como destinatário da multa, em nosso sentir, representou abalo a coerência interna do instituto, posto que o acúmulo da multa tende a gerar tais questionamentos, como de que se tornou mais vantajosa que a própria tutela específica da obrigação, o que se teria evitado se a disciplina legal tivesse tomado caminho diverso.

Os critérios propostos pelo Ministro Luis Felipe Salomão, que destaca a necessidade de que sejam ponderados fatores múltiplos na fixação e revisão da multa, se revelam úteis na busca pela segurança jurídica em torno do instituto, afastando a discricionariedade judicial e o caráter lotérico que vem cercando o tema nos últimos anos.

Por esta razão, além de ter em mente os critérios legais fixados, que determinam que a multa deve ser suficiente e compatível com a obrigação, analisar o comportamento do magistrado e do credor, se revela extremamente útil na busca pela aplicação do instituto sem que se distancie de sua teleologia, que guarda relação com a busca por efetividade da justiça e pela satisfação da obrigação, e não com o enriquecimento sem causa do credor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 10 nov 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. Curso **Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. 7ª ed. V. 3. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Redução do valor da astreinte e efetividade do processo. In ASSIS, Araken de et al (coords.). **Direito Civil e Processo: Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim**. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. rev., ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 232.

DINAMARCO Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Execução. 3 ed. V. 4. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GUERRA , Marcelo Lima. Execução indireta. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC**. 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer - e sua extensão aos deveres de entrega de coisa**. 2. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003.

# CAPÍTULO 2

## A MIGRAÇÃO TRANSNACIONAL NO CONTEXTO AFRICANO: BREVE ABORDAGEM

Data de aceite: 01/09/2022

### **Jeancarlo Gorges**

Mestrando no Mestrado Profissional Internacional conjunto em Direito das Migrações Transnacionais. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Università degli Studi di Perùgia – UNIPG. Atualização em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul. Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille. Procurador do Município de Itajaí

### **Carla Piffer**

Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Doutora em Diritto pubblico pela Università degli Studi de Perugia - Facoltà di Giurisprudenza- Itália. Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). MBA em Direito da Economia e da Empresa/FGV Professora Permanente dos Programas de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica - PPCJ - UNIVALI. Professora permanente do Mestrado Internacional Profissional em Direito das Migrações Transnacionais - UNIVALI

“Ou nós encontramos um caminho, ou abrimos um”.  
Aníbal.

## 1 | INTRODUÇÃO

A frase citada acima é de Aníbal Barca, o principal líder de Cartago, durante as guerras púnicas, um dos principais antagonistas ao poder Romano.

Situada no norte da África, onde hoje se localiza a cidade de Túnis, capital da Tunísia, Cartago impôs duras baixas ao Império Romano, principalmente durante a segunda guerra púnica (218 a 201 a.C.) quando Aníbal, com 9 mil cavaleiros e 50 mil soldados a pé<sup>1</sup> e elefantes, entrando pela Espanha, atravessou os Alpes com o objetivo claro de demonstrar a Roma o tamanho da sublevação e capacidade de Cartago, impondo-lhes o que os historiadores afirmam ser a maior derrota romana: a batalha de Cannae<sup>2</sup>.

A título comparativo, tal fato sói acontecer somente em 410 d.C, com a invasão dos Visigodos a Roma liderados por Alarico I, que deu início as invasões bárbaras do Império Romano do Ocidente<sup>3</sup>.

Assim, literalmente, Aníbal abriu um caminho até Roma. Exatamente como os Migrantes Transnacionais<sup>4 5</sup> vem fazendo hoje, apesar de todas as dificuldades que os cercam

1 MAGNOLI, Demétrio. Organizador. História das Guerras. Guerras púnicas. 4ª Ed. São Paulo: Contexto, 2008. Página 65.

2 MAGNOLI, Demétrio. Organizador. História das Guerras. Guerras púnicas. 4ª Ed. São Paulo: Contexto, 2008. Página 66.

3 COELHO, Fabiano de Souza; FORMENTINI, Luís Eduardo. O Saque de Roma pelos Visigodos: Visões Tardo-Antigas. Revista Espacialidades [online]. 2016, v. 9, Jan- Jun, n. 1. ISSN 1984-817X. Acesso em 30 de junho de 2019, às 16:20 h.

4 “Direito transnacional é um híbrido entre direito doméstico e internacional, de crucial importância na vida das sociedades contemporâneas.” Harold Honhju Koh (2006). Citado em Cruz, P.M.; Piffer, C. transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes. Revista de Direito Unisc. Set/dez. 2017.

5 PIFFER, Carla. TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes

quando tomam a decisão de partir.

## 2 | A IMIGRAÇÃO AFRICANA

A migração africana mescla componentes sociais, antropológicos, históricos e econômicos de extrema relevância quando se busca entender este fenômeno. Para Guiddens e Sutton em obra traduzida por Carla Freire:

As teorias que explicam os padrões migratórios são pautadas pelos chamados fatores *push* (empurrar) e *pull* (puxar). Os fatores *push* ocorrem dentro de um país e obrigam ou “empurram” as pessoas para que emigrem, como conflitos, guerras, fome ou opressão política. Os fatores *pull* ocorrem nos países de destino e atraem novos imigrantes, por exemplo, melhores mercados de trabalho, oportunidades de emprego, melhores condições de vida e incentivo político. Ultimamente, as teorias *push-pull* têm sido consideradas simplistas demais, sobretudo com os padrões migratórios cada vez mais fluidos e globais.<sup>6</sup>

Esta caracterização de padrões fluidos e globais traz a lembrança de ineditismo da história da humanidade, que se sucedem em antagonismos repetitivos que, vez por outra, acabam por colapsar as estruturas sociais vigentes. No prefácio de *Histoire de Louis XI, de Duelos* citado por Jessup:

Vemos no teatro do mundo certo número de cenas que se sucedem em infundável repetição: onde vemos os mesmos erros seguidos regularmente das mesmas desgraças, podemos razoavelmente pensar que, se tivéssemos a primeira, teríamos evitado as demais.<sup>7</sup>

Em *The Age Of Migration – Migration in Africa and the middle East* este padrão de repetição das inevitabilidades é ressaltado quando aponta que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, com descolonização, as sociedades têm experimentado a tumultuosa formação de Estados, nascidos em conflito pelo poder e pelos recursos naturais valoráveis, somado as transformações sociais de alto impacto e globalização<sup>8</sup>. Interessante notar que a desigualdade se produz, também entre países do continente Africano, em especial aqueles dotados de riquezas naturais como commodities, petróleo e pedras preciosas. Em contrapartida aos países do chamado chifre da África.<sup>9</sup>

---

diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Página 121: "Um dos primeiros pesquisadores modernos da terminologia “transnacional” foi Philip Jessup, em sua obra denominada *Transnational Law* no ano de 1965. Nessa obra, Jessup tenta tratar dos problemas aplicáveis à comunidade mundial inter-relacionada, que principia com o indivíduo e alcança a Sociedade de estados, por considerar que a comunidade mundial estava criando laços cada vez mais complexos e que a expressão Direito Internacional estaria superada e já não atendia às exigências conceituais da nova época que se desenhava”.

6 GIDDEN, S Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos Essenciais da Sociologia*, Tradução Cláudia Freire. 1ª Edição. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

7 JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

8 CASTLES, Stephen; HASS, Hein de; MILLER, Mark J. *The age of migration: international population movements in the modern world*. Fifth edition.

9 Essa região se refere ao nordeste Africano e algumas vezes dita como Península Somali, é uma designação da região nordeste do continente africano, que inclui a Somália, a Etiópia, o Djibouti, a Eritreia e a Somalilândia.

Castles, Haas e Miller<sup>10</sup> fazem importante ponderação ao esclarecer que, enquanto o Magrebe e Turquia têm evoluído para fontes principais de trabalhadores migrantes para a Europa, a região do Golfo, rica em petróleo tornou-se um ímã global para os migrantes de países mais pobres da África subsaariana, ou seja, intra regional em conjunto cada vez mais diversificado de países asiáticos, apesar da totalidade de conflitos identificados na região:

No período pós 1945, a África e o Oriente Médio também têm sido principais fontes de requerentes de asilo, refugiados e deslocados internos como consequência da opressão política e conflitos violentos. Levantes e a migração forçada incluso o conflito israelo-palestiniiano, as várias guerras envolvendo o Iraque e o Afeganistão, o conflito em torno do Saara Ocidental desde 1975, a guerra civil da Somália, as guerras entre o Norte e o Sul do Sudão, as guerras civis do Oeste Africano em Serra Leoa e Libéria nos anos 1990 e início de 2000, os conflitos recorrentes nas regiões dos Grandes Lagos, e violentos conflitos na Líbia e na Síria(...)

Recentemente, a representante especial do secretário-geral da ONU para a Migração Internacional, Louise Arbour, participou do encontro regional africano sobre o processo que deve adotar um pacto global para uma migração segura, ordenada e regular, na capital etíope Adis Abeba. Neste evento sua declaração aos delegados dos mais variados governos foi no sentido de que:

[...] o plano é uma oportunidade para desafiar mitos atuais e construir uma narrativa com base na realidade. Eis que “para ela<sup>11</sup>, o Pacto Global para Migração deve considerar que “a maioria dos Estados é ao mesmo tempo composta por países de origem, trânsito e destino.

[...]

À exceção do norte da África, cerca de dois terços dos migrantes vão para outros países do próprio continente. A maioria vive dentro das suas sub-regiões. Na África, 2% dos migrantes passaram a viver em outros países da região, enquanto a maior parte da migração ocorre entre países vizinhos. Arbour apontou que é um “mal-entendido” muito frequente a informação de que a maioria dos migrantes em toda região tenta chegar aos países ocidentais, ao destacar que a crescente migração que vem ocorrendo se dá entre países do Sul global.”<sup>12</sup>

Um fator histórico preponderante, inerente as migrações africanas, é que, por mais contraditória conceitualmente, suas mal definidas fronteiras incentivaram uma intensa troca

10 CASTLES, Stephen; HASS, Hein de; MILLER, Mark J. **The age of migration: international population movements in the modern world**. Fifth edition.

11 No evento organizado pela Comissão Econômica da ONU para África, Arbour disse que devem ser ampliadas as vias regulares e legais de migração para melhor gerir a oferta e a demanda nos mercados de trabalho mundiais. A representante da ONU enfatizou que a meta dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que prevê facilitar a migração segura, ordenada e regular foi reiterada na Declaração de Nova Iorque. Para ela, será possível cumprir esse propósito com “uma maior variedade e alcance de caminhos legais para os migrantes que não são refugiados, para que eles possam trabalhar nos mercados”. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/na-africa-maior-parte-da-migracao-ocorre-entre-paises-vizinhos/>>. Acesso em 05 de jul. de 2019, às 18:37 horas.

12 Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/na-africa-maior-parte-da-migracao-ocorre-entre-paises-vizinhos/>>. Acesso em 05 de jul. de 2019, às 18:45 horas.

multicultural. Bom exemplo disso é a história do povo Bantu, uma das maiores migrações humanas, partiam da área hoje ocupada por Nigéria e Camarões em direção a metade sul do continente<sup>13</sup>. Cruz e Piffer analisaram esta ótica histórico-evolutiva<sup>14</sup>:

Tendo em vista que a história se caracteriza como uma sucessão ininterrupta de épocas inerente à evolução da própria humanidade<sup>15</sup>, esta se depara com novos modos de vida contemporâneos, tratados por Giddens<sup>16</sup> como as consequências da modernidade. Estas consequências, por sua vez, afastaram os seres humanos de todos os tipos tradicionais de ordenamentos sociais. Deste modo, tanto pela extensão quanto pela intensidade, as transformações ligadas à modernidade parecem muito mais profundas do que a maior parte das mudanças ocorridas nas épocas precedentes.

Neste contexto, é forçoso admitir que as condições migratórias tribais sofreram uma intersecção brutal com o início do tráfico de escravos no século XVI e nos próximos 3 séculos, onde mais de 12 milhões de seres humanos foram retirados à força do continente<sup>17</sup> e, com o veto do Império Inglês ao tráfico escravo (atendendo aos próprios interesses neo industriais) seguiu-se a colonização da África, com a implantação do modelo europeu de fronteiras, até então inexistente, o que determinou o fim das migrações histórico-antropológicas dos povos africanos.

### 3 | DADOS ESTATÍSTICOS DA MIGRAÇÃO AFRICANA

Graças a dedicada pesquisa e intensa compilação de dados recentes trazidos por Patrício e Peixoto (2018)<sup>18</sup> no Dossiê: “Migrações na África: sujeitos, impactos e desafios” pode-se vislumbrar a dinâmica das migrações do continente africano. Os quadros e tabelas que se seguem pertencem a este completo estudo que compila dados de 2016 a 2018. Sua interpretação indica que “configurações híbridas, onde muitos países são concomitantemente emissores, receptores e de trânsito, podendo trocar de posição ao longo do tempo em função da conjuntura interna e externa”<sup>19</sup>:

13 CASTLES, Stephen; HASS, Hein de; MILLER, Mark J. **The age of migration: international population movements in the modern world**. Fifth edition. Página 174.

14 Migrações transnacionais no Estado de Santa Catarina [recurso eletrônico]. Angelo Ricardo Christoffoli...[et al.]; organizador Rafael Padilha dos Santos. - Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 31 de março de 2021 às 15:40.

15 SANTOS, Milton. Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 141.

16 GIDDENS, Anthony. **Le conseguenze dela modernità**. Fiduca e rischio, sicurezza e pericolo. Bologna: Mulino, 1994.

17 CASTLES, Stephen; HASS, Hein de; MILLER, Mark J. **The age of migration: international population movements in the modern world**. Fifth edition. Página 174.

18 Dossiê: “Migrações na África: sujeitos, impactos e desafios”. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v26n54/2237-9843-remhu-26-54-011.pdf>>. acesso em 05 de jul. de 2019 às 19:37 horas.

19 Dossiê: “Migrações na África: sujeitos, impactos e desafios”. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v26n54/2237-9843-remhu-26-54-011.pdf>>. Acesso em 05 de jul. de 2019 às 19:54 horas.

Principais países emissores (emigração)	Principais países receptores (imigração)	Principais corredores
Burkina Faso	África do sul	Burkina Faso - Costa de Marfim
Costa de Marfim	Burkina Faso	Somália - Etiópia
Mali	Camarões	Sudão do sul - Sudão
Nigéria	Costa de Marfim	Costa de Marfim - Burkina Faso
RDC	Etiópia	<b>Moçambique - África do sul</b>
Somália	Nigéria	Lesotho - África do Sul
Sudão	Quênia	Mali - Costa de Marfim
Sudão do sul	Sudão do sul	Sudão - Arábia saudita
Zimbabwe	Tanzânia	Somália - Quênia
	Uganda	Zimbabwe - África do sul

Quadro 1: África Subsaariana - Principais países emissores, receptores e corredores migratórios.

Fonte: Banco Mundial (2016).

Países	2015	2016
Burundi	99.300	59.313
Camarões	123.959	176.555
Etiópia	450.203	257.563
<b>Moçambique</b>	-	<b>15.128</b>
Rep. D. Congo (RDC)	1.500,000	2.230,157
Somália	1.223,000	1.106,751
Sudão	3.182,286	3.300,000
Sudão do Sul	1.696,962	1.853,924
<b>África Subsaariana</b>	-	<b>12.198,560</b>

Quadro 2: Deslocados internos associados aos conflitos e violência

Fonte: Sistematizado pelos autores, a partir de Banco Mundial (2018).

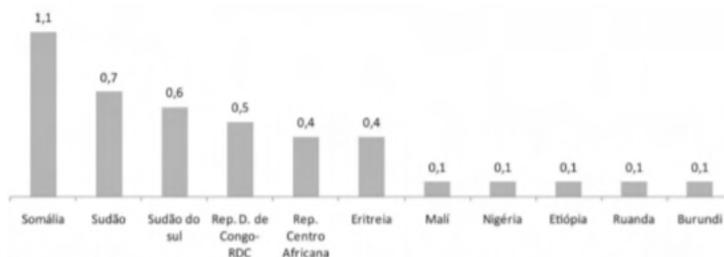


Gráfico 1: Principais países de origem dos Refugiados em África (2014) - milhões

Fonte: Sistematizado pelos autores, a partir de Banco Mundial (2016).

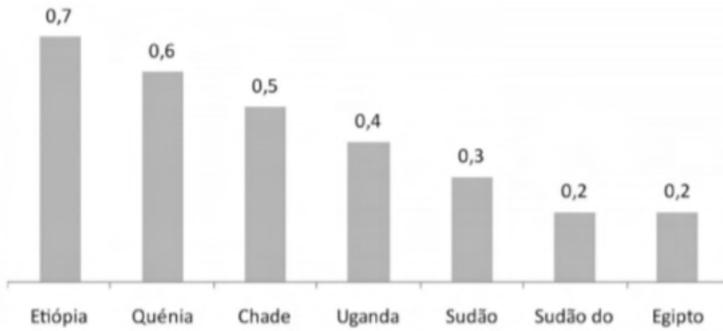


Gráfico 2: Principais países de destino dos Refugiados em África (2014) - milhões

Fonte: Sistematizado pelos autores, a partir de Banco Mundial (2016).

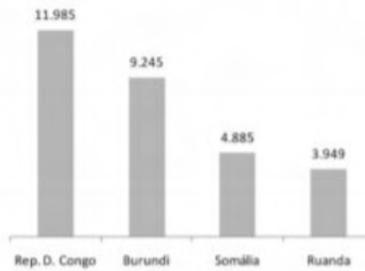


Gráfico 3: Proveniência dos Refugiados/Requerentes de Asilo (2018)

Fonte: INAR (Maio-2018) sistematizado pelos autores.

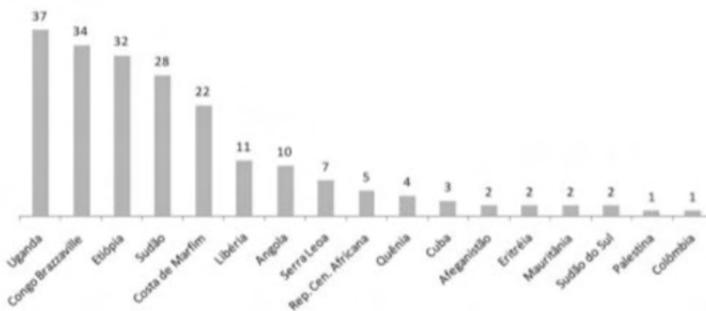


Gráfico 4: Proveniência dos Refugiados (2018) - valores absolutos

Fonte: INAR (Maio-2018) sistematizado pelos autores.

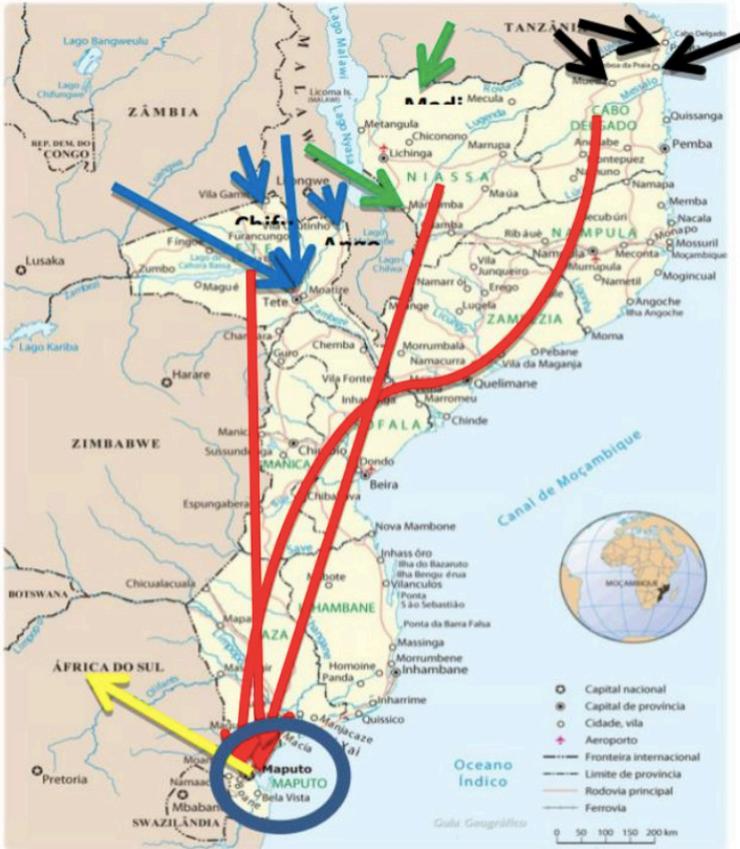


Figura1: Principais pontos de entrada dos Refugiados

Fonte: INAR (2018).

Nacionalidade	Motivos
Burundiense	Instabilidade política, conflitos étnicos e religiosos
Congolesa (DRC)	Guerra, conflitos étnicos, criminalidade
Guineense -Conacri	Concorrência no comércio, investimento
Malawiana	Concorrência no comércio
Maliana	Instabilidade política, concorrência no comércio
Nigeriana	Comércio, conflitos étnicos e religiosos
Queniana	Concorrência no comércio
Ruandesa	Instabilidade política, conflitos étnicos e religiosos
Somaliana	Guerra, fome, seca
Sudanesa (sul)	Guerra, conflitos étnicos e religiosos, fome
Tanzaniana	Concorrência no comércio
Ugandesa	Instabilidade política

Quadro 3: Motivações Migratórias em função do País de Origem

Fonte: Patrício (2015).

Os dados revelam uma variante comum a todos os países afetados: a instabilidade. Seja ela política, seja ela econômica. Como visto na configuração histórica relatada, não poderia ser, realmente diferente. Ao cabo de sua pesquisa os autores oferecem importante conclusão:

Dentro da complexidade múltipla e conjugada com que estes movimentos estão imbuídos, tanto nas regiões de origem como de acolhimento, podemos enquadrar Moçambique como sendo um dos países eleitos pelos refugiados. Estes são provenientes maioritariamente da região do Corno de África e dos Grandes Lagos, entrando sobretudo através da região norte, nas províncias de Cabo Delgado e Niassa, e a partir da região central, na província de Tete. Moçambique é escolhido, entre outras razões, devido à sua localização geográfica, à sua relativa estabilidade socioeconômica e política e à existência de um Centro de refugiados (aberto). Muitos dos refugiados chegam ao país com propósitos transitórios: o de alcançar outros países, sobretudo o eldorado da região – a África do Sul<sup>20</sup>.

Para entender a complexidade que envolve o ser humano a partir daquilo que considerava “lar”, pode-se valer da fórmula de Jeremy Bentham, citado por Hannah Arendt<sup>21</sup> “a invenção por, por Bentham, do “cálculo da dor e dor prazer” apresentava não só a vantagem de introduzir, aparentemente, o método matemático nas ciências morais, mas a atração ainda maior de haver encontrado um princípio inteiramente baseado na introspecção. A “felicidade” de Bentham, a soma de total dos prazeres menos as dores, é tanto um sentido interior que sente sensações e permanece alheio aos objetos do mundo quanto a consciência cartesiana, consciente de sua própria atividade. Além disto, a premissa básica de Bentham - de que o que há de comum a todos os homens não é o mundo, mas o fato de que a natureza humana é a mesma para todos, o que se manifesta na igualdade dos cálculos e no modo idêntico pelo qual todos os homens são afetados “pela dor e pelo prazer.” E por fim Hume, também retirado de Hannah Arendt<sup>22</sup>, pode indicar melhor caminho ao estabelecer que não o prazer, mas a dor, não o desejo, mas o medo, são os verdadeiros guias. Só aquele que sente dor cessa, realmente, de sentir coisa alguma a não ser si mesmo. Sem essa percepção, não se olvidará qualquer realização sistêmica que implique em uma mudança real àqueles que realizam seu cálculo de “dor e prazer”. Dito de outra forma, a alteridade deve ser sentida a tal ponto que, “ou nós encontramos um caminho, ou abrimos um”, para todos ou falharemos enquanto humanidade.

## 4 | CONCLUSÃO

As migrações transnacionais, independente da origem e destino, carregam imbuídas

20 Dossiê: “Migrações na África: sujeitos, impactos e desafios”. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v26n54/2237-9843-remhu-26-54-011.pdf>>. Acesso em 05 de jul. de 2019 às 20:05 horas.

21 ARENDT, Hanna. **Da condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2007. Página 322.

22 ARENDT, Hanna. **Da condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10ª edição. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2007. Página 325.

em si, uma miscelânea de idiossincrasia e sentimentos imemoriais cultivados pela tradição, quase que genética, que a todos grava de maneira diversa. Não por acaso se inicia e dá o fecho com a frase de Aníbal. Obviamente que mais restrita ao meio acadêmico e nesse, ao campo da história, seu feito ao atravessar os alpes em direção a Roma até hoje é considerado um dos maiores feitos de estratégia militar e superação das falanges naturais na consecução de um objetivo que só pessoalmente pode ser sentido. Daí emerge, então, que a ponte traçada as atuais migrações transnacionais, são similares. Poder-se-ia até dizer que estas são mais predestinadas ao fracasso, todavia, este não é uma opção plausível quando se está diante da certeza da morte na permanência, ante sua possibilidade na travessia.

## REFERÊNCIAS

Ângelo Ricardo Christoffoli...[et al.]; organizador Rafael Padilha dos Santos. **Migrações transnacionais no Estado de Santa Catarina** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. - Itajaí: UNIVALI, 2017. Disponível em: <<http://www.univali.br/ppcj/ebook>>. Acesso em 31 de março de 2021 às 15:40.

ARENDRT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense. Universitária, 2007. Título original: The Human Condition.

CASTLES, Stephen; HASS, Hein de; MILLER, Mark J. **The age of migration: international population movements in the modern world**. Fifth edition.

COELHO, Fabiano de Souza; FORMENTINI, Luís Eduardo. **O Saque de Roma pelos Visigodos: Visões Tardo-Antigas**. Revista Espacialidades [online]. 2016, v. 9, Jan- Jun, n. 1. ISSN 1984-817X. Acesso em 30 de junho de 2019, às 16:20 h.

Dossiê: "Migrações na África: sujeitos, impactos e desafios". Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v26n54/2237-9843-remhu-26-54-011.pdf>>. acesso em 05 de jul. de 2019 às 19:37 horas.

CRUZ, Paulo Márcio; PIFFER, Carla. **Transnacionalidade, migrações transnacionais e os direitos dos trabalhadores migrantes**. Revista de Direito Unisc. Set/dez. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Le conseguenze dela modernità**. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo. Bologna: Mulino, 1994.

GIDDEN,S Anthony; SUTTON, Philip W. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. Tradução Claudia Freire. 1ª Edição. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

JESSUP, Philip C. **Direito transnacional**. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.

MAGNOLI, Demétrio. Organizador. **História das Guerras. Guerras púnicas**. 4ª Ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PIFFER, Carla. **TRANSNACIONALIDADE E IMIGRAÇÃO**: a possibilidade de efetivação dos Direitos Humanos dos Transmigrantes diante de Decisões de Regresso na Itália e na União Europeia. Tese de doutorado. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Carla%20Piffer.pdf>>. Acesso em 31 de março de 2021 às 15:59.

Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/na-africa-maior-parte-da-migracao-ocorre-entre-paises-vizinhos/>>. Acesso em 05 de jul. de 2019, às 18:37 horas.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

## O JUDICIÁRIO ENQUANTO SUJEITO DO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*Data de aceite: 01/09/2022*

*Data de submissão: 30/07/2022*

### **Bruna Feitosa Serra de Araújo**

Universidade Federal do Maranhão  
Pós-Doutoranda em Direito e Instituições do  
Sistema de Justiça (UFMA)  
Doutora e Mestre em Políticas Públicas  
(UFMA)  
<http://lattes.cnpq.br/8754963642098159>

### **Catia da Silva Feitosa**

Universidade Federal do Maranhão  
Mestre em Desenvolvimento Socioeconômico  
(UFMA)  
<http://lattes.cnpq.br/6556759953990352>

**RESUMO:** O presente artigo analisa o Judiciário enquanto sujeito do processo de políticas públicas. Aborda-se inicialmente a conceituação de políticas públicas como um processo social, histórico, inacabado e complexo, recusando-se assim raciocínios lineares e consensuais. Identificam-se os principais sujeitos desse processo, destacando-se o Judiciário, objeto de estudo deste artigo, o qual é responsável por garantir os direitos dos cidadãos, orientado pela lógica da legalidade. Analisa-se, igualmente, a interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, o qual acarreta a judicialização da política, tornando o papel do Judiciário notadamente de caráter político, incumbindo-o inclusive de responsabilidades no processo de transformação social, deixando de ser um

Poder meramente neutro – resolvendo apenas conflitos entre particulares com aplicação da lei – para interferir ativamente no âmbito político, visando a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais. Aborda-se também os exemplos de decisões de controle de políticas públicas por parte do Judiciário no Brasil pelos Tribunais Superiores e a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando provocados a manifestar-se sobre o cumprimento de políticas públicas. Assim, analisa-se que não deve o juiz ser um mero espectador do processo de transformação social, mas sim corresponsável na realização de políticas públicas quando haja omissão estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Judiciário. Sujeito. Políticas Públicas.

### THE JUDICIARY AS A SUBJECT OF THE PUBLIC POLICY PROCESS: AN ANALYSIS OF THE INTERFERENCE OF THE JUDICIARY AND THE POSITIONING OF THE SUPERIOR COURTS IN THE CONTROL OF PUBLIC POLICIES

**ABSTRACT:** This article analyzes the judiciary as a subject of public policy making. Addresses were initially the concept of public policy as a social process, historical, unfinished and complex, refusing so linear and consensual reasoning. Identifies the main subjects of this process, especially the judiciary, this article object of study, which is responsible for ensuring the rights of citizens, guided by the logic of legality. It analyzes also the interference of the judiciary in public policy issues, which leads to the legalization

of politics, making the judiciary's role notably political character, instructing him including responsibilities in the process of social transformation, no longer Power merely neutral one - just solving conflicts between individuals with law enforcement - to actively interfere in the political arena, seeking the enforcement of fundamental rights, especially social rights. Addresses is also examples of control decisions of public policy by the judiciary in Brazil by the Superior Courts and the position of the Supreme Court (STF) and Superior Court of Justice (STJ) when provoked to speak out on compliance with public policy. So if analyzes that should not the judge be a mere spectator of the social transformation process, but co-responsible in the conduct of public policy where there is state failure.

**KEYWORDS:** Judiciary. Subject. Public Policy.

## 1 | INTRODUÇÃO

De acordo com Maria Ozanira Silva e Silva (2013, p. 20), toda política pública é uma forma de regulação ou intervenção na sociedade. Trata-se de um processo que articula diferentes sujeitos, que apresentam interesses e expectativas diversas, representando assim um conjunto de ações ou omissões do Estado, decorrente de decisões e não decisões, constituída por jogos de interesses, tendo como limites e condicionamentos os processos econômico, político, social e cultural de uma sociedade historicamente determinada.

Nesse sentido, significa afirmar que uma política pública se estrutura, se organiza e se concretiza a partir de interesses sociais organizados em torno de recursos que também são produzidos socialmente. Seu desenvolvimento se expressa por movimentos articulados e, muitas vezes, concomitantes e interdependentes, constituídos de ações em forma de respostas, mais ou menos institucionalizadas, a situações consideradas problemáticas, materializadas mediante programas, projetos e serviços (SILVA, 2013, p. 20).

Para Lourdes de Maria Leitão Nunes Rocha (2000, p. 01), as políticas públicas são concebidas como a ação do Estado na mediação de interesses e do poder de diferentes sujeitos. Através dessas políticas ocorre a intervenção ou a abstenção de intervenção do Estado na realidade.

Toda política pública é tanto um mecanismo de mudança social, orientado para promover o bem-estar de segmentos sociais, principalmente os mais destituídos, devendo ser também um mecanismo de distribuição de renda e de equidade social, vista como um mecanismo social que contém contradições. Assim, Maria Ozanira Silva e Silva contrapõe-se à percepção da política pública como mero recurso de legitimação política ou de uma intervenção estatal subordinada tão somente à lógica da acumulação capitalista. Nesse contexto, a política pública é uma resposta decorrente de pressões sociais a partir das ações de diferentes sujeitos, que sustentam interesses diversificados. Portanto, recusa-se qualquer raciocínio linear e consensual, pois falar de política é falar de diversidade e de contradição (SILVA, 2013, p. 20).

Nessa mesma linha de raciocínio, Lourdes Leitão Rocha afirma que sendo ações governamentais, as políticas públicas se constituem em um processo social, histórico,

inacabado e complexo (ROCHA, 2000, p. 01).

Maria Ozanira Silva (2013, p. 27) parte do entendimento de que uma política pública, desde a sua formulação, envolve mobilização e alocação de recursos, divisão de trabalho (tempo); uso de controles (poder); interação entre sujeitos; interesses diversos, adaptações, riscos e incertezas sobre processos e resultados; noção de sucesso e fracasso, destacando-se a relevância dos sujeitos sociais desse processo e suas racionalidades. Assim, o processo das políticas públicas é assumido, nos seus diferentes momentos, por uma diversidade de sujeitos que entram, saem ou permanecem nele, orientados por diferentes racionalidades e movidos por diferentes interesses, fazendo do desenvolvimento das políticas públicas um processo contraditório e não linear. Esses interesses são mediados pelo Estado, especificamente pelo sistema político, enquanto que a constituição dos interesses é explicada diferentemente pelos três principais paradigmas da ciência política contemporânea: os pluralistas, os marxistas e os institucionalistas ou neo-institucionalistas (SILVA, 2013, p. 27-28).

Os principais sujeitos desse processo podem ser assim enumerados: a) grupos de pressão, movimentos sociais e outras organizações da sociedade; b) partidos políticos ou políticos individualmente; c) administradores e burocratas; d) técnicos, planejadores e avaliadores; e) judiciário, o qual é responsável por garantir os direitos dos cidadãos, orientado pela lógica da legalidade e f) mídia (SILVA, 2013, p. 28-29).

As lógicas ou perspectivas assumidas pelos diferentes sujeitos do processo das políticas públicas geram determinadas racionalidades que podem ser resumidas nas seguintes: 1) racionalidade administrativa, própria dos administradores e da burocracia, representante do Executivo; 2) racionalidade política, própria dos legisladores; 3) racionalidade legal – própria do Judiciário e também da burocracia, cujo foco é a noção de igualdade de proteção da lei e cuja referência central é a implementação apropriada ou não da política. Os valores se pautam na proteção e resposta igual para os mandatários do direito, portanto, os beneficiários são vistos como indivíduos portadores de direitos; 4) racionalidade de resultados, mais identificada nos técnicos, planejadores e avaliadores e na população beneficiária (SILVA, 2013, p. 29-30).

As diversidades de sujeitos sociais e racionalidades acima expostas conduzem, necessariamente, a desencontros, embates e conflitos, na medida em que se têm diferentes interesses, diferentes competências e papéis, produzindo diferenciação da perspectiva de tempo que orienta cada racionalidade, tornando difícil o estabelecimento de limites e consenso. Todavia, para que seja possível o desenvolvimento do processo das políticas públicas, é necessária a compreensão e compatibilização de funções e papéis, e indispensável a construção de consenso em aspectos centrais desse processo, principalmente no que se refere à aceitação das prioridades estabelecidas no plano político (SILVA, 2013, p. 30-31).

Dentre os principais sujeitos do processo de políticas públicas, destaca-se o

Judiciário, objeto de estudo deste artigo.

## 21 O PODER JUDICIÁRIO COMO SUJEITO DO PROCESSO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para Lourdes Leitão Rocha (2000, p. 16), entender o Poder Judiciário como sujeito do processo de políticas públicas na atualidade, é bastante instigante.

Pierre Bourdieu (1989, p. 214) afirma que este campo aparece como autônomo em relação ao mundo social, independente das relações de forças, utilizando uma linguagem própria, a “língua jurídica”, que reforça a lógica e a imagem de seu funcionamento como autônomo, neutro e universal.

Bourdieu (1989, p. 243) observa que a atividade de formalização se constitui num dos pilares sustentadores da aparente “universalidade” do direito. Através da “codificação das representações e das práticas éticas”, amplia-se para além do seu corpo de profissionais, a ideologia da neutralidade e autonomia. A eficácia simbólica do Direito é assim assegurada pela adesão e cumplicidade daqueles que não pertencem ao campo jurídico, mas que o reconhecem como legítimo e universal, desconhecendo que sua emergência vincula-se não à sociedade como um todo, mas expressa os interesses de um grupo determinado.

A força da codificação, a sistematização e a racionalização das decisões jurídicas fundamentadas em regra são fatores que garantem ao trabalho jurídico sua contribuição para a manutenção da ordem simbólica instituída. O efeito de universalização ou efeito de normalização é, pois, para Bourdieu, um dos mecanismos de exercício da dominação simbólica, ou seja, da “imposição da legitimidade de uma ordem” (ROCHA, 2000, p. 03).

A aplicação do direito e a elaboração de leis se inserem no jogo de forças e concorrência de conjunto de agentes que lutam pela imposição de uma representação oficial do mundo social, segundo seus próprios interesses e as posições que ocupam em diferentes campos. Percebe-se esse jogo de forças e concorrência no Judiciário brasileiro, bem como a instituição da representação de um poder caracterizado pela neutralidade, pelo seu caráter apolítico e guiado pelos instrumentos legais (ROCHA, 2000, p. 03).

Coloca-se como desafio desenvolver estudos que investiguem a atuação do Judiciário como ator das políticas públicas, por entendê-lo parte do Estado e perpassado pelas contradições e interesses conflituosos existentes na sociedade em que está inserido. Principalmente, quando se constata que a crise que atravessa do Estado atinge também o Judiciário. Essa crise refere-se ao modelo liberal que fundamenta a organização e a administração da Justiça e que não consegue dar respostas efetivas aos conflitos sociais e às reivindicações dos movimentos sociais, ao mesmo tempo em que emergem propostas alternativas visando universalizar e democratizar a Justiça e criar novos instrumentos e procedimentos jurídicos (ROCHA, 2000, p. 04).

O Judiciário não está acima ou fora do Estado. Para José Reinaldo de Lima Lopes

(1994, p. 124), ao subordinar-se à lei, o Judiciário insere-se no próprio Estado e dele participa daí retira sua existência e sua legitimidade, e para aí leva sua contribuição e seu esforço institucional legitimador.

Não se pode olvidar, ainda, a crescente demanda por uma atuação eficaz do Poder Judiciário no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988. Essa tendência é reforçada pela maior organização da sociedade civil e por um relativo descrédito na efetividade da atuação parlamentar (ALMEIDA, 2008, p. 01).

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a implementação do Estado Social e Constitucional, o Direito contemporâneo passa a ser caracterizado pela centralidade da Constituição no sistema jurídico. Consagrado na segunda metade do século XX pela soberania das Constituições normativas, o chamado “Estado Constitucional de Direito” entende que a validade das leis não depende apenas da sua forma de produção, mas da congruência de seu conteúdo com as normas/valores constitucionais (BARROSO, 2009, p. 245).

Entretanto, o Judiciário, no Brasil, na maioria das vezes foi um poder coadjuvante, por ser considerado neutro politicamente. Apesar da visibilidade que ganhou por seu empenho em resguardar valores desde o advento do novo direito constitucional, o Judiciário vem enfrentando o dilema de adaptar sua estrutura organizacional, seus critérios de interpretação e sua jurisprudência às situações inéditas nas relações sociais, fruto do desenvolvimento urbano-industrial que fez surgir uma sociedade marcada por profundas contradições econômicas, que exige cada vez mais tutelas diferenciadas para novos direitos sociais e a proteção de interesses difusos e coletivos (FARIA, 2008, p. 52).

Mesmo com o contexto supracitado, cumpre ressaltar, que a Constituição Federal de 1988 introduziu instrumentos adequados ao exercício do controle das políticas públicas, tais como, por exemplo, as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIN’s), as Ações por Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPF’s) e as Ações Cíveis Públicas. Ademais, deve-se ter em mente que, em consonância com os ensinamentos de Konrad Hesse, as constituições atuais possuem um forte caráter normativo, pois expressam um dever ser, um projeto de sociedade civil e de Estado, um programa que deve, ou deveria, ser observado pelos que exercem os Poderes da República (ALMEIDA, 2008, p. 02).

André Perin Schmidt Neto (2009, p. 86) observa que em decorrência das falhas no Poder Legislativo, os Tribunais Superiores têm recebido um grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade. O problema maior está nas situações em que é declarada a inconstitucionalidade, quando resta um vazio legislativo que, muitas vezes, não é preenchido pelo Poder Legislativo. A fim de solucionar esse problema, o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado adotando interpretações conforme a Constituição que, por vezes, extrapolam os limites de sua competência, o que implica, na prática, abrir a possibilidade de que o Judiciário esteja a legislar.

Somado a esse contexto, Guilherme Henrique de La Rocque Almeida (2008, p.

10), afirma que no Brasil não existe uma visão clara e preponderante, do ponto de vista quantitativo, de qual papel deve desempenhar o Poder Judiciário no que concerne à efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Tal afirmação é corroborada por pesquisas realizadas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – IDESP, em 1993 e em 2000, nas quais foram colhidas manifestações de magistrados. Por meio da primeira, verificou-se que 73,7% dos entrevistados entendiam que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, mas deve ser sensível aos problemas sociais. Entretanto, apenas 37,7% afirmaram que o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei (COSTA, 2005, p. 40-53).

Restou patente que, apesar de existir uma suposta sensibilidade para os problemas sociais, os magistrados consideravam adequado julgar com base no paradigma tradicional, que se fundamenta na neutralidade do juiz e na dogmática jurídica (ALMEIDA, 2008, p.10).

Em decorrência dessas contradições, constata-se que a maioria dos membros do Poder Judiciário brasileiro tem adotado uma posição de auto-limitação no que concerne ao controle das políticas públicas. Porém, não se pode negar a existência de uma série de decisões judiciais relevantes, tais como aquelas relativas à obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, à proibição de fumo em lugares públicos e em vôos no território nacional, à exigência de estudos prévios de impacto ambiental para a liberação de produtos geneticamente modificados, ao reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros homossexuais, à obrigatoriedade de revisão geral anual nos proventos de servidores públicos e à possibilidade de levantamento de valores do FGTS para custeio do tratamento de doenças e em caso de enchentes (ALMEIDA, 2008, p.10).

Nesse sentido, Guilherme Almeida observa que o Poder Judiciário pode e deve atuar no controle das políticas públicas, devendo sua atuação ser pautada pelas exigências do direito justo e estar amparada num sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado. Assim, entende-se que os juízes devem colaborar para a concretização dos objetivos constitucionais, tendo em vista que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição (ALMEIDA, 2008, p. 10-11).

### **3 | O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO JUDICIÁRIO E A POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF E STJ)**

No Brasil, podemos trazer como exemplo de controle de políticas públicas por parte do Judiciário a decisão tomada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45), na qual o Supremo Tribunal Federal foi provocado a manifestar-se sobre cumprimento de políticas públicas.

No voto, o ministro Celso de Mello afirma que quando o Estado deixa de cumprir uma imposição estabelecida pelo texto constitucional, trata-se de um “comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29/04/2004).

Não se está a falar que é atribuição do STF formular e implementar políticas públicas, certo que se tratam de tarefas primariamente atribuídas ao Legislativo e Executivo. No entanto, salienta o ministro, tais incumbências podem ser atribuídas ao Judiciário “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático” (STF, ADPF 45, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 29/04/2004).

O ministro Celso de Mello, em outro momento, se manifestou no sentido de que “embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, principalmente nos casos de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam as mesmas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional” (STF, RE 436.996, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 03/02/2006).

Ainda, é de se trazer o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47. Na referida decisão entendeu o ministro que o Judiciário pode decidir sobre o fornecimento de outro medicamento ou tratamento diversamente do custeado pelo SUS e, nesse caso, “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento” (STF, SL 47 AgR, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJU 30/04/2010). Afirmou, ainda, que era evidente, no caso em tela, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou em controle efetivo de orçamento público, para que se destinem verbas específicas a realização de finalidades constitucionais. Observa-se que o STJ admitiu a possibilidade de controle judicial de políticas públicas através do orçamento, inclusive direcionando verbas do próximo orçamento. O valor a ser destinado e a política específica a serem adotados, estes sim, ficam na discricionariedade do administrador. Mas não há discricionariedade em não realizar uma

política pública exigida constitucionalmente. Esta é vinculante e por isso se posicionou bem o STJ ao exigir destinação específica para atender objetivo da Carta Constitucional (STJ, Resp 493.811, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ de 15/3/2004).

No Recurso Especial 1.041.197-MS, o ministro Humberto Martins justifica a possibilidade do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário em casos excepcionais, quando a administração pública age sem razão ou extrapola os limites de sua competência, casos em que o Judiciário poderá corrigir tal situação (STJ, REsp 1.041.197, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 16.9.2009).

Aduz o ministro que o Princípio da Separação dos Poderes deve ser lido à luz da Constituição de 1988, que atribui novos papéis ao Estado na realização dos direitos sociais e, ao exigir uma atuação ativa da Administração Pública, acaba por exigir uma atuação mais forte de fiscalização do Poder Judiciário. Não se quer dizer que a atuação do Judiciário no controle de políticas públicas pode se dar de forma indiscriminada, mas, quando a Administração Pública violar direitos fundamentais, a “interferência do Poder Judiciário é perfeitamente legítima e serve como instrumento para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada (STJ, REsp 1.041.197, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 16.9.2009).

Ainda, em seu voto, afirma o ministro Humberto Martins que deveria a Administração Pública ter previsto orçamento específico para suprir a falta de equipamentos hospitalares, evitando ações como a presente, não cabendo ao Judiciário restar passivo frente a tais demandas e a omissão injustificada da administração em efetivar políticas públicas (STJ, REsp 1.041.197, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 16.9.2009).

Verifica-se, desse modo, que o Judiciário brasileiro avançou bem no sentido de enfrentar as questões de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais, especialmente nos casos de inércia ou má atuação dos poderes eleitos (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Nesse sentido, como os direitos sociais possuem eficácia imediata, atribuindo poderes aos indivíduos de legitimamente exigir do Estado prestações efetivas e concretas, ensejando assim, direitos subjetivos a prestações, cabe ao Estado intervir no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, proporcionando pelo menos o mínimo necessário à uma existência digna (mínimo existencial), sendo este um limite ao argumento da incapacidade econômico-financeira (ROCHA, 2012).

Assim sendo, caso o Estado seja omissivo ou falho na prestação dos direitos sociais, não garantindo o mínimo existencial, o Poder Judiciário deverá intervir diretamente quando provocado, determinando a implementação e execução do direito pleiteado, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária, realizando assim um controle efetivo das políticas públicas, visando sempre atribuir efetividade às normas constitucionais (ROCHA, 2012).

Assim, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário em caso de omissão estatal, especialmente quando visa atender às condições materiais mínimas

de existência do cidadão, encontra respaldo na aplicabilidade dos direitos sociais e no princípio da dignidade da pessoa humana (ROCHA, 2012).

Essa interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas acarreta a judicialização da política, tornando o papel do Judiciário notadamente de caráter político, incumbindo-o inclusive de responsabilidades no processo de transformação social, deixando de ser um Poder meramente neutro – resolvendo apenas conflitos entre particulares com aplicação da lei – para interferir ativamente no âmbito político, visando a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais (ROCHA, 2012).

Nessa mesma linha de entendimento, Celso Fernandes Campilongo (1994, p. 49) enfatiza que:

**além de suas funções usuais, cabe ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a integrar o circuito de negociação política. Garantir as políticas públicas, impedir o desvirtuamento privatista das ações estatais, enfrentar o processo de desinstitucionalização dos conflitos – apenas para arrolar algumas hipóteses de trabalho – significa atribuir ao magistrado uma função ativa no processo de afirmação da cidadania e da justiça substantiva. Aplicar o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resíduo de atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça. Assim, o juiz não aparece mais como o responsável pela tutela dos direitos e das situações subjetivas, mas também como um dos titulares da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supra-individuais.** (grifou-se)

Nesse sentido, considera-se imprescindível o ativismo judicial para que os direitos sociais sejam realmente respeitados pelo Estado, não devendo o juiz ser um mero espectador do processo de transformação social, mas sim corresponsável na realização de políticas públicas quando haja omissão estatal.

## 4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Maria de Lourdes Leitão (2000), ao considerar que o Poder Judiciário possui uma função social, podendo contribuir para a formulação, implementação e manutenção de políticas públicas, e desse modo, para a consolidação e aprofundamento da cidadania, são importantes os esforços no sentido de democratizá-lo. Mas como afirma Boaventura de Sousa Santos (1994, p. 57) “a luta democrática pelo direito deve ser no nosso país uma luta pela aplicação do direito vigente tanto quanto uma luta pela mudança do direito”. Acrescente-se: uma luta pela ruptura com os modelos elitistas e conservadores que funcionam como mecanismo despolitizadores dos conflitos e obstaculizadores dos direitos.

Entretanto, dadas as peculiaridades culturais e sociais do Brasil e o atual estágio da magistratura brasileira, cumpre esclarecer que nosso Poder Judiciário pode cometer erros ou praticar injustiças. Afinal, não é de nossa tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados

Unidos, onde o papel político do Judiciário há bastante tempo é reconhecido e estimulado. Ademais, deve-se ter em conta que os juizes brasileiros sofrem de um certo déficit de legitimidade, na medida em que não são eleitos nem passam por uma constante e efetiva avaliação popular, além de não haver uma estrutura ideológica definida e uniforme. Diante disso, considera-se vital ressaltar que o controle das políticas públicas pelo Judiciário, embora seja necessário e útil, não pode ser considerado uma panacéia, uma solução mágica para os diversos problemas enfrentados em nosso país (ALMEIDA, 2008, p. 11).

Giovanna Primor Ribas (2014, p. 56) explica que o Judiciário pode realizar o controle de políticas públicas, a fim de fazer cumprir esses fins que foram definidos na Constituição, seja para determinar medidas ao Executivo, seja para inibir ações desse. Esse controle não alcança apenas as finalidades de uma política pública, mas também os meios empregados para se atingir essas finalidades.

Afirma o Supremo Tribunal Federal que não cabe a ele definir políticas públicas e determinar prioridades, visto que isso já foi estabelecido pela Constituição. Cabe ao Judiciário apenas verificar se o exercício discricionário do poder de legislar e de administrar conduz à concretização dos resultados objetivados na Constituição.

Essas intervenções do Judiciário não ferem o princípio da separação dos poderes, uma vez que tal princípio foi remodelado pelo novo constitucionalismo, na medida em que este deixou de ser forma e se converteu em substância. Logicamente que o Judiciário não pode exercer as funções do Executivo, nem do Legislativo. Contudo, a legitimidade do Estado passa a ter como fundamento não apenas a soberania popular, representada pelo Legislativo e pelo Executivo, mas também a realização de finalidades coletivas que passam a ser previstas nas Constituições dos Estados. Como toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve se compatibilizar com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar sua atuação/omissão sob o prisma do atendimento aos fins do Estado, ou seja, em última análise a sua constitucionalidade (RIBAS, 2014, p. 56).

Deve-se ressaltar que não se está a defender que o Judiciário intervenha em políticas públicas orçamentárias para a realização dos direitos sociais. É certo que cabe aos poderes Executivo e Legislativo dispor sobre políticas públicas. O que se defende é que, na inércia desses poderes, é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Por outro lado, cumpre asseverar que sendo a Constituição um documento político caberá sim, ao Judiciário, tomar algumas opções políticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário – algumas considerações**, Biblioteca Digital do TCU, 2008.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas**. Revista Direito GV, vol.8, n. 1, São Paulo, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1989.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 493.811**. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DJ de 15/3/2004.

BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.041.197**. Relator: Humberto Martins. Brasília, DJ de 16/09/2009.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DJ de 30/04/2010.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF 45)**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ de 29/04/2004.

BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 436.996**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DJ de 03/02/2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

COSTA, Flávio Dino Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano IX, março de 2005.

FARIA, José Eduardo. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A função política do poder judiciário**. In: FARIA, José Eduardo. (Org.) *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A judicialização das políticas públicas e o Supremo Tribunal Federal**. *Direito, Estado e Sociedade*, n.44, jan/jun 2014.

ROCHA, Eduardo Braga. **A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012.

ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **O judiciário como sujeito do processo das políticas públicas: função social e papel político**. *Revista de Políticas Públicas*, vol. 4, n. 1/2, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução à sociologia da administração da justiça**. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

SCHMIDT NETO, André Perin. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, vol. 10, 2009.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Avaliação de políticas e programas sociais: uma reflexão sobre o conteúdo teórico e metodológico da pesquisa avaliativa**. In: *Pesquisa avaliativa: aspectos teórico-metodológicos*. São Paulo: Veras Editora: São Luís, 2013.

# CAPÍTULO 4

## PROCURADORIA MUNICIPAL: POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO, GOVERNO, IDEOLOGIA, DIREITO

Data de aceite: 01/09/2022

Data de submissão: 04/07/2022

### Rodrigo Aquino Bucussi

Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela  
Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI  
Procurador Municipal - Procuradoria Geral do  
Município de Itajaí  
Itajaí – Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/8333516036237613>

### Fernanda Monteiro Tomasi

Mestranda em Gestão de Políticas Públicas  
pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI  
Itajaí – Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/9524429529026175>

### Aline Marchi do Amaral

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela  
Universidade Federal de Santa Maria - UFSM  
Assistente Jurídica - Procuradoria Geral do  
Município de Itajaí  
Itajaí – Santa Catarina  
<http://lattes.cnpq.br/5065060043704466>

**RESUMO:** O presente trabalho analisa as definições de Procuradorias Municipais e suas relações com conceitos importantes como Estado, Direito, Governo, Ideologia e Políticas Públicas. Procura destacar também as funções que as Procuradorias Municipais não só como os principais intérpretes da linguagem do Estado (Direito), mas também como os garantes e fiscais das funções do Estado Social e Democrático de Direito buscando a concretização da cidadania.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procuradoria Municipal, Políticas Públicas, Estado, Governo, Direito, Ideologia.

### MUNICIPAL PROSECUTION OFFICE: PUBLIC POLICIES, STATE, GOVERNMENT, IDEOLOGY, LAW

**ABSTRACT:** The present work analyzes the definitions of Municipal Prosecutors and their relationship with important concepts such as State, Law, Government, Ideology and Public Policies. It also seeks to highlight the functions that the Municipal Attorneys' Offices not only as the main interpreters of the language of the State (Law), but also as the guarantors and inspectors of the functions of the Social and Democratic State of Law, seeking to achieve citizenship.

**KEYWORDS:** Municipal Attorney's Office, Public Policies, State, Government, Law, Ideology.

## 1 | INTRODUÇÃO

As Procuradorias Municipais tradicionalmente são entendidas e compreendidas como órgãos de representação judicial dos Municípios. Entretanto, suas funções e identificação atualmente vai muito além desta simples percepção. As Procuradorias podem ser entendidas como fenômenos culturais em constante evolução, e também como locais de produção, execução e de fiscalização de políticas públicas. Da mesma forma, como ocorre a relação do conceito de Procuradoria Municipal com conceitos relevantes tais como

Estado, Direito, Governo, Burocracia Estatal, Ideologia e Políticas Públicas. Em decorrência do princípio da simetria, o modelo constitucional de Estado deveria ser aplicável aos Municípios. Eis que vivemos no Estado Social e Democrático de Direito, que exige uma atuação positiva do ente estatal visando minorar as enormes diferenças sociais. Sob esta perspectiva qual seriam as novas funções de uma Procuradoria Municipal visando adequar-se ao modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

## 2 | PROCURADORIAS MUNICIPAIS VISTAS COMO FENÔMENOS CULTURAIS

As Procuradorias Municipais podem ser conceituadas como órgãos incumbidos da representação judicial e extrajudicial, bem como das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Municipal<sup>1</sup>. Mas as Procuradorias Municipais também podem ser consideradas como fenômenos culturais<sup>2</sup> altamente complexos.<sup>3</sup> Em se considerando como um fenômeno cultural, a sua concepção e estruturação irá depender em grande parte da visão que temos do mundo em um determinado momento histórico.<sup>4</sup>

<sup>5</sup> Isto é, a noção que se tem do que é um fenômeno cultural<sup>6</sup> em determinado momento

1 MENDONÇA, Clarice Corrêa de; PORTO, Nathália França Figueiredo; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018.

2 "O Direito é sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do Direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma: a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições" (DWORKIN, R. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17).

3 "Apesar de sua deficiência, representou um grande passo a idéia dos neokantianos de interpor, entre a realidade e valor, um elemento de conexão: a cultura, significando o complexo das realidades valiosas, ou, como esclarece Radbruch, referidas a valores. Isto equivale a dizer que todo bem de cultura (e o direito é um deles) é tridimensional em razão de seu simples enunciado, uma vez que pressupõe sempre um suporte natural ou real, e, no meu modo de ver, também ideal, suporte esse que adquire significado e forma próprios em virtude do valor a que se refere" (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 70).

4 "A base imediata da ordem legal na sociedade humana são exclusivamente os fatos do direito: os hábitos, as relações de dominação e de posse, as declarações de vontade, sobretudo nas suas formas mais usuais como estatutos, contratos, declarações de última vontade. São destes fatos que derivam as regras do agir que determinam o comportamento do homem na sociedade. Por isso, de forma direta, somente estes fatos são decisivos para a ordem legal e não as prescrições jurídicas que orientam os tribunais em suas decisões ou os órgãos estatais em seus atos. No entanto, as prescrições jurídicas adquirem importância na medida em que as decisões dos tribunais e os atos dos órgãos governamentais influem sobre os fatos do direito, provocando mudanças nos hábitos, nas relações de dominação e de posse, nos estatutos, nos contratos e nas declarações de última vontade; as decisões dos tribunais e os atos dos órgãos governamentais motivados por prescrições jurídicas, conduzem por seu turno ao surgimento de novas normas para o comportamento dos homens na sociedade. Novos fatos do direito podem, assim, surgir, não só através da força, como tantas vezes se pensou no passado, ou através da ação silenciosa de forças sociais imperceptíveis, isto é, através de novos tipos de associação, de contratos, de declarações de última vontade, mas, ao menos indiretamente, também através de prescrições jurídicas. Mas não basta que o preceito jurídico entre formalmente em vigor nem que seja aplicado em casos isolados; o fato isolado não é um fato social. É necessário que as pessoas no seu agir se orientem na prescrição jurídica. Um preceito jurídico que indica aos tribunais e aos órgãos governamentais seu modo de agir contém uma norma jurídica para os tribunais e os órgãos governamentais, mas ela se transforma em uma regra do agir somente quando passa a ordenar de fato as relações sociais" (EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 151).

5 "Quaisquer que sejam suas outras diferenças, tanto os símbolos ou sistemas de símbolos chamados cognitivos como os chamados expressivos têm pelo menos uma coisa em comum: eles são fontes extrínsecas de informações em termos das quais a vida humana pode ser padronizada – mecanismos extrapessoais para a percepção, compreensão, julgamento e manipulação do mundo. Os padrões culturais – religioso, filosófico, estético, científico, ideológico – são programas: eles fornecem um gabarito ou diagrama para a organização dos processos sociais e psicológicos, de forma semelhante aos sistemas genéticos que fornecem tal gabarito para a organização dos processos orgânicos" (GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 123).

6 "Então o Direito não é um fato que plana na abstração ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está

não é algo alienado da realidade existencial do ser humano. Trata-se de um fenômeno que interage com o ambiente social, econômico, cultural, político, onde o mesmo insere-se.<sup>7 8</sup> É com base nesta percepção que serão construídas as instituições e organizações jurídico-estatais.<sup>9 10</sup> Há que se ressaltar que esta influência é mútua, pois ao mesmo tempo em que um fenômeno cultural é produzido em determinado ambiente, também ajuda a criar e desenvolver este.<sup>11 12</sup>

### 3 | DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS PARA IDENTIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS DAS PROCURADORIAS MUNICIPAIS

As Procuradorias Municipais também podem ser entendidas como órgãos onde ocorre ampla discussão, produção, implementação, execução e avaliação de políticas públicas municipais, tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial. Pode-se conceituar políticas públicas como um conjunto de atividades do Estado tendentes a fins públicos, de acordo com metas a serem atingidas, tratando-se de um conjunto de normas (poder

---

imerso na vida humana, que é um complexo de sentimentos e estimativas. O direito é uma dimensão da vida humana. O direito acontece no seio da vida humana. O direito é algo que está no processo existencial do indivíduo e da coletividade". (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 123).

7 "De facto, o jurista, como qualquer cientista, deve estar sempre preparado para pôr em causa o sistema até então elaborado e para o alargar ou modificar, com base numa melhor consideração. Cada sistema científico é, assim, tão só um projeto de sistema, que apenas exprime o estado dos conhecimentos do seu tempo; por isso, necessariamente, ele não é nem definitivo nem fechado, enquanto no domínio em causa, uma reelaboração científica e um progresso forem possíveis" (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 106).

8 "Outros materiais culturais desempenham um papel destacado na configuração do direito e devem ser considerados na aprendizagem do direito. O direito não é independente das relações econômico-produtivas nem de outros elementos da cultura" (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 49).

9 "A partir deste ponto de vista, parece inteiramente errônea a opinião aceita de que o funcionamento mental é basicamente, um processo intracerebral, que só pode ser auxiliado e amplificado secundariamente por vários mecanismos artificiais que esse mesmo processo permitiu ao homem inventar. Pelo contrário, sendo impossível uma definição inteiramente especificada, suficiente em termos adaptativos, da predominância dos processos neurais em termos de parâmetros intrínsecos, o cérebro humano é inteiramente dependente dos recursos culturais para o seu próprio funcionamento. Assim, tais recursos não são apenas adjuntos, mas constituinte da atividade mental" (GEERTZ, Clifford. (2011). **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 56).

10 "E agora permitam-me passar para uma das questões preferidas da metafísica jurídica: se hoje em dia o direito se desenvolve só através da lei ou também do "direito consuetudinário", e se o direito consuetudinário pode ser eliminado através da lei? Todas estas questões perdem o seu sentido, se por surgimento e desenvolvimento do direito se entender o que deve ser entendido: o surgimento e a transformação de instituições sociais. Está fora de dúvida que o Estado, como em todos os setores, pode, através da intervenção direta ou de decisões dos seus órgãos administrativos, dar origem a muitas coisas e fazer gorar outras. Mas é igualmente inquestionável que ele não pode pôr em movimento a evolução social como um todo nem sustentá-la, que – ao menos em uma sociedade em desenvolvimento – a toda hora surgem instituições novas e evoluem as existentes, independente das determinações do Estado" (EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986, p. 299).

11 "Também os direitos do homem são, indubitavelmente, um fenômeno social. Ou pelo menos, são também um fenômeno social: e, entre os vários pontos de vista de onde podem ser examinados (filosófico, jurídico, econômico, etc.), há um lugar para o sociológico, precisamente o da sociologia jurídica" (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 83).

12 "O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão" (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13).

legislativo), atos (poder executivo) e decisões (poder judiciário)<sup>13</sup>. Sabe-se que a produção de políticas públicas possui uma relação estreita com as atividades do Estado.<sup>14</sup> Em outras palavras, entende-se que só existe política pública quando emanada de um ator estatal, em que pese existirem relevantes opiniões em contrário<sup>15</sup>. Não se pode olvidar, a partir desta concepção, que o que se considera como política pública e a sua produção irá depender também diretamente do que se entende por Estado.<sup>16 17 18</sup> Numa linha liberal, Santi Romano considera o Estado como uma instituição jurídica, muito próxima ao Direito.<sup>19</sup> Por sua vez,

13 GRINOVER, A. P. “O controle de políticas públicas pelo poder judiciário”. **Revista de Processo**, n. 164, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

14 “Em 1817, a terceira parte (segunda seção) da Enciclopédia das ciências filosóficas mostra que a interrogação política ganha uma extraordinária dimensão filosófica que se explica pela meditação de Hegel sobre a alienação do homem moderno. Esta veio com o correr do tempo; tem uma dimensão conjuntural, é histórica, está ligada à marcha política do mundo, ou seja, na verdade, ao seu contrário, à liberdade política. Com efeito, é do grau de liberdade política que dependem a gravidade da alienação, portanto a infelicidade dos homens: se o homem sente-se livre, sente-se homem; se ele se sente alienado, sujeitoado, a infelicidade o assalta. A infelicidade não é portanto um estado natural ou necessário; é contingente, é o resultado dos movimentos da história e das vicissitudes da política. Por conseguinte, assim como o destino do homem não está inserido na necessidade da ordem natural das coisas, ele não é o do sujeito que toma a vida em suas próprias mãos; o destino dos homens é ligado à positividade empírica e, como tal, é coletivo porque inseparável da prosa da história. A partir daí, o pensador da história é o pensador do Estado” (GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 91-92).

15 A exclusividade estatal no fazer policíes é derivada da superioridade objetiva do Estado em fazer leis, e fazer com que a sociedade cumpra as leis. Além deste argumento objetivo, há a argumentação normativa (baseada em valores) que é salutar que o Estado tenha superioridade hierárquica para corrigir desvirtuamentos que dificilmente mercado e comunidade conseguem corrigir sozinhos. (SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015, p. 2).

16 Numa visão Marxista, o Estado é visto como um instrumento de dominação de classes. Louis Althusser considera o Estado uma máquina de dominação e de repressão, isto é, um aparelho de Estado (ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985). Na mesma linha, Engels considera o Estado como uma superestrutura de dominação e de repressão (BRANDÃO, P. T. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006): “O Estado não é pois, de modo algum, um poder que se impõe a sociedade de fora para dentro; tampouco é “a realização da idéia moral”, nem “a imagem e a realidade da razão”, como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da “ordem”. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado” (ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 191).

17 O que é de certa forma comum, tanto aos liberais, quanto aos marxistas, é a visão negativa do Estado, como algo que deve ser tolerado, mas limitado (liberais) ou até mesmo destruído (marxistas).

18 Não é possível olvidar que estas definições de Estado recebem a crítica de Michel Foucault, que procura desmitificar, com seu pensamento revolucionário, a concepção jurídica de poder concentrada apenas em um ponto fixo, qual seja, o Estado. “Enfim, referindo-me a essa concepção do poder disciplinar, acho que todo mundo que teve algum contato com Foucault sabe bem que ele critica a concepção jurídica do poder, chamando a atenção para a dimensão imaginária do poder, ou seja, para a idéia de que este se apresenta através de inúmeras figuras e de que há uma ou mais representações do poder. Penso que Foucault desmontou uma série de concepções estreitamente articuladas, como a de que o poder, além de negativo, estaria localizado num ponto fixo: o Estado e as políticas institucionais. E chamava atenção para o fato de que a dominação é muito mais sofisticada, mais complexa e que para se sustentar enquanto uma forma de dominação localizada e fixa, o poder necessita dessa própria representação, ou seja, de se apresentar como “coisa” que uns detêm e outros não. Foi desta maneira que pensamos o poder durante muito tempo” (RAGO, Luzia Margareth. “As Marcas da Pantera: Michel Foucault na historiografia brasileira contemporânea”. **Anos 90 - Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, nº. 1, mai. 1993, p. 121-143, p. 124).

19 “De uma forma lapidar, a definição do Estado mais ampla e sintética que se pode formular é a seguinte: “é Estado toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária”. O termo “ordenação jurídica”, quando for conveniente ressaltar mais explicitamente certos aspectos do conceito, pode ser substituído por outros, substancialmente equivalentes, como “ente”, “comunidade” ou “instituição” (...) O Estado que seja pessoa, além do modo precedente, pode também definir-se a fim de pôr em relevo esta sua qualidade como “pessoa jurídica territorial soberana” (ROMANO, Santi. **Prin-**

Norberto Bobbio identifica uma dualidade e diferencia claramente os conceitos de Direito e de Estado.<sup>20</sup> Todavia, numa visão tipicamente liberal social, com a qual se alinha esta pesquisa, Hans Kelsen<sup>21</sup> considera o Estado uma ordem de conduta humana, na qual não existe basicamente dualismo entre Estado e Direito. Todavia, a produção das políticas públicas não depende somente do que se entende por Estado, mas também da espécie de Estado ao qual estão vinculadas. Para Zagrebelski, no século XVII tivemos o Estado sobre regime de força ou Estado Absoluto. Já no século XVIII ocorreu o Estado sob o regime de polícia ou o Despotismo Ilustrado. E no século XIX o Estado de Direito<sup>22</sup>. Por sua vez, Lênio Streck considera que o Estado de Direito passou por três fases distintas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Social e Democrático de Direito.<sup>23</sup> Sob este embasamento, considera-se que as políticas públicas no Brasil atualmente são produzidas sob o Estado Social e Democrático de Direito.

Segundo Pedro Manoel Abreu<sup>24</sup> o século XXI levanta a última bandeira da Revolução Francesa: a fraternidade. A solidariedade passa a ser um decisivo fator para as ações governamentais. O foco da proteção dos direitos deve migrar do âmbito individual e voltar-se, categoricamente, ao coletivo. Sobrelevam os direitos inerentes à pessoa humana,

---

**cipios de direito constitucional geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 92-93).

20 "Como temos dito mais de uma vez, a juridicidade de uma norma se determina não através de seu conteúdo (nem pela forma, ou pelo fim, e assim por diante), mas simplesmente através do fato de pertencer ao ordenamento, fato este que, por sua vez, se determina remontando da norma inferior a superior, até a norma fundamental. Se considerarmos o ordenamento jurídico em seu conjunto, é certamente lícito dizer que um ordenamento se torna jurídico quando se vêm formando regras pelo uso da força (passa-se da fase do uso indiscriminado à do uso limitado e controlado da força); mas não é igualmente lícito dizer, em consequência disso, que um ordenamento jurídico é um conjunto de regras para o exercício da força. As regras para o exercício da força são, num ordenamento jurídico, aquela parte de regras que serve para organizar a sanção e, portanto, para tornar mais eficazes as normas de conduta e o próprio ordenamento em sua totalidade. O objetivo de todo o legislador não é organizar a força, mas organizar a sociedade mediante a força" (BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999, p. 69-70).

21 Uma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coação relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito como uma daquelas duplicações que têm a sua origem no fato de o conhecimento hipostasiar a unidade (e uma tal expressão de unidade é o conceito de pessoa), por ele mesmo constituída, do seu objeto. Então, o dualismo de pessoa do Estado e ordem jurídica surge, de um ponto de vista teórico-gnoseológico, em paralelo com o dualismo, igualmente contraditório, de Deus e mundo. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 352).

22 ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

23 "(...) o Estado Liberal de Direito é a institucionalização do triunfo da burguesia ascendente sobre as classes privilegiadas do Antigo Regime, onde se produz uma clara distinção entre o político e o econômico, com um Estado formalmente abstencionista, que deixa livres as forças econômicas, adotando uma posição de (mero) policial da sociedade civil que se considera a mais beneficiada para o desenvolvimento do capitalismo em sua fase de acumulação inicial e que vai aproximadamente até o final da primeira grande guerra; já o Estado Social de Direito pode ser caracterizado como institucionalização do capitalismo maduro, no qual o Estado abandona a sua postura abstencionista tomada inicialmente para proteger os interesses da vitoriosa classe burguesa, passando não somente a intervir nas relações econômicas na sociedade civil, como também se converte em fator decisivo nas fases de produção e distribuição de bens; finalmente, o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivamente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades" (STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 40).

24 ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. 2008. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91342>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

não considerada particularmente, mas como coletividade; o direito ao meio ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento humano, social e econômico ganham relevância. Pedro Manoel Abreu ainda informa as principais características do Estado Contemporâneo diferenciadoras em relação ao Estado Moderno: manutenção dos direitos individuais consagrados historicamente; inserção dos direitos sociais e/ou coletivos como direitos fundamentais no catálogo dos Direitos Fundamentais; e intervenção do Estado nos domínios econômico e social para assegurar a efetiva realização desses direitos.

Para a implementação e execução das políticas públicas emergem no âmbito da Administração Pública Municipal dois atores<sup>25</sup> fundamentais. O primeiro é o Governo que pode ser compreendido como o grupo transitório de pessoas responsável pela execução do projeto de Município, em seus ideais municipais<sup>26</sup>. E como segundo ator a burocracia estatal, formada em sua maioria por servidores de carreira (pelo menos é o desejável). E é na estrutura reconhecida como Administração Pública que as políticas públicas serão implementadas por meio de atos concretos e executórios. Para que as políticas públicas sejam implementadas, muitas vezes o ente estatal através de seu governo necessita de arranjos que permitam fazer com os outros tudo aquilo que esses outros são corretamente proibidos de fazer. A ideologia torna-se fundamental para a manutenção estatal.<sup>27</sup> A própria ideia de ente estatal é tão implausível por si só que é preciso que ele vista uma roupagem ideológica para que consiga apoio popular.<sup>28</sup> A ideologia pode ser considerada como um conjunto articulado de crenças, argumentações e valores que penetram as mais variadas

---

25 Cite-se como atores relevantes: a imprensa, o Ministério Público, o Poder Jurisdicional, os usuários dos serviços públicos, a sociedade civil organizada, entre outros.

26 PASSAES, F. M. ; PASSAES, M. F. ; LIMMER, M. E. C. ; ALONSO, M. M. ; MARQUES, R. ; FEITOSA, S. “Estado, Governo e Administração Pública”. **Revista Eletrônica de Divulgação Científica da Faculdade Don Domênico**, v. 5, 2012.

27 “Vamos reencontrar o termo “ideológico” no capítulo II do livro de Durkheim, Regras para o Método Sociológico. Como se sabe, Durkheim tem a intenção de criar a sociologia como ciência, isto é, como conhecimento racional, objetivo, observacional e necessário da sociedade. Para tanto, diz ele, é preciso tratar o fato social como uma coisa, exatamente como o cientista da Natureza trata os fenômenos naturais. Isto significa que a condição para uma sociologia científica é tomar os fatos sociais como desprovidos de interioridade, isto é, de subjetividade, de modo a permitir que o sociólogo encare uma realidade, da qual participa, como se não fizesse parte dela. Em outras palavras, a regra fundamental da objetividade científica sendo a da separação entre sujeito do conhecimento e objeto do conhecimento, separação que garante a objetividade porque garante a neutralidade do cientista, Durkheim chamará de ideologia todo conhecimento da sociedade que não respeite tais critérios” (CHAUI, Marilena. **O que é ideologia**. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20C3%89%20IDEOLOGIA%20-Marilena%20Chau.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022, p. 12).

28 “Partindo do percurso clássico, inaugurado pelo marxismo sobre a questão da ideologia, fico com a ideia de que o básico no trabalho ideológico é a dissimulação de toda a contradição, tanto no espaço social como no tempo histórico, para conjugar, deste modo, a ameaça do novo. Principalmente interessa fixar-me na ideia de que o congelamento camuflado dos antagonismos e da história decorre do trabalho de simular a unidade. Sob esse aspecto, o ideológico configura-se como um território de resistência ao estabelecimento de uma ordem imaginária e simbólica, democrática. Estou aqui identificando o ideológico com os processos de produção dos discursos legíveis. Deste modo, a ideologia fica confundida com uma cosmovisão centralizadora e unívoca dos acontecimentos culturais e históricos. Com isto, o ideológico pode ser apresentado como a negação do plural, da práxis e do saber; singularizados implicitamente no imaginário, no simbólico social e nas linguagens da ciência. Assim, o ideológico aparece como a repressão do escritível, isto é, como o plural das significações. O que devemos reter neste reconhecimento do ideológico é seu caráter de negação do plural da práxis e do saber na instituição do social. O discurso ideológico não aceita a ambiguidade e o infinito das significações que movimentam o complexo processo de constituição da realidade social e seu conhecimento” (WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz dos Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985, p. 87-88).

instituições e pessoas, fazendo-as agirem num determinado sentido e convencendo-as de que, ao assim procederem, estão no caminho certo. Seu objetivo principal é a coesão social, capaz de superar os fatores conflituosos e desagregadores decorrentes das contradições provocadas por um sistema de dominação.<sup>29</sup>

O Direito pode ser considerado como parte da estrutura de dominação do grupo que controla o Estado.<sup>30 31</sup>. Isto é, o Direito é um mecanismo ideológico. Visando propor uma definição instrumental do Direito, não podemos fugir da concepção clássica de Miguel Reale, baseada em sua Teoria Tridimensional<sup>32</sup>, que o considera:

“(...) como realidade histórico-cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva, ou se quisermos discriminar no conceito a natureza dos três elementos ou fatores examinados, “realidade histórico-cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência”, o que significa que a Jurisprudência tem por objeto fatos ordenados valorativamente em um processo normativo de atributividade. Trata-se, como se vê, de uma realidade espiritual (não natural, nem puramente psíquica, ou técnico-normativa etc), na qual e pela qual se concretizam historicamente valores, ordenando-se as relações intersubjetivas consoante exigências complementares dos indivíduos e do todo social<sup>33</sup>.”

---

29 “Em seu seminal ensaio sobre Ideologia e Civilidade, por exemplo, Edward Shils esboça um retrato da postura ideológica que é, se isso é possível, ainda mais sombrio que o de Stark. Surgindo numa variedade de formas, cada uma delas alegando ser única – o fascismo italiano, o nacional-socialismo alemão, o bolchevismo russo, o comunismo francês e italiano, a Action Française, a British Union of Fascists e “o seu novato parente norte americano, o ‘macarthismo’, que morreu na infância” – essa postura “circundou e invadiu a vida pública nos países ocidentais durante o século XIX e o século XX...ameaçando alcançar a dominação universal”. Ela consiste, em seu ponto mais central, no “pressuposto de que a política deve ser conduzida do ponto de vista de um conjunto de crenças coerentes, abrangentes, que deve superar qualquer outra consideração”. Como a política que apoia, ela é dualista, opondo o puro “nós” ao perverso “eles” e proclamando que aquele que não está comigo está contra mim. Ela é alienante pelo fato de desconfiar, atacar e trabalhar para destruir instituições políticas estabelecidas. É doutrinária pelo fato de reclamar a posse completa e exclusiva da verdade política e abominar o diálogo. É totalista em seu objetivo de ordenar toda a vida social e cultural à imagem dos seus ideais, futurista pelo fato de trabalhar por um fim utópico da história, no qual se realizará tal ordenação. Resumindo, ela não é a espécie de prosa que qualquer bom burguês (ou qualquer bom democrata) admitiria falar” (GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 110).

30 “John Austin, advogado e acadêmico inglês do século XIX, dizia que uma proposição jurídica é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política desde que transmita, corretamente, o comando precedente de alguma pessoa ou grupo que ocupe uma posição soberana em tal sociedade (...) Contudo, ainda que a teoria de Austin se mostrasse deficiente em várias questões de detalhe, o que resultou na sugestão de muitas emendas e aperfeiçoamentos, sua idéia central de que o Direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detém o poder político, nunca perdeu a sua força sobre a doutrina” (DWORKIN, R. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 41-42).

31 “A gênese da castração é uma gênese de dominação. Qualquer dominação começa por proibir a linguagem que não está prevista e sancionada. Quadro dramático, quadro dogmático, que bem define como capador-capado o campo do imaginário instituído: jurídico, educacional, científico ou cotidiano. É um imaginário onde se produz um frágil equilíbrio entre castrações e sublimações e que faz crer que roto, o homem tende ao autoritarismo. Nesse sentido, o discurso jurídico existe para fazer crer que há menos autoritarismo” (WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz dos Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985, p. 18).

32 “Desse modo, pela primeira vez, em meu livro Fundamentos do Direito meu comecei a elaborar a tridimensionalidade. Direito não é só norma, como quer Kelsen, Direito não é só fato como rezam os marxistas ou os economistas do Direito, porque direito não é economia. Direito não é produção econômica, mas envolve a produção econômica e nela interfere; o direito não é principalmente valor, como pensam os adeptos do Direito natural tomista, por exemplo, porque o direito ao mesmo tempo é norma, é fato e é valor. E pela primeira vez, na introdução do livro Teoria do Direito e do Estado, disse aquilo que generosamente um dos maiores discípulos de Kelsen, Josef Kunz, qualificou de fórmula realeana: o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores. Essa é a fórmula que Josef Kunz chamou de fórmula realeana. O Direito repito, é uma integração normativa de fatos segundo valores” (REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 119).

33 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 699.

Mas o Direito também é a linguagem<sup>34</sup> pela qual o Estado interage com a sociedade. Entende-se que as políticas públicas além de serem fenômenos políticos e estatais, devem ser necessariamente percebidas e reconhecidas como fenômenos jurídicos.<sup>35</sup> Tanto a decisão, quanto a realização das políticas e dos programas de ação do Estado também ocorrem na esfera jurídica e, principalmente, através da esfera jurídica, que condiciona e regula a atuação do Estado. As decisões em políticas públicas são exercidas e realizadas através do Direito, que, por sua vez, as legitima e delimita. Não se pode entender políticas públicas sem analisar o arcabouço jurídico sobre a qual foram constituídas. A conceituação jurídica permite ainda que as políticas públicas possam ser efetivadas, controladas e fiscalizadas pelos poderes do Estado. Considera-se fundamental a relação existente entre políticas públicas e o Direito, por tratarem-se de dois sistemas interdependentes entre si e que possuem a mesma fonte, o Estado.

Neste sentido, atualmente as Procuradorias Municipais são órgãos fundamentais na estrutura estatal. Podem ser considerados como órgãos de representação dos Municípios. Mas não apenas isto. Devem também ser considerados como fenômenos culturais que interagem com o meio onde são produzidos. São também órgãos fundamentais para a produção, implementação, execução, avaliação e fiscalização de políticas públicas municipais, tanto em nível judicial como extrajudicial. As políticas públicas, assim como as Procuradorias Municipais, são também fenômenos estatais oriundos e dependentes do conceito de Estado. Atualmente vivemos no Brasil o Estado Social e Democrático de Direito. O Estado Social e Democrático de Direito busca a solidariedade humana com a ampliação dos direitos fundamentais, defendidos tanto em nível individual como coletivo. Entre os atores sociais que produzem as políticas públicas no âmbito da Administração Pública podemos destacar o Governo e a burocracia estatal. A Administração Pública, por sua vez, pode ser considerada como o meio pelo qual as políticas públicas serão implementadas e executadas. O convencimento e aprovação da implementação de políticas públicas ocorre através da defesa de uma ideologia específica do governo. Sendo o Direito um importante instrumento ideológico, mas também a linguagem pela qual se manifesta o Estado.

Os governos, através de suas ideologias, procuram implementar políticas públicas. Muitas condutas na gestão pública podem ser direcionadas para interesses ilícitos, ímprobos ou desvinculados dos interesses sociais relevantes ao Estado Social e Democrático de Direito. A relevância das Procuradorias Municipais, principalmente formadas por servidores efetivos, emerge em função da centralidade que exercem na gestão e fiscalização de

34 “Essa percepção da ordem jurídica como fruto do poder político, que por sua vez recebe a legitimação e a formatação de seu exercício desta mesma ordem jurídica é fundamental (...)” (SMANIO, G. “Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania”. In: SMANIO, G. e BERTOLIN, P. **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6).

35 “Como fenômeno jurídico, notamos que as políticas públicas se traduzem por um complexo de normas jurídicas e assim podem ser definidas. Normas especiais, como proposto por Eros Grau, com fixação de objetivos a serem alcançados, mas também podendo realizar normas de conduta e normas de organização (...)” (SMANIO, G. “Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania”. In: SMANIO, G. e BERTOLIN, P. **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10).

políticas públicas, podendo atuar dentro de seus limites legais visando orientar e convencer os gestores públicos a aperfeiçoar e alterar políticas públicas não direcionadas para valores republicanos ou desfocadas do interesse público e social. As Procuradorias Municipais emergem não só como os principais intérpretes da linguagem do Estado (Direito), mas também como os garantes e fiscais das funções do Estado Social e Democrático de Direito buscando a concretização da cidadania. Conforme ensina Pedro Manoel Abreu atualmente a função jurisdicional, da qual faz parte a advocacia pública, transcende a modesta e subserviente atividade de aquiescer aos caprichos e à vontade do legislador. Busca, em verdade, solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos individuais e coletivos, operando juridicamente como uma verdadeira força de expressão social que se define pelo exercício de uma função capaz de explorar as fissuras, as antinomias e as contradições da ordem jurídica. A resistência às leis injustas deve começar pelos juízes, mas também pelos Procuradores. Existe uma clara crise na qualidade dos poderes, pois têm sido omissos e ineficientes na compatibilização das suas atribuições constitucionais (Arts. 92 a 126 da Constituição Federal), com os fundamentos da cidadania (Art. 1º, II) e da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III), e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam: “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, e redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, de raça, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I, III e IV)”. A luta pela cidadania deve ser travada em todas essas frentes, inclusive no âmbito das Procuradorias Municipais, que deve atuar especialmente visando minorar os graves problemas sociais do Brasil, onde a exclusão, mais do que um problema, constitui uma chaga social.

## 4 | CONCLUSÃO

As Procuradorias Municipais podem ser entendidas e compreendidas como órgãos de representação judicial dos Municípios. Mas também podem ser entendidas como fenômenos culturais em constante evolução, e também como locais de produção, execução e de fiscalização de políticas públicas. Da mesma forma, como ocorre estreita relação do conceito de Procuradoria Municipal com conceitos relevantes tais como Estado, Direito, Governo, Burocracia Estatal, Ideologia e Políticas Públicas. Vivemos no Estado Social e Democrático de Direito, que exige uma atuação positiva do ente estatal visando minorar as enormes diferenças sociais. Sob esta perspectiva as Procuradorias Municipais emergem não só como os principais intérpretes da linguagem do Estado (Direito), mas também como os garantes e fiscais das funções do Estado Social e Democrático de Direito buscando a concretização da cidadania.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Santa Catarina. 2008. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/91342>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do Estado: nota sobre os aparelhos ideológicos do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. (1999). **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BRANDÃO, P. T. **Ações constitucionais: novos direitos e acesso à justiça**. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CHAUÍ, Marilena. (2004). **O que é ideologia**. São Paulo: 2004. Disponível em: <<http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20%C3%89%20IDEOLOGIA%20-Marilena%20Chaui.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2022.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do Direito**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRINOVER, A. P. "O controle de políticas públicas pelo poder judiciário". **Revista de Processo**, n. 164, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MENDONÇA, Clarice Corrêa de; PORTO, Nathália França Figueiredo; VIEIRA, Raphael Diógenes Serafim. **1º Diagnóstico da Advocacia Pública Municipal no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum; Herkenhoff & Prates, 2018.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASSAES, F. M. ; PASSAES, M. F. ; LIMMER, M. E. C. ; ALONSO, M. M. ; MARQUES, R. ; FEITOSA, S. "Estado, Governo e Administração Pública". **Revista Eletrônica de Divulgação Científica da Faculdade Don Domênico**, v. 5, 2012.

RAGO, Luzia Margareth. "As Marcas da Pantera: Michel Foucault na historiografia brasileira contemporânea". **Anos 90 - Revista do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, nº. 1, mai. 1993, p. 121-143.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SMANIO, G. "Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania". In: SMANIO, G. e BERTOLIN, P. **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia**. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

# CAPÍTULO 5

## A FUNÇÃO SOCIAL E A DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: A RELAÇÃO ENTRE INTERESSE COLETIVO E INDIVIDUAL

*Data de aceite: 01/09/2022*

### **Gabriela Somenzi**

Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

### **Tariane Menegaz**

Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

O presente estudo foi desenvolvido no âmbito da disciplina de Direito Civil VI, do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus Erechim, sob orientação da Profa. Dra. Daniela Lippstein.

**RESUMO:** O trabalho objetiva verificar se a desapropriação por utilidade pública realizada no Brasil, sobre o argumento do interesse coletivo acima do individual, cumpre com a função social da propriedade. Para responder ao questionamento, por meio de entendimentos doutrinários, primeiramente analisar-se-á a história e o conceito de função social da propriedade, em um segundo momento, verificar-se-á como as desapropriações por utilidade pública são realizadas no Brasil, trazendo como exemplo, as obras da Copa do Mundo de 2014, e os impasses que ainda existem anos depois. Por fim, conclui-se que a desapropriação baseada na utilidade pública deve seguir o

princípio da função social da propriedade, porém este princípio precisa ser interpretado além do fundamento da supremacia do interesse público, devendo proteger não só o interesse coletivo, mas também proteger o interesse dos indivíduos que tiveram suas propriedades desapropriadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desapropriação. Função social. Propriedade.

**ABSTRACT:** The work aims to verify if the expropriation for public utility carried out in Brazil, on the argument of collective interest over the individual, fulfills the social function of property. To answer the question, through doctrinal understandings, firstly, the history and concept of the social function of property will be analyzed, in a second moment, it will be verified how expropriations for public utility are carried out in Brazil, bringing as an example, the works of the 2014 World Cup and the impasses that still persist years later. Finally, it is concluded that expropriation based on public utility must follow the principle of the social function of property, but this principle needs to be interpreted beyond the foundation of the supremacy of public interest, and must protect not only the collective interest, but also protect the interest of individuals who had their properties expropriated.

**KEYWORDS:** Expropriation, Social role, Property.

### **INTRODUÇÃO**

A Constituição Federal de 1988, trouxe no seu artigo 5º, inciso XXIII, o princípio da função social da propriedade, fazendo com

que o direito à propriedade perdesse seu caráter absoluto e passasse a ter limitações do Estado, firmando o entendimento de que o interesse coletivo prevalece sobre o individual. Em vista disso, com base no Decreto-Lei 3.365/41, o Estado passou a desapropriar, em busca de interesses coletivos, como aconteceu com as obras da Copa do Mundo de 2014, porém os interesses individuais foram ignorados.

Dessa forma, tendo em vista o impasse existente, o referido trabalho visa, por meio de artigos científicos e doutrina, analisar primeiramente do que se trata a função social da propriedade, e em um segundo momento, analisar como ocorreram as desapropriações na Copa do Mundo de 2014, e seus reflexos. Assim, será possível sanar a dúvida, qual seja, se a desapropriação por utilidade pública, realizada pelo Estado em 2014, está em conformidade com a função social da propriedade.

Responder esta dúvida é de suma importância, uma vez que, a propriedade é um direito fundamental e deve ser protegido, portanto, é preciso saber até onde vai esse fundamento da supremacia do interesse público, uma vez que o interesse individual não deve ser esquecido.

## DESENVOLVIMENTO

No fim do século XVIII, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a propriedade passou a ser um dos direitos mais importantes, sendo considerado essencial para concretização da liberdade. Porém, influenciada pelo Estado Liberal, a propriedade não sofria nenhuma interferência do Estado, possibilitando que o proprietário a utilizasse como bem quisesse, sem nenhuma limitação (VENOSA, 2020).

Entretanto, esse modelo puramente liberal trouxe impasses, uma vez que a total liberdade de um, passou a prejudicar a liberdade dos demais. Por este motivo, no final do século XIX para o século XX, surgiu o Estado Social, e a busca pelo Bem-Estar Social, o qual trouxe a ideia da proteção dos direitos coletivos acima dos individuais. Dessa forma, o proprietário que se portava como detentor de um direito absoluto, agora deveria seguir as limitações impostas pelo Estado (DANTAS, 2015).

A partir deste momento da história, o proprietário poderia exercer livremente seu direito, desde que não prejudicasse o coletivo, surgindo assim, a função social da propriedade.

No Brasil, a função social teve sua primeira aparição na Constituição Federal de 1934, influenciada por Weimar, no seu artigo 113, 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar [...]” (BRASIL, 1934, não paginado).

Porém, foi na Constituição Federal de 1988, a ascensão da função social da propriedade, ao ser considerada um direito fundamental, segundo artigo 5º, inciso XXIII. Além disso, não se vê mais a função social como uma mera limitação do direito à

propriedade, mas sim como uma legitimação desse direito, tendo em vista que, não há que se falar em direito de propriedade onde não houver função social:

A propriedade só se legitima quando seu uso efetivo cumprir uma função de cunho social; em contrapartida, se tal requisito não for cumprido, não pode ser tutelada pelo ordenamento. Como dito por Pietro Perlingieri (2002, p.229), “a ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade (COSTA; DUARTE, 2015, p. 07).

Diante do exposto, graças a função social, o direito à propriedade deixou de assumir um caráter absoluto, e passou a se preocupar com as necessidades coletivas. Desse modo, o Estado passou a ter direito de desapropriar a propriedade de indivíduos, sob a justificativa de um interesse social, de uma necessidade ou utilidade pública.

Ligado a isto, o Decreto-Lei 3.365/41 dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública, a qual, está relacionada diretamente à função social, tendo em vista que há um interesse público acima de um interesse individual, ou seja, de um lado há a propriedade privada e do outro o interesse da coletividade para utilizá-la.

É importante destacar, que este ato tomado pelo Estado, não deve se dar de forma autoritária e gratuita, mas sim mediante prévia e justa indenização ao proprietário (CARVALHO; 2014).

No entanto, não é o que vem acontecendo no Brasil, observado que, o Poder Público ao realizar desapropriações, sob a justificativa de uma utilidade pública, deixou de efetuar pagamento justo e prévio aos proprietários, e passou adotar o artigo 15, §1º do Decreto-Lei 3.365/41. Este dispositivo, é aplicado quando alegada urgência na desapropriação, sendo assim, neste caso, os proprietários acabam sendo retirados em caráter de urgência, não tendo uma justa compensação, uma vez que, é arbitrado uma indenização abaixo do valor de mercado. (SANTIAGO, 2015).

Mostra-se isso no que aconteceu nas obras da Copa do Mundo de 2014, em que, sob a justificativa de utilidade pública, ou seja, de um interesse da coletividade, indivíduos tiveram que sair com urgência de suas propriedades, para construção de obras para a Copa.

Segundo estudo de caso, realizado em 2014, na cidade de Porto Alegre/RS, aproximadamente 10 mil pessoas foram removidas do estádio do Beira Rio, sem consultá-los e sem aviso prévio, de forma urgente. Ainda, segundo o estudo, as novas residências que foram construídas para aqueles que sofreram a desapropriação, possuem rachaduras e problemas na estrutura básica das construções. Como se não bastasse tudo isso, ainda aproximadamente 480 famílias residiam na Vila Dique, a qual está abandonada pelo Poder Público, havendo animais transmissores de doenças, e até mesmo, pontos de venda de drogas (PORTELLA; SILVA, 2014).

Ressalva-se que esta não é uma exclusividade do Rio Grande do Sul, mas em

todos os Estados que sediaram a Copa, como é o caso de Recife, em que, segundo reportagens da BBC News Brasil de 2018, ao realizar entrevista a arquiteta e urbanista Ana Ramalho, essa disse que: “quatro anos depois da copa, não se chegou a algum lugar. Não há evidência da utilidade pública que levou à desapropriação de tantas famílias naquela região” (CARNEIRO, 2018, não paginado).

Diante destes fatos, deve-se questionar, até onde o Estado pode ir, sob a justificativa do interesse coletivo acima do individual. Isso porque, apesar da função social da propriedade trazer como um de seus fundamentos, a prevalência do interesse público, e, apesar do Decreto-Lei 3.365/41, artigo 5º, alínea n, autorizar desapropriação para construção de estádios, como ocorreu neste caso, não basta apenas isso para justificar a retirada de indivíduos de sua propriedade.

A função social da propriedade é mais do que isso, ela busca que aquele espaço seja usado para algo útil, produtivo e que traga algum bem à população, o que não aconteceu com as obras da copa. Afinal, essas pessoas perderam suas propriedades, receberam indenização de baixo valor, passaram a morar em lugares ignorados pelo Poder Público, além de que, no final disso tudo, muitas obras ainda nem saíram do papel:

Os quatro anos que separam a Copa no Brasil do Mundial que começa no próximo dia 14 na Rússia não foram suficientes para terminar obras de infraestrutura que deveriam ter sido entregues até 2014. De todas as 12 cidades-sede brasileiras, 11 têm algum projeto que chegou a ser prometido para a Copa ainda inacabado (G1, 2018, não paginado).

Diante disso, é importante destacar que, a desapropriação por utilidade pública, se dá, não como uma sanção ao proprietário que não segue a função social, como é o caso da desapropriação sancionatória, prevista no artigo 182, parágrafo 4º, III da Constituição Federal. Aqui neste caso, a desapropriação se dá por um interesse do coletivo, em síntese, o motivo dos proprietários sofrerem a desapropriação, não é porque agiram em desacordo com a função social.

Portanto, ao falar em desapropriação por utilidade pública, é necessário ter uma ponderação entre o interesse coletivo e o individual, deve haver reciprocidade, e não simplesmente a anulação do interesse individual. Em suma, para que haja esta desapropriação, é preciso primeiramente, que esta propriedade seja usada para o fim a que se destinou, caso contrário, não teria o porquê ocorrer uma desapropriação. Em segundo plano, é preciso proteger o interesse individual, proporcionando aos proprietários uma indenização justa e prévia, além de garantir nova moradia em local protegido pelo Poder Público. Só assim, pode se falar em função social, pois tanto o coletivo quanto o individual não seriam prejudicados.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista os fatos mencionados, nota-se que as desapropriações realizadas no ano de 2014 não seguiram o princípio da função social, uma vez que, muitos indivíduos perderam suas propriedades, não receberam valor justo de indenização, e passaram a morar em lugares esquecidos e desprotegidos pelo Poder Público, além de que, grande parte das propriedades desapropriadas não tiveram destinação alguma.

Sendo assim, é importante destacar que, o princípio da função social da propriedade não se limita apenas em buscar o interesse coletivo, mas também, em destinar a propriedade para um fim útil, e que seja capaz de trazer benefícios, até mesmo aos indivíduos que perderam suas propriedades. Portanto, é preciso que o Estado tenha cautela ao realizar desapropriações, sempre buscando evitar que os proprietários sejam prejudicados, recebendo estes todo amparo do Poder Público e uma indenização prévia e justa, além de que, deve se ponderar se a desapropriação é realmente necessária, ou se, o melhor seria manter as propriedades intactas.

Em suma, só haverá cumprimento da função social da propriedade, quando as medidas tomadas levarem em consideração o coletivo e o individual, buscando um equilíbrio, para que ninguém tenha seu direito de propriedade violado.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, 1934. Constituição da República Federativa do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CARNEIRO, Júlia dias. **Só arrancaram a casa do lugar, e fim': 4 anos depois, desapropriados da Copa questionam remoções desnecessárias**. BBC News Brasil, Rio de Janeiro, 17 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-44478032>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COSTA, Maria Amélia da; DUARTE, Polyana Vidal. **A realização da função social da propriedade nas áreas urbanas através da proteção jurídica da posse**. Minas Gerais: 2015, p. 07. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=37241d744c96e57d#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20social%20da%20propriedade%20transforma%20o%20direito%20de%20propriedade,de%20utilizar%20a%20sua%20propriedade.>>. Acesso em: 15 ago. 2021.

DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho. **Da função social da propriedade à função social da posse exercida pelo proprietário**: uma proposta de releitura do princípio constitucional. Revista de informação legislativa. Jan/mar. 2015. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril\\_v52\\_n205\\_p23.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p23.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2021.

G1. **Quatro anos depois, ainda há obras prometidas para Copa no Brasil inacabadas em 11 das 12 cidades-sede**. São Paulo-SP: 23 maio. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/quatro-anos-depois-ainda-ha-obras-prometidas-para-copa-no-brasil-inacabadas-em-11-das-12-cidades-sede.ghtml>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

PORTELLA, Adriana Araújo; SILVA, Gabriela Costa. **O impacto da copa do mundo de 2014 sob a população removida na cidade de Porto Alegre**. Revista da UFPel. Rio Grande do Sul: 2014. Disponível em: <[https://www.usp.br/nutau/anais\\_nutau2014/trabalhos/silva\\_gabrielacd.pdf](https://www.usp.br/nutau/anais_nutau2014/trabalhos/silva_gabrielacd.pdf)>. Acesso em: 16 ago. 2021.

SANTIAGO, Alex. **As desapropriações de urgência para obras da Copa do Mundo sem justa remuneração**. JusBrasil. Nov. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53745/as-desapropriacoes-de-urgencia-para-obras-da-copa-do-mundo-sem-justa-remuneracao>>. Acesso em: 17 ago. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil Reais**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

# CAPÍTULO 6

## USO INDEVIDO DE DADOS PESSOAIS DE BENEFICIÁRIOS DO AUXÍLIO EMERGENCIAL DISPONIBILIZADO PELO GOVERNO FEDERAL E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS – LGPD

*Data de aceite: 01/09/2022*

*Data de submissão: 14/08/2022*

**Luiz Edemir Taborda**

Universidade Estadual de Ponta Grossa –  
UEPG  
Ponta Grossa – Pr  
<http://lattes.cnpq.br/5389141622805327>

**João Irineu de Resende Miranda**

Universidade Estadual de Ponta Grossa –  
UEPG  
Ponta Grossa - Pr  
<http://lattes.cnpq.br/1395310248785785>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo fazer uma abordagem acerca do uso indevido de dados pessoais de beneficiários do auxílio emergencial disponibilizado pelo governo federal, após o advento da pandemia (COVID-19), trazendo a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) como possível instrumento de combate à referidas práticas ilícitas. Inicialmente realizou-se uma contextualização acerca do auxílio emergencial como um direito social de segunda geração. Em um segundo momento foi discutido acerca do vazamento de dados no pagamento e distribuição do auxílio emergencial, onde foram apresentados alguns exemplos de vazamento e uso indevido de dados no Brasil por parte de cibercriminosos. O trabalho traz ainda algumas considerações no tocante a responsabilidade civil do Estado, e, por consequência a responsabilidade objetiva da

Caixa Econômica Federal, enquanto empresa pública, e o seu dever de reparação em favor de beneficiários lesados. Por fim, após trazer alguns dos principais elementos contidos na LGPD com vistas à proteção de dados pessoais, concluiu-se que a LGPD se constitui em uma legislação de suma importância, pois, regulamenta o tratamento de dados, em um contexto contemporâneo das relações sociais, contudo evidenciou-se que a novel legislação somente terá efetividade contra o uso indevido de dados pessoais, como no caso do auxílio emergencial, se existir uma concreta fiscalização da Autoridade Nacional de Proteção de dados – ANPD, junto às empresas infratoras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Auxílio emergencial; Direitos Sociais; Vazamento de dados; Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD.

### MISUSE OF PERSONAL DATA OF BENEFICIARIES OF EMERGENCY AID MADE AVAILABLE BY THE FEDERAL GOVERNMENT AND GENERAL PERSONAL DATA PROTECTION LAW – LGPD

**ABSTRACT:** The present study aims to approach the misuse of personal data of recipients of emergency aid made available by the federal government, after the advent of the pandemic (COVID-19), bringing the General Law for the Protection of Personal Data (LGPD) as a possible instrument to combat said illicit practices. Initially, a contextualization was carried out about emergency aid as a second-generation social right. In a second moment, it was discussed about data leakage in the payment and distribution of emergency aid, where some

examples of leakage and misuse of data in Brazil by cybercriminals were presented. The work also brings some considerations regarding the civil liability of the State, and, consequently, the objective responsibility of Caixa Econômica Federal, as a public company, and its duty to repair in favor of injured beneficiaries. Finally, after bringing some of the main elements contained in the LGPD with a view to the protection of personal data, it was concluded that the LGPD constitutes a very important legislation, as it regulates the processing of data, in a contemporary context of social relations, however, it became evident that the new legislation will only be effective against the misuse of personal data, as in the case of emergency aid, if there is a concrete inspection by the National Data Protection Authority - ANPD, with the infringing companies.

**KEYWORDS:** Emergency aid; Social rights; Data leakage; General Data Protection Law - LGPD.

## 1 | INTRODUÇÃO

O desenvolvimento do mundo enquanto sociedade sempre trouxe grandes desafios para o homem desde os primórdios da humanidade. Esta complexidade das relações humanas ficaria ainda mais acentuada com o advento da tecnologia. Assim, a adaptação da sociedade a essas novas formas de relacionamento em meio virtual é uma necessidade premente.

Essa necessidade ficou ainda mais evidente quando no mês de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS), declarou a pandemia mundial do novo corona vírus (COVID-19), (UNA-SUS, 2020). Assim, como consequência do período pandêmico iniciou-se então uma enorme rede de trabalho e relações remotas, quais, intensificaram sobremaneira os meios virtuais de comunicação e relações negociais e comerciais.

O presente estudo tem por objetivo fazer uma abordagem acerca do uso indevido de dados pessoais no auxílio emergencial distribuído pelo Governo Federal objeto da Lei 13.982/2020, qual implantou o aludido programa de transferência de renda, trazendo ainda a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), como possível instrumento de combate ao vazamento e uso indevido de dados.

A discussão acerca da temática proposta para o presente trabalho é de suma importância, pois, se trata de um problema atual que vem sendo vivenciado por milhares de pessoas que estão tendo o direito ao seu benefício restringido em razão do uso indevido de seus dados, que, de consequência são utilizados em fraudes.

Assim, antes de abordarmos a problemática central do presente trabalho, imperioso fazermos uma contextualização e caracterização do auxílio emergencial enquanto direito social de segunda geração

## 2 I AUXÍLIO EMERGENCIAL COMO DIREITO SOCIAL DE SEGUNDA GERAÇÃO

O ano de 2020 ficará marcado para sempre na vida das pessoas de toda o planeta, e sem dúvidas será citado futuramente nos livros de história do mundo inteiro como o ano em que a população mundial enfrentou uma das maiores pandemias que já afetou a humanidade.

Assim, em razão do advento da pandemia causada pelo coronavírus (covid-19), governos de vários países do mundo viram-se obrigados a criar programas sociais visando a proteção e sobrevivência de milhares de trabalhadores, na sua grande maioria, informais, que perderam seus empregos e sua renda, em virtude da recessão econômica desencadeada pela pandemia.

No Brasil, objetivando a proteção desse grupo de vulneráveis foi criada a Lei 13.982/2020, publicada no Diário Oficial da União (DOU) na data de 02 de abril de 2020. Entre outras previsões ali contidas, a novel legislação regulamenta o pagamento do auxílio emergencial disponibilizado pelo Governo Federal àqueles indivíduos vulneráveis, que, em razão da atual situação pandêmica ficaram sem perceber renda, conforme previsto no art. 2º incisos I, II, III, IV, V e VI da referida lei (BRASIL, 2020).

Entretanto, antes de abordarmos a temática central do presente trabalho imperioso enfatizarmos que o aludido benefício possui caráter assistencial, e desta forma se constitui em um direito social reconhecido constitucionalmente.

Os direitos sociais, conforme ensina (Bobbio, 2004), são considerados como direitos de segunda geração, e, foram positivados inicialmente no início do século XX, consubstanciados pelo constitucionalismo do Estado social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919) e constituem-se como direitos de igualdade em sentido amplo, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais, cuja efetivação impõe ao poder público a satisfação de um dever de prestação preponderantemente positiva, consistente num *facere*. São os reconhecidos direitos à saúde, à educação, à previdência, ao trabalho, etc. (ZOUEM, 2019).

Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, traz um rol de direitos sociais, quais, devem ser observados pelo Estado, asseverando de forma expressa que: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a atuação do Estado deve ocorrer de forma positiva, com vistas a garantir o bem-estar de determinada categoria de indivíduos, ou seja:

o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver: é que a proteção destes requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova

forma de Estado, o Estado social (BOBBIO, 2004, p. 67).

Desse modo, o Estado por meio de ações e programas governamentais, instrumentaliza políticas públicas de proteção social, sendo que, o auxílio emergencial regulamentado pela Lei 13.982/2020, se constitui em uma ação afirmativa do Estado, o qual proverá a devida assistência social ao indivíduo conforme estabelecido no art. 203 da Constituição Federal, que é claro em sua redação quando dispõe que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.” (BRASIL, 1988).

Assim, conforme verifica-se, no Brasil, apesar de existir uma atual conjuntura político-econômica de vertente neoliberal, a nossa Constituição da República por ter um caráter social, foi preponderante para que nesse contexto de calamidade pública ocasionado pela pandemia do COVID-19, permitisse a regulamentação de benefícios assistenciais de transferência de renda para grupos vulneráveis, quais, puderam ter um alento no atual momento de crise, que, infelizmente foi direcionado e distribuído de forma desordenada pelo governo federal, consoante se discutirá adiante.

### **3 I VAZAMENTO DE DADOS NA DISTRIBUIÇÃO DO BENEFÍCIO EMERGENCIAL**

Conforme mencionado anteriormente, o auxílio emergencial disponibilizado pelo governo federal a pessoas que reúnem os requisitos do art. 2º da 13.982/2020, consiste em um programa de transferência de renda, qual, possui como objetivo precípua mitigar os efeitos socioeconômicos causados pela pandemia da COVID-19.

Contudo, após sua efetivação, não obstante os problemas de ordem financeira suportados por toda população carente que foi em busca do referido benefício, outra situação de extrema gravidade restou evidenciada no pagamento e distribuição do benefício assistencial, consubstanciado no vazamento de dados pessoais de usuários, quais, não conseguiram receber o benefício em razão da ação organizada de fraudadores, que, usam os dados pessoais dos beneficiários para sacar de forma ilícita os valores do benefício emergencial.

A atual conjuntura pandêmica facilitou sobremaneira as ações desses criminosos cibernéticos tendo em vista que, com o isolamento social a grande maioria das pessoas utilizam as ferramentas digitais para comunicar-se ou mesmo para realização do trabalho remoto, onde inevitavelmente existe uma transmissão e cruzamento de dados em rede de forma cotidiana.

Essa situação de vulnerabilidade dos sistemas informatizados e aumento do vazamento de dados no período pandêmico foi inclusive informado pelo site da Febraban, onde evidenciou-se que os criminosos estão se especializando em aplicar golpes também em pessoas idosas, aproveitando-se desse momento de maior utilização dos meios virtuais:

No período de quarentena houve um aumento de 60% em tentativas de golpes financeiros contra idosos. O período de isolamento social em razão da pandemia da covid-19 impulsionou o uso de canais digitais para atividades cotidianas, o que atraiu a atuação de cibercriminosos, que aproveitam o maior tempo online das pessoas para tentar aplicar golpes. FEBRABAN (2020).

Imperioso destacar ainda que, uma das artimanhas utilizadas pelos criminosos, é chamado “*phishing*”, que durante o período de quarentena, teve registrado um aumento de mais de 80% nas tentativas de ataques, que, consiste basicamente no roubo de dados pessoais sensíveis e senhas por meio do envio de *e-mails* ou *links* falsos, quais, quando acessados, direcionam o usuário a *sites* falsos, que normalmente, possuem remetentes desconhecidos, cujo objetivo único é a coleta de dados pessoais dos usuários para posterior utilização em operações fraudulentas (AGENCIA BRASIL, 2020).

Esses sites, ou e-mails falsos, normalmente chamam a atenção de pessoas com idade mais avançada ou mesmo aqueles que possuem pouco domínio de ferramentas digitais, onde, induzidos muitas vezes por promoções de produtos com valores pela metade do preço, ou até mesmo por notícias “*fakes*”, fantasiosas, relacionadas a pessoas famosas, acabam clicando nestes links e preenchendo de forma induzida alguns formulários com dados pessoais, quais, são utilizados posteriormente na aplicação de golpes virtuais.

No tocante ao auxílio emergencial, na maioria dos casos, quando o golpe é aplicado, os verdadeiros beneficiários restam sempre prejudicados, pois, quando entram no sistema para fazer seu cadastro, descobrem que os fraudadores já utilizaram seus dados anteriormente para receber o aludido benefício, e, com isso, têm seus pedidos negados, sem falar ainda, que existe uma infinidade de pessoas que mesmo sem possuir os requisitos para recebimento do benefício, acabam tendo seus dados utilizados indevidamente para recebimento, ficando ainda sujeitos a responder posteriormente pelo crime de apropriação indébita, em razão da atuação dos criminosos.

Além dos próprios beneficiários restarem prejudicados diante de todo este arcabouço de fraudes efetivados no auxílio emergencial, segundo informações divulgadas pelo site do jornal Correio Brasiliense no ano de 2020, a Caixa econômica Federal já amargou um prejuízo superior a 60 milhões de reais, referente a falhas na poupança digital e no aplicativo CAIXA TEM, que permite a invasão de fraudadores, quais objetivam sacar valores de forma indevida dos usuários (CORREIO BRASILIENSE, 2020). Estima-se ainda, que, caso não houvesse esta quantidade absurda de valores desviados por meio de fraudes, o programa do auxílio emergencial poderia pagar mais uma cota de R\$ 600,00 (seiscentos reais) para mais 100 mil brasileiros (CORREIO BRASILIENSE, 2020).

Desse modo, é indiscutível que o uso indevido de dados aumentou significativamente em virtude da pandemia, contudo, já era um problema latente no Brasil há algum tempo. Como exemplo desse uso indevido de dados, podemos citar a venda de dados pessoais de aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) a instituições

financeiras e empresas que oferecem créditos consignados no mercado de consumo.

O próprio presidente da Autarquia em entrevista ao site de notícias O Sul, reconheceu que existe sim uma falha no sistema do (INSS), ou seja, há o vazamento de dados utilizados para a concessão de crédito consignado (O SUL, 2019). Renato Rodrigues Vieira, que é procurador da autarquia, afirma que o órgão criou uma força-tarefa para apontar e punir os responsáveis pelos vazamentos de dados (O SUL, 2019,).

Nesse particular, “o INSS informa que, em parceria com a Dataprev, começou há algumas semanas um processo para identificar todas as fragilidades dos fluxos internos de informação e procedimentos. O objetivo é identificar vazamento de informações sigilosas de segurados, que acarretam em assédio comercial e seu uso indevido” (INSS, 2019).

Segundo o órgão, essa prática de vazamento de dados não é algo de agora, posto que, há anos existe a ocorrência de fraudes e assédio de ofertas de crédito consignado. Trinta e cinco milhões de brasileiros têm seus dados pessoais administrados pela empresa, de acordo com o Instituto de Defesa do Consumidor (IDC), (VAZ, 2019).

Percebe-se dessa forma que a proteção de dados pessoais, com vistas a evitar golpes e o uso indevido de dados disponíveis em plataformas digitais de órgãos e empresas é algo muito mais complexo que parece.

Contudo, o vazamento e uso indevido de dados não é um problema que acomete somente o Brasil, mas sim, uma realidade em todo o mundo. E por assim dizer, um exemplo de vazamento e uso indevido de dados que ganhou bastante notoriedade e ficou mundialmente conhecido, relaciona-se ao escândalo da Cambridge Analítica.

A Cambridge Analítica criada no ano de 2013, se constitui em uma empresa que realiza serviços de análise de dados para fins comerciais ou políticos. A sede fica em Londres, mas a empresa tem escritórios nos Estados Unidos (Nova York e Washington), Malásia e Brasil, (ALECRIM, 2017)

A empresa ficou bastante conhecida após ter seu nome envolvido em um escândalo de vazamento e uso indevido de dados pessoais por meio de aplicativos de entretenimento compartilhados na rede social Facebook.

Por meio de um aplicativo de teste de personalidade desenvolvido pelo russo Aleksandr Kogan, a empresa conseguiu os dados de mais de 50 milhões de perfis do facebook. A partir do momento em que o usuário do facebook, aceitava participar do aludido teste, a empresa conseguia coletar dados que incluíam atualizações de status, fotos, curtidas em posts e páginas, participações em grupos, e, em alguns casos, até mesmo mensagens privadas. (OLHAR DIGITAL, 2018).

Esses dados foram usados para criar os modelos e algoritmos usados pela Cambridge Analytica para determinar como fazer para manipular as pessoas. De posse deles, a empresa conseguia saber a que tipo de postagem cada pessoa estava suscetível – não só vídeos, textos ou imagens, mas também o conteúdo, o tom e o estilo de cada postagem. Também era possível saber quantas vezes era necessário expor essas pessoas

a esse tipo de conteúdo para influenciar sua opinião. (OLHAR DIGITAL, 2018).

A Cambridge Analytica, foi a empresa responsável pela assessoria do Presidente Americano Donald Trump, sendo que, estima-se que todas essas informações foram utilizadas para manipular o eleitorado do candidato nas eleições à presidência do Estados Unidos (PRESSE, 2019).

Percebe-se dessa forma, que o uso indevido de dados deve ser reprimido, considerando que o seu vazamento e utilização para fins ilícitos ou mesmo políticos, pode prejudicar um país inteiro, necessitando desse modo de uma legislação consistente que possua o condão de combater de forma efetiva referidas práticas.

#### **4 | USO INDEVIDO DE DADOS DE BENEFICIÁRIOS E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

Conforme retratado em linhas anteriores, o vazamento e consequente uso indevido de dados de beneficiários do auxílio emergencial, se constitui um problema nacional, qual possui graves desdobramentos e prejuízos para todos os usuários, sendo que, em algumas situações os verdadeiros beneficiários não tiveram acesso ao auxílio em razão das fraudes cometidas pelos criminosos.

Pois bem, mas qual seria a solução para aquelas pessoas que tiveram seus dados fraudados ou não conseguiram receber o aludido auxílio? Teriam elas direito de cobrar do Estado o prejuízo suportado?

A resposta para tais questionamentos é afirmativa, posto que, a Caixa Econômica Federal se constitui em uma Empresa Pública conforme decreto nº 759 de 12 de agosto de 1969, (BRASIL, 1969) e sendo assim, representa o Estado e possui responsabilidade objetiva perante os beneficiários do auxílio emergencial, uma vez que é a única instituição pública responsável pela administração e pagamento do referido benefício por meio de seus aplicativos.

Contudo, para melhor entendimento dessa relação jurídica entre Estado e cidadão, importante trazermos primeiramente um conceito jurídico de responsabilidade.

Nesse sentido:

A palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, formula através da qual se vinculava, no Direito Romano, o dever dos contratos verbais (Stolze; Pamplona Filho, 2013, p. 45-46).

“A acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em decorrência da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*” (Stolze; Pamplona Filho, 2013, p. 46).

A fundamentação de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental

da proibição de ofender, tem-se a ideia de que ninguém pode ferir a máxima *neminem laedere*, de Ulpiano, limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada.

De outro modo, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, não está se referindo àquela responsabilidade contratual que existe entre particulares e a administração pública, pois esta se resolve com base em cláusulas contratuais pré-estabelecidas em um contrato. Esta responsabilidade é decorrente de comportamentos unilaterais do Estado no desenvolvimento de suas atividades de prestador de serviços públicos que ocorrem em virtude de ação ou omissão do Estado no cumprimento de suas funções (GASPARINI, 2009, p. 1.041).

A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro refere-se à responsabilidade civil do Estado dizendo:

Trata-se de dano resultante de comportamento do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, a responsabilidade é do Estado, pessoa jurídica; por isso é errado falar em administração pública, já que esta não tem personalidade jurídica, não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. A capacidade é do Estado e das pessoas jurídicas públicas ou privadas que a representam no exercício de parcela de atribuições estatais. E a responsabilidade é sempre civil, ou seja, de ordem pecuniária (DI PIETRO, 2009, p. 638).

Sendo assim podemos dizer que a responsabilidade civil do Estado, não está adstrita somente à administração pública na figura do poder Executivo no exercício de suas funções, mas também ao poder Legislativo, judiciário e empresas públicas pois também representam o Estado, e podem ser responsabilizados por danos causados a terceiros quando estão desenvolvendo suas atividades, seja por uma ação ou omissão, conforme consagrou o artigo 37 § 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Dessa forma, visualiza-se que no caso de fraudes e/ou vazamento de dados no gerenciamento e distribuição do auxílio emergencial, a Caixa Econômica Federal, tem responsabilidade objetiva pelos danos causados aos beneficiários, pois, exerce atividade de risco, e sendo assim, uma vez que os dados utilizados estão sendo vasados em razão de falhas apresentadas no aplicativo CAIXA TEM, esta, enquanto empresa pública tem o dever de reparar os danos sofridos em favor daqueles que foram lesados, conforme determina o ordenamento jurídico brasileiro, não podendo a instituição financeira eximir-se do seu dever de reparação, devendo o beneficiário prejudicado propor ação judicial para ter os seus danos reparados em caso de resistência por parte do banco.

Todavia, mesmo sendo juridicamente reconhecido o dever de reparação das instituições financeiras em favor de seus consumidores conforme ocorre no caso de fraudes do auxílio emergencial, a judicialização dessas demandas não traz benefícios para os cidadãos, mormente se considerarmos o período de tramitação de processos dessa natureza no Brasil, (aproximadamente 02 anos), se fazendo necessário a aplicação de uma legislação mais rígida e especializada no que diz respeito ao uso e tratamento de dados pessoais, razão pela qual nasceu a Lei Geral de Proteção de dados Pessoais (LGPD),

conforme será abordado adiante.

## 5 | LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UMA LUZ NO FIM DO TÚNEL

Foi com este espírito de proteção de dados pessoais, que foi criada no Brasil a Lei nº 13.709/2018 Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), qual entrou em vigência no último mês de setembro próximo passado, e tem como principal objetivo regulamentar o tratamento de dados pessoais.

Assim, a lei visa a proteção dos dados de pessoas naturais, tanto por meio físico quanto digital, e obriga as empresas que fazem tratamento de dados a esclarecer ao titular dos dados a finalidade da tutela desses dados e informações para a proteção de direitos, como os da intimidade, privacidade, honra, imagem, liberdade de expressão e comunicação, autodeterminação informativa e livre desenvolvimento da personalidade e etc. (BRASIL, 2018).

De maneira geral, a nova legislação é baseada na lei de proteção de dados europeia, *General Data Protection Regulation* (GDPR), contudo, a LGPD também deve ser observada por empresas públicas, obrigatoriamente esta, que não se faz presente no ordenamento jurídico europeu.

Com a entrada em vigor do novo dispositivo jurídico de proteção de dados, todas as empresas que fazem tratamento de dados, ou seja, que de alguma forma utilizam dados pessoais de pessoas para exercerem suas atividades comerciais e negociais, deverão observar as disposições contidas no texto de lei, o qual possui um rol taxativo de determinações que devem ser seguidas pelas empresas, sejam estas públicas ou privadas, conforme estabelece o artigo 7º da LGPD (BRASIL, 2018).

O rol de incisos prescritos no supracitado dispositivo, traz de forma expressa as hipóteses em que as empresas poderão realizar o tratamento de dados, sendo que, em qualquer caso será necessário o consentimento e a informação ao titular dos dados acerca da finalidade do tratamento, objetivando dessa maneira, a restrição do uso indiscriminado de dados pessoais constantes em bancos de dados de empresas públicas ou privadas, com o conseqüente uso indevido por criminosos ou até mesmo pela venda de dados pessoais para empresas do setor financeiro.

A pretensão do legislador reside justamente na tentativa de “frear” essa quantidade imensurável de fraudes existente no mundo virtual, quais, iniciam a partir da coleta de dados pessoais em base de dados, (vazamento de dados), espalhadas por toda uma rede de sistemas que armazenam e utilizam dados dos seus usuários para desenvolver suas atividades.

Todavia, muito embora a vigência da LGPD, represente uma inovação quanto à regulamentação do uso de dados pessoais em meios virtuais, infere-se que a efetividade

da lei somente irá ocorrer quando a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, implementar uma efetiva fiscalização em face de das empresas e órgãos que realizam tratamento de dados, inclusive com a aplicação das multas previstas no artigo 52 da LGPD, em desfavor daquelas empresas que desrespeitarem as regras de tratamento de dados pessoais.

Denota-se dessa maneira que a LGPD, quando observada pelas empresas que fazem tratamento de dados, se constituirá em um importante instrumento de combate ao uso indevido de dados pessoais, notadamente com relação às fraudes que vem sendo realizadas junto ao auxílio emergencial, pois, caso a Caixa Econômica Federal, enquanto empresa pública responsável pelo tratamento de dados dos seus milhões de usuários estivesse seguindo as determinações contidas na LGPD, os beneficiários e mesmo a própria empresa não estariam sofrendo prejuízos imensuráveis causados pelos criminosos operadores dessas fraudes.

## 6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a conjuntura pandêmica ocasionada pelo coronavírus ocasionou um agravamento de problemas socioeconômicos, em todo o país. A crise sanitária fez florescer de forma contundente a desigualdade social existente no Brasil, obrigando desta forma o governo federal a desenvolver o seu papel de Estado, e formular programas sociais de transferência de renda.

Assim, a pandemia demonstrou a importância e a necessidade da existência de um Estado de bem-estar social, que tenha como objetivo a efetivação de direitos sociais básicos com vistas a garantir um mínimo de dignidade aos cidadãos, evidenciando assim que a tendência liberal adotada pelo Brasil e por alguns países deverá ser revista, face aos novos rumos que os países terão que trilhar mesmo no período pós-pandêmico.

Com efeito, programas de transferência de renda como o auxílio emergencial, se constituem em ferramentas de suma importância, e sendo assim, a sua distribuição deve ocorrer de forma organizada e efetiva, de modo que os destinatários do referido benefício possam gozar de seus direitos em sua plenitude.

Na presente abordagem evidenciou-se que o auxílio emergencial, não foi destinado de maneira correta aos seus beneficiários, em razão de falhas de distribuição causadas pelos canais digitais de atendimento da Caixa Econômica Federal, qual se mostrou falho e inoperante durante o pagamento e distribuição do aludido benefício, situação esta que possibilita uma infinidade de fraudes.

Denota-se ainda, que o vazamento e conseqüente uso indevido de dados pessoais, se constitui em um problema de ordem mundial na sociedade contemporânea, desencadeado pelo avanço tecnológico evidenciado nos últimos anos, onde a maioria das relações interpessoais, profissionais e institucionais utilizam alguma forma de interação

virtual, seja por meio de aplicativos de serviços, site de buscas ou até mesmo pelo uso das redes sociais, deixando os usuários desse sistema digital de informações, cada vez mais vulneráveis.

De outro modo, verificou-se ainda, que, mesmo o Estado tendo responsabilidade objetiva perante os beneficiários do auxílio emergencial, este, em diversas situações não prestou a devida reparação aos usuários de seus sistemas, fazendo nascer assim a necessidade premente da aplicação de uma legislação que regulamente de forma contundente o uso e o tratamento de dados como forma de coibir novas práticas ilícitas.

Nesse sentido, a LGPD, se apresenta como uma importante legislação, pois, além de estar em consonância com a nova realidade virtual, regulamenta o tratamento de dados pessoais, tanto na esfera pública, quanto na esfera privada, obrigando toda e qualquer empresa que faz tratamento de dados a se adequar aos novos ditames legais, visando notadamente a proteção de direitos fundamentais como a liberdade e a privacidade (BRASIL,2018).

Entretanto, observa-se que ainda existe grande resistência por parte das empresas em adaptar-se a nova legislação, fato este que ficou demonstrado no presente estudo, pois, a própria Caixa Econômica Federal, enquanto empresa pública, ainda não implementou de forma efetiva em seus sistemas internos a nova política de proteção de dados estabelecida pela LGPD, possibilitando assim a ocorrência das fraudes e falhas aqui apontadas.

Conclui-se ainda, que somente com uma ativa e contundente fiscalização da ANPD, é que os cidadãos terão a efetiva proteção de seus dados, considerando que, a vigência de uma legislação sem a sua concreta aplicação em desfavor de infratores, se torna letra morta e sem eficácia perante a sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALECRIM, Emerson. A controvérsia dos 50 milhões de perfis do Facebook manipulados pela Cambridge Analytica. **Tecnoblog**. Disponível em: <https://tecnoblog.net/236612/facebook-cambridge-analytica-dados/>. Acesso em: 05 nov. 2020.

BOBBIO, Norberto. **O Fundamento dos Direitos do Homem & Presente e Futuro dos Direitos Humanos** in: A Era dos Direitos. Brasília : Campus, 1993.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).>Acesso em 15 de nov. 2020

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 759 DE 12 DE AGOSTO DE 1969. Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública Caixa Econômica Federal e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 ago. 1969. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/524144>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/13709.htm). Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. LEI Nº 13.982, DE 02 DE ABRIL DE 2020. [...] estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 abr. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm). Acesso em: 20 mar. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE, **Fraudes no auxílio emergencial já dão prejuízo de mais de R\$ 60 milhões. 2020**. Disponível em: [https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/06/27/internas\\_economia,867374/fraudes-no-auxilio-emergencial-ja-dao-prejuizo-de-mais-de-r-60-milhoes.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/06/27/internas_economia,867374/fraudes-no-auxilio-emergencial-ja-dao-prejuizo-de-mais-de-r-60-milhoes.shtml). Acesso em: 10 nov. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FEBRABAN, **Tentativas de golpes financeiros contra idosos aumentam 60% na pandemia. 2020**. Disponível em: <https://noomis.febraban.org.br/temas/seguranca/tentativas-de-golpes-financeiros-contra-idosos-aumentam-60-na-pandemia>. Acesso em 24 nov. 2020.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 14 ed., rev., São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, K. **Golpes financeiros contra idosos cresceram 60%, diz Febraban**. Agência Brasil. Brasília, 02 set. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-09/golpes-financeiros-contra-idosos-cresceram-60-diz-febraban>. Acesso em: 21 nov. 2020.

O SUL. **O INSS admitiu que os dados de recém-aposentados podem ter vazado**. 2019. Disponível em: <http://www.osul.com.br/o-inss-admitiu-que-os-dados-de-recem-aposentados-podem-ter-vazado/>. Acesso em: 03 dez de 2020.

OLHAR DIGITAL, Cambridge Analytica: **tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões**. 2018. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2018/03/21/noticias/cambridge-analytica/>. Acesso em 27 nov. 2020.

PRESSE, France. **Cambridge Analytica se declara culpada em caso de uso de dados do Facebook**. Globo.com 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/01/09/cambridge-analytica-se-declara-culpada-por-uso-de-dados-do-facebook.ghtml>. Acesso em: 05 dez. 2020.

Stolze, Pablo Gagliano; Filho, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil: Responsabilidade civil**. v.3. 11 ed., rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

UNASUS, Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. 2020. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 20 nov. 2020.

ZOUEN, Luís Henrique Linhares. **Em que consistem e quais são as “gerações” de direitos fundamentais?** Meujuridico.com.br. São Paulo, 09 ago. 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/09/em-que-consistem-e-quais-sao-geracoes-de-direitos-fundamentais/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

## REGULAÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO NAS MICRORREGIÕES DO CEARÁ

*Data de aceite: 01/09/2022*

### **Marcelo Silva de Almeida**

Analista de Regulação da Agência Reguladora do Estado do Ceará – ARCE  
Fortaleza/CE

### **Alceu de Castro Galvão Junior**

Analista de Regulação da Agência Reguladora do Estado do Ceará – ARCE  
Fortaleza/CE

### **Alexandre Caetano da Silva**

Analista de Regulação da Agência Reguladora do Estado do Ceará – ARCE  
Fortaleza/CE

**RESUMO:** Diante da exigência de arranjos regionalizados para a organização do setor de saneamento, conforme o novo Marco Regulatório, o Estado do Ceará instituiu 3 Microrregiões de Saneamento Básico por meio da Lei Complementar 247/2021, a saber: Centro Sul, Oeste e Centro Norte. Cada uma destas Microrregiões está “ancorada” em uma região metropolitana: Centro Sul (Cariri), Oeste (Sobral) e Centro Norte (Fortaleza). Ademais, esta forma de organização foi concebida para os serviços de abastecimento de água, esgotamento sanitário e drenagem de águas pluviais urbanas. Este trabalho visa mostrar o atual estágio da prestação dos serviços nestas Microrregiões de Saneamento Básico, em termos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, com vistas a refletir os desafios impostos para o alcance da universalização, e, notadamente para sua

regulação. Foram utilizadas as informações dos dados desagregados de água e esgoto do SNIS –Série Histórica dos municípios do Estado do Ceará, para o cálculo dos Indicadores Operacionais – Água, Indicadores Operacionais – Esgoto e de Qualidade das 3 Microrregiões – MRs. A análise dos indicadores permite observar o tamanho do desafio para o alcance da universalização, o que exigirá mudança nos atuais formatos de prestação dos serviços, por meio dos SAAEs e CAGECE. Desta forma, uma eventual participação privada no setor, associada com as Normas de Referência da ANA, exigirá uma mudança significativa no atual padrão de regulação praticado no estado, considerando ser este um instrumento fundamental para a segurança dos investimentos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Microrregiões. Marco Regulatório. Universalização. Regulação.

### **INTRODUÇÃO/OBJETIVOS**

Considerando que o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico estabeleceu a obrigatoriedade de arranjos regionalizados para a organização do setor, o Estado do Ceará instituiu 3 Microrregiões de Saneamento Básico por meio da Lei Complementar 247/2021, a saber: Centro Sul, Oeste e Centro Norte. Cada uma destas Microrregiões está “ancorada” em uma região metropolitana: Centro Sul (Cariri), Oeste (Sobral) e Centro Norte (Fortaleza). Ademais, esta forma de organização foi concebida para os serviços de abastecimento

de água, esgotamento sanitário e drenagem de águas pluviais urbanas.

Tal arranjo territorial será a base de organização do setor no estado em termos de prestação, planejamento, regulação e controle social dos serviços, cujo objetivo principal é atingir as metas de universalização definidas pelo Novo Marco para 2033, nas quais 99% da população terá acesso ao abastecimento de água e 90% ao esgotamento sanitário.

Importante ressaltar que, a Lei Complementar 247/2021 definiu que a entidade reguladora da Microrregião de saneamento deverá atender ao disposto no art. 21 da Lei federal nº 11.445/2007, bem como deve possuir: corpo diretivo colegiado; capacidade técnica para atender as normas de referência editadas pela ANA; procedimento institucionalizado para a aplicação de medidas sancionatórias; e programas que assegurem a transparência, a integridade e o controle social.

Diante do exposto, o objetivo do presente trabalho é avaliar a prestação dos serviços nestas Microrregiões de Saneamento Básico em termos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, com vistas a refletir os desafios impostos para o alcance da universalização e sua regulação.

## METODOLOGIA

Para consecução do objetivo do presente trabalho, são utilizados os indicadores operacionais de água, esgoto e de qualidade, do banco de dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS)<sup>1</sup>, o maior e mais importante ambiente de informações do setor saneamento básico, e que reúne informações de caráter operacional, gerencial, financeiro e de qualidade dos serviços de Água e Esgotos (desde 1995), Manejo de Resíduos Sólidos (desde 2002) e Drenagem Pluvial (desde 2015).

Com base nas informações dos dados desagregados<sup>2</sup> de água e esgoto do SNIS – Série Histórica<sup>3</sup> dos municípios do Estado do Ceará, calcularam-se os Indicadores Operacionais – Água, Indicadores Operacionais – Esgoto e de Qualidade das 3 Microrregiões – MRs, aplicando o somatório dos dados de cada município que compõe cada bloco das MRs, conforme os critérios de cálculos do SNIS (Glossário de Informações e Indicadores)<sup>4</sup>.

Importante lembrar que os indicadores envolveram todos os prestadores de serviços que encaminharam informações ao SNIS, seja CAGECE, SAAE ou Prefeitura Municipal. O

**Quadro 1** apresenta os indicadores utilizados no presente estudo.

Os dados para cada componente foram tratados e analisados em termos de

1 <http://www.snis.gov.br/>

2 A base desagregada se aplica aos prestadores de serviços de abrangência regional e microrregional. Ela contém as informações preenchidas pelos prestadores de serviços em formulários específicos para dados desagregados, e corresponde ao valor individual de cada campo, para cada município atendido. Para prestadores de serviços locais as informações agregadas e desagregadas são as mesmas.

3 O SNIS - Série Histórica é um programa via web que permite consultar as informações e os indicadores do SNIS em seus dois componentes: “Água e Esgotos” e/ou “Resíduos Sólidos Urbanos”, desde os primeiros anos de coleta até o atual. Ele permite também realizar o cruzamento dos dados para possibilitar melhor compreensão e avaliação do setor de saneamento. <http://app4.mdr.gov.br/serieHistorica/>.

4 Disponível em <http://snis.gov.br/glossarios>

universalização e eficiência, para o abastecimento de água, e no tocante à universalização, para o esgotamento sanitário. Além dos indicadores de cada Microrregião, são apresentados mapas com os principais indicadores para cada município.

INDICADORES OPERACIONAIS - ÁGUA			
INDICADORES	FORMA DE CÁLCULO	INFORMAÇÕES ENVOLVIDAS	UNIDADE
IN009 Índice de hidrometração	$\frac{AG004}{AG002} \times 100$	AG002: Quantidade de ligações ativas de água AG004: Quantidade de ligações ativas de água micromedidas Comentários: AG004 * AG002*, utiliza-se a média aritmética dos valores do ano de referência e do ano anterior ao mesmo.	percentual
IN011 Índice de macromedicação	$\frac{AG012 - AG019}{AG006 + AG018 - AG019} \times 100$	AG006: Volume de água produzido AG012: Volume de água macromedido AG018: Volume de água tratada importado AG019: Volume de água tratada exportado	percentual
IN013 Índice de perdas faturamento	$\frac{AG006 + AG018 - AG011 - AG024}{AG006 + AG018 - AG024} \times 100$	AG006: Volume de água produzido AG011: Volume de água faturado AG018: Volume de água tratada importado AG024: Volume de serviço	percentual
IN014 Consumo micromedido por economia	$\frac{AG003}{AG014} \times \frac{1.000}{12}$	AG003: Volume de água micromedido AG014: Quantidade de economias ativas de água micromedidas Comentários: AG014*: utiliza-se a média aritmética dos valores do ano de referência e do ano anterior ao mesmo.	m³/mês/econ.
IN022 Consumo médio per capita de água	$\frac{AG010 - AG019}{AG001} \times \frac{1.000.000}{365}$	AG001: População total atendida com abastecimento de água AG010: Volume de água consumido AG019: Volume de água tratada exportado Comentários: AG001*: utiliza-se a média aritmética dos valores do ano de referência e do ano anterior ao mesmo.	l/hab./dia
IN023 Índice de atendimento urbano de água	$\frac{AG025}{GE06a} \times 100$	AG025: População urbana atendida com abastecimento de água GE06a: População urbana residente do(s) município(s) com abastecimento de água POP_URB: População urbana do município do ano de referência (Fonte: IBGE).	percentual
IN049 Índice de perdas na distribuição	$\frac{AG006 + AG018 - AG010 - AG024}{AG006 + AG018 - AG024} \times 100$	AG006: volume de água produzido AG010: volume de água consumido AG018: Volume de água tratada importado AG024: Volume de serviço	percentual
IN051 Índice de perdas por ligação	$\frac{AG006 + AG010 - AG010 - AG024}{AG012} \times \frac{1.000.000}{365}$	AG002: Quantidade de ligações ativas de água AG006: Volume de água produzido AG010: Volume de água consumido AG018: Volume de água tratada importado AG024: Volume de serviço Comentários: AG002*: utiliza-se a média aritmética dos valores do ano de referência e do ano anterior ao mesmo.	l/lig./dia
IN055 Índice de atendimento total de água	$\frac{AG001}{GE12a} \times 100$	AG001: População total atendida com abastecimento de água GE12a: População total residente do(s) município(s) com abastecimento de água, segundo o IBGE POP_TOT: População total do município do ano de referência (Fonte: IBGE).	percentual
INDICADORES OPERACIONAIS - ESGOTO			
INDICADORES	FORMA DE CÁLCULO	INFORMAÇÕES ENVOLVIDAS	UNIDADE
IN015 Índice de coleta de esgoto	$\frac{ES005}{AG010 - AG019} \times 100$	AG010: Volume de água consumido AG019: Volume de água tratada exportado ES005: Volume de esgotos coletado	percentual
IN016 Índice de tratamento de esgoto	$\frac{ES006 + ES014 + ES015}{ES005 + ES013} \times 100$	ES005: Volume de esgotos coletado ES006: Volume de esgotos tratado ES013: Volume de esgotos bruto importado ES014: Volume de esgoto importado tratado nas instalações do importador ES015: Volume de esgoto bruto exportado tratado nas instalações do importador	percentual
IN024 Índice de atendimento urbano de esgoto referido aos municípios atendidos com água	$\frac{ES026}{GEC6a} \times 100$	ES026: População urbana atendida com esgotamento sanitário GE06a: População urbana residente do(s) município(s) com abastecimento de água G06B: População urbana residente do(s) município(s) com esgotamento sanitário POP_URB: População urbana do município do ano de referência (Fonte: IBGE).	percentual
IN047 Índice de atendimento urbano de esgoto referido aos municípios atendidos com esgoto	$\frac{ES026}{GEC6b} \times 100$	ES026: População urbana atendida com esgotamento sanitário G06B: População urbana residente do(s) município(s) com esgotamento sanitário POP_URB: População urbana do município do ano de referência (Fonte: IBGE).	percentual
IN056 Índice de atendimento total de esgoto referido aos municípios atendidos com água	$\frac{ES001}{GE12a} \times 100$	ES001: População total atendida com esgotamento sanitário GE12a: População total residente do(s) município(s) com abastecimento de água, segundo o IBGE GE12B: População total residente do(s) município(s) com esgotamento sanitário, segundo o IBGE POP_TOT: População total do município do ano de referência (Fonte: IBGE).	percentual
INDICADORES DE QUALIDADE			
INDICADORES	FORMA DE CÁLCULO	INFORMAÇÕES ENVOLVIDAS	UNIDADE
IN075 Incidência das análises de cloro residual fora do padrão	$\frac{QD007}{QD006} \times 100$	QD006: Quantidade de amostras para cloro residual (à na lisadas) QD007: Quantidade de amostras para cloro residual com resultados fora do padrão	percentual
IN076 Incidência das análises de turbidez fora do padrão	$\frac{QD009}{QD008} \times 100$	QD008: Quantidade de amostras para turbidez (à na lisadas) QD009: Quantidade de amostras para turbidez fora do padrão	percentual
IN084 Incidência das análises de coliformes totais fora do padrão	$\frac{QDC27}{QDC25} \times 100$	QD026: Quantidade de amostras para coliformes totais (à na lisadas) QD027: Quantidade de amostras para coliformes totais com resultados fora do padrão	percentual

Quadro 1 – Indicadores de água e esgoto do SNIS utilizado no estudo.

## ABASTECIMENTO DE ÁGUA

### Universalização

A Universalização, conforme critérios estabelecidos no PLANSAB, implica no abastecimento de **água potável** por rede de distribuição ou por poço, nascente ou cisterna, com canalização interna, em qualquer caso sem intermitência [*grifo nosso*]. Este conceito é denominado no Plano Nacional de “atendimento adequado”.

Ao avaliar conjuntamente os indicadores de universalização (**Tabela 1**) e de qualidade de água (**Tabela 2**), observa-se que a universalização não depende apenas da expansão da infraestrutura de abastecimento, mas, também, de investimentos em reposição de ativos, principalmente na modernização das estações de tratamento de água (ETAs). Esta demanda fica evidenciada ao analisar os indicadores das análises de turbidez fora do padrão (IN076) nas 3 Microrregiões, os quais se mostraram bastante elevados, chegando a 53,52% na MR Centro Norte (**Quadro 2**), acima do que preconiza o Anexo 10 do Anexo XX da Portaria de Consolidação nº05/2017<sup>5</sup> vigente em 2019, cujo Valor Máximo Permitido (VMP) é de 5 UT (Unidade de Turbidez).

Microrregiões	Índice de atendimento total de água (IN055) - %	Índice de atendimento urbano de água (IN023) - %
Centro Sul	54,25	75,47
Oeste	42,36	62,36
Centro Norte	60,53	71,15

Tabela 1 – Indicadores de Universalização

Microrregiões	Incidência das análises de cloro residual fora do padrão (IN075) - %	Incidência das análises de turbidez fora do padrão (IN076) - %	Incidência das análises de coliformes totais fora do padrão (IN084) - %
Centro Sul	0,38	20,30	5,96
Oeste	0,63	26,99	4,35
Centro Norte	0,99	53,52	5,76

Tabela 2 – Indicadores de Qualidade de Água

Ao desagregar o indicador IN076 por município e com dados de 2019 (**Figura 1**), observam-se maiores incidências de não conformidade nos municípios Microrregião Centro Norte, onde fica localizada a Região Metropolitana de Fortaleza. Ademais, 39 dos 82 municípios desta Microrregião tem incidência de turbidez fora do padrão (IN076), superior a 50%.

<sup>5</sup> Recentemente alterada pela Portaria 888/2021. Disponível em <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-888-de-4-de-maio-de-2021-318461562>

Considerando as condições hídricas e a qualidade da água bruta nos mananciais superficiais do Estado, em sua maioria, eutrófica e supereutrófica (**Figura 2**), os investimentos na modernização das ETAs devem ser realizados no curto prazo *pari passu* com a expansão da infraestrutura.

Ainda segundo o PLANSAB, a reposição dos ativos em abastecimento de água até 2033, representa 12,7% em produção e 31,4% na distribuição sobre o montante global a ser investido para que se alcance a universalização<sup>6</sup> no período 2019-2033. Importante destacar que, em geral, esta infraestrutura data do período PLANASA, nos anos 1970 e 1980, e que, investimentos em reposição de ativos, não gerarão receitas adicionais aos prestadores de serviços em termos de novas ligações de água.

Ainda sobre a **Tabela 1**, os níveis de atendimento total (IN055) demonstram que o desafio para prover 99% com acesso ao abastecimento de água até 2033 não será tão trivial. No caso da Microrregional Oeste, por exemplo, o atendimento total deverá ser mais do que duplicado. Como exemplo, observa-se na **Figura 3** que, nesta Microrregião há ainda alguns municípios com índices de atendimento urbano (IN023) inferiores a 50%. Aliado aos investimentos na expansão e reposição da infraestrutura, o estado precisa investir na construção do Sistema Estadual de Informações – SISANCE, conforme preconizado na LC nº 162/2016, que trata da Política Estadual de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário. Desta forma, o SISANCE será fundamental para o direcionamento e monitoramento dos investimentos, e para a avaliação contínua das políticas públicas setoriais.

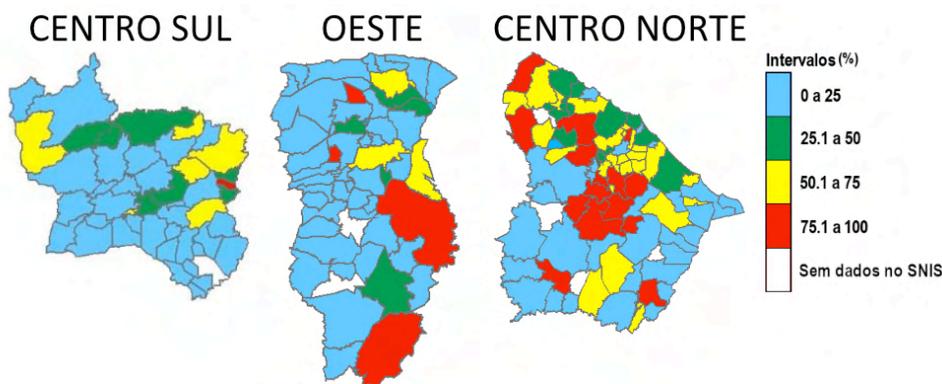


Figura 1 – Incidência das análises de turbidez fora do padrão (IN076) nas Microrregiões.

Fonte: CSB/ARCE

6 Disponível em < [https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao\\_Consehos\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_Alta\\_-\\_Capa\\_Atualizada.pdf](https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao_Consehos_Resolu%C3%A7%C3%A3o_Alta_-_Capa_Atualizada.pdf)>, fl. 168, tab. 7.2.

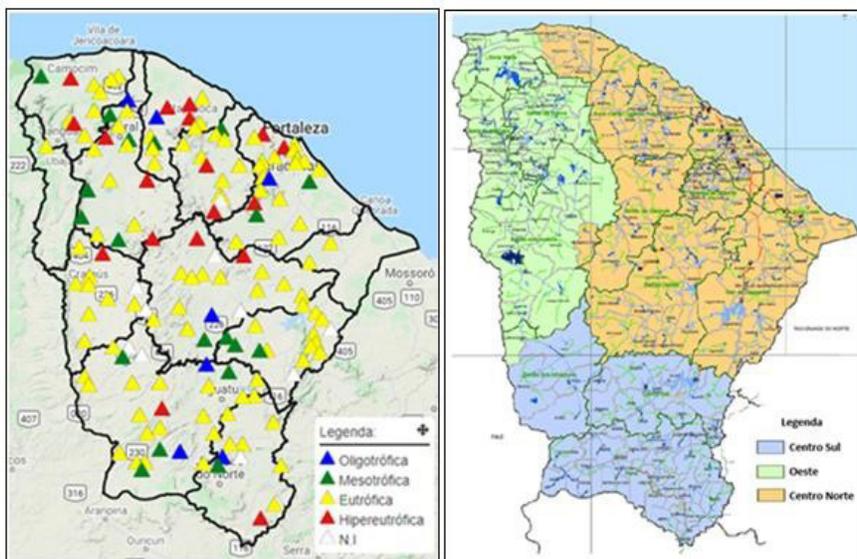


Figura 2 – Estado trófico dos mananciais superficiais do estado do Ceará.

Fonte: <http://www.hidro.ce.gov.br/hidro-ce-zend/acude/eutrofizacao> (consulta em 20/4/2021).

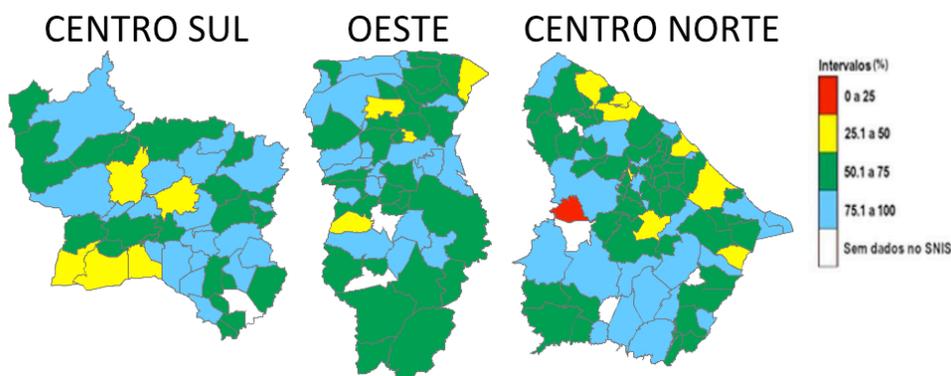


Figura 3 – Índice de atendimento urbano de água (IN023) nas Microrregiões.

Fonte: CSB/ARCE

## Eficiência

Em relação a eficiência, ressalta os elevados níveis de perdas na distribuição (IN049) e por ligação (IN051), conforme observado na **Tabela 3**. Os valores médios relacionados ao IN049 para as Microrregiões Centro Sul (40,82%) e Centro Norte (46,24%) estão acima da média nacional (39,2%) e deverão, no curto prazo, se adequar às metas de redução de perdas estabelecidas na Portaria nº 490/2021<sup>7</sup> do Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR). A **Figura 4** apresenta os mapas dos valores médios relacionados ao IN049 para as

<sup>7</sup> Disponível em <http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-490-de-22-de-marco-de-2021-309988760>.

Microrregiões	Índice de macromedicação (IN011) - %	Índice de hidrometração (IN009) - %	Consumo micromedido por economia (IN014) - m³/mês/economia	Consumo médio per capita de água (IN022) - l/hab.dia	Índice de perdas faturamento (IN013) - %	Índice de perdas na distribuição (IN049) - %	Índice de perdas por ligação (IN051) - l/lig.dia
Centro Sul	9,45	90,10	8,88	143,34	27,07	40,82	262,28
Oeste	74,72	99,36	10,20	149,89	22,17	35,87	210,10
Centro Norte	75,44	99,07	8,81	128,24	32,00	46,24	311,71

Tabela 3 – Níveis de Eficiência na Prestação dos Serviços do Abastecimento de Água.

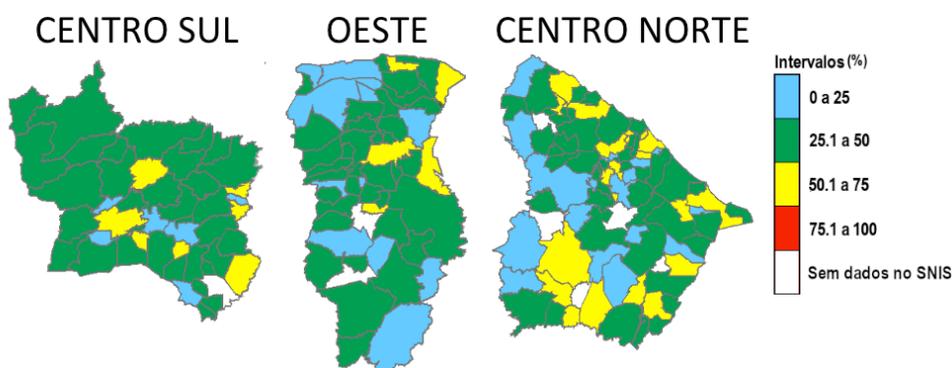


Figura 4 – Índice de perdas na distribuição (IN049) para as Microrregiões.

Fonte: CSB/ARCE

### Esgotamento sanitário

Para atingir a meta de universalização de 90% da população com esgotamento sanitário em 2033, será necessário mais que triplicar os atuais índices de atendimento total (IN056) em cada uma das 3 Microrregiões de saneamento básico do Estado do Ceará, conforme observado na **Tabela 4**. Mesmo ao segregar as áreas urbanas, por meio do indicador (IN024), apenas a Microrregião Centro Norte tem pouco mais que 1/3 de sua população urbana com acesso a estes serviços (**Figura 5**).

Microrregiões	Índice de atendimento total de esgoto referido aos municípios atendidos com água (IN056) - %	Índice de atendimento urbano de esgoto referido aos municípios atendidos com água (IN024) - %	Índice de atendimento urbano de esgoto referido aos municípios atendidos com esgoto (IN047) - %	Índice de coleta de esgoto (IN015) - %	Índice de tratamento de esgoto (IN016) - %
Centro Sul	13,54	20,98	20,98	26,55	47,03
Oeste	18,14	25,93	25,93	25,69	87,34
Centro Norte	29,54	35,52	35,52	45,98	98,50

Tabela 4 – Indicadores de Universalização do Esgotamento Sanitário.

## CONCLUSÃO

Os dados apresentados das Microrregiões de Saneamento Básico apontam para a necessidade de um enorme esforço por parte do Estado para atingir as metas de universalização dos serviços em 2033. Ademais, as diferenças apontadas entre os atuais níveis de atendimento podem resultar em diferentes horizontes (2033 ou 2040) para atingimento destas metas para cada Microrregião.

Mesmo apresentando níveis de atendimento superiores ao esgotamento sanitário, a universalização do abastecimento de água não pode ser subestimada, considerando o binômio acesso e qualidade, haja vista os elevados níveis de turbidez e de perdas na água distribuída à população.

Portanto, em função dos vultosos investimentos que serão necessários para o alcance da universalização, é fundamental que os estudos de viabilidade econômico-financeira, que resultaram no arranjo territorial de 3 Microrregiões para o estado, assim como os impactos dos vários projetos macroestruturais (dessalinização, malha d'água, PPP BNDES, PISF), sejam avaliados neste desenho, haja vista que recairão nas tarifas pagas pelos usuários, cuja definição caberá a entidade reguladora.

Desta forma, a introdução da participação privada no estado, cujos *players* apresentam comportamento proativo no trato das questões regulatórias, exigirá maior técnica e autonomia por parte das agências reguladoras, sob pena de afugentar investimentos. No Ceará, os atuais processos de participação privada em curso, Dessalinização e PPP BNDES têm como modelagem concessões administrativas, e que os riscos assumidos pela CAGECE em tais modelagens, poderão ser compensados nas tarifas dos usuários, o que exigirá uma regulação mais estrita.

Em relação à regulação, as NRs da ANA tirarão as agências infranacionais de uma zona de conforto, trazendo um arcabouço normativo que, associado aos padrões dos contratos, exigirão um novo patamar de regulação, o que afetará diretamente as agências

reguladoras.

Cabe ainda destacar o papel que terá a ARCE como regulador dos contratos de prestação dos serviços, especialmente das metas quali-quantitativas de universalização.

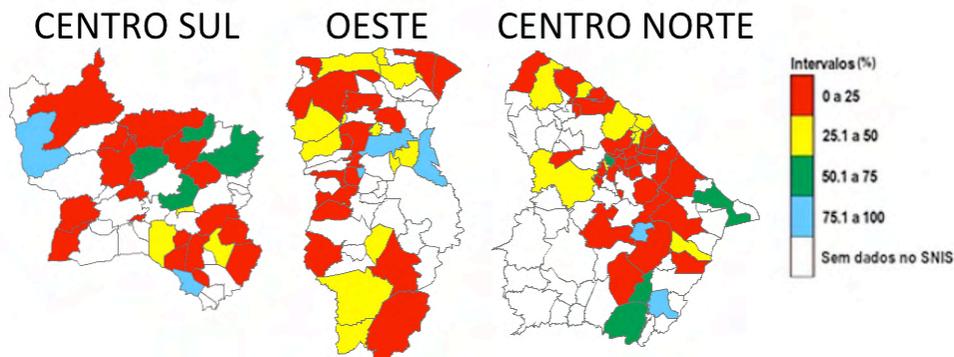


Figura 5 – Índice de atendimento urbano de esgoto referido aos municípios atendidos com água (IN024) para as Microrregiões.

Fonte: CSB/ARCE

## REFERÊNCIAS

<http://www.snis.gov.br/>

<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-gm/ms-n-888-de-4-de-maio-de-2021-318461562>.

[https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao\\_Conselhos\\_Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_Alta\\_-\\_Capa\\_Atualizada.pdf](https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/ArquivosSDRU/ArquivosPDF/Versao_Conselhos_Resolu%C3%A7%C3%A3o_Alta_-_Capa_Atualizada.pdf)>, fl. 168, tab. 7.2.

<http://www.hidro.ce.gov.br/hidro-ce-zend/acude/eutrofizacao> (consulta em 20/4/2021).

<http://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-490-de-22-de-marco-de-2021-309988760>.

# CAPÍTULO 8

## A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO E O ADOECIMENTO MENTAL DOS TRABALHADORES: EXISTE ESSA RELAÇÃO NO CONTEXTO CAPITALISTA NEOLIBERAL?

*Data de aceite: 01/09/2022*

*Data de submissão: 08/07/2022*

### **Cláudia Costa Paniago Pereira**

Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras.  
Especialista em Direito do Trabalho pela  
Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais (PUC-MG)  
Uberlândia- MG  
<http://lattes.cnpq.br/5005508434220006>

### **Taciana Cecília Ramos**

Bacharel em Direito Pela Universidade Federal  
de Uberlândia (UFU). Especialista em Direito  
do Trabalho e Previdenciário na Atualidade  
pela Pontifícia Universidade Católica de Minas  
Gerais (PUC-MG)  
Uberlândia-MG  
<http://lattes.cnpq.br/4051938812175123>

**RESUMO:** O presente artigo trata-se de uma análise acerca do sofrimento psíquico dos trabalhadores brasileiros dada a precarização das relações de trabalho no contexto capitalista neoliberal que vivenciamos. O referencial teórico foi a Psicodinâmica do Trabalho, que visa estudar as relações subjetivas entre o trabalhador e sua atividade. Optou-se pela pesquisa dedutiva, com técnica bibliográfica-doutrinária, tendo compilação e revisão de material acerca do assunto proposto. Percebe-se, como resultado desse estudo, que o valor atribuído ao trabalho se relaciona ao psiquismo das pessoas, afetando-o negativamente em condições como

as experimentadas agora, de alta demanda por produtividade, rentabilidade e sob ameaça de desemprego, o que deve ser revisto e modificado em prol da garantia da dignidade desses indivíduos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Precarização. Sofrimento Psíquico. Psicodinâmica do Trabalho.

### WORK PRECARIFICATION AND WORKERS MENTAL ILLNESS: IS THIS RELATIONSHIP IN THE NEOLIBERAL CAPITALIST CONTEXT?

**ABSTRACT:** The present article is an analysis about the psychological suffering of Brazilian workers given the precariousness of labor relations in the neoliberal capitalist context that we are experiencing. The theoretical framework was the Psychodynamics of Work, which aims to study the subjective relationships between the worker and his activity. Deductive research was chosen, using bibliographic-doctrinal technique, with the compilation and review of material on the proposed subject. It can be seen, as a result of this study, that the value attributed to work is related to people's psyche, affecting it negatively in conditions like those experienced now, with high demand for productivity, profitability and under threat of unemployment, which must be revised and modified in order to guarantee the dignity of these individuals.

**KEYWORDS:** Precariousness. Psychic Suffering. Psychodynamics of Work.

## 1 | INTRODUÇÃO

O exercício do trabalho estrutura as relações entre os indivíduos e assegura a participação deles na vida econômica. Se, no início da história da Humanidade, o trabalho era uma forma de interação com o meio ambiente, adequando-o às necessidades das pessoas, isso se modificou ao longo dos anos. A globalização da economia e a informatização, entre outras mudanças sociais e tecnológicas, trouxeram a era da superprodução: as pessoas que estão inseridas nela, estão exaustas e, as que não a atendem, perdem seus empregos.<sup>1</sup>

Esse quadro repercute, não raro de forma negativa, na saúde física e mental dos trabalhadores e trabalhadoras estão sob constante ameaça de vivências de sofrimento e com o temor do desemprego, o que os expõe ao perigoso risco de adoecimento mental.

O objetivo geral deste trabalho é, então, investigar a possível relação entre o adoecimento mental dos trabalhadores brasileiros em um contexto de labor que sofre com a desregulamentação das normas trabalhistas e a sua precarização.

Para análise dessa temática, tem-se como objetivos específicos elencar as principais regras e princípios jurídicos brasileiros e internacionais acerca da saúde mental dos trabalhadores, à luz dos direitos humanos; contextualizar essa realidade de trabalho com sofrimento psíquico avaliando conceitos como o de precarização laboral; e, verificar dados oficiais para melhor apreender o impacto da flexibilização, desregulamentação e até precarização nas normas trabalhistas no âmbito do capitalismo neoliberal.

O método de abordagem a ser utilizado nessa pesquisa será o caminho sistemático, consiste em um conjunto de diversos elementos reunidos em uma unidade gnoseológica. Já a técnica de pesquisa será a bibliográfico-doutrinária com a revisão da literatura sobre o tema e também a técnica estatística, a partir da análise de dados com vistas a se obter um resultado mais concreto da situação psíquica dos trabalhadores no Brasil, observada a precarização das relações laborais.

A pesquisa bibliográfica se fundamentará na análise dos instrumentos normativos da Organização Mundial de Saúde (OMS), Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Organização das Nações Unidas (ONU) no âmbito do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como da legislação brasileira aplicável ao caso e demais fontes bibliográficas pertinentes. Exposta essa etapa metodológica, passa-se para as reflexões a seguir.

## 2 | A TUTELA JURÍDICA DA SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES NO BRASIL E NO MUNDO

Os direitos à saúde e à segurança no ambiente de trabalho, que podem ser vistos como gênero que engloba a saúde mental dos trabalhadores, constituem direitos humanos

<sup>1</sup> ECCE HOMO. **Episódio 7: Trabalho**. Produção: Le Grup Consient. Canadá. 1999. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MPB83diYqGw>. Acesso em: 10 abr. 2020

previstos em âmbito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, prevê essas jusgarantias no artigo XXV, n. 1. Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado no Brasil pelo Decreto nº 591/1992, traz esses direitos nos artigos 7º e 12-1, e a Declaração nº 155, da OIT, de 1981, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992, dispõe sobre segurança e saúde do trabalhador.<sup>2</sup>

Nesse ínterim, em 1984 a OIT e a OMS celebraram a novena reunião do Comitê Misto sobre Medicina do Trabalho. No Informe do Comitê Misto, a relevância do meio ambiente psicossocial no lugar do trabalho e a necessidade de serem desenvolvidos programas multidisciplinares com o escopo de melhoramento dos fatores psicossociais que prejudicam a saúde e o bem-estar no meio ambiente de trabalho foram destacadas.<sup>3</sup>

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica – protege o direito à integridade pessoal preceituando, no inciso 1º, ter toda pessoa o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”) também endossou o entendimento de proteção à saúde laboral, incluindo o zelo pela saúde mental.<sup>4</sup>

Ainda que restrita à tutela da saúde mental da mulher no trabalho, convém registrar que a “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher” (Convenção de Belém do Pará – 1995) efetuou esse papel em seus artigos 1º; 2º, §1º; artigo 3º, parágrafo único; e, artigo 60, I, “c”, V, § 3º.<sup>5</sup> Por fim, a Declaração Sociolaboral do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) de 2015 estabeleceu que a promoção da saúde e da integridade física e mental dos trabalhadores deve constituir-se no objeto central dos esforços comuns dos países do MERCOSUL (artigo 17).<sup>6</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho foram apontados como princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, incisos III e IV, respectivamente, da Constituição Federal de 1988.<sup>7</sup> Tais princípios asseguram a saúde dos trabalhadores, o que abarca a proteção à saúde mental deles.

2 ROCHA, Sarah Hora; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. A invisibilidade das doenças mentais ocupacionais no mundo contemporâneo do trabalho. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 1106, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4470>. Acesso em: 10 jul. 2020.

3 PENIDO, Lais de Oliveira. Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 191, p. 212, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242916>. Acesso em: 10 jul. 2020.

4 PENIDO, Lais de Oliveira. Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 191, p. 213-214, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242916>. Acesso em: 10 jul. 2020.

5 *Ibid*, p. 213- 214.

6 PENIDO, Lais de Oliveira. Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 191, p. 214, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242916>. Acesso em: 10 jul. 2020.

7 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

A dignidade da pessoa humana, segundo Moraes, tem substrato material em quatro postulados: (i) da igualdade, formal e substancial, proibindo-se todo tratamento discriminatório; (ii) da integridade psicofísica, que configuraria um “amplíssimo direito à saúde”, e o direito às condições mínimas de vida digna; (iii) da liberdade, relacionada à autonomia privada, mas admite a ocorrência de limitações em prol do interesse social; e, (iv) da solidariedade, que preconiza a busca de uma sociedade livre e justa, sem excluídos ou marginalizados, que exerça a reciprocidade e o reconhecimento do outro.<sup>8</sup>

Constata-se, então, que a saúde mental dos trabalhadores tem grande vinculação com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que as subjetividades dos indivíduos e a integridade psíquica deles se relaciona com condições dignas de existência.

Somado a esse supraprincípio da dignidade da pessoa humana, está o princípio fundamental do valor social do trabalho. O labor humano é amplamente tutelado na Constituição Federal de 1988, como se pode verificar ao ver o trabalho elencado como um dos direitos sociais (artigo 6º), assim como a garantia de variados direitos aos trabalhadores urbanos e rurais no artigo 7º e, ainda, a reverência da “valorização do trabalho humano” como fundamento da Ordem Econômica, cuja finalidade é “assegurar a todos a existência digna” (artigo 170). Todo esse cenário comprova a irradiação do valor social do trabalho nos ditames constitucionais e na legislação ordinária.

Ademais, associado aos princípios supramencionados, o direito à saúde e à segurança também são direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988, em seus artigos 6º e 196 a 200. No artigo 225, o texto constitucional prevê, outrossim, o direito ao meio ambiente equilibrado, no qual se inclui o meio ambiente do trabalho (artigo 200, VIII).<sup>9</sup>

Exposto esse embasamento jurídico, Renata Queiroz Dutra anota, então, que devem se inserir no patrimônio jurídico imaterial dos trabalhadores, como forma de tutela da sua subjetividade:

o direito à afirmação da identidade pelo trabalho, o direito à manutenção da saúde mental, sem imposição de práticas estressantes ou assediadoras, a regulamentação do ritmo do trabalho dentro da jornada, o direito à desconexão do trabalho nos momentos de lazer, o direito ao estabelecimento de relações laborais saudáveis com colegas e gerentes, dentre outros que se apresentem como resposta às novas formas de ofensa à subjetividade daquele que trabalha frente aos excessos da organização produtiva.<sup>10</sup>

8 MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 117.

9 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 jul. 2020.

10 DUTRA, Renata Queiroz apud SÃO PAULO, Adriana Souza de. O assédio moral organizacional nos bancos e o adoecimento psíquico do trabalhador: a negociação coletiva como instrumento de controle preventivo. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 84, nº 1, p. 38, jan./mar 2018. . Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/138250/2018\\_sao\\_paulo\\_adriana\\_assedio\\_moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/138250/2018_sao_paulo_adriana_assedio_moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 abr. 2020.

Percebe-se, assim, que o trabalho não se resume a um meio de sobrevivência; ele é, também, um modo de autorrealização, de inclusão social e de construção de identidade pessoal, de reconhecimento individual e coletivo, restando inquestionável o lado psicossomático dos trabalhadores.<sup>11</sup>

Nesse sentido, o psiquiatra e sociólogo francês Christophe Dejours, representante da Psicodinâmica do Trabalho, confirmou que o trabalho é elemento de afirmação da identidade do indivíduo, pois este continua sendo o único mediador da realização do ego no campo social.<sup>12</sup> Dejours, analisando a nova estrutura organizacional pós-moderna, infere que subsiste um quadro permanente de sofrimento psíquico dos trabalhadores, que temem não satisfazer ou não estar à altura das imposições da organização do trabalho.<sup>13</sup>

O medo de demissão e a precarização do trabalho agravam a situação mencionada acima, o que, segundo Dejours, traz como principais consequências o aumento do sofrimento subjetivo; a neutralização da mobilização coletiva contra o sofrimento; a “estratégia defensiva do silêncio, da cegueira e da surdez”; o individualismo.<sup>14</sup>

Diante dessas considerações, nota-se a importância de se avaliar a realidade do trabalho de muitos brasileiros no sistema capitalista e neoliberal para se observar o quanto a saúde mental dessas pessoas pode ser abalada por conta dessa conjuntura política, social e econômica, como se verá adiante.

### **3 | A REALIDADE SOCIOECONÔMICA E POLÍTICA DO BRASIL SOBRE O LABOR: O CAPITALISMO E O NEOLIBERALISMO COMO CONTEXTO DO TRABALHO PRECARIZADO, E ADOCIMENTO MENTAL DO TRABALHADOR**

O mundo do trabalho vem passando por diversas mudanças em função do capitalismo, da globalização, das mudanças tecnológicas, dos aspectos econômicos, e sociais, caracterizando novas formas de organização do trabalho.

A globalização surgiu com objetivo de modernizar as relações de trabalho, com a adoção de novas tecnologias, aumentando a produtividade dentro das empresas e fábricas. Porém essa lógica de se produzir mais com menos, sobrecarrega os empregados, prejudicando sua saúde física e mental, transformando o ambiente de trabalho em espaço de adoecimento.

O filósofo alemão Karl Marx percebeu que o trabalho é o conceito chave da sociedade, desta forma, toda a história da humanidade passaria por uma luta de classes entre os burgueses donos do capital e dos meios de produção e os trabalhadores que vendiam sua força de trabalho.<sup>15</sup>

---

11 Ibid, p. 35-36.

12 DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. p. 28.

13 Ibid, p. 28.

14 DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. p. 28.

15 PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vez de Almeida. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

Desse modo, é imprescindível falar de trabalho. Em uma mesma definição de trabalho é possível encontrar “a de realizar uma obra que te expresse, que dê reconhecimento social e permaneça além da tua vida; e a de esforço rotineiro e repetitivo, sem liberdade, de resultado consumível e incômodo inevitável”.<sup>16</sup> Destarte, é possível perceber que o trabalho tem uma função dúplice, sendo essencial para se compreender o labor humano na contemporaneidade.

O neoliberalismo surgiu no País com o Presidente da República Fernando Collor de Mello, que precisou enfrentar alguns problemas econômicos relacionados ao fim da ditadura militar, como a inflação. Em razão disso, o referido Presidente propôs a criação de uma nova moeda, alterações nas leis trabalhistas, abertura do mercado nacional e privatização de empresas. Essas medidas ficaram conhecidas como o Plano Collor, com o intuito de melhorar a economia do País. A partir desse momento o discurso neoliberal passa a ser preponderante nas relações econômicas e políticas.

O neoliberalismo se trata de uma “reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar [...]”<sup>17</sup>. O neoliberalismo é “em primeiro lugar, normativo: o mercado deve dominar tudo e o Estado deve ficar reduzido ao papel de preservar as instituições que permitam o funcionamento do primeiro”.<sup>18</sup>

Desse modo, o neoliberalismo defende um Estado com intervenção mínima em relação aos direitos sociais e trabalhistas e, ao mesmo tempo, quer que o Estado seja passivo em relação aos lucros. O neoliberalismo tem como objetivo a implementação do enxugamento do Estado e, nesse contexto, de desregulamentação dos direitos, principalmente dos direitos trabalhistas. Nesse modelo econômico se acreditava que os direitos sociais eram um atraso para a economia do País em decorrência do seu custo elevado, prejudicando o crescimento econômico e a competitividade do mercado nacional.

Dessa forma, a flexibilização e a precarização dos direitos trabalhistas surgem com o objetivo de reduzir os custos da mão de obra como estímulo à economia nacional, ou seja, a tendência é a retirada de direitos sociais para atender a crise do capital. A flexibilização “poderia ser definida como a possibilidade, inserida na própria lei existente, de excetuar alguns direitos trabalhistas, tornando-os maleáveis”.<sup>19</sup> A precarização, em contrapartida, caracteriza-se pela desregulamentação ou perda dos direitos trabalhistas e sociais.<sup>20</sup>

16 ALBORNOZ, Suzana. **O que é Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 9.

17 ANDERSON, Perry. *Balanço do Neoliberalismo*. In: Emir Sader (org.), **Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2008, p. 9.

18 PAULANI, Leda. **Modernidade e Discurso Econômico**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005, p.128.

19 CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 37 n. 147, p. 139, jul./set. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/614/r147-12.PDF>. Acesso em: 25 jun. 2020.

20 Nesse sentido: A flexibilização dos direitos sociais, assim, é mais um mecanismo capitalista de manutenção do sistema de exploração e aferição de lucros às empresas e conglomerados econômicos. Flexibiliza-se para a manutenção da mais-valia, para o controle da taxa de lucro. Quanto menos “encargos sociais” tiver o capitalista, quanto menos gastar com o trabalhador, melhor gerencia seus interesses na busca por acumulação de capital. (CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 37 n. 147, p. 142, jul./set. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/614/r147-12.PDF>. Acesso em: 25 jun. 2020.)

A reforma trabalhista implementada pela Lei n. 13.647/2017 priorizou o sistema econômico, condizendo com uma das movimentações do modo de produção capitalista, ou seja, buscam uma elevação da taxa de lucro com a alteração na repartição entre a remuneração do trabalhador e o lucro.

As alterações na lei trabalhista surgiram com o intuito de gerar mais empregos, diminuindo os custos da mão de obra, porém essa escolha política de contratações precárias pressionam o trabalhador a aceitar condições menos favoráveis, fazendo com que o trabalhador fique em situação de desigualdade frente ao empregador, gerando um aumento de doenças no trabalho, sofrimento do trabalho, acidentes de trabalho violando o trabalho digno.

Nesse sentido, a precarização é, [...] uma forma particular assumida pelo processo de exploração do trabalho sob o capitalismo em sua etapa de crise estrutural, podendo, portanto, ser mais ou menos intensa, uma vez que não é uma forma estática. Nas épocas de crise - ainda mais quando esta tem um claro acento estrutural - o que se assiste é a sua intensificação, o que vimos denominando como a persistente tendência à *precarização estrutural do trabalho em escala global* [...].<sup>21</sup>

A pressão sobre os trabalhadores devido às demandas do mercado econômico traz prejuízos à saúde física e psíquica dos trabalhadores, transformando o ambiente de trabalho em espaço de adoecimento. O debate sobre a relação entre trabalho e saúde mental se faz importante para a busca de mudanças nessa relação.

O capitalismo impõe um ritmo de trabalho produtivista, com jornadas exaustivas, imposição de metas abusivas, excesso de cobrança, falta de reconhecimento e autonomia no ambiente de trabalho. O trabalhador não consegue se adaptar, tornando o ambiente de trabalho negativo para o obreiro, deteriorando as condições de saúde, causando tantos afastamentos relacionados à saúde mental.

Em contraponto à precarização e a flexibilização destaca-se o argumento do trabalho decente/digno. Conforme a Organização Internacional do Trabalho (OIT) trabalho decente é definido como aquele “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”.<sup>22</sup>

As alterações na forma de gestão do modelo econômico e nas relações trabalhistas, como a flexibilização de contratação, somadas ao desemprego e à informalidade, levam ao agravamento da questão social, uma vez que esse panorama enseja a insegurança do trabalhador, fragiliza sua capacidade de reivindicação e, com isso, rebaixa os salários. No contexto social surgem fenômenos como a desigualdade, a miséria e a insegurança, intimamente relacionados às formas de produção e circulação do valor.

Infere-se, então, que o trabalho não deve ser considerado como mera mercadoria e o

21 ANTUNES, Ricardo. *Asociedade dos adoecimentos no trabalho*. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 123, p. 413, jul./set. 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&lng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&lng=pt). Acesso em: 26 jun. 2020.

22 OIT apud AZEVEDO NETO, Planton. **O Trabalho Decente como um Direito Humano**. São Paulo: LTr, 2015, p. 64.

trabalhador não é apenas um instrumento do sistema capitalista. Sendo assim é necessário que o trabalho não seja visto apenas sob o aspecto econômico, devendo ser analisado sob a ótica do trabalho digno.

#### **4 | OS DESAFIOS DA EFETIVAÇÃO DAS JUSGARANTIAS TRABALHISTAS DE SAÚDE MENTAL NA PRÁTICA DO TRABALHO PRECARIZADO**

Conforme já foi dito, o mundo do trabalho vem passando por diversas mudanças caracterizando novas formas de organização do trabalho, porém essa escolha de contratações precárias, pressionam o trabalhador a aceitar condições menos favoráveis, fazendo com que o trabalhador fique em situação de desigualdade frente ao empregador, gerando um aumento de doenças no trabalho, sofrimento do trabalho, acidentes de trabalho violando o trabalho digno, transformando o ambiente de trabalho em espaço de adoecimento.

A flexibilização e a precarização surgiram como um mecanismo capitalista de manutenção do sistema de exploração e aferição de lucros, atendendo a crise do capital, reduzindo os encargos sociais, para estimular a economia. Dessa forma, quanto menos gastar com o trabalhador, mais fácil a busca pela acumulação de capital.<sup>23</sup> Nessa mesma linha, cabe a seguinte transcrição:

O adoecimento mental está intrinsecamente ligado às condições de vida e às condições de trabalho. De acordo com os estudos desenvolvidos por Dejours, a organização do trabalho é responsável pelas consequências penosas ou favoráveis para o funcionamento psíquico do trabalhador, ou seja, cada modelo de organização do trabalho pode facilitar, ou não, a saúde mental do trabalhador.

Dessa forma, a dignidade humana é fundamento constitucional para o trabalho, já que esse só se legitima com condições dignas. Assim, o debate sobre a relação entre trabalho e saúde mental se faz imprescindível para a busca de mudanças nessa relação.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, fazendo parte desse o ambiente de trabalho. Desse modo, tanto o empregador como o empregado devem cumprir com as condições de trabalho saudáveis e dignas, sendo responsabilidade jurídica do empregador garantir o trabalho em um ambiente saudável e equilibrado, promovendo a saúde e a proteção de riscos contra a integridade e a dignidade humana no trabalho.

A maioria das doenças mentais e físicas são influenciadas por uma combinação de fatores de risco para a saúde e segurança dos trabalhadores, presentes ou relacionados

---

23 Nessa mesma linha, cabe a seguinte transcrição: “[...] a flexibilização se expressa na diminuição drástica das fronteiras entre atividade laboral e espaço da vida privada, no desmonte da legislação trabalhista, nas diferentes formas de contratação da força de trabalho e em sua expressão negada, o desemprego estrutural.” (ANTUNES, Ricardo. A sociedade dos adoecimentos no trabalho. *Serv. Soc. Soc.*, São Paulo, n. 123, p. 413, jul./set. 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&tng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&tng=pt). Acesso em: 26 jun. 2020.)

ao ambiente de trabalho, podendo ser classificados em cinco grupos: físicos, químicos, biológicos, ergonômicos e psicossociais e mecânicos e de acidentes:

[...] os fatores que contribuem para a maior incidência do processo de adoecimento, a progressiva diminuição ou ausência do mínimo de controle dos trabalhadores sobre o processo de trabalho. Para a autora, essa ausência constitui-se em risco real para o desenvolvimento de diferentes formas de adoecimento que se desdobram em “problemas osteoarticulares, distúrbios gastrintestinais, alterações cardiovasculares, distúrbios de saúde mental e acidentes de trabalho”.<sup>24</sup>

A adoção de novas tecnologias e métodos gerenciais que impõe uma maior produtividade, intensificando o trabalho, causam uma maior incidência de doenças relacionadas ao trabalho, como o estresse, a fadiga física e mental, Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT), entre outras. Abaixo estão indicadas determinadas patologias constantes na lista de transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho, de acordo com a Portaria/MS Nº 1.339/1999:

- Demência em outras doenças específicas classificadas em outros locais (F02.8) • Delirium, não-sobreposto à demência, como descrita (F05.0) • Transtorno cognitivo leve (F06.7) • Transtorno orgânico de personalidade (F07.0) • Transtorno mental orgânico ou sintomático não especificado (F09.-) • Alcoolismo crônico (relacionado ao trabalho) (F10.2) • Episódios depressivos (F32.-) • Estado de estresse pós-traumático (F43.1) • Neurastenia (inclui síndrome de fadiga) (F48.0) • Outros transtornos neuróticos especificados (inclui neurose profissional) (F48.8) • Transtorno do ciclo vigília-sono devido a fatores não-orgânicos (F51.2) • Sensação de estar acabado (síndrome de burnout, síndrome do esgotamento profissional) (Z73.0).<sup>25</sup>

A OMS (Organização Mundial da Saúde) reconhece o conceito de saúde mental como “não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade, mas como um estado de completo bem-estar físico, mental e social”<sup>26</sup>. Sendo assim, é fundamental priorizar a saúde mental dos trabalhadores. Para se alcançar esse objetivo, é preciso garantir que o trabalho seja prestado em condições dignas e favoráveis ao psicológico dos trabalhadores.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas formas de organização do trabalho impõem um ritmo de trabalho produtivista, com jornadas exaustivas, impondo metas abusivas, com excesso de cobrança, que derrogam por sobrecarregar o trabalhador, tornando o ambiente de trabalho

24 SATO, Leny apud AZEVEDO NETO, Planton. **O Trabalho Decente como um Direito Humano**. São Paulo: LTR, 2015, p. 412.

25 MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE NO BRASIL. Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde. **Ministério da Saúde do Brasil, Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil**; organizado por Elizabeth Costa Dias; colaboradores Idelberto Muniz Almeida et al. – Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas\\_relacionadas\\_trabalho\\_manual\\_procedimentos.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf). Acesso em: 3 jul. 2020.

26 DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial da Saúde: saúde mental: nova concepção, nova esperança**. Lisboa: Climepsi Editores, 2002, p. 30. Disponível em: [https://www.who.int/whr/2001/en/whr01\\_po.pdf?ua=1](https://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf?ua=1). Acesso em: 3 jul. 2020.

desequilibrado e prejudicial para o obreiro. O adoecimento mental está intrinsicamente ligado as condições de vida e as condições de trabalho, sendo assim a organização do trabalho pode ser responsável pelas consequências penosas ou favoráveis para o funcionamento psíquico do trabalhador.

A flexibilização dos direitos sociais e trabalhistas, assim como a precarização, é mais um mecanismo capitalista de manutenção do sistema de exploração e aferição de lucros, além de atender a crise do capital. Porém, essas alterações na forma de gestão do modelo econômico e nas relações trabalhistas, somadas ao desemprego e à informalidade, levam ao agravamento da questão social, uma vez que esse panorama enseja a insegurança do trabalhador e fragiliza sua capacidade de reivindicação.

O presente artigo buscou, então, contribuir para o enriquecimento das discussões sobre o direito humano à saúde mental que todos os trabalhadores fazem jus, em prol da efetivação de um labor digno/decente e que preze pelas subjetividades dos indivíduos, independentemente do modelo socioeconômico de produção vigente.

Nesse aspecto, é preciso priorizar a saúde mental dos trabalhadores, para se alcançar esse objetivo. As instituições públicas e privadas devem garantir que o trabalho seja prestado em condições dignas e favoráveis ao psicológico dos trabalhadores, além de focar na promoção da qualidade de vida, da prevenção de danos, da proteção de riscos contra a integridade e a dignidade humana no trabalho.

## REFERÊNCIAS

ALBORNOZ, Suzana. **O que é Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

ANDERSON, Perry. Balanço do Neoliberalismo. In: Emir Sader (org.), **Pós-Neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático**. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2008.

ANTUNES, Ricardo. A sociedade dos adoecimentos no trabalho. **Serv. Soc. Soc.**, São Paulo, n. 123, p. 407-427, jul./set. 2015. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&tlng=pt](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282015000300407&lng=pt&tlng=pt). Acesso em: 26 jun. 2020.

AZEVEDO NETO, Planton. **O Trabalho Decente como um Direito Humano**. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 abr. 2020.

CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no Direito do Trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 37 n. 147 jul./set. 2000. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/614/r147-12.PDF>. Acesso em: 25 jun. 2020.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

DIREÇÃO GERAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial da Saúde**: saúde mental: nova concepção, nova esperança. Lisboa: Climepsi Editores, 2002. Disponível em: [https://www.who.int/whr/2001/en/whr01\\_po.pdf?ua=1](https://www.who.int/whr/2001/en/whr01_po.pdf?ua=1). Acesso em: 3 jul. 2020.

ECCE HOMO. **Episódio 7: Trabalho**. Produção: Le Grup Conscient. Canadá. 1999. Duração: 52 min. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=MPB83diYqGw>. Acesso em: 10 abr. 2020

MINISTÉRIO DA SAÚDE DO BRASIL. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE NO BRASIL. Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde. **Ministério da Saúde do Brasil, Organização Pan-Americana da Saúde no Brasil**; organizado por Elizabeth Costa Dias; colaboradores Idelberto Muniz Almeida et al. – Brasília: Ministério da Saúde do Brasil, 2001. Disponível em: [https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas\\_relacionadas\\_trabalho\\_manual\\_procedimentos.pdf](https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf). Acesso em: 3 jul. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PAULANI, Leda. **Modernidade e Discurso Econômico**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vez de Almeida. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

PENIDO, Laís de Oliveira. Saúde mental no trabalho: um direito humano fundamental no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 48, n. 191, p. 209-229, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242916>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ROCHA, Sarah Hora; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. A invisibilidade das doenças mentais ocupacionais no mundo contemporâneo do trabalho. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 1104-1122, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/4470>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SÃO PAULO, Adriana Souza de. O assédio moral organizacional nos bancos e o adoecimento psíquico do trabalhador: a negociação coletiva como instrumento de controle preventivo. **Rev. TST**, São Paulo, vol. 84, nº 1, p. 19-48, jan/mar 2018. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/138250/2018\\_sao\\_paulo\\_adriana\\_assedio\\_moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/138250/2018_sao_paulo_adriana_assedio_moral.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 10 abr. 2020.

# CAPÍTULO 9

## A (IN) EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS POR FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO: UMA ANÁLISE À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Data de aceite: 01/09/2022*

*Data de submissão: 19/07/2022*

### **Adriana Sant'Anna**

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná  
Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa  
Ponta Grossa/PR  
<http://lattes.cnpq.br/6306052807092033>

### **Elisa Roth**

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)  
Membro Pesquisador da Linha de Pesquisa intitulada “Relações jurídicas privadas e os desafios da pós-modernidade: instrumentos jurídicos e práticas voltadas aos direitos da personalidade, obrigações e famílias”, cadastrada no Diretório de Grupos do CNPq (espelho: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0203115420872092](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0203115420872092)).  
Ponta Grossa/PR  
<http://lattes.cnpq.br/4240704149840384>

### **João Manoel Fernandes Ranthum**

Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP)  
Ponta Grossa/PR  
<http://lattes.cnpq.br/4402511526204619>

### **Maria Luiza Cristani Bizetto**

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)  
Integrante do Projeto de Pesquisa MindTheGap: Inovação em Direito (espelho [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2363453077537632](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2363453077537632)).  
Membro Pesquisador do Grupo “Teoria e

Prática do direito obrigacional e das famílias contemporâneas”, cadastrado no Diretório de Grupos do CNPq (espelho: [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/020311542087209](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/020311542087209)). Ex-Membro Pesquisador do Projeto de Pesquisa intitulado “Novos arranjos familiares da pós-modernidade e seus reflexos jurídicos” (PROPESP/UEPG – 2020/2022).

Ponta Grossa/PR  
<http://lattes.cnpq.br/6149468116578576>

**RESUMO:** Neste estudo, apresenta-se a problemática da existência ou não de responsabilidade civil dos influenciadores digitais por fato do produto ou serviço que divulgam, e, como objetivo geral, busca-se investigar a possibilidade de responsabilização desses protagonistas dos ambientes virtuais, nas hipóteses em que os bens ou serviços anunciados, revelam a existência de defeitos geradores de sérios prejuízos aos consumidores. Ainda, em caso afirmativo à responsabilização, objetiva-se identificar a natureza dessa responsabilidade, bem como seu alcance e limites. Como resultados, aponta-se à existência de responsabilidade civil objetiva dos influenciadores digitais, em virtude dos danos causados pelos produtos e serviços, cuja oferta é veiculada em suas mídias sociais, responsabilidade esta que é, ainda, solidária a dos fornecedores de referidos produtos e serviços. A metodologia utilizada foi a lógico-dedutiva, tratando-se de uma pesquisa teórica e exploratória, composta por fontes documentais e bibliográficas, sendo que a técnica de pesquisa utilizada foi a documental indireta.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consumo, Internet,

Publicidade, Influenciadores, Reparação de danos.

## THE EXISTENCE OR NOT OF CIVIL LIABILITY OF DIGITAL INFLUENCERS BECAUSE OF THE PRODUCT OR SERVICE: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE CONSUMER DEFENSE CODE

**ABSTRACT:** In this study, we present the issue of whether or not digital influencers are liable for the product or service they promote, and, as a general objective, we seek to investigate the possibility of holding these protagonists accountable in virtual environments, in hypotheses in which the goods or services advertised reveal the existence of defects that cause serious harm to consumers. Also, if the responsibility is affirmative, the objective is to identify the nature of this responsibility, as well as its scope and limits. As a result, it is pointed out the existence of objective civil liability of digital influencers, due to the damages caused by the products and services, whose offer is published on their social media, a liability that is also jointly and severally with the suppliers of said products and services. The methodology used was logical-deductive, in the case of a theoretical and exploratory research, composed of documentary and bibliographic sources, and the research technique used was the indirect documentary.

**KEYWORDS:** Consumption, Internet, Publicity, Influencers, Damage repair.

### INTRODUÇÃO

A internet atualmente ocupa papel de destaque na vida das pessoas, que expõem suas vidas nas redes sociais e também acompanham os conteúdos produzidos pelos chamados influenciadores digitais. A justificativa para a elaboração da presente pesquisa, portanto, está no fato de que as pessoas depositam muita credibilidade nesses influenciadores que desempenham uma função atrativa e performática no mercado publicitário virtual, além de bastante rentável, ao promoverem produtos e serviços.

A problemática dessa pesquisa centra-se na (in) existência de responsabilidade civil dos influenciadores digitais por fato do produto ou serviço que divulgam, tendo como objetivo geral verificar se há responsabilidade civil desses atores do mercado digital, nas ocasiões em que anunciam bens e serviços, passíveis de causarem danos aos consumidores. No mesmo sentido, uma vez estabelecida tal responsabilização, busca-se identificar a natureza dessa responsabilidade. Trata-se de uma pesquisa teórica e exploratória. Para tanto, utilizou-se do método lógico-dedutivo. A técnica de pesquisa empregada foi a documental indireta e como instrumentos de coleta de dados, valeu-se da pesquisa bibliográfica e documental.

O estudo mostra-se, portanto, bastante atual e de relevância social e jurídica, diante da crescente influência exercida pelos influenciadores digitais na vida das pessoas, que acompanham e confiam em seus conteúdos, e acabam adquirindo os produtos e serviços por eles divulgados. Acrescenta-se a essa questão, o fato de que esses influenciadores digitais passaram a ser grandes aliados dos fornecedores e figuras de destaque no âmbito

da publicidade, havendo a necessidade de, à luz do Código de Defesa do Consumidor, verificar a possibilidade de responsabilização civil desses “vendedores digitais” por fato do produto ou serviço que divulgam.

## CONSUMO, INTERNET E EXPOSIÇÃO

A humanidade, ao longo de sua história, produz matéria-prima para a vida, permitindo que as relações humanas sejam moldadas por meio das atividades de produção, armazenamento, distribuição e consumo (BAUMAN, 2008, p. 380). Contudo, com o passar dos anos, houve a passagem do consumo ao “consumismo”, pois aquele se tornou o propósito de existência dos sujeitos (CAMPBELL, 2004 apud BAUMAN, 2008, p. 38).

Nessa toada, afirma Lipovetsky (1989, p. 159-160) que a sociedade de consumo é definida principalmente pela generalização da moda, na qual produção e consumo são guiados pelas ideias de obsolescência, sedução e diversificação. Para esse autor, assim como no universo da moda, os produtos passaram a cair em desuso em pouco tempo, e a inovação se tornou essencial para que uma empresa possa manter sua força no mercado de produção em massa.

Outro traço marcante dessa sociedade é o constante e intenso intercâmbio de ideias, pessoas e capitais, o que é possibilitado pelas tecnologias de informação, especialmente a internet, que agilizou a troca de informações entre as pessoas de todo o planeta. Conforme observa Moraes (1997, p. 50-51), a internet é diferente dos outros meios de comunicação, visto que a rapidez na transmissão de dados, baseia-se na reciprocidade, possibilitando a participação dos receptores das informações, diferentemente do rádio e da televisão, que separam emissores e receptores.

A internet conecta informações e promove uma interação horizontal entre cidadãos, oportunizando a cada um deles desenvolver seu sistema de comunicação (CASTELLS, 2003, p. 284-285). A internet é um meio interativo, pois permite a qualquer usuário emitir e receber conteúdos, além de contribuir para aprimorá-los, ao solicitarem um tema ou realizarem uma busca, de forma que a internet se retroalimenta dessas necessidades individuais (VILCHES, 1997, p. 101-102).

Segundo Cláudio Torres (2009, p. 24-25), a internet gerou uma mudança paradigmática nas relações entre os sujeitos, pois reduziu consideravelmente “a distância” entre produtor e consumidor, assim como, promoveu uma peculiar aproximação entre a informação e o entretenimento. Diferentemente de outros meios de comunicação, portanto, a internet possibilita aos usuários participarem da criação dos conteúdos, e interagirem, quase que de forma simultânea, com os resultados produzidos nesse ambiente virtual.

Verifica-se, então, que a internet desempenha um papel de destaque na sociedade contemporânea. Conforme dados divulgados pela pesquisa TIC Domicílios 2021, 81% da população do Brasil utilizada a internet, de modo que a internet está presente em 82%

dos domicílios brasileiros, sendo que para 99% dos entrevistados o principal equipamento utilizado para acessar a rede é o celular (CGI.br, 2021).

Apesquisa verificou que apenas 39% dos domicílios entrevistados têm computadores, e que 64% dos brasileiros acessam a internet exclusivamente por meio do celular. Já dentre as atividades mais comuns na internet, 93% dos entrevistados afirmaram enviar mensagens instantâneas, 81% utilizam redes sociais, 82% realizam chamadas por voz ou vídeo e 73% assistem vídeos, filmes e séries (CGI.br, 2021).

Nessa sociedade marcada pelo consumo excessivo e pelas tecnologias de informação, as pessoas valorizam muito a forma como os outros as enxergam, e a imagem que apresentam perante a sociedade, mediante relacionamentos reais e também virtuais, os quais são cada vez mais comuns com a popularização das redes sociais.

Assim como a informação gerou uma sociedade, a exposição o fez do mesmo modo, pois vive-se atualmente em uma sociedade de exposição, nas qual as pessoas utilizam as redes sociais para se comunicarem e se relacionarem (FREITAS, 2015, p. 81). Na sociedade de exposição as coisas são transformadas em mercadorias e devem ser expostas para existirem, adquirindo valor somente se forem vistas (BENJAMIN *apud* HAN, 2017, p.21). Nessa dinâmica social a reputação é tão motivadora quanto o dinheiro, pois pode ser aferida pela atenção que o produto desperta, e convertida em coisas de valor como trabalho, público e ofertas lucrativas (ANDERSON, 2006, p. 52).

A popularização da internet operou uma grande mudança de paradigma na sociedade contemporânea, que passou a expor mais a sua vida para outras pessoas. A internet modificou os comportamentos dos indivíduos, dentre eles o ato de consumir, pois a internet se mostra como um importante instrumento de divulgação de produtos e serviços.

## **VULNERABILIDADE ESPECÍFICA DO CONSUMIDOR NA INTERNET**

O meio pelo qual a relação de consumo se concretiza mudou muito ao longo dos anos, pois foram intensificadas as transações realizadas por meio do comércio eletrônico. Com essa nova realidade, as indicações de produtos que antes eram realizadas “boca a boca”, passaram a ser feitas por meio de mecanismos automáticos, que processam as avaliações de usuários e consumidores. As trocas de informações entre usuário também se tornaram mais dinâmicas, permitindo uma maior visibilidade dos interesses dos consumidores, o que influencia no poder de decisão do consumidor (FREITAS, 2015, p. 82).

O comércio eletrônico trouxe mais agilidade para a atividade e eliminou fronteiras geográficas, aproximando o consumidor da oferta de bens e serviços, de modo que essas transações pela internet possibilitaram a maior interação entre as partes e reduziram custos de operação (FERREIRA, 2008, p. 168). Por outro lado, há dificuldade na defesa do consumidor, pois a internet coleta e processa dados em seus sistemas interconectados e os usuários acabam fornecendo seus dados pessoais ao visitarem uma página eletrônica, o

que permite identificar suas preferências e hábitos de consumo (FERREIRA, 2008, p. 171).

O Direito do Consumidor tem sua estrutura fundamentada no princípio da vulnerabilidade do consumidor, que considera que o destinatário final dos produtos e serviços disponibilizados no mercado de consumo, por não ter ingerência no processo de produção e comercialização desses bens, pode ter sua integridade física, econômica ou moral prejudicada. Tal vulnerabilidade pode ser fática, por conta da maior capacidade econômica dos fornecedores, que detêm o controle da produção, e também técnica, afinal o consumidor não tem conhecimentos específicos sobre o processo de produção e os atributos dos produtos. A vulnerabilidade também pode ser jurídica ou científica, decorrendo da falta de informação do consumidor acerca dos direitos que detêm (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 71-72).

No que diz respeito à vulnerabilidade técnica, Claudia Lima Marques (2014, p. 127-128) afirma que o meio eletrônico representa para os consumidores uma vulnerabilidade dessa espécie, pois os fornecedores utilizam esse meio para oferecer seus produtos e serviços aos consumidores, sendo que esses sujeitos não são especialistas ou técnicos em internet, e, mesmo assim, realizam negócios pela via digital. A autora também afirma que a internet é marcada pela distância física entre o fornecedor e o consumidor, bem como pela desmaterialização desse fornecedor, o qual se mostra por meio de uma imagem ou de uma marca (MARQUES, 2014, pp. 127-128).

Observa-se que a internet também revolucionou o âmbito da publicidade, eis que as estratégias de marketing e oferta de produtos, idealizadas pelos fornecedores, encontram nos meios digitais, o caminho mais promissor na busca da maximização dos lucros. Conforme sustenta Wilson Dizard Jr. (2000, p. 19), a televisão, jornais, livros, rádio e indústria cinematográfica, foram afetados por essas novas tecnologias, que oferecem mais opções de serviços de informação e entretenimento.

Com o desenvolvimento da mídia, as ações e eventos de publicidade puderam ser gravados e transmitidos para indivíduos em diversos lugares, independentemente de estarem fisicamente presentes (THOMPSON, 1998, p. 114). Logo, a forma de fazer publicidade está num processo de transformação na “era midiática”, pois necessita relacionar-se com os meios interativos e encontrar segmentos desejados pelos anunciantes. (VILCHES, 2006, p. 167).

Nesse cenário de intensa utilização da internet, e de expansão do comércio e da divulgação de produtos no ambiente virtual, destaca-se a figura do influenciador digital, que é a pessoa que utiliza de sua visibilidade na internet para divulgar ideias e também produtos, conforme será exposto a seguir.

## **INFLUENCIADORES DIGITAIS**

Na sociedade marcada pelo consumo e pela exposição, na qual a internet ocupa

um papel de destaque na vida das pessoas, surgiu a figura do influenciador digital. Os influenciadores digitais são pessoas que exercem influência sobre um público, produzindo conteúdos e influenciando opiniões e comportamentos por meio de mídias digitais, sobretudo plataformas como o Instagram e o YouTube (BARBOSA; SILVA; BRITO, 2019, p. 9).

Os influenciadores digitais são pessoas que produzem conteúdos sobre assuntos variados, como viagens, jogos, gastronomia, música, beleza e moda, ou simplesmente divulgam parte de suas rotinas em suas redes sociais pessoais. Conforme observa Michael Solomon (2016, p. 25), um dos maiores fenômenos de marketing da década atual é justamente o conteúdo gerado pelo consumidor, no qual “[...] pessoas comuns expressam opiniões sobre produtos, marcas e empresas em *blogs*, *podcasts* e redes sociais como Facebook e Twitter, e chegam até a produzir seus próprios comerciais, que são vistos por milhares de pessoas em *sites* como o YouTube”.

Todo esse conteúdo gerado pelos usuários na internet acaba sendo utilizado pelas grandes empresas para fins comerciais e publicitários, posto que, segundo Craveiro (2016, p. 26), “[...] as marcas recrutam formadores de opinião na internet para usarem determinado produto e gerarem conteúdo falando sobre ele para seus seguidores em *sites* de redes sociais, *blogs*, *sites* de compartilhamentos de vídeos, entre outros espaços *online*”.

Enquanto as celebridades tradicionais aparentam ser distantes de quem as assiste na televisão ou no cinema, os influenciadores digitais utilizam as redes sociais, como Facebook e Instagram, onde estão “pessoas comuns”, que conversam em patamar de igualdade. Os influenciadores digitais estão muito próximos de seu público, usando escrita íntima e em primeira pessoa, além de um tom de pessoalidade, o que faz com que sejam encarados como amigos de seu público (KARHAWI, 2016, p. 46-47).

Desse modo, os consumidores se identificam com os influenciadores digitais porque eles são considerados pessoas comuns, que se relacionam por meio de suas plataformas digitais com muitas pessoas. Os influenciadores apresentam-se como eles mesmos nas áreas que detêm conhecimento, o que torna sua relação com o público descontraída e mais acessível. Essa grande conexão com o público atrai os fornecedores interessados em divulgar seus produtos, uma vez que os influenciadores acabam tendo mais credibilidade perante seu público, e tornam a publicidade mais natural ao promover produtos e serviços nos conteúdos que produzem (BARBOSA; SILVA; BRITO, 2019, p. 10-11).

Conforme observa Karhawi, existe uma tendência de que esses influenciadores se constituam como marcas e também veículos de mídia, tornando-se indivíduos detentores de capital simbólico para influenciar, e que hoje “[...] estão nas capas de revistas, em propagandas de televisão, na lista de *bestsellers* das livrarias, estrelando campanhas de grandes marcas” (KARHAWI, p. 41). A autora explica que o influenciador não comercializa apenas espaço em seus canais digitais, mas a sua própria imagem, tornando o fato de ter um *blog* em um novo perfil profissional no ramo da comunicação (p. 42-43).

Diante de todo esse contexto, Gasparatto, Freitas e Efig, observam que, ao realizarem uma indicação, os influenciadores geram segurança sobre a qualidade daquele produto ou serviço em seu público, assumindo uma posição de garantidores, de modo que, se “as qualidades atribuídas aos produtos e serviços não sejam condizentes com a realidade, o fator de persuasão dos influenciadores aparece de forma negativa e prejudicial ao consumidor, confrontando, assim, os princípios da boa-fé e da confiança (GASPARATTO; FREITAS; EFING, 2019, p. 78). Isso desperta a atenção acerca da eventual responsabilidade civil desses influenciadores digitais por fato do produto ou serviço que divulgam, conforme será abordado nos próximos tópicos.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS**

Fixadas as premissas nos capítulos anteriores, no que diz respeito ao consumo na sociedade atual, à internet e aos influenciadores digitais, cabe verificar qual o tratamento atribuído pela legislação brasileira à responsabilidade civil desses sujeitos que atuam como “vendedores” no ambiente virtual, seja à luz do Código Civil, ou a partir do microsistema de direitos e obrigações estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Inicialmente serão estudados aspectos gerais a respeito da responsabilidade civil, passando para questões de responsabilidade civil regulamentados pelo Código de Defesa do Consumidor no que toca à responsabilidade de fornecedores de produtos e serviços, buscando definir a natureza jurídica da responsabilidade civil dos influenciadores digitais.

## **TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O Código Civil de 2002 preconiza que a responsabilidade civil dos sujeitos decorre do descumprimento de algum dever obrigacional, seja por este sujeito ter deixado de observar algum dos preceitos normativos gerais que regulamentam a vida em sociedade, ou por ter violado alguma norma fixada em negócio jurídico instrumentalizado em contrato ao qual se vinculou.

Na primeira hipótese, em que há violação de deveres e obrigações gerais, trata-se da responsabilidade civil extracontratual, prevista nos artigos 186 e 187 do Código Civil. Na segunda, tem-se a chamada responsabilidade civil contratual, tratada nos artigos 389 e 390, do mesmo diploma normativo, segundo os quais, em apertada síntese, haverá dever de indenizar caso haja inadimplemento de uma obrigação, qualquer que seja sua natureza jurídica, e que tenha sido prevista em contrato ao qual se vinculou o sujeito (BRASIL, 2002).

No que diz respeito à responsabilidade civil extracontratual, que guarda mais proximidade com o tema aqui tratado, estabelece a legislação que o dever de indenizar surge a partir de descumprimento de dever obrigacional, que pode ter origem na prática, pelo indivíduo, de um ato ilícito, comissivo ou omissivo, ou no abuso de algum direito.

De acordo com Flávio Tartuce (2015, p. 448), o ato ilícito é “ [...] o ato praticado em

desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante de sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte de direito obrigacional”.

Ou seja, em relação à responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito, estabelece a lei civil brasileira que aquele que praticar lesão a direito de outrem, lesão esta que gere danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, estará obrigado a repará-los ao lesado. É de se dizer, “a consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, de reparar o dano [...]” (TARTUCE, 2015, p. 450).

Quanto ao abuso de direito, estabelece o art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002): “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”.

Por meio da norma acima, pretendeu o legislador civil coibir a prática de atos jurídicos que são, a princípio, lícitos, mas cuja prática, gera determinado resultado que se considera ilícito, por ter o agente excedido limites impostos pelo próprio fim econômico ou social do ato, ou pela boa-fé ou bons costumes.

De qualquer forma, em quaisquer das hipóteses acima, seja de responsabilidade civil contratual ou extracontratual, por ato ilícito ou por abuso de direito, importante destacar quais são os elementos que constituem este dever de indenizar, uma vez que a análise de um desses elementos, em particular, guarda importante simetria com o tema ora estudado.

Somente surgirá espaço à análise ora proposta, caso tenha sido praticada, primeiramente, uma conduta humana, isto é, uma ação (conduta positiva, comissiva) ou omissão (quando havia para o agente dever jurídico de praticar determinado ato que deixa de ser praticado) voluntárias, ou caso tenha agido o indivíduo por negligência (falta omissiva de cuidado); imprudência (falta comissiva de cuidado) ou imperícia (falta de qualificação ou treinamento para desempenhar determinada atividade) (TARTUCE, 2015, p. 465),

Em segundo lugar, é preciso que esta conduta tenha causado danos, patrimoniais e/ou extrapatrimoniais, ao lesado, assim como que haja nexo de causa entre a conduta lesiva e os danos, ou seja, é preciso que exista uma “[...] relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém [...]” (TARTUCE, 2015, p. 474).

Além disso, o Código Civil brasileiro se baseia na teoria da culpa, de modo que para que o agente responda civilmente é necessária a comprovação da sua culpa genérica, que corresponde à intenção de prejudicar (dolo) e à culpa em sentido estrito (imprudência, negligência e imperícia) (TARTUCE, 2015, p. 516).

O art. 927, *caput*, do Código Civil afirma o seguinte: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo” (BRASIL, 2002). Ou seja, aquele que, mediante sua conduta, omissiva ou comissiva, culposa ou dolosa, causar dano a outrem, havendo nexo de causa entre a conduta e o dano, deve, por estes danos, civilmente responder.

Todavia, há hipóteses em que se admite a imposição de dever de indenizar àquele sujeito cuja conduta não decorre de culpa ou de dolo, ou seja, a responsabilização objetiva do indivíduo. É o que determina o parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que afirma a possibilidade de haver obrigação de reparar o dano independentemente de culpa em casos especificados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por conta de sua natureza, risco para os direitos de outrem” (BRASIL, 2002).

É, pois, a primeira hipótese do parágrafo único, o objeto deste capítulo, que interessa ao presente estudo, porquanto, conforme verificar-se-á a seguir, o Código de Defesa do Consumidor é uma das leis que estabelece possibilidades de se imputar aos indivíduos o dever de indenizar, independentemente da verificação de culpa.

## **TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR**

Os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Co definem quem são os sujeitos de uma relação consumerista, isto é, qual o elemento subjetivo que qualifica determinada relação como sendo de consumo e, também, qual o objeto desta relação. Para que a relação jurídica seja qualificada como consumerista e incidam as normas especiais previstas no Código de Defesa do Consumidor, é preciso que se tenha, de um lado, um fornecedor de determinado produto ou serviço e, de outro, determinado sujeito que irá consumir este produto ou serviço, o consumidor (BRASIL, 1990).

O consumidor, de acordo com a teoria finalista adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º, é a pessoa que utiliza produto ou serviço como destinatário final, fático ou econômico (BRASIL, 1990). O consumidor pode então ser entendido como o sujeito que, utilizando produto ou serviço de determinado fornecedor, seja comprovadamente vulnerável frente a este na relação jurídica ou, então, que empregue o produto ou serviço adquirido como destinatário final.

Já o fornecedor pode ser entendido como uma pessoa que desenvolve uma atividade, uma cadeia coordenada de atos destinados a um fim específico, de forma profissional e com intuito de lucro (TARTUCE; ASSUMPCÃO NEVES, 2017, p. 55).

Trata-se, em resumo, conforme delimitado pelo Superior Tribunal de Justiça, de uma pessoa que desempenha determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração (BRASIL, 2004).

Existe também no Código de Defesa do Consumidor a figura do fornecedor por equiparação, que corresponde ao terceiro que atua como intermediário ou ajudante para a realização da relação principal, agindo frente ao consumidor como se fosse um fornecedor. Esse agente não é o fornecedor o contrato principal, e sim intermediário da relação conexa, exercendo posição de poder na relação com o consumidor (MARQUES; BENJAMIN; BESSA, 2007, p.83).

## RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO CAUSADOR DO DANO – A TEORIA DO RISCO DO NEGÓCIO

A seção II do Capítulo IV do CDC, em seus artigos 12 e 14, trata da responsabilidade objetiva dos fornecedores pelo fato do produto e do serviço. Dispõem os referidos artigos:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.[...].

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Assim, por expressa disposição legal, respondem os fornecedores de forma objetiva pelos danos causados por seus produtos e serviços, sem que se exija do consumidor, prova de que aquele agiu de forma culposa.

Vale dizer, basta que o consumidor comprove ter suportado algum dano em decorrência (nexo de causa) do consumo de determinado produto ou serviço para que haja dever de o fornecedor indenizá-lo.

É a teoria do risco do negócio que embasa a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores, teoria esta que, segundo Flávio Tartuce (2015, p. 518), “[...] é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, um agente retira um proveito do risco criado [...]”.

Entendeu o legislador, em resumo, que como o fornecedor, ao prestar serviço ou colocar no mercado determinado produto, obtém com isso lucro, deve assumir integralmente os riscos de sua atividade, sem que seja possível imputá-los ao consumidor, que se coloca em situação de vulnerabilidade na relação de consumo.

Essa responsabilidade dos fornecedores é objetiva, independentemente de culpa do agente causador do dano, e também solidária entre todos os envolvidos no evento danoso.

O art. 264 do Código Civil (BRASIL, 2002) define o que são obrigações solidárias no ordenamento jurídico pátrio: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

É preciso analisar chamada solidariedade passiva, que constitui a regra geral do Código de Defesa do Consumidor, ao lado da responsabilidade objetiva. Por conta dessa responsabilidade o consumidor lesado pode demandar um, alguns, ou todos os fornecedores envolvidos, direta ou indiretamente, no evento danoso. Deduz-se que, todos os fornecedores, cujas condutas estejam relacionadas (nexo de causalidade) aos danos

suportados pelo consumidor, em razão da utilização de determinado produto ou serviço, estarão obrigados a indenizá-lo.

Conforme leciona Tartuce (2015, p. 344), o principal efeito da obrigação solidária passiva é que o credor pode cobrar o cumprimento da obrigação de apenas um dos devedores, de alguns deles ou de todos.

O artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor afirma o seguinte: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo” (BRASIL, 1990).

Especial relevo, neste contexto, há de ser conferido à responsabilidade solidária dos fornecedores quanto à veiculação da oferta, o que constitui uma das principais premissas a serem estudadas para que seja possível definir a existência e a extensão da responsabilidade civil dos influenciadores digitais.

Oferta, de um modo geral, engloba “ [...] qualquer forma de comunicação ou transmissão da vontade que visa a seduzir ou a atrair o consumidor para a aquisição de bens” (TARTUCE; ASSUMPÇÃO NEVES, 2017, p. 210).

O artigo 30 da Lei Consumerista, ao tratar da veiculação, da obrigação, do fornecedor à oferta que faz, define que:

Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado** (BRASIL, 1990, grifo nosso).

Com base no disposto no parágrafo único do art. 7º do CDC, que não somente o fornecedor está veiculado à oferta e obrigado a reparar os danos que dela advierem, como também o veículo de comunicação responsável pela publicidade do produto ou serviço.

Conforme observa Tartuce (2017, p. 220), quando uma publicidade ou oferta causa danos aos consumidores podem responder solidariamente o veículo de comunicação, a empresa que patrocinou e todos os responsáveis pelo conteúdo, tal como agência de publicidade.

Fixadas as premissas acerca da responsabilidade civil dos fornecedores, passa-se então à reflexão acerca da responsabilidade civil dos fornecedores e sua natureza jurídica.

## **A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS E SUA NATUREZA JURÍDICA**

De acordo com o que restou definido nos tópicos anteriores desta pesquisa, tem-se que a legislação consumerista brasileira estabelece, como regra geral, a responsabilidade civil objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e serviços por danos que esses bens venham a causar aos consumidores, impondo dever de indenizar a todos aqueles que atuam, direta ou indiretamente, na cadeia de consumo, e independentemente de culpa

pelo evento danoso.

Assim é que se estabelece na doutrina, a partir das disposições do CDC, a existência de responsabilidade civil dos influenciadores digitais por danos decorrentes do consumo de produtos e serviços, aos quais tenham feito publicidade, em troca de determinada contrapartida, em regra econômico-financeira.

Conforme observa Paulo Guimarães (2001, p. 167), devem ser aplicadas às celebridades as regras de responsabilização civil previstas no CDC, já que estas, ao veicularem publicidade a respeito de determinado produto ou serviço, passam a integrar a cadeia de consumo ao lado dos fornecedores. No mesmo sentido observa Cláudia Lima Marques (1999, p. 629), que considera solidária a responsabilidade daquele que veicula e daquele que se aproveita da oferta.

Especificamente quanto aos influenciadores digitais, o jurista Bruno Miragem (2016, p. 264) observa que eles devem ser considerados fornecedores por equiparação (categoria tratada nos tópicos acima) para fins de aplicação das normas protetivas do CDC. É também a compreensão de.

Para Bruno Miragem (2016, p. 281) essa responsabilidade seria objetiva, pois os influenciadores são remunerados pelos ganhos da publicidade, e, ao emprestarem sua imagem e credibilidade ao público para promoção de produtos e serviços, passam a integrar a cadeia de fornecimento.

Segundo Lucia Ancona Lopez de Magalhães (2010, p. 302), como os influenciadores se envolvem diretamente com o produto ou serviço, veiculando a publicidade em seus perfis pessoais, o que demonstra que passaram pelo seu crivo, devem ser, ao lado do fornecedor, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios que, porventura, sejam enganosos ou abusivos.

No mesmo sentido, é a visão de Tartuce e Assumpção Neves (2017, p. 222) a respeito da responsabilidade civil objetiva das celebridades, artistas, atletas e outras pessoas com notoriedade que atrelam seus nomes aos de produtos e serviços por meio da publicidade, como forma de valorizar a boa-fé objetiva nas relações de consumo, no intuito de convencer os consumidores que, vulneráveis, acabam por adquirir estes produtos e serviços, justamente diante da confiança depositada em tais celebridades.

Em síntese, destarte, a conclusão a que chega a doutrina, a partir da conjugação dos dispositivos normativos do Código de Defesa do Consumidor, é a de que, em virtude do poder de persuasão exercido pelos influenciadores digitais em relação aos seus seguidores, e pelo fato de que são remunerados pela publicidade na internet, passam a integrar a cadeia de consumo e, com isso, devem responder solidária e objetivamente pelos danos causados por esta publicidade, caso venha a ser considerada ilícita.

Busca-se impedir, com efeito, que a parte vulnerável da relação jurídica, o consumidor, tenha de arcar com os prejuízos advindos de eventual publicidade ilícita.

## CONCLUSÃO

À luz do microsistema jurídico instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, conclui-se que há responsabilidade dos influenciadores por eventuais danos causados por estes produtos e serviços, e que a natureza jurídica dessa responsabilidade é objetiva, ou seja, independe de comprovação de culpa do influenciador pelo evento danoso suportado pelo consumidor.

Isso porque os influenciadores podem ser equiparados aos fornecedores, incidindo os deveres previstos no Código de Defesa do Consumidor, de modo que respondem de forma solidária pela veiculação da oferta de produtos e serviços que eventualmente causem danos àqueles que os consumam.

Pretende-se, com isso, dar cumprimento à função protetiva instituída pelo Código de Defesa do Consumidor em relação à parte vulnerável (e ainda mais vulnerável nas mídias digitais conectadas à internet, como visto acima) da relação jurídica, o consumidor, em observância do regramento especial para as relações consumeristas.

Naturalmente que, em razão das limitações próprias deste tipo de pesquisa, as conclusões aqui esposadas decorreram de dados parciais, tanto normativos e doutrinários quanto jurisprudenciais, sendo certo que há necessidade de que o estudo tenha continuidade, a fim de verificar os rumos interpretativos acerca da responsabilidade dos influenciadores digitais.

## REFERÊNCIAS

ANDERSON, Chris. **A cauda longa**. Tradução: Afonso Celso da Cunha Serra. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

BARBOSA, Caio César do Nascimento; SILVA, Michael César; BRITO, Priscila Ladeira Alves de. Publicidade ilícita e influenciadores digitais: novas tendências da responsabilidade civil. **Revista IBERC**, MinasGerais, v. 2, n. 2, p. 1-21, mai.-ago./2019.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. **Pesquisa brasileira de mídia 2016**: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Brasília: Secom, 2015. Disponível em: <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2016-1.pdf/view>. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 519310/SP**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 20 abr. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300580885&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 07 jun. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Dênis. **Por uma outra comunicação**: Mídia, mundialização e poder. Rio de Janeiro: Record, 2003. p. 255-287.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2019.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil**: TIC Domicílios e Empresas 2021, Coordenação executiva e editorial/Alexandre F. Barbosa. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2021. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/domicilios/publicacoes/>. Acesso em: 17 jun. 2022.

CRAVEIRO, Pâmela Saunders Uchôa. Publicidade e infância: estratégias persuasivas direcionadas para crianças na internet. **Revista Culturais Midiáticas**. Programa de Pós-Graduação em Comunicação da Universidade Federal da Paraíba. Ano IX, n. 16 - jan-jun/2016. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/cm/article/view/29357>. Acesso em: 19 jun. 2022.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Publicidade e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIZARD JR., Wilson. **A nova mídia**: a comunicação de massa na era da informação. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

FERREIRA, Ana Amelia Menna Barreto de. Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a ótica da Teoria da Confiança. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 42, p. 160-175, 2008.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A vulnerabilidade do consumidor e a exposição pública na internet. In: Aires José Rover, Fernando Galindo. (org.). **III Encontro de Internacionalização do CONPEDI**: Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Ediciones Laborum, 2015, v. 9, p. 76-101. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/eventos/iii-encontro-de-internacionalizacao-do-conpedi-madrid/>. Acesso em: 19 jun. 2022.

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra Freitas; EFING, Antônio Carlos. Responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 19, nº1, p. 65-87, jan./abr. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2001.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade da transparência**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2017.

KARHAWI, Issaaf. Influenciadores digitais: o eu como mercadoria. In: SAAD, Elizabeth; SILVEIRA, Stefanie C. (org.). **Tendências em comunicação digital**. São Paulo: ECA/USP, 2016. p. 39-58. Disponível em: <http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/87/75/365-1?inline=1>. Acesso em: 19 jun. 2022.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas**. 3.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIM, Antônio H. V., BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MORAES, Dênis. A dialética das mídias globais. In: MORAES, Dênis. **Globalização, Mídia e Cultura Contemporânea**. Campo Grande: Letra Livre, 1997. p. 11-76.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MOREIRA, Diogo Rais Rodrigues; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores digitais. **Direitos Culturais**, v. 13, nº 30, p. 73-88, mai/ago. 2018.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor: comprando, possuindo e sendo**. Tradução Beth Honorato. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade: uma teoria social da mídia**. Tradução de Wagner de Oliveira Brandão. 5.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

TORRES, Cláudio. **A Bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar**. São Paulo: Novatec, 2009.

VILCHES, Lorenzo. A dialética das mídias globais. In: MORAES, Dênis (org.). **Globalização, mídia e cultura contemporânea**. Campo Grande: Letra Livre, 1997. p. 77-114.

VILCHES, Lorenzo. Migrações midiáticas e criação de valor. In: MORAES, Dênis (org.). **Sociedade Midiatizada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006. p. 157-189.

## A ÉTICA ECOLÓGICA COMO ALICERCE EM JUSTIÇA RESTAURATIVA

*Data de aceite: 01/09/2022*

### **João Francisco Mantovanelli**

Formado em Letras, Especialista em Relações Interpessoais na Escola e a Construção da Autonomia Moral, Bacharel em Direito, Pedagogo, Especialista em Direito Urbanismo e Meio Ambiente

### **Ronny Max Machado**

Graduado em Direito pela Universidade São Judas Tadeu. Especialista em Direito Ambiental Empresarial pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. São Paulo. Estado de São Paulo. Brasil. Pesquisador junto a Liga Acadêmica Brasileira de Antropologia e Direito Indígena-LABADI. Professor Universitário. Advogado em São Paulo, Brasília e Paraná

**RESUMO:** O presente artigo tratará sobre os aspectos de ética ecológica a partir de responsabilidade ambiental, permitirão desenvolver um estudo elucidativo de justiça restaurativa. Perfazendo a participação social e jurídica em fomentar estratégias em pacificar os conflitos ecológicos. Através da metodologia de revisão bibliográfica e jurisprudencial apresentar-se-á o posicionamento de reparação integral do dano. -á o posicionamento de reparação integral do dano.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ética Ambiental; Responsabilidade Ambiental; Análise de Jurisprudências; Justiça Restaurativa.

**ABSTRACT:** This article will deal with aspects of ecological ethics from environmental responsibility, will allow to develop an elucidative study of restorative justice, making social and legal participation in fostering strategies to pacify ecological conflicts. Through the methodology of bibliographic and jurisprudential review, the position of integral repair of the damage will be presented. -will position the full repair of the damage.

**KEYWORDS:** Environmental ethics; Environmental Responsibility; Jurisprudence Analysis; Restorative Justice.

### **1 | INTRODUÇÃO**

O cenário ambiental atual frente aos direitos fundamentais ecológicos permitem a construção de atividades e mecanismos para combater ações contrárias em face de equilíbrio ambiental. A pacificação social representa a prática de conduta ética por uma civilidade coletiva, por não permitir ferir interesses contrários sem a devida reparação e o dano sempre é a coletividade. Neste sentido que a preocupação dar-se à pela reestrutura de sadia qualidade de vida socioambiental. Estes conflitos ecológicos expressam a falta de princípio ético e a falta de justiça restaurativa para sanar estes malefícios ambientais. Como fundamento epistemológico será adotada a metodologia científica que parte-se de referenciais bibliográficos incluindo aos estudos jurisprudenciais por referendar a temática de ética e a responsabilidade ambiental, na garantia constitucional em face de tutela ecológica.

## 21 CONCEITO DE ÉTICA AMBIENTAL

A Preservação da Ética Ambiental que pode nos proporcionar o retorno não apenas do equilíbrio ecológico, mas, a restauração da Mãe Natureza, que depende apenas e tão somente de Nós, sim, Sociedade Civil. Segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2021, p. 95 faz a seguinte ressalva:

Dessa forma, o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição. (FIORILLO, 2021, p.95).

Portanto, a palavra ambiente é vasta e extensa perante a palavra meio, por incluir em seu vocabulário a conexão dinâmica em revelar as relações dos seres humanos com a natureza. A Lei Federal nº6. 938 de 31 de agosto de 1981 dispõem sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define: Artigo 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: Inciso I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. A legislação ambiental é difusa, se encontra em vários ramos do direito, por causa da pressão ecológica para discutir, refletir e governar na preservação dos recursos naturais pelos seres humanos, como reza ao artigo 225 da Constituição Federal: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defender e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O princípio 20 da Declaração de Estocolmo frisa:

Devem-se fomentar em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento, as pesquisas referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. As tecnologias dos problemas ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países

É necessário ter cautela, porque o nosso Planeta Terra, está na Unidade de Terapia Intensiva- UTI e dependem de nós seres humanos para protegê-la e preservá-la para as presentes e gerações futuras. Álvaro Villaça Azevedo (2010, p.27) faz reverência nos ditames de responsabilidade civil na seara de poluição, com a culpabilidade do poder público juntamente com a inércia de nexo causal, com as atividades poluidoras, havendo solidariedade civil entre elas, abordando esta visão pós-contemporânea:

Realmente, a Serra do Mar apresenta-se com um excessivo número de habitações precárias (favelas), em seu topo, em sua subida, com esgotos despejando, diretamente, detritos, por sua encosta. No meio da Serra, ainda, foram abertas estradas pelo próprio Governo do Estado, tais a Via Anchieta e a Rodovia dos Imigrantes, com forte tráfego, que desprende diariamente,

sobre essas vias, toneladas de monóxido de carbono. (AZEVEDO, 2010, p. 27).

Ao simbolizar ao estado de vida boa equivale ao significado de qualidade de vida contida no artigo 225 de nossa Magna Carta, para especificar a boa-fé e realçar a importância em garantir proteção ambiental, por gerar segurança pela proteção em bioecologia, esta é a definição de VIDA nos apresentado por José Afonso da Silva (1994, p.44) quanto à esfera ecológica:

Também estes são garantias no texto constitucional, mas, toda a evidência não pode primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumento no sentido de que através dela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida. (SILVA, 1994, p.44)

O conceito de vida ética é visto pelo bem estar na presença da vida coletiva com as influências mútuas aos seres humanas e propícias em se preservar ao dogma da ecologia sob a responsabilidade em agregar afeto juntamente com o Bem Comum. Por ser de uso coletivo todos os bens e recursos ecológicos como versa Immanuel Kant (2015, p.16), faz um contraponto justo e ideal sobre a moralidade:

Portanto a moralidade tem que ter tanto mais força sobre o coração humano quanto mais pura ela for apresentada. Do que, pois, segue-se que, se a lei moral e a imagem de santidade e virtude deverem exercer por toda parte alguma influência sobre a nossa alma, a moralidade somente poderá exercê-la na medida em que ela for posta pura, sem mescla de intuítos do próprio bem-estar, como motivo no coração, porque é no sofrimento que ela se mostra mais eminente. (KANT, 2015, p.16).

Amplia-se o entendimento de ecossistema em promover promissoras feições à saúde humana com a saúde ambiental formado pelo hiato entre os seres humanos com o meio ambiente, por haver equilíbrio ambiental. E o entendimento de realidade fática entre as pessoas e sobre como cuidam e tentam gerir a conduta humana e a capacidade individual e coletiva em repensar medidas para agregar vida saudável ao universo ecológico. E como modo de conservar os recursos ecológicos trata-se de o alicerce para à construção de atos que protegem o ambiente, vindo ao encontro da questão da justiça restaurativa por fazer prevalecer e reestabelecer de forma axiológica, taxativa e exegética uma comoção coletiva para obtermos um meio ambiente com sadia qualidade de vida e por assegurar uma personalidade ecocêntrica. Princípio da ubiquidade. Carla Pinheiro (2017, p.110) aborda sobre a importância da Declaração de Estocolmo:

A Declaração de Estocolmo, de 1972, tendo a maioria dos países imposto ao Estado o dever de defender o meio ambiente e controlar as atividades que se possam inviabilizar essa proteção, bem como a obrigação de abster-se de ações atentatórias e lesivas ao meio ambiente, conferindo aos lesados o direito de fazer cessar, por meio do emprego de medidas jurisdicionais, esses atentados e pleitear indenizações por danos morais e patrimoniais. (PINHEIRO, 2017, p.110).

Cuidar de recursos naturais renováveis e não renováveis representa não apenas um viés ecológico, mas, uma compreensão por uma tomada de consciência voltada ao desenvolvimento sustentável, por ser o melhor caminho para não afetar a Floresta Amazônica, por não provocar a degradação socioambiental. Silvio de Salvo Venosa (2019, p.32) faz a presente afirmação diante do agronegócio:

O direito do agronegócio ganha corpo em nosso país, nesse segmento tão importante para a economia nacional. Não se esgotam os novos e nascentes campos do Direito. As novas tecnologias fazem nascer novos rumos para o estudo do Direito e novas especialidades, como o direito ambiental, o direito das agências reguladoras, o direito da energia elétrica, do petróleo, do comércio eletrônico, das comunicações etc. Qualquer que seja o novo rumo, no Direito estarão presentes os princípios gerais, mormente os de justiça e equidade. (VENOSA, 2019, p. 32).

O desenvolvimento sustentável tem por objetivo zelar pela proteção e otimização dos recursos ecológicos porque reforça a conscientização individual e coletiva o que caracteriza o consumo consciente e regado do ecossistema. Proteger em sua plenitude a biodiversidade, adotar medidas de combate às queimadas. Isto posto, representa uma política séria que leva em consideração a vitalidade ambiental. Principalmente pela forma que se encontra o setor sucroalcooleiro, apresentado por Rogério Jorge Moraes (2011, p.232) como forma deste setor se preocupar com as atividades no ramo da cana-de-açúcar pelo princípio íntegro de sustentabilidade:

Enfim, o que hoje conhecemos como "setor sucroalcooleiro" tem-se destacado ao longo da história do nosso país. No início, teve interesses exclusivamente econômicos e, com o passar do tempo, com o desenvolvimento de novas tecnologias e perante a necessidade dos combustíveis com maior potencialidade de poluição, reaproveitamento de resíduos e cogitação de energia, passou a internalizar o viés ambiental, de sorte que merece atenção pela importância que possui. (MORAES, 2011, p. 232).

O que dignifica a preservação e a manutenção em energia limpa, e fonte de renda para a produção da usina por ser propriamente realizada pelo bagaço da cana-de-açúcar e com retorno financeiro gerando emprego e renda e servindo de abrigo para pesquisas acadêmicas entre as sustentabilidades econômica, social e ambiental e desta forma o solo é bem cuidado, adubado e preparado para a irrigação, plantio, corte, colheita, sem uso de queimadas controladas e pela legislação ambiental a proteção de Áreas de Preservação Permanentes.

### **3 | ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIAS DE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL**

Destarte para estes julgados de Supremo Tribunal Federal ao julgarem inconstitucionais ações lesivas ao meio ambiental em Áreas de Preservação Permanente e principalmente na Floresta Amazônica, por tentativas de atividades ilegais como, por exemplo, garimpo ilegal, exploração de recursos ambientais por causarem danos irreparáveis e

irreversíveis ao ecossistema. Um exemplo é a narrativa e a conclusão desta jurisprudência ao estabelecer normas infraconstitucionais devendo respeito pela Constituição Federal, voltada a situações de maus tratos e submissão à crueldade, seguindo sempre ao entendimento constitucional sacramentado e neste sentido as normas infraconstitucionais deve respeitar e seguir de forma taxativa e exegética aos ditames contidos na Constituição Federal.

Direito constitucional. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Decisões de órgãos judiciais e administrativos que autorizam o abate de animais apreendidos em situações de maus-tratos. Questão de relevante interesse público envolvendo a interpretação do art. 225, §1º, VII, da CF/88. Conhecimento da ação. Instrução do feito. Possibilidade de julgamento imediato do mérito. Art. 12 da lei 9.868/99. Declaração da ilegitimidade da interpretação dos arts. 25, §§1º e 2º da Lei 9.605/1998, bem como dos artigos 101, 102 e 103 do Decreto 6.514/2008, que violem as normas constitucionais relativas à proteção da fauna e à proibição da submissão dos animais à crueldade. Procedência da ação, nos termos da inicial. 1. No caso, demonstrou-se a existência de decisões judiciais autorizando o abate de animais apreendidos em situação de maus-tratos, em interpretação da legislação federal que viola a norma fundamental de proteção à fauna, prevista no art. 225, §1º, VII, da CF/88. A resistência dos órgãos administrativos à pretensão contida à inicial também demonstra a relevância constitucional da questão, o que justifica o conhecimento da ação. 2. A completa instrução do feito possibilita a conversão da ratificação de liminar em julgamento de mérito, nos termos do art. 12 da Lei 9.868/99. 3. A rigidez da Constituição de 1988 e o princípio da interpretação conforme a Constituição impede o acolhimento de interpretações contrárias ao sentido hermenêutico do texto constitucional. 4. O art. 225, §1º, VII, da CF/88, impõe a proteção à fauna e proíbe qualquer espécie de maus-tratos aos animais, de modo a reconhecer o valor inerente a outras formas de vida não humanas, protegendo-as contra abusos. Doutrina e precedentes desta Corte. 5. As normas infraconstitucionais sobre a matéria seguem a mesma linha de raciocínio, conforme se observa do art. 25 da Lei 9.605/98, do art. 107 do Decreto 6.514/2008 e art. 25 da Instrução Normativa nº 19/2014 do IBAMA. 6. Ação julgada procedente para declarar a ilegitimidade da interpretação dos arts. 25, §§1º e 2º da Lei 9.605/1998, bem como dos artigos 101, 102 e 103 do Decreto 6.514/2008 e demais normas infraconstitucionais, em sentido contrário à norma do art. 225, §1º, VII, da CF/88, com a proibição de abate de animais apreendidos em situação de maus-tratos. (ADPF 640 MC-Ref, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 16-12-2021 PUBLIC 17-12-2021)

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil fora construída e motivada de modo taxativa e exegética sendo petrificada ao artigo 225 e seguintes e coibir, a impedir e a inibir que ocorram situações de perigo ou que coloquem em risco de modo periclitante todas as formas de vida, não somente de gênero humano, mas, a vida animal, por fomentar, cuidar e zelar a integridade que esteja comprometida, fora do aspecto constitucional, por atitudes pervertidas, cruéis, torturantes e degradantes, aviltantes cada vez mais violentas contra os seres vivos irracionais, sem a capacidade de se defenderem, necessitando a

ajuda de seus pares e de outros seres humanos e por isso, esse cuidado e afeto, destarte essa importante jurisprudência em prol da qualidade de vida da fauna. Consta-se nos estudos de Walber de Moura Agra (2018, p.861) ao destacar:

As medidas ambientais não se chocam com o desenvolvimento econômico, mas apenas exigem que seja ele um desenvolvimento sustentado. Adequando-se à preservação da natureza, ensejando uma potencialização dos recursos econômicos, sem comprometer as demandas do futuro. (AGRA, 2018, p. 861).

Estas atividades empreendedoras necessitam exclusivamente de Licenciamentos Ambientais, para constatação se há risco de danos ecológicos através de exploração de minerais. Com o devido cuidado em não poluir e utilizar-se de magnitude de legislação em licenciamento ambiental para evitar catástrofes que envolvem direta e indiretamente a fauna, a flora, reservas ecológicas, indígenas e as áreas de manejo e mananciais. Como assegura esta jurisprudência em relação a competência legislativa e a simplificação de licenciamento ambiental:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. LEI ESTADUAL QUE SIMPLIFICA LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA ATIVIDADES DE LAVRA GARIMPEIRA, INCLUSIVE COM USO DE MERCÚRIO. INVASÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS SOBRE PROTEÇÃO AMBIENTAL. DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE JAZIDAS, MINAS E OUTROS RECURSOS MINERAIS. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. A competência legislativa concorrente cria o denominado "condomínio legislativo" entre a União e os Estados-Membros, cabendo à primeira a edição de normas gerais sobre as matérias elencadas no art. 24 da Constituição Federal; e aos segundos o exercício da competência complementar – quando já existente norma geral a disciplinar determinada matéria (CF, art. 24, § 2º) – e da competência legislativa plena (supletiva) – quando inexistente norma federal a estabelecer normatização de caráter geral (CF, art. 24, § 3º). 2. A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro simplifique o licenciamento ambiental para atividades de lavra garimpeira, esvaziando o procedimento previsto em legislação nacional. Precedentes. 3. Compete privativamente à União legislar sobre jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (art. 22, XII, da CF), em razão do que incorre em inconstitucionalidade norma estadual que, a pretexto de regulamentar licenciamento ambiental, regulamenta aspectos da própria atividade de lavra garimpeira. Precedentes. 4. Medida cautelar confirmada. Ação julgada procedente. (ADI 6672, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-189 DIVULG 21-09-2021 PUBLIC 22-09-2021)

Os garimpos são atividades exploratórias de extração de pedras preciosas, semipreciosas, metálicas valiosas, ou não, como é o caso de nióbio. São atividades que causam desequilíbrios ecológicos, pela redução do ecossistema e muitas vezes tornam a área exploratória inutilizada para a sobrevivência de vida ambiental destacando a fauna, a

flora, principalmente em áreas ilegais por serem dentro de florestas, mananciais, mangues e de reservas indígenas, como acontece com a floresta Amazônia, ações destruidoras denominado garimpo ilegal. Para a exploração de atividade pseudoeconômica de extração mineral é necessário ao ajuizamento de licenciamento ambiental dentro das conformidades e seguindo de modo taxativo, as imposições de legislação em termos de licenciamentos: prévio; instalação e operação, com os devidos cuidados sem provocar impactos ambientais e ferir a coletividade ambiental. Nota-se pela ênfase de Uadi Lammêgo Bulos (2018, p.1641) nos informa:

O *bem ambiental* é um bem jurídico próprio, diferente daquele ligado ao direito de propriedade. Um industrial, por exemplo, pode ter uma fazenda e nela instalar sua fábrica; mas não poderá queimar as árvores ali presentes, sob pena de comprometer a qualidade do ar atmosférico. Ora, o ar que o industrial respira não é só dele; é de seus empregados e de todos nós, indistintamente. (BULOS, 2018, p. 1641).

Isto posto, a exigência dos órgãos ambientais e ao Poder Judiciário, visam alertar pessoas jurídicas e pessoas físicas que tendem a destruição e ao gerar delitos ecológicos em áreas rurais, agrárias, florestas e biomas para que brequem as degradações e adotem uma tomada de decisão ecológica, pela responsabilidade administrativa, elevando a órbita de ética ambiental, pela política ambiental salientado a culpabilidade objetiva, bastando a comprovação de nexos causal e a causalidade adequada, principalmente quando se trata de compensação em reserva legal em área de microbacia hidrográfica, dentro dos limites que ocorreram a degradação:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MOLDURA FÁTICA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA EM 2011, PARA RECOMPOR E PRESERVAR A RESERVA LEGAL EM IMÓVEL RURAL. COMPENSAÇÃO AMBIENTAL FEITA NO MESMO BIOMA, PORÉM FORA DA MESMA MICROBACIA HIDROGRÁFICA, CONFORME PERMISSÃO DO ART. 66, III E § 6o., II DA LEI 12.651/2012. A PRETENSÃO MINISTERIAL CONSISTE EM OBRIGAR QUE A COMPENSAÇÃO OCORRA NA MESMA MICROBACIA, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL REVOGADA (ART. 44, III DA LEI 4.771/1965). ANÁLISE JURÍDICA: ENTENDIMENTO PREDOMINANTE, NA PRIMEIRA TURMA DESTA CORTE SUPERIOR, QUANTO À INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. ACÓRDÃO PARADIGMA: ESP 1.646.193/SP, REL. MIN. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, REL. P/ ACÓRDÃO MIN. GURGEL DE FARIA, DJE 4.6.2020. RESSALVA, TODAVIA, PARA A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS EXPRESSAMENTE RETROATIVOS, COMO O ART. 66, EM DISCUSSÃO NESTES AUTOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO PROVIMENTO DO APELO NOBRE. RECURSO ESPECIAL DO PRESENTANTE MINISTERIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. PRELIMINARMENTE: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Enunciado Administrativo. 2. Inexiste a alegada violação do art. 535, II do CPC/1973, pois

a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Observe-se, ademais, que julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 3. MOLDURA FÁTICA DO ACÓRDÃO RECORRIDO: Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, no ano de 2011, contra o ESPÓLIO DE VICENTE AULICINO, pleiteando, em suma, a demarcação e a recuperação da área de reserva legal em seu imóvel rural. 4. Para tanto, aduz o Parquet que, diante da degradação da reserva legal em seu imóvel, o proprietário promoveu a compensação ambiental, adquirindo reserva legal em terreno rural diverso. Entretanto, tal compensação não teria observado a exigência do art. 44, III da Lei 4.771/1965 (o antigo Código Florestal), segundo o qual somente seria compensável a reserva legal dentro da mesma microbacia hidrográfica. 5. A sentença (fls. 546/549) e o acórdão (fls. 697/733), proferidos já na vigência da Lei 12.651/2012, rejeitaram a pretensão ministerial, ao argumento de que o Código Florestal atualmente em vigor não exige que a compensação ocorra na mesma microbacia, bastando que as reservas legais se situem no mesmo bioma, conforme seu art. 66, § 6o., II. Assim, aplicando ao caso a modificação legislativa, concluíram que a área de reserva legal adquirida pelo réu localiza-se no mesmo bioma do imóvel a ser compensado, com a chancela do órgão ambiental estadual, o que tornaria lícita a compensação (fls. 717). 6. DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA: Estabelecer a legislação aplicável à compensação ambiental da reserva legal em imóvel rural: se o art.44, III da Lei 4.771/1965, segundo o qual a compensação deveria ocorrer dentro da mesma microbacia; ou o art. 66, III e § 6o., II da Lei 12.651/2012, que não impõe tal exigência, demandando apenas que a áreas compensadas se localizem no mesmo bioma.7. QUANTO AO MÉRITO: A Segunda Turma deste Tribunal Superior firmou entendimento segundo a qual a regra geral será a incidência da legislação florestal, de direito material, vigente à época dos fatos, na qual se determina a aplicação da Lei 4.771/1965 para as degradações ambientais ocorridas em sua vigência (PET no REsp. 1.240.122/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2012).8.Essa tese foi referendada pela Primeira Turma, por maioria, no julgamento do REsp. 1.646.193/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. GURGEL DE FARIA, DJe 4.6.2020. Entretanto, naquela ocasião, foi admitida a aplicação dos dispositivos expressamente retroativos do Novo Código Florestal. Este é o caso do art. 66 - que inclusive foi objeto de discussão no aresto -, o qual rege formas alternativas de recomposição da reserva legal para os imóveis consolidados até 22.7.2008.9. Por conseguinte, a pretensão do MINISTÉRIO PÚBLICO está em dissonância com a compreensão da Primeira Turma desta Corte Superior. Afinal, o que busca o Parquet é impedir a compensação realizada com espeque no art. 66 da Lei 12.651/2012, por pretender a incidência das regras da Lei 4.771/1965. No julgamento do REsp.1.646.193/SP, por outro lado, prevaleceu a tese de que o sobredito art. 66 aplica-se, sim, retroativamente, nos exatos termos de seu caput. 10. Recurso Especial do Representante Ministerial a que se nega provimento, em divergência ao parecer do Ministério Público Federal. (REsp 1532719/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020)

**Justamente, pela incapacidade de defesa legítima, por não previsão legal, porque a**

Mãe Natureza é indefensável por si mesma. Portanto, crimes e danos ecológicos em todas as legislações que versam sobre a temática ambiental brasileira, não inserem a excludente de ilicitude. Bastam ao nexos causal e a potencialidade em lesar aos bens e patrimônios ecológicos, inclusive os seres vivos ambientais. Observa-se nas palavras de José Afonso da Silva (1994, p.214):

A responsabilidade civil é a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade. Pode ser contratual, por fundamenta-se num contrato, ou extracontratual, por decorrer de exigência legal (responsabilidade legal) ou de ato ilícito (responsabilidade por ato ilícito) ou até mesmo por ato lícito (responsabilidade por risco). (SILVA, 1994, p. 214).

Dependendo de regimentos jurídicos, pessoas humanas, jurídicas que trazem em seu bojo de atuação ao engajamento socioambiental prevalecendo ao equilíbrio ecológico, pelo Princípio de Ubiquidade, garantem de modo pétreo a coibição de lesividades condutas que venham causar mal estar ético ecológico para a fauna, a flora, abranger, todos os recursos naturais indefesos e a garantia de fonte de vida ambiental para presentes e futuras gerações com o viés ecocêntrico em prol de Proteção Ambiental. Salienta-se ao artigo 37 contido pela Magna Carta: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” O que resplandece a integral proteção em face em áreas ambientais para não haver sistema vulnerável de precariedade em reservas ecológicas, por atingir letalmente a vida ambiental na questão florestal, em áreas de reservas agrícolas, matas nativas e ciliares. Não havendo biocídio de nossa Mãe Natureza e de desperdícios de vidas humanas.

## 4 | JUSTIÇA RESTAURATIVA ECOLÓGICA

As práticas de Justiça Restaurativa contemporâneas surgiram nos Países: Nova Zelândia e no Canadá posteriormente, devido ao oferecimento de ideia sistematizada cujo foco é sempre direcionado para o ato danoso e as perdas resultantes dele. O ato danoso dar-se à pela violação de direitos praticada por uma pessoa contra outra. A parte que se considerada violentada, desrespeitada, maltratada, inicia um processo de diálogo, negociação entre as partes para que se cheguem ao denominador comum: resolução de conflito de forma assertiva, combinada entre as partes voltadas sempre a restauração do dano. Observa-se no texto pioneiro destes estudos em Justiça Restaurativa, defendido por Howard Zehr (2012, p. 27):

A Justiça Restaurativa tem promovido a conscientização sobre os limites e

subprodutos negativos da punição. A verdadeira responsabilidade consiste em olhar de frente para os atos que praticamos, significa estimular o ofensor a compreender o impacto de seu comportamento, os danos que causou – e instalá-lo a adotar medidas para corrigir tudo o que foi possível. Sustento que este tipo de responsabilidade é melhor para as vítimas, para a sociedade e para os ofensores. (ZEHR, 2012, p.27)

Aqui no Brasil, a Justiça Restaurativa ganhou força quando se iniciou ao âmbito jurídico, a conciliação, por fortalecer ao entendimento em harmonia e equilíbrio intrapessoal e interpessoal para reparar um dano, de modo a evitar litígio. Desta feita as partes: de um lado a vítima e de outro o provocador do prejuízo e diante de um conciliador, fazem um pacto sobre como será realizado ao ressarcimento ou o reparo. De modo célere, eficaz e moderador. A Justiça Restaurativa é mais consistente por conta de seus ciclos restaurativos: Centralizar os prejuízos junto com as reais necessidades; Restaurar as obrigações em dar, fazer, por realizar ações contra os danos. Utilizar a inclusão social e ambiental faz-se cooperar com a manutenção de equilíbrio vital entre pessoas e ambiente e a colaboração do Terceiro Setor, para viabilizarem a política de contenção de danos. Estudiosos juristas, como Rogério Greco (2011, p. 369) aduz:

A justiça Restaurativa, portanto, similar ao que ocorre com o processo formal de mediação, teria uma única diferença, vale dizer, seria uma Justiça de leigos, dentro de uma comunidade também de leigos. Falando a mesma linguagem, sendo as partes envolvidas, normalmente conhecidas umas das outras, como ocorre com as hipóteses de ameaças, pequenas lesões por discussões banais etc., será muito mais fácil a conciliação. (GRECO, 2011, p. 369).

O foco sempre será a reparação de danos, tendo a comunidade como conciliadora frente ao processo de ciclos restaurativos e o papel da vítima e dos agressores por ser o reconhecimento das consequências dos danos e os agressores serão sempre encorajados a repará-los, principalmente diante de trabalhos periciais que comprovem aos crimes ecológicos<sup>1</sup>. A ação civil pública é imprescindível para apurar e demonstrar os passivos ambientais para serem corrigidos vindo ao encontro do foco restaurativo com a pegada em educação ambiental como abordam Rubem Alves & Celso Antunes (2011, p.63-64), ao explicarem a Justiça Restaurativa:

Estamos vivendo tal situação que é absolutamente intolerável. Queremos encontrar uma solução: de que forma isso pode ser reparado? Mesmo que não venha respostas desta assembleia, pelo menos ela vai suscitar a possibilidade de uma reflexão. A estratégia adapta à realidade, adapta às

---

<sup>1</sup> Ressalta-se que a colheita de provas para comprovar crimes ecológicas necessita do trabalho de perícia ambiental em *visum et repertum*, ver e repetir, através de reconhecimento de área sendo pública, privada, de importância cultural e histórica. Tendo por base estudos e análises do solo, água, das plantas, árvores e da fauna. Diante de preservação de local de delito ambiental é imprescindível apurar: exploração de área; classificações de fauna e flora; estimativa dos prejuízos; as ações de impactos e seus respectivos prejuízos; a observância de autenticidade de documentação pertinente a exploração, construção como, por exemplo, autorização de extração de madeiras; o estudo de topografia para observar e reconhecer a existência de riscos de pessoas e demais seres vivos que se encontra presente na área. E a perícia tem esse dever de descrever detalhadamente toda a ação frente à lesão ambiental. Justamente para que o laudo pericial sirva de materialidade dos elementos fáticos.

circunstâncias. Criar consciência de um mal que pode ser reparado? (ALVES E ANTUNES, p. 63-64).

O objetivo dos encontros para a prática de ciclos restaurativos, de qualquer forma, é a legitimidade de integração dos autores do crime à sociedade de modo à construção de valores éticos e morais. Justamente para que haja possibilidade de arrependimento, atitudes em reparação dos danos, construindo um alicerce de relações sociais pautado no exercício de cidadania com responsabilidade coletiva e a construção em escalas de valores na conduta do agressor, a reconstrução da dignidade da pessoa humana. Como nos descreve Guilherme de Souza Nucci (2022, p.314):

Transforma-se o embate entre o agressor e o agredido num processo de conciliação, possivelmente, até de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma com a outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público. (NUCCI, 2022, p. 314).

Estes estudos nos advertem que a prática de Justiça Restaurativa é muito bem vinda por elucidar novos rumos de conscientização diante de agressões ao meio ambiente, uma vez que existe a degradação ecológica e como a Mãe Natureza precisa de pessoas que a defendam, a sociedade civil através de Redes de Apoios como as ONGs, Conselhos Municipais de Meio Ambiente, Secretarias Ambientais nas esferas Municipal e Estadual, Polícia Militar Ambiental, Ministério Público Estadual e as Instituições de Ensino através de assembleias, palestras e trabalhos com educação ambiental fortalecem a prática de Justiça Restaurativa entre o agressor com a área devastada, violentada por ferir a fauna, a flora, recursos naturais renováveis e não renováveis, havendo desequilíbrio ecológico e principalmente dano irreversível ao ambiente e desta forma a reparação do dano articulado com a tomada de consciência individual para demonstrar a fragilidade do ambiente sem capacidade de autodefesa para com as ações humanas agressivas, os ciclos restaurativos, fortalecem a cultura de paz ecológica quando há mobilização em restaurar, recuperar, reflorestar com análises em orçar aos prejuízos ambientais como replantios de árvores, reflorestamento, adubação orgânica do solo, ressarcimento de ONGs que cuidam de animais vítimas de maus-tratos, ressarcir ao erário público em atividades industriais poluidoras e ao mesmo tempo investimento em educação ecológica nas empresas voltadas aos funcionários e comunidade local para que haja essa estratégia de cuidarmos do patrimônio ambiental em prol de biodiversidade ecológica por tornar-se sadio e preservados para gerações presente e futura.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao repensarmos a forma ao qual as pessoas sendo físicas e/ou jurídicas estão

cuidando do ambiente como sinônimo de preocupação em garantir vida saudável para as presentes e futuras gerações, obviamente que se enquadra no crivo de responsabilidade, estar a testa de um prejuízo, que o ressarcimento seja de imediato a reparação do ambiente lesado.

Ao impor pelas autoridades jurídicas vide Ministério Público, Tribunais de Justiça, Supremo Tribunal de Justiça e a Corte Suprema- Supremo Tribunal Federal, cuja a exigência é analisar e julgar se o crime ambiental fora reparado em toda a sua extensão e se a atividade inserida em Área de Reserva Ecológica, Área de Preservação Permanente, ou próximas as Unidades de Conservação, foram estancadas sanadas à luz da Constituição Federal e se houve todo o cumprimento legal contidos de modo exegético e taxativo frente a legislação de Licenciamento Ambiental. Uma vez que há essas exigências rigorosas, recai no Princípio Ambiental de Ubiquidade: elevando e majorando o tema ambiental para consagrar sua conservação holística.

A Ética Ecológica muitas vezes no âmbito jurídico é imposta, determinada e exigida pelos operadores jurídicos, ao fazer imperar a defesa ecológica. Se houvesse na conduta das pessoas sendo elas físicas a perspectiva ética no comportamento humano através de educação em conscientização ambiental, como atualmente vem ocorrendo com as pessoas jurídicas através de *Compliance Ambiental*, provavelmente não haveria inúmeros processos criminais e reparatórios na esfera do direito ambiental.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALVES, Rubem & ANTUNES, Celso. **O aluno, o professor, a escola: uma conversa sobre educação**. Campinas, SP: Papirus 7 Mares, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Responsabilidade civil em sede de poluição. Culpa do poder público. Ausência de nexo causal, na atividade das poluidoras, e de solidariedade entre elas**. In: **Responsabilidade Civil, v.7. Doutrinas essenciais - Direito Ambiental**. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: 2021.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva 2011.

MORAES, Rodrigo Jorge. **Setor sucroalcooleiro: regime jurídico ambiental das usinas de açúcar e álcool**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINHEIRO, Carla. **Direito ambiental**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SAVATER, Fernando. **Ética para meu filho**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo de direito**. São Paulo: Atlas, 2019.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa: teoria e prática**. São Paulo: Palas Athena, 2011.

## JUSTIÇA: REFLEXÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DE JONH RAWLS

Data de aceite: 01/09/2022

**Israel Queiroz Carvalho de Araújo**

**Vanesse Louzada Coelho**

**RESUMO:** O presente estudo demonstra a necessidade de reflexionar e discutir através de vários ângulos e perspectivas a respeito do conceito de justiça. Enfatizando o olhar do filósofo Jonh Rawls, filósofo político norte-americano, através do qual identifica-se pontos marcantes da teoria de justiça fazendo comparação com outros conceitos a respeito de justiça. Jonh Rawls analisa a justiça como igualdade e por meio de um contrato inicial ou um pacto social inicial, busca a igualdade, a liberdade, sendo no momento do pacto escolhidas as premissas desse contrato social.

### 1 | INTRODUÇÃO

Não é difícil e inúmeras vezes escutarmos nos noticiários, na comunidade acadêmica ou na sociedade de modo geral, questionamentos a respeito do conceito de justiça.

Mas o que é essa tal suplicada justiça? Nas questões de saúde, o que seria e como poderia ser aplicada a justiça?

O acesso à saúde em nosso país possui critério que podemos considerar como justo?

Temos um sistema de saúde em que, muitas vezes, apenas por meio da

judicialização da saúde muitos têm conseguido a efetivação desse direito, cabendo ao judiciário a efetiva proteção de uma garantia prevista constitucionalmente, ante a omissão estatal.

Se pelo aspecto do direito à saúde, cabe ao Estado o fornecimento dos elementos essenciais e necessários a efetivação desse direito, sob a ótica do Estado, cabe dimensionar o impacto das decisões judiciais no que versa os limites orçamentários e nas contas públicas, de modo que muitos são os aspectos a serem considerados aos atendimentos de princípios básicos assegurados constitucionalmente aos nossos cidadãos

Desta forma, o presente estudo visa analisar os aspectos a respeito do conceito de justiça, valendo-se da teoria do filósofo Jonh Rawls, para reflexionar quanto a garantia de direitos, como à saúde.

### 2 | JUSTIFICATIVA

Com advento da internet, as informações circulam com uma velocidade assustadora e o conhecimento a respeito de diversos fatos nos saltam olhos a todo instante, até mesmo de comunidades mais longínquas.

Alguns fatos, para uns lhes parece absurdo e para outros nem tantos. Ou seja, a resolução aos problemas sociais, variam e muito, mas quais os critérios são aceitáveis e considerados para uma solução justa a

resolução de tais problemas? Para essa resposta faz-se necessário a análise do seguinte questionamento: o que é justiça e como pode ser aplicada em diversas comunidades?

Daí a justificativa do presente trabalho, buscar levantar pontos a serem analisadas nas tomadas de soluções e parâmetros a serem considerados importantes.

### **3 | PROBLEMAS, HIPOTÉSES E JUSTIFICATIVAS**

Por meio dos questionamentos e hipóteses aqui apresentados, o presente trabalho levará as seguintes reflexões:

1. Tendo em vista a apresentação da teoria da justiça de Jonh Rawls, o que é justiça?
2. O conceito de justiça é algo estático e independente do meio em que se aplica?
3. Justiça e Moral são conceitos independentes?

Pela abordagem dos direitos fundamentais, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, apresentaremos reflexões sobre a justiça e qual a importância desta para um Estado livre e uma comunidade harmônica.

### **4 | OBJETIVOS**

#### **4.1 Geral**

Compreender os aspectos de justiça a partir da perspectiva do filósofo norte-americano Jonh Rawls, analisando a sua teoria da Justiça, fazendo comparação com outros teóricos.

#### **4.2 Específicos**

Discutir a respeito de Justiça;

Identificar os fundamentos e aspecto acerca do conceito de justiça;

### **5 | METODOLOGIA**

A promoção do presente trabalho é sob o prisma do método dedutivo, por meio da análise da legislação, material bibliográfico, estudo de caso e sua aplicabilidade, objetivando conclusões sobre o conceito de Justiça.

### **6 | PROPOSTA DE SUMÁRIO**

O presente trabalho conterà a introdução, composta de aspectos gerais que serão detalhados nos capítulos com vista a atingir a proposta do primeiro capítulo do presente trabalho, explorando e abordando, dentre outros, o conceito de justiça apresentado pelo filósofo Jonh Rawls.

No segundo capítulo se fará uma abordagem a respeito da aplicabilidade da Justiça conforme apresentado por Jonh Rawls.

No terceiro capítulo a abordagem será sobre justiça analisando o direito à saúde no Brasil.

Por fim será elaborado a conclusão do trabalho, abordando todos os aspectos apresentados, levando em consideração os princípios da dignidade da pessoa humana e as garantias Constitucionais aos cidadãos brasileiros em busca da justiça nas relações sociais.

## 7 | JUSTIÇA – TEORIA DE JONH RAWLS

De acordo com Bittar (2011), John Rawls traz um conceito de justiça relacionado a equidade e contratualismo do séc. XVII, onde a posição original de igualdade equivale ao estado da natureza na teoria do contrato social, em que pessoas livres e racionais, em busca de seus próprios interesses, se submetem a uma posição inicial de igualdade.

Os princípios abarcados no âmbito constitucional, como o da liberdade, que aborda a liberdade de ir e vir com seus bens, liberdade de expressão, de decidir dentro dos limites legais, traçando desta forma, uma compatibilidade de forma ampla, bem como o princípio de igualdade, sendo no sentido amplo ou restrito, visam, a proteger de desigualdades sociais, econômicas, assim como os direitos e garantias com uma ordem de deliberação na justiça social. (RAWLS, J. 2000, p. 64).

A estrutura constitucional está baseada em direitos e deveres, com garantias que levam a uma estrutura básica da sociedade, regulando as relações sociais, sendo o princípio da liberdade um direcionador de contra arbitrariedades e desigualdades que possam ocorrer. Certo é, que não há possibilidade de se extinguir ou acabar com as desigualdades socioeconômicas, mas deve haver um controle jurisdicional para garantir a aplicabilidade dos referidos princípios.

Sobre liberdades, Rawls ensina em seu livro:

As mais importantes entre elas são a liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra opressão psicológica e a agressão física (integridade da pessoa); o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito. Segundo o primeiro princípio, essas liberdades devem ser iguais (RAWLS, J. 2000, p. 65).

O núcleo da teoria da justiça como equidade aparece na forma de dois princípios, que são dois princípios fundamentais que deveriam guiar o ordenamento e a estruturação da sociedade.

O primeiro princípio diz que a liberdade individual deve ser igual para todos, ou seja, devemos ter todas as liberdades de modo que todos os indivíduos as tenha de forma

igual, o segundo princípio da justiça como equidade diz que as desigualdades sociais e econômicas podem ser aceitáveis, desde que duas condições sejam satisfeitas, a saber: resultam do exercício de cargos abertos a todos (igualdade de oportunidade); forem benéficas para o menos favorecido, que se chama princípio de diferença.

Nesse segundo princípio surge o aspecto mais distinto da proposta de Rawls, e o que motivou a maior parte da discussão, porque é aqui que o Estado ganha, como uma de suas obrigações gerenciar as desigualdades, ou seja, cabe ao Estado evitar que algumas formas de desigualdades ocorram, cabendo ao Estado intervir na maneira como os recursos são distribuídos no interior da sociedade.

A partir desse princípio que vem o nome da teoria de Rawls, justiça de equidade, porque a equidade é justamente a preocupação em se manter a igualdade.

É igualmente importante não apenas o conteúdo, mas a maneira como buscar justificar a teoria, e essa justificação Rawls chama de posição original, de maneira que esses princípios são justificados porque são os princípios que seriam adotados em situações de escolha hipotética em que indivíduos racionais decidem quais serão os princípios que governarão a sociedade, mas numa situação em que não sabem quem eles serão na sociedade, ou seja, os princípios são escolhidos por traz do que Rawls chamou de um “véu de ignorância”.

Essa maneira de justificar a maneira como a sociedade deveria funcionar, é uma forma de contratualismo, que é um tipo de teoria que surgiu na modernidade como Hobbes, Locke e Rousseau. Uma peculiaridade da teoria desenvolvida por Rawls é que não apenas busca justificar o que busca o Estado legítimo, como fizeram as outras teorias, mas dá um passo decisivo pra dizer qual será a maneira específica como o estado deve atuar, especificando os tipos de regras e questões que cabem ao Estado gerenciar.

Os referidos princípios, buscam corrigir desigualdades e arbitrariedades, injustiça de forma a perseguir o ideal da justiça para a sociedade de um modo geral, afinal, os princípios regem a aplicação constitucional das leis e demais normas, havendo uma interpretação de maneira que se possa aplicar ao caso em concreto a justiça, de forma legal e isonômica, conforme disciplina Bittar:

É dever natural de justiça que propulsiona, diz Rawls, o cidadão à obediência da constituição e das leis. É a lei a garantia de que situações iguais serão igualmente tratadas. E a lei aqui não é sinônimo de constrição, mas de liberdade. Consciente das dificuldades que engentram a discussão do tema da justiça nessa base, e dos comprometimentos de seus postulados teóricos, é que Rawls está preocupado em demonstrar materialmente a realizabilidade dos dois princípios (menciona a formação da constituição, dos processos legislativos, as formas de execução da lei etc.) nas instituições deve medrar o que se chama de justiça material (BITTAR, 2001, p. 385).

A sociedade busca, por meio da interpretação das normas, uma sociedade que tenha estabilidade na aplicação da justiça por meio de políticas públicas e normas programáticas

que disciplinem de forma prática a igualdade, tratando os iguais e os desiguais nos limites de suas diferenças e necessidades, bem como a liberdade de maneira ampla, mas nos limites da legalidade. Assim, cada pessoa poderá ter uma ligação direta com os princípios aplicados na constituição que assegure direito e deveres, bem como garantias positivas e negativas, de modo a trazer uma estabilidade para a sociedade e justiça para todos.

## 8 | A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA

Para Rawls, em sua visão de justiça, a aplicação da igualdade, por meio de um contrato inaugural, ou ainda um pacto social, busca a aplicação dos princípios que regem a igualdade, liberdade e estabilidade. Princípios que regulam a sociedade em suas relações interpessoais, sejam contratos relacionados ao consumo, seja segurança, saúde ou ainda do atividades que sejam desempenhadas pelo poder público para com o administrado, corrigindo desta maneira desigualdades que possam surgir.

A Administração pública, por meio de seus prepostos, desempenha um papel direcionado pelo princípio da legalidade estrita, no desempenho de atividades que versem o interesse jurídico, desta forma, há uma busca por parte do poder público em corrigir desigualdades para o crescimento de uma sociedade justa, solidária e transparente.

Para a aplicação efetiva da justiça, há de se destacar a teoria da justiça por Rawls, cujas características são: o contrato inicial, a cisão da justiça como aplicação do princípio da igualdade, aplicabilidade dos princípios, vetando desta forma desigualdades, a Constituição como norma imposta pelo poder público, assegurado o cumprimento dos direitos e deveres do administrado.

A aplicabilidade da justiça, também decorre da observância aos princípios, que regulam os acordos e assumem um papel muito importante, pois por meio da cooperação social pode se chegar a um estabelecimento de relações que tragam formas de se concretizar uma cooperação social de forma a atribuir direitos e deveres, conforme destaca Rawls:

Como cada pessoa deve decidir com o uso da razão ou que constitui o seu bem, isto é, o sistema de finalidade que, de acordo com a sua razão, ela deve buscar, assim um grupo de pessoas deve decidir uma vez por todas tudo aquilo que entre elas se deve considerar justo ou injusto (RAWLS, J. 2000, p. 13).

**Na doutrina de Bittar, expõe que:**

Não se trata de um acordo histórico, e sim hipotético. Esse acordo vem marcado pela ideia de uma igualdade original para optar por direito e deveres; é essa igualdade o pilar de toda teoria. Mais que isso, a ideia de recorrer ao contrato social, e de estudar os sujeitos pactuantes na origem da sociedade numa posição original, não tem outro fito senão o de demonstrar a necessidade de se visualizarem as partes num momento de igualdade inicial. Eis aí a equidade de sua teoria (BITTAR, E.C.B. 2001, p. 378).

Para a fundamentação do pacto inicial, o princípio da justiça não se aplica de forma automática como equidade, nas palavras de Rawls:

Isso explica com propriedade da frase “justiça como equidade”: ela transmite a ideia de que os princípios da justiça são acordados numa situação inicial que é equitativa. A frase não significa que os conceitos de justiça e equidade sejam a mesma coisa, assim como a frase “poesia como metáfora” não significa que os conceitos de justiça e metáfora sejam a mesma coisa (RAWLS, J. 2000, p. 14).

## 9 | JUSTIÇA E SAÚDE

A teoria desenvolvida por John Rawls é formulada sob a concepção de justiça que ofereça orientações razoáveis para a resolução de questões de justiça social relacionadas à estrutura básica da sociedade.

John Rawls defende que, apesar de a cultura política de uma sociedade democrática ser sempre marcada por uma diversidade irreconciliável de doutrinas morais, religiosas, filosóficas, políticas etc., é possível o estabelecimento de um acordo razoável (o chamado consenso sobreposto) acerca de uma concepção de justiça, apresentando a justiça como equidade, como a concepção capaz de ser a base de um acordo político refletido, bem informado e voluntário.

Dessa forma, observa-se que a teoria de justiça rawlsiana é de base contratualista, se diferenciando de outras, que a antecederam pelo fato de o contrato original ter por objetivo a instituição de princípios de justiça básicos da sociedade, enquanto que, nas teorias precedentes, o objeto do acordo original é a fundação de uma sociedade ou de um governo.

O local apropriado para a formação desse consenso (vale dizer, para a escolha dos princípios de justiça que O DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE se aplicarão à estrutura básica da sociedade) é a posição original, que representa uma situação inicial de igualdade, garantidora da equidade dos acordos fundamentais nela alcançados.

De modo que, as oportunidades de vida e o bem-estar dos cidadãos de uma sociedade democrática não podem depender do acaso genético ou social, isto é, de uma loteria na distribuição de posições sociais, renda e riqueza, talentos naturais e mesmo concepções de bem; e que, portanto, as instituições básicas de tal sociedade devem ser concebidas para funcionar de forma que neutralizem tanto quanto possível a influência desses fatores – que via de regra encontram-se ou inteiramente ou em grande medida fora do alcance do controle individual – sobre a vida que cada pessoa é capaz de levar.

John Rawls sustenta que os fatores que respondem pelo acesso desigual a recursos sociais escassos são arbitrários de um ponto de vista moral.

Esses fatores, por isso, não podem ter nenhum peso no acordo sobre os princípios

de justiça que deverão vigorar em uma sociedade constituída por cidadãos livres e iguais. E esses fatores arbitrários não desempenham qualquer papel na escolha dos princípios de justiça em razão de as partes do acordo estarem situadas por trás de um véu de ignorância, que impede os indivíduos de conhecerem o seu lugar na sociedade (posição e status social), a sua boa ou má sorte na distribuição de talentos e capacidades naturais, seus fins últimos e interesses, sua constituição psicológica particular e o atual estágio da sociedade – distribuição de recursos naturais e produtivos, bem como o nível de tecnologia.

De tal modo, cada pessoa deve ter um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos.

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições. A primeira é que devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; a segunda é que devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade. O primeiro princípio, que é prioritário sobre o segundo, significa que todos devem ter acesso a um sistema de liberdades e direitos fundamentais iguais, vale dizer: as normas definidoras dessas liberdades devem se aplicar igualmente a todos e permitir a mais abrangente liberdade compatível com uma liberdade semelhante para todos.

Tais liberdades não podem ser violadas em nome da obtenção de maiores vantagens econômicas e sociais, somente podendo ser restringidas quando colidirem entre si. Por isso, pode-se dizer que o primeiro princípio de justiça de Rawls tem precedência sobre o segundo.

A prioridade do primeiro princípio pressupõe a satisfação das necessidades básicas dos indivíduos (garantia da integridade física, de nutrição adequada, do acesso à água potável, ao saneamento básico, ao atendimento médico e à educação), uma vez que “conforme as pessoas se tornam livres da pressão que lhes é imposta por necessidades básicas, aumenta o interesse que elas têm em exercer suas liberdades fundamentais”. O segundo princípio pode ser decomposto em dois: (a) o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e (b) o princípio da diferença. O DIREITO À SAÚDE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE.

Importante realçar que John Rawls, em sua teoria da justiça, toma como ponto de partida a ideia de que a sociedade é um sistema equitativo de cooperação social ao longo do tempo entre gerações. A cooperação é norteadada pela ideia de reciprocidade. Todos aqueles que cooperam fazendo a sua parte (seguindo as normas e procedimentos publicamente reconhecidos e por eles aceitos) devem beneficiar-se de forma apropriada, ou seja, benefícios produzidos pelos esforços de todos devem ser distribuídos equitativamente (conforme a parcela de contribuição de cada um) e compartilhados de uma geração às seguintes.

Nesse sistema de cooperação, se alguns cargos não estão abertos a todos em

condições equitativas, os excluídos estariam certos de se sentirem injustiçados, mesmo que se beneficiassem dos esforços maiores daqueles autorizados a ocupa-los.

Por isso, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades exige que os cargos e posições sejam acessíveis a todos. Assim, a justiça do resultado da distribuição dos benefícios depende do modo como a constituição política e as instituições sociais e econômicas distribuem os cargos e posições entre os membros da sociedade. Tais instituições devem garantir, que as oportunidades para alcançar as posições ocupacionais e de autoridade mais valorizadas na sociedade sejam iguais para aqueles que têm talentos similares e a mesma disposição de cultivá-los e de exercê-los, de modo que as instituições sociais devem, ou deveriam garantir acesso equitativo ao sistema de saúde para ser considerado o aspecto de justiça apresentado por John Rawls.

## 10 | CONCLUSÃO

Falar em justiça inicialmente, quando visto de maneira isolada, pode apresentar-se de modo muito subjetivo, porém, a justiça, para o filósofo John Rawls possui, não só um significado, como também métricas que precisam serem observadas e que estão intimamente interligadas com os acordos sociais firmados pela coletividade.

Ao falar em justiça, John Rawls, remete-nos a reflexão a respeito de liberdade, enfatizando que não há como ousar buscar justiça, sem que haja a liberdade em todos os seus aspectos aos indivíduos. Ou seja, como pode um cidadão atribuir ou conseguir analisar algo como sendo justo, se este está eivado por outras amarras, não conseguindo decidir livremente a respeito de qualquer assunto. Como por exemplo, como conseguir questionar a respeito de qualquer alimento, se determinada pessoa, mal tem acesso ao referido alimento.

O direito à liberdade é expressamente mencionado no preâmbulo e assegurado no **artigo 5º da Constituição Federal de 1988**, sem distinção de qualquer natureza, aos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Atualmente, e diariamente vemos muitos cidadãos buscando garantir o seu direito à saúde por meio do judiciário, ou seja, o número de demandas judiciais com vínculo exclusivo ao viés da saúde tem aumentado significativamente para a efetivação do direito à saúde, mostrando que não está sendo apresentado o acesso a este direito de maneira equitativamente, como apresenta a teoria de justiça de John Rawls.

No presente estudo, o primeiro capítulo buscou apresentar e explicar os conceitos e princípios da teoria da justiça de John Rawls, enfatizando a necessidade do princípio da liberdade.

Ainda foi possível no segundo capítulo compreender a importância da administração pública na aplicação da justiça, sendo esta responsável por dirimir as desigualdades sociais, promovendo a equidade de acesso aos sistemas como forma de buscar a justiça.

Sendo o direito a vida o bem mais precioso, torna-se um direito do ser humano e amparado de forma ampla pela atual Constituição Federal do Brasil sendo possível perceber que os dispositivos e jurisprudência caminham para a efetivação desta garantia de forma ampla.

Através da análise do terceiro capítulo, foi possível compreender que a judicialização tem se tornado um instrumento para a real efetivação a garantia constitucional à saúde, não podendo ser limitada em decorrência de orçamentos ou de argumentos de teorias que não faça cumprir o dispositivo garantidor de efetivação deste direito que possibilitem a sua fruição de maneira justa e isonômica, entre os brasileiros e estrangeiros residentes ou em trânsito no Brasil, cabendo a administração pública garantir oportunidades de acesso ao sistema de saúde, para assim possibilitar a igualdade equitativa de oportunidades, apresentada por John Rawls em sua teoria, como forma de concretização da JUSTIÇA.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad: Mário Gama Kury. 4º Ed. Brasília: UNB, 2001.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de Filosofia do Direito**. 1º Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto, **Teoria Geral da Política**, Trad: Daniela Beccaccia Versiani. 5º Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RAWLS, John, **Uma Teoria da Justiça/John Rawls**: Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

## AS DIFICULDADES EM TER O ACESSO AO PODER JÚDICÁRIO

*Data de aceite: 01/09/2022*

**Joelson Carvalho Mourão**

Fauldade de Colinas do Tocantins-TO

**RESUMO:** O trabalho abordara o direito de acesso à justiça, compreendido pelos principais textos legais sobre direitos humanos. Destacase o surgimento do direito ao acesso à justiça, seu significado contemporâneo, percorrendo sua evolução conceitual nos textos legais, e por fim, a problemática para o seu pleno exercício e as possíveis soluções em busca da justiça social. Inicialmente é fundamental pontuar que o tema “acesso à justiça” está previsto art. 5º, XXXV, da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 19881 , enquadrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente nos Direitos Individuais e Coletivos. Sendo assim é imprescindível conceituar primeiramente tais direitos, e entre todos os direitos prometidos e garantidos aos cidadãos é certo que o acesso á justiça figura como o principal, haja vista seu caráter de pressuposto s de alicerce das demais garantias. O acesso á justiça representa o direito que abre as portas para se poder caminhar e garantir os outros direitos previstos. Esse mandamento constitucional implica a possibilidade de que todos, sem distinção, possam recorrer à justiça, e tem como consequência atuar no sentido de construir uma sociedade mais igualitária e justa, tendo como característica a concentração do princípio da justiça social, representando, em

grande parte, a reivindicação de classes menos favorecidas, em que o Estado intervém para compensar um desnível social. No Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e proclamação do Estado Democrático de direito a idéia de se garantir o acesso á justiça ganhou força constitucional. Assim consagrado pelo princípio da celeridade processual, previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal, que dispõe que “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”, essa garantia é a prova que o direito aqui tratado deve ser buscado por todo ordenamento jurídico, para se tornar um sistema justo igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos. As hipóteses levantadas para este estudo foram no sentido de que a justiça e a igualdade, como mecanismos na obtenção de soluções das lides, podem contribuir para o efetivo acesso à justiça, proporcionando significativas transformações em nossos hábitos culturais, bem como nos hábitos do próprio Poder Judiciário. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dificuldades no acesso ao Judiciário.

**ABSTRACT:** The work will address the right of access to justice, understood by the main legal texts on human rights. We highlight the emergence of the right to access justice, its

contemporary meaning, covering its conceptual evolution in legal texts, and finally, the problem for its full exercise and possible solutions in search of social justice. Initially, it is essential to point out that the theme "access to justice" is provided for in art. 5, XXXV, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, framed within the Fundamental Rights and Guarantees, more specifically in Individual and Collective Rights. Therefore, it is essential to first conceptualize such rights, and among all the rights promised and guaranteed to citizens, it is certain that access to justice figures as the main one, given its character of presupposition of foundation of the other guarantees. Access to justice represents the right that opens the door to be able to walk and guarantee the other foreseen rights. This constitutional commandment implies the possibility that everyone, without distinction, can resort to justice, and has the consequence of acting in the sense of building a more egalitarian and just society, having as a characteristic the concentration of the principle of social justice, representing, in large part, the demand of less favored classes, in which the State intervenes to compensate for a social gap. In Brazil, after the promulgation of the Federal Constitution of 1988 and the proclamation of the Democratic State of Law, the idea of guaranteeing access to justice gained constitutional strength. Thus enshrined in the principle of procedural celerity, provided for in item LXXVIII of article 5 of the Federal Constitution, which provides that "Everyone, in the judicial and administrative scope, is guaranteed a reasonable duration of the process and the means that guarantee the celerity of its processing.", this guarantee is proof that the right dealt with here must be sought by every legal system, to become a fair system equally accessible to all; second, it must produce results that are individually and socially just. The hypotheses raised for this study were in the sense that justice and equality, as mechanisms in obtaining solutions to disputes, can contribute to the effective access to justice, providing significant changes in our cultural habits, as well as in the habits of the Power itself. Judiciary. Access to justice can therefore be seen as a fundamental requirement of a modern and egalitarian legal system that aims to guarantee, and not just proclaim, the rights of all.

**KEYWORDS:** Difficulties in accessing the Judiciary.

## 1 | TEMA

As dificuldades em ter acesso ao poder judiciário, sendo o acesso à justiça, são de difíceis definições, porém pode-se dizer compreendida por diversos doutrinadores, principalmente como sendo o direito do indivíduo de ingressar no judiciário, na busca dos seus mais variados direitos ou na busca da proteção de ameaças sofridas a estes, pela Assistência Judiciária Integral e Gratuita garantida pelo Estado aos necessitados, e, por fim, pela entrega rápida, satisfatória, eficaz e justa do bem tutelado, em busca da verdadeira justiça social.

O acesso à Justiça, no plano constitucional e processual, seu conceito, perpassando pelo Acesso à Justiça pela via judicial e, também, pela via dos meios alternativos de solução de conflito de interesses e, ainda, seus obstáculos que interferem em seu conceito. O acesso à Justiça como um direito. Mas, a questão que surge, inicialmente, é a de saber se, realmente, o Acesso à Justiça pode ser encontrado como um direito ou não. É o que

se passa a desenvolver em seguida, antes do enfrentamento propriamente dito direito de acesso à justiça em si.

É importante ressaltar que o acesso à justiça é um direito de todos, se tornando assim um direito fundamental que não deve ser violado.

## **1.1 Delimitação do tema**

Problemáticas como morosidade da justiça, acesso a justiça, e as possíveis soluções no que tange uma demanda de qualidade e satisfatória à pessoa com maior vulnerabilidade, econômica, emocional e falta de conhecimento para busca de direitos tutelados,

## **2 | PROBLEMA DE PESQUISA**

O acesso ao judiciário, nunca foi amplamente divulgado, apesar de ser um documento de caráter público, não existe interesse por parte da população em conhecê-la, para poder exercer seus direitos ou, até mesmo, contestá-la, já que isso é tido como trabalho dos profissionais do Direito, apenas

Conforme expresso, os obstáculos ao acesso à justiça decorrem não só de fatores econômicos, mas também graças questões abrangidas pelo meio sociais e culturais. A superação desses entraves exige uma reforma na estrutura, a fim de que se garanta a efetividade do provimento jurisdicional a todo cidadão que necessite de acesso à justiça.

Conquistar o acesso efetivo a justiça pelas classes populares exige que sejam respeitados os direitos fundamentais descritos atualmente pela Constituição Federal, pois uma vez respeitado, o acesso à justiça poderá garantir os direitos subjetivos dessas pessoas de modo efetivo, promovendo tão logo a justiça social.

### **2.1 Hipóteses**

Ideal seria, porém, que a as autoridades dos três Poderes, por iniciativa própria, se empenhassem em garantir esse acesso para poder prestar esse grande serviço à população, de forma totalmente acessível, célere e gratuitamente

## **3 | OBJETIVOS**

### **3.1 Objetivo geral**

Verificar o que dispõe a letra legal e os meios que passam ser implantados acerca do direito de acesso à justiça, a possibilidade-viabilidade do exercício pleno deste direito pelos indivíduos, detentores de direito, a problemática envolvida, as dificuldades enfrentadas, e, por fim, as possíveis soluções práticas ao problema.

## 3.2 Objetivos específicos

- Percorrer o caminho do acesso à justiça, na legislação;
- Acesso à justiça, de forma plena, a todos;
- Compreender o real significado atual do direito de acesso à justiça;
- Garantir o acesso pleno à justiça, sem nenhum tipo de discriminação.

## 4 | JUSTIFICATIVA

Considerando que a realização do trabalho é bastante oportuna e de suma importância, pois se trata de um direito de todos, mas alcançado pela pequena minoria. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

É manifesta a preocupação de vários estudiosos na questão a ser abordada nesse estudo: o problema do acesso à justiça. Pois sendo este um direito e uma garantia do cidadão, é um dever do Estado garantir a efetividade da norma. Principalmente no que diz respeito à democratização da justiça para possibilitar ao cidadão fazer-se ouvir nos tribunais, como também ter informação sobre direitos de proteção judiciária e possibilidades a assistência gratuita, presente no art. 5º, inciso LXXIV DA CF:

LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Neste contexto, observa-se que, teoricamente, o acesso à justiça está assegurado; porém, existem questões acerca da efetivação, na prática, do acesso à ordem jurídica justa. Desse modo, a presente pesquisa tem por justificativa investigar como que, na prática, os obstáculos com os quais se deparam a sociedade quando busca a defesa de seus direitos, bem como os obstáculos que a impedem de procurar a tutela jurisdicional, pois o tema é de grande importância para a efetivação da cidadania. Além de contribuir para as pesquisas já desenvolvidas a respeito do assunto, visto que este é um problema que persiste.

A partir da compreensão do real significado atual do direito de acesso à justiça, não limitado ao mero acesso ao poder judiciário, nem à simples entrega da prestação pelo judiciário, observa-se que ainda estamos longe de um acesso pleno à justiça. O poder judiciário ainda sofre grandes dificuldades na garantia do acesso pleno à justiça, principalmente no que se refere a fatores econômicos, sociais, culturais, organizacionais e processuais, que dificultam a acessibilidade da maioria da população.

Sendo este estudo de cunho sociológico, está diretamente voltado para a população carente que enfrenta dificuldades para ter acesso à justiça. Sejam dificuldades econômicas, sociais, jurídicas, o fato é que eles existem. O resultado é o acesso desigual ao sistema judiciário. Conhecer e compreender o problema facilita a busca por soluções.

## 5 I REFERENCIAL TEÓRICO OU REVISÃO DA LITERATURA

Sabendo que a pesquisa, em sua grande maioria será através de pesquisa, (empreendida a partir da pergunta, e na opinião das pessoas de baixa renda quais as maiores dificuldades encontradas em ter o acesso ao poder judiciário, e o que fazer para melhorar o acesso ao seu direito?), e do tipo exploratória, com a realização de pesquisa bibliográfica. Desta forma, o conteúdo poderá ser concretamente processado por meio dos seguintes procedimentos específicos: Seleção, leitura e fichamento dos materiais bibliográficos pertinentes à temática, impressos e digitalizados; Reflexão crítica e compreensão das premissas obtidas Desenvolvimento e exposição dos resultados encontrados.

Através deste estudo, pudemos vislumbrar a importância do acesso à justiça para a sociedade. Vimos que a expressão acesso à justiça comporta várias interpretações, porém sendo duas as mais relevantes.

A primeira significando o real acesso ao Poder Judiciário através de peticionamento, e o segundo o acesso a justa ordem jurídica de forma eficaz.

Notamos que através dos tempos, muitos entraves ao acesso à justiça já foram ultrapassados, contudo diante da constante evolução da sociedade, outros problemas foram surgindo, gerando, incontáveis debates para suas soluções.

Neste trabalho, concentramos nossas atenções à crise do acesso à justiça por conta da falta de informações jurídicas repassadas à sociedade. Percebemos que através da inexistência ou da ineficiência de informações jurídicas do direito a sociedade fica em condição totalmente dispare na busca de seus direitos.

Assim, a busca pelo acesso à justiça fica dificultada, ocasionando grandes empecilhos ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, pois a falta do conhecimento dos direitos ocasiona a não busca pelo socorro judicial para as demandas.

Pensamos que o ente estatal por ser detentor do poder de julgar, deve criar políticas públicas de acesso à informação jurídica de qualidade, ainda que de forma massificada para que os cidadãos possam ter conhecimento dos direitos que estão sendo ameaçados ou lesados.

A realidade social é o fator principal na especificação do direito de acesso á justiça. Esta realidade indica fatores políticos, sociais, culturais e econômicos que refletem, direta e indiretamente, na aplicação direito, influenciando na formação e manutenção de um quadro de diferenças e exclusões.

Existe uma geral e indiscriminada exigência no vasto mundo em que o Direito atua, a saber, que todos sejam tratados de igual maneira. A efetiva igualdade exige um nivelamento cultural, que pode ser obtido através de informações e orientações que permitem o pleno conhecimento da existência de um direito.

A Constituição Federal declara que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes

no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”,destarte, as partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário e, assim, devem gozar das mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.

Ademais, no artigo 3º da Carta Magna, temos que:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - Construir uma sociedade livre, justa e solidaria;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Desta forma, todos devem ser tratados de maneira uníssona, sendo imune de discriminações, sejam elas de natureza social, econômica ou ética, Não obstante sejam visíveis e profundas as desigualdades que evidenciam as disparidades da concentração de renda no Brasil, quanto menor o poder aquisitivo do cidadão, menor o seu conhecimento acerca de seus direitos e menor a sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial.

Em virtude desta discrepância social, grandes são as dificuldades para acessar e movimentar a justiça uma vêz que, sem condições financeiras, não é possível um esclarecimento a cerca das leis processuais vigentes no país. Estes fatores, somados à demora de tramitação dos processos, convergem a uma imperfeição no acesso à justiça.

Por outro lado, considerar-se-á que, embora o texto constitucional garanta o acesso à justiça por parte da população mais carente, a prática demonstra que não é bem assim que funciona. Na maioria das vezes, os desprovidos precisam contratar um advogado para defender seus interesses. A questão é: neste ponto pode começar outro problema.

Incontestavelmente, a advocacia é uma instituição que auxilia na justiça, sendo o advogado um profissional do direito que conhece e atua com técnica necessária para validação de vários princípios, dentre os quais o acesso à justiça.

Dessa forma, em entrevista realizada com Dr. Camilo de Lelis Silva, Juiz de Direito do Trabalho Substituto da Comarca de Frutal, ele demonstrou entender que: “O advogado será aquele instrumento de que o cidadão irá se valer para levar ao conhecimento do juiz determinado conflito. É o advogado que tem o conhecimento jurídico necessário para instruir o cidadão se aquele que está resistindo sua pretensão também tem razões jurídicas, se a lide é necessária, e também quais os fundamentos jurídicos que podem amparar sua pretensão. É ele que terá o primeiro contato com as partes e quem irá transformar as razões das partes em argumentos jurídicos, seja através da petição inicial, seja através da contestação. Ele pode e deve orientar o cidadão quanto a eventuais direitos que este possuía e não conhecia, quanto a procedimentos, seja para iniciar uma ação judicial ou

para fazer requerimentos administrativos. Enfim, é o advogado quem irá defender aqueles direitos que o cidadão julga-se possuidor.”

Um dos principais entraves (não jurídico), e o que mais prejudica o acesso à justiça, é a pobreza, haja vista que a maioria da população não dispõe de recursos financeiros para custear os gastos de uma demanda judicial, a qual é cara. Se não bastasse, conforme expõe Horácio Wanderlei Rodrigues (2008, p. 251), a dificuldade do acesso à justiça ainda é agravada pelo “fato do princípio constitucional da igualdade ser aplicado diretamente entre as partes em sua leitura meramente formal, não se levando em conta as diferenças sociais, econômicas e culturais existentes”. Ou seja, se não existir a igualdade material, de nada adianta essa preocupação com a igualdade formal, a qual dificilmente possibilitará uma decisão verdadeiramente justa.

Todavia, considerando as entrevistas realizadas com operadores do direito e pessoas ligadas ao Judiciário, constata-se, conforme exposto anteriormente, que a igualdade material é apenas utópica, porque é uma raridade o suprimento total dessa diferença entre as partes.

Desse modo, a desigualdade sócio-econômica acaba dificultando o acesso à justiça, pois grande parte da população não possui recursos financeiros suficientes para arcar com as despesas oriundas da demanda jurisdicional. Por outro lado, por mais que haja esse acesso, nota-se que “a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba por colocar o sujeito mais pobre em situação de desvantagem no desenvolvimento do processo” (RODRIGUES, 2008, p. 252).

Nessa mesma linha de raciocínio, expõem Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 21):

“Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente.”

### **Custas Processuais**

O acesso a justiça não é negado apenas em virtude do problema da morosidade. Outro empecilho apontado por Cappelletti e Garth e perceptíveis na realidade de nosso país é o alto custo que se tem para manter um processo. Os cidadãos mais pobres são quem mais sofre com esse ônus. Um processo gera gastos de diversas naturezas, seja em virtude dos altos valores cobrados pelos advogados, ou mesmo, em virtude de pagamento de custas, isso sem falar no problema dos recursos, que por seus custos torna o Estado Democrático de Direito novamente um Estado Liberal. Segundo Mauro Cappelletti muitas vezes o acesso à justiça é tão dispendioso que os custos do processo não compensam o

valor da causa pleiteado.

Os cidadãos mais ricos superam com menor dificuldade o custo tão alto exigido para ter um acesso à justiça de forma justa, efetiva e ágil. Nesse sentido vejamos a postura de Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

Essas pessoas têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mão de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa. (CAPPELLETI, 1899, P.21).

Segundo Silva em seu livro (2006, pag. 132), ao se referir ao art. 5º, inciso XXXV da CF, ao comentar o Princípio da Proteção Judiciária, ressalta que este constitui a principal garantia dos direitos subjetivos. Assegurando ainda a importância desse direito, disse:

É preciso acrescentar, ainda que o direito de acesso à justiça, consubstanciado no dispositivo em comentário, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa. Não fora assim aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo.

No mesmo artigo da CF, no inciso LXXIV, vemos:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Silva (2006, p. 173) explica que esta cláusula contém uma imposição constitucional, isto é, o Estado tem a obrigação de realizar a prestação determinada na norma e que a CF atribui às Defensorias Públicas a tarefa de orientação jurídica e de defesa aos necessitados. É a assistência jurídica integral e gratuita, a saber:

A Constituição nesse caso, não quer que apenas se preste atenção judiciária que muitas vezes, se torna ineficaz. Exige mais do que isso, porque quer que o portador de insuficiência de recursos seja assistido em todas as questões jurídicas que requeiram uma orientação técnica por meio de advogado. Trata-se de um direito fundamental do cidadão desprovido de meios para que possa ele auferir outro direito fundamental - qual seja, o acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º).

Outro autor que aborda o direito fundamental do acesso à justiça é Rocha (2009, p.56):

O direito fundamental de assistência judiciária, constata-se que está visceralmente ligado ao direito de igualdade de acesso a justiça, sem o que não se pode falar em democracia (...).

O mesmo autor ainda trata dos obstáculos para a implantação do tipo de modelo previsto na Constituição na sua plenitude. Como um dos obstáculos, ele observa que o Estado investe mais nas instituições que defendem seus interesses do que naquela que tenta defender a maior parcela da sociedade. Citando o Estado da Paraíba como exemplo, segundo dados do Ministério da Justiça, comparou que para cada R\$ 1,00 investido na Defensoria, corresponde a R\$ 334,00 no Poder Judiciário local. Acrescentou ainda que

em média a participação das Defensorias Públicas Estaduais na execução orçamentárias das Unidades da Federação, dentro do sistema justiça, está em 3,33%, enquanto que o Ministério Público tem 25,37% e o Poder 6 Judiciário 71,30%. Consta-se, com esses dados, o descompasso que é objeto do presente projeto de pesquisa

Cappelletti coloca como etapa no acesso efetivo à justiça assegurar assistência jurídica e a superação de obstáculos. Foi com base nesse discernimento que surgiram os primeiros movimentos favoráveis à prestação jurisdicional gratuita aos menos abastados.

Sabe-se que quando o cidadão inicia uma ação no Poder Judiciário, sente-se como quem não teve efetivo acesso à justiça, trazendo à tona a ideia de que a justiça somente existe para aqueles que podem pagar por ela. Ou pior, quando o jurisdicionado tem uma simbologia do Poder Judiciário que o impede de procurar ajuda na defesa de seus direitos. Para Ihering (2003), ao analisar a finalidade do Direito, assinala:

O fim do direito é a paz, o meio de que serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo – ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos.

No entanto, não se entra numa luta sem armas, e é assim que o cidadão menos abastado se encontra.

### **Carência Financeira**

Para José Cichocki Neto (1999, p. 111), a maior dificuldade enfrentada para o exercício do pleno acesso à justiça, é o óbice econômico-financeiro:

O problema, em princípio, foge, inclusive, aos limites de atuação do Judiciário: condições econômicas da população dependem de inúmeros outros fatores, principalmente relacionados à política econômica, à distribuição de renda e à riqueza da nação. Contudo, não se pode admitir que uma Nação, em que a maior parte da população é carente de recursos, institua ou mantenha um sistema de acesso à justiça para minoria de usuários mais afortunados.

Ainda, para o mesmo autor, mesmo que suprida a deficiência no ingresso em juízo, pela prestação da Assistência Judiciária Gratuita pelo Estado, outras dificuldades econômicas enfrentará o necessitado no decorrer do processo, posto que, apesar de isento do pagamento de emolumentos, custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, outros inúmeros atos demandam despesas inadiáveis. São exemplos, contratação de advogado particular, realização de perícias mais complexas, algumas diligências do Oficial de Justiça não arcadas pelo Estado, honorários periciais, remoção de bens, guarda ou depósito de produtos especiais, entre outras, que não podem ser custeadas pelo serventário, encarregado da diligência. (CICHOCKI, 1999, p. 117)

A Constituição Federal/88, alterou seu conceito, a fim de abranger o patrocínio gratuito aos necessitados, garantir a dispensa de pagamento de custas processuais, bem como instituiu a Defensoria Pública como órgão essencial à função jurisdicional do Estado,

incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus de jurisdição, aos que comprovem hipossuficiência financeira. (BRASIL, 1988)

No entanto, a precariedade desta instituição pela falta de proporção entre necessitados e servidores, bem como por haver, ainda, muitos estados e municípios que sequer possuem este serviço instalado, são fatores que excluem muitos indivíduos do acesso à justiça.

Há uma grande discussão em torno da Assistência Judiciária Gratuita (AJG), a Constituição Federal, em seu artigo 5, inciso LXXIV, ordena que o Estado deva prestar assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem ser carentes de recursos. Porém, a devida assistência não está sendo exercida como realmente deveria estar, não se consegue assegurar a todos um representante legal para realizar os procedimentos necessários para a defesa dos direitos em litígio.

Para Moraes e Spengler (2008, p. 32 apud. WILLANI, p. 185-186):

Diante desta realidade, os hipossuficientes financeiros, que muitas vezes sequer possuem condições de manter seu próprio sustento, ficam cada vez mais distantes do acesso à justiça, traduzido neste caso, como o acesso ao poder Judiciário.

Convém lembrar que, com o passar dos anos, surgiram algumas formas de superação da dificuldade econômica da população em busca do acesso à justiça. Em 1950, foi criada a Lei 1060, conhecida como a Lei da Assistência Judiciária, por meio da qual, restou garantido o acesso ao judiciário a todos os indivíduos, mediante a “assistência judiciária gratuita aos pobres”

## REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito. São Paulo: Saraiva.

<https://blog.even3.com.br/metodologia-cientifica-como-fazer/>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

CICHOCKI NETO, José. Limitações ao **acesso à justiça**. / José Cichocki Neto. / 1ª ed., 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 2, p. 504

WILLANI, Sheila Marione Uhlmann. **O acesso à justiça e a crise no sistema jurisdicional: a mediação como alternativa de tratamento/solução para os conflitos familiares**. O novo no direito / organizadores Mauro Gaglietti, Thaise Nara Graziottin Costa, Aline Casagrande. - Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. - 576 p. - (Coleção direito, política e cidadania ; 33)

## POR UMA TERCEIRA VIA REFORÇADA A PARTIR DE UM PODER LEGISLATIVO FORTE E ÉTICO

Data de aceite: 01/09/2022

**Arsénio Paulo**

Doutorando em Estudos de Desenvolvimento  
Programa de Doutoramento em Estudos de  
Desenvolvimento, Universidade A Politécnica  
Maputo – Moçambique

**RESUMO:** O presente artigo tem por objectivo apresentar uma contribuição ao ensaio filosófico “**Manifesto por uma Terceira Via**”, de Severino Ngoenha e Jose Castiano, o qual apresenta uma proposta para (re)pensar Moçambique, tendo em conta a situação no qual se encontra o país. Neste contexto, para além das propostas apresentadas [na “Terceira via”] por Ngoenha e Castiano, defende-se a ideia segundo a qual é fundamental estabelecer um Poder Legislativo forte e ético. através da definição das funções, competências e mecanismos de sua acção [respeitando o princípio de separação de poderes] por um lado e por outro, através do estabelecimento dos critérios sobre como escolher aqueles que devem compor e melhor representar a colectividade [no Poder Legislativo]. Conforme aponta Locke o Poder Legislativo é dos mais supremos poderes da República e como tal a sua acção é de capital importância, inclusive para o bom funcionamento dos restantes poderes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Legislativo, República, Governação, Desenvolvimento.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo intitulado “*Por uma Terceira Via reforçada a partir de um Poder Legislativo Forte e Ético*” tem por objectivo apresentar uma contribuição ao ensaio filosófico de Ngoenha e Castiano (2019), o “**Manifesto por uma Terceira Via**”, que constitui uma proposta para (re)pensar Moçambique e buscar alternativas para a situação na qual se encontra, caracterizada fundamentalmente por um espectro de desolação e de dissolução.

Conforme apontam Ngoenha e Castiano [no epílogo da obra], o “**Manifesto por uma Terceira Via**” não se pretende que esta seja única e nem acabada; e a mesma [obra] não é uma proposta de profetas, nem de futurólogos que sabem exactamente do que o nosso futuro será feito, mas sim, uma modesta proposta de pessoas preocupadas com o viver-presente e sobretudo o futuro, para além de pessoas preocupadas em contribuir para melhor “viver-juntos”, mas, com a consciência de que só a contribuição de todos pode tirar Moçambique da turbulência em que se encontra a viver há séculos e a partir daí projectar um futuro de esperança.

Ngoenha e Castiano (2019) sublinham que a “Terceira via” é uma proposta de reflexão, humilde, de contribuição filosófica que necessita de ser enriquecida e desafiada com propostas melhores, mais consistentes e pertinentes em

prol de um Moçambique de paz, integrador, reconciliado e projectado a um futuro em que todos tenham espaço e palavra. É através desta “deixa” [a oportunidade de abrir espaço para o enriquecimento da “Terceira via”] que se pretende através deste humilde artigo “enriquecer” a proposta de Ngoenha e Castiano, o “Manifesto por uma Terceira Via”, trazendo mais um elemento que se vislumbra como chave para a “República” que se pretende ter, onde os valores da justiça e liberdades possam continuar a ser exaltados.

Não há dúvidas de que a proposta ora apresentada [“Terceira via”] vislumbra-se como fundamental, não apenas como mecanismo para resgatar a justiça social e as liberdades herdadas da Primeira e Segunda via, mas acima de tudo, como mecanismos para resgatar os valores que visam contribuir para reforçar os valores da unidade, do trabalho, da vigilância, entre outros, fundamentais para o alcance do desenvolvimento de Moçambique.

Todavia, para que a “Terceira via” alcance o verdadeiro desiderato é fundamental que se estabeleça [também] mecanismos capazes de garantir uma melhor representação dos mais nobres interesses de toda a colectividade, bem como, garantir a respectiva fiscalização desses interesses, o Poder Legislativo.

Os Poderes Legislativos, desde a sua génese, foram estabelecidos como sendo as únicas instituições imbuídas de um mandato constitucional capaz de escrutinar e fiscalizar a acção do Poder Executivo e outros “poderes” numa determinada “Republica”. Ademais, estes, são tidos como sendo os únicos actores [numa determinada “Republica”] sobre os quais recai o mandato político do público / povo / colectividade para os representar e garantir o controlo dos limites estabelecidos na República, bem como da acção do Poder Executivo.

Neste sentido, não se pode pensar numa “Terceira Via” sem pensar no reforço do “Poder Legislativo”, o qual, se devidamente estabelecido e representado pode constituir um elemento fundamental, não apenas para garantir o “*check and balance*”, mas acima de tudo para se tornar-se no “guardião” dos valores da liberdade e da justiça social que se pretende resgatar para uma “Terceira Republica”.

Contudo, a questão que se pode colocar é como garantir que o Poder Legislativo para a “Terceira via” se torne de facto no guardião dos valores da liberdade e justiça social. Uma resposta antecipada que se pode colocar é a de que o Poder Legislativo para a “Terceira via” deve ser forte e imbuído de valores éticos [na forma de estar e ser enquanto instituição, bem como, por parte dos seus representantes]. Ou seja, o Poder Legislativos, deve ser actuante e composto por representantes devidamente escolhidos e capazes de representar o interesse publico, ou ainda capazes de agir em estrita “defesa” do maioríssimo interesse de toda a colectividade, aquém representam e sobre os quais receberam o mandato, “poder” de os representar.

## O MANIFESTO POR UMA TERCEIRA VIA PROPOSTA DE NGOENHA E CASTIANO

O “Manifesto por uma Terceira Via” de Ngoenha e Castiano é um ensaio filosófico apresentado sob forma de uma proposta de reflexão sobre Moçambique.

No “Manifesto por uma Terceira Via”, Ngoenha e Castiano procuram apresentar uma proposta face a situação sobre a qual se encontra a “segunda República” [de Moçambique], caracterizado por um estado de desolação e dissolução, manifestada por situações de injustiça social, ausência, falta de objectivos claros, ausência de um projecto político capaz de nortear e encaminhar a “segunda República”. Ou seja, conforme sublinham Ngoenha e Castiano (2019), há uma ausência de unidade para projectos colectivos, o que contribuiu para faze-se nascer e crescer rapidamente um “monadológico”, isto é, o “individuo-cabrito” que começou a prevalecer sobre os valores colectivos.

Neste contexto, a “Terceira Via” surge como uma proposta que visa contribuir para o resgate dos elementos fundamentais trazidos pela “Primeira Via” [ou República] e os elementos positivos da “Segunda Via” que se resumem fundamentalmente na busca da justiça social [da Primeira Via] e na busca das liberdades políticas e económicas [da Segunda Via].

Ngoenha e Castiano (2019), consideram que, até então, Moçambique, teve a oportunidade de vivenciar duas Repúblicas [“Vias”], nomeadamente: a primeira República implantada logo após a independência nacional [em 1975] e a segunda República implantada a partir da adopção do multipartidarismo e da abertura a economia verificada com a aprovação de uma nova Constituição [em 1990].

A primeira República, os autores, caracterizam-na como tendo sido vivenciada com senso de justiça social, no qual existia a distribuição equitativa junto da sociedade, de messianismo político e por uma imposição ideológica. Nesta República [a primeira], Samora Machel proclamou-a como sendo socialista. Todavia, a primeira República, é considerada como tendo sido de poucas liberdades.

A segunda República, por seu turno, conforme apontam Ngoenha e Castiano, é caracterizada por uma maior liberdade, uma maior abertura política, um incremento da tolerância e um maior diálogo. Todavia, nesta segunda República, sente-se a ausência da justiça social entre outros valores que já tinham sido conquistados na primeira República.

Esta situação, de ausência de justiça social, tem sido, conforme apontam Ngoenha e Castiano, um dos elementos cruciais que tem contribuído para a manifestação do sentimento de frustração por parte da sociedade.

Neste contexto, Ngoenha e Castiano, propõem uma nova via [a Terceira], que serviria como uma forma de responder as frustrações sentidas pela sociedade, a partir do resgate dos valores fundamentais e que caracterizam a primeira e a segunda via.

Neste sentido, a proposta de uma “Terceira via”, segundo Ngoenha e Castiano, seria

uma proposta alicerçada na historicidade, na organização e estruturação do Estado, no qual se procuraria reconciliar os valores que visam a liberdade e a justiça social, elementos considerados [até então] fundamentais na fundação de um Estado. Para tal, apontam os mesmos autores, a reconciliação é a condição primordial para o alcance de tal desiderato. Uma discussão aberta e o estabelecimento / definição de um rumo a tomar [por via de um *contrato social*] pode constituir a via do processo de reconciliação.

A “Terceira via”, enquanto proposta de Ngoenha e Castiano, é inspirada num conjunto de valores, muitos dos quais já vividos durante a primeira República, a destacar: o sentido comunitário, a solidariedade, a unidade e o trabalho. Portanto, a proposta da “Terceira via” constitui-se como sendo um resgate dos valores supremos de um Estado de Direito.

É neste sentido que, Ngoenha e Castiano, consideram fundamental, por via da “Terceira via”, estabelecer e/ou (re)estabelecer instituições fortes e capazes de criar leis justas e fazê-las respeitar. O seu (re)estabelecimento deve ter em conta o “princípio da separação de poderes” (Montesquieu). Ngoenha e Castiano, consideram ainda, como sendo fundamental, a necessidade melhor escolher os Homens que deverão fazer parte dessas instituições [para governar] cujo perfil deve ser baseado nos valores de integridade, sentido ético e responsabilidade.

Contudo, Ngoenha e Castiano buscam em Eduardo Mondlane, o perfil de liderança que se afigura como sendo chave para a “Terceira via”. Em Eduardo Mondlane, Ngoenha e Castiano, encontram o pragmatismo, a intelectualidade e o sentido aglutinador como característica chave e essenciais para garantir uma boa liderança de uma República. O reconhecimento atribuído as características de liderança de Mondlane, são também corroboradas por Macamo (2021). Para Macamo (2021), Mondlane era um líder nato, com autoridade e a capacidade ler os problemas, analisá-los e apresentar soluções.

## **O PODER LEGISLATIVO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DA “REPUBLICA”**

Conforme tem-se referido, a “Terceira via” proposta Ngoenha e Castiano constituem uma proposta fundamental para “sair” da actual situação em que Moçambique se encontra. Todavia, apesar do reconhecimento da necessidade da “Terceira via”, é fundamental reforçá-la através de um Poder Legislativo forte e ético.

As discussões em torno das funções do Poder Legislativo enquanto parte dos poderes do Estado, remontam desde a antiguidade. Entre os vários filósofos e pensadores que trouxeram tais discussões destacam-se: Aristóteles, Locke, Montesquieu, Políbio, entre outros. Todavia, é a Montesquieu que se atribui o “mérito” de ter trazido a abordagem em torno dos poderes no contexto do Estado Moderno, particularmente no que se refere ao estabelecimento de funções distintas e separadas entre os poderes, a teoria da separação dos poderes [executivo, legislativo e judicial]. Portanto, as contribuições de Montesquieu, trouxeram pela primeira vez, de forma translúcida, a definição das funções do Estado a

partir de órgãos distintos e autônomos.

É neste contexto, que se pretende analisar de forma evolutiva a contribuição do Poder Legislativo, enquanto elemento fundamental de uma República / sociedade política, a partir da perspectiva de três (3) dos vários filósofos nomeadamente: Aristóteles, Locke e Montesquieu.

Aristóteles, na sua obra “**Tratado da Política**”, aborda sobre a filosofia do Estado, procurando discutir sobre as origens do Estado ou sociedade política, o poder do Estado, as principais funções e poderes do Estado, bem como, as formas de governo. Em sua obra, Aristóteles, lança as bases para aquilo que hoje é considerado como sendo o direito constitucional.

Relativamente aos Poderes do Estado, Aristóteles considerava que em qualquer governo existem três (3) poderes essenciais, a cada um dos quais um bom legislador deve dar um lugar conveniente. Para Aristóteles, quando os três poderes se encontram bem ordenados o governo vai necessariamente bem e das suas diferenças resultam também as diferenças do governo. Neste sentido, para Aristóteles são poderes essenciais do governo: o poder deliberativo, o poder executivo e o poder judiciário.

Para Aristóteles o poder executivo [considerado o segundo poder] seria aquele que compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, ou seja, aqueles que o Estado tem necessidades para agir, as suas atribuições e a maneira de as realizar. E o poder judiciário [considerado o terceiro poder], seria aquele que abrange todas as tarefas jurisdicionais.

No que se refere ao poder deliberativo [considerado primeiro poder] é para Aristóteles, aquele que deliberava a vida do Estado. Este poder é exercido por uma Assembleia que tem por competência decidir sobre a paz e a guerra, fazer alianças e denunciá-las, fazer leis e revogá-las, decretar a pena de morte, o desterro e confisco, assim como, pedir contas aos magistrados. Segundo Aristóteles, estas deliberações [exercidas pelo Poder Deliberativo] são necessariamente da competência dos cidadãos e/ou atribuídas todas a alguns encarregados, quer a um só, quer a vários, quer ainda umas a alguns, ou algumas a todos, ou algumas a alguns. Neste sentido, sublinha Aristóteles, quando todos são admitidos à deliberação e de todas as formas há democracia. Todavia, sublinha Aristóteles, existem várias formas [tendo em conta as formas do governo] sobre as quais o Poder Deliberativo exerce a sua função.

A partir da abordagem de Aristóteles pode-se notar que o Poder de Deliberar dentro de uma República exerce uma função de capital importância e sobre ele [Poder Deliberativo] recaem as decisões fundamentais da República. O Poder Deliberativo constitui-se como chave para o pleno funcionamento da República, bem como, para garantir a organização, funcionamento e articulação dos demais poderes.

Na obra “**Dois Tratados sobre o Governo**”, de Locke, são abordadas as questões relativas a organização e funcionamento do Estado, com particular destaque para as

questões atinentes a separação de poderes, bem como, a ideia da existência do *contrato social* entre governantes e governados.

Locke, é considerado um dos primeiros e mais eficazes defensores da liberdade dos cidadãos, do estado democrático e da tolerância religiosa. Locke, tal como Aristóteles considera que numa República / sociedade política, estão estabelecidos três (3) principais poderes nomeadamente: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Federativo.

Para Locke, o Poder Executivo [considerado como sendo o segundo poder] é o “poder permanente” que cuida da execução das leis que são elaboradas e que permanecem vigentes.

Por seu turno, o Poder Federativo [considerado como sendo o terceiro poder], é, segundo Locke, aquele que exerce o poder de declaração de guerra e paz, de firmar ligas e promover alianças e de garantir todas as transações com todas as pessoas e sociedades políticas externas.

Todavia, sublinha Locke, ambos os poderes [Executivo e Federativo] apesar de distintos entre si, quase sempre estão unidos. Ademais, apesar de distintos, ambos [os poderes] dificilmente podem ser separados e depositados ao mesmo tempo em mãos de pessoas diferentes e não subordinadas, na medida em que a força do público poderia estar em comandos diferentes, o que poderia contribuir para causar desordem e ruína da República / sociedade política.

No que se refere ao Poder Legislativo, Locke considera-o como sendo o poder supremo e fundamental de todas as sociedades políticas [Estado]. O Poder Legislativo, aponta Locke, é aquele que tem o poder de fixar diretrizes de como a força da sociedade política será empregue para preservar a si e aos seus membros. Este, é um poder sagrado e inalterável nas mãos sobre os quais a comunidade tenha depositado. Ademais, sublinha Locke, toda a obediência a que alguém pode estar sujeito pelos vínculos mais solenes, terminam no poder supremo, que é o Poder Legislativo.

Neste sentido, não pode, segundo Locke, qualquer outro poder, dispensar os membros de uma determinada sociedade da obediência ao Poder Legislativo.

Contudo, Locke sublinha que, o Poder Legislativo [poder supremo] pode ser atribuído a uma pessoa ou a um conjunto de pessoas. Este poder, deve focar-se de entre várias funções no seguinte: limitar a sua acção ao interesse do bem público da sociedade; não se arrogar ao poder de governar por meio de decretos arbitrários e extemporâneos, porém é obrigado a decidir sobre os direitos da sociedade através de leis promulgadas e através das pessoas devidamente autorizadas [sobre quem a sociedade concedeu o poder para as representar]; não tomar de nenhum homem / sociedade nenhuma parte da sua propriedade, sem o seu consentimento, ou seja, não pode, em qualquer que seja a sociedade política / Estado agir como bem entenda e dispor arbitrariamente dos haveres dos seus súbditos ou tomar qualquer parte destes ao seu bel-prazer; não transferir o poder de elaborar leis para outras mãos, na medida em que este é um poder delegado pelo povo

e aqueles que o detêm não podem transmiti-lo a outros sem a autorização do próprio povo; ou seja, somente o povo tem o poder de designar a forma da sociedade política, que se dá através da constituição do legislativo e indicar em que mãos será depositado.

Por seu turno, Montesquieu, na sua obra *“Do Espírito das Leis”*, considerada uma das mais importantes e reconhecida obra de filosofia política do séc. XVIII, apresenta uma reflexão filosófica na qual discorre sobre diversos assuntos que vão desde a religião a política, passando pela história e economia.

É através desta obra que Montesquieu apresenta a sua reflexão em torno das formas de governo, bem como, sobre os poderes de um Estado / Governo, particularmente, no que se refere a necessidade da separação entre os três (3) principais poderes, nomeadamente: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

O pensamento de Montesquieu, apresentado através da sua obra representou uma abordagem nova relativamente a necessidade de equilíbrio entre os diversos poderes, tendo influenciado as sociedades políticas a partir do século XVIII.

Neste contexto, para Montesquieu, em cada Estado existem três (3) tipos de poderes, nomeadamente: o Poder Legislativo, o Poder Executor das coisas que dependem do direito dos povos [Executivo] e o Poder Executor dos que dependem do direito civil [Julgar].

Para Montesquieu, o Poder Legislativo refere-se ao poder através do qual o Príncipe ou o Magistrado elabora as leis por um tempo determinado ou para sempre e / ou corrige ou revoga as leis anteriormente elaboradas. O Poder Executor seria aquele que faz parte da guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança e previne evasões.

E o Poder de Julgar é aquele que pune os crimes ou julga os diferendos dos particulares.

Montesquieu, faz uma distinção em relação a necessidade de independência de cada um dos poderes em relação ao outro. É fundamental referir que, Montesquieu foi um dos grandes defensores da liberdade. E neste contexto considerava que a liberdade política num cidadão era a tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem da sua segurança; e para ter tal liberdade, era fundamental que o governo fosse tal a ponto de o cidadão não recear de um outro cidadão. Ou seja, para Montesquieu, o governo é um elemento fundamental na garantia dos limites e por essa via das liberdades de cada um dos cidadãos.

Nestes termos, Montesquieu considera que quando o Poder Legislativo está reunido juntamente com o Poder Executor, não há liberdades, porque se pode recear que o mesmo monarca ou o mesmo senado elabore leis tirânicas para executar tiranicamente. Não há liberdades também, segundo Montesquieu, se o Poder de Julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Poder Executor.

Portanto, sublinha Montesquieu, estaria tudo perdido se o mesmo Homem ou Povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou diferendos particulares. Daí a necessidade da separação entre os três

poderes, ou seja, não os concentrar na mesma ou mesmas pessoas.

É fundamental sublinhar, conforme aponta Montesquieu que num Estado livre, o Poder Legislativo assume uma importância crucial. E nesta perspectiva, Montesquieu considera que, apesar do Homem ter uma alma livre e poder ser governado por si mesmo, não seria possível que tal acontecesse num Estado dado a vários inconvenientes. Deste modo, o Homem / o Povo deve escolher [de entre eles] aqueles que o devem os representar, como membros do corpo Legislativo.

Para Montesquieu, a grande vantagem desse exercício de escolha, é o facto de poder-se escolher Homens [provenientes do Povo] capazes de discutir os assuntos inerentes a vida do Povo, pois o Povo, não tem de todo essa capacidade, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia. Montesquieu sublinha ainda que o corpo de representantes [que irá compor o Poder Legislativo] deve estar focado na elaboração de leis, por um lado e por outro, na verificação do grau do cumprimento da execução de tais leis.

Portanto, a partir da abordagem de Montesquieu relativamente aos três poderes essenciais de uma República, fica claro que deve haver uma independência entre os poderes e que cada um exerce a sua função. Ademais, tal independência contribui para garantir um equilíbrio ou contrabalançar os poderes na República.

Contudo, a partir das abordagens de Aristóteles, Locke e Montesquieu pode se concluir que o Poder Legislativo assume uma função vital e crucial numa República. O Poder Legislativo constitui um dos mais importantes poderes na medida em que exerce a função não apenas de legislar sobre os assuntos da vida do povo [da República] como também pelo facto de recair sobre este a função de controlar a execução das leis aprovadas. Ademais, o Poder Legislativo assume-se também como sendo de grande importância pelo facto de este ser constituído a partir dos representantes escolhidos [pelo povo / homens] de entre vários membros que provêm da sociedade. Porém, estes, conforme aponta Montesquieu, devem ter a capacidade de melhor discutir sobre os assuntos inerentes a vida do povo / da colectividade.

## **REFORÇAR A TERCEIRA VIA COM UM PODER LEGISLATIVO FORTE E ETICO**

Em o **“Manifesto por uma Terceira via”** Ngoenha e Castiano (2019), propõem um conjunto de alternativas alicerçadas na historicidade, na organização e na estruturação do Estado.

Neste contexto, Ngoenha e Castiano (2019), consideram que o apelo do presente “Manifesto” pretende buscar fundamentalmente os elementos positivos quer da primeira via, assim como, da segunda via e convocá-los como alicerces para a construção da “Terceira via”. Ou seja, por um lado, a partir da primeira via busca-se resgatar os valores da justiça social, da unidade, do trabalho e da vigilância, sem descurar dos supostos inimigos

externos e internos, por pensar diferente. E por outro, da segunda via, buscam-se os valores da liberdade [política e económica].

Portanto, e conforme apontam Ngoenha e Castiano (2019), o desafio da “Terceira via” é a recuperação dos objectivos da busca da justiça social [da primeira via], da separação de poderes [da segunda], incrementando o que não se conseguiu fazer até então com a independência dos poderes, a sua fortificação, a criação de leis justas para que os cidadãos possam reconhecer nas instituições moçambicanas estruturas que permitam e garantam a justiça para todos.

Ainda como parte do desafio da proposta da “Terceira via”, Ngoenha e Castiano (2019) sublinham a necessidade de reconciliação com a história [e entre os moçambicanos], bem como, a reestruturação das instituições para que sejam garantes de uma justiça efectiva para todos.

Neste sentido, para Ngoenha e Castiano (2019), o estabelecimento de instituições transparentes, fortes e justas e compostas por indivíduos conscientes das suas funções constituem os pressupostos necessários e indispensáveis para que um povo se possa auto governar, ser governado e se reconhecer na governação que delega por mérito a poucos. É neste âmbito que se vislumbra fundamental a necessidade de (re)pensar também sobre a necessidade de se reforçar a “Terceira via” a partir do estabelecimento de um “Poder Legislativo” forte e ético, na medida em que este poderá representar melhor os interesses de toda a colectividade [ou da maioria da sociedade] por um lado e por outro, poder-se-á constituir como o garante dos valores que buscam o alcance das liberdades e da justiça social, os quais constituem os principais desafios para a “Terceira via”.

Tal como apontam Aristóteles, Locke e Montesquieu, o Poder Legislativo é chave no processo de governação da República. O Poder Legislativo é “o poder supremo” (Locke) que define os limites capazes de garantir as liberdades individuais e colectivas, bem como, a elaboração de leis sobre os assuntos que dizem respeito a vida da sociedade e garante a respectiva verificação da sua aplicação.

No entanto, Aristóteles, Locke e Montesquieu consideram ser necessário que o Poder Legislativo seja composto por destacados Homens / cidadãos, escolhidos de entre os seus membros [colectividade] e que apresentem um perfil que aponte para: conhecimentos sobre os assuntos do povo / sociedade, capacidade de discutir os assuntos (Montesquieu), responsáveis e conscientes das suas funções e com espírito ético e com interesse na defesa do bem comum [que constitui uma das principais competências do Poder Legislativo, enquanto, poder supremo].

De notar que recentemente, em Moçambique, aquando da última sessão da Legislatura, em 2021 [do Poder Legislativo, a Assembleia da República], foi reportado<sup>1</sup> o seu desempenho. Tal reporte indicava que Poder Legislativo, no que se refere a produção de leis, aprovou cerca de 70 iniciativas de leis, das quais apenas duas (2) teriam sido por

1 <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=j5SppLvJxnc>

iniciativa do próprio Poder Legislativo.

As restantes iniciativas foram propostas pelo Poder Executivo [Governo]. Este exemplo, ilustra de forma clara e preliminar, alguma fraqueza em relação a capacidade do Poder Legislativo em exercer uma das suas mais nobres e fundamentais funções, a de elaborar leis sobre os assuntos da vida povo. Ainda no que se refere a capacidade do Poder Legislativo, estudos regulares realizados por entidades internacionais<sup>2</sup>, tem demonstrado também a fraqueza que existe ao nível do Poder Legislativo, no que se refere ao exercício das funções de escrutínio e fiscalização. Neste contexto, tais fraquezas têm sido justificadas, por um lado, pela fraca capacidade dos membros que compõem o Poder Legislativo, assim como, as limitações legais “impostas” que de certa forma impedem a sua plena actuação e por outro lado, pela fraca capacidade dos seus técnicos que prestam apoio e assessoria técnico a esta instituição. Esta fraqueza do Poder Legislativo, quer em termos de produção legislativa, assim como, em relação a função de escrutínio e fiscalização, tem sido também utilizada como principal móbil que justifica os recentes acontecimentos em torno das “dívidas não declaradas” / “dívidas ocultas” contraídas pelo Poder Executivo, na medida em que é ao Poder Legislativo sobre o qual recaí as funções de escrutínio e fiscalização dos recursos públicos, porém, este não teria tido a capacidade de identificar tal situação e chamar a responsabilidade do Poder Executivo em relação a mesma situação.

Ademais, tem sido frequente e recorrente a demonstração de situações de incapacidade do Poder Legislativo, no que tange, ao escrutínio e fiscalização de diversas leis e políticas públicas, assim como, das contas públicas. Assim, vezes sem conta, tem se observado, de certa forma, uma actuação mais visível por parte das organizações da sociedade civil, em “funções” que de certa forma cabem dentro do escopo do Poder Legislativo, ou seja, exercendo papeis e “funções” sobre as quais se esperavam que fossem exercidas pelo Poder Legislativo.

Ainda no que tange a necessidade de um Poder Legislativo forte e ético, Ngoenha (2021), num dos seus mais recentes artigos intitulados **“Do Annus Horribilis (2021) ao Annus Mirabilis (2022)?”** apresentou quatro importantes teses que devem constituir-se como desafios para o ano 2022.

Destas teses, a terceira tese / desafio apresentada por Ngoenha (2021), tem como enfoque a necessidade de reforço do Poder Legislativo, ou seja, a necessidade de fortificar as instituições e o espírito democrático em Moçambique. E isso, aponta Ngoenha (2021), passa por rever / discutir em torno de quem deve representar o Povo no órgão Legislativo, por um lado e por outro, como devem ser eleitos os representantes do povo.

Portanto, para Ngoenha (2021) há uma necessidade de reformar o estatuto dos representantes do povo no órgão Legislativo, de modo que estes saibam que devem regularmente manter contacto e prestar contas a aqueles que os elegeram e lhes deram a

---

2 PEFA – Public Expenditure Financial Accountability (<https://www.pefa.org/>);= ; Índice do Orçamento Aberto (<https://www.internationalbudget.org/open-budget-survey>)

responsabilidade de defesa a nível nacional dos seus interesses locais. Ademais, sublinha Ngoenha (2021), mais do que os interesses de cada partido representado no órgão Legislativo, é fundamental vigorar o espírito de interesse na unidade nacional e do dever de cada um contribuir para o progresso do país. Dai o Poder Legislativo, conforme aponta Locke, ser o poder supremo e fundamental de todas as sociedades políticas [Estado] e é sobre ele que recai as competências de fixar as diretrizes de como a força da sociedade política deve ser empregue para preservar a si e aos seus membros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A obra o *“Manifesto por uma Terceira via”* de Ngoenha e Castiano (2019) constitui uma importante contribuição para o resgate dos valores que possam contribuir para o alcance da justiça social e as liberdades, fundamentais para o desenvolvimento económico e social do país.

Contudo, tendo em conta as várias épocas, os vários filósofos e pensadores em torno das questões atinentes as funções do Estado e seus Poderes, todos são unânimes em considerar o Poder Legislativo como tendo uma importância crucial para garantir, não apenas o equilíbrio de poderes, como também para garantir o alcance do bem comum.

É sobre o Poder Legislativo que recaem as funções de “deliberar sobre a vida do Estado” (Aristóteles) e este assume-se como um poder supremo (Locke) na República. Todavia, é fundamental que os membros do Poder Legislativo sejam escolhidos de entre os membros da colectividade, sendo que estes, devem ser Homens com capacidades para discutir os assuntos inerentes a vida do povo, pois o povo, não tem de todo essa capacidade, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia.

Assim, para a “Terceira via”, conforme propõem Ngoenha e Castiano (2019) é fundamental resgatar os valores que possam contribuir para o alcance da justiça social e das liberdades. E para tal, de entre vários desafios, é crucial estabelecer instituições fortes, transparentes e justas, compostas por indivíduos conscientes das suas funções, responsáveis e com um perfil ético.

Neste contexto, o estabelecimento de um Poder Legislativo forte na sua acção e imbuído de valores éticos, quer seja sob ponto de vista institucional, bem com, dos membros que a compõem é também um elemento-chave para a “Terceira via”. E para que se possa ter um Poder Legislativo forte e ético, é sem dúvida crucial (re)pensar nas suas funções, competências e mecanismos de sua acção [respeitando o princípio de separação de poderes] por um lado e por outro estabelecer critérios sobre como escolher aqueles que devem compor e melhor representar a colectividade [neste poder].

## REFERÊNCIAS

ARISTOTELES (2000), *Tratado da Política*, Publicações Europa-América, Portugal;

CASTIANO, Jose (2018), **A liberdade do Neoliberalismo: Leituras Críticas**, Editora Educar, Maputo;

IBP (2010), **Open Budget Survey 2010 Report**, IBP;

IBP (2012), **Open Budget Survey 2012 Report**, IBP;

IBP (2015), **Open Budget Survey 2015 Report**, IBP.

IBP (2017), **Open Budget Survey 2017 Report**, IBP.

IBP (2019), **Open Budget Survey 2019 Report**, IBP.

IPU and UNDP (2017), **Global Parliamentary Report 2017 Parliamentary oversight: Parliament's power to hold government to account**, Geneva;

LOCKE, John (2006), **Dois Tratados do Governo Civil**, Edições 70, Lisboa;

MACAMO, Elísio (2021), **Governar e Pensar: Por uma sociologia da gestão política**, Ethale Publishing, Maputo;

MONTESQUIEU (2018), **Do Espírito das Leis**, Edições 70, Lisboa;

NGOENHA, Severino e CASTIANO, Jose (2019), **Manifesto por uma Terceira Via**, Real Design, Maputo;

NGOENHA, Severino et al (2021), **Do Annus Horribilis (2021) ao Annus Mirabilis (2022)?**, Maputo. [disponível em: <https://www.severinongoenha.com/artigos/do-annus-horribilis-2021-ao-annus-mirabilis-2022>]

PAULO, Arsenio (2021), **A “Impotência” do Poder de Responsabilizar: Dinâmicas do Exercício da Função de Fiscalização Legislativa sobre o Orçamento e Contas Públicas pelo Parlamento em Moçambique**, Dissertação de Mestrado, Maputo.

## O PODER JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA DA ATIVIDADE LEGIFERANTE: A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM SUBSTITUIÇÃO À OMISSÃO LEGISLATIVA

*Data de aceite: 01/09/2022*

**Daniel Garcia Silva**

Acadêmico do Curso de Direito da  
Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE

**Islane Archanjo Rocha**

Professora Orientadora do Curso de Direito da  
Universidade Vale do Rio Doce – UNIVALE

**RESUMO:** O presente artigo científico apresenta como o Supremo Tribunal Federal tem protagonizado o debate de assuntos essencialmente políticos e por consequência extrapolado suas competências constitucionais culminando no chamado ativismo judicial. As atribuições do Congresso Nacional como legislativo claramente estabelecidas por representar a essencial vontade do povo e as atribuições do Supremo Tribunal Federal é delineada perpassando pela legitimidade da jurisdição constitucional sob a ótica da Magna Carta. Há aqui o esclarecimento sobre a legitimidade de a Suprema Corte Brasileira poder legislar em substituição à omissão legislativa. O método utilizado para tal finalidade foi o de pesquisa bibliográfica, tendo como referencial, não apenas a doutrina consagrada, mas também casos concretos, consulta à jurisprudência, artigos científicos e legislação correlata. Conclui-se que os deveres constitucionais dos órgãos constitucionais devem ser claramente delimitados e respeitados, para evitar que a Suprema Corte brasileira extrapole suas competências sem, contudo, deixar de exercer autonomamente a

jurisdição constitucional, algumas propostas práticas foram aprestandas sem o intuito de exaurir o tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ativismo judicial. Neoconstitucionalismo. Legislador. Constituição.

### 1 | INTRODUÇÃO

Nas últimas duas décadas o Brasil tem vivido uma gradual tensão entre os Poderes da República expressa por arbitrariedades, pelo exercício de funções a eles não incumbidas constitucionalmente e pelo não exercício de suas reais atribuições. Também é preocupante a crise moral exponencialmente revelada na última década.

Em meio a esses acontecimentos um debate que tem atraído o interesse de juristas e estudiosos da área é o famigerado ativismo judicial, que por sua vez está intimamente relacionado à legitimidade da jurisdição constitucional exercida essencialmente pelo Supremo Tribunal Federal em nosso país.

Com efeito, o tema tem suscitado debates, sobretudo pela crise moral, política e institucional em que se vive no Brasil, é natural que os cidadãos e compatriotas estejam preocupados em esclarecer sobre a limitação da atividade de cada órgão criado pelo constituinte originário, sobretudo pelo Poder Judiciário que vem aumentando seu protagonismo em um país de democracia semidireta cujas raízes de seu

sistema jurídico estão fincadas no *civil law*.

Desta feita, justifica-se a abordagem sobre a delimitação da competência e atribuições do Supremo Tribunal Federal enquanto Corte Suprema do país perpassando por influências históricas do direito comparado, análises de institutos aplicados no Brasil de origem romano-germânica e anglo-saxã, além da classificação de determinados institutos e conceituação de termos relevantes.

Nessa perspectiva, o intuito é apresentar possíveis soluções práticas ao questionamento: “Pode a Suprema Corte brasileira assumir a função legiferante em face da omissão legislativa?”. Nota-se que o presente problema está inserido no assunto do ativismo judicial, por vezes expressado pelo protagonismo do Poder Judiciário como legislador, tema demasiadamente debatido nos dias hodiernos.

Insta salientar que o objetivo geral deste artigo científico é esclarecer sobre a legitimidade de o Supremo Tribunal Federal - STF legislar em face da omissão do legislador ordinário. Para isso, requer-se a análise de fatores jurídicos e não jurídicos, comportamentos e fatos, além de estatísticas e análise de algumas decisões do STF. O atingimento do fim colimado requer a abordagem de três principais objetivos específicos a detalharem a temática. O primeiro é distinção entre o fenômeno da judicialização e o ativismo judicial, conceitos frequentemente apresentados como sinônimos ou nem mesmo comparados; além de esclarecer outros conceitos imprescindíveis à compreensão do assunto.

O segundo exsurge da necessidade de verificação das principais e/ou possíveis causas potencializadoras do ativismo judicial e suas consequências. Terceiro e não menos importante é a discriminação dos institutos jurídicos apropriados a eventual solução de litígios em decorrência da omissão legislativa constitucional, possíveis soluções para a problemática.

Ao concluir este trabalho, a intenção é de aclarar questões controvertidas e apresentar possíveis soluções capazes de minimizar os efeitos negativos do ativismo judicial, uma vez que ao final será possível verificar que a repercussão de tal fato é mais danosa que saudável à nossa democracia, sobretudo por tratar-se do correto contorno das atribuições do Poder Judiciário em cotejo com as do Poder Legislativo.

Ademais, trata-se de estudo exploratório de abordagem qualitativa. O procedimento utilizado aprioristicamente foi o de pesquisa bibliográfica, tendo como referencial, não apenas a doutrina consagrada, mas também casos concretos, consulta à jurisprudência, artigos científicos e legislação correlata.

## **2 | O PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA CONTEMPORANEIDADE**

Muito se tem discutido acerca da proatividade na atuação do Poder Judiciário, em especial da Suprema Corte brasileira. Cabe uma breve análise histórica.

A Segunda Guerra Mundial, foi marcada por governos ditatoriais responsáveis por

graves violações a direitos humanos como o Terceiro Reich – Nazismo – e a Itália de Benito Mussolini – Fascismo. Em decorrência das atrocidades cometidas por tais regimes – diga-se de passagem, subsidiado em certa medida pela sociedade civil –, o período do pós-segunda guerra é marcado pelo fortalecimento do constitucionalismo moderno e, por consequência, por uma atividade mais proeminente do Poder Judiciário em diversos países do mundo (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012).

Na ótica mundial do pós-guerra, a atuação do Estado precisaria estar limitada de modo a evitar arbitrariedades como as ocorridas durante a Segunda Guerra. Nesse ínterim, a Constituição deixa de ser mero vetor interpretativo e adquire verdadeira força normativa, na medida em que deve limitar, equilibrar e distribuir o Poder Estatal harmonizando-o e protegendo o povo de possíveis tiranias.

Consequentemente, a notoriedade da atuação jurisdicional está sob nova perspectiva, mormente a das Cortes Constitucionais como guardiãs e intérpretes das Constituições que por sua vez passam a irradiar sobre todo o ordenamento jurídico. Nos tempos hodiernos não é diferente, no Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF) tem cuidado de questões outrora tratadas apenas pelo Congresso Nacional ou mesmo decididas pelo Executivo. É fato: hoje o judiciário ocupa posição de destaque na democracia brasileira.

Insta salientar que o fato citado acima não se deve tão somente à postura adotada pela Suprema Corte brasileira ao decidir as demandas que lhes são apresentadas, a isso alia-se uma prática que se tornou hábito, a qual pode ser denominada *demandista*, em que a “Sociedade Órfã”<sup>1</sup>, descrente dos demais poderes constituídos, deposita sua confiança na atuação jurisdicional como se esta fosse a única capaz de estabelecer a pacificação social e única responsável por ela.

Nesse diapasão, Luís Roberto Barroso (2012), em um artigo científico intitulado “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, utiliza um termo que bem reflete a realidade, o eminente jurista fala em “judicialização da vida”. Para corroborar sua explanação, o constitucionalista cita três fatores relevantes, quais sejam, a redemocratização do Brasil com fortalecimento de instituições e ampliação de competências dos órgãos constitucionais; a constitucionalização abrangente que abarca diversos assuntos apenas formalmente constitucionais e o sistema de constitucionalidade híbrido brasileiro que permite o controle incidental realizado por quaisquer órgãos jurisdicionais e o extenso rol de legitimados ao controle abstrato, disposto no art. 103, Constituição Federal.

Diante desse cenário, nota-se que diversos fatores contribuem para o destaque do ativismo judicial no Brasil. Ainda assim, é preciso que o Poder Judiciário atue com parcimônia quando da prestação jurisdicional, em um exercício de autocontenção, de modo que a discricionariedade influenciada também pelo Movimento do Direito Livre – França,

---

1 Termo utilizado pela cientista política alemã Ingeborg Maus, em sua obra intitulada “O judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘Sociedade Órfã’”. A autora se refere a um sistema em que o judiciário é visto como a imagem paterna, na medida em que limita a autonomia dos indivíduos para garantia dos sistemas funcionais, por meio da moralização da jurisprudência que serve à funcionalização do direito.

início do século XX (STRECK, 2016) – torne-se exceção no direito brasileiro.

## 2.1 O movimento do direito livre, a autocriação como interpretação constitucional e o minimalismo de cass sunstein

Fim do século XIX, início do século XX, nasce na França, marcado pela obra François Géný, um pensamento que posteriormente chegaria ao Estados Unidos da América, Alemanha e Áustria, e mais tarde presente de maneira forte no pensamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual passaria a ser denominado movimento. A essência de tal pensamento reside na intenção de fazer com que magistrado se desvincilhe das “amarras” da lei, e adote uma postura proativa, libertária e criativa (STRECK, 2016). Numa época em que o juiz era considerado boca da lei, exsurge um pensamento revolucionário, no qual o direito deve ser visto como ciência completamente desvinculada da lei.

Nota-se aqui uma ruptura abrupta no mundo jurídico. Por um lado, tem-se a atividade jurisdicional exercida com total subordinação ao legislativo, como se hierarquia houvesse; por outro, tem-se uma atitude reacionária a essa postura de submissão que descamba para outro extremo. Necessário é o equilíbrio.

O ponto crucial é esclarecer como essa teoria influencia a ordem jurídica nacional. É sabido que o direito brasileiro tem suas bases fincadas no direito canônico e romano-germânico, os quais revelam uma face positivista marcada pelo *civil law*; todavia, no mesmo sentido nota-se a absorção de bastantes aspectos do direito anglo-saxão – notadamente os Estados Unidos da América, influenciado pelo movimento do direito livre – cuja base é o *common law*.

Dessarte, não é tarefa difícil detectar a mescla em que se encontra o direito brasileiro, fundado em um sistema que preza pela limitação do julgador que deve se pautar pela lei positiva – *civil law* – e concomitantemente marcado por institutos típicos de um sistema em que a discricionariedade do julgador é regra – *common law* –, ainda que para decidir tenha de superar o texto normativo supostamente ultrapassado. Em busca de um sistema jurídico ideal, o hibridismo que caracteriza o direito brasileiro pode não ser tão coeso quanto se imagina.

Como consequência, no Brasil dos dias atuais, vê-se a Suprema Corte atuar no exercício de sua atividade jurisdicional, mormente no controle de constitucionalidade, de forma autocriativa. Cite-se como exemplo a nova interpretação do texto constitucional que diz: “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

No caso mencionado, a Corte Constitucional decidiu que essa suspensão pelo Senado Federal se aplicaria apenas às decisões referentes ao controle concreto, uma vez que as do controle abstrato são por excelência dotadas de eficácia *erga omnes*, portanto prescindem de manifestação da casa legislativa, pois tornaria o controle judicial concentrado

inócuo. Embora o argumento da Suprema Corte brasileira seja plausível, não deixa de se tratar de autocriação perpetrada pelo Tribunal Supremo, não como mero legislador ordinário, mas como constituinte reformador amparado pelo fenômeno da mutação constitucional, esta introduzida no direito brasileiro com um certo déficit comparada ao que fora definido por seu percussor Georg Jellinek (DIMOULIS; LUNARDI, 2019).

Exemplo outro pode ser mencionado; é possível verificar analogia *in malam partem* no direito penal brasileiro, no mandado de injunção (4733/DF) decidido pela Suprema Corte, por meio do qual houve extensão da Lei nº 7.716/89 (lei de racismo) aos casos de transfobia e homofobia (FONTELES, 2019).

Na ocasião suso esposada, crucial esclarecer que a decisão do Pleno não se deu por unanimidade. Destaque-se dois trechos, um extraído do voto do ministro Marco Aurélio e outro do Ricardo Lewandowski (Mandado de Injunção 4733 e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26) – vencidos – respectivamente:

A estrita legalidade, no que direciona a ortodoxia na interpretação da Constituição em matéria penal não viabiliza ao tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei maior, esvaziar o texto literal ao criar tipos penais.

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

Essa posição de destaque ocupada pelo Supremo Tribunal Federal no regime democrático tem suscitado debates acerca da legitimidade da justiça constitucional. Fator esse que revela a contemporaneidade do tema e a preocupação com a delimitação da competência de cada Poder diante do neoconstitucionalismo.

Tendo em vista todo o exposto, uma atuação mais contida da Suprema Corte se faz necessária, embora não seja a única causa do ativismo judicial; nesse sentido se mostra apta a teoria minimalista de Cass Sunstein professor de Harvard, citado por Samuel Sales Fonteles, a ser aplicada na atividade da Suprema Corte, ao asseverar que o magistrado deve adotar uma postura de autoconstrução (*self-restraint*), analisando as demandas sem se manifestar sobre questões que não estejam diretamente relacionadas à demanda. Fazer uso das “virtudes passivas”<sup>2</sup>.

## 2.2 O neoconstitucionalismo e o fortalecimento da jurisdição constitucional

Aliado ao movimento do direito livre que, como dito alhures, influenciou fortemente o direito interno brasileiro a favorecer uma postura proativa e autocriativa da Suprema Corte, está o neoconstitucionalismo. Essa nomenclatura, relativamente recente, é usada para designar uma era pós-positivista moderna em que o texto constitucional – dotado de baixa densidade normativa e alta carga axiológica – é passível de acondicionar forte

<sup>2</sup> Termo empregado em Fonteles em homenagem ao princípio da inércia da jurisdição ou da atividade.

subjetivação durante a atuação do julgador, tal fato é consequência da força normativa atribuída à Constituição Federal nos dias atuais. Ao aplicar tais normas constitucionais diretamente aos casos *sub judice*, a discricionariedade do julgador se amplia, mormente pela ampla possibilidade de atribuir significados vários ao texto normativo constitucional dotado de abstração.

A atuação do julgador pode ir de encontro ao princípio da separação dos poderes quando aquele, ao integrar o texto normativo numa análise política, lançar mão de seus valores e convicções pessoais para moldar a norma jurídica à sua percepção do que seria a interpretação condizente com uma prestação jurisdicional de qualidade ou a melhor escolha a ser feita.

Ademais, o neoconstitucionalismo trouxe consigo o deslocamento de debates essencialmente políticos do âmbito legislativo para o âmbito judiciário como a implementação de políticas públicas e relações sociais complexas não regulamentadas pelo ordenamento jurídico, mormente no que respeita aos “desacordos morais razoáveis”<sup>3</sup>, que deveriam ser objeto de discussão e debate pelos representantes do povo conforme o princípio democrático. Destarte, no neoconstitucionalismo é patente a reaproximação entre direito e moral (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012), pois passa-se a adotar uma leitura moral da Constituição. É motivo de reflexão, contudo, a prevalência das convicções subjetivas do julgador na atividade interpretativa, sobretudo quando a Suprema Corte tende a um comportamento que se afasta da tecnicidade e imparcialidade que devem permear a atuação judicante ao agir como foro parlamentar.

Outrossim, acrescente-se a função contramajoritária do STF; conforme magistério de Luís Roberto Barroso (2012), a mencionada função se relaciona com a proteção aos direitos fundamentais das minorias em face do governo da maioria. Ainda, segundo o eminente jurista, o constituinte originário haveria reservado uma parcela do poder político a ser exercida por atores do serviço público não eleitos pelo povo, o que justificaria em parte a legitimidade da Suprema Corte em agir ativamente na concreção de direitos fundamentais.

Por fim, sem esgotar o assunto, cabe mencionar o descrédito na efetiva atuação do Poder Legislativo como autêntico representante do povo, uma vez que o que a população tem verificado ao longo das últimas duas décadas são escândalos de corrupção que desencadearam uma crise moral grave; noutro sentido, tem-se o fácil acesso dos jurisdicionados à via judicial para pleitearem o afastamento, no caso concreto, de normas que, segundo entendem, violam seus direitos por violarem a própria Constituição.

Por conseguinte, todo esse histórico resulta no fortalecimento da jurisdição constitucional; assim, o STF tem sido instado a atuar na anulação de atos normativos primários, muitas vezes sem fundamentação específica e objetiva, assim como no suprimento de lacunas que impedem o exercício de direitos fundamentais, uma vez que

---

3 onteles, 2018, p. 43,44. Termo utilizado na doutrina e jurisprudência para designar assuntos não debatidos exaustivamente pela sociedade, tampouco pelo parlamento, que são levados à apreciação do judiciário.

muitos desses direitos estão previstos em normas constitucionais cuja eficácia é limitada, ou seja, normas que requerem uma regulamentação por parte do legislador infraconstitucional para se concretizarem.

### **3 I EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Existem diversas classificações a respeito das normas constitucionais, a que interessa neste trabalho é a de José Afonso da Silva no que respeita à aplicabilidade das normas constitucionais (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

Afonso da Silva divide as normas constitucionais quanto à eficácia em plena, contida e limitada. As normas sob a rubrica de eficácia plena se resumem àquelas aptas a produzirem efeitos plenos e imediatos desde a promulgação da Constituição, ausente a necessidade de regulamentação pelo legislador infraconstitucional.

Por sua vez, aquelas de eficácia contida produzem efeitos plenos desde a entrada em vigor da Lei Maior, embora possam sofrer restrições legislativas conforme o texto da própria Constituição, geralmente vêm expressamente acompanhadas do vocábulo “nos termos da lei”.

Ao fim, tem-se as normas de eficácia limitada, de maior relevância para esta dissertação, em que a Constituição condiciona o exercício de um direito nela previsto à atuação do legislador infraconstitucional que, em regra, deve implementar a disposição constitucional por meio de lei em sentido formal. Nessa toada, as normas que mais podem influenciar a atitude proativa do judiciário são as classificadas como limitadas.

#### **3.1 Omissão da atividade legislferante e a síndrome da inefetividade das normas constitucionais**

O processo legislativo no Brasil é sobremaneira laborioso, trata-se de um conjunto de atos procedimentais que exige formalismo na atuação legislativa – e não poderia ser diferente – com vistas à promulgação de um ato normativo primário, a essa circunstância une-se o fato de a Constituição brasileira conter diversas normas de eficácia limitada; no cotejo de ambas as características o resultado é presumível, direitos previstos constitucionalmente deixam de ser exercidos porquanto ainda nos dias atuais, mais de trinta anos após a promulgação da Lei Maior, não foram regulamentos pelo legislador infraconstitucional.

O cenário reflete a realidade de um País que adota um modelo de constituição analítica e ao mesmo tempo um modelo de estrutura legislativa que não pode suprir em tempo razoável todas as lacunas legadas pelo Constituinte Originário, mesmo porque as competências do Congresso Nacional não se resumem a integrar as normas de eficácia limitada previstas no texto constitucional. Vale ressaltar que a omissão legislativa se manifesta tanto em relação às normas de direito material, cujo objetivo é a concretização dos direitos fundamentais presentes em normas de eficácia limitada, quanto em relação

às normas de direito processual, sobretudo no que concerne àquelas disciplinadoras do controle de constitucionalidade judicial.

Posto isso, o Constituinte Originário de 1988, sabedor, presume-se, da quantidade de normas de eficácia limitada presente na Carta Magna, instituiu o mandado de injunção (regulamentado em 2016) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (regulamentada em 2009), que, embora em diferentes perspectivas – o primeiro no controle concreto/difuso e a segunda no controle abstrato/concentrado –, viabilizam as demandas questionadoras da omissão inconstitucional.

Conseqüentemente, o resultado é uma crise omissiva inconstitucional em que cidadãos são tolhidos de exercerem direitos de estatura constitucional por falta de regulamentação e encontram, majoritariamente, no judiciário solução acessível em tempo razoável; mesmo porque, diante de um “paternalismo judicial”<sup>4</sup>, o legislador mostra-se menos responsável com o seu dever de regulamentador infraconstitucional. Daí nasce a discussão sobre os limites da jurisdição constitucional em interpretar normas que carecem de integração normativa infraconstitucional; até que ponto pode o Supremo Tribunal Federal atuar sem exceder sua competência de julgador, que deve se submeter à Constituição.

#### **4 | O PAPEL DO STF NA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

O *caput* do art. 102 da Constituição Federal estabelece que a guarda desta é a principal atribuição do Supremo Tribunal Federal. Os incisos e alíneas decorrentes desse artigo detalham as competências da Suprema Corte, especialmente a alínea “a” do inciso I e §§ 1º e 2º do art. 102, além do art. 103 que versam sobre o controle concentrado de constitucionalidade, bem como o inciso III e suas alíneas e o § 3º, ambos do artigo 102, que versa sobre o controle difuso.

Assim, vê-se que a Constituição Federal de 1988 adotou expressamente o controle judicial de constitucionalidade misto, pois pode ser realizado tanto pelos juízes e tribunais inferiores (difuso) quanto pelo Supremo Tribunal Federal (concentrado).

O controle difuso de constitucionalidade situa-se no bojo de um processo judicial subjetivo em que a norma considerada inconstitucional é afastada na resolução do caso concreto, pode ser exercido por juízes de primeiro grau, tribunais e chegar à Suprema Corte por meio do denominado Recurso Extraordinário (art. 102, III, CF/1988). Já o controle concentrado é competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, realizado em processo objetivo por meio das denominadas ações diretas cujo objeto é a lei que se considerada inconstitucional será expurgada do ordenamento jurídico pátrio.

As ações do controle concentrado elencadas no texto constitucional são quatro, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Declaratória de

<sup>4</sup> Dimoulis, 2019, p. 351-353. Um dos argumentos da crítica feita por James Bradley Thayer, professor de Harvard, ao controle judicial de constitucionalidade.

Constitucionalidade. Nota-se, conforme norma expressa na Constituição Brasileira, que o controle de constitucionalidade é exercido preponderantemente pelo Poder Judiciário. Não obstante, a mesma Carta Magna não impede que o controle de constitucionalidade seja desenvolvido pelo Executivo e Legislativo.

Destarte, embora de modo distinto, os Poderes Legislativo e Executivo exercem a fiscalização da compatibilidade de normas primárias com a Constituição de 1988. O primeiro o realiza de modo prévio pelas denominadas Comissões de Constituição Justiça e Cidadania – existentes na Câmara dos Deputados e no Senado Federal –, uma vez que é atividade inerente à sua função legiferante. Já o segundo está autorizado constitucionalmente a vetar os dispositivos que entender violarem a Constituição, denominado veto jurídico (art. 84, V, da CF/1988). Aqui também o controle é prévio, uma vez que o processo legislativo só se conclui com a promulgação e publicação da lei.

Com efeito, é evidente que o responsável pelo controle repressivo de constitucionalidade, em caráter concentrado, é a Suprema Corte. O próprio Constituinte Originário, por escolha política e não obrigatória, estabeleceu a predominância do controle judicial de constitucionalidade. Dessa premissa decorre o dever de a Suprema Corte efetivar os direitos fundamentais conforme lhe é atribuído pela Constituição.

Desta feita, não restam dúvidas da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal pela Lei Maior. Há que se considerar os argumentos em defesa do controle judicial de constitucionalidade; cite-se os principais como a tutela dos direitos das minorias, já citada anteriormente neste artigo, a qual consiste em preservar o governo eleito pela maioria e simultaneamente garantir a representação de grupos sociais vulneráveis; a teoria dos freios e contrapesos (*checks and balances*), que no mesmo sentido, reforça a ideia de que o legislador deve ser fiscalizado, excepcionalmente, em sua atuação típica para que não viole as regras do processo legislativo previstas na Constituição da República. Ademais, segundo os defensores do controle judicial de constitucionalidade, o próprio legislador se submeteu a uma fiscalização ampla pelo judiciário ao estabelecer diversas garantias para o exercício de tal controle, como, por exemplo, as quatro ações diretas (ADC, ADO, ADIN e ADPF), as súmulas vinculantes, os mandados de injunção e de segurança de competência originária do STF.

No mesmo sentido, tem-se o argumento da neutralidade e especialização (DIMOULIS; LUNARDI, 2019). Esta diz respeito à tecnicidade jurídica que deve permear a atuação do Poder Judiciário ao proferir decisões objetivamente fundamentadas; aquela está ligada à imparcialidade que deve estar presente na atividade judicante, e que, portanto, o controle de constitucionalidade repressivo seria melhor exercido pelo judiciário.

Não obstante, é preciso ressaltar que em diversos casos a Suprema Corte tem atuado de maneira autocríativa (DIMOULIS; LUNARDI, 2019). Cite-se como exemplo o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, quando a Constituição

faz referência expressa a homem e mulher<sup>5</sup>; a extensão da lei de racismo aos casos de transfobia e homofobia<sup>6</sup>, ao passo que é patente a inafastável relação entre direito penal e princípio da legalidade estrita; a autocriação de normas processuais como a declaração de recepção de norma do Regimento Interno do STF editada sob a égide da Constituição de 1967, embora a Carta de 1988 não permita aos tribunais a edição de norma sobre direito processual.<sup>7</sup>

Ainda, outras decisões demonstram a interferência direta da Suprema Corte em assuntos que se inserem diretamente na competência de outros poderes, como decisão que impede nomeação de ministro – atribuição discricionária do chefe do Poder Executivo –, escolha de diretrizes políticas e políticas públicas – função do Poder Legislativo –, isso, ao argumento de que a melhor escolha não fora feita pelo órgão competente, na maioria das vezes com fundamento em princípios constitucionais demasiado abstratos.<sup>8</sup>

Nesse sentido é que o Supremo Tribunal Federal se apresentou como aquele que poderia realizar todos os direitos fundamentais, em tempo hábil, ainda que algumas vezes venha a ferir o princípio da separação dos poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2019 e STRECK 2016). Noutro sentido, (BARROSO, 2012) alguns defendem que, ao agir assim, o judiciário não exorbita de sua competência, tendo em vista a nova ótica constitucional – neoconstitucionalismo –, pois parcela do poder político do Estado fora atribuída ao judiciário pelo Constituinte Originário, mormente na guarda e efetivação dos direitos fundamentais.

A questão suscitada a partir da década de noventa (DIMOULIS; LUNARDI, 2019), intensificada já na segunda década deste século, não é o fato de o controle ser ou não competência do Poder Judiciário, mas sim os limites dessa jurisdição constitucional que foi atribuída expressamente ao Supremo Tribunal Federal.

#### 4.1 Judicialização e ativismo judicial

Para melhor elucidação relativamente aos limites da atuação judicante no controle de constitucionalidade, é crucial compreender a distinção entre judicialização e ativismo judicial. Segundo o Ministro da Suprema Corte Luís Roberto Barroso (2012), trata-se respectivamente de fato e atitude.

A judicialização é um fato que vem aumentando nas últimas décadas, sobretudo após a Constituição de 1988, devido a fatores já acima explanados como o fácil acesso ao judiciário pelo baixo custo de se ingressar com uma ação judicial, a obtenção de uma resposta estatal em tempo mais razoável que exigir mudanças legislativas, além do descrédito do povo no legislativo que tem atenuado a confiabilidade nos representantes democraticamente eleitos. Tal fato consiste na crescente demanda por pronunciamentos judiciais a respeito dos mais variados assuntos, inclusive assuntos antes não analisados

5 ADI 4277 e ADPF 132, STF.

6 ADO 26 e Mandado de Injunção (MI) 4.733, STF.

7 Dimoulis; Lunardi, 2019, p. 266.

8 Reclamação Constitucional 29.508, STF, que impediu nomeação de Ministra do Trabalho.

pelo judiciário, ao menos em intensidade; políticas públicas, anulação de atos praticados por outros poderes e órgãos de estatura constitucional e a integração de lacunas constitucionais são alguns exemplos.

Noutro sentido, o ativismo judicial é atitude, ação, comportamento do julgador ao responder prontamente às expectativas dos demandantes, numa interpretação ampliada dos princípios e normas constitucionais cuja função é atender aos reclames de uma sociedade que não se estagnou no final de década de oitenta, mas que se modificou ao longo dos anos, continua se modificando, e reclama uma nova leitura das normas constitucionais, ainda que não expressa textualmente. Nas palavras do eminente Ministro Barroso (2012), o ativismo judicial é, entre outros, “a aplicação direta da constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário”.

Logo, nota-se a existência de dois elementos que cooperam para o ativismo judicial, o primeiro é o grande número de demandas levadas ao judiciário; o segundo, a postura do próprio julgador que avoca a competência de suprir lacunas mesmo ante a ausência de manifestação do legislador ordinário ao evocar princípios genéricos constitucionais.

Ora, o clamor social por respostas judiciais que se tem revelado com o crescente demandismo judicial – judicialização da vida, nas palavras de Barroso (2012) –, não implica permitir que o judiciário avoque para si uma competência que não lhe foi atribuída constitucionalmente. Não se pode admitir que quaisquer dos Poderes da República extrapolem suas atribuições delimitadas na Lei Maior, caso contrário teríamos um poder acima da Magna Carta, enquanto o que todos buscam com suas teorias é a defesa da supremacia constitucional.

## **4.2 A legitimidade da suprema corte como legislador negativo e a suprema corte como legislador positivo**

Embora alguns doutrinadores apontem uma imprecisão técnica no termo “legislador negativo”, a revelação substancial que o termo traz à tona é o mais relevante. Terminologia utilizada para indicar que, como guardião da constituição, o Supremo Tribunal Federal deve atuar afastando leis editadas pelo poder legislativo em desconformidade com as regras constitucionais.

A função do STF é atuar no controle constitucional repressivo, em regra, declarando a inconstitucionalidade de leis que violem a Lei Maior formal e/ou materialmente, conforme atribuição a ele conferida pela própria Constituição Federal. A Suprema Corte, inclusive, ratifica que sua atuação deve ser predominantemente no sentido de afastar leis inconstitucionais e não suprir lacunas.

Numa perspectiva extrema, alguns juristas chegam a defender um passivismo<sup>9</sup> judicial em que o poder judiciário é totalmente deferente ao legislativo e que seu dever é não se imiscuir em questões afetas à política, a atos de outros poderes, a políticas públicas

<sup>9</sup> Expressão utilizada por Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi na obra “Curso de Processo Constitucional”, 2019.

e ao suprimento de lacunas em nenhuma hipótese.

Com efeito, o que se busca é um equilíbrio no controle de constitucionalidade judicial, uma vez que o judiciário é o principal poder expressamente designado pela Carta Magna para realizar o controle de constitucionalidade. Assim, esse poder deve absoluta subserviência à supremacia constitucional que se revela pelo zelo à Constituição da República Federativa de 1988.

Nesse sentido, extrai-se do próprio texto constitucional a legitimidade do controle constitucional realizado pelo poder judiciário ao assumir sua função de legislador negativo.

Há uma pesquisa realizada pelo professor Dimitri Dimoulis (2019) na obra já mencionada neste artigo, que revela uma postura deferente do judiciário para com o legislativo em termos quantitativos. Os dados, pelo autor obtidos, revelam que quantitativamente o número de ações que o STF não chega a analisar o mérito é significativo, algumas ações inadmitidas por questões formais e outras que tramitam anos a fio, por vezes com intuito de não se manifestar sobre questões socialmente controvertidas que promoveriam a colisão entre as esferas de poder.

Uma das explicações é a existência de uma ampla discricionariedade do ministro relator em poder dizer em quais ações diretas está habilitado a proferir voto, e do presidente em poder pautar as ações diretas que entender serem mais pertinentes. Assim, ações ficam paralisadas por longo tempo, muitas vezes extintas por perda do objeto devido à revogação da norma impugnada ou à mudança de parâmetro. Entretanto, não são as circunstâncias favorecedoras da atuação proativa do judiciário justificativas para que este se sobreponha à supremacia constitucional.

Apesar de tal constatação empírica, a maior preocupação não deve ser com o quantitativo de ações decididas, mas com a qualidade e o conteúdo destas. Nesse diapasão, Dimitri Dimoulis menciona a atuação ativa da Suprema Corte em diversas circunstâncias; não apenas quando decide, suprimindo lacunas no direito material, mas quando exerce a atividade legiferante no que respeita às normas que balizarão sua atuação, quais sejam, regras processuais ao modificar seu regimento interno.

Não se está a defender uma postura de submissão entre os Poderes da República, justamente por isso é que os três devem exercer suas funções dentro dos limites designados pelo constituinte originário, para que verdadeiramente prevaleça a supremacia constitucional e a força normativa da Constituição.

Nesse sentido, além dos já citados, a postura do julgador é fator crucial para o regular exercício do controle judicial de constitucionalidade; então, para que este seja hígido, é necessário, entre outros aspectos, que as decisões sejam fundamentadas objetiva e especificamente, evitando-se recorrência a princípios genéricos para que satisfaça a perspectiva pessoal do julgador ao exercer a judicatura. Ademais, o STF deve, em tempo razoável, decidir sobre questões relevantes; o que muito embarga a satisfação dessa necessidade é a revelação de uma pesquisa realizada por Dimoulis e Lunardi (2019), a

qual revela que 90% das ações protocolizadas no Supremo Tribunal Federal são Recursos Extraordinários e Agravos, isso mostra que a competência recursal do STF prejudica a celeridade da tramitação dos feitos, e por consequência a efetividade das decisões.

## 5 | CONCLUSÃO

Ao concluir este artigo, é imperioso destacar que não se pretende exaurir o tema, tampouco propor soluções absolutamente aptas a estabelecerem um modelo de controle judicial de constitucionalidade ideal, mesmo porque se se alcança o ideal encerram-se os debates e por consequência a evolução de qualquer ciência. O que se busca é ponderar acerca do delineamento das competências do Supremo Tribunal Federal com o fito de zelar pela integridade e estabilidade das instituições democráticas idealizadas pelo Constituinte Originário.

Cabe aqui apontar três pontos relevantes a fim de se estabelecer um controle judicial de constitucionalidade objetivo e solidificado na segurança jurídica, quais sejam, melhor detalhamento das regras processuais que regem o controle judicial de constitucionalidade; extinção do controle difuso de constitucionalidade e da competência recursal do STF; e por último, mas não menos importante, uma atuação legislativa responsável com erradicação de lacunas que atravessam décadas e uma atuação mais autocontensiva da Suprema Corte brasileira.

É crucial o maior detalhamento do processo constitucional pelo legislador, quiçá a criação de um código de processo constitucional. Dessa forma, o regramento que define os procedimentos a serem seguidos terá o mínimo de lacunas, por consequência a autocriação pelo STF será forçada à redução e diminuída a oscilação jurisprudencial por falta de norma regulamentadora, além de evitar que regras processuais sejam estabelecidas pelo Regimento Interno do STF, que não detém essa atribuição.

A reforma do processo legislativo deve ser implementada com vistas a estabelecer regras objetivas e deixar o mínimo de margem para decisões judiciais supridoras de lacunas como por exemplo a discricionariedade que possuem tanto o Presidente da Suprema Corte quanto o Ministro relator; este em determinar em qual processo está apto a proferir voto, independentemente da cronologia, e aquele na discricionariedade de quais e quando pautar as ações prontas ao plenário. São poucos exemplos, todavia refletem a necessidade de um regulamento mais específico e detalhado apto a garantir a segurança jurídica e a previsibilidade mínima da postura do poder judiciário no controle de constitucionalidade.

No mesmo sentido, a extinção do controle difuso de constitucionalidade fortaleceria a segurança jurídica e a previsibilidade da atuação do julgador, uma vez que tal controle pode ser exercido por qualquer magistrado, daí temos que os magistrados de toda uma nação não estão em plena sintonia, o que favorece a proliferação de Recursos Extraordinários, não obstante os filtros já existentes como a repercussão geral e o efeito *erga omnes* atribuído

às decisões do STF no controle difuso. Ademais, uma lei é a mais pura manifestação da vontade do povo e nasce com presunção de legitimidade e constitucionalidade.

A extinção da competência recursal do STF revela estreita relação com o tempo despendido em recursos, uma vez que a maioria das ações protocolizadas no Supremo Tribunal Federal é composta de Recursos Extraordinários e Agravos. Por consequência o tempo é exíguo e as ações do controle concentrado, cujo objeto representa maior lesão à ordem constitucional, não são analisadas devido ao fator tempo; em diversas circunstâncias o objeto da ação já fora revogado ou o parâmetro modificado.

Assim, a Suprema Corte funcionaria como verdadeira Corte Constitucional, ao julgar maior número de ações diretas em menor período de tempo, o que contribuiria para a qualidade das decisões do STF e ainda garantiria que este se manifestasse sobre questões relevantes muitas vezes não analisadas. Outro fator aqui relevante é que a aplicação direta da Constituição a casos concretos (Suprema Corte no controle difuso) favorece o ativismo judicial, tendo em vista que as decisões produzidas, apesar de versarem sobre questões de direito, por terem repercussão direta na esfera de interesses subjetivos, podem sofrer influências que numa análise objetiva não ocorreria.

Outrossim, não basta o estabelecimento de institutos jurídicos com o objetivo de evitar o ativismo judicial, é preciso que os membros do parlamento exerçam sua função típica legiferante com altivez e responsabilidade, com a consciência de que há necessidade de trabalho árduo para não permitir que lacunas normativas perpassem por anos a fio deixando os cidadãos privados do exercício de direitos fundamentais cuja eficácia seja limitada. Nesse sentido, o povo deve ser conscientizado da necessidade de eleger parlamentares comprometidos com o bem comum ao analisar sua vida progressa e carreira na vida pública.

Assim sendo, tal fator amenizaria a aparente tutela que o legislador tem sofrido por parte da Suprema Corte que é obrigada a se pronunciar quando provocada, e em algumas situações até injuntiva com relação ao Poder Legislativo que ao longo das décadas tem se mostrado confortável em suas lacunas não sanadas ao deixar que o Poder Judiciário seja instado a se manifestar exercendo uma competência que lhe não é atribuída.

Na mesma toada, a postura do Supremo Tribunal Federal não deve ser diferente, comprometido com o equilíbrio institucional dos órgãos de estatura constitucional, mormente o legislativo, deve exercer suas atribuições conforme as competências delimitadas pela Carta Magna. Não se propugna por um passivismo judicial numa deferência insensata às arbitrariedades do legislativo, mas uma atuação de autoconção como leciona Cass Sunstein, professor de Harvard já citado acima, principalmente nas intervenções em questões que envolvam atribuições discricionárias de outros Poderes – em alguns casos será necessária essa intervenção judicial –, especialmente do Poder Legislativo; cite-se como exemplo a escolha de diretrizes políticas, estabelecimento de políticas públicas, o próprio processo legislativo quando violar normas regulamentares constitucionais.

Com efeito, os pontos estabelecidos acima são propostas que objetivam restabelecer a segurança jurídica há muito desequilibrada em nosso país, a estabilização das “regras do jogo”, o solidificar da previsibilidade mínima que deve permear as relações jurídicas. Reitero que a intenção não é encerrar o debate, mas ao contrário suscitá-lo e propor possíveis soluções práticas com o fito de reafirmar a prevalência da vontade do povo expressa pela lei, bem como a supremacia constitucional.

## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: PC Editorial Ltda. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Governador Valadares, 2012. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Select\\_ao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Select_ao.pdf). Acesso em: 24 nov. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **As várias faces da discricionariedade no Direito Civil brasileiro: o reaparecimento** do Movimento do Direito Livre em Terras Brasiliis. Doutrina Nacional. Revista de Direito Civil contemporâneo, vol. 8, jul. 2016. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliotec a/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_boi\\_2006/RDCivCont\\_n.8.05.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec a/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boi_2006/RDCivCont_n.8.05.PDF). Acesso em: 24 nov. 2019.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **O ativismo judicial**. Fev. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273781,11049-O+ativismo+judicial>. Acesso em: 24 nov. 2019.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica Constitucional**. 1. ed. Bahia: Juspodivm. 2018.

FONTELES, Samuel Sales. **Remédios Constitucionais**. 4. ed. Bahia: Juspodivm. 2019.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como Superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Governador Valadares, 2000. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 5 de maio de 2020.

# CAPÍTULO 15

## O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E O NOVO PARADIGMA DA ATUAÇÃO JURÍDICA

Data de aceite: 01/09/2022

Data de submissão: 08/07/2022

### Alvaro Humberto Andrade Kinjyo

Faculdade Vale do Cricaré (FVC)  
São Mateus – Espírito Santo  
<http://lattes.cnpq.br/2832666052438366>

### Marcus Antonius da Costa Nunes

Faculdade Vale do Cricaré (FVC)  
São Mateus – Espírito Santo  
<http://lattes.cnpq.br/3882053619940936>

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo discutir o contexto digital ao qual o mundo jurídico precisou se adaptar em razão das ferramentas tecnológicas desenvolvidas para práxis do profissional desta área. Para tanto, em seu percurso metodológico, utilizou-se da pesquisa bibliográfica para compreender a relação existente entre o Direito e as TIC's (Tecnologias da Informação e Comunicação), posteriormente buscou-se avaliar o desenvolvimento legislativo para adaptação dos procedimentos pela via eletrônica, bem como a implantação desses procedimentos pelos Tribunais espalhados pelo país para, por fim, analisar os dados relativos à transição dos procedimentos para o mundo virtual. Assim, foi possível inferir ao final do estudo que a atuação do profissional jurídico não pode mais estar dissociada das inovações tecnológicas que aperfeiçoaram a prática legal, exigindo dele, novas competências e habilidades para o desenvolvimento do seu trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prática jurídica. Tecnologia. Processo eletrônico.

### THE ELECTRONIC JUDICIAL PROCESS AND THE NEW PARADIGM OF LEGAL ACTION

**ABSTRACT:** The present work aims to discuss the digital context to which the legal world had to adapt due to the technological tools developed for the praxis of the professional in this area. Therefore, in its methodological course, it was used the bibliographic research to understand the relationship between the Law and the ICT's (Information and Communication Technologies), later, it was sought to evaluate the legislative development to adapt the procedures by electronic means, as well as such as the implementation of these procedures by the Courts spread across the country to, finally, analyze the data related to the transition of procedures to the virtual world. Thus, it was possible to infer at the end of the study that the performance of the legal professional can no longer be dissociated from the technological innovations that have improved legal practice, demanding from him new skills and abilities for the development of his work in an integral way.

**KEYWORDS:** Legal practice. Technology. Electronic process.

### 11 DIREITO E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

A contemporaneidade tem como uma de suas grandes marcas o aprofundamento de meios técnicos e científicos que alteram os arranjos produtivos. Conhecida como

Revolução Informacional, emerge no século XX e se destaca pelo desenvolvimento dos avanços tecnológicos, possibilitando, assim, novas descobertas que influíram de forma determinante na vida do ser humano.

Essa Revolução Informacional foi tão exitosa no desenvolvimento de novos contextos produtivos quanto foi a Revolução Industrial. Contudo, nesse momento, não será mais a força de trabalho substituída em parte pelas máquinas, mas, sim, parte do próprio conhecimento humano (DERTOUZOS, 1997).

Nesse novo contexto, as chamadas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC's) viabilizaram a ampliação da capacidade de tratamento das informações, transformando-as em conhecimento. Esse progresso informacional, decorrente do aperfeiçoamento tecnológico e especialmente marcado pelo uso da comunicação digital e da internet, alteram, assim como na Revolução Industrial, a estrutura econômica e, notadamente, o tecido social:

Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico (CASTELLS, 1999, p. 26).

O impacto das TIC's pode ser percebido numa dimensão global, já que elas influenciaram de maneira decisiva nas diferentes esferas relacionadas ao comportamento humano, seja na forma de se expressar, mas principalmente no que diz respeito ao modo de acessar a informação. De maneira interdependente, praticamente todos os setores individuais e coletivos presentes na sociedade foram afetados, em diferentes graus.

Com o novo panorama social, ressignificado pela capacidade tecnológica, surgem novos modelos de comunicação nos mais variados ramos da atividade humana, redesenhando os arranjos econômicos, culturais e organizacionais, impondo reflexos inegáveis ao mundo jurídico.

Nesta senda, o Direito necessitou se adequar às mudanças dessa nova sociedade, não só em razão do surgimento de novos conflitos produzidos pelas relações tecnológicas, mas se adaptando à nova rotina comunicacional, especialmente no que concerne à legislação:

[...] a partir do século XIX não há mais qualquer dúvida que o direito se transforma com o desenvolvimento da sociedade. Mudança do direito e evolução da sociedade são correlatos. A grande quantidade de normas, as mais diversas que jamais pudessem ter entrado em vigor ou que poderiam fazê-lo no futuro, não pode ser atribuída a uma espécie de pré-formatação na natureza humana; as normas variam com o processo histórico de desenvolvimento de um ordenamento sempre mais complexo da sociedade. Normas jurídicas até então válidas tornam-se obsoletas ou mudam o próprio

sentido ou função e, quando a sociedade se transforma, novas normas as substituem (PINTO, 2002, p. 236).

Por conta dessa percepção multifacetada do Direito frente à tecnologia, faz-se necessário distinguir em termos conceituais, para melhor compreensão da ingerência da tecnologia no ramo jurídico, as diferentes concepções terminológicas que determinam essa relação. Primeiramente, há que se conceituar o termo informática, como “o estudo da estrutura e das propriedades da informação, assim como da aplicação da tecnologia para organização armazenamento, recuperação e disseminação da informação” (FORTES; CELLA, 2019, p. 423).

Revela-se essencial essa conceituação, tendo em vista que entre a informática e o Direito apresentam-se duas grandes vertentes relacionais. A primeira corresponde a todos os aspectos da informática como objeto do Direito, equivalente ao campo do direito informático, representado pelas demandas originárias dos meios digitais, como relações contratuais através do chamado *e-commerce*, crimes cibernéticos, o tratamento de dados pessoais nos meios digitais, na expedição de notas fiscais eletrônicas e na apresentação de declaração de imposto de renda, entre outras áreas desenvolvidas a partir desse novo contexto.

Essa mesma concepção acaba por receber também a denominação de Direito Eletrônico por alguns especialistas, entendendo tratar-se do ramo responsável pela tecnologia como objeto do Direito:

Desta forma, entendemos por Direito Eletrônico o conjunto de normas e conceitos doutrinários, destinados ao estudo e normatização de toda e qualquer relação onde a informática seja o fator primário, gerando direitos e deveres secundários. É, ainda, o estudo abrangente, com o auxílio de todas as normas codificadas de direito, a regular as relações dos mais diversos meios de comunicação, dentre eles os próprios da informática (ALMEIDA FILHO, 2015, p. 103).

O segundo representa a instrumentalidade da informática a serviço do Direito, através de ferramentas que viabilizariam a otimização dos processos informacionais na estrutura jurídica, o que designaria a chamada informática jurídica:

Nesse sentido, a informática jurídica representa o uso de processos informáticos na atividade jurídica, de modo a se obterem melhorias no armazenamento de dados, assim como melhor organização das informações nas profissões jurídicas (ASCENSÃO, 2001). Contudo, a informática jurídica e o direito informático não podem ser confundidos com o método denominado jurimetria (originário do termo *jurimetrics*). A separação conceitual aqui empregada é fundamental, já que a jurimetria é constantemente associada à informática jurídica em pesquisas empíricas que têm como objeto analisar o uso de aplicações tecnológicas no campo do Direito, como o processo eletrônico, por exemplo (ALMEIDA FILHO, 2015, p. 424).

Diante desse novo cenário, o ordenamento jurídico não poderia deixar de acompanhar a evolução tecnológica, já que a ele é designada a responsabilidade de dirimir os conflitos

e tutelar as relações sociais. Acostumado com a estabilidade e o controle, construídos por séculos de convenções e tradições, viu-se diante da necessidade de reinvenção das suas estruturas em razão do novo momento, fazendo emergir uma discussão premente sobre a adaptação dos seus procedimentos à realidade efêmera imposta pelo avanço tecnológico.

Nessa perspectiva, a jurisdição, entendida como o poder que detém o Estado para aplicação do direito ao caso concreto, buscando resolver os conflitos de interesse e assim resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei, encontra novos desafios para cumprir sua função primordial no Estado Democrático de Direito. De maneira mais específica, a jurisdição processual, que permite a todo cidadão demandar os órgãos jurídicos quando têm suas pretensões resistidas, deve se subsumir ao novo contexto:

A jurisdição processual do século XXI está sendo marcada pela nova lógica da sociedade contemporânea, na qual ocorre uma significativa aceleração pelos novos meios tecnológicos e informacionais. A virtualidade, os meios técnicos e científicos edificaram uma nova roupagem na sociedade. As novas mídias e o desenvolvimento das Tecnologias da Informação e Comunicação - TIC propuseram uma reconfiguração social, cultural, política, econômica e, especialmente, jurídica (BARROS; BRUNET, 2018, p. 84).

Por essas razões, tornou-se inevitável o aperfeiçoamento da dinâmica jurídica, a fim de atender não só os novos conflitos decorrentes da tecnologia, mas efetivar a democratização do acesso à justiça, garantia que, no ordenamento jurídico brasileiro tem contornos de direito fundamental, previsto no art. 5º da Carta Magna, em seu inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, [2016]).

O referido mandamento constitucional, conhecido como princípio do acesso à justiça, garante que o Estado não deixará de atender às demandas que a ele são apresentadas. É possível inferir nesse caso, que o direito não pode desprezar o avanço tecnológico, já que inerente à nova estrutura social, devendo criar mecanismos que integrem a funcionalidade da justiça aos meios tecnológicos, para assim efetivar de maneira plena o direito fundamental de acesso à justiça:

As NTCL apresentam um enorme potencial de transformação do sistema judicial, tanto na administração e gestão da justiça, na transformação do exercício das profissões jurídicas, como na democratização do acesso ao direito e à justiça. No que respeita à administração e gestão da justiça, as novas tecnologias podem ter um efeito positivo na celeridade e eficácia dos processos judiciais. Podem, por exemplo, substituir tarefas rotineiras, permitir um controle mais eficaz da tramitação dos processos, melhorar a gestão dos recursos humanos, das secretarias judiciais e das agendas judiciais, permitir o envio de peças processuais em suporte digital, facilitar o acesso às fontes de direito e, por essa via, ajudar os operadores judiciais a conhecer e a interpretar o sistema jurídico, para muitos operadores judiciais, cada vez mais complexo (SANTOS, 2005, p. 90).

Desta forma, com a busca pela implementação do potencial tecnológico ao meio

jurídico, evidenciou-se um novo desafio a ser cumprido pela administração da justiça de modo geral: garantir a eficiência na prestação jurisdicional, aliada ao novo contexto vivido através da sociedade da informação. Tal enfrentamento veio ao encontro da construção teórica desenvolvida por Mauro Cappelletti, conhecida como “ondas renovatórias do acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). A primeira e a segunda ondas correspondem à garantia da assistência judiciária gratuita aos pobres e a representação dos interesses difusos, respectivamente.

A terceira onda se desenvolve em meio a evolução tecnológica, quando preceitua o acesso à representação em juízo a uma nova concepção mais ampla de acesso à Justiça. Um novo enfoque de acesso à Justiça:

[...] mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juizes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 71).

Frente a essa nova demanda, o Direito e sua dinâmica processual não poderiam acompanhar o avanço tecnológico apenas com a criação de normas que tutelassem os modernos conflitos sociais, mas materializaria seu desenvolvimento, incorporando à rotina organizacional e procedimental as Tecnologias da Informação e Comunicação. E nessa perspectiva, desenvolveu-se de maneira gradativa a criação do chamado processo judicial eletrônico.

Além da expectativa de maior eficiência no atendimento das demandas sociais, garantindo a democratização do acesso à justiça, o processo eletrônico também serviria como alternativa a um dos grandes problemas que assolam o sistema jurídico, que é a morosidade do processo judicial:

Dentro desta nova ordem processual, o processo eletrônico aparece como mais um instrumento à disposição do sistema judiciário, provocando um desafogo, diante da possibilidade de maior agilidade na comunicação dos atos processuais e de todo o procedimento. Possível será, ao menos em tese, que se identifiquem, no processo eletrônico, os denominados pontos-mortos e os gargalos processuais (ALMEIDA FILHO, 2015, p. 109).

Com o objetivo de maximizar o acesso à justiça, além de minorar os efeitos danosos decorrentes da morosidade de tramitação dos processos judiciais, o Brasil, através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pela administração e controle do Poder Judiciário em todo território nacional e suas diferentes instâncias de atuação, encampou um projeto de integralização do processo eletrônico no país, por meio da Resolução nº. 185/2013 (BRASIL, 2013).

O Brasil pode ser considerado pioneiro no processo de transição do processo judicial físico para o processo judicial eletrônico, assim como ocorreu no âmbito eleitoral, com a utilização das urnas eletrônicas, buscando acompanhar os contornos tecnológicos

que permeiam a sociedade, respondendo os anseios decorrentes de uma nova realidade.

Contudo, tal regulamentação decorreu de uma evolução gradativa de incorporação da tecnologia ao meio jurídico por meio de diferentes legislações, nos mais diversos tribunais espalhados pelo país, até culminar na referida normativa do CNJ.

## **21 A MUDANÇA LEGISLATIVA E A INCORPORAÇÃO DOS MEIOS ELETRÔNICOS AO PROCESSO JUDICIAL**

Apesar de atualmente contar-se com a integralização quase total do processo eletrônico nos tribunais do país, viabilizando a tramitação e comunicação dos atos que compõem a dinâmica processual de forma totalmente virtual, célere e transparente, a norma precursora da modernização do processo na legislação brasileira prevê a utilização de uma tecnologia completamente defasada. Trata-se da Lei n. 8.245/1991 (BRASIL, 1991), mais conhecida como Lei do Inquilinato, que, em seu art. 58, IV, prevê, tendo em vista que não foi revogada, a utilização do meio fac-símile (fax) ou outro sistema de transmissão de dados similar para a comunicação dos atos processuais.

Posteriormente, surge a chamada Lei do Fax, Lei n. 9.800/1999 (BRASIL, 1999), que poderia ter tornado definitiva a instituição do processo eletrônico no país, considerando que em seu art. 1º previu que “É permitida às partes a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”. Ou seja, garantia aos demandantes no processo judicial a possibilidade de envio de petições por meio da utilização do fax, contudo, os originais deveriam ser “entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término”, conforme art. 2º da referida lei.

Pouco tempo depois, a Lei n. 10.259/2001 (BRASIL, 2001a), disciplinou a criação dos Juizados Especiais Federais, microssistemas integrantes do Poder Judiciário, que no âmbito da Justiça Federal, se responsabilizava por tratar de demandas de menor complexidade. Na citada norma, tem-se o marco da informatização do processo judicial, já que em seu art. 8º, §2º, permitiu-se de forma expressa que “Os tribunais poderão organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico”. Com a referida previsão legal, permitia-se a comunicação pela via eletrônica, sem a necessidade de apresentação dos originais, como previa a Lei do Fax anteriormente. Dessa forma, “surgia um primeiro modelo de processo judicial eletrônico, concebido para amoldar-se ao desiderato dos juizados especiais: celeridade” (PAULA, 2010, p. 79).

Ainda no ano de 2001, foi editada a Medida Provisória 2.002/2001, que possibilitou a adoção da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, a qual garantiria em seu art. 1º “a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras” (BRASIL, 2001b).

À medida que novas disposições legais eram implementadas no sentido de

informatizar os meios de tratamento das informações processuais, a questão da morosidade do processo judicial se mostrava cada vez mais premente. Por esta razão e com o objetivo de aperfeiçoar o Poder Judiciário a fim de alcançar a melhoria da prestação jurisdicional, a Emenda Constitucional n. 45/2004 (BRASIL, 2004) inclui o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, prevendo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A partir da promulgação desta Emenda, o compromisso de garantir a duração razoável do processo se tornou um compromisso de caráter constitucional, sacramentando de maneira definitiva a necessidade de viabilizar meios que possibilitassem a celeridade da tramitação dos processos judiciais, o que inspirou o legislador a instrumentalizar a adoção dos meios eletrônicos por meio de diversas alterações promovidas no Código de Processo Civil de 1973.

Através da Lei n. 11.280/2006, que incluiu o parágrafo único ao art. 154 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2006a), previu-se que os tribunais

[...] poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil.

Sucessivamente o Código de Processo Civil foi também alterado pela Lei n. 11.341/2006, permitindo a reprodução de julgados retirados da internet para subsidiar recurso, e a Lei n. 11.382/2006, permitindo o bloqueio *online* de valores em contas de executados através de sistema integrado com o Banco Central, entre outras operacionalidades pelos meios eletrônicos.

A promulgação da Lei n. 11.419/2006 conclui o ciclo de legislações que buscavam atender ao mandamento constitucional pela duração razoável do processo, através da informatização do processo civil brasileiro. A referida norma pode ser entendida como um marco na transição do processo judicial, quando institui procedimentos que substituíram os atos processuais dos meios físicos para o meio eletrônico. É considerada como a primeira lei a admitir o uso da tecnologia para a comunicação dos atos processuais, significando assim o marco definitivo da informatização processual no país.

Conhecida como Lei do Processo Eletrônico, a Lei n. 11.419/2006 dispõe sobre a informatização do processo judicial, dedicando-se de maneira exclusiva a regulamentar a comunicação dos atos processuais, compreendida como a via de diálogo das partes com o Poder Judiciário e vice-versa. A citada legislação trouxe nova roupagem à sistemática procedimental do processo judicial, com o intuito precípua de reduzir custos, facilitar o acesso à justiça e atingir a duração razoável do processo, adaptando mecanismos eletrônicos de citação e intimação ao novo cenário virtual:

Art. 1º O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais,

comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei.

§ 1º Aplica-se o disposto nesta Lei, indistintamente, aos processos civil, penal e trabalhista, bem como aos juizados especiais, em qualquer grau de jurisdição.

§ 2º Para o disposto nesta Lei, considera-se:

I - meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

II - transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; (BRASIL, 2006b).

Aplicada aos processos civil, penal, trabalhista, além dos juizados específicos, a nova legislação concebeu a utilização do meio eletrônico, em todos os níveis de jurisdição, na tramitação das ações propostas junto ao Poder Judiciário bem como na comunicação dos atos, permitindo que as partes do processo abandonassem a prática de acompanhar diariamente as publicações impressas dos diários oficiais, disponibilizadas na recepção dos fóruns, passando a receber via e-mail as publicações oficiais para acompanhamento dos seus processos:

Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

[...]

§ 1º O sítio e o conteúdo das publicações de que trata este artigo deverão ser assinados digitalmente com base em certificado emitido por Autoridade Certificadora credenciada na forma da lei específica.

[...]

§ 5º A criação do Diário da Justiça eletrônico deverá ser acompanhada de ampla divulgação, e o ato administrativo correspondente será publicado durante 30 (trinta) dias no diário oficial em uso (BRASIL, 2006b).

A Lei do Processo Eletrônico veio para atender os diversos anseios anteriormente apresentados, com especial destaque para a garantia do efetivo acesso à justiça e a tentativa de resolução do problema da morosidade da justiça, impondo uma mudança de cultura no meio jurídico. Ademais, propiciou a economia processual, a desburocratização dos procedimentos judiciais, maximizando a capacidade de processamento e julgamento das ações e, além disso, a preservação do meio ambiente com a diminuição significativa da utilização de papel.

Em termos práticos e a título exemplificativo, a Lei n. 11.419/2006 alterou a data inicial de contagem dos prazos processuais, tendo em vista que em seu art. 4º, §3º e §4º, passou a considerar a data da publicação dos atos, que gera o início dos prazos

processuais, o dia subsequente à disponibilização no Diário da Justiça Eletrônico. Criou ainda, no art. 5º, a possibilidade das intimações (comunicação que impõe a manifestação da parte no processo), através de “portal próprio”, disponibilizado em ambiente do tribunal em que o processo tramita.

Instituiu ainda a possibilidade de disponibilização do processo judicial no ambiente virtual:

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 6º Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa pelas respectivas partes processuais, pelos advogados, independentemente de procuração nos autos, pelos membros do Ministério Público e pelos magistrados, sem prejuízo da possibilidade de visualização nas secretarias dos órgãos julgadores, à exceção daqueles que tramitem em segredo de justiça (BRASIL, 2006b).

Passou a permitir também a distribuição das petições pela via eletrônica (art. 10), a assinatura eletrônica dos documentos (art. 8º), bem como a comunicação entre autoridades judiciárias com as chamadas cartas precatórias, rogatórias e de ordem, pela via eletrônica (art. 7º), abandonando o procedimento de postagem, evitando as chances de extravio e o risco de falta de documentação que instrua a referida comunicação.

Ou seja, a Lei n. 11.419/2006 inaugurou um novo paradigma para o Judiciário, quando possibilitou que os tribunais do país adequassem seus procedimentos ao meio eletrônico, fazendo uso da tecnologia para atender a dinâmica da sociedade informacional, agora formada por documentos eletrônicos, comunicação em tempo real, acessibilidade, disponibilidade e mobilidade, iniciando, assim, a era do processo eletrônico no Brasil.

### **3 | A IMPLANTAÇÃO DOS SISTEMAS DE PROCESSO ELETRÔNICO PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS**

Após a edição da Lei do Processo Eletrônico, todos os tribunais espalhados pelos estados da federação, nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário, estavam a partir daquele momento autorizados a modificar a forma de recepção, instrução e processamento das demandas que lhes eram apresentadas.

Inicialmente, ficava a critério de cada tribunal o sistema que utilizaria, regulamentando, de acordo com a Lei n. 11.419/2006, de forma pormenorizada como se daria a dinâmica dos procedimentos eletrônicos nas suas respectivas áreas de atuação. Assim, obviamente, foram criadas diversas plataformas, utilizando-se dos mais variados meios de interação pelos “portais” judiciários, o que, a princípio causou preocupação para os operadores do direito (advogados, servidores, promotores e juízes).

Já em 2007, o Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, instituiu, por meio da Resolução nº. 344/2007, o sistema “E-STF”, programa destinado ao

peticionamento e operacionalização dos atos processuais por meio eletrônico, passando a receber os recursos extraordinários por esta via.

Na Bahia, estado da federação onde a presente pesquisa foi realizada, o primeiro sistema a admitir o processo judicial pela via eletrônica foi o “Projudi”. O sistema foi regulamentado pela Resolução n. 14/2007 do Tribunal de Justiça do Estado e previa a utilização, em caráter experimental, do processo eletrônico restrito aos Juizados Especiais daquele órgão:

Art. 1º Fica autorizada, em caráter experimental, a implantação e o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais cíveis e criminais, inicialmente através de projeto-piloto nos Juizados Especiais, e, gradativamente, nas demais unidades da Justiça Estadual, em qualquer grau de jurisdição, observada a disponibilidade orçamentária e a conveniência administrativa. Art. 2º A implantação do processo eletrônico, em qualquer Comarca do Estado, pressupõe a prévia instalação de sala de atendimento, dotada de equipamentos de informática destinados ao uso das partes, advogados, procuradores estaduais, municipais e federais, defensores públicos e membros do Ministério Público, assim como treinamento de funcionários para atermatção eletrônica. Art. 3º O processo eletrônico funcionará exclusivamente através do programa de computador (software) denominado PROJUDI – Processo Judicial Digital (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2007).

Após três anos do início da implantação do “Projudi” no âmbito dos Juizados Especiais e das Turmas Recursais, todos os processos novos ajuizados nesse espaço já eram digitais (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, [202-?]).

Em 2009, seguindo os passos de outros tribunais do país, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), maior tribunal regional federal do país, com jurisdição no Distrito Federal e mais 13 estados, entre eles a Bahia, através da Resolução Presi n. 600-25 de 07 de dezembro de 2009, instituiu o processo digital “e-Jur”, tendo como sistema de peticionamento eletrônico o “e-Proc” (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO, 2009).

Em seguida, dando continuidade à implantação do processo eletrônico no estado da Bahia, o Tribunal de Justiça regulamentou, por meio da Resolução n. 20/2013, a implantação do sistema “E-saj”, que ampliaria a quantidade de processos instrumentalizados pela via eletrônica, já que previa sua utilização nas comarcas intermediárias e finais do estado:

Art. 1º - Regular o processo judicial eletrônico no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no âmbito de 1º e 2º graus de jurisdição, exceto para as unidades dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Turmas Recursais.

[...]

Do Sistema de Processo Eletrônico

Art. 2º – Fica instituído o SAJ - Sistema de Automação da Justiça para tramitação de processos judiciais eletrônicos no Tribunal de Justiça do

Estado da Bahia, utilizado como meio eletrônico de comunicação de atos e transmissão de peças processuais no âmbito das serventias de 1º grau, exceto Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e de 2º grau, exceto Turmas Recursais.

[...]

Art. 3º - O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia poderá firmar convênios com outras instituições, a exemplo de OAB, Ministério Público, Procuradorias do Estado e dos Municípios, Defensoria Pública, para facilitar o uso do portal de serviços do sistema E-SAJ (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA, 2013).

O citado sistema respondia o objetivo de migração da dinâmica processual para a via digital, tendo em vista que foi implantado em 28 comarcas do interior, com 240 unidades judiciais, permitindo ainda o acompanhamento dos já existentes processos judiciais físicos no primeiro e segundo graus do Tribunal de Justiça da Bahia.

Com a expansão da tecnologia e acesso aos meios de construção de sistemas eletrônicos, bem como a iniciativa de todos os tribunais do país de integração do meio eletrônico para a tramitação dos processos eletrônicos nas áreas de responsabilidade de cada um deles, viu-se crescer a variedade de sistemas diferentes em cada estado da federação, o que gerava um impasse relevante quanto à modernização do processo eletrônico, já que a falta de padronização e homogeneidade dos variados programas dificultava a atuação dos advogados e demais atores da dinâmica judicial:

Estando à frente da Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação do Conselho Federal da OAB, ao longo desses 2 (dois) anos, me deparei com 46 (quarenta e seis) sistemas de peticionamento eletrônico nos tribunais, o que transformou a vida dos advogados em um verdadeiro inferno digital, seja para os colegas de grandes corporações, que trabalham em todo território brasileiro, como os advogados dos bancos públicos e privados, das procuradorias federais e dos grandes escritórios, mas, especialmente, para os advogados que atuam em escritórios modestos, que representam a maioria da advocacia brasileira, porquanto não têm recursos para ter um computador pessoal configurado para cada sistema, pois não é raro existir nos estados, 4 (sistemas) em funcionamento nos vários ramos da justiça (ALLEMAND, 2014, p. 375).

O apelo para que houvesse uma unificação dos sistemas, garantindo os primados que inspiraram a concepção do processo eletrônico como uma ferramenta que possibilitaria a expansão do acesso à justiça, bem como a alternativa para mitigação da morosidade do processo judicial, despertou no Conselho Nacional de Justiça a responsabilidade de assumir o compromisso de capitanear o desafio em busca da padronização e unificação dos sistemas.

Em setembro de 2009, para atender a demanda em prol da unificação dos sistemas, o CNJ inicia o projeto PJe – Processo Judicial Eletrônico. Tratou-se da retomada dos trabalhos já iniciados pelo referido órgão, em parceria com cinco tribunais federais e o

Conselho da Justiça Federal (CJF). Haviam sido reunidas as experiências dos tribunais federais quando da paralisação do projeto, contudo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), por conta própria, deu início à execução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Assim, restou celebrado o termo de acordo de cooperação técnica n. 73/2009 entre o CNJ, o CJF e os 5 (cinco) tribunais regionais federais, com o objetivo de reunir esforços para o desenvolvimento do então sistema “Creta Expansão”. O intuito era a adoção de soluções tecnológicas que possibilitassem “a utilização do software em todos os procedimentos judiciais de maneira configurável e flexível, considerando as características peculiares do trâmite processual de cada ramo da Justiça” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [202-?]).

Depois de firmado o convênio inicial com os cinco tribunais regionais federais e o CJF, houve a apresentação do sistema à Justiça do Trabalho, além de outros tribunais de justiça. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) e o Tribunal Superior do Trabalho (TST) aderiram ao convênio e, por sua vez, pactuaram convênios com os 24 tribunais regionais do trabalho (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010). Seguindo a mesma linha, o CNJ firmou o termo de acordo de cooperação técnica n. 43/2010 com 14 tribunais de justiça estaduais, no qual houve a mudança do nome “Creta Expansão”, para “Processo Judicial Eletrônico – PJe” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, [202-?]).

A partir desse trabalho conjunto, iniciou-se o desenvolvimento do sistema que iria unificar a gestão dos processos eletrônicos no Brasil. Na apresentação do manual do PJe, evidenciou-se a intenção do CNJ ao implementar o referido *software*:

O objetivo principal buscado pelo CNJ é elaborar e manter um sistema de processo judicial eletrônico capaz de permitir a prática de atos processuais pelos magistrados, servidores e demais participantes da relação processual diretamente no sistema, assim como o acompanhamento desse processo judicial, independentemente de o processo tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados e na Justiça do Trabalho.

Além desse grande objetivo, o CNJ pretende fazer convergir os esforços dos tribunais brasileiros para a adoção de uma solução única, gratuita para os próprios tribunais e atenta para requisitos importantes de segurança e de interoperabilidade, racionalizando gastos com elaboração e aquisição de softwares e permitindo o emprego desses valores financeiros e de pessoal em atividades mais dirigidas à finalidade do Judiciário: resolver os conflitos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

A proposta de integração dos meios de tratamento do processo judicial, por meio de um único sistema, garantiria a segurança da adaptação à exigente realidade de utilização dos meios virtuais, colaborando para uma maior eficiência da rotina laboral dos usuários do sistema judiciário.

Além disso, a grande diferença ocasionada pela mudança dos autos físicos para o sistema único de processamento das demandas judiciais seria a potencialidade de redução

do tempo para a resposta dos conflitos que são levados ao Poder Judiciário, de diversas maneiras:

- extinguindo atividades antes existentes e desnecessárias em um cenário de processo eletrônico, tais como juntadas de petições, baixa de agravos de instrumento, juntadas de decisões proferidas por Cortes especiais ou pelo Supremo Tribunal Federal;
- suprimindo a própria necessidade de formação de autos de agravo em razão da disponibilidade inerente do processo eletrônico;
- eliminando a necessidade de contagens e prestação de informações gerenciais para órgãos de controle tais como as corregedorias e os conselhos;
- atribuindo ao computador tarefas repetitivas antes executadas por pessoas – e, portanto, propensas a erros –, tais como a contagem de prazos processuais e prescricionais;
- otimizando o próprio trabalho nos processos judiciais, acrescentando funcionalidades antes inexistentes capazes de agilizar a apreciação de pedidos e peças processuais;
- deslocando a força de trabalho dedicada às atividades suprimidas para as remanescentes, aumentando a força de trabalho na área fim;
- automatizando passos que antes precisavam de uma intervenção humana;

permitindo a execução de tarefas de forma paralela ou simultânea por várias pessoas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Com a criação do PJe, viabilizada através da colaboração conjunta de diferentes setores do Poder Judiciário e a concentração dos esforços para a implementação do sistema capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, o desejo de tornar virtuais todos os processos judiciais no Brasil ganhou forma, tornando-se uma realidade irreversível a partir da edição da Resolução n. 185/2013 do CNJ, que consolidou o PJe como sistema único e obrigatório em todo o Brasil.

## **4 | A CONSOLIDAÇÃO DO PJE COMO PRINCIPAL SISTEMA DE TRAMITAÇÃO PROCESSUAL NO BRASIL**

Por força de mandamento constitucional insculpido no art. 103-B, §4º da Carta Magna, os tribunais de todo país estão subordinados às decisões do Conselho Nacional de Justiça: “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes...”.

Em razão da referida norma, as decisões no âmbito administrativo inerentes ao Poder Judiciário estão a cargo do CNJ. Assim, após a edição da Resolução n. 185/2013, todos os tribunais do país estariam obrigados a se adequar à nova estrutura relativa ao processo eletrônico, mais especificamente a adoção do PJe como principal ferramenta de

manuseio e operacionalidade dos autos processuais:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais, e

CONSIDERANDO as diretrizes contidas na Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, especialmente o disposto no art. 18, que autoriza a regulamentação pelos órgãos do Poder Judiciário;

[...]

RESOLVE:

Instituir o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema informatizado de processo judicial no âmbito do Poder Judiciário e estabelecer os parâmetros para o seu funcionamento, na forma a seguir:

Art. 1º A tramitação do processo judicial eletrônico nos órgãos do Poder Judiciário previstos no art. 92, incisos I-A a VII, da Constituição Federal, realizada por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe, é disciplinada pela presente Resolução e pelas normas específicas expedidas pelos Conselhos e Tribunais que com esta não conflitem (BRASIL, 2013).

Com a regulamentação estabelecida pela Resolução n. 185/2013, o CNJ atenderia os ditames estabelecidos pela Lei n. 11.416/06, esclarecendo os aspectos de controle do sistema judicial compreendidos pelo PJe; definiria as regras de acesso ao sistema, seu funcionamento; a forma dos atos processuais; a administração do sistema e, a fim de cumprir de maneira efetiva o projeto de integralização do processo eletrônico por meio do PJe, definiu metas para a implantação do programa nos tribunais espalhados pelo país.

Os tribunais, por meio de suas presidências, deveriam estabelecer “Comitê Gestor e adotar as providências necessárias à implantação do PJe, conforme plano e cronograma a serem previamente aprovados pela Presidência do CNJ, ouvido o Comitê Gestor Nacional” (BRASIL, 2013)

Afastando qualquer tipo de dúvidas quanto à obrigatoriedade da adoção do referido sistema, além de tornar obrigatório o planejamento e definição de cronograma para o processo de implantação, o CNJ fez questão de regulamentar o plano de metas para a efetivação da integralização do PJe, estabelecendo que:

Art. 34. § 3º O cronograma deve relacionar os órgãos julgadores de 1º e 2º Graus em que o PJe será gradualmente implantado, a contar do ano de 2014, de modo a atingir 100% (cem por cento) nos anos de 2016, 2017 ou 2018, a depender do porte do Tribunal no relatório Justiça em Números (pequeno, médio ou grande porte, respectivamente).

§ 4º No ano de 2014, o PJe deve ser implantado em, no mínimo, 10% (dez por cento) dos órgãos julgadores de 1ª e 2ª Graus (BRASIL, 2013).

O processo eletrônico no Brasil, após a regulamentação da Resolução n. 185/2013, deixou de ser um projeto, tornando-se realidade. Para acompanhar a evolução desse caminho de transição, o CNJ se utiliza de um programa de monitoramento e controle dos

processos em todo país chamado “Justiça em Números”.

Uma das formas de avaliar o desempenho de tramitação dos processos judiciais se dá pelo chamado Índice de Atendimento à Demanda (IAD), que reflete a capacidade dos tribunais de dar vazão ao volume de casos ingressados. O indicador global no Poder Judiciário alcançou 113,7% no ano de 2018, culminando em redução do estoque em 936 mil processos. Pela primeira vez na década, todos os ramos da justiça superaram o patamar mínimo desejável de 100% no IAD. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

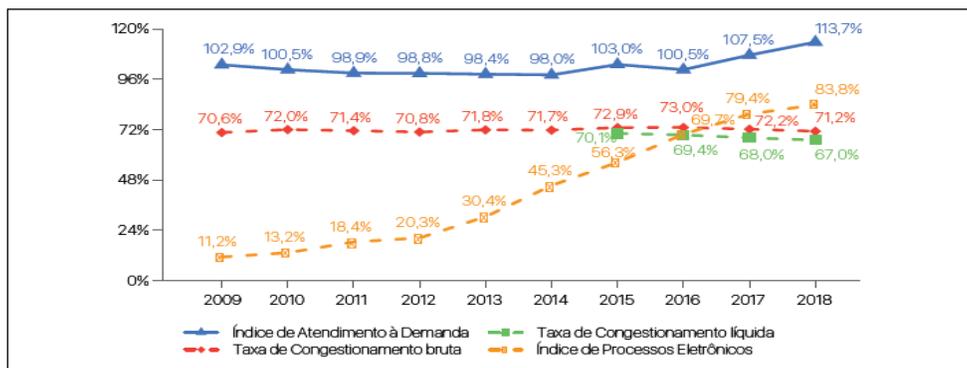


Gráfico 1 - Série histórica da taxa de congestionamento, do índice de atendimento à demanda e do percentual de processos eletrônicos

Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Justiça em Números, 2019.

Ainda segundo os dados do CNJ, durante o ano de 2018, “apenas 16,2% do total de processos novos ingressaram fisicamente. Em apenas um ano, entraram 20,6 milhões de casos novos eletrônicos” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 95). Em 10 anos, foram protocolados 108,3 milhões de novos casos em formato eletrônico, atingindo um percentual total de 83,8% da demanda total dos casos levados ao Poder Judiciário.

Na Bahia, é possível perceber através dos dados apresentados pelo CNJ que o IAD do tribunal corresponde a 97,5%, o que representa a quase totalidade de atendimento às demandas que são apresentadas neste tribunal. E o percentual de novos casos pela via eletrônica corresponde a 93,2% do total de demandas apresentadas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

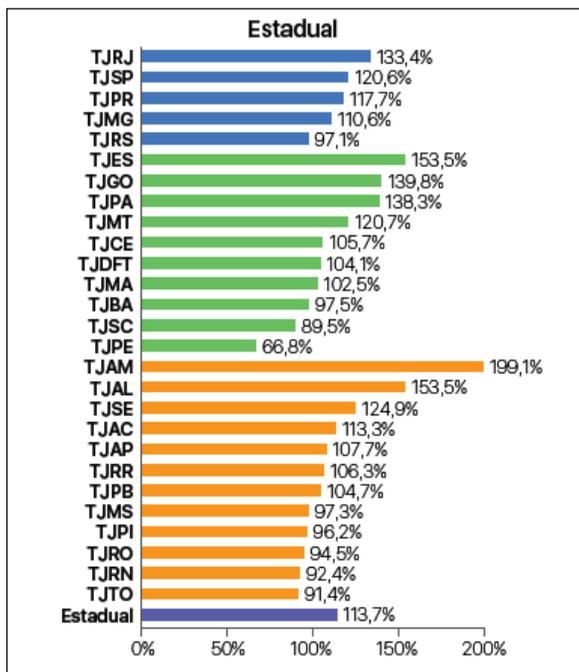


Gráfico 2 - Índice de Atendimento à Demanda, por tribunal.

Fonte: CNJ, Justiça em Números 2019.

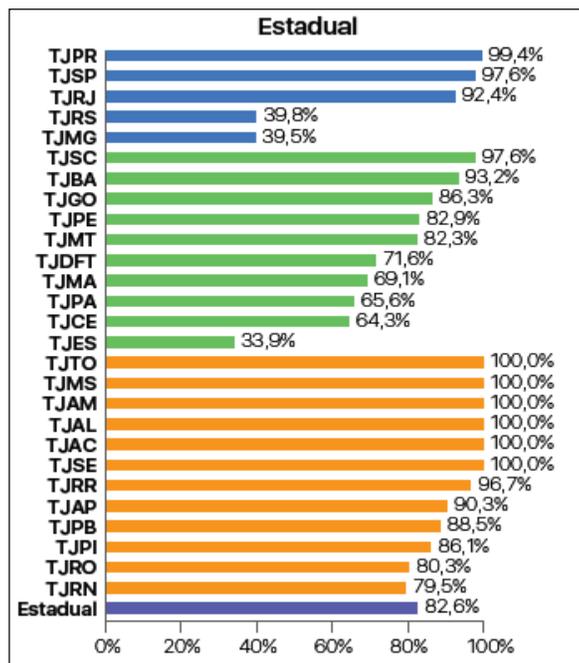


Gráfico 3 - Percentual de casos novos eletrônicos, por tribunal.

Fonte: CNJ, Justiça em Números 2019.

Diante deste cenário, é inegável que o processo eletrônico deixou de ser apenas uma ferramenta de facilitação da tramitação dos atos processuais, caracterizando-se em novo paradigma da rotina de atuação em todas as esferas do Poder Judiciário, exigindo dos profissionais que participam dessa rotina o conhecimento técnico para dominar os meios eletrônicos de processamento das demandas:

É fundamental, por isso, que os operadores judiciais sejam persuadidos da importância e das vantagens para o sistema judicial dos novos métodos de gestão e das NTCl. Para tal, o processo de mudança deve ser precedido, ou ocorrer em simultâneo, com as seguintes etapas:

[...]

c) Desenvolvimento de programas de formação permanente para os funcionários e magistrados sobre os novos métodos de gestão e sobre as NTCl que lhe estão associadas. É fundamental criar competência nos agentes judiciais para a utilização eficaz das NTCl. Para tal, é necessário criar e incentivar a frequência de programas de formação permanente de forma a diminuir o grupo dos infoexcluídos. **Em matéria de formação é, ainda, fundamental prestar mais atenção à formação inicial, quer nas Faculdades de Direito – neste domínio é ainda muito grande a disjunção entre a importância social das NTCl e a sua desvalorização no ensino e na aprendizagem do direito –**, quer nos programas de formação inicial de magistrados e advogados (SANTOS, 2005, p. 91-92, grifo nosso).

Com a nova sistemática que se apresenta nos diferentes âmbitos do Poder Judiciário, é urgente a necessidade de adaptação da dinâmica do processo eletrônico ainda na formação do profissional do Direito:

É premente a conscientização pelas Faculdades de Direito da necessidade de atualização de seus currículos, nele incluindo disciplinas que não apenas capacitem o aluno, futuro bacharel, a lidar com as ferramentas tecnológicas com naturalidade, mas que o habilite como ser pensante num sistema arcaico que precisa de reformas. Para tanto é imperiosa a revisão e atualização da metodologia de ensino, qualificando o aluno à reflexão crítica, de modo a se libertar dos antigos modelos dogmáticos, que não mais se sustentam no meio informático, propício à cognição expedita (CASTRO, 2014, p. 409).

É possível inferir diante desta perspectiva, que a formação do profissional do Direito na contemporaneidade não pode desconsiderar a realidade que se apresentará na rotina laboral desse profissional. O processo judicial eletrônico se traduz na nova realidade de trabalho desse profissional, portanto faz-se imperioso ressignificar sua capacitação, sob pena de não possuir competências para aplicar o conhecimento adquirido no ambiente acadêmico.

## 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o contexto do profissional do Direito mudou de forma substancial na última década, representando um novo paradigma de trabalhabilidade, vez que a

sistemática dos processos judiciais, em sua quase totalidade, agora se desenvolve pelas vias eletrônicas.

Essa mudança tem gerado um impacto significativo, pois expõe à exclusão do trabalho àqueles que não possuem as habilidades geracionais para lidar com os sistemas de tramitação processual.

O contexto de trabalho, após as diretivas insculpidas pelo Conselho Nacional de Justiça, sofreram uma completa ressignificação, visto que tornou-se obrigatório a todos os tribunais do país a adoção do PJe – Processo Judicial Eletrônico – como sistema de processamento e tramitação dos autos processuais.

Desta forma, evidencia-se que o mundo jurídico não está alheio à Revolução Informacional, pelo contrário, como a maioria dos campos de trabalho intelectual, convive de forma cada vez mais perene com a realidade digital, exigindo assim novas competências profissionais aos seus operadores.

## REFERÊNCIAS

ALLEMAND, Luiz Cláudio. O processo eletrônico e o futuro da advocacia. *In*: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; ALLEMAND, Luiz Claudio (Coord.). **Processo judicial eletrônico**. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: a informatização judicial no Brasil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARROS, Bruno Mello Corrêa de; BRUNET, Karina Schuch. Os desafios da jurisdição no século XXI a partir da perspectiva do e-commerce e das dinâmicas da sociedade em rede. *In*: CONPEDI/UNISINOS (Org.). **Processo, jurisdição e efetividade da justiça** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº. 185/2013, de 18 de dezembro de 2013. Institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. **Diário da Justiça Eletrônico/CNJ**. Brasília, nº 241, p. 2, dez. 2013.

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/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 jul. 2022.

BRASIL, Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 out. 1991.

BRASIL, Lei nº 9.800, de 26 de maio de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 maio 1999.

BRASIL, Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2001a.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 ago. 2001b.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

BRASIL, Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 fev. 2006a.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 19 dez. 2006b.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**: a era da informação: economia, sociedade e cultura. 4. ed. v. 1. Tradução: Roneide Vanacio Majer com colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Luiz Fernando Martins. A implantação do processo eletrônico no Brasil: caminho com rumo? *In*: COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado; ALLEMAND, Luiz Claudio (Coord.). **Processo judicial eletrônico**. Brasília: OAB, Conselho Federal, Comissão Especial de Direito da Tecnologia e Informação, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Histórico. **CNJ.jus**, [202-?]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/processo-judicial-eletronico-pje/historico/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. PJe – Processo Judicial Eletrônico. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO JUDICIÁRIO, 4., dez. 2010, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manual-processo-judicial-eletronico-cnj.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2020.

DERTOUZOS, Michael. **O que será**: como o novo mundo da informação transformará nossas vidas. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

FORTES, Vinicius Borges; CELLA, José Renato Gaziero. Há espaço no direito para um 'ciberdireito'? : uma proposta a partir das novas diretrizes curriculares para os cursos de direito no Brasil. *In*: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Educação jurídica no século XXI**: novas diretrizes curriculares nacionais do curso de direito – limites e possibilidades. 1. ed. Florianópolis: Habitus, 2019.

PAULA, Wesley Roberto de. A tramitação processual eletrônica. *In*: CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende (Coord.). **Comentários à lei do processo eletrônico**. São Paulo: LTr, 2010.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e informação. **Sociologias**, Porto Alegre, n. 13, p. 82-109, jan./jul. 2005.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Processo Eletrônico na Bahia. **TJBA**, [202-?]. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/pjeinformacoes/index.php/sobre-pje/processo-eletronico-na-bahia>. Acesso em: 08 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Resolução nº. 14/2007, de 26 de outubro de 2007**. Disponível em: <http://www.tjba.jus.br/wiki/images/f/f2/ResolucaoTJBA.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **Resolução nº. 20/2013, de 21 de agosto 2013**. Disponível em: <http://www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=11000&tmp.secao=4>. Acesso em: 25 set. 2017.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Resolução/PRESI 600-25, de 07 de dezembro de 2009. **Diário Eletrônico do TRF1** – e-DJF1 n. 47, página 1, de 11/12/2009. Disponível em: [https://portal.trf1.jus.br/Processos/ePeticao/info/Resolucao60025\\_2009.pdf](https://portal.trf1.jus.br/Processos/ePeticao/info/Resolucao60025_2009.pdf). Acesso em: 08 mar. 2020.

## **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](https://orcid.org/0000-0002-5472-8879).

## ÍNDICE REMISSIVO

### A

Atuação jurídica 159

### C

Consumidor 3, 58, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99

### D

Dados pessoais 53, 54, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 88, 161

Desapropriação 47, 48, 49, 50, 51

Direito 1, 2, 3, 5, 8, 10, 12, 14, 15, 22, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 59, 64, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 89, 91, 92, 94, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 135, 136, 138, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 167, 169, 175, 176, 177, 179

Direitos humanos 14, 23, 34, 63, 75, 76, 111, 122, 125, 146, 179

### E

Ética ecológica 100, 111

### F

Função social 32, 34, 35, 47, 48, 49, 50, 51

### J

Justiça 1, 3, 4, 8, 11, 12, 24, 27, 29, 30, 32, 34, 35, 39, 45, 93, 98, 100, 102, 103, 106, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 134, 135, 139, 140, 142, 148, 152, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 176, 177, 178

### M

Migração transnacional 14

### P

Poderes 28, 30, 31, 33, 43, 44, 108, 124, 132, 133, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 142, 144, 146, 149, 152, 153, 154, 155, 157

Poder Judiciário 24, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 39, 45, 106, 122, 123, 125, 126, 129, 130, 136, 138, 144, 145, 146, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 171, 172, 173, 175

Políticas públicas 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 56, 69, 116, 126, 141, 149, 153, 154, 157, 179

Práxis 41, 159

Processo judicial eletrônico 159, 163, 164, 168, 169, 170, 172, 175, 176, 177

Proteção de dados 53, 54, 58, 61, 62, 63

## **R**

Refugiados 16, 18, 19, 20, 21

Responsabilidade civil 53, 59, 60, 64, 85, 86, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 101, 108, 111

## **S**

Saneamento básico 65, 66, 71, 72, 119

## **T**

Trabalho 4, 15, 16, 26, 27, 32, 36, 41, 47, 48, 53, 54, 55, 56, 65, 66, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 88, 109, 114, 115, 122, 124, 125, 126, 127, 133, 135, 139, 145, 150, 153, 157, 159, 160, 170, 171, 175, 176

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

@atenaeditora 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 



# O DIREITO

## e sua práxis

### III

  
Ano 2022

[www.atenaeditora.com.br](http://www.atenaeditora.com.br) 

[contato@atenaeditora.com.br](mailto:contato@atenaeditora.com.br) 

@atenaeditora 

[www.facebook.com/atenaeditora.com.br](https://www.facebook.com/atenaeditora.com.br) 



# O DIREITO

## e sua práxis

### III

  
Ano 2022