



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do
DIREITO PÚBLICO



REITORA
Profª. Drª. Marta Regina Gimenez Favaro

VICE-REITOR
Prof. Dr. Airton Petris

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitora: Profª Drª Silvia M. Ferreira Meletti
Diretora de Pós-Graduação: Prof.ª Drª Mariana Ap. B. Soares de Andrade
Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araujo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretor: Prof. Me. Miguel Belinati Piccirillo
Vice-Diretor: Prof. Dr. Carlos Eduardo Caldarelli
Chefe do Departamento de Direito Privado: Prof. Me.. Cláudio César Machado Moreno
Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Me. Marcos Daniel Veltrini Ticianelli

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Clodomiro José Bannwart Junior
Vice Coordenadora: Prof. Dra. Patrícia Ayub da Costa

Catalogação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Revista do Direito Público / Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito
Público. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. –
Londrina: UEL, 2023; .v3 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 19, n.1, abr. (2024).

ISSN: 1980-511X (online).

1. Direito Público – Periódicos. I. Universidade Estadual de Londrina.
Centro de Estudos Sociais Aplicados. Departamento de Direito Público.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial.

CDU 342

Esta revista não assume a responsabilidade das ideias emitidas nos diversos artigos, cabendo-as exclusivamente aos autores. / É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista desde que seja citada a fonte.

Indexada em: LivRe (Brasil), Doaj (Suécia), Latindex (México), SHERPA RoMEO (Inglaterra), Portal de Periódicos CAPES (Brasil), WorldCat (EUA), TULIPS-Linker (Japão), Aladin (EUA), New Jour (EUA), BASE (Alemanha).

Disponível nos catálogos digitais das bibliotecas: HKU Librarie (Hong Kong), Charles University (Rep. Checa), Gorky St. Petersburg State University (Russia), Hebrew University of Jerusalem (Israel), Miami University Libraries (EUA), Yale University (EUA), Universidad Nacional Autónoma de México (México), Universidade do Porto (Portugal), University of Tsukuba (Japão).



Revista do
DIREITO PÚBLICO

ISSN 1980551-X

DOUTORADO E MESTRADO EM
DIREITO NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA



ISSN 1980-511X (eletrônico)
Revista do Direito Público da UEL
v. 19, n.1, abr. 2024

EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS

Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

EDITOR ADJUNTO

Doutorando José Ricardo Suter
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Eduardo Reale Ferrari - Universidade de São Paulo (USP/SP)
Francisco Emílio Baleotti - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Irene Patrícia Nohara - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM/MG)
Maria Auxiliadora Minahim - Universidade Federal da Bahia (UFBA/BA)
Tânia Lobo Muniz - Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)
Thais Bernardes Maganhini - Universidade Federal de Rondônia (UNIR/RO)
Wilson Engelmann – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS)

PARECERISTAS AD HOC / REVIEWERS

Adriano da Silva Ribeiro	Minas Gerais
Alessandra Cristina Furlan	Paraná
Ana Claudia Pompeu Andreucci	São Paulo
Anderson Vichinkeski Teixeira	Rio Grande do Sul
Angelo Ricardo Christoffoli	Santa Catarina
Bruno César Lorencini	São Paulo
Celso Hiroshi Iocohama	Paraná
Clarice Beatriz da Costa Sohngen	Rio Grande do Sul
Cláudio Machado Maia	Santa Catarina
Daiane Moura de Aguiar	São Paulo
Diego Richard Ronconi	Santa Catarina
Edilton Meireles de Oliveira Santos	Bahia
Fábio Guedes de Paula Machado	Minas Gerais
Fernanda Andrade Almeida	Rio de Janeiro
Francisco Antônio de Barros e Silva Neto	Pernambuco
Geziela Iensue	Mato Grosso do Sul
Henrique Viana Pereira	Minas Gerais
João da Cruz Gonçalves Neto	Goiás
João Porto Silvério Junior	Goiás
José Eduardo Lourenço dos Santos	São Paulo
Karinne Emanoela Goetttems dos Santos	Rio Grande do Sul
Luiz Alberto Blanchet	Paraná
Luiza Landerdahl Christmann	Santa Catarina
Marcelo Paulo Maggio	Paraná
Mariana Barboza Baeta Neves Matsushita	São Paulo
Monica Paraguassu Correia da Silva	Rio de Janeiro
Nelson Finotti Silva	São Paulo
Raquel Von Hohendorff	Rio Grande do Sul
Rene Erick Sampar	Paraná
Roberto de Paula	Paraná
Rogerio Mollica	São Paulo
Ronaldo Lindimar José Marton	Distrito Federal

ASSESSORIA TÉCNICA
Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)

Ana Lúcia Maso Borba Navolar, Ana Luiza Mendes Mendonça, Beatriz Scherpinski Fernandes,
Bruna Faria, Franciele Barbosa Santos, Guilherme Henrique Giacomino Ferreira, Isabela Nabas
Schiavon, Lillian Zucolote de Oliveira, Mylena de Souza Santos, Natali Silvana Zwaretch, Thiago
Ridolfi Ferreira, Viviana Samara Yoko Matsui

SUMÁRIO | CONTENT

EDITORIAL.....	8
RASTREAMENTO DO PROCESSO COGNITIVO EMPREGADO PARA DECIDIR: LÓGICA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	10
TRACKING THE COGNITIVE PROCESS USED TO DECIDE: LOGIC OF THE DUTY TO STATE REASONS FOR JUDICIAL DECISIONS	
<i>Elieuton Sampaio Gois e Jefferson Carlos Carús Guedes</i>	
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PRAGMATISMO JURÍDICO: LEVANDO AS CONSEQUÊNCIAS REGULATÓRIAS A SÉRIO	32
ANALYSIS OF REGULATORY IMPACT AND LEGAL PRAGMATISM: TAKING REGULATORY CONSEQUENCES SERIOUSLY	
<i>Saulo Nunes de Carvalho Almeida</i>	
O DIREITO DO TRABALHADOR À DESCONEXÃO DIGITAL	48
THE RIGHT OF THE WORKER TO DIGITAL DISCONNECTION	
<i>Saulo Nunes de Carvalho Almeida</i>	
O PLURALISMO JURÍDICO E O SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO.....	65
LEGAL PLURALISM AND ITS IMPACT ON CONTEMPORARY CRIMINAL LAW	
<i>Alessandra Matos Portella</i>	
A MITIGAÇÃO DA SOBERANIA DECISÓRIA DO ESTADO-NAÇÃO DEMOCRÁTICO FRENTE AO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA	83
THE MITIGATION OF THE DEMOCRATIC NATION-STATE'S DECISION-MAKING SOVEREIGNTY IN FACE OF ECONOMIC GLOBALIZATION	
<i>Fábio Fernandes Neves Benfatti e Rennan Herbert Mustafá</i>	
DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE EM LONDRINA	96
PUBLIC DEFENCE AND ACCESS TO JUSTICE IN THE RIGHT OF CHILDHOOD EDUCATION IN LONDRINA'S DAY CARE SYSTEM	
<i>Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo Bzuneck e Nicolle Yohana Ribeiro Pinto</i>	
CONFLITO DE AGÊNCIA E GOVERNANÇA CORPORATIVA: AS LIÇÕES DO CASO PARMALAT.....	119
AGENCY CONFLICT AND CORPORATE GOVERNANCE: THE LESSONS OF THE	
<i>Emerson Ademir Borges de Oliveira e Marcos Vinícius de Jesus Miotto e Suéllen Cristina Covo</i>	
O PNAE E A POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR EM MUNICÍPIOS ALAGOANOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PACTO FEDERATIVO	140
THE PNAE AND THE PUBLIC POLICY FOR THE PROMOTION OF FAMILY FARMING IN MUNICIPALITIES IN ALAGOAS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE FEDERATIVE PACT	
<i>Carlos Eduardo Montes Netto e Danilo Henrique Nunes e Isabella Mattos</i>	

ACESSO A DIREITOS SOCIAIS PELOS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA: ESTUDO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA/MG.....	161
ACCESS TO SOCIAL RIGHTS THROUGH LEGAL PRACTICE CORE: STUDY FROM THE FEDERAL UNIVERSITY OF VIÇOSA/MG	
<i>Gabriel Pereira Penna Andrade e Luiz Ismael Pereira e Patrícia Ferreira Batista</i>	
A PRESENÇA DAS TEORIAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA CRIAÇÃO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL	181
THE PRESENCE OF THEORIES OF DELIBERATIVE DEMOCRACY IN THE CREATION OF THE MUNICIPAL COUNCILS OF THE PROPOSITION OF RACIAL EQUALITY	
<i>Caroline Muller Bitencourt e Tatiana dos Santos Schuster</i>	
A PROTEÇÃO DE DADOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: UMA COMPREENSÃO ACERCA DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA.....	201
DATA PROTECTION AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY: AN UNDERSTANDING ABOUT INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION	
<i>Bruno Alberto Maia e Eliana Franco Neme e Jamile Calissi</i>	
REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> E ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.918.421/SP	220
POST-MORTEM ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND BRAZILIAN COURTS: ANALYSIS OF SPECIAL APPEAL 1.918.421/SP	
<i>Juliana Carvalho Pavão e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador</i>	
ATOS NOTARIAIS ELETRÔNICOS – E-NOTARIADO: AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COM O ADVENTO DO COVID-19 – UMA ANÁLISE DO PROVIMENTO 100 DO CNJ.....	240
ELECTRONIC NOTARY DEEDS - E-NOTARIAT: EXPANSION OF ACCESS TO JUSTICE WITH THE ADVENT OF COVID-19 – AN ANALYSIS OF PROVISION 100 OF CNJ	
<i>Ricardo Goretti e Rosana de Cássia Ferreira</i>	
A APLICAÇÃO DO DIREITO FRENTE AO AMPARO ASSISTENCIAL AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL.....	259
LAW'S APPLICATION REGARDING SOCIAL ASSISTANCE FOR FOREIGNERS WITH FIXED RESIDENCE IN BRAZIL	
<i>Matheus de Moura Souza e Raul Lopes de Araújo Neto</i>	
DIATOPIC CONSTITUTIONALISM: OPENING TO GLOBAL CONSTITUTIONALISM CONSTITUCIONALISMO DIATÓPICO: ABERTURA AO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL.....	275
CONSTITUCIONALISMO DIATÓPICO: ABERTURA AO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL	
<i>Guilherme Camargo Massaú</i>	
RESENHAS REVIEWS	290
FILOSOFIA DO DIREITO, DE ALYSSON LEANDRO MASCARO	290
<i>Vitor Gabriel Garnica</i>	
SUSTENTABILIDADE: DIREITO AO FUTURO	293
<i>Ricardo Lebbos Favoreto</i>	

Editorial

Caros leitores,

É com grande satisfação que apresentamos a primeira edição de 2024 (v. 19, n. 1) da Revista do Direito Público da Universidade Estadual de Londrina. Nesta edição, trazemos uma seleção diversificada de artigos que analisam questões prementes e desafiadoras do cenário jurídico contemporâneo.

O processo decisório no âmbito judicial é o foco de um dos artigos desta edição. Em “Rastreamento do Processo Cognitivo Empregado para Decidir: Lógica do Dever de Fundamentação das Decisões Judiciais”, os autores exploram a importância da fundamentação das decisões judiciais para garantir a segurança jurídica e o devido processo legal substancial. A análise minuciosa do processo cognitivo empregado revela não apenas a lógica por trás das decisões, mas também a relação intrínseca entre a fundamentação e as garantias constitucionais de defesa ampla e contraditório.

Outro tema estudado nesta edição é a relação entre análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico. No artigo “Análise de Impacto Regulatório e Pragmatismo Jurídico: Levando as Consequências Regulatórias a Sério”, os autores exploram como a análise de impacto regulatório pode aprimorar a eficiência e transparência do processo decisório das agências reguladoras, contribuindo para uma melhor governança e racionalidade nas políticas públicas.

Além disso, a edição traz reflexões sobre direitos fundamentais, como o direito do trabalhador à desconexão digital e o acesso à justiça no direito à educação infantil em creche. Os artigos “O Direito do Trabalhador à Desconexão Digital”, “Defensoria Pública e Acesso à Justiça no Direito à Educação Infantil em Creche em Londrina” e “Acesso a direitos sociais pelos Núcleos de Prática Jurídica: estudo da Universidade Federal de Viçosa/MG” oferecem insights valiosos sobre como o ordenamento jurídico pode garantir a proteção dos direitos individuais e sociais em um contexto de constante evolução tecnológica e social.

A pluralidade jurídica e seus impactos no direito penal contemporâneo também são objeto de análise nesta edição. Em “O Pluralismo Jurídico e o Seu Impacto no Direito Penal Contemporâneo”, os autores exploram como o reconhecimento das diferenças e a gestão multicultural da sociedade influenciam a interpretação e aplicação do direito penal, refletindo uma abordagem mais discursiva e prospectiva do sistema jurídico.

No âmbito do Direito Internacional, apresentamos os artigos “A mitigação da soberania decisória do Estado-nação democrático frente ao processo de globalização econômica”, “Conflito de agência e governança corporativa: as lições do caso Parmalat” e “Constitucionalismo diatópico: abertura ao constitucionalismo global”, que almejam analisar os impactos da globalização nas relações jurídicas e

comerciais internacionais.

No que concerne ao Direito Constitucional, destacam-se os trabalhos “A presença das teorias da democracia deliberativa na criação dos conselhos municipais de promoção da igualdade racial”, que analisa o surgimento dos Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial enquanto espaço de participação política, e “A aplicação do direito frente ao amparo assistencial ao estrangeiro residente no Brasil”, que tem como objetivo analisar a possibilidade de concessão de benefícios assistenciais aos estrangeiros com residência fixa no Brasil.

Ampliando os questionamentos sobre as políticas públicas, o artigo “O PNAE e a política pública de fomento da agricultura familiar em municípios alagoanos: uma análise sob a ótica do pacto federativo”, destaca a importância das diretrizes intersetoriais do Programa Nacional de Alimentação Escolar no fomento do fortalecimento da agricultura familiar e do incentivo as economias locais.

No campo do Direito Civil, apresentamos o artigo “A proteção de dados e o princípio da dignidade humana: uma compreensão acerca da autodeterminação informativa” pressupõe a análise do objeto em uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, orientada pela concretização da perspectiva personalista da dignidade, que coloca a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico. Ainda na temática do impacto da evolução da tecnologia nas relações jurídicas, o artigo “Reprodução humana assistida *post mortem* e a atuação dos tribunais brasileiros: análise do recurso especial 1.918.421/SP”, tem como objetivo traçar qual tem sido o entendimento jurisprudencial sobre o assunto e como o ordenamento jurídico tem regulamentado os procedimentos envolvendo RHA.

O artigo, “Atos notariais eletrônicos – E-notariado: ampliação do acesso à justiça com o advento da Covid-19 – uma análise do Provimento 100 do CNJ”, busca investigar se a plataforma do E-notariado, implementada a partir do Provimento nº 100, alcançou os patamares desejados para ampliar o direito de acesso à justiça, bem como sua efetividade.

Além dos artigos, trazemos também duas resenhas de obras de destaque no campo do direito: “Filosofia do Direito”, de Alysson Leandro Mascaro e “Sustentabilidade: Direito ao Futuro”, de Juarez Freitas.

Esperamos que os artigos selecionados estimulem o debate acadêmico e contribuam para o aprimoramento do conhecimento jurídico. Boa leitura!

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
Abril de 2024.

RASTREAMENTO DO PROCESSO COGNITIVO EMPREGADO PARA DECIDIR: LÓGICA DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

TRACKING THE COGNITIVE PROCESS USED TO DECIDE: LOGIC OF THE DUTY TO STATE REASONS FOR JUDICIAL DECISIONS

Elieuton Sampaio Gois*
Jefferson Carlos Carús Guedes**

Como citar: GOIS, Elieuton Sampaio; GUEDES, Jefferson Carlos Carús. Rastreamento do processo cognitivo empregado para decidir: lógica do dever de fundamentação das decisões judiciais. Revista do Direito Público, Londrina, v. 19, n. 1, p. 10, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.40582>

Resumo: Conceitua-se “fundamento” para efeito de apreciação do cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, imprescindível à promoção de segurança jurídica em um cenário necessariamente participativo e legítimo. Na fundamentação das decisões judiciais, deve-se responder mediante explicação todas as alegações levadas aos autos, pois somente assim possibilita-se compreender o processo cognitivo empregado para a tomada das decisões, base do devido processo legal substancial. Para tanto, metodologicamente, via exposição dos identificadores da fundamentação como etapa decisória, relacioná-la a garantias como defesa ampla, contraditório e devido processo legal substancial, procura-se: apresentar sua estrutura e natureza, esta explicativa e justificadora, a fim de demonstrar, pelo método dedutivo, em toda a conformação do texto, que responder a todas as alegações das partes, além de representar o real propósito constante no art. 93, IX, CF/1988, coaduna-se com o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LIV, CF/1988).

Palavras-chave: atividade jurisdicional; decisão judicial; devido processo legal; fundamentação judicial; razoável duração do processo.

Abstract: “Foundation” is defined for the purpose of assessing compliance with the duty to provide reasons for judicial decisions, which is essential for promoting legal certainty in a necessarily participatory and legitimate scenario. When justifying judicial decisions, all allegations made in the case must be responded

to with an explanation, as this is the only way to understand the cognitive process used to make decisions, the basis of substantial due legal process. To this end, methodologically, via exposure of the identifiers of the reasoning as a decision-making stage, relating it to guarantees such as broad, contradictory defense and substantial due legal process, this paper seeks to: present its structure and nature, this explanatory and justifying, in order to demonstrate, by the deductive method, throughout the structure of the text, which responds to all the allegations of the parties, in addition to representing the real purpose contained in the art. 93, IX, CF/1988, is consistent with the right to a reasonable duration of the process (art. 5, LIV, CF/1988).

Keywords: jurisdictional activity; judicial decision; due process of law; judicial grounds; reasonable length of time.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 (Brasil, 1973) sofrera várias reformas posteriores à década de 1990, as quais objetivavam principalmente sua adequação às transformações sociais e, consequentemente, às novas demandas que envolviam e ainda envolvem o próprio funcionamento da máquina pública (Brasil, 2015a). Sob perspectiva estritamente jurídica, as mencionadas reformas expressam a necessidade de adaptação das leis processuais aos valores manifestados na Constituição Federal de 1988, destacando-se os deveres de democratização e eficiência em todas as atividades e serviços prestados ao público.

No mesmo contexto funcional das reformas mencionadas, editou-se um novo Código de Processo Civil (Brasil, 2015c), pois quanto tal código não tenha promovido radical ruptura com a legislação que imediatamente lhe antecedera, exterioriza o reconhecimento de que há um novo paradigma político-institucional a refletir-se inclusive na prestação jurisdicional (Brasil, 2010).¹ De tal modo, foram exigidas novas diretrizes de desempenho dos agentes públicos no exercício de suas atividades. Neste cenário, torna-se imprescindível a releitura de certos institutos e arranjos jurídico-processuais, de modo a espelharem (mediante obediência para a concretização) os fundamentos e objetivos da CF/1988.

O dever de fundamentação das decisões judiciais, por exemplo, sob o prisma democrático, deve envolver não só a rotina funcional da atividade jurisdicional, mas inclusive a própria postura comportamental do julgador diante dos jurisdicionados. Isto se deve ao fato de que por meio da fundamentação, promovem-se outros direitos e garantias processuais, além de diretrizes e objetivos que representam os valores democráticos do Estado, entre os quais igualdade, transparência e legitimidade.

Assim, a preocupação em aperfeiçoar institutos jurídico-processuais, a exemplo da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/1988), deve ser uma constante (Brasil, 1988). Nesta linha, por meio deste artigo, objetiva-se demonstrar que somente ao responder, ainda que sucintamente, todas as alegações deduzidas no processo pelas partes, o julgador cumpre validamente seu dever constitucional.

Para isso, neste trabalho, metodologicamente procura-se: i) primeiramente, via exposição da definição de fundamentação e de seus atributos, demonstrar a natureza explicativa e argumentativa da fundamentação das decisões judiciais; ii) em seguida, apresentar a estrutura elementar da fundamentação, para fins de cumprimento do devido processo legal substancial, destacando-se o dever de enfrentamento das alegações deduzidas no transcorrer do procedimento processual; iii) por derradeiro, sustentar a congruência do enfrentamento de todas as alegações manifestadas no processo com o direito à razoável duração do processo.

1 Na oportunidade da apresentação do anteprojeto do novo CPC/2015 (código de processo civil de 2015), o presidente da comissão de juristas encarregado de sua elaboração, Min. Luiz Fux, ao apresentar o resultado dos trabalhos, lembrou que o fundamento do CPC/2015 decorre de poderes (inclusive os dos juízes) titularizados pelo povo, e que os paradigmas orientadores de toda a sistemática normativa do novo Código condensam-se nos propósitos de rapidez e legitimidade da prestação da justiça (Brasil, 2015a).

1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: CONCEITO E ELEMENTOS IDENTIFICADORES

1.1 SIGNIFICADO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PARA A COMPREENSÃO DO CONCEITO DE DECISÃO JUDICIAL

Conforme o § 1º do art. 3º do CPC/2015, a possibilidade de prestar a justiça não é exclusiva do Estado, podendo ocorrer fora da “arena” institucional. Mesmo além dos meandros do poder público (art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC/2015), a atividade jurisdicional dá-se via técnica de processamento de informações, dados, alegações e espécies de provas, para – oportunamente – fazer-se a entrega de soluções às questões suscitadas (Brasil, 2015c). Os “trajetos” delineados para a criação e desenvolvimento do processo são comumente conhecidos como procedimentos; devendo-se destacar, quanto à função jurisdicional, a necessidade de os procedimentos serem adequados “[...] à tutela dos direitos e idôneos a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais.”, segundo Marinoni (2013, p. 414). Tais procedimentos, por sua vez, devem encontrarse balizados minimamente por regras e diretrizes previamente conhecidas pelas partes e pelos demais sujeitos processuais. Sob este aspecto, observa-se a relação entre a atividade jurisdicional, independentemente da natureza do tema a ser apreciado, e o responsável por prestar o referido serviço público.

Diretrizes básicas para o desenvolvimento válido do processo, segundo o art. 1º do CPC/2015, encontram-se estabelecidas na CF/1988 (Brasil, 2015c). Assim, visam ao cumprimento da diretriva democrático-participativa, prevista no art. 1º da CF/1988, considerada fundamento da República Federativa do Brasil (Brasil, 1988). O devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/1988) condensa a diretriz democrática do legislador constituinte na formação e desenvolvimento do processo-instrumento, por meio da qual a atividade jurisdicional é prestada (Brasil, 1988). Solucionar respondendo e responder solucionando representam a finalidade do processo, em circunstâncias, impreterivelmente, garantidoras do caráter efetivamente democrático do serviço público supramencionado. Segundo Zaneti Junior (2007, p. 191): “[...] no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, [...] que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ [...] não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate”.

A resposta que soluciona e a solução mediante resposta devem expressar, necessariamente, participação efetiva dos interessados em todo o desenvolvimento da atividade jurisdicional. Portanto, sob o prisma constitucional, de acordo com lições de Theodoro Jr. e Nunes (2009), não mais basta resposta sem definitivo direito de participação, do qual se depreendem, entre outros, direitos como a transparência dos atos e das condutas dos sujeitos processuais, além da efetiva oportunidade de influenciar na formação e modificação dos resultados. Sob o mesmo espectro constitucional, consoante art. 4º do CPC/2015, também insuficiente qualquer atividade processual desprovida de resposta expressa, ainda que com regular participação colaborativa de todos os

envolvidos (Brasil, 2015c). Conforme lições de Miranda e Medeiros (2020, p. 61-62):

A fundamentação há de ser expressa. Apesar de, em confronto com o art. 268º, n. 3, que trata da fundamentação dos atos administrativos, nada se dizer no artigo 205º, quanto ao caráter expresso da fundamentação, uma opção que deixe ao destinatário a descoberta das razões da decisão não cumpre a exigência constitucional de fundamentação, justamente porque ‘fundamentar é pôr em comunicação’ e ‘O próprio ato de pôr em comunicação não pode deixar de ser comunicado.’ b) A fundamentação deve, além disso, ser clara e coerente. Os motivos apresentados pelo órgão decisor não podem ser obscuros ou de difícil compreensão, nem padecer de vícios lógicos, que tornam o raciocínio que lhe está subjacente em algo imprestável para a inteligibilidade da decisão. Como refere Vieira de Andrade, uma declaração incongruente ‘não é uma fundamentação, porque não pode ser um discurso justificativo faltando-lhe a racionalidade que é uma condição necessária de toda decisão pública de autoridade num Estado de Direito. Por fim, a fundamentação há de ser suficiente. Naturalmente, como foi sublinhado nos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1997, pelo deputado Miguel Macedo, a Constituição não pretende impor fundamentações densas, particularmente de ordem doutrinária’, [...] Mas, para que a fundamentação seja suficiente dela devem constar os motivos de facto e de direito, que justificam o sentido da decisão, de modo a que o seu destinatário possa compreender e, sobretudo, apreciá-la criticamente. Na medida que toda questão jurídica é simultaneamente uma questão de facto e uma questão de direito, a fundamentação da decisão a de refletir essa bidimensionalidade.

Desta feita, no processo, os meios devem adequar-se aos fins, encontrando-se estes salvaguardados por aqueles, em vista do cenário dialético, pautado pela transparência e participação, via ampla possibilidade do emprego, de acordo com o art. 5º, LV da CF/88, de todos os meios e recursos a ela inerentes (Brasil, 1988).

As decisões (soluções mediante respostas expressas), como atos que compõem o processo, devem manifestar a natureza da engrenagem da qual fazem parte. Em outras palavras: processo pautado pela transparência com viés democrático deve necessariamente expressar o referido valor em todos os seus componentes e fases, com destaque para o ato de decidir e para a decisão em si (Dias, 2017). Ainda que possam ser consideradas “pontos altos” da atividade jurisdicional, as decisões não são fins em si mesmas, uma vez que se encontram envolvidas pelo método empregado para a prestação da atividade jurisdicional. Devem ser recheadas de valores que refletem o dever dirigido aos responsáveis pela prestação da atividade jurisdicional não autoritária; conquanto, de acordo com o art. 139 do CPC/2015, revestida de autoridade (Brasil, 2015c).

Em função do caráter transparente e participativo do processo, há necessidade de regras minimamente não só os procedimentos processuais em geral como, destacadamente, a forma como as decisões se manifestam, a envolver necessariamente o percurso intelectivo por meio do qual a exteriorização das decisões ocorre. Observam-se que as decisões devem, em regra, ser compostas por certos elementos, os quais são exigidos visando à fácil compreensão dos entendimentos e conclusões do julgador. Empregando a sentença a título de exemplo, o art. 489 do CPC/2015

prevê como elementos em regra a ela pertencentes; relatório, fundamentação e dispositivo – dispostos necessariamente nesta ordem – necessários a tal modalidade decisória, a fim de que seja efetivamente capaz de condensar todos os eventos processuais antecedentes e externar as conclusões aptas a responder os casos levados a juízo (Brasil, 2015c).

1.2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E PROPÓSITOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O conceito de fundamentação empregado para referir-se às decisões judiciais não destoa, em geral, de sua compreensão popular. Para Silva (2013), o sentido técnico de fundamentação manifesta, à semelhança do sentido vulgar, a ideia de justificativa, argumentação, indicação, enfrentamento, demonstração, explicação, comprovação e respaldo; porém, qualificado pela presença de certos requisitos. Estes, exigidos legalmente, consistem em mecanismos e arranjos necessários ao cumprimento, em última instância, de diretrizes constitucionais a serem não só acatadas no processo, mas por este irradiadas, a transcender seus meros limites formais. Segundo Pereira (2007, p. 704):

Para impor um ônus à vida, à liberdade ou à propriedade, segundo a doutrina, é necessária uma justificação governamental apropriada. A nova baliza, [...] fez a cláusula do Devido Processo tornar-se uma cláusula da devida substância também e, portanto, ela exige que o Estado justifique adequadamente qualquer movimento da direção daqueles bens fundamentais.

Entre os requisitos determinados expressamente pelo legislador (art. 489, § 1º do CPC/2015), vejam-se: i) justificar expressamente, via demonstração com o caso concreto objeto da decisão, a possível indicação de cópia ou paráfrase de ato normativo; ii) explicar expressamente, via relação com o caso concreto, o eventual emprego de conceitos indeterminados; iii) invocar motivos que se prestam a justificar tão só a decisão objeto do caso concreto; iv) enfrentar todas as alegações levadas aos autos e capazes de infirmar a conclusão adotada; v) identificar os fundamentos determinantes da invocação de precedentes ou enunciados de súmula e demonstrar que o caso sob julgamento coaduna-se com seu emprego; vi) demonstrar, caso não empregue enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado por quaisquer das partes, a inadequação (distinção e/ou superação do entendimento) destes com o caso sob julgamento (Brasil, 2015c). Conclui-se, pois, que o legislador optou por conformar a exigência de forma negativa, ao indicar como não fundamentada a decisão que não atender a certos requisitos pela lei indicados.

O dever-poder de fundamentar tem previsão normativa expressa na CF/1988 e no CPC/2015 (art. 93, IX, CF/1988 e art. 11 do CPC/2015). A fundamentação reforça o ideal de legalidade, o qual remete à transparência, controle e, consequentemente, segurança jurídica, propósitos estes tão salientados legalmente, de acordo com os art. 525, § 13; art. 535, § 6º; art. 927, §§ 3º e 4º; art. 976, II; art. 982, § 3º; art. 1.029, § 4º do CPC/2015 (Brasil, 1988, 2015c). Como elemento da decisão, a qual, por sua vez, componente do processo, a fundamentação deve refletir

as razões e os propósitos expostos no ambiente no qual as decisões se formam e se manifestam. Por conseguinte, não haveria processo democrático sem decisão com igual natureza, submetida imprescindivelmente a questionamentos propostos em meio a regramentos previamente conhecidos pelas partes e por todos os interessados.

Submissão à apreciação regular e pertinente, no que tange à obediência a procedimento previamente estabelecido, é inerente às decisões judiciais em nações efetivamente democráticas ou que ao menos tenham tal pretensão de viés político-jurídico. Para isso, pragmaticamente, o entendimento do julgador, consoante o art. 298 do CPC/2015, submete-se ao crivo geral, devendo ser exposto de maneira formalmente adequada, ofertando precisão e clareza, a permitir transparência (Brasil, 2015c). Com isso, visa-se à sua compreensão, não só a fim de viabilizar eventuais impugnações – também necessariamente claras e objetivas – mas inclusive para que a decisão possa ser cumprida. A par dos propósitos citados, destacam-se regramentos mínimos a serem efetivados, necessários a aferir a validade, sob pena de nulidade, da fundamentação e consequentemente, da decisão da qual faz parte.

Quanto a certos elementos e condições cujas presenças são necessárias ao cumprimento regular do dever de fundamentação, afirma-se que a decisão deve forçosamente ser: objetiva e clara, isto é, não obscura; coerente e não contraditória em si mesma; pertinente e adequada aos eventos (pedidos, argumentos, condutas e provas) levados ao processo como um todo; comprehensível, do ponto de vista gramatical e, logicamente, completa ou íntegra (Streck, 2016), ou seja, desprovida de omissão e silêncio (Ferrari, 2013).

Em casos específicos em que, por exemplo, pesam sobre a decisão obscuridade, contradição ou omissão (vícios que desqualificam a validade da fundamentação), a rigor, dever-se-ia considerar a própria decisão nula. Porém, desde há muito, o legislador, voltado a aplicar soluções eficientes, criou o recurso denominado embargos de declaração, com previsão nos arts. 1.022 até 1.026 do CPC/2015 (Brasil, 2015c). Particularmente, este recurso não só permite a demonstração da presença dos vícios referidos, como possibilita a reparação por quem lhe deu causa ou por órgão superior, conforme o caso. Veja-se que por meio dos embargos de declaração, viabiliza-se a validação de decisão que a princípio seria eivada de nulidade. Os embargos de declaração, pois, constituem ferramenta processual de grande valia, visto que sua aplicação, além de não comprometer direitos fundamentais processuais como transparência, contraditório e ampla defesa, ao mesmo tempo os fortalecem.

Sob outro aspecto, veja-se que a fundamentação não precisa necessariamente ser extensa para qualificar-se como adequada, porquanto a presença das condições que a validam não mantém relação necessariamente condicional com a dilatação da apresentação das explicações e justificativas exposadas pelo julgador. Nesse sentido, exemplificativamente, o art. 38 da Lei nº 9.099/1995 apregoa que as sentenças prolatadas nos juizados especiais, ainda que concisas por determinação expressa, não estão dispensadas, sob pena de inválidas, de mencionar os elementos de convicção do juiz (Brasil, 1995). Sob igual ponto de vista conclusivo, vejam-se o que disposto no art. 832 do Decreto-Lei nº 5.452/1943 e no art. 165 do CPC/1973 (Brasil, 1943, 1973). Conclui-se, pois, que

há decisões concisas e decisões extensas – igualmente válidas – desde que não deixem de analisar as questões de fato e de direito constantes nos autos. A prolixidade, ao contrário do que se pode pensar, por vezes, vai de encontro à regularidade formal da fundamentação, a comprometer, via de consequência, a validade da decisão e a própria prestação jurisdicional. Ademais, pode levar ao aumento do risco da má compreensão da decisão ou até mesmo da total incompreensão, o que logicamente não deve ser o propósito do julgador.

Entende-se que fundamentação sucinta não compromete o direito à decisão judicial fundamentada, desde que o julgador seja capaz de esclarecer o mecanismo lógico e inteligível que o leva ou não a optar por determinados eventos, presumidamente de boa-fé, a ele apresentados no transcorrer procedural. Quanto à possibilidade válida de decisões sucintas (conquanto se exija apenas o enfrentamento de questões que, em tese, possam influenciar a decisão), confirase o que prevê o enunciado nº 10 da ENFAM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados): a fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa (Brasil, 2015b). Fundamentação sucinta, pois, pode muito bem – desde que clara, objetiva, transparente, coerente, lógica, coordenada com os demais elementos estruturais, segundo previsão presente no § 3º do art. 489 do CPC/2015 (Brasil, 2015c) e concatenada com os elementos probatórios apresentados – alcançar o desiderato de promoção de segurança e legitimidade, inerentes a procedimentos processuais de fato marcados por dialética e lisura (Castro, 2018). Para Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2016, p. 59):

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão. [...] não basta o juiz estar convencido – deve ele demonstrar as razões de seu convencimento [...]. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico-argumentativo capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação, a parte dispositiva, as alegações formuladas e as provas produzidas pelas partes no processo.

Sendo assim, a rigor, para fins de aferição de validade, decisão inválida é aquela carecedora de quaisquer das qualidades implícitas e explícitas voltadas à implementação, em última *ratio*, de segurança e legitimidade em cenários democraticamente característicos. Dessa forma, exclusivamente sob perspectiva lógico-formal, a decisão não poderia ser submetida a critérios de natureza moral, mas apenas a parâmetros de validade ou invalidade; critérios estes objetivos por natureza, em função da presença ou ausência das mesmas diretrizes anteriormente empregadas para a apreciação do elemento fundamentação.

A título de reforço, cita-se o art. 927, § 4º do CPC/2015, o qual prevê o cumprimento de fundamentação “adequada e específica” em situações em que há necessidade de “[...] Modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos [...]”, para que se possa com isso alcançar a finalidade segurança jurídica, proteção

da confiança e isonomia (Brasil, 2015c). Sob o ponto de vista estritamente técnico-jurídico, a adequação e especificidade exigidas, em resumo, são apreciadas para fins de verificação da validade da fundamentação judicial e, via de consequência, da decisão.

2 FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA: EFETIVO CUMPRIMENTO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

2.1 FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: OPORTUNIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE OBEDIÊNCIA AOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS

A fundamentação judicial deve inarredavelmente refletir legalidade, imparcialidade, publicidade e transparência, participação isonômica e equitativa das partes no processo (necessárias ao “direito” de colaboração, inclusive), tudo a indicar o princípio do devido processo legal substancial. Consoante lição de Calixto (2016), a diretriz do devido processo legal substancializado está associada a avanços de regimes democráticos no mundo ocidental, principalmente na última década do século XX, gerando efetividade constitucional e mais controle da atuação estatal. Nesse aspecto, este princípio, o qual extrapola a mera formalidade, exige também que no momento da fundamentação, o julgador condense e ao mesmo tempo demonstre aplicada a diretriz principiológica ampla defesa, com todos os mecanismos instrumentais a ela inerentes.

Ampla defesa, por sua vez, segundo ensinamento de Barroso (2019) resume-se à efetiva possibilidade de que as partes e os demais envolvidos em quaisquer processos, cada qual na correspondência de seus ônus, direitos e deveres; possam expor fatos, acontecimentos, alegações e argumentos para fins de convencimento do julgador. Não menos importante é que tal possibilidade deve realizar-se oportunamente numa estrutura procedural prevista em lei, para que se possa oferecer às partes a máxima igualdade de oportunidades possível. Para isso, exigem-se das partes e também do julgador transparência e boa-fé (arts. 322, § 2º e 489, § 3º do CPC/2015) em todos os atos realizados nos processos em geral (Brasil, 2015c).

A importância da fundamentação – dando continuidade à afirmação de que seu conteúdo tem caráter enfaticamente expositivo, argumentativo e justificativo – explica-se por manifestar a convicção final do julgador em relação ao objeto a ser apreciado. Convicção desenvolvida durante cada trajetória fixada no desenrolar do procedimento. Desta feita, segundo Lopes e Souza (2010, p. 90-101), a natureza expositiva, argumentativa e justificativa visa a “[...] impedir decisões solipsistas e arbitrárias.” Portanto, na fundamentação se deve: i) explicar de maneira argumentativa, mediante racionalidade lógica, congruente com os limites do pedido (art. 1.013 do CPC/2015); ii) demonstrar as conclusões, com indicação específica das fontes de convencimento (fatos, eventos, alegações e argumentos levados ao processo), promovendo; por conseguinte, concretude ao dever de motivar suas convicções (Brasil, 2015c). Imprescindível tal postura, ao menos para a possibilidade de que os destinatários das decisões compreendam as razões do julgador, expurgando, em definitivo,

decisões arbitrárias.

Como a decisão deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos, reflexos de todos os eventos que lhe antecederam e em conformidade com o princípio da boa-fé (art. 489, § 3º do CPC/2015); precisão, clareza e transparência são indispensáveis à consecução de tais propósitos. A exigência legal, exemplificativamente, de que os pedidos e contestações das partes e interessados em geral devem ser específicos e claros (art. 319 do CPC/2015), certos e determinados (arts. 322 e 324 do CPC/2015), além de associados a fatos, eventos e argumentos (art. 330, § 1º, III, CPC/2015) devidamente expostos e demonstráveis, sob pena de indeferimento (art. 321, § único e art. 330 do CPC/2015) ou até de confissão (art. 341 do CPC/2015); conforme o caso, expõe o que é minimamente necessário para que o julgador possa regularmente prolatar decisões de mérito (Brasil, 2015c). Em contrapartida, argumentativamente, nada mais coerente com o devido processo legal substancial do que, em nome do absoluto rechaço à arbitrariedade; exigir que as decisões judiciais devam ser fundamentadas via cumprimento de certas rotinas procedimentais equivalentes às exigências acima referidas destinadas às partes e aos interessados.

2.2 FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA: CONCEITO E EFEITOS

O princípio da ampla defesa substancial também acoberta a possibilidade de pedir, o que envolve necessariamente a efetiva oportunidade de expor fatos e alegações mediante argumentos. Para Didier Jr. (2023), o amplo direito de defesa substancializado espraiia-se no que se pode chamar contraditório substancializado, o qual exige não só participação dos envolvidos, mas inclusive atenção à sua “fala”, fornecendo-lhe oportunidade de influenciar nas conclusões mediante demonstração da referida influência. Leal (2002, p. 105) apregoa que:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação e das decisões. Uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedural será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade [...].

Sendo assim, quando os arts. 490 e 492 do CPC/2015 determinam que a decisão deve espelhar os pedidos e as respostas, explicita-se o dever de o julgador justificar a consideração ou desconsideração de todas as exposições das partes (Brasil, 2015c). Desta maneira, a decisão, via fundamentação, deve, para a promoção da confiança e da legitimidade, além da segurança jurídica, abarcar completamente os elementos trazidos aos autos. Deve o juiz indicar o porquê da adoção ou não de elementos probatórios, das alegações e das argumentações a elas relacionadas (voltadas ao convencimento do julgador), do que resulta, principalmente, transparência e legitimidade das conclusões do julgador e, por conseguinte, do próprio resultado exposto na decisão. Para Gonçalves (2012, p. 194-195), os destinatários do ato imperativo do Estado que, no processo jurisdicional,

manifesta-se via sentença, devem participar de sua formação, “[...] podendo compreender por que, como, por que forma, em que limites o Estado atua para resguardar e tutelar direitos, para negar pretensos direitos e para impor condenações.” No mesmo sentido, afirma Barroso (2019) que argumentar é atividade voltada a fornecer razões para a defesa de uma ideia. Trata-se de um exercício justificador de certa tese, conclusiva ou não. Corresponde a um processo racional e discursivo de demonstração da correção e da justiça da solução proposta, que tem como elementos fundamentais: a linguagem; as premissas que funcionam como ponto de partida e regras norteadoras da passagem das premissas à conclusão. A necessidade da argumentação se potencializa com a substituição da lógica formal ou dedutiva pela razão prática, e tem por finalidade propiciar o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Andou bem o legislador infraconstitucional quando da previsão de certos critérios objetivos a serem obedecidos pelo julgador, a exemplo do que previsto no art. 927, seus incisos e § 4º do CPC/2015, porquanto visam ao atendimento da segurança jurídica, proteção da confiança e da isonomia. Outro exemplo com mesmo fim encontra-se no art. 489, §§ 1º e 2º e seus incisos (Brasil, 2015c). Por meio destes enunciados normativos, o legislador, mediante a previsão de critérios objetivos, procura orientar o julgador a confeccionar decisões com fundamentações que refletem os valores incrustados na CF/1988, entre os quais eficiência e o caráter democrático da conduta estatal (Brasil, 1988). Sendo assim, verifica-se relação entre segurança jurídica e o emprego de critérios objetivos para formação do convencimento e da estruturação válida da fundamentação das decisões judiciais. Tratam-se de arranjos que corroboram com a ideia de redução dos riscos de decisões arbitrárias, as quais descumprem o dever de imparcialidade (arts. 144-148 do CPC/2015). Tais arranjos vão ao encontro, porquanto, da tutela do imprescindível tratamento isonômico a ser prestado pelo julgador (Brasil, 2015c).

No entretanto, não basta na decisão somente a exigência de enfrentamento das alegações capazes de, em tese, infirmar as conclusões do julgador (art. 489, § 1º, IV, CPC/2015), enunciado normativo interpretado sob o prisma literal pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) no EDcl no MS 21.315/DF (Brasil, 2016). Conquanto se considere que por meio do enunciado normativo imediatamente supramencionado restou aperfeiçoada a legislação processual civil, apenas através da menção, ainda que sucinta, a todas as alegações – meios e recursos expostos nos autos – naturalmente instrumentos voltados à implementação da diretiva ampla defesa, consegue-se dar mais efetividade à sistemática processual constitucional. Para fins de cumprimento do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015, “rebater” não significa necessariamente prolongar-se na apreciação de cada argumento e alegação das partes e interessados, sendo – por vezes – suficiente a mera menção que se presta a esclarecer ou justificar de maneira lógica e coerente o não emprego ou não influência dos fatos e argumentos apresentados pelas partes (Brasil, 2015c). À vista disto, na atualidade, a rigor, não é suficiente a mera subsunção do fato à norma para vislumbrar-se a validade constitucional da fundamentação. A ausência de justificativa e de procedimento explicativo nas fundamentações decisórias não encontra legitimidade sob o prisma constitucional, cabendo ao julgador, como a qualquer agente público, no exercício de função pública, submeter-se aos ditames

explícitos e tácitos da CF/1988.

3 RESPOSTA ÀS ALEGAÇÕES DEDUZIDAS NO PROCESSO: EFETIVAÇÃO DO DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

3.1 DEVER DE DEMONSTRAÇÃO DO PERCURSO LÓGICO-RACIONAL DE FORMAÇÃO DA NORMA DO CASO CONCRETO

Apesar da necessária liberdade interpretativa do julgador, tal liberdade não constitui poder absoluto (Jales, 2013). Não sendo autorizado ao magistrado decidir sem obediência a normas orientadoras do ato de interpretar e nem sem expor as razões das técnicas interpretativas escolhidas.² Tais regramentos destinam-se a orientar não só os deveres do julgador em relação aos elementos probatórios, como inclusive o próprio processo lógico-dedutivo do qual extraem-se as conclusões. Com isso, procura-se contribuir para a progressiva redução da possibilidade factual de decisões incompatíveis com a CF/1988 e com regramentos que imediatamente tutelam o objeto do julgamento.

O dever de fundamentação das decisões judiciais exige esclarecimento do que se concebe como fundamento, tanto pela indicação de seus limites identificadores como de suas finalidades. Faz-se necessária, por conseguinte, a previsão de regras norteadoras dos deveres do julgador quando da exposição de suas razões relativas à decisão e as consequências destas. Deve-se indicar os mecanismos adotados para a racionalização dos dados e das alegações apresentadas nos autos. Na mesma toada, ao apreciar o MS 24.268/MG, o Pleno do STF (Supremo Tribunal Federal) assim dispôs:

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Brasil, 2004, grifo do autor).

Não se trata somente do dever de publicidade, mas também de transparência ao exigir-se apresentação da trajetória cognitiva empregada para o alcance das conclusões. De acordo com lições de Calamandrei (2013, p. 207-209):

A fundamentação da sentença é [...] uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou. Mas quantas vezes a fundamentação é

² Como exemplos de regras que se voltam a orientar a interpretação do julgador, citam-se os arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Brasil, 1942).

a reprodução fiel do caminho que levou o juiz até aquele ponto de chegada? Quantas vezes pode, ele próprio, saber os motivos que o levaram a decidir assim? Representa-se escolasticamente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente feito de conceitos abstratos, ligados por uma inexorável concatenação de premissas e de consequências, mas, na realidade, no tabuleiro de xadrez do juiz os peões são homens vivos, dos quais irradiam insensíveis forças magnéticas, que encontram eco ou reação – ilógica, mas humana – nos sentimentos de quem veio a juízo. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos destas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, nem o mais severo, consegue fugir?

Por sua vez, segundo Motta (2018), transparência é substrato material do princípio da publicidade. Entendendo-se publicidade como identificador do que é público, conhecido, não mantido em sigilo. Transparência, por sua vez, identifica-se com o que é transparente, límpido, cristalino e visível. Nessa medida, transparência exige não apenas informação disponível, mas inclusive informação inteligível. Em lição pertinente, afirmam Canotilho e Moreira (2010, p. 526-527):

Sob o ponto de vista da juridicidade estatal (princípio do estado de direito), o dever de fundamentação explica-se pela necessidade de justificação do exercício do poder estadual, da rejeição do segredo nos atos do Estado, da necessidade de avaliação dos atos estaduais, aqui se incluindo a controlabilidade, a previsibilidade, a fiabilidade e a confiança nos atos do Estado. A estes exige-se clareza, inteligibilidade e segurança jurídica. Sob o ponto de vista do princípio democrático, para além de algumas das razões explicitadas a propósito do princípio da juridicidade, podem acrescentar-se as exigências de abertura e transparência da atividade judicial, de clarificação da responsabilidade jurídica (e política) pelos resultados da aplicação das Leis, a indispensabilidade de aceitação das sentenças judiciais e dos seus fundamentos por parte dos cidadãos. Finalmente, sob o prisma da teleologia dos princípios processuais, a fundamentação das sentenças serve para a clarificação e interpretação do conteúdo decisório, favorece o autocontrolo do juiz responsável pela sentença, dá melhor operacionalidade ao heterocontrole efetuado por instâncias judiciais superiores e, em último termo, contribui para a própria justiça material praticada pelos tribunais.

Didier Jr. (2012) apregoa que a norma jurídica criada pelo julgador serve de fundamento jurídico para a decisão explicitada na parte dispositiva do pronunciamento judicial. Estando presente nessa parte dispositiva o conteúdo da norma jurídica individualizada. Trata-se, pois, do ápice da diretriz democratizante no bojo da prestação do serviço jurisdicional: processo de formação da norma jurídica para o caso concreto.

A decisão deve ter congruência, correlacionando-se aos fatos e alegações expostas nos autos (mencionando-as expressamente, seja aceitando-as, seja afastando-as), porque manifestação do convencimento do julgador destinada aos jurisdicionados e, por vezes, à instância superior. Somente assim, via decisão, a envolver todos os seus componentes, entre os quais a fundamentação, cumpre-se o dever de “não surpresa”. Com o emprego de tal rotina pelo julgador, a translucidez da decisão é consumada, porquanto tão só assim a decisão retrataria, de acordo com Castro (2018),

certeza e especificidade, além de coerência e clareza de conteúdo, levando à aceitabilidade das escolhas valorativas que alicerçam a decisão. Ademais, por decorrência lógica, a análise de todas as alegações facilita a consecução do dever de articulação da decisão com todos os eventos processuais que lhe antecedem.

Neste cenário, via fundamentação válida, a qual dá completude à decisão (sem descartar seus demais componentes), o julgador tem oportunidade de demonstrar o cumprimento do dever de imparcialidade que recai sobre sua postura funcional, conforme art. 139 do CPC/2015, de também administrador do processo (Brasil, 2015c). A imparcialidade do julgador somente pode ser verdadeiramente aferida mediante a efetividade de uma fundamentação zelosa e diligente (Mariquito, 2012). De mais a mais, somente mediante a análise expressa de todos as alegações presentes nos autos, o julgador tem a oportunidade de inteiramente fornecer a todos os destinatários da decisão o que lhe parece verdadeiro (resultado do seu convencimento, além de compreensível a qualquer momento por todos os interessados). Sobre a verdade processual, Kirchner (2009, p. 119-149) leciona

[...] existe uma relação dialética entre linguagem e realidade: o mundo é mundo apenas quando vêm à linguagem, e a linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. [...] verdade e a realidade detêm inteligibilidade, mas só se determinam plenamente ao vir à linguagem.

Nenhuma circunstância justifica a desobediência ao dever de fundamentar as decisões, devendo o julgador expor não só os critérios adotados para as escolhas intelectivas que fez por ocasião de suas conclusões, mas também justificar o porquê da não adoção de certos elementos apresentados pelas partes, cujas pretensões é dar suporte às decisões. Segundo Slaibi Filho (2013, p. 391):

Da mesma forma que inexiste dispositivo implícito, não há fundamentação implícita. O julgador não pode se omitir na apreciação de determinada questão porque tal seria a denegação de justiça, quer se refira a questão de mérito, quer a questão processual [...]. A fundamentação inexistente anula a sentença.

A possibilidade de ampla exposição e defesa de pontos de vista, de alegações e de argumentos, direito fundamental constitucionalmente previsto, só se efetiva por intermédio do cumprimento do direito de participação e do direito/dever de colaboração. Estes, por sua vez, tão somente se confirmam via demonstração expressa de que todos os meios e recursos empregados pelas partes foram apreciados analiticamente, ainda que rechaçados. Desta forma, torna-se compreensível a exigência legal de correspondência entre o direito de expor e o ônus de responder das partes. Consoante Zufelato (2013, p. 99-121):

Não há outra forma de se aferir se a decisão judicial respeitou a exigência de um modelo processual que respeita o contraditório cooperativo senão o controle sobre a fundamentação da própria decisão judicial. Somente de acordo com a descrição dos motivos apontados pelo julgador é que se pode perceber se os argumentos trazidos pelas partes, inclusive em tema de matéria de ordem pública

conhecível de ofício, foram realmente enfrentados e sopesados no ato de julgar.

O dever de exteriorizar apreciação de todas as alegações deduzidas no processo baseia-se no mesmo raciocínio (presente no art. 370, § único do CPC/2015) que alicerça o dever do julgador, por exemplo, de esclarecer indeferimentos de diligências (instrumentos voltados ao convencimento do julgador) que pareçam inúteis ou protelatórias (Brasil, 2015c). Observa-se que a atividade jurisdicional e o próprio o juiz, no exercício de suas competências, encontram-se atrelados à efetivação do benefício social. A parcela do poder exercido pelo magistrado (jurisdicional) continua sendo de titularidade do povo, por força do § único do art. 1º da CF/1988 (Didier Jr., 2012). Ambos, serviço e agente públicos, de acordo com o art. 8º do CPC/2015, devem estar permanentemente voltados ao atendimento dos fins sociais. Via tal regramento, objetiva-se cumprir o dever de eficiência sem perder de vista os fundamentos garantidores do tratamento isonômico destinado às partes (art. 7º do CPC/2015), imprescindíveis em quaisquer métodos de realização da prestação jurisdicional (Brasil, 2015c).

A atual ideia do “livre convencimento motivado” (arts. 370, § único, e 371 do CPC/2015) manifesta-se também quando o julgador se serve da decisão judicial para revelar discursivamente a valoração – anterior à confecção das decisões – de todos os eventos, provas, alegações e argumentos admitidos por ele, julgador, como úteis a seu próprio convencimento (Brasil, 2015c). Não só para o fim de meramente responder às partes, mas destacadamente para fornecer a estas a possibilidade de compreensão dos mecanismos analítico-cognitivos empregados quando do exame dos elementos já considerados úteis e não protelatórios. Consoante Habermas (2012, p. 59):

As exigências de verdade nos discursos não se deixam solucionar definitivamente; entretanto, é somente através de argumentos que nos deixamos convencer da verdade de afirmações problemáticas [...]. A aceitabilidade racional depende de um procedimento que não protege ‘nossos’ argumentos contra ninguém e contra nada. O processo de argumentação como tal deve permanecer aberto para todas as objeções relevantes e para todos os aperfeiçoamentos das circunstâncias epistêmicas.

Veja-se que se considerados inúteis ao esclarecimento da “verdade processual”, certos elementos de prova, por exemplo, devem ser expurgados dos autos justificadamente pelo julgador, indeferidos explicitamente. O conceito de livre convencimento motivado corresponde à ideia de justificação da convicção acerca da veracidade dos fatos e das alegações; ressaltando, segundo Tucci (1987), o dever de demonstrar concretamente o raciocínio fático e jurídico desenvolvido. Através do cumprimento do dever referido, faz-se possível relacionar mediante causa e efeito alegações e argumentos das partes com as conclusões do julgador manifestadas nas decisões.

3.2 IMPORTÂNCIA DE RESPONDER AOS ARGUMENTOS E ALEGÇÕES LEVADAS AOS AUTOS

O enfrentamento de todas as alegações das partes, por dificultar decisões arbitrárias,

despidas quase que inteiramente da mínima objetividade necessária à compreensão, tendo por base interpretação sistemática (art. 489, § 3º do CPC/2015), vai ao encontro da estabilidade (segurança jurídica), integridade e coerência (art. 926 do CPC/2015) uniformizante da jurisprudência dos tribunais e promotora da “estabilidade dinâmica” (Brasil, 2015c).³ Com isso, reforça-se os ideais de igualdade e/ou equiparação no tratamento dado às partes e de imparcialidade. De acordo com Wambier (2009, p. 1-8):

[...] a garantia de defesa ficaria esvaziada se o juiz não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações do réu, concretamente manifestadas. De pouco ou nada valeria garantir à parte o direito de defesa, se se consentisse ao juiz o poder de não considerar as alegações das partes.

O dever dirigido ao julgador de confrontação de todas as alegações das partes, a ser exteriorizado nas fundamentações, ainda que não expresso no CPC/2015; por ser extraída da previsão de ônus destinado aos sujeitos processuais distintos do magistrado. No mesmo sentido, veja-se a regra presente no CPC/2015 (que já constava no CPC/1973), a qual atribui ao réu o ônus da impugnação específica e precisa das alegações de fatos apresentadas pelo autor (art. 341 do CPC/2015). Outro exemplo – explicitando-se igual raciocínio do legislador – consiste no ônus que tem o recorrente do agravo interno de impugnar especificamente os fundamentos da decisão agravada (art. 1.021, § 1º do CPC/2015) (Brasil, 1973, 2015a).

Para o fim de robustecer ainda mais o argumento, observa-se que se exige do perito, quando da confecção do laudo pericial, o seguinte: i) indicação do método utilizado (art. 473, III do CPC/2015); ii) “resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados” (art. 473, IV do CPC/2015); iii) emprego de “linguagem simples” e logicamente coerente; iv) indicação do percurso adotado para o alcance das conclusões (art. 473, § 1º do CPC/2015) (Brasil, 2015c). Não obstante as decisões judiciais não serem propriamente um laudo pericial, são confeccionadas por um “perito”, um especialista nos temas que lhe são apresentados. A expectativa que se forma a respeito do trabalho do perito; com maior razão, naturalmente existe em relação às decisões judiciais. Os critérios objetivos a serem adotados pelo perito (tomando-os como exemplos) vão ao encontro do cumprimento de certas finalidades, esperando-se o afastamento de convicções puramente ideológicas, principalmente quando do dever de expor o método empregado e o porquê de sua escolha, além da assinalação de como o profissional atingiu suas conclusões. Paralelamente a isso, no que tange à decisão judicial, em vista da grande disponibilidade ao julgador de métodos interpretativos, caberia a ele – a rigor – justificar a opção feita por determinado (s) método (s) em detrimento de outros, também possíveis de adoção, o que em nada compromete a liberdade de escolha do julgador. Quanto à sistemática exigida para a confecção do laudo pericial (retomando o exemplo do perito), entre as quais a de definir as razões que leva o perito às suas conclusões

³ A ideia por trás do conceito de estabilidade dinâmica no processo tem como ponto nuclear a intrínseca relação entre a dinâmica dos fatos e a necessidade de aplicação das regras e princípios – não tão intensamente dinâmicos, conquanto também o sejam – o que exige simultaneamente permanente compreensão das constantes demandas sociais, possibilidade de releitura de institutos e arranjos jurídicos e capacidade de articulação linguística.

– fazendo-se um paralelo com a importância das decisões judiciais – o enfretamento de todas as alegações das partes seria suficiente para a indicação do percurso cognitivo empregado pelo julgador.

Para tornar mais transparente a atuação judicial, facilitando a compreensão pelos destinatários, viabilizando o contraditório e a ampla defesa (os quais não se esgotam necessariamente após a decisão) e intensificando a legitimidade da prestação jurisdicional, deve o julgador enfrentar cada alegação levada aos autos.⁴ Deste modo, o julgador torna-se capaz de indicar e esclarecer suas escolhas e por que meio e de que forma interpretou enunciados normativos, fatos, acontecimentos e argumentos na esteira do processo. De acordo com Cintra, Dinamarco e Grinover (2023), tal medida é exigida em função de que é inerente à prestação jurisdicional a interferência na vida e no patrimônio do jurisdicionado. É cediço, como postulado geral de Direito, que qualquer interpretação que restrinja e/ou suprima direitos, incluindo-se os direitos processuais, deve ser pautada pela restrição, a exigir, consequentemente, justificativas expressas e pormenorizadas.

Assim sendo, a título exemplificativo, situações como as que possibilitam o indeferimento de provas e de diligências (art. 370, § único do CPC/2015), a modificação do ônus de provar (art. 373, § 1º do CPC/2015) e a condenação do agravante ao pagamento de multa por “manifesta” inadmissibilidade ou improcedência (art. 1.021, § 4º do CPC/2015); com maior razão exigem do julgador o enfrentamento – uma a uma – das alegações dos que sofrem as restrições, principalmente para seus direitos processuais possam ser implementados (Brasil, 2015c). Se assim não for, resta enfraquecido ou até mesmo suprimido o direito fundamental ao devido processo legal substancial.

O mero dever de obediência à garantia de natureza instrumental da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/1988) e ao cumprimento do direito à celeridade processual não são suficientes para justificar a dispensa do enfrentamento de todos os meios e recursos, inerentes ao processo, apresentados pelas partes (Brasil, 1988). A diretriz constitucional da razoável duração do processo visa a garantir efetividade à regularidade da engrenagem processual; o que envolve, consequentemente, que o Estado-juiz enfrente as alegações e argumentos surgidos durante o procedimento processual, explicitando explicação e justificação em suas decisões. Não seria válida decisão que, em nome da razoável duração do processo e/ou da celeridade processual, afastasse, ainda que não inteiramente, direitos fundamentais processuais (constitucionais ou não), garantidos e tutelados através do próprio instrumento processual. Em outras palavras, seria paradoxal reduzir ou suprimir princípios fundamentais processuais – como a garantia de defesa ampla e de contraditório – em nome da razoável duração do processo, visto que a própria exigência de duração razoável do processo destina-se ao implemento do devido processo legal substancial.⁵

4 Diferente do que se defende neste breve trabalho, Nery Júnior e Nery (2015) argumentam que na hipótese de a sentença acolher um dos fundamentos do pedido ou da defesa, suficiente para compreender-se pela procedência ou improcedência do pedido, é possível ser desnecessário que se ingresse no exame das demais alegações. Essa rotina, por vezes, pode ser útil, por quanto há situações em que o juiz “fundamenta pelo máximo”, sendo desnecessário examinar questões menos importantes.

5 Apesar de o art. 93, IX da CF/1988 demandar a devida fundamentação das decisões judiciais; nos juizados especiais, conforme o art. 98, I da CF/1988, fica autorizada uma rotina própria de fundamentação: por meio dela, exige-se somente a análise dos elementos de convicção imediatamente justificadores da decisão, consoante art. 38 da Lei nº 9.099/1995 (Brasil, 1995).

Para Ferrajoli (2013), os fundamentos das decisões judiciais são uma das garantias de efetividade da regular prestação jurisdicional. Caso não se exija a análise pormenorizada de todos os meios e recursos inerentes ao direito à ampla defesa (pedidos, exposição de fatos e de provas, além de todas as alegações) em função tão somente da possível demora na prestação jurisdicional, não se estaria cumprindo o objetivo que ambos os direitos constitucionais (fundamentação das decisões judiciais e razoável duração do processo) se propõem a efetivar. Nesse sentido, o instrumento (direito-garantia à razoável duração do processo) não é mais importante do que o propósito de sua criação (efetividade da regular prestação jurisdicional).

CONCLUSÕES

No Estado Democrático de Direito, deve-se aplicar o devido processo legal, o que significa implementar garantias constitucionais como a possibilidade de defesa de pontos de vista, o que envolve a apresentação de amplos elementos probatórios jurídico e materialmente possíveis, entre os quais fatos, meios de prova, alegações e argumentos. Porém, não basta, se a imparcialidade do julgador, identificada em última *ratio* na fundamentação das decisões, em cenário constituído pela substancialidade do devido processo legal, não se fizer presente.

Como qualquer outro agente público, o julgador e as manifestações do exercício de sua atividade, por ser esta de interesse público, devem submeter-se a controle e fiscalização. Para isso, devem-se criar e aplicar mecanismos e arranjos jurídico-normativos voltados a realizar e manter, o mais eficientemente possível, o julgador envolvido pela lei e principalmente pela CF/1988 e suas diretrizes democráticas.

Deve-se continuar admitindo a liberdade de atuação do julgador, uma vez que a atividade jurisdicional, no contexto democrático, não significa imobilização daquele a quem cabe dizer o direito, seja em abstrato ou diante do caso concreto. No Estado Democrático de Direito, não só é possível como é necessário conferir poderes e autoridade ao magistrado, o qual é considerado não só o gestor do processo, mas ao mesmo tempo defensor e cumpridor do devido processo legal de teor amplo e profundo, essencial à efetividade da democratização legitimadora da atividade jurisdicional.

Defende-se que as escolhas feitas e os “passos” implementados pelo julgador, o que envolve o porquê das opções feitas no cenário processual, sejam expostas e justificadas, a dar efetividade às diretrizes transparência, publicidade e, destacadamente, contraditório. A plataforma processual deve alicerçar-se, sem exceção, nos valores constitucionais; representando verdadeiramente a instrumentalização da realização dos direitos fundamentais, materiais e processuais, individuais e coletivos.

Nesse diapasão, exige-se que por conta da prestação jurisdicional, haja real participação dos envolvidos pelas decisões, de maneira que seja possível às partes e aos interessados limitar fiscalizando, não só a atividade do julgador, mas também a conduta deste diante de seu *múnus* público. De maneira mais eficiente, tal propósito somente se realiza por meio do dever dirigido ao

julgador de expor o processo cognitivo engendrado por ele para o alcance das soluções indicadas nas decisões.

Sem o emprego do arranjo que exige justificação expressa do processo intelectual que desemboca nas decisões, o que se faz efetivamente mediante exposição das análises, uma a uma, dos meios e recursos acostados pelas partes, vulneram-se não só as expectativas dos jurisdicionados, titulares por excelência da prestação jurisdicional, mas diretrizes e valores constitucionais que o alicerçam.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Anteprojeto de reforma do novo código de processo civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2010.

BRASIL. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2015a.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro (redação dada pela lei n. 12.376 de 2010). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 out. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. **Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados**, Brasília, DF, 2015b. Enunciado n. 10. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOSVERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. região). **EDcl no mandado de segurança 21.315/DF**. Processual civil. embargos de declaração em mandado de segurança originário. indeferimento da inicial. omissão, contradição, obscuridade, erro material. Ausência [...]. Embargante: Paulo Rodrigues Vieira. Embargado: União Federal. Relatora: Min. Diva Malerbi, 8 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/o/?acao=pesquisar&data=%40DTDJ+%3E%3D+20160615+e+%40DTDJ+%3C%3D+20160615&processo=21315&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 9 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 24.268/MG**. Mandado de segurança. 2. cancelamento de pensão especial pelo tribunal de contas da união. ausência de comprovação da adoção [...]. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrado: Presidente do Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Gilmar Ferreira Mendes, 17 de setembro de 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2017100>. Acesso em: 9 set. 2023.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução de Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2013.

CALIXTO, Rubens Alexandre Elias. O devido processo legal. **Revista da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 11, n. 2, p. 233-261, dez. 2016. DOI 10.21207/1983.4225.344

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 2.

CASTRO, Marcella Barbosa de. O princípio da obrigatoriedade de motivação no novo código de processo civil brasileiro: exigência de legitimidade das decisões judiciais. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, DF, v. 10, n. 2, p. 151-166, 2018. Disponível em: https://www5.trf5.jus.br/sumarioPeriodico/sumario/Publicacoes_da_Escola_da_AGU_20181031_171918_sumario.pdf. Acesso em: 14 set. 2023.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2023.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Legitimação dos atos jurisdicionais no estado democrático de direito. **VirtuaJus**, Belo Horizonte, v. 13, n. 1, p. 10-19, jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/15464>. Acesso em: 9 set. 2023.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 25. ed. Salvador: Juspodivm, 2023.

DIDIER Jr., Fredie. **Sobre a fundamentação da decisão judicial**. Salvador: Fredie Didier Jr., 2012. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-dadecisao-judicial.pdf>. Acesso em: 14 set. 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O silêncio da administração pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano. 13, n. 52, p. 55-75, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/133/276>. Acesso em: 9 set. 2023.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Agir comunicativo e razão destranscendentalizada**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

JALES, Túlio de Medeiros. Fundamentação das decisões e limites da interpretação/aplicação das normas. **Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 2, p. 146-172, maio/ago. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/65135>. Acesso em: 9 set. 2023.

KIRCHNER, Felipe. A utopia da verdade real: compreensão e realidade no horizonte da hermenêutica filosófica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 17, n. 80, p. 119-149, set./out. 2009. Disponível em: https://deusgarcia.files.wordpress.com/2017/02/kishner_utopia-da-verdade-real1.pdf. Acesso em: 9 set. 2023.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LOPES, Wendel Ferreira; SOUZA, Gabriela de Lima. Legitimação do procedimento jurisdicional pela exauriente fundamentação racional à luz do modelo constitucional de processo. **Idea**, Ribeirão Preto, v. 2, n. 1, p. 90-101, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://sumarios.org/artigo/legitima%C3%A7%C3%A3o-do-provimento-jurisdicional-pela-exauriente-fundamenta%C3%A7%C3%A3o-racional-%C3%A0-luz-do>. Acesso em: 9 set. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

MARIQUITO, Carla da Silva. Fundamentação das decisões judiciais: sua importância para o processo justo e seu “desprezo” numa sociedade que tem pressa. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 104, set. 2012. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11892. Acesso em: 9 set. 2023.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição portuguesa anotada**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020. v. 3.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publicopublicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 9 set. 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**: novo CPC – lei n. 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Sebastião Tavares. Devido processo substantivo. **Direito e Política**, Itajaí, v. 2, n. 3, p. 1-22, 2007. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/7663/4393>. Acesso em: 9 set. 2023.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas

da linguagem: novas tendências do processo civil. *In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Freddie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil.* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 187-202.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Sentença cível:** fundamentos e técnica. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 9 set. 2023.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 107-142, fev. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/84339>. Acesso em: 9 set. 2023.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil.** São Paulo: Saraiva, 1987.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 53-65, fev. 2009. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/23339>. Acesso em: 9 set. 2023.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional:** o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC: novas tendências do processo civil. *In: CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; DANTAS, Bruno; DIDIER JR., Freddie; FREIRE, Alexandre; FUX, Luiz; MEDINA, José Miguel Garcia; NUNES, Dierle; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (org.). Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil.* Salvador: JusPodivm, 2013. p. 99-121.

Recebido em: 18/06/2020

Aceito em: 20/10/2023

ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PRAGMATISMO JURÍDICO: LEVANDO AS CONSEQUÊNCIAS REGULATÓRIAS A SÉRIO

ANALYSIS OF REGULATORY IMPACT AND LEGAL PRAGMATISM: TAKING REGULATORY CONSEQUENCES SERIOUSLY

Saulo Nunes de Carvalho Almeida*

Como citar: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. Revista do Direito Público, Londrina, v. 19, n. 1, p. 32, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.40674>

*Doutor em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Fortaleza. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professor da Unifanor/Wyden e Unicatólica de Quixadá/CE. E-mail: saulonunes@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar a intensa relação entre a Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o pragmatismo jurídico que enfatizam a importância das consequências da decisão pública. Após as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) em 2018, que enfatizaram a relevância das consequências práticas e jurídicas na decisão pública, o estudo do pragmatismo jurídico foi intensificado na doutrina. A presente pesquisa pretende demonstrar a relevância da aplicação da visão consequencialista no campo regulatório. No Direito Regulatório, a AIR tem sido considerada relevante instrumento de planejamento e de monitoramento das consequências na produção de atos normativos por parte das agências reguladoras, uma vez que possibilita maior racionalidade, transparência e eficiência ao processo decisório.

Palavras-chave: direito regulatório; análise de impacto regulatório; pragmatismo jurídico.

Abstract: This article aims to address the intense relationship between Regulatory Impact Analysis (RIA) and legal pragmatism that emphasize the importance of the consequences of public decision. After the changes promoted in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB) in 2018, which emphasized the relevance of practical and legal consequences in public decision, the study of legal pragmatism was intensified in legal scholarship. This research aims to demonstrate the relevance of applying the consequentialist view in the regulatory field. In Regulatory Law, RIA has been considered a relevant instrument for planning and monitoring the consequences for

the production of normative acts by regulatory agencies, since it allows greater rationality, transparency and efficiency in the decision-making process.

Keywords: regulatory law; regulatory impact analysis; legal pragmatism.

INTRODUÇÃO

Em artigo publicado em 2011, foi demonstrada a importância da difusão e da efetivação da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como instrumento de melhoria da governança regulatória (Oliveira, 2011b).

Ao final daquele trabalho, foram apresentadas algumas sugestões de aprimoramento da AIR no ordenamento pátrio, tais como: a) institucionalização: edição de normas legais e regulamentares que estabeleçam a obrigatoriedade da AIR para edição de determinados atos regulatórios, salvo casos excepcionais devidamente justificados; b) padronização mínima: a AIR deve observar uma padronização mínima, prevista em normas gerais, com o objetivo de garantir uniformidade às regulações, sem desmerecer as exigências específicas a serem definidas no âmbito de cada setor regulado; c) agenda regulatória: estipulação de agendas regulatórias; d) participação popular: reforço da previsão e da efetivação dos instrumentos de participação popular (audiências e consultas públicas) na formulação e no controle dos atos regulatórios, inclusive no procedimento da AIR; e) transparência: ampla divulgação dos atos necessários à implementação da AIR; e f) monitoramento e revisão: monitoramento periódico, com o objetivo de analisar a eficiência da norma regulatória.

É possível perceber, nos últimos anos, a implementação significativa de algumas das referidas sugestões, com a ampliação da utilização da AIR por agências reguladoras brasileiras e o reconhecimento da sua importância pelo ordenamento jurídico, notadamente após a promulgação da Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e da Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica).

O presente estudo pretende demonstrar que esse movimento crescente de institucionalização da AIR possui íntima ligação com o pragmatismo jurídico que foi reforçado pelas alterações promovidas na Lei de Introdução das do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei 13.655/2018.

Ao destacar a relevância das consequências da decisão estatal, o pragmatismo jurídico abre espaço para procedimentos administrativos capazes de coletar informações necessárias à ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos nos possíveis caminhos regulatórios em diversos setores da economia, viabilizando, em tese, a adoção de melhores decisões estatais.

A antecipação de possíveis consequências da proposta da norma regulatória por meio da realização da AIR (abordagem prospectiva ou *forward-looking*) e o constante monitoramento dessas consequências por meio da Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) – uma espécie de AIR realizada após a implementação da norma (abordagem retrospectiva ou *backward-looking*) – são mecanismos importantes na busca da eficiência da política regulatória, como será demonstrado nos itens seguintes do presente artigo.

1 PRAGMATISMO JURÍDICO E A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

O pragmatismo nasceu nos EUA, em meados do século XIX, com as obras de Charles Sander Peirce e William James, criadores do denominado Clube Metafísico *Metaphysical Club* (Menand, 2001)¹. A denominação do referido clube foi escolhida de forma irônica, pois o objetivo do grupo era criticar a metafísica tradicional e seu pensamento abstrato desconectado da prática.

O pragmatismo não possui concepção unívoca, mas há relativo consenso de que as suas características básicas são (Arguelhes; Leal, 2009, p. 176; Pogrebinschi, 2005, p. 27-62)²: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no Direito;³ b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o Direito é visto como prática social;⁴ e c) consequencialismo: as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).⁵

O pragmatismo jurídico pode e deve ser considerado instrumento idôneo no processo de interpretação do ordenamento jurídico pátrio.⁶ Nesse ponto, José Vicente Santos de Mendonça (2014, p. 115-122) propõe o denominado “modelo cauteloso de pragmatismo jurídico”, adaptado à tradição, jurisprudencial e doutrinária, brasileira, cuja aplicação seria pautada pelos seguintes standards: a) o “princípio” do pragmatismo jurídico incide no final do iter interpretativo para descartar ou reforçar as possibilidades interpretativas tradicionais; b) a incidência ocorre dentro da extensão de significados linguísticos possíveis permitidos pelo texto normativo; c) as consequências da decisão devem ser compatíveis com a Constituição; d) as consequências certas ou prováveis devem ser consideradas, mas não as plausíveis; e) igualmente, as consequências imediatas e futuras são consideradas na decisão, mas não as remotamente futuras; f) a decisão considera as consequências fáticas com razoável base empírica; g) o pragmatismo não considera consequências fundacionais e, portanto, é antifundacionalista; e h) há prioridade nas consequências contextuais.

Não obstante o pragmatismo tenha surgido no sistema da *Common Law*, sua utilização é possível no sistema da *Civil Law*, com as devidas adaptações, especialmente pela crescente aproximação desses dois sistemas jurídicos (David, 1978, p. 48; Oliveira, 2018, p. 29-33). O pragmatismo se amolda ao ordenamento jurídico pátrio, em virtude, especialmente, do pluralismo

1 Os outros integrantes do Clube Metafísico foram Oliver Wendell Holmes, Nicholas St. John Green, Joseph Bangs Warner, John Fiske, Francis Ellingwood Abbot e Chauncey Wright. É possível mencionar, ainda, outros expoentes do pragmatismo, tais como John Dewey, Richard Rorty, Oliver Wendell Holmes, Benjamin Cardozo e Richard Posner.

2 Margarida Lacombe Camargo (2009, p. 368-369) acrescenta ao rol outras duas características: instrumentalismo (o Direito é encarado como instrumento de orientação da conduta social) e a interdisciplinariedade (os efeitos da ação devem ser ponderados por conhecimentos de outras áreas do conhecimento).

3 Richard Posner (2005, p. 5-6), expoente do pragmatismo jurídico na atualidade, rejeita a possibilidade de estabelecer a verdade a partir de proposições metafísicas *a priori*, atribuindo-se apenas valor psicológico ou estético a metafísica.

4 Há uma evidente semelhança, nesse ponto, entre o pragmatismo, a tópica de Theodor Viehweg, a (nova) retórica de Chaim Perelman e as concepções argumentativas em geral, que valorizam o contexto no processo de interpretação e de aplicação do Direito. Da mesma forma, o pragmatismo apresenta pontos de contato com o realismo jurídico, o movimento do “direito livre”, *Law & Society*, *Law & Economics*, entre outras escolas de pensamento.

5 Sobre a interpretação consequencialista do Direito administrativo, vide: (Aragão, 2009; Oliveira, 2011a).

6 Apesar de não haver uniformidade em sua conceituação, o pragmatismo jurídico é concebido por alguns autores como a aplicação da tradição filosófica do pragmatismo a questão da interpretação jurídica. (Eisenberg, 2006, p. 656).

que caracteriza a sociedade brasileira. Os diversos interesses consagrados e protegidos no texto constitucional denotam a impossibilidade de existência de preferências normativas absolutas, abrindo caminho para ponderação no caso concreto.

Ao refutar dogmas, prestigiar o contexto e ponderar as consequências, o pragmatismo passa a ser considerado importante instrumento de interpretação e de aplicação do direito em ordenamentos jurídicos plurais e democráticos.

A ênfase nas consequências sociais e econômicas da interpretação enseja a crescente correspondência entre a norma e a realidade, afastando promessas legislativas utópicas que desconsideram o contexto econômico e social em que serão aplicadas. A ausência de efetividade do ordenamento jurídico pode ser representada pela distância entre o idealismo (ou fanatismo) legislativo e a realidade.⁷

Ao lado de alguns exemplos esporádicos na jurisprudência,⁸ o pragmatismo jurídico ganhou destaque especial com a promulgação da Lei 13.655/2018 que inseriu os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Em diversas passagens, as novas disposições da LINDB revelam a preocupação com a interpretação pautada pelo antifundamentalismo, contextualismo e consequencialismo na atuação dos órgãos estatais, notadamente na tarefa do controle.

Assim, por exemplo, o art. 20 da LINDB demonstra nítida preocupação antifundamentalista e consequencialista ao estabelecer a impossibilidade de decisões, nas esferas administrativa, controladora e judicial, com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Em seu parágrafo único, o art. 20 da LINDB reforça a importância da motivação das decisões estatais que devem demonstrar a necessidade e a adequação da decisão, inclusive em face das possíveis alternativas.

De forma semelhante, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 489, § 1º, considera não fundamentada a sentença que, por exemplo: a) indica ou reproduz ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; b) utiliza conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; c) invoca motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; etc. Aliás, a exigência de motivação qualificada e contextualizada da sentença judicial também deve ser observada nas decisões exaradas nos processos administrativos, seja por força do art. 15 do CPC, que determina a aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais civis aos processos administrativos, seja em razão das disposições especiais previstas nos arts. 2º e 50 da Lei 9.784/1999, que exigem motivação explícita, clara e congruente dos atos administrativos.

7 Nesse sentido, é pertinente a observação de Claudio Pereira Souza Neto (2006, p. 87-88) quando afirma que o consequencialismo “serve apenas para autorizar a ponderação das consequências, mas tais consequências podem ser valoradas de acordo com princípios que compõem o núcleo normativo da Constituição Federal de 1988.”

8 Mencione-se, por exemplo, uma célebre hipótese de “inconstitucionalidade progressiva” (ou “lei ainda constitucional”). O STF admitiu a subsistência temporária da legitimidade do MP para propositura da ação civil *ex delicto*, prevista no art. 68 do CPP, nos estados da federação em que não houver Defensoria Pública regularmente instituída. A não recepção da norma em comento geraria como consequência prática a ausência de assistência jurídica e integral aos necessitados, o que afrontaria o art. 5º, LXXIV, da CRFB. STF, RE 135.328/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno. DJ 29/04/01, p. 137.

A importância das consequências da decisão estatal também pode ser retirada do art. 21 da LINDB que exige a indicação expressa das consequências jurídicas e administrativas da “decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa”(Brasil, 2018).

Mencione-se, ainda, a relevância do contextualismo, outra característica do pragmatismo jurídico, no art. 22 da LINDB que dispõe sobre a necessidade de considerar, na interpretação das normas sobre gestão pública, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados” (Brasil, 2018).

As normas da LINDB destacadas acima devem ser aplicadas às esferas administrativa, controladora e judicial, sendo certo que a esfera administrativa compreende os órgãos e as entidades da Administração Pública direta e indireta, incluídas, naturalmente, as agências reguladoras, que possuem natureza jurídica de autarquias com regime jurídico especial.

No Direito Regulatório, a implementação dos ideais pragmatistas consagrados na LINDB, especialmente o consequencialismo na interpretação e na aplicação das normas jurídicas, são efetivados com maior intensidade por meio da institucionalização da AIR na elaboração e na revisão dos atos normativos regulatórios.

Ao identificar de maneira clara e fundamentada o contexto, bem como as consequências atuais e futuras da regulação, a AIR consubstancia instrumento decisivo no atendimento da eficiência administrativa no cenário de virada pragmatista do Direito Público brasileiro contemporâneo (Mendonça, 2010, p. 30).

2 ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR), PRAGMATISMO JURÍDICO E A IMPORTÂNCIA DAS CONSEQUÊNCIAS REGULATÓRIAS

Entre os diversos fundamentos da AIR, merece destaque o pragmatismo jurídico, cujo debate tem sido ampliado no Brasil nos últimos anos no campo da elaboração e do controle dos atos estatais.⁹

A busca da qualidade regulatória representa um dever estatal que decorre do princípio da eficiência consagrado no art. 37, *caput*, da CRFB, relaciona-se com a concretização das finalidades estatais elencadas pelo texto constitucional e, por consequência, com a satisfação das necessidades da população.

No âmbito da “Administração de Resultados” (Moreira Neto, 2008; Sorrentino, 2003; Spasiano, 2003), a efetivação do princípio da eficiência passa por três estágios: a) planejamento: planos de ação, orçamento e prioridades, com destaque para participação da população por meio de audiências e consultas públicas; b) execução: medidas concretas para satisfação dos resultados previamente delimitados; e c) controle: os órgãos controladores não devem se restringir à legalidade

⁹ Como destacado em obra específica sobre o tema, os fundamentos da AIR relacionam-se ao princípio da eficiência, ao pluralismo e à legitimidade democrática (Oliveira, 2015, p. 261-269).

formal na análise da juridicidade da ação administrativa, devendo levar em consideração os demais princípios e o alcance dos resultados esperados.

A preocupação com os resultados da ação administrativa demonstra a íntima ligação entre o princípio da eficiência e o pragmatismo.

A institucionalização da denominada Análise de Impacto Regulatório (AIR) no direito comparado tem sido justificada pela necessidade de implementação da governança regulatória, com a diminuição das assimetrias informacionais e racionalização da atividade estatal.¹⁰

Não obstante o caráter polissêmico da expressão, a “governança” pode ser compreendida como o conjunto de mecanismos e de procedimentos que garantem maior participação da sociedade na formulação das decisões estatais, que devem ser pautadas pela eficiência e submetidas a controle e social.

No campo específico da regulação, a efetivação da governança regulatória encontra-se apoiada em três pilares (Oliveira, 2015, p. 259): a) legitimidade: consagração de instrumentos participatórios na elaboração das decisões do regulador; b) eficiência: ênfase no planejamento e na busca dos resultados esperados; e c) *accountability*: reforço e racionalidade do controle, social e institucional, por parte dos reguladores.

Os referidos pilares da governança são encontrados na AIR, considerada como “[...] processo de identificação sistemática e avaliação dos efeitos esperados das propostas regulatórias, por meio de método analítico consistente, tal como análise de custo/benefício” (OECD, 2008).

No contexto de governança regulatória, as agências reguladoras desempenham papel de destaque, especialmente em razão da autonomia institucional.

No entanto, não bastam as estruturas, organizacional e administrativa, para garantir a efetivação dos objetivos da governança regulatória; revela-se necessária também a instrumentalização de boas práticas regulatórias por meio de procedimentos que garantam maior eficiência, participação e transparência às decisões regulatórias, tal como ocorre com a AIR.

Nesse contexto, a Análise de Impacto Regulatório – AIR tem como objetivo principal dotar a agência reguladora de ferramentas que permitam a tomada de decisão criteriosa e informada, por meio da sua racionalização.

O processo de AIR permite, de um lado, o recebimento de subsídios necessários para a construção do conhecimento sobre dada matéria e, de outro, torna o processo decisório mais transparente e controlável, na medida em que força a Administração a expor os motivos que tornam as soluções propostas mais adequadas que as demais alternativas disponíveis.

O processo administrativo regulatório, como sede de diálogo entre a Administração, o mercado e a sociedade civil, permite a melhor composição dos diversos interesses públicos e privados, eventualmente conflitantes, superando, na medida do possível, o caráter unilateral da atividade administrativa.

A instituição de “canais participatórios” serve para a solução negociada dos conflitos

10 No Direito comparado, a AIR é uma ferramenta utilizada de maneira crescente para avaliação das políticas regulatórias, especialmente no âmbito dos países integrantes da OCDE (Jacobs, 1997, p. 13-30).

de interesses, permitindo melhor ponderação pelas autoridades regulatórias dos interesses dos particulares (usuários e consumidores), identificando, com maior precisão, os problemas e as possíveis consequências da futura decisão (Oliveira, 2015, p. 269).

Ressalte-se que a AIR não funciona apenas como instrumento para definição da intensidade e/ou da qualidade da regulação estatal.

Em verdade, a própria decisão quanto à necessidade de instituição da regulação é discutida na AIR. Durante o processo, as alternativas à regulação direta (ex.: subsídios, disponibilização de informação ao público, instituição de taxas, autorregulação etc.) devem ser ponderadas para eleger a melhor decisão para o setor.

Ademais, a AIR não deve ser pautada exclusivamente por critérios econômicos, especialmente pelo fato de que a Administração tem o dever de considerar outros aspectos igualmente fundamentais: qualidade do serviço ou do bem, consequências ambientais, universalização do serviço para o maior número possível de pessoas etc. A eficiência da AIR, portanto, depende da efetivação dos resultados (econômicos, sociais, ambientais etc.) esperados pela sociedade e impostos pelo ordenamento jurídico.

Com marco inicial no Decreto 4.176/2002 (Salgado; Borges, 2010), que estabelecia normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos executivos federais, posteriormente revogado pelo Decreto 9.191/2017, a AIR foi intensificada por meio do “Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (PRO-REG)”, instituído pelo Decreto 6.062/2007, com o objetivo de fortalecer os mecanismos institucionais para gestão regulatória, com ênfase na autonomia decisória das agências reguladoras e no aprimoramento do controle institucional e social.¹¹.

O Comitê Interministerial de Governança (CIG), instituído pelo Decreto 9.203/2017 (Decreto de Governança), aprovou o documento com o título “Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR”, com o objetivo de orientar a elaboração e a aplicação da AIR na Administração Pública federal (Brasil, 2018). O referido documento é pautado por dois princípios básicos: a) necessidade de implementar a AIR no estágio inicial de elaboração das normas regulatórias; e b) importância do fomento à integração de mecanismos de participação social durante a AIR.

A Lei 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras), que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras federais, trouxe importantes comandos sobre a tomada de decisões no âmbito das agências. O art. 6º da Lei 13.848/2019 dispõe:

Art. 6º. A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral

11 O art. 2º do Decreto n. 6.062/2007 (Brasil, 2007) elenca os objetivos específicos do PRO-REG, sendo possível destacar a necessidade de aprimoramento da “capacidade de formulação e análise de políticas públicas em setores regulados”, a “melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório”, o “fortalecimento da autonomia, transparência e desempenho das agências reguladoras”, bem como o desenvolvimento e aperfeiçoamento de mecanismos para o exercício do controle social do processo regulatório.

dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo (Brasil, 2019).

De acordo com o referido diploma legal, o regulamento deverá tratar do conteúdo e da metodologia da AIR, dos quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como indicará os casos em que será obrigatória sua realização e as hipóteses de sua dispensa, cabendo ao regimento interno de cada agência dispor sobre a sua operacionalização (art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 13.848/2019).¹²

As decisões regulatórias das agências possuem caráter colegiado, motivo pelo qual o conselho diretor ou a diretoria colegiada deverá analisar o relatório de AIR e se manifestar sobre a adequação da proposta de ato normativo aos objetivos pretendidos, indicando se os impactos estimados recomendam sua adoção, e, quando for o caso, quais os complementos necessários (arts. 6º, § 3º, e 7º, da Lei 13.848/2019).

De acordo com o art. 2º, *caput*, da Lei 13.848/2019, o referido diploma legal é aplicável às agências reguladoras federais, a saber: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (ANCINE); Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); e Agência Nacional de Mineração (ANM). O parágrafo único do art. 2º da Lei 13.848/2019, por sua vez, determina a sua incidência, ainda, às autarquias especiais caracterizadas como agências reguladoras e criadas a partir vigência da Lei em comento.

A ANVISA tem se destacado na realização pioneira da AIR. A agência instituiu o Programa de Melhoria do Processo de Regulamentação da Anvisa (PMR), por meio da Portaria 422/2008, com o objetivo de aperfeiçoar e modernizar as práticas regulatórias da agência, garantindo maior previsibilidade, legitimidade, transparência e estabilidade ao processo regulatório. A referida Portaria foi revogada pela Portaria 1.741/2018 que define a AIR como “processo sistemático de análise, baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das opções de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão” (art. 2º, III).

Em seguida, a referida Portaria conceitua a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) como “avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados originalmente pretendidos, bem como os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação (art. 2º, IV).

A realização da AIR na ANVISA é obrigatória, em princípio, para propostas de adoção e de alteração de atos normativos de interesse (art. 10, parágrafo único, da Portaria 1.741/2018).

12 Nos casos dispensa de AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão (art. 6º, § 5º, da Lei 13.848/2019).

Contudo, a AIR não se aplica aos atos normativos que tem por objeto (art. 11 da Portaria 1.741/2018): a) a retificação de erro material de sintaxe, ortografia, pontuação, tipográficos e de numeração de normas previamente publicadas; b) a atualização de dispositivos obsoletos ou revogar atos normativos, desde que não haja alteração de mérito; e c) a consolidação de outras normas sobre determinada matéria, desde que não haja alteração de mérito.

É possível a dispensa, excepcional e justificada, da AIR nos seguintes casos (art. 12 da Portaria 1.741/2018): a) necessidade de enfrentamento de problemas de alto grau de urgência e gravidade, caracterizados por situações de iminente risco à saúde ou por circunstâncias de caso fortuito ou força maior que possam causar prejuízo ou dano de difícil reparação, e que impliquem a necessidade de atuação imediata da Agência; b) revisões de atos normativos que visem exclusivamente à simplificação administrativa, desde que não haja alteração de mérito; e c) atos normativos que possuam notório baixo impacto.

Em qualquer caso de dispensa de AIR, exige-se a elaboração de documento com pelo menos a descrição do problema regulatório que se pretende solucionar, dos objetivos que se pretende alcançar e da estratégia de implementação e monitoramento, além da devida fundamentação que motive a dispensa (art. 12, parágrafo único, da Portaria 1.741/2018).

Mencione-se, ainda, a ANEEL que estabelece a obrigação de realização, em regra, da AIR antes da edição de qualquer ato normativo. A obrigatoriedade da utilização do procedimento foi instituída pela Resolução Normativa de 540/2013, posteriormente revogada pela Resolução Normativa 798/2017, que aprimorou a Norma de Organização ANEEL 40/2013, com o intuito de aprimorar a formação da racionalidade decisória por meio da AIR.

A preocupação não se limita à elaboração da norma regulatória, mas se relaciona também, ao monitoramento dos resultados alcançados. De acordo com a Norma de Organização ANEEL 40/2013, alterada pela Resolução Normativa nº 798/2017, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) “[...] é o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão” (art. 2º, I)(ANEEL, 2017).

Por outro lado, a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) “[...] é um instrumento de avaliação do desempenho do ato normativo adotado ou alterado, considerando o atingimento dos objetivos e resultados pretendidos, bem como demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação (art. 2º, II, da Norma de Organização ANEEL 40/2013, alterada pela Resolução Normativa nº 798/2017)” (ANEEL, 2017).

Verifica-se que diversas agências reguladoras federais editaram atos normativos com o objetivo de implementar a AIR, abrindo-se o caminho para disseminação e efetivação do instituto.¹³

A relevância da AIR foi confirmada com a promulgação da Lei 13.874, de 20 de setembro

13 Além da ANVISA e da ANEEL, podem ser mencionados outros exemplos, tais como: ANATEL (art. 62, parágrafo único, do Regimento Interno – Resolução 612/2013 – e arts. 14 a 17 da Portaria 927/2015), ANA (art. 7º, VII, Regimento Interno aprovado pela Resolução 76/2019 e arts. 12 e 13 da Resolução 86/2018), ANTT (art. 106, XII, do Regimento Interno da ANTT, aprovado pela Resolução 5.810/2018) etc.

de 2019 (Lei da Liberdade Econômica), que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabelece garantias de livre mercado. Em seu art. 5º, o diploma legal estabelece:

Art. 5º. As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada (Brasil, 2019).

Com o objetivo de regulamentar a AIR prevista no art. 6º da Lei 13.848/2019 e no art. 5º da Lei 13.874/2019, foi editado o Decreto 10.411, de 30 de junho de 2020.

Conforme destacado pelo art. 1º, § 1º, do Decreto, as suas disposições devem ser observadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados.

Contudo, as suas normas não se aplicam às propostas de edição de decreto ou aos atos normativos a serem submetidos ao Congresso Nacional (art. 1º, § 3º).

Trata-se de expressão que confirma a famosa frase “faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço”. A exigência de AIR não deveria ser afastada da própria elaboração de decretos e outros atos normativos. Independentemente da origem da norma infralegal e do seu alcance, a realização da AIR, como já demonstrado, reforça a qualidade da norma elaborada a partir de um processo transparente e controlável.

De acordo com o art. 3º, § 2º, do Decreto 10.411/2020, a exigência de AIR também não se aplica nos seguintes atos normativos: a) de natureza administrativa, cujos efeitos sejam restritos ao âmbito interno do órgão ou da entidade; b) de efeitos concretos, destinados a disciplinar situação específica, cujos destinatários sejam individualizados; c) que disponham sobre execução orçamentária e financeira; d) que disponham estritamente sobre política cambial e monetária; e) que disponham sobre segurança nacional; e f) que visem a consolidar outras normas sobre matérias específicas, sem alteração de mérito.

Ademais, o art. 4º do Decreto 10.411/2020 autoriza a dispensa de realização da AIR nas seguintes hipóteses: a) urgência;¹⁴ b) ato normativo destinado a disciplinar direitos ou obrigações definidos em norma hierarquicamente superior que não permita, técnica ou juridicamente, diferentes alternativas regulatórias; c) ato normativo considerado de baixo impacto;¹⁵ d) ato normativo que

14 A hipótese de dispensa de AIR nos casos de urgência não afasta a necessidade de nota técnica ou o documento equivalente que deverá, obrigatoriamente, identificar o problema regulatório que se pretende solucionar e os objetivos que se pretende alcançar, de modo a subsidiar a elaboração da ARR (art. 4º, § 2º, do Decreto 10.411/2020).

15 Considera-se ato normativo de baixo impacto aquele que: a) não provoque aumento expressivo de custos para os

vise à atualização ou à revogação de normas consideradas obsoletas, sem alteração de mérito; e) ato normativo que vise a preservar liquidez, solvência ou higidez: e.1) dos mercados de seguro, de resseguro, de capitalização e de previdência complementar; e.2) dos mercados financeiros, de capitais e de câmbio; ou e.3) dos sistemas de pagamentos; f) ato normativo que vise a manter a convergência a padrões internacionais; g) ato normativo que reduza exigências, obrigações, restrições, requerimentos ou especificações com o objetivo de diminuir os custos regulatórios; e h) ato normativo que revise normas desatualizadas para adequá-las ao desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos do disposto no Decreto 10.229/2020.

Nos casos de dispensa de AIR, será elaborada nota técnica ou documento equivalente que fundamente a proposta de edição ou de alteração do ato normativo (art. 4º, § 1º, do Decreto 10.411/2020).

A conclusão da AIR será efetivada por meio de relatório que contenha (art. 6º do Decreto 10.411/2020): a) sumário executivo objetivo e conciso, que deverá empregar linguagem simples e acessível ao público em geral; b) identificação do problema regulatório que se pretende solucionar, com a apresentação de suas causas e sua extensão; c) identificação dos agentes econômicos, dos usuários dos serviços prestados e dos demais afetados pelo problema regulatório identificado; d) identificação da fundamentação legal que ampara a ação do órgão ou da entidade quanto ao problema regulatório identificado; e) definição dos objetivos a serem alcançados; f) descrição das alternativas possíveis ao enfrentamento do problema regulatório identificado, consideradas as opções de não ação, de soluções normativas e de, sempre que possível, soluções não normativas; g) exposição dos possíveis impactos das alternativas identificadas, inclusive quanto aos seus custos regulatórios; h) considerações referentes às informações e às manifestações recebidas para a AIR em eventuais processos de participação social ou de outros processos de recebimento de subsídios de interessados na matéria em análise; i) mapeamento da experiência internacional quanto às medidas adotadas para a resolução do problema regulatório identificado; j) identificação e definição dos efeitos e riscos decorrentes da edição, da alteração ou da revogação do ato normativo; k) comparação das alternativas consideradas para a resolução do problema regulatório identificado, acompanhada de análise fundamentada que contenha a metodologia específica escolhida para o caso concreto e a alternativa ou a combinação de alternativas sugerida, considerada mais adequada à resolução do problema regulatório e ao alcance dos objetivos pretendidos; e l) descrição da estratégia para implementação da alternativa sugerida, acompanhada das formas de monitoramento e de avaliação a serem adotadas e, quando couber, avaliação quanto à necessidade de alteração ou de revogação de normas vigentes.

O art. 7º do Decreto 10.411/2020 indica, de forma exemplificativa, as seguintes metodologias que poderão ser utilizadas na elaboração da AIR, cuja escolha deverá ser justificada: a) análise multicritério; b) análise de custo-benefício; c) análise de custo-efetividade; d) análise de custo; e) análise de risco; ou f) análise risco-risco.

agentes econômicos ou para os usuários dos serviços prestados; b) não provoque aumento expressivo de despesa orçamentária ou financeira; e c) não repercuta de forma substancial nas políticas públicas de saúde, de segurança, ambientais, econômicas ou sociais; (art. 2º, II, do Decreto 10.411/2020).

Os arts. 8º a 11 do Decreto 10.411/2020 tratam da participação social no procedimento da AIR, com a previsão de realização, em princípio, facultativa, de consulta pública. Em nossa opinião, a lógica deveria ser inversa, com a previsão de realização obrigatória de consulta pública, salvo situações excepcionais devidamente justificadas.

Verifica-se a preocupação com o monitoramento dos resultados alcançados pelos atos normativos. Segundo o art. 2º do Decreto 10.411/2020, a Avaliação de Resultado Regulatório (ARR) é a “verificação dos efeitos decorrentes da edição de ato normativo, considerados o alcance dos objetivos originalmente pretendidos e os demais impactos observados sobre o mercado e a sociedade, em decorrência de sua implementação”.

A ARR poderá ter caráter temático e ser realizada apenas quanto a partes específicas de um ou mais atos normativos, cabendo às entidades responsáveis a instituição de uma agenda de ARR, com a inclusão de, no mínimo, um ato normativo de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados de seu estoque regulatório (art. 13, §§ 1º e 2º do Decreto 10.411/2020).

Não obstante os avanços na regulamentação da AIR, o Decreto 10.411/2020, em seu art. 21, acaba por retirar a força do próprio ato regulamentar e da AIR, abrindo caminho para ausência de sua implementação. Isso porque o descumprimento dos comandos consagrados no referido Decreto “não constitui escusa válida para o descumprimento da norma editada e nem acarreta a invalidade da norma editada”. Aqui, o Decreto perdeu a oportunidade de avançar na exigência de qualificação da motivação dos atos normativos como condição para sua validade.

Apresentas as características e o regime jurídico da AIR, verifica-se que o instituto constitui importante ferramenta na formulação, execução e controle das políticas regulatórias, especialmente por efetivar os ideais da eficiência, do pluralismo e da legitimidade democrática.

É possível perceber que o debate tradicional relacionado ao papel do Estado Regulador focava a intensidade, maior ou menor, da regulação estatal a partir de ideologias opostas que confrontavam a regulação e a abstenção, como o Bem e o Mal. O pêndulo da intervenção regulatória oscila entre a maior (Escola do Interesse Público) e a menor (Escola de Chicago) intervenção estatal na economia.¹⁶

Constata-se, no entanto, uma virada importante nesse debate, com a substituição da intensidade pela qualidade da regulação (*Better Regulation*). O ponto central da discussão atual é a efetivação da melhor regulação (Weatherill, 2007, p. 1-17).¹⁷

16 De forma resumida (Oliveira, 2015, p. 139-140), enquanto a Escola do Interesse Público: propõe a intensificação da regulação deve ser intensificada para satisfação do interesse público ou do bem comum, a Escola de Chicago (econômica ou neoclássica) propõe uma menor intervenção (ou abstenção) estatal na ordem econômica que seria justificada para corrigir as denominadas “falhas de mercado” (monopólio e poder de mercado; “bens coletivos”; e assimetrias de informações).

17 Nesse contexto, Susan Rose-Ackerman (1992, p. 187) propõe uma nova agenda pública para reformar e não para desmantelar o Estado regulador, buscando melhorar a responsabilidade dos agentes políticos e os desenhos dos programas públicos.

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo do artigo, os ideais do pragmatismo jurídico têm sido intensificados nos últimos anos no ordenamento jurídico pátrio, especialmente a partir das alterações implementadas na LINDB pela Lei 13.655/2018.

Nesse contexto, a decisão estatal nas esferas administrativa, controladora e judicial deve levar em consideração as respectivas consequências práticas, jurídicas e administrativas, o que abrange o papel do Estado na ordem econômica.

A exigência de planejamento, com o incremento racional e informacional sobre os possíveis impactos da proposta da norma regulatória, justifica a realização da AIR para permitir que os agentes reguladores avaliem os custos e os benefícios das opções regulatórias no respectivo setor econômico, garantindo maior eficiência estatal.

A preocupação consequencialista, típica do pragmatismo jurídico, deve ser levada a sério na atuação das agências reguladoras, o que justifica a crescente institucionalização da AIR por meio de normas internas das próprias agências, especialmente a partir das exigências contidas na Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e na Lei 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica).

REFERÊNCIAS

ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELETRICA. **Resolução normativa nº 798, de 12 de dezembro de 2017.** Brasília, DF: ANEEL, 2017. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2017798.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito público a luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 11, n. 57, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 171-211.

BRASIL. Casa Civil. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.062, de 16 de março de 2007**. Institui o Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação - PRO-REG, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6062.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 10 maio 2020

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976 [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 10 maio 2020.

CAMARGO, Margarida Lacombe. O pragmatismo no Supremo Tribunal Federal Brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 363-385.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1978.

EISENBERG, Jose. Pragmatismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, Renovar, 2006.

JACOBS, Scott H. An overview of regulatory impact analysis. In: OECD. **Regulatory impact analysis: best practices in OECD countries**. 1997. p. 13-30. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/59/35258828.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

MENAND, Louis. **The metaphysical club**. New York: Farrar Straus Giroux, 2001.

MENDONÇA, José Vicente Santos. Análise de impacto regulatório: o novo capítulo das agências reguladoras. **Revista Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 122, p. 30-34, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos. **Direito constitucional econômico**: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

OECD - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Introductory handbook for undertaking regulatory impact analysis (RIA)**. Paris: OECD, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/48/14/44789472.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, 2011a.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Governança e análise de impacto regulatório. **Revista de**

Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 9, n. 36, p. 173-203, 2011b.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo perfil da regulação estatal**: administração pública de resultados e análise de impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Rethinking the progressive agenda**: the reform of regulatory state. Nova York: The Free Press, 1992.

SALGADO, Lucia Helena; BORGES, Eduardo Bizzo de Pinho. **Análise de impacto regulatório**: uma abordagem exploratória. Brasília: Ipea, 2010.

SORRENTINO, Giancarlo. **Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685. **Interesse Público**, Porto Alegre, v. 37, 2006.

SPASIANO, Mario R. **Funzione amministrativa e legalità di risultato**. Torino: Giappichelli, 2003.

WEATHERILL, Stephen. The challenge of better regulation. In: WEATHERILL, Stephen. (org.). **Better regulation**. Oxford: Hart, 2007.

Recebido em: 26/06/2020

Aceito em: 27/02/2023

O DIREITO DO TRABALHADOR À DESCONEXÃO DIGITAL

THE RIGHT OF THE WORKER TO DIGITAL DISCONNECTION

Saulo Nunes de Carvalho Almeida*

Como citar: ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. O direito do trabalhador à desconexão digital. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 48, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.41022>

Resumo: O direito à desconexão digital corresponde ao reconhecimento de emergente campo de batalha dos direitos sociais. Trata-se de um resultado lógico do avançar da evolução de novas tecnologias de comunicação, especialmente frente à difusão de aplicativos de mensagens, que tem levado a atividade laboral clássica a experimentar severas modificações. Uma dessas alterações repousa em novas formas de manter a subordinação jurídica, vinculando uma “conexão” do trabalhador com a empresa (“controle virtual”), mesmo quando esse se encontra fora de seu ambiente e horário de trabalho. Um cenário que, atualmente, não enseja em qualquer obrigação de contraprestação pecuniária por parte do empregador. O procedimento metodológico que norteou o desenvolvimento desse estudo foi descritivo e exploratório, estruturado em uma pesquisa bibliográfica e documental adotada com o intuito de promover uma compreensão precisa dos institutos jurídicos constitucionais e trabalhistas analisados. Concluiu-se pela necessidade de positivação normativa de um direito à desconexão digital do trabalhador, assegurando, com isso, todo um plexo de garantias fundamentais atreladas a tutela do tempo livre para descanso e lazer.

Palavras-Chaves: direito à desconexão; novos direitos trabalhistas; desconexão digital.

Abstract: The right to digital disconnection corresponds to the recognition of an emerging battlefield of social rights. This is a logical result of the advancement of telecommunications developments, especially in the face of the diffusion of messaging applications, which has led to classic work activity undergoing

severe modifications. One of these changes rests on new ways of maintaining legal subordination, linking a worker's "connection" with the company ("virtual control"), even when it is outside of its environment and working hours. A scenario that currently does not result in any obligation of pecuniary consideration by the employer. The methodological procedure that guided the development of this study was descriptive and exploratory, structured in a bibliographical and documentary research adopted with the purpose of promoting a precise understanding of the analyzed constitutional and labor legal institutes. It was concluded that there is a need for normative acceptance of a right to the digital disconnection of the worker, ensuring, therefore, a whole range of fundamental guarantees linked to the protection of free time for rest and leisure.

Keywords: right to disconnect; new labor rights; digital disconnection.

INTRODUÇÃO

O trabalho contemporâneo é marcado pela constante invasão de fronteiras. Os limites da esfera da vida profissional aparentam se misturar com os da vida pessoal, fazendo com que o simples fato ingressar em uma relação de trabalho possa significar uma total ou parcial alienação de outros importantes direitos fundamentais. Trata-se de um cenário agravado pela difusão de novas tecnologias, em especial aos avanços dos aplicativos de comunicação, que passam a adentrar nos múltiplos campos relações humanas, se enraizando também nos ramos empresariais, alterando os paradigmas do Direito do Trabalho.

A chamada “Era Pós-Industrial” tem sido marcada por um crescimento avassalador de fenômenos complexos que transmutaram a forma tradicional de execução do trabalho. Fenômenos como a inteligência artificial, automação, robótica, tecnologias da informação e do conhecimento e outras mudanças que surgem e se acumulam com o intuito de suprir novas necessidades humanas na contemporaneidade.

Todavia, essa marcha do aperfeiçoamento tecnológico, ao serem apropriadas pela competitividade do Capital, foram direcionadas ao aumento de sua competitividade nos mais distintos setores do mercado, reduzindo custos em inúmeras frentes o que, em muitos dos casos, viria a significar um aumento da precarização social para os trabalhadores, manifestando-se tanto na forma de crescimento do desemprego como também na mitigação de direitos fundamentais que aparentavam encontrar-se consolidados e agora se veem frente ao nebuloso abismo do retrocesso social.

A realidade moderna é a de que o afastamento físico do trabalhador das dependências da empresa não mais significa a cessação da prestação de serviços. Essa noção torna-se relativizada frente à tecnologia da comunicação, em especial a difusão de aplicativos de mensagens, que permitem ao empregador acessibilidade imediata aos seus empregados, não importa aonde esses se encontrem.

A comunicação a distância pode ser alcançada de forma eficiente, especialmente frente a popularização dos *smartphones*, que, muitas das vezes, são adquiridas com incentivos financeiros da própria empresa, pouco desconfiando, o ingênuo trabalhador (fortemente influenciado pela cultura consumista da civilização do esbanjamento), o potencial para a produção de efeitos socialmente nocivos que esses dispositivos podem portar.

Essas ferramentas transformaram-se em novos mecanismos de absorção da força de trabalho de empregados, mesmo quando esses encontram-se além dos muros da empresa e fora de seu horário ou mesmo dia de serviço. Essa “vinculação eletrônica” traz como consequência uma intensificação do trabalho que passa a penetrar em seu momento de repouso e lazer, resultando em uma perigosa simbiose que traz um inevitável aumento no desgaste experimentado por esses trabalhadores.

Desse modo, o presente *paper* tem como objetivo nuclear investigar as causalidades desse fenômeno de infiltração da tecnologia da comunicação no âmbito das relações de trabalho moderna

e a resposta do ordenamento jurídico brasileiro a esse quadro desafiador. Para assegurar uma análise sistematizada do objeto de estudo, adequado esclarecer que a investigação terá início com uma explanação acerca das causalidades que a evolução tecnológica trouxe às relações de trabalho moderna. Em seguida, passa-se para um estudo acerca dos institutos do teletrabalho (*home office*) e da prontidão, identificando as implicações desses ao direito à desconexão do trabalhador. Por fim, no capítulo conclusivo, é apresentada contribuição intelectual as discussões acerca do conteúdo jurídico do direito do trabalhador à desconexão digital.

1 APONTAMENTOS ACERCA DA EVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA E SEUS REFLEXOS NA RELAÇÃO DE TRABALHO CONTEMPORÂNEA

A revolução cibernética quebrou barreiras geográficas, ideológicas, culturais e políticas, resultando na necessidade de mudanças práticas em todo o universo jurídico contemporâneo. Suas causalidades refletem nos mais distintos ramos do direito, recaindo à doutrina e à jurisprudência a função de se adaptarem a essa multiplicidade de novas questões e assuntos oriundos da inserção da informática na sociedade, em especial, na organização econômica, no processo produtivo e no mercado de trabalho.

Nos últimos anos presenciamos uma explosão no desenvolvimento de sofisticados designs de comunicação. Aplicativos que se tornaram essenciais e indispensáveis para a manutenção de uma sociedade globalizada e “conectada”. Vivencia-se o surgimento de uma “nova economia”, marcada por inovadoras formas de produção, bem como uma substituição progressiva e contínua da força de trabalho braçal pela intelectual¹.

A recepção desses novos instrumentos de comunicação, pelas empresas, ocorreu de forma intensa, aparentando corresponder a um processo progressivo e irreversível. Uma feição negativa da revolução tecnológica é que ao mesmo tempo em que ela concedeu ao homem novas formas de liberdade, onde barreiras geográficas tornaram-se inexistentes com o desenvolvimento do ciberespaço, por outro lado, também retirou dimensões desse mesmo direito supremo, constantemente experimentando invasões a momentos anteriormente reservados a intimidade, à vida privada, ao lazer e descanso. “A disponibilidade dos empregados, assim, transcende o tempo de trabalho projetado nas necessidades da empresa, deixando de ser um espaço limitado, passando a se constituir como valor absoluto, totalitário. A empresa controla o trabalho e o trabalhador, domina a sua vida” (Coutinho, 1999, p. 67).

Hoje, vive-se uma nova era das relações de trabalho, onde “a tecnologia avança em passos

1 Salomão Resedá (2007, p. 821) esclarece que “a inserção da tecnologia no âmbito laboral compeliu o empregado a grandes modificações, passando de uma ‘pessoa estagnada’, para uma ‘pessoa em constante reciclagem’. Os antigos métodos de produção foram deixados para trás e se tornou necessária uma maior intimidade com conhecimentos de informática e robótica, entre outros. [...]. Um crescente investimento em tecnologia foi observado. A aplicação de circuitos eletrônicos integrados tornou-se uma realidade indissociável. Os *microships* iniciaram sua influência em diversos ramos da sociedade, desde as atividades mais comuns até aquelas que necessitavam de uma complexidade ainda maior. O computador passou a ser o aliado do homem e uma ferramenta quase inseparável no exercício de diversas funções, inclusive laborais”.

rápidos e diversos são os softwares que podem ser utilizados para realizar a fiscalização do serviço prestado pelo funcionário, mesmo em sua própria residência. Ademais, a facilidade de comunicação imprime uma maior vigilância ao funcionário. A mobilidade com que a *internet* pode ser acessada nos dias atuais torna ainda mais complexa a rede de possíveis variáveis de controle. Assim, além do trabalho nos escritórios há ainda a possibilidade de envio das tarefas laborais para dentro da casa e da vida privada dos assalariados” (Resedá, 2007, p. 169).

O papel do direito do trabalho, sua razão de ser desde sua gênese (Manãs, 2005), é o de preservar o equilíbrio social, evitando o espaçamento da lacuna moral entre capital e trabalho (artigo 170 da CF/88) (Brasil, 1988), combatendo práticas de enfraquecimento das conquistas jurídicos-sociais alcançadas. José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2004, p. 27) relembra a simbiótica relação histórica existente entre trabalhador e empresa, em que “salvo raras exceções, o trabalhador sempre guarda com o tomador de dos serviços uma relação de dependência, quer em grau extremado, como no caso dos escravos, dos servos ou dos companheiros, quer na hipótese da regulamentação do trabalho humano subordinado pelo contrato de trabalho”.

Em um modelo de estado capitalista, marcado por distintas tensões sociais como aquelas manifestadas em fenômenos tais como flexibilização, desregulamentação, *dumping* social, pejotização, entre outras formas de precarização contrárias ao espírito da Constituição, resta claro que não havendo uma adequada evolução jurídico-social, o trabalhador se encontra destinado a se tornar vítima da empreitada inconsequente por maiores lucros empresariais, afrontando, inclusive, institutos norteadores do direito empresarial, como é o caso do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, função social da empresa e o princípio da concorrência leal².

O Estado tem como finalidade maior a proteção humana. Logo, a evolução da sociedade, e os fenômenos intrínsecos a essa (caso da tecnologia), deve ser acompanhada por uma evolução equânime da ciência juslaboral, assegurando a inexistência de vácuos entre a norma jurídica e a realidade social contemporânea, sob pena de o direito trabalhista não mais conseguir materializar seus objetivos supremos de valor social do trabalho e preservação da dignidade dos trabalhadores.

Nesse contexto, imprescindível o desenvolvimento de maiores indagações acerca das implicações jurídicas oriunda das novas tecnologias de comunicação, cada vez mais utilizada pelas empresas, e as suas infiltrações indesejadas no tempo de repouso e lazer do empregado, ou seja, o direito à desconexão digital do trabalho.

2 TELETRABALHO, SOBREAVISO E SUAS IMPLICAÇÕES AO DIREITO À DESCONEXÃO

O direito fundamental ao descanso do trabalhador tem sido objeto de uma multiplicidade de estudos desenvolvidos pela literatura jurídica especializada. Não aparenta existir maiores

² Para Marcos Elidius Michelli de Almeida (2004, p. 125), “a concorrência desleal traduz-se, portanto, em um desvio de conduta moral, com violação dos princípios da honestidade comercial, da lealdade, dos bons costumes e da boa fé, e não está presente no simples alcance dos consumidores, mas sim na maneira como se busca esse fim”.

dúvidas que o mesmo necessita ser assegurado de forma plena, respeitado, em sua totalidade, pelo empregador, não sendo permitido, à esse segundo, causar incômodos ou perturbações durante os períodos externos à jornada laboral do empregado, ou seja, uma obrigação de abstenção patronal, de “não-fazer”.

Todavia, conforme será evidenciado no curso do presente ensaio, esse cenário não é o que se observa na atualidade.

Ao analisar esse dinamismo diário exigido pelo mundo pós-moderno, tão presente nos relacionamentos entre profissionais/empresas/clientes, Aires José Rover (2006, p. 87) alerta para um processo de alteração das organizações e instituições, com a inserção de tecnologias capazes de estabelecer novas formas de controle sobre os trabalhadores:

Hodiernamente, o homem vive num mundo em que a vagareza do ritmo biológico não determina mais a evolução da sociedade humana, mas o mundo da velocidade de transporte digital das informações. O indivíduo pós-moderno não tem mais tempo e por todos os lados está determinado por máquinas que, em princípio, podem lhe tirar a consciência do trabalho realizado e, por conseguinte, sua capacidade de criação no mundo.

Conforme será evidenciado, o direito à desconexão digital do trabalho integra uma nova ordem trabalhista, centralizada no valor social do trabalho e na dignidade da pessoa humana, atuando como instrumento de preservação da intimidade, vida privada, lazer e descanso, protegendo-o, no atual cenário, da imposição da proximidade do trabalhador com o *smartphone*, *iphone*, *e-mail*, *notebook*, *laptop*, *tablet*, entre outros recursos e ferramentas incorporados pelo mundo corporativo e que resultam em um estado de constante “conexão laboral” do trabalhador.

2.1 TELETRABALHO E SUAS IMPLICAÇÕES AO DIREITO À DESCONEXÃO

Na contemporaneidade, o uso da informática, bem como de aplicativos de comunicação, permite a realização de muitas das atividades laborais em, virtualmente, qualquer lugar. Estamos diante de uma verdadeira mutação do mundo organizacional empresarial, marcado pelos novos graus de interferências tecnológicas nas relações laborais, bem como na difusão de um pensamento econômico unânime que reconhece a correlação existente entre progresso científico e produtividade empresarial.

Entre as formas de trabalho emergentes, antagônicas aos modelos de produção Fordista e Taylorista, o trabalho à distância, também chamado de teletrabalho ou *home office*, merece maiores reflexões no que concerne a sua relevância com a temática de um direito à desconexão nas relações de trabalho.

Essa espécie de prestação de serviços, que encontrou sua primeira regulamentação no sistema jurídico brasileiro apenas em 2017, com a vigência da chamada “Reforma Trabalhista”³, corresponde à utilização de ferramentas eletrônicas ou meios informatizados para superar a ausência da presença física do trabalhador: “A partir de um computador dotado de modem para conexão [...]

3 Responsável em dedicar o Capítulo II-A para reger o que intitulou como “Teletrabalho”.

com sistemas de redes (Internet, intranet, ou qualquer outro agregado de computadores) é possível realizar as obrigações sem que esteja necessariamente dentro do estabelecimento do empregador” (Resedá, 2007, p. 162).

Nesse contexto jurídico, o fenômeno do *home office* se tornou uma opção ainda mais atrativa para os empregadores, permitindo alcançar uma maior competitividade empresarial por intermédio de uma redução de custos oriundos do processo de desconcentração da mão de obra do ambiente empresarial⁴. Inclusive, importante enaltecer a existência de um grande retrocesso estabelecido pelo novo artigo 75-D, que dispõe que os custos com os equipamentos e infraestrutura podem ser repassados ao trabalhador⁵, ou seja, os mesmos poderão ser por eles suportados na integralidade. A título de exemplo, pense-se nos gastos que um trabalhador que exerce seu labor em casa tem com energia elétrica, telefone, *internet*, manutenção de equipamentos, etc.

Importante aspecto no processo evolutivo de regulamentação do “*home office*” ocorreu alguns anos antes da “Reforma Trabalhista”. Trata-se da alteração do artigo 6º da CLT (Brasil, 1943), oriundo da Lei nº. 12.551/2011, que passou a estabelecer o que segue: “Não se distingue o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado em domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que sejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. Em seu parágrafo único, o dispositivo celetista complementa a questão da subordinação, esclarecendo que “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio” (Brasil, 2011).

A nova redação permitiu que fossem superados grandes debates jurídicos acerca de quais trabalhadores se encontravam cobertos pela malha protetora da Consolidação, evitando possíveis atos de discriminação ou exclusão daqueles que exerciam sua função por intermédio de meios telemáticos ou informatizados, desde que presentes os pressupostos da relação de emprego estabelecidos pelos artigos 2º e 3º da CLT (Brasil, 1943), hipótese em que caberia ao empregador respeitar a integralidade dos direitos sociais do trabalhador.

Não há dúvida que apesar do fato do trabalhador se encontrar fora do ambiente da empresa, o mesmo ainda pode se sujeitar a certo grau de subordinação jurídica em sua relação trabalhista, sendo um dos benefícios das novas tecnologias a sua utilização também como ferramenta de controle à distância, avaliando o desempenho profissional de funcionários mesmo que não se encontrem presentes na empresa.

Adequando-se a realidade da descentralização produtiva, onde é cada vez mais comum para empresas realizarem a supervisão de seus empregados por meio de instrumentos eletrônicos e não presenciais, a mudança da CLT, no ano de 2011, enxertou elevado substrato normativo ao direito à desconexão nas relações de trabalho, reconhecendo a atual realidade organizacional ao

4 Conforme José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2004, p. 27) nessa atual era do trabalho, “adota-se a desconcentração como regra. Tudo aquilo que a empresa não tem como finalidade ultima é entregue a terceiros. Tudo aquilo que pode ser atenuado em termos de obrigações trabalhistas é feito.”

5 Nos termos do art. 75-D: As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstos em contrato escrito.

não estabelecer qualquer distinção entre o trabalho prestado no estabelecimento do empregador e aquele realizado fora dele, configurando-se o vínculo da relação de emprego, desde que, como salientado, estejam presentes os requisitos legais necessários para isso (pessoa física, pessoalidade, habitualidade, onerosidade e subordinação jurídica) (Brasil, 1943).

2.2 SOBREAVISO E SUAS IMPLICAÇÕES AO DIREITO À DESCONEXÃO

O artigo 244, §2⁶, da Consolidação (Brasil, 1943), é o responsável em normatizar o regime jurídico do “sobreaviso”, inicialmente limitando-o a uma categoria em especial, os ferroviários (posteriormente, por analogia, viria a ser estendido, também, aos eletricitários⁷). Esses profissionais, frente à natureza de sua função, marcada pela imprevisibilidade, poderiam ser convocados pelo empregador, fora do horário usual de sua jornada laboral, para a prestação de serviços imprevistos ou possível substituição de pessoal. “O sistema estabelecido pelo art. 244 da CLT se justifica para que o empregador tenha pessoal na reserva para qualquer imprevisto” (Martins, 2010, p. 542). Nesse passo, a Consolidação concedeu ao empregador a possibilidade de, durante o prazo máximo de 24 horas, estabelecer ordem impondo ao trabalhador ferroviário a obrigação de permanecer em sua residência, frente à hipótese de vir a ser convocado para o serviço.

Avançando-se para a contemporaneidade, percebemos que inúmeras são as profissões que, por analogia, necessitam, para a manutenção econômica e organizacional de seu empreendimento, da adoção do instituto do sobreaviso, como, a título de exemplo:

Na área de saúde, na qual a equipe de clínica geral fica no atendimento normal durante os plantões noturnos, finais de semana e feriados, e as equipes especializadas em cirurgias e exames específicos são mantidas de sobreaviso para atenderem quando necessário; na área de logística, na qual a equipe de entrega e armazenamento de produtos, especialmente perecíveis, realiza seus serviços por meio de escalas, inclusive em horários noturnos, finais de semana e feriados, e outra equipe fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; na área de segurança (pública e privada), na qual a equipe realiza seus serviços por meio de escalas, inclusive em horários noturnos, finais de semana e feriados, e outra equipe fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; no âmbito do Judiciário para realizarem seus serviços por meio de escalas durante o horário noturno, finais de semana e feriados, e outra equipe de magistrados e servidores fica de sobreaviso para ser acionada em caso de qualquer eventualidade; dentre inúmeras outras áreas de atuação em que as complexidades das relações sociais veem tornando necessária a aplicação do sobreaviso (Araújo Júnior, 2009, p. 32).

Como se sabe, a normatização trabalhista brasileira estabeleceu que as horas em que

6 Art. 244. As estradas de ferro poderão ter empregados extranumerários, de sobreaviso e de prontidão, para executarem serviços imprevistos ou para substituições de outros empregados que faltem à escala organizada. [...]

§2º Considera-se de “sobreaviso” o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de “sobreaviso” será no máximo, de 24 (vinte e quatro) horas. As horas de “sobreaviso” para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

7 TST Enunciado nº 229. Horas de Sobreaviso dos Eletricitários – Remuneração. Por aplicação analógica do art. 244, §2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial (Brasil, 1943).

o trabalhador se encontra de sobreaviso, não se equiparam à remuneração da hora habitual de trabalho. Conforme o artigo 244 da CLT (Brasil, 1943), o pagamento será de 1/3 do salário normal. O motivo da distinção de valores repousa no fato de que, apesar da expectativa de ser convocado a qualquer momento, o trabalhador se encontra em repouso (mesmo que parcialmente) ou realizando atividades distintas das suas funções laborais. Logo, o desgaste assumido não se iguala àquele experimentado durante uma jornada tradicional de trabalho.

Com a chamada revolução da portabilidade, restou claro que “a tendência hoje é que o local do sobreaviso seja escolhido pelo próprio empregado” (Cabral, 1994, p. 65). Isso fez com que o artigo 244 da CLT (Brasil, 1943), e suas exigências para a caracterização da sobrejornada, necessitassem passar por um processo hermenêutico de adequação a essa nova atmosfera social oriunda dos avanços experimentados pelos meios de comunicação clássicos, que, agora, integram o chamado “mundo virtual”.

Entre tais requisitos, o mais polêmico correspondia ao fato de o trabalhador ter de se encontrar em sua residência durante o período de sobrejornada, sob pena de restar impossibilitado o seu reconhecimento jurídico.

Essa interpretação conservadora merece ser objeto de maior crítica.

O fundamento histórico que justificava essa necessidade de pagamento adicional durante o período de sobreaviso não se limitava ao fato de o trabalhador precisar se encontrar ou não em sua casa. Essa era apenas uma de suas casualidades não intencionais, um de seus reflexos negativos que ensejavam na necessidade de contraprestação empresarial. No entanto essa vinculação a residência, ousamos dizer, trata-se do menor dos impactos.

A necessidade central que fundamenta o pagamento pelo empregador, convive no fato de que, durante aquele período de até 24 horas, o trabalhador se encontra em um constante estado de expectativa, podendo vir a ser convocado ao trabalho a qualquer momento. Tem-se, assim, uma situação em que, apesar de não estar no ambiente físico da empresa, o descanso não é usufruído de modo pleno, e, sim, mitigado. O empregado não consegue repousar livremente, exercer seu direito pleno ao lazer, fazer planos sociais e familiares de forma livre e tranquila, pois carrega consigo uma espécie de prolongamento de seu estado de subordinação jurídica, restringindo seus direitos de liberdade e, por consequência, afetando seu direito à desconexão do trabalho.

Esse estado mental será experimentado pelo trabalhador sempre que o mesmo se encontrar em regime de sobreaviso, a disponibilidade para convocação do empregador, independente do mesmo se encontrar em sua residência ou fora dessa.

Não se pode esquecer que “o direito positivo é pressuposto de uma ideia de justiça anterior e atual, motivo porque deve servi-la” (Lima, 1997, p. 39). Com isso em mente, a melhor exegese do artigo 244, §2º da CLT (Brasil, 1943) nos leva a acreditar que o motivo pelo qual o legislador infraconstitucional, expressamente, mencionou a necessidade de o empregado permanecer em sua casa durante o período de sobreaviso, fundamenta-se no simplório fato de que, relativamente à tecnologia disponível na época, não haveria outras formas de prontamente contatar o trabalhador (não existiam *smartphones*, *tablets*, *iphone*, *internet*, etc.). Dessa forma, não se encontrando o

trabalhador em sua residência, a simples tentativa de convocá-lo já acarretaria em atrasos, demoras e potenciais prejuízos econômicos ao empregador, tendo em vista o estado de necessidade imperiosa daquela força de trabalho naquele determinado momento.

Ou seja, vivencia-se um cenário completamente distinto daquele existente no Brasil na década de 40, quando se estabeleceu a Consolidação e nela se positivaram os requisitos da sobrejornada⁸. Com a evolução alcançada pelos meios de comunicação, desenvolveram-se novas formas de realizar a convocação do trabalhador quando esse estiver em estado de “sobreaviso”. Formas, essas, que possuem a mesma eficiência do telefone residencial, não acarretando em quaisquer prejuízos de ordem econômica ao empregador.

Nesse passo, o Tribunal Superior do Trabalho andou bem ao estabelecer nova redação à Súmula nº. 428 (Brasil, 2012)⁹, reconhecendo que, caso o operário seja escalado para aguardar possível convocação para trabalhar, independentemente do meio utilizado para fazer esse chamado (*smartphones*, celulares, *pgers* ou outro instrumento de comunicação), deverá ser caracterizado o regime de sobreaviso. Com tal mudança, resta claro que qualquer definição do instituto do sobreaviso não mais deverá englobar, como requisito, a necessidade de o trabalhador permanecer em sua residência. Esse aspecto não mais será relevante para sua caracterização que se embasará, unicamente, no “estado de disponibilidade” assumido pelo trabalhador, concernente à comunicação prévia de seu empregador, colocando-o em escala de plantão¹⁰. Trata-se de uma interpretação histórico-evolutiva do artigo 244, §2º da CLT (Brasil, 1943).

3 EM BUSCA DE UM DIREITO À DESCONEXÃO DIGITAL

Há uma “nova” ordem jurídica defendida pela literatura especializada no campo do juslaboralismo brasileiro. Uma ordem norteada por uma perspectiva humanística e principiológica de se pensar a sistemática trabalhista, e que tem acarretado na produção de ensaios, estudos e proposições protecionistas à classe operária, contrapondo-se às tendências legislativas contemporâneas dominadas por reformas tendentes a flexibilização do trabalho e retrocesso social.

Nesse contexto, o direito à desconexão digital encontra seu principal ensaio intelectual, em

8 Reconhecendo a necessidade de uma modificação no enquadramento do sobreaviso em relação às profundas evoluções tecnológicas experimentadas nas últimas décadas, em especial na área de comunicação, Francisco Milton Araújo Júnior (2009, p. 32) enaltece que “a regulamentação adotada pelo Texto Celetista objetivou atender à realidade brasileira das décadas de 1960 e 1970, ou seja, nesse período a malha ferroviária no Brasil estava se expandindo e os meios de comunicações eram muito rudimentares, de modo que a dependência social do transporte ferroviário exigia a escala de quadro de reserva de trabalhadores para atuarem em caso de ocorrência de infortúnios na rede ferroviária, sendo o contato por telefonia fixa o único meio de comunicação eficaz para atender no caso de eventualidades”.

9 Súmula nº. 428 do TST – SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, §2º DA CLT
I – O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso

II – Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso (Brasil, 2012).

10 Já há decisões do TST baseadas na nova redação da Súmula nº 428, onde a Corte reconhece o regime de plantão, e o direito ao adicional de sobreaviso mais seus devidos reflexos, de trabalhador que poderia ser acionado pelo celular. Nesse sentido, ver Processo nº E-ED RR 75100-57.2008.5.04 (Brasil, 2012).

solo nacional, pela contribuição teórica do jurista Jorge Luiz Souto Maior (2003) em seu artigo “Do direito à desconexão do trabalho”. O jurista e professor livre docente da USP foi vanguardista em reconhecer um aspecto nefasto da realidade contemporânea em que, apesar de inúmeras facilidades desse novo mundo tecnológico, avanços nos mais diversos campos da vida passaram a ocorrer. Como causalidade, presencia-se uma nova forma de dominação das organizações empresariais sobre os trabalhadores. O fato de o empregado se encontrar além dos muros da empresa não mais significa que se encontre desligado do seu trabalho, pois esse conseguiu invadir o seu lar e seus momentos de lazer.

Contribuindo ao debate, Vólia Bonfim Cassar (2010, p. 162) analisou o direito à desconexão como uma garantia que perpassa por quatro elementos: “o estresse enfrentado pelo trabalhador por ter que se manter o tempo todo atualizado, causando além da fadiga mental, em alguns casos, o vício (doença relacionada ao trabalho); o direito ao descanso sem reflexos do trabalho (reposição das energias e higiene mental); o direito à privacidade e intimidade; o direito a trabalhar menos, ou ao limite de trabalho (direito à saúde)”.

Frente às imposições patronais, diretas ou implícitas, essas novas ferramentas tecnológicas de trabalho permitiram que se alcançassem extensões do estado de subordinação jurídica, que passaram a produzir efeitos fora do ambiente da empresa, prolongando-se além do período das jornadas laborais. Fenômeno que pode ser visto na forma de uma virtualização do estado de subordinação, acarretando em profundas implicações nas demais esferas básicas e inerentes à humanização e civilização do indivíduo, como o tempo livre para viver relações familiares, sociais, religiosas, etc.,

Utiliza-se celulares, *smartphones* e aplicativos de mensagens, para instituir uma espécie de regime de “plantão virtual informal” onde, apesar do trabalhador experimentar certo grau de disponibilidade de sua energia, esse período dificilmente é reconhecido como hipótese de sobreaviso ou sobrejornada pelos Tribunais, salvo em casos onde se identifica expressa exigência patronal ordenando que o empregado permaneça com o aparelho celular a todo momento. Para toda a área cinzenta envolvendo os demais casos, onde não se identifica ordens diretas de possível convocação, mas há constantes mensagens, e-mails ou ligações invadindo o tempo de descanso do trabalhador, nenhum direito lhe é reconhecido.

A “realidade” desse problema pode ser percebida quando atentamos para uma importante alteração do comportamento organizacional das empresas, que passaram a adotar novos princípios de administração, correlacionando negócios à transformação tecnológica. Trata-se do chamado “Imperativo Tecnológico” que “se expressa pela cobrança de certas atitudes por parte do empregado: a) que ele possua um smartphone; b) que ele esteja acessível, tendo que se explicar quando desliga o aparelho, quando não atende ou quando está fora da área de alcance da rede; c) que ele responda com brevidade e de forma precisa às solicitações. A desatenção do trabalhador em relação a esses pontos acaba por refletir em sua carreira profissional”(Chaves Junior, 2011)

Nesse sentido, oportuno destacar pesquisa realizada pelo IPEA no ano de 2012, que apontou que quase metade (45,4%) dos trabalhadores brasileiros entrevistados experimentam dificuldades

para se desligar do trabalho quando estão fora de sua jornada laboral diária. Os dois principais motivos apontados para a epidemia desse problema tão grave está o fato do regime de prontidão e a possibilidade de ser acionado para o trabalho (26%) ou de exercer suas tarefas via internet/celular (8%) (IPEA, 2012).

Como resultado desse cenário, a fronteira entre o tempo destinado ao trabalho e o tempo destinado à experimentar as necessárias relações humanas se torna cada vez mais tênue, comumente acarretando na invasão do primeiro sobre o segundo. Um cenário confuso que, frente à inadequada normatização estatal, contribui para “proteger” o empregador das obrigações legais inerentes à extensão das jornadas de trabalho de seus funcionários.

Inclusive, essa inexistência de qualquer contraprestação a ser suportada pelo polo patronal corresponde a uma das grandes distinções entre a modalidade do *home office*, do “simples” estado de conexão do operário ao seu emprego, ou seja, tem-se um período em que, apesar de haver certo grau de trabalhado (possivelmente com intensidade distinta e tênue subordinação), o mesmo não é compatibilizado como tempo destinado à empresa, logo, não é remunerado.

Para combater esse cenário ameaçador, desenvolvem-se teorias doutrinárias em busca do reconhecimento do direito do trabalhador de, durante seus momentos de descanso, desvincular-se, fisicamente e digitalmente, de suas relações laborais. Afinal, conforme restou claro, “a tecnologia revela várias contradições, que, uma vez identificadas, permitem que se aflore a preocupação com a adoção de padrões jurídicos que busquem a humanização do avanço tecnológico” (Solto Maior, 2003, p. 311).

O direito à desconexão digital aparece como protetor de todo um plexo de importantes direitos sociais, evitando que garantias existenciais básicas venham a ser estranguladas pela utilização indevida das ferramentas tecnológicas, direcionadas a facilitar o processo de invasão do trabalho em todos os demais momentos da vida do homem, evitando a perpetuação da nociva mistura entre descanso e trabalho.

Trata-se de um direito que dialoga, diretamente, com o direito ao lazer, a saúde, à busca pela felicidade¹¹, significando que, qualquer atentado a esse novo instituto do direito agride, por causalidade, garantias constitucionais explícitas dos trabalhadores. Em importante reflexão dos sintomas que permitem ao trabalhador reconhecer a patologia do abuso da “conexão digital” ao trabalho, Jorge Luiz Souto Maior (2003, p. 312) as elucida:

Aproveitando, então, o ensejo, façamos uma reflexão sobre nossa postura diante do trabalho. Temos sido escravos do trabalho? Quase não respiramos sem nosso computador? Ele – o computador – está para

11 Nesse sentido, Kátia Magalhães Arruda (1998, p. 75) enaltece que “a moderna doutrina que enfoca a jornada de trabalho justifica a existência de repousos e descansos aos trabalhadores sob três aspectos principais: o aspecto físico, que visa permitir a recuperação do organismo do trabalhador; o social, que atende a necessidade de convivência do trabalhador com sua família e comunidade; e o econômico, para garantir a manutenção de sua capacidade produtiva”. Coadunando com o mesmo entendimento, Daniela Favilla Vaz de Almeida e Lorena de Mello Rezende Colnago (2016, p. 118) argumenta que o direito à desconexão do trabalho está “intrinsecamente relacionado com os direitos fundamentais relativos às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, bem como o direito à limitação da jornada, ao descanso, às férias, à redução de riscos de doenças e acidentes de trabalho, todos previstos na Constituição Federal”.

nós como aquela bombinha está para o asmático? Trabalhamos dia e noite, inclusive finais de semana, e não são poucas as vezes que tiramos férias para colocar o trabalho em dia? Estamos pressionados pelos “impessoais” relatórios de atividade que, mensalmente, mostram publicamente o que somos no trabalho, sob o prisma estatístico? E, finalmente, estamos viciados em debater questões nas famosas listas de discussão via internet? Se a sua resposta foi positiva a três destas perguntas, é sinal de que o sinal de alerta deve ser ligado. Se a resposta positiva atingiu o nível de cinco perguntas, então é hora de exercer, concretamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Percebe-se, também, que muitas vezes o estado de “conexão digital” não se manifestará como forma de um prolongamento dos poderes patronais sobre o trabalhador, e sim por “iniciativa” do próprio trabalhador, como forma de demonstrar iniciativa, disponibilidade ou mesmo alcançar as metas impostas pelas empresas que, com o objetivo de otimizar os lucros de seu negócio, muitas vezes não são factíveis ou possíveis de serem concretizadas dentro do tempo de sua jornada de trabalho. Fato, esse, que faz com que o trabalhador seja compelido a comprometer seu tempo para relações afetivas e sociais, sua saúde física e mental, com o intuito de ampliar seu tempo de trabalho por meio da supressão de seu tempo de descanso, desempenhando, assim, as obrigações laborais estabelecidas.

Em uma sociedade onde o emprego é cada vez mais escasso e concorrido, o indivíduo fará de tudo para a manutenção de seu posto, sacrificando direitos essenciais ao patamar mínimo civilizatório para que não venha a ser a próxima vítima do desemprego.

Reconhecendo esse cenário, a França foi a primeira nação do mundo a positivar o direito à desconexão digital do trabalho, no ano de 2017. Uma legislação aplicada para empresas com mais de 50 funcionários que, em síntese, assegura o direito do trabalhador de desfrutar de 11 horas ininterruptas de intervalo entre as duas jornadas de trabalho de forma plena, o que significa a proibição de envio de mensagens eletrônicas (seja o uso de e-mails ou de aplicativos de mensagens) por parte da empresa fora do horário de expediente.

A pressão do trabalho moderno é o que alimenta esse estado de “super-sujeição”, é o que faz com que frete ao desejo de realização profissional, o indivíduo permita que o trabalho invada seu domicílio, transformando o seu lar em uma extensão da empresa. Como resultado, os trabalhadores atuais alcançam um nível de esgotamento pessoal desconhecido décadas atrás. Exemplificando esse cenário, merece destaque a chamada síndrome de *burnout*, entendido como um intenso esgotamento físico e mental do indivíduo, por motivos vinculados a sua vida profissional. O *burnout* corresponde a um sentimento cada vez mais comum na população brasileira, em especial àqueles trabalhadores que “necessitam” se manterem, constantemente, conectados ao trabalho via *internet*, *smartphones*, etc.

Acerca das consequências jurídicas¹² que devem incidir sobre o empregador que,

12 André Araújo Molina (2017, p. 78) argumenta que: “Se é certo que os direitos constitucionais ao descanso, lazer, convivência afetiva, familiar e social, saúde etc., são incidentes nas relações de trabalho, passou a ser admitido que a violação deles também requer uma reação do sistema jurídico, primeiro na forma da recomposição dos danos materiais – como as horas extras, o pagamento em dobro das férias, as horas de sobreaviso etc –, mas principalmente deverá haver o reconhecimento das repercussões pessoais do ato ilícito sobre a vítima, cuja reparação ocorrerá por meio da indenização dos danos existenciais”.

deliberadamente, desrespeitar os limites do direito à desconexão, concordamos com a tese de Christiana D'Arc Damasceno Oliveira (2010, p. 72), ao afirmar que:

[...] na hipótese de violação persistente e reiterada do direito à desconexão pelo tomador de serviços, será viável a apresentação judicial de ação munida de pedidos de indenização, por danos morais e de tutela inibitória voltada para que o empregador se abstenha de praticar a conduta em detrimento do empregado, sob pena de multa diária e outras sanções de natureza processual.

A teoria de indenização frente o dano existencial aparenta encontrar-se harmônico aos valores constitucionais de proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que também não seria plausível defender que essas invasões corriqueiras, realizadas pelo empregador em horários de repouso do trabalhador, são equivalentes ao gasto de energia experimentado pelo trabalhador durante a sua jornada tradicional de labor (o que acarretaria no pagamento integral de horas extras), ou mesmo que o trabalhador encontra-se no mesmo “estado de atenção”, com o mesmo grau de vinculação e obrigação, daquele empregado de regime de sobreaviso a pedido da empresa (que resultaria no pagamento de 1/3 da remuneração).

Por esse motivo demonstra-se latente a necessidade de que o ordenamento tutele o direito à desconexão digital do empregado, pois “impingir que a empresa remunere todo esse período como horas extraordinárias, cheias, não parece adequado, pois há de fato uma distinção fática entre o trabalho habitualmente realizado a distância e aquele prestado no estabelecimento do empregador”¹³.

Ao mesmo tempo, também não se pode tolerar que empresas aproveitem-se da inadequação normativa aos níveis alcançados pela tecnologia nos tempos modernos (em especial a difusão de aplicativos de mensagens) para mascarar tempo de trabalho intelectualmente prestado, colocando em xeque direitos trabalhistas básicos, mantendo trabalhadores em um estado de interminável subordinação frente seu contato virtual com a empresa, que invade e relativiza seu direito indisponível ao descanso¹⁴.

Em face desse cenário, torna-se imperativo a elaboração de uma regulamentação própria contemplando os limites da utilização de novas tecnologias e dos meios de comunicação nas relações de trabalho, dentro e fora do ambiente laboral e da jornada de trabalho, assegurando o direito básico do trabalhador ao “desligamento” e “distanciamento” da empresa, vedando a instrumentalização dessas maravilhas do mundo digital como ferramenta para invasões patrimoniais reiteradas nos horários de descanso e lazer do homem.

Até que essa omissão normativa seja sanada e esse marco regulatório estabelecido,

13 “sem autor”. **O uso do smartphone no Contrato de Trabalho.** in GS Notícias. Disponível em www.gestaosindical.com.br. Acesso em 15/06/2023.

14 A inexistência de um “adicional de conectividade” ou o reconhecimento judicial de indenização por afronta ao direito à desconexão, estabelece um incentivo para a continuidade desse quadro. Ao analisar a função dos adicionais de fonte legal, Pedro Paulo Teixeira Manus (1993, p. 109) enaltece que seu objetivo é “desestimular o empregador a convocar seus empregados para trabalho extra, já que, com percentuais elevados a serem pagos, torna-se muito oneroso tal procedimento, sendo mais conveniente contratar mais empregados e estabelecer um sistema de turnos de trabalho”.

enfatizamos a necessidade que a sabedoria científica materialize, na forma de raciocínios técnicos-jurídicos, investigações destinadas a identificar os parâmetros para um equilíbrio justo na utilização das novas tecnologias de comunicação que dominam nosso cotidiano, de forma a assegurar os interesses de eficiência organizacional bem como as necessidades humanas dos trabalhadores.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve a pretensão de evidenciar que o emergente direito a “desconectarse digitalmente” deve ser reconhecido como importante garantia social do trabalhador face os paradigmas da tecnologia da pós-modernidade, assegurando ao empregado um tempo livre de interferências patronais, respeitando as fronteiras necessárias entre tempo de trabalho e períodos de descanso.

As belezas oriundas da difusão das novas tecnologias de comunicação e sua inserção do âmbito laboral, não podem trazer benefícios apenas a um dos polos da relação jurídico-trabalhista. Não há dúvida de que, na contemporaneidade, o trabalhador em “sobrejornada” pode usufruir de maiores liberdades do que se experimentava meio século atrás, quando em situação análoga. Porém, a realidade é que, por mais que as evoluções tecnológicas tragam consigo (na teoria) avanços aos direitos de liberdade, enquanto houver constante “conexão digital” ao trabalho, os demais direitos que se manifestariam nesse período de descanso nunca poderão ser usufruídos plenamente.

Nesse momento de transição e incerteza, dominado por aprovações (ou discussões) envolvendo “reformas” legais, bem como às rápidas transformações tecnológicas, a evolução da ciência trabalhista deve se direcionar para um modelo de desenvolvimento estruturado nos ideais de solidariedade, ética, cooperação e harmonia entre todos os atores sociais. Essa deve ser a nova fenomenologia laboral.

Nessa fase da nossa história, o Sistema Jurídico Trabalhista deve resgatar os direitos de liberdade do trabalhador, permitindo-os usufruir de suas folgas e seu descanso de forma plena e absoluta, sem que haja invasões patronais, seja por meio de *smartphones*, *iphones*, ou quaisquer dos próximos artefatos tecnológicos a serem inventadas na área das comunicações e que possam vir a representar ameaça a direitos fundamentais dos trabalhadores.

O Direito do Trabalho brasileiro necessita se adaptar a essa nova realidade, introduzindo mecanismos de proteção que consigam, com clareza e segurança, assegurar uma adequada separação entre o tempo destinado ao trabalho e o tempo destinado as atividades individuais e pessoais de cada cidadão trabalhador. Desse modo, conclui-se que chegou o momento do Brasil se juntar a outras nações do mundo e efetivamente legislar sobre o uso da internet e aplicativos de mensagens por empresas, fora do horário de trabalho. Será através da positivação legal que será concedido real concretude ao direito a desconexão digital do trabalho.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniela Favilla Vaz de; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O teletrabalho, o direito à desconexão do ambiente de trabalho e os possíveis meios de inibição da prática. **Revista de Direito do Trabalho**, Brasília, DF, v. 42, n. 169, p. 113-126, maio/jun. 2016. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/93846>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. **Abuso de direito e concorrência desleal**. São Paulo: Quartier latin, 2004.

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. Análise da jurisprudência do tribunal superior do trabalho sobre a percepção de sobreaviso decorrente da utilização de celulares/bip a parir da teoria de Hans Kelsen e Ronald Dworkin. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, Belo Horizonte, v. 49, n. 79, jan./jun. 2009. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27305>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ARRUDA, Kátia Magalhães. **Direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 1998.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6. da consolidação das leis do trabalho (CLT), aprovada pelo decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRASIL. **Súmula n. 428 do TST**. Sobreaviso, aplicação analógica do art. 244, 2. da CLT. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=s%C3%BAmula+428+do+tst>. Acesso em: 15 jun. 2023.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho decente**: análise jurídica da exploração do trabalho, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2004.

CABRAL, Adelmo de Almeida. **Adicionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

CASSAR, Vília Bonfim. Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução do trabalho: parte II. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1. Região**, Rio de Janeiro, n. 47, jul./dez. 2010. Disponível em: <http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/url/ITEM/A5C3A0C01E3A9B26E0405F0A2FF06168>. Acesso em: 15 jun. 2023.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Dispositivos móveis dão direito a horas de sobreaviso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 30 dez. 2011. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 15 jun. 2023.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **SIPS**: sistema de indicadores

de percepção social: trabalho e tempo livre. Brasília, DF: IPEA, 2012. Disponível em: 12 Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/120321_sips_tempolivre.pdf. Acesso em: 14 jun. 2023.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.

MAÑAS, Cristian Marcello. **Tempo e trabalho**: a tutela jurídica do tempo de trabalho e tempo livre. São Paulo: LTr, 2005.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOLINA, André Araújo. Dano existencial por violação dos direitos fundamentais ao lazer e à desconexão do trabalhador. **Revista de Direito do Trabalho**, Brasília, DF, v. 175, mar. 2017. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/105563>. Acesso em: 15 jun. 2023.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. Direito à desconexão do trabalhador: repercussões no atual contexto trabalhista. **IOB**, São Paulo, v. 74, n. 10, p. 1180-1188, out. 2010. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/104969>. Acesso em: 15 jun. 2023.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, Brasília, DF, v. 33, n. 126, abr./jun. 2007. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/170950>. Acesso em: 15 jun. 2023.

ROVER, José Aires. A democracia digital possível. **Sequência**, Florianópolis, ano 26, v. 27, n. 52, p. 85-104, jul. 2006. DOI: <https://doi.org/10.5007/%25x>

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15. Região**, Campinas, n. 23, p. 296-313, 2003. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/108056>. Acesso em: 15 jun. 2023.

Recebido em: 27/07/2020

Aceito em: 09/10/2023

O PLURALISMO JURÍDICO E O SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

LEGAL PLURALISM AND ITS IMPACT ON CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Alessandra Matos Portella*

Como citar: PORTELLA, Alessandra Matos. O pluralismo jurídico e o seu impacto no direito penal contemporâneo. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 65, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.41589>

* Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestra em Ciência da Informação pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Processo Penal pelo IBCCRIM/Universidade de Coimbra. Especialista em Contabilidade Gerencial pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Ciências. Graduada em Ciências Contábeis pela Fundação Visconde de Cairu. E-mail: aleportella@hotmail.com

Resumo: O pluralismo jurídico é hoje uma realidade inconteste na civilização humana, principalmente depois do fenômeno da globalização, da expansão tecnológica e do fluxo migratório decorrente da integração entre os países. Tal advento trouxe consequências para o mundo do Direito, repensando o monismo jurídico de modo a implementar novas e diferentes formas de resolução de conflitos dentro e fora das fronteiras de um Estado, de onde advém o pluralismo jurídico intra e extraestatal. Indubitavelmente, o pluralismo jurídico foi impulsionado pelo reconhecimento e o respeito às diferenças, acentuado no último quartel do Século XX, a partir de movimentos sociais que exigiam a promoção de direitos identitários relacionados às minorias, dando origem a uma política de identidade, sendo indispensável uma gestão multicultural desta novel sociedade. A hipótese dessa pesquisa é que o Direito se reinventou diante desse contexto, como um sistema normativo aberto aos influxos desta realidade contemporânea, com um viés mais discursivo e prospectivo e menos dogmático, tendo reflexo em todos os seus ramos, a exemplo do Direito Penal, como posteriormente foi confirmado. O objetivo deste artigo é descontar novas possibilidades de compreensão do Direito, evidenciar outras sensibilidades jurídicas para a resolução de conflitos, sendo esta uma pesquisa exploratória e documental, com vistas a explorar as novas possibilidades advindas a partir do pluralismo jurídico.

Palavras-chave: pluralismo jurídico; política de identidade; gestão multicultural; direito penal.

Abstract: Legal pluralism is now an undisputed reality in human civilization, especially after the phenomenon of globalization, technological expansion and the migratory flow resulting from

integration between countries. This advent brought consequences for the world of law, rethinking legal monism in order to implement new and different forms of conflict resolution within and outside the borders of a state, from which intra and extra-state legal pluralism comes. Undoubtedly, legal pluralism was driven by recognition and respect for differences, accentuated in the last quarter of the 20th century, from social movements that demanded the promotion of identity rights related to minorities, giving rise to an identity policy, being essential a multicultural management of this novel society. The hypothesis of this research is that Law has reinvented itself in this context, as a normative system open to the influences of this contemporary reality, with a more discursive and prospective and less dogmatic bias, having an impact on all its branches, such as Criminal Law, as was later confirmed. The aim of this article is to uncover new possibilities for understanding Law, highlight other legal sensitivities for conflict resolution, this being an exploratory and documental research, with a view to exploring the new possibilities arising from legal pluralism.

Keywords: legal pluralism; identity policy; multicultural management; criminal law.

INTRODUÇÃO

O Direito, enquanto sistema de produção normativa programado para dirimir conflitos, desde o Século XVIII, sempre ficou adstrito exclusivamente ao monopólio do Estado, erigido numa estrutura conhecida como Estado de Direito.

A centralização jurídico-política nunca foi questionada até o último quartel do século passado, quando movimentos sociais ligados à determinados grupos identitários, começaram a questionar acerca de tal legitimidade, pois entendiam deveriam existir formas múltiplas de resolução de conflitos.

Esta nova feição da sociedade pós-moderna instaura uma cultura jurídica trazendo como marco característico deste pensamento a desconfiança de todo discurso unificador, inexistindo uma realidade social totalizante, mas fragmentada, multifacetada e plural (Soares, 2010, p. 50).

Esses novos agentes histórico-sociais são denominados por Wolkmer (2001, p. 120) de “novos movimentos sociais”, portadores de elementos constitutivos para edificação de uma juridicidade alternativa, a despeito da mesma possuir “autonomia relativa” e “baixo grau” de institucionalização.

Exemplos desses movimentos sociais podem ser encontrados nos ensinamentos de Vaz e Balthazar (2013, p. 97) que afirmam coexistirem direitos locais “nas zonas rurais, nos bairros periféricos e marginais, nas igrejas, nas empresas, nos esportes. Um fenômeno que conforma uma configuração complexa entre distintas formas de direito”.

Retoma-se aqui a importância do conceito de identidade para explicar o fenômeno do pluralismo jurídico, dessa vez como a acepção de “um processo de ruptura que permite que movimentos sociais se tornem sujeitos de sua própria história” (Wolkemer, 2001, p. 130).

Foi dada origem à política de identidade – uma identidade para cada movimento – “assim, o feminismo apelava às mulheres, a política sexual aos gays e lésbicas, as lutas raciais aos negros, o movimento antibelicista aos pacifistas, e assim por diante” (Hall, 2011, p. 45).

Com experiências cotidianas centradas na autogestão, solidariedade e democracia participativa esses sujeitos coletivos acabam redefinindo um espaço que minimiza a institucionalização e exige uma participação constante no corpo social, seja na tomada de decisões, seja na concretização das execuções (Wolkmer, 2001, p. 133).

O objetivo primordial do pluralismo jurídico, consoante Curi (2012, p. 239-240) é “demonstrar que o Estado moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio da produção de normas jurídicas”.

Neste contexto, o sistema jurídico hermético, fechado, não lacunoso cede lugar para o Direito aberto, fluído, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, “porque suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social” (Soares, 2010, p. 51).

Como aduz Wolkmer (2001, p. 157), “trata-se do pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção

normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável”.

Compreender o pluralismo jurídico e suas formas é o objetivo deste artigo, assim como analisar o seu impacto no Direito Penal contemporâneo. Utilizou-se, como método de pesquisa, o levantamento bibliográfico, tendo por referência autores renomados como Boaventura de Sousa Santos; Wolkmer; Hall, Geertz; Losano, Segato; etc., de modo a respaldar um trabalho científico de qualidade.

Assim, o artigo apresentado ficou dividido em cinco partes: Introdução; Pluralismo Jurídico Intraestatal; Pluralismo Jurídico Extraestatal: O Direito Penal Repensado a partir do Pluralismo Jurídico e a Conclusão.

1 PLURALISMO JURÍDICO INTRAESTATAL

O pluralismo jurídico intraestatal é uma realidade inexorável na sociedade pós-moderna. É pacífico na sociologia do Direito, como preleciona Boaventura de Sousa Santos (1988, p. 147-148) advertindo que:

[...]ao contrário do que se pretende a filosofia liberal e a ciência do direito que sobre ela se constituiu, circulam na sociedade não uma, mas várias formas de direito ou de juridicidade. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas, se bem que tendencialmente a mais importante.

Pode-se captar a sua existência a partir de certos princípios valorativos fundamentais delineadores de seu espectro tais como autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância (Wolkmer, 2001, p. 174-175).

Segundo Wolkmer (2001, p. 175), a autonomia se refere ao poder intrínseco que os movimentos sociais possuem independentemente do poder governamental e se manifesta não apenas diante do poder do Estado, mas também no próprio interior dos vários interesses particulares, setoriais e coletivos.

A descentralização remete ao deslocamento do exercício do poder político-administrativo de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas, reforçando os espaços de poder local e ampliando a participação dos corpos intermediários (Wolkmer, 2001, p. 175).

A descentralização acaba se tornando condição necessária para impulsionar a dinâmica da participação não apenas nas diversas instâncias sociais mais complexas e autônomas, como também na participação dos elementos integrantes de pequenas unidades e de corpos setoriais (Wolkmer, 2001, p. 175-176).

O localismo, por sua vez, afirma Wolkmer (2001, p. 176) permite favorecer as condições estratégicas que permitem a produção e movimentação direta de bens e serviços, alicerçando processos decisórios alicerçados em técnicas de ação comunitária e participativa.

A diversidade está na raiz da ordem pluralista, criador de uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos, motivada por necessidades concorrentes e pela diversidade cultural e religiosa de agrupamentos comunitários (Wolkmer, 2001, p. 176-177).

A tolerância, por derradeiro, acentua Wolkmer (2001, p. 177), está associada à filosofia da liberdade humana como também ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e de ser diferente funcionalmente dos outros.

Implica bom-senso e predisposição em aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças e pelo dissenso de manifestações coletivas.

A título exemplificativo podem ser citados dois casos de pluralismo jurídico intraestatal possuidores de todos os elementos axiológicos acima delineados, quais sejam: o caso Pasárgada e o caso Basílio.

1.1 O CASO PASÁRGADA

Pasárgada, uma das maiores e mais antigas favelas do Rio de Janeiro, foi retratada num precioso trabalho de Boaventura de Sousa Santos (1988) que, por meio de seu olhar meticoloso e perspicaz, revelou existir judicialidade nas decisões tomadas por seus moradores quanto à ratificação de direitos e resolução de conflitos ainda que não reconhecida pelo Direito estatal, uma vez que corre paralelo a este, mas tão eficaz quanto ele.

A associação de moradores em Pasárgada funciona como um fórum jurídico, resolvendo questões ligadas principalmente à habitação e à terra, envolvendo direito de propriedade, posse e direitos reais como um todo.

Suas decisões válidas e legais para todos os habitantes desta comunidade são, entretanto, ilegais ou juridicamente nulas para o restante da população, já que a propriedade dos terrenos lá existentes se deu por invasão e as construções de suas casas se deram de modo clandestino.

No entanto, as transações jurídicas conhecidas pela associação dos moradores possuem materialidade e juridicidade na medida em que são cumpridas e respeitadas pela comunidade a despeito de não terem coercibilidade, sendo válidas e oponíveis entre as partes de modo que seus contratos são firmados semelhantemente a do Direito estatal até mesmo na linguagem jurídica utilizada, pacificando os conflitos e restabelecendo a ordem das relações sociais, finalidade última do Direito.

As decisões são dialógicas, construídas pela argumentação entre as partes, segundo a facticidade das situações em análise. É a lógica do discurso tópico-retórico que põe fim nas relações conflituosas, tendo as decisões sentido para as partes e o auditório relevante, constituído quase sempre pelos vizinhos que têm interesse na lide.

O processo de mediação é aqui altamente maximizado em detrimento da adjudicação amplamente utilizada pelo Direito estatal, maximizando o poder da persuasão e, consequentemente, aumentando a possibilidade de adesão à decisão.

Por isso, a normatividade autóctone acaba prevalecendo sobre a normatividade heteróctone, uma vez que a solução dos conflitos conta amplamente com a participação das partes e acaba sendo um produto de vontade, o que favorece o caráter constitutivo da ratificação.

Os principais *topoi* do discurso jurídico em Pasárgada são do equilíbrio, da justeza, da cooperação e do bom vizinho, sendo esta forma de resolver conflitos bastante eficaz na medida em que as partes concordam e participam ativamente de suas soluções, ocorrendo uma pacificação real dos conflitos e não artificial como acontece na maioria das vezes no Direito oficial.

A associação de moradores, sendo uma expressão sociopolítica da comunidade, se investe de alteridade, auxiliando a resolução de conflitos. Esta dialética é muito importante em Pasárgada, já que lá não existem separadores mecânicos que caracterizam o direito estatal como as tecnologias, a profissionalização e a burocratização.

Por todo o exposto, se pode inferir que a expectativa das partes na favela de Pasárgada é satisfeita de modo significativo quando reconhece a Associação de Moradores como um fórum judicial capaz de atender suas demandas e resolver seus conflitos.

Tal conclusão leva ao questionamento e análise de dois importantes fatores que caracterizam o Direito do Estado, a saber: o nível de institucionalização da função jurídica, analisada a partir do processo de produção em si e das suas relações técnicas e sociais; e o poder dos instrumentos de coerção que estão a serviço da produção jurídica.

O nível de institucionalização da produção jurídica é medido por variáveis como divisão do trabalho jurídico, consequentemente, a sofisticação da profissionalização, a hierarquização das tarefas que integram a função; a atuação impessoal dos sujeitos participantes da produção, bem como pelos princípios e normas do sistema jurídico.

Analizando essas variáveis, pode se perceber com clareza que o grau de institucionalização em Pasárgada é bastante precário quando comparado com a do Direito oficial, não impactando, entretanto, no respeito e cumprimento de suas decisões que, pelo contrário, ocorrem naturalmente já que as partes se convenceram da solução porque participaram dela, construíram-na a partir de uma dialética constitutiva.

O mesmo ocorre com o poder dos instrumentos de coerção que estão a serviço da produção jurídica, que representam os meios de violência que podem ser acionados legitimamente para se fazer cumprir uma determinada solução jurídica.

Por óbvio que a associação de moradores não a possui, pois não representa oficialmente uma instituição estatal, apesar de reconhecida pela comunidade como tal, sendo então utilizado, na maior parte das vezes, apenas o discurso da violência e da ameaça, tratando-se, sobretudo, de uma retórica da força que visa intimidar as partes caso não seja cumprido o que se convencionou.

Conclui-se, assim, com Boaventura de Souza Santos (1988), que nas sociedades que apresentam um baixo nível de institucionalização e uma precariedade dos instrumentos de coerção, o discurso jurídico tende a impor-se por um espaço retórico amplo, sendo a ordem jurídica adequada às necessidades da comunidade e ao seu nível de desenvolvimento, caracterizando, por isso, por um viés sociológico, sociedades autônomas.

1.2 O CASO BASÍLIO

O caso Basílio é um exemplo do reconhecimento do Direito estatal aos direitos dos povos indígenas, podendo ser considerado um paradigma a ser seguido. Abaixo se encontra a narrativa completa desta estória extraída na íntegra do artigo de Souza (2008, p. 5-7), *in verbis*:

Basílio Alves Salomão, indígena do povo Macuxi, foi denunciado pelo Ministério Público de Roraima em março de 1986 por homicídio contra Valdenílio da Silva, também Macuxi, na aldeia em que ambos viviam. O processo passou para competência da Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado de Roraima – em fevereiro de 1992, e em outubro de 1994, depois de ouvidos o réu e as testemunhas, o Ministério Público Federal solicitou laudo antropológico, tendo em vista a necessidade de avaliar, conforme se argumentou, “(a) como o fato criminoso praticado por Basílio repercutiu perante àquela comunidade indígena, tendo em vista seus usos e costumes; b) o grau de imputabilidade do referido índio [Basílio]; c) se houve alguma punição ou qual o sistema primitivo adotado pela comunidade, levando em conta, especialmente, ser ele um tuxaua.”

Deferido pelo juiz, o laudo foi realizado por antropólogo da FUNAI, o qual ressaltou a importância do sistema de liderança para manter a identidade grupal e defender o território, e relatou as consequências do crime em questão para a comunidade Macuxi, uma vez que Basílio era o Segundo Tuxaua do pólo mais importante de uma das regiões do pólo Macuxi, o que abalou a comunidade e levou-a a rediscutir suas práticas de controle social. Os Tuxauas reuniram-se, discutiram e decidiram o destino de Basílio: o desterro, durante o qual Basílio ficaria privado da companhia de seus familiares e privado de iniciativa própria, sujeitando-se às ordens de outrem, sob o regime de trabalhos forçados e sem direito a possuir bens e a exercer os direitos de membro do grupo.

Quanto ao “grau de imputabilidade”, o laudo argumentou que não se pode basear num suposto “grau de aculturação”, por este revelar o etnocentrismo da sociedade nacional, que toma a si própria como parâmetro de comparação. Por fim, o laudo destacou a vigência de um sistema penal aplicado pela comunidade, que, como demonstrou o caso de Basílio, consiste no julgamento por um conselho de Tuxauas, que analisa os fatos e ouve o réu, aplicando pena de acordo com as tradições e com o acordo da família do ofendido e do restante da comunidade, devendo o cumprimento da pena ser fiscalizado pelo Tuxaua. No caso de Basílio o laudo informa que este ainda se encontrava cumprindo a pena – de início, mais rigorosa, depois, mais flexível – e que contava, no momento de elaboração do laudo (junho de 1995), com quase 10 anos.

Não obstante o laudo ter sido requerido pelo Ministério Público Federal, em suas alegações finais (setembro de 1995), o representante do MPF (que não era o mesmo que pedira o laudo) manifestou-se pela pronúncia do acusado – isto é, que Basílio fosse levado a júri popular –, afirmando, entre outras coisas, que o laudo antropológico não cumprira com a finalidade para que havia sido requerido. A FUNAI, por outro lado, que atuou durante todo o tempo na defesa de Basílio, por meio de seus advogados, em suas alegações finais pede a absolvição do réu, com fundamento no *estado de embriaguez* em que este se encontraria no momento do crime, alegando ainda a relevância de se avaliar o “grau de aculturação” do

indígena. Não faz o defensor qualquer menção ao laudo antropológico constante dos autos.

O juiz federal, na sentença em que pronunciou o réu, aceitou a tese do MPF de que o laudo antropológico não cumprira a finalidade a que se destinava. Afirma o juiz que Basílio “era um tanto quanto aculturado e integrado à cultura brasileira predominante” e, ainda, que não era “alienado da vida civilizada”.

Até esse momento, portanto, o *Caso Basílio* não parece diferir do que é a prática comum de nossos tribunais, ao insistirem no grau de *aculturação*, de *integração* ou de *civilização* de indígenas. Também não é considerado pelo juiz o fato de Basílio estar cumprindo pena imposta pela comunidade a que pertencia, ao se julgar competente para processar (e punir) Basílio.

Levado a júri popular em maio de 2000, Basílio foi absolvido. Entretanto, o que fundamentou sua absolvição pelo Conselho de Sentença (os jurados) não foi ausência de materialidade ou não comprovação da autoria. Apesar de terem decidido que Basílio desferiu a facada na vítima, e que esta facada levou Valdenísio à morte, os jurados consideraram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela Justiça Federal.

O reconhecimento pela Justiça Federal da aplicação de normas jurídicas que não estão previstas no Código Penal Brasileiro, prática pouco comum na jurisprudência brasileira, torna o *Caso Basílio* singular na prática jurídica brasileira. Com efeito, o desfecho do caso leva-nos à discussão sobre as possibilidades de reconhecimento do(s) Direito(s) indígena(s) no Estado brasileiro, na tentativa de superar o colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas, permitindo, assim, a construção de um Estado plural.

Em ambos os casos o que pode ser percebido é que existem instâncias de poder não institucionalizadas que funcionam regularmente no interior do ordenamento político-jurídico estatal, a despeito de por ele não serem reconhecidos.

A legitimidade dessas instâncias provém de coletividades sociais que se agrupam em torno de valores comuns formadores de suas identidades: político-social, no primeiro caso e étnica, no segundo caso.

As decisões tomadas nestas instituições sociais são válidas e respeitadas para os membros que compõem as comunidades afetadas, possuem legitimidade e eficácia, principalmente porque são tomadas a partir de valores comuns compartilhados no interior dos grupos afetados, eleitos democraticamente a partir de suas sensibilidades jurídicas.

Estão presentes em ambas as situações os princípios valorativos fundamentais delineados por Wolkmer (2001) para a caracterização do pluralismo jurídico: autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância.

Trata-se, como adverte Wolkmer (2001, p. 337) de perceber que:

Justiça e Direito são conquistas do povo, extraídos de um social conflitivo e de relações de força que não se confundem com o “legal” positivado e outorgado pelas minorias, camadas e classes privilegiadas, detentoras do poder político e econômico. Trata-se da concepção política comum do Direito e da Justiça, que não

passa pelo “legal” abstrato e aleatório, pré-determinado por órgão burocratizado e equidistante da realidade imediata e vivida.

Entretanto, o pluralismo jurídico não fica adstrito apenas às fronteiras do Estado, mas, pelo contrário, extrapola tais barreiras, se fazendo presente também entre os Estados de modo que exista uma variedade de decisões jurídicas decorrentes das inúmeras compreensões acerca do Direito espalhadas pelo globo terrestre.

2 PLURALISMO JURÍDICO EXTRAESTATAL

Geertz (1999) apresenta um bom exemplo do pluralismo jurídico extraestatal por meio da análise da aplicação do Direito de algumas comunidades, a exemplo da islâmica, índica e malaia, verificando-se que há uma enorme variedade de sensibilidades jurídicas - dependendo muito das perspectivas culturais, políticas, morais etc. de onde se depreende que as decisões jurídicas só fazem sentido para uma determinada comunidade para um *locus* específico.

Para a comunidade islâmica, por exemplo, o termo *haqq*, um dos nomes de Deus, surge junto com a norma, ou seja, não há subsunção do fato à norma como no Direito Ocidental, o fato e a norma possuem uma relação atávica, nascem juntos, são inseparáveis, significam a sensibilidade jurídica islâmica concretamente situada, nos processos de deliberação e nos procedimentos.

Isto ocorre segundo Losano (2007, p. 399) porque o termo ““Islã” significa efetivamente “total submissão a Deus” e o Direito islâmico não se subtrai a tal submissão”, estando subordinado a um ritual religioso, sendo por esta razão a ciência jurídica vinculada à teologia.

Como ensina Segato (2006, p. 215): “[...] não há separação entre igreja e o Estado: A lei islâmica é controlada dirigida e regulada pela religião islâmica. A teocracia controla todos os assuntos, públicos e privados. Governo, lei e religião são uma só entidade.”

O texto fundamental do Direito islâmico é o Corão, codificado com base nos princípios revelados pelo arcanjo Gabriel a Maomé (cerca de 570-632), refletindo diretamente a vontade de Deus não podendo, por isso, ser inovado pelo homem (Losano, 2007, p. 400).

Além do Corão, Losano (2007, p. 404) aponta mais três importantes fontes teológicas-jurídicas do Direito islâmico, quais sejam: a tradição sagrada (*sunnah, suna*), a opinião concordante e a interpretação analógica.

Diferentemente do Direito ocidental, no Direito islâmico não vigora a lógica binária do lícito e do ilícito. Como ensina Losano (2007, p. 401), “o ato jurídico pode ser obrigatório, recomendado, permitido, reprovado e proibido”.

Por isso que a prova testemunhal é de suma importância, valendo mais do que documentos, representando o aqui estamos e ali estamos de uma determinada situação específica, o que é crucial na administração da justiça.

A sharia no Direito islâmico é de extremamente relevante, significando literalmente “o

caminho a seguir”, representando o conjunto de normas religiosas, jurídicas e sociais diretamente baseadas na doutrina corânica (Losano, 2007, p. 402).

Já para o direito índico, o *dharma* possui papel vital, significando o conjunto de direitos e obrigações de uma determinada classe social definida transcendentalmente. A categoria social pode ser se dar em forma de castas, como no hinduísmo, ou pode se dar de forma meritória, como no budismo, já que na Índia encontram-se espalhados de maneira difusa o hinduísmo, o budismo e o hindu-budismo.

O *dharma* possui cinco significados na Índia, consoante Losano (2007, p. 471), sendo: “[...] em primeiro lugar, [...] religião, que é uma categoria da teologia, em segundo lugar, significa virtude (oposta a pecado ou vício), que é uma categoria da ética; em terceiro lugar, significa direito, que é uma categoria da jurisprudência; em quarto lugar, significa justiça; em quinto lugar, dever”.

O lugar que o rei ocupa no direito índico é tão decisivo quanto o da testemunha no direito islâmico, pois é ele quem faz a conexão do *dharma* com as consequências práticas de seu governo, é ele que tem a responsabilidade de fazer com que os indivíduos sigam seus códigos naturais segundo sua posição social.

A casta mais elevada para o Direito índico é a dos brâmanes, a qual goza de privilégios especiais, de modo contrário, os considerados sem castas (sudras), impuros, estavam expostos a penas cruéis e desproporcionais (Losano, 2007, p. 469-470).

Ao *dharma* contrapõem-se a *vyavahāra*, uma vez que o *dharma* “representa verdades ou os princípios jurídicos contidos nas fontes escritas do direito bramânico, [...] enquanto *vyavahāra* é, por outro lado o direito positivo” (Losano, 2007, p. 472).

A complexa sociedade de castas é refletida na administração da justiça, sobretudo na prática dos tribunais, composta de três tribunais reais e três tribunais de origem popular (Losano, 2007, p. 475).

Contrariamente ao Direito islâmico, no Direito índico a prova escrita é privilegiada, só se chegando ao ordálio se inexistir prova escrita ou, subsidiariamente, testemunho humano (Losano, 2007, p. 476).

O eixo do sistema jurídico bramânico, segundo Losano (2007, p. 473) é o conjunto do Código de Manu (*Manusmṛti*), redigido entre o século II a.C. e o século II d.C., os escritos de *Yājñavalkya* e *Narada*.

Para o direito malaio, por sua vez, o termo *adat* é que representa a palavra-chave, que significa decoro e, por consequência, a administração da justiça ocorre de forma consensual, é um acordo social exibido publicamente, sendo, por isso, um Direito menos sistematizado e mais associado à normalização da conduta.

Geertz (1999, p. 318-319) aduz que no sentido de julgamento, *adat* tem a tarefa prática de aproximar-se da harmonia social e do decoro individual, tendo como elemento principal os mecanismos utilizados nas tomadas de decisão e procedimentos no sentido mais comportamental.

Estabelecendo uma associação com o Direito ocidental, Geertz (1999, p. 319) ensina que *adat* possui um sentido similar a etiqueta, importando ao final:

[...] que essa unanimidade mental se manifeste não tanto no próprio veredito, que é apenas um desenlace, um aplauso final à concordância, e sim nos processos públicos nos quais é gerada. Para que o decoro seja preservado, é preciso que sua preservação seja visível a todos.

Desse modo, o procedimento da administração da justiça funciona segundo a lógica de análise comportamental, verificando sua normalidade conforme o que foi convencionado ou seu desvio, sendo tudo discutido de acordo com a etiqueta do grupo de modo a preservar o decoro, tranquilizando e, ao mesmo tempo, persuadindo um determinado padrão de comportamento.

Granjo (2011) também relata uma rica experiência ocorrida em Moçambique de prática de administração da justiça bem peculiar quando comparada à ocidental. Baseando-se empiricamente em entrevistas e observação participante, aborda acusações e julgamento de feitiçarias como expressão de justiça local.

Uma acusação de feitiçaria em Moçambique, mesmo confessada pelo acusado ou considerada provada pelos acusadores, não conduz necessariamente a uma punição ou marginalização.

Ele aduz que “o sistema dominante de *domesticação da incerteza* e a fenomenologia local da possessão criam mesmo uma possibilidade que, pelo contrário, viabiliza e facilita a reintegração social” (Granjo, 2011, p. 174).

Fulcral para o desenlace da acusação é o grau de consenso que se estabelece acerca da pessoa a culpabilizar, da sua culpabilidade e da vantagem de destruí-la enquanto ser social, ou mesmo enquanto ser vivo. Isto porque muitas vezes as acusações não chegam a ser objeto de qualquer julgamento formal. Em zonas mais distantes da autoridade estatal é normal que a suspeita coletiva se dê por adivinhação por parte de um especialista.

Nas zonas de maior densidade populacional ou mesmo nas cidades, a obtenção de elementos de provas e a promulgação política da punição tende a formalizar-se. Geralmente, a primeira adivinhação que confirma as suspeitas dos acusadores terá que ser confirmada por um grupo de especialistas indicado pela associação profissional respectiva, numa sessão previamente combinada tensa e solene.

Nesta situação, o meio formal de prova é a adivinhação conjunta por parte dos especialistas designados. Os juízes de feitiçaria dispõem, para confirmar a culpa da pessoa acusada, de uma autoridade e competência que é reconhecida pelas partes através da sua própria presença no julgamento.

Os instrumentos utilizados por eles para conduzir a uma confissão ou um acordo de compensação são a sua capacidade retórica e performativa, a par do respeito e do medo que suscitam.

Por último, adverte Granjo (2011, p. 177), “em casos em que suscitem elevadíssima tensão social e unanimidade acerca da culpa da pessoa acusada, poderá chegar-se à realização de um ordálio”.

Realizadas estas pequenas e singelas análises comparativas da diversidade do direito

islâmico, índico, malaio e moçambicano, pode-se inferir que o direito é, de fato, um saber local, constitutivo de realidades válidas para um determinado grupo social, representação de um imaginário coletivo que almeja disciplinar desejos e sistematizar deveres sob o ponto de vista da comunidade local.

E é por isso que os significados extraídos de suas decisões práticas servem apenas e tão-somente para os locais em que foram produzidos, tendo um sentido específico, único, não podendo, por isso, ser transportado, exportado, migrado de uma cultura para outra, pois sua estrutura simbólica, de significantes, não mais faria sentido e por via de consequência haveria a implosão do sistema jurídico nativo.

Dessa conclusão se extrai a importância do pluralismo jurídico nas sociedades modernas, da necessidade de coexistirem instituições jurídicas diversas respeitando-se umas às outras de modo a compatibilizar suas imagens coerentes com suas fórmulas consequentes para que todas possam existir autonomamente, preservando sua identidade cultural e a sensibilidade jurídica de sua comunidade.

3 O DIREITO PENAL REPENSADO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

O pluralismo jurídico como já supra exposto defende um direito aberto aos influxos da sociedade, defende um direito cultural interessado em proteger as diferenças, sejam estas individuais ou coletivas, dispondo de tratamentos diferenciados caso o titular pertença a uma cultura determinada.

Carnevali Rodríguez (2007, p. 11) adverte que os direitos culturais podem ser positivos ou negativos, demandando estes a não interferência do Estado ou de outros indivíduos no exercício dos direitos individuais, e aqueles uma atitude ativa por parte do Estado, que deve adotar medidas para preservar certas culturas, como, por exemplo, construir edifícios para práticas religiosas.

Estas duas posturas, como aponta Carnevali Rodríguez (2007, p. 11-14), se relacionam com as teses do liberalismo e do comunitarismo no tocante ao reconhecimento dos direitos culturais. Numa perspectiva do liberalismo, o Estado deve respeitar os direitos culturais, assumindo uma posição neutra para com eles, enquanto os comunitaristas entendem que o Estado deve assumir uma postura ativa na promoção de certas expressões culturais, fomentando a particularidade, salvaguardando a identidade e reconhecendo direitos de caráter coletivo.

Estas duas teses – liberalismo e comunitarismo – trazem repercussão no tocante à interpretação dos direitos fundamentais, entendendo os liberais que se tratam de direitos universais e, portanto, de conteúdo imutável e os comunitaristas de valores históricos, variando a sua compreensão conforme as realidades culturais (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 16).

A hermenêutica advinda de tais concepções teóricas indubitavelmente reflete nas propostas de solução de conflitos em sociedades multiculturais em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Penal que foi:

[...] tradicionalmente construído sobre os valores de uma sociedade (erroneamente) considerada homogênea, mas que hoje não tem mais razão de ser ante a evidência de uma grande maioria de Estados pluriculturais. Uma incontestável realidade que repercute sobre alguns de seus princípios básicos, como os da legalidade e culpabilidade, e que obriga inclusive a reformular suas próprias categorias para adaptá-las a novas exigências (Sanz Mulas, 2014, p. 3).

Sanz Mulas (2014, p. 14), citando Ferreira, afirma que podem advir duas possíveis soluções do Direito Penal para solucionar esses conflitos interculturais, variando em razão da postura ideológica que defenda na seara dos direitos humanos, quais sejam:

A admissão de um pluralismo jurídico, que aceita uma espécie de relativismo cultural, permitindo diferentes soluções segundo o background cultural; e a existência de um único Direito Penal, neutral em relação aos acontecimentos ou as preferências culturais ou de origem étnica, mas articulando possíveis vias que tenham em consideração as motivações culturais.

Sanz Mulas (2014, p. 15-16), citando Becerra aduz ainda que quando se adota a versão do pluralismo jurídico o pressuposto basilar que decorre a partir do Direito Penal é que este não pode sancionar a diversidade cultural em respeito ao direito consuetudinário, devendo-se respeitar as distintas valorações sobre as condutas que provenham de parâmetros culturais diversos e preexistentes à cultura oficial.

A título de exemplo e advertindo acerca da dificuldade enfrentada pelo Direito Penal no tocante a encontrar soluções para os conflitos interculturais, Carnevali Rodríguez (2007, p. 17-18) cita alguns casos emblemáticos como: mutilações genitais admitidas por certas culturas do norte da África e outros países árabes; a poligamia praticada por mulçumanos; as mortes, inclusive de menores, para resguardar a honra da família e os atos constitutivos de maus tratos familiares e trabalhos infantis que são tolerados pelo pai de família.

Questiona Carnevali Rodríguez (2007, p. 21) acerca da possibilidade de, nesses casos, se estabelecerem fronteiras “que permitam falar em delitos culturalmente orientados ou motivados e, com isso, determinar se cabem respostas particulares”, conduzindo de imediato tal questionamento a outro, qual seja: “Se resulta válido ou não manter uma espécie de presunção de igualdade entre os valores de diversas culturas ou, se corresponde, que uma sociedade realize um juízo de legitimidade a respeito do comportamento de outras culturas minoritárias”.

Aduz que os comunitaristas defendem o estabelecimento de diversos sistemas sancionatórios – com suas próprias instituições - circunscritos territorialmente, atendendo o sentimento de pertença de certos grupos culturais.

Em sua visão, entretanto, tal procedimento leva a uma generalização de guetos dentro da sociedade podendo derivar em um desmembramento social, impactando, inclusive, na eficácia da prevenção geral pelo Direito Penal. Ademais, a fragmentação do Direito Penal em direitos penais

próprios iria levar a se admitir certos comportamentos intoleráveis para o resto dos componentes sociais (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 22).

Os delitos culturalmente motivados, explica Carnevali Rodríguez (2007, p. 24), são aqueles cometidos por alguém pertencente a uma cultura minoritária, não sendo considerado delito no interior de sua esfera cultural, seja porque é atípico, justificado ou exculpado a despeito de ser um delito dentro do sistema penal da cultura maioritária. Podem também ser considerados delitos em ambas as culturas, porém possuem tratamento diferenciado.

Em outras palavras, delitos culturalmente motivados são aqueles “casos em que determinadas condutas contrárias a norma penal do país “anfitrião”, se explicam sem embargo em razão da cultura a qual pertence o infrator” (Sanz Mulas, 2014, p. 13).

Para identificar se estamos diante de um delito culturalmente motivado é necessário o preenchimento de três elementos, segundo Carnevali Rodríguez (2007, p. 24-25), que são: a) os fatores psíquicos, ou seja, a determinação dos motivos para atuar, caso se apoiem em motivações culturais; b) a relação desses motivos de natureza individual com o grupo cultural a que pertence, o que ele denomina de fatores objetivos e, por fim, c) se existe uma relação antinômica entre a cultura de pertença e a cultura do lugar de residência.

Constatada a existência de delitos culturalmente motivados se deve passar à análise do tratamento sistemático dado aos sujeitos que os cometem, tendo a literatura e jurisprudência norte-americana adotado, nestes casos, a *cultural defenses*.

Quando se fala de *defenses*, se aponta essencialmente a concorrência de certos fatores ou circunstâncias que permitem excluir ou diminuir a responsabilidade penal. Concorrendo a esses fatores o componente cultural, pode-se falar em *cultural defenses* (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 25).

Para o Direito norte-americano a *cultural defenses* não constitui uma eximente autônoma, mas tomam em consideração os valores culturais recorrendo às instituições gerais, tais como o erro de fato, estados passionais, a provação, a enfermidade mental e a imputabilidade diminuída (Carnevali Rodríguez, 2007, p. 26).

Todas essas eximentes encontram respaldo no Direito Penal por conta da existência de algum tipo de vício que faz com que a culpabilidade seja diminuída ou mesmo justificada.

Utilizar tais eximentes na seara cultural pode significar, portanto, denegrir toda a tradição e cultura de um grupo minoritário, “sendo os custos, em consequência, maiores que os benefícios, pois para deixar impune o autor do delito culturalmente motivado se afeta necessariamente toda a comunidade de origem” (Sanz Mulas, 2014, p. 18).

Esta postura estadunidense demonstra a sua opção teórica pela tese do liberalismo, já supra exposta, uma vez que: “[...] se trata de um sistema que quer mostrar-se sensível à diferença étnico-cultural, mas não cede frente a mesma, um sistema que não está disposto a pôr em discussão os fundamentos de um direito penal de signo ocidental, que sempre e em toda circunstância devem ser confirmados (Sanz Mulas, 2014, p. 18).

Para Carnevali Rodríguez (2007, p. 27) o tratamento que deve ser dado aos delitos

culturalmente motivados é o de erro de proibição, uma excludente de culpabilidade, fundamentado não no desconhecimento da norma penal, mas na sua falta de compreensão, uma vez que: “[...] podendo conhecer a proibição da norma, o sujeito não a pode compreender por ter internalizado um conjunto de valores diferentes, que podem inclusive serem incompatíveis com os compartilhados pela cultura dominante.”

Para Zaffaroni (2015, p. 576-577), o erro de compreensão culturalmente condicionado ocorre “quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena”. Como regra geral, nesses casos, a culpabilidade deve ser excluída por ser um erro de proibição invencível.

Mas para Zaffaroni (2015, p. 577), “o condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros”. Cita o exemplo da cultura ahuca no oriente equatoriano na qual se acredita que o homem branco sempre matará um dos seus membros e, por isso, vai matá-lo assim que o ver.

Tal fato é encarado como um ato de defesa e, assim, diante dessa situação, estar-se-á diante de “um erro de proibição culturalmente condicionado, mas que constituirá uma justificação putativa e não um erro de compreensão”.

Da mesma forma, será um caso de defesa putativa baseada em erro sobre a concepção da causalidade: “[...] acreditar numa causalidade mágica e entender que se defende legitimamente aquele que crê seriamente estar sendo levado à morte por outrem através de sortilégios, o que é muito comum nas culturas africanas, requerendo mortes particularmente cruéis para esconjurar os “bruxos” (Zaffaroni, 2015, p. 577).

Por fim, Sanz Mulas (2014, p. 16), citando Becerra, apresenta outra concepção de tratamento dado pelo Direito Penal aos delitos culturalmente motivados, não se devendo sequer buscar o instituto da culpabilidade nestas situações:

[...] pois deste modo se estaria reconhecendo a supremacia de uma cultura sobre a outra. E isto porque em um Estado que desconhece a diversidade e baseia sua soberania numa visão de um só grupo (e cujos interesses representa), o interesse “comum” se converteria em um interesse de um grupo e o desenvolvimento de políticas estatais se converteria assim em um desenvolvimento de políticas que refletem uma relação de dominação. Isto é, a justiça penal que não respeita a diversidade cultural termina sendo uma justiça discriminatória na qual um parâmetro cultural é imposto a quem responda a um modelo distinto. (Sanz Mulas, 2014, p.16)

Assim não há que se falar em erro, pois a pessoa atua por um condicionamento cultural “e obviamente seus valores e padrões culturais não são uma forma errônea de perceber o mundo, senão uma forma própria tão válida quanto outras” (Sanz Mulas, 2014, p. 21).

Os delitos culturalmente motivados, destarte, podem ter tratamento diferenciado na dogmática penal e serem tratados como uma excludente de antijuridicidade em vez de excludente

de culpabilidade, como, por exemplo, um exercício regular de direito amparado pela cultura minoritária (Sanz Mulas, 2014, p. 19).

Talvez esta seja a resposta estatal mais condizente ao ideal dos comunitaristas, porém, inaplicável ao caso concreto, uma vez que “nenhum dos ordenamentos jurídicos europeus tem reconhecido em alguma medida a especificidade cultural no âmbito do Direito Penal” (Sanz Mulas, 2014, p. 29).

Essa realidade é facilmente percebida quando se analisa as soluções encontradas pelo Direito Penal para os casos das mutilações genitais femininas.

O Reino Unido e a Suécia promulgaram leis penais *ad hoc* para proibir e penalizar esta prática; a Bélgica, a Dinamarca e a Itália reformaram seus Códigos para incluir essa prática como um delito autônomo; a Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal entenderam que já existem em seus Códigos Penais adequação típica perfeita para tal prática, notadamente nos delitos de lesões e suas causas agravadas por conta das vítimas serem menores ou pelo fato das lesões serem cometidas por seus pais (Sanz Mulas, 2014, p. 28-29).

CONCLUSÃO

O pluralismo jurídico é uma realidade irrefutável na hodiernidade, existindo intra e extra fronteira estatal. Isso porque o Direito é um sistema normativo, que regula a vida social de um determinado povo, fazendo sentido apenas e tão-somente para determinada comunidade.

Está atrelado a um específico sistema de crenças e valores, compartilhados pelos membros daquela comunidade. Há um sentimento de pertença, de identidade, que faz com que as normas sejam legítimas e devam ser respeitadas.

Devido ao multiculturalismo existente no globo terrestre - não apenas entre os diferentes continentes e países, mas também dentro dos próprios limites geográficos que compõem um Estado -, é totalmente comprensível a existência de sistemas normativos diversos que coexistem simultaneamente.

Apesar de não ser reconhecido oficialmente pela maioria dos Estados, que tem em sua matriz constitucional o monismo jurídico, é incontestável a sua existência, funcionando bem em diversos setores sociais, no sentido de normatizar e resolver seus próprios conflitos.

O Direito Penal, enquanto subsistema do sistema social, não pode ficar imune e nem insensível a esta realidade, deve se reestruturar e adequar seus institutos dogmáticos de modo a reconhecer o pluralismo jurídico, de modo a responder eficazmente aos conflitos de sua competência.

Apesar de ainda incipiente, se pôde constatar com o Caso Basílio, o reconhecimento do pluralismo jurídico por parte do júri em Roraima, que absolveu o réu justamente porque já havia sido julgado em sua comunidade, segundo seus costumes e tradições.

Que este exemplo seja seguido muitas vezes pelo Estado brasileiro, que o Direito oficial

estatal conviva pacificamente com outras ordens jurídicas autônomas adstritas a determinados grupos sociais, com vistas à obtenção da administração da justiça, fim último da ciência jurídica.

REFERÊNCIAS

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno. **Política Criminal**, Santiago, Chile, v. 2, n. 3, p. 1-28, 2007.

CURI, Melissa Volpato. O Direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada. In: GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 249-356.

GRANJO, Paulo. Pluralismo jurídico e direitos humanos: os julgamentos de feitiçaria em Moçambique. **Revista o Público e o Privado**, Fortaleza, v. 9, n. 18, 2011.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza **O discurso e o poder**: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

SANZ MULAS, Nieves. Diversidad cultural y política criminal: estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español). **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, n. 16-11, p. 1-49, 2014.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010493132006000100008&script=sci_arttext. Acesso em: 15 maio 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Estella Libardi. Povos indígenas e o direito à diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE PLURALISMO JURÍDICO E DIREITOS HUMANOS, 2008, Florianópolis. **Anais eletrônicos** [...]. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2008. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

VAZ, Antenor; BALTHAZAR, André. Povos indígenas isolados: autonomia, pluralismo jurídico e direitos da natureza, relações e reciprocidades. **Boletín Ontegaiken**, n. 15, maio 2013. Disponível em: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/3-1.pdf>. Acesso em: 19 maio 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura jurídica

no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Recebido em: 09/11/2020

Aceito em: 09/10/2023

A MITIGAÇÃO DA SOBERANIA DECISÓRIA DO ESTADO-NAÇÃO DEMOCRÁTICO FRENTE AO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

THE MITIGATION OF THE DEMOCRATIC NATION-STATE'S DECISION-MAKING SOVEREIGNTY IN FACE OF ECONOMIC GLOBALIZATION

Fábio Fernandes Neves Benfatti*
Rennan Herbert Mustafá**

*Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália. Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduação em Administração. E-mail: benfatti@prof.faccar.com.br

**Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-graduado em Direito do Estado com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Pós-graduado em Contabilidade Fiscal e Tributária pela Faculdade Paranaense - FACCAR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Graduado em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Filadélfia - UNIFIL. Professor universitário nos cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis na Faculdade Paranaense - FACCAR. Contador. Coordenador da coluna Direito Negocial em Debate no periódico Empório do Direito. E-mail: rennan.h.mustafa@gmail.com

Como citar: BENFATTI, Fábio Neves; MUSTAFÁ, Rennan Herbert. A mitigação da soberania decisória do Estado-nação democrático frente ao processo de globalização econômica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 83, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.43896>

Resumo: Diante de um processo de crescente superação de fronteiras físicas e burocráticas no cenário econômico internacional, o Estado-nação se tornou pequeno demais para regular relações negociais privadas transnacionais, ao ter sua soberania enclausurada por linhas territoriais políticas que não representam mais os fluxos reais econômicos. Por conseguinte, questiona-se de qual modo o Estado-nação democrático pode retomar sua soberania decisória em um mundo “sem fronteiras”? Pretender-se-á disseminar a discussão sobre a necessidade de se expandir as divisas democráticas no campo econômico global. Para isso, utilizar-se-á do método dedutivo e de revisão bibliográfica. Considerar-se-á que a elaboração de um ordenamento jurídico supranacional é um dos meios possíveis para a superação da atual crise do Estado-nação.

Palavras-chave: economia; globalização; soberania.

Abstract: In the face of a process of increasing overcoming of physical and bureaucratic borders in the international economic scenario, the nation-state has become too small to regulate private transnational business relationships, as its sovereignty is limited by political territorial lines that no longer represent real economic flows. Therefore, this paper questions how the democratic nation-state can regain its decision-making sovereignty in a “borderless” world? This paper intends to disseminate the discussion on the need to expand democratic boundaries in the global economic field. For this, the deductive method and bibliographic review

will be used. This paper considers that the elaboration of a supranational legal order is one of the possible ways to overcome the current crisis of the Nation-State.

Keywords: economy; globalization; sovereignty.

INTRODUÇÃO

As novas configurações do mercado, decorrentes dos efeitos da globalização econômica, têm ocasionado transformações significativas na relação hierárquica entre os Estados-nação e os agentes econômicos privados. Ademais, vislumbra-se que a economia contemporânea tem se desincumbido cada vez mais de sua função social, pautando-se essencialmente por indicadores econômico-financeiros, afastando-se, portanto, da sua gênese de instituição social e se aproximando de uma perspectiva de neutralidade comum às ciências exatas.

Essa egressão da economia de suas atribuições sociais, somada ao poder econômico concentrado em grandes corporações privadas transnacionais e a dependência dos países por esses investimentos externos, faz emergir uma competição entre os próprios Estados pela atração desse capital.

Com isso, cria-se uma tendência, em certa medida, de que, dado os atuais baixos custos de deslocamento de investimentos, os agentes econômicos privados pretiram países cujos custos de intervenção sejam maiores ao comparar as legislações nacionais.

Nessa perspectiva, questiona-se se em um mundo “sem fronteiras”, as políticas econômicas domésticas dos Estados-nação ainda são efetivas? Assim, tem-se como objetivo principal contribuir com a defesa de uma necessária expansão das divisas políticas democráticas no cenário econômico mundial, restabelecendo-se as questões sociais como diretrizes a serem asseguradas nas relações econômicas.

Para isso, aplicar-se-á o método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, fundamentalmente concentrada nas obras do economista, pós-doutor em Ciências Sociais, Luís Miguel Luzio dos Santos sobre ética e democracia econômica; do administrador Kenichi Ohmae, quanto ao Estado-nação e as relações econômicas globais; do cientista político Luiz Carlos Bresser-Pereira, a respeito da globalização e da competição entre os Estados-nação pela atração de investimentos privados; do sociólogo e jurista José Eduardo Faria, em seus estudos sobre a relação entre direito, Estado e economia globalizada; e de Benjamin Constant e Philip Pettit no que se refere à compreensão de liberdade e democracia.

Justifica-se a presente pesquisa em razão dos impactos contraproducentes produzidos pela atual disposição do mercado diante de questões sociais e democráticas. Importa destacar que não se pretende esgotar o tema, dado o fato da extensão dos assuntos a serem tratados. Contudo, buscar-se-á fomentar a discussão sobre a matéria.

1 AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DO MERCADO EM UM MUNDO GLOBALIZADO E SEUS IMPACTOS NA SOBERANIA DECISÓRIA DOS ESTADOS-NAÇÃO

A globalização é um fenômeno multifacetário e por isso pode ser observada sob diversas perspectivas. Trata-se de um processo contínuo de transformações que ocorre desde as civilizações

mais antigas, contudo, ganhou exponencial aceleração nas últimas cinco décadas, por meio da integração econômica, social e tecnológica em âmbito mundial.

Nesse sentido (Santos apud Cenci; Oliveira, 2009, p. 3-4) descreve:

O que designamos por globalização é, de fato, uma constelação de diferentes processos de globalização e, em última instância, de diferentes e, por vezes contraditórias globalizações [...]; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existem estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações; em rigor, este termo só deve ser usado no plural.

Sob o enfoque econômico, com a evolução do modo de operação do capitalismo, resultante do movimento de abertura e de integração dos mercados nacionais, mediante um processo de internacionalização das relações negociais, vislumbra-se o surgimento de grandes companhias e conglomerados multinacionais com capacidade de atuação em âmbito global.

Somado a isso, fatores como a alta concentração de capital, as grandes fusões corporativas com investimentos massivos no mercado e os avanços tecnológicos e de informação contribuíram para o surgimento de empresas transnacionais, as quais são consideradas atualmente como o mais elevado estágio do processo de internacionalização da economia.

Constituem-se em organizações com atuações que ultrapassam os limites territoriais do país sede de sua matriz, compondo-se por um complexo processo de coordenação de empresas localizadas em diferentes Estados, não possuindo, assim, identificação com nenhum país em específico. Nas palavras de Dicken (2000, p. 36), são “empresas que têm o poder de coordenar e controlar operações em mais de um país, mesmo que não sejam de propriedade dessa empresa”.

A superação de fronteiras físicas e geográficas agregada à flexibilização das plantas industriais, mediante o desmembramento da linha de produção fabril, possibilita que empresas privadas transnacionais desloquem suas atividades por diferentes Estados em razão dos custos aferidos em cada país, resultantes, fundamentalmente, do intervencionismo estatal em assuntos como mão de obra – os quais englobam direitos trabalhistas, fiscalização por órgãos competentes e oneração da folha de pagamento –, carga tributária, legislações ambientais, direitos sociais, custos de transação, proteção ao consumidor, dentre outros.

Não obstante, os fluxos econômicos não se restringem a esses fatores, podendo serem analisados sob a perspectiva dos estudos de Ohmae (1999), denominados de “os 4 ‘Is’”. O primeiro ponto se refere ao investimento, o qual não está mais restrito geograficamente, dado que as oportunidades de aplicação adequadas não costumam estar disponíveis no mesmo local que o dinheiro. Consequentemente, os mercados de capitais elaboraram mecanismos para transferi-los através das fronteiras nacionais sem que, para isso, haja a participação do Estado.

Apesar de outrora as transferências internacionais de capital ocorressem entre Estados ou entre Estados e agentes privados, Bresser-Pereira (2018) manifesta sua crítica à teoria socialista internacional, a qual considera que diante da lógica de acumulação capitalista global, o Estado-

nação perdeu sua autonomia e importância, ao considerar que os capitalistas são apátridas, e, por isso, investem seu patrimônio onde vislumbram maiores possibilidades de lucro.

Na concepção do autor, essa premissa é inaceitável. Não obstante o reconhecimento da existência de uma ambiguidade na natureza dos capitalistas, pelo fato de que por vezes os agentes econômicos privados se sentem acima da lei, por outro lado, há àqueles empresários que se apegam à determinadas nações e, por isso, buscam estabelecer proteção e apoio a esses países (Bresser-Pereira, 2018).

A indústria corresponde ao segundo “i” a influenciar os fluxos econômicos, sendo que, na percepção de Ohmae (1999), enquanto no passado as empresas fechavam acordos com governos nacionais para trazer recursos e *know-how* em troca de determinados privilégios no mercado local, atualmente as estratégias das empresas privadas têm sido condicionadas pelo desejo e pela necessidade de atuar em mercados mais atraentes. Nas palavras do autor, “subsídios governamentais – incentivos fiscais antiquados para investir nesse ou naquele local – estão se tornando irrelevantes como critérios de decisão” (Ohmae, 1999, p. 19).

O deslocamento de investimentos e da indústria só se tornou viável em razão do terceiro “i”, a tecnologia da informação, ao possibilitar que as empresas operem em diferentes partes do mundo sem que haja a necessidade de se construir toda uma nova estrutura de negócios em cada país onde a companhia estiver atuando (Ohmae, 1999).

Por fim, os consumidores individuais representam o quarto “i” dos fluxos econômicos. Com maior acesso e qualidade nas informações sobre os consumidores, o mercado constatou que as pessoas estão cada vez menos condicionadas a adquirir produtos em razão do país de fabricação. Como descreve Ohmae (1999, p. 20), “[...] cada vez mais, os consumidores querem produtos melhores e mais baratos, não importa a sua origem”.

Nesse sentido, Faria (2002) leciona que o fenômeno da transnacionalização dos mercados transformou radicalmente as estruturas de dominação política e de apropriação de recursos, eliminando barreiras geográficas e diminuindo fronteiras burocráticas e jurídicas entre os países, além de revolucionar os sistemas de produção. Essa facilidade e dinamicidade das relações internacionais afastou parcialmente da figura do Estado o monopólio da tomada de decisões e de elaboração das diretrizes econômicas em detrimento aos novos atores privados internacionais (Baptista, 2019).

Diante disso, o Estado-nação se mostrou “pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela” (Ferrajoli, 2002, p. 51) das relações econômicas mundiais. Na percepção de Faria (2013, p. 39), há um distanciamento entre a atividade “[...] global dos mercados financeiros e a atuação doméstica dos órgãos públicos de supervisão e controle, a soberania estatal parece estar sendo diluída por um crescente fluxo de interdependências e espaços globalizados”. Para Ohmae (1999), em um mundo sem fronteiras, o Estado-nação como unidade delimitada por suas divisas há muito tempo estabelecidas, politicamente tem muito pouco para contribuir e muito menos liberdade para participar do processo econômico:

A dolorosa ironia é que, impelidas por uma preocupação em aumentar o bem-estar econômico geral, seus esforços em afirmar as formas tradicionais de soberania econômica sobre os povos e as regiões dentro de suas fronteiras estão agora exercendo o efeito oposto. Pontadas reflexas de soberania tornam impossível o desejado sucesso econômico, porque a economia global pune esses países desviando os investimentos e as informações para outras partes (Ohmae, 1999, p. 6).

Sucedeu-se, dessa forma, uma crise de autonomia no processo de elaboração das políticas domésticas dos Estados-nação, os quais são caracterizados pelo reconhecimento de sua soberania interna e externa (Cenci, 2007). Na concepção de Habermas (1995, p. 99), a “administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições de produção relevantes”. Nessa premissa, comprehende-se que “enquanto no plano mundial a economia opera basicamente livre de controles políticos, no plano nacional os governos nacionais estão limitados a fomentar a modernização de suas economias” (Habermas, 1995, p. 99).

Considerando uma racionalidade estritamente econômica, Ohmae (1999, p. 10) defende que o Estado-nação se tornou “uma unidade organizacional antinatural – até mesmo disfuncional – para se pensar sobre a atividade econômica”, pelo fato de que, em uma economia sem fronteiras, é impreciso analisar os fluxos de atividades econômicas tendo como premissa as demarcações territoriais dos Estados-nação, considerando-os como unidades básicas de análise. Trata-se do que o autor denomina de “Médias Inconvenientes”. Tomando como base a Itália, por exemplo, verifica-se que, em termos econômicos, não há uma hegemonia de interesses, sendo o norte do país predominantemente industrial e o sul rural, possuindo, por conseguinte, necessidades e capacidades distintas. Sendo assim, ao considerar o país como uma entidade econômica de interesses homogêneos, cria-se uma “média” das perspectivas econômicas da nação e de compromissos políticos de meio-termo que não beneficiam o eleitorado (Ohmae, 1999).

Além do mais, a concentração de capital por esses agentes tem exercido uma pressão sobre os governos nacionais para o aliciamento desses investimentos. Segundo os estudos desenvolvidos por Greer e Singh (2000), as empresas transnacionais estão entre as maiores instituições do mundo, sendo estimado que as 300 maiores companhias transnacionais possuem ou controlam aproximadamente um quarto de todos os ativos produtivos do globo, representando em torno de US\$ 5 trilhões.

O impacto financeiro desses agentes é tão expressivo que o total anual de vendas de algumas empresas é superior ao produto interno bruto (PIB) anual da maior parte dos países, inclusive os desenvolvidos. A título de exemplo, os pesquisadores destacam que as vendas da Mitsui e da General Motors são maiores que os PIBs da Dinamarca, Portugal e Turquia juntos, e US\$ 50 bilhões superior a todos os PIBs dos países da África Subsaariana somados (Greer; Singh, 2000, p. 2).

Ocorre que os países “já não dispõem de recursos aparentemente inesgotável da qual costumam sacar impunemente para financiar suas ambições” (Ohmae, 1999, p. 17). Desse modo,

faz-se necessário que os governos nacionais procurarem auxílio na economia global (Ohmae, 1999).

Por essa razão, os próprios Estados-nação passaram a disputar a atração desse capital, fazendo com que, por vezes, os governos nacionais cedam a pressões exercidas por agentes econômicos, os quais passam a interferir e a decidir sobre diretrizes políticas, provocando, dessa forma, uma mitigação das competências estatais de regulação da economia.

Como resultado, tem-se uma inversão na relação hierárquica entre o Estado e o mercado, de modo a atribuir às empresas privadas, não democráticas, o papel de principal agente econômico mundial. Na concepção de Ohmae (1999, p. 8-9), considerando os fluxos reais de atividade econômica, “os Estados-nações já perderam seus papéis como unidades significativas de participação na economia global do atual mundo sem fronteiras”.

Por certo, sob o prisma da lógica capitalista, a criação e o fortalecimento de políticas sociais representam indiretamente um aumento de custos no exercício da atividade comercial privada, sendo um importante fator na análise para alocação de recursos em um determinado Estado. Assim, para atração de novos investimentos, alguns países “flexibilizam” determinadas legislações ou renunciam a certos direitos para se tornarem mais competitivos no cenário mundial.

Noutra perspectiva, Bresser-Pereira (2018, p. 19) destaca que “globalização e Estados-nação são fenômenos que não se contradizem, mas, antes, são partes de um mesmo universo, que é o universo do capitalismo contemporâneo”. Desse modo, considera que “os Estados-nação continuam sendo a unidade política-territorial decisiva” (Bresser-Pereira, 2018, p. 22).

Segundo o autor, o recente desenvolvimento do capitalismo tornou ainda mais acirrada a competição entre os países em busca por maiores taxas de crescimento econômico, aumentando a importância do Estado no cenário internacional. Defende-se que a competição entre os países não segue a mesma lógica de disputa observada entre as empresas privadas, pois, enquanto esses são geridas por empresários, os Estados são conduzidos por políticos. Assim, a demanda dos Estados advém dos eleitores, enquanto que a demanda das companhias vem de acionistas (Bresser-Pereira, 2018).

O autor considera que no cenário político, com exceção dos países em desenvolvimento, o sucesso ou o fracasso de determinado governo será medido por suas políticas de proteção ao capital, ao trabalho e ao conhecimento nacional. Por esse motivo:

Os Estados-nação capitalistas sempre reconheceram as fronteiras, mas o capitalismo sempre as ignora; a democracia, porém, é sempre nacional, porque os políticos nos países democráticos não têm alternativa senão representar os seus cidadãos; como não há globalização política, não há globalização democrática (Bresser-Pereira, 2018, p. 24).

Contudo, o domínio da lógica eleitoral sobre a economia é capaz de transformá-la em um mero instrumento ineficiente de distribuição de riquezas. Na opinião de Ohmae (1999, p. 6), “os líderes políticos eleitos conquistam e mantêm o poder fornecendo aos eleitores o que estes desejam

– e isto raramente resulta num decréscimo substancial dos benefícios, dos serviços e dos subsídios fornecidos pelo Estado”.

Assim sendo, nota-se que o mercado globalizado se caracteriza por sua hipermobilidade, sendo que os “intermediários cada vez mais disseminam ativos de alta complexidade associados à transferência de risco entre participantes nas mais variadas regiões e continentes” (Faria, 2017, p. 63).

Em compensação, “[...] os Estados nacionais continuam agindo com enorme lentidão nos campos jurídico e judicial [...] tornam-se crescentemente vulneráveis aos grandes investidores estrangeiros” (Faria, 2017, p. 63). Por conseguinte, a lógica do mercado “[...] se mundializou e passou a se sobrepor sobre todo o ordenamento estatal” (Caldeira; Cenci, 2018, p. 6), ocasionando “a transformação da economia mundial de países independentes para uma economia integrada e interdependente”, atingindo as culturas e gerando influências em nível local (Luz, 2011, p. 420).

Esse movimento implica na diminuição do poder de regulação econômica dos Estados-nação, muito em razão da mobilidade cambial contrapondo-se à limitação geográfica da soberania estatal, impossibilitando a aplicação de políticas keynesianas em um só país e enfraquecendo a capacidade decisória do governo nacional (Baptista, 2019).

Logo, a revolução econômica conferiu à competição capitalista a qualidade de lei econômica fundamental entre as próprias nações, não se limitando mais a disputa entre os agentes privados, como se supõe na teoria econômica convencional ou neoclássica (Bresser-Pereira, 2018).

Há, deste modo, uma substituição da lógica estatal, a qual tem por fundamento os valores e objetivos democráticos positivados na constituição de uma determinada sociedade, pela lógica e arbitrariedade do mercado, baseada no interesse privado e lastreada pelo preço e pela obtenção de lucro.

2 A DEMOCRACIA NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

O Estado contemporâneo deixa de intervir na ordem social unicamente pela produção normativa, passando a criar novos meios de atuação mediante a utilização do direito positivo como instrumento de implementação de políticas públicas. A intervenção no mercado representa um dos principais mecanismos à disposição dos governos para a efetivação dos objetivos constitucionais.

Diante das transformações do mercado global, observa-se que progressivamente o Estado-nação tem perdido sua função de “intermediador” das relações econômicas tradicionalmente observadas na fase mercantilista. As fronteiras políticas tradicionais desses países não correspondem mais aos fluxos reais dessas atividades.

No contexto da internacionalização das decisões econômicas, o Estado-nação deixa de possuir o monopólio normativo dessas relações, como aduz Cenci e Oliveira (2009, p. 12), “por mais que inúmeras leis sejam editadas para coordenar, gerir, induzir, balizar, controlar, disciplinar e planejar o comportamento dos agentes produtivos, esse instrumento normativo não consegue

penetrar os sistemas sociais”. Nessa premissa, Faria (2017, p. 64) questiona: “para onde está indo o direito?”.

Além disso, a perda do monopólio normativo pelo Estado equivale ao enfraquecimento da forma de governo democrático, no qual a soberania é exercida pelo povo, de modo direto ou indireto, mediante representantes eleitos livremente pelos cidadãos por meio do sufrágio universal. Por conseguinte, em sociedades democráticas, todo o poder emana do povo.

Diante da complexidade das sociedades atuais, presume-se que haja uma diversidade de interesses e a disputa de ideias. Por essa razão, um dos fundamentos basilares da democracia é o reconhecimento ao direto de existência e de expressão das minorias, assim como de opiniões contrárias, evitando, desse modo, a ditadura da maioria (Santos, 2020).

Assim sendo, a legitimização da democracia se dá mediante a participação do cidadão nas deliberações políticas do Estado. O interesse popular em participar ativamente na vida política do país está diretamente relacionado com a percepção de liberdade de cada época. Na obra intitulada “Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos”, de 1819, Constant (1980) leciona que a liberdade para os antigos consiste no exercício direto e coletivo da soberania, mediante a participação ativa e constante no poder coletivo, por meio de deliberações realizadas em praças públicas para decidir questões pertinentes à atuação do Estado. Ao mesmo tempo, compreendia-se como liberdade, a submissão completa do sujeito à autoridade do todo.

Dessa forma, “[...] nada é concedido à independência individual [...] o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados” (Constant, 1980, p. 11), visto que o objetivo dos antigos era a “partilha do poder social entre todos os cidadãos” (Constant, 1980, p. 15).

Por seu turno, “o objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados; e eles chamam de liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios” (Constant, 1980, p. 16). Tem-se que a independência individual é a primeira das necessidades modernas, não podendo ser mitigada em função do exercício da liberdade política.

Nesse contexto, mesmo nos Estados mais livres, o indivíduo só é soberano em aparência, pois, essa é restrita. Além disso, constata-se que a extensão de um país diminui muito a importância política desempenhada por cada indivíduo, sendo que sua influência se torna insignificante na construção da vontade social que baliza as ações governamentais (Constant, 1980). Esse é um dos fatores que inviabilizam a restruturação de uma sociedade fundada na concepção de liberdade compreendida pelos antigos, diante da complexidade da sociedade moderna e a impossibilidade de participação de todos os cidadãos de forma ativa e direta nas discussões públicas, sendo o tema ainda mais complexo ao se tratar de decisões de âmbito global.

Tal mudança de percepção de liberdade foi impulsionada pelas atividades mercantis, as quais inspiraram nos homens uma intensa estima pela independência individual, considerando a intervenção estatal quase sempre incômoda. A garantia dessa autonomia individual é assegurada pela liberdade política, motivo pelo qual não é possível renunciar nenhuma das duas espécies de liberdade (Constant, 1980).

Em outra perspectiva, a principal preocupação de Pettit (1999) em seus estudos sobre liberdade consiste na não dominação, em virtude da percepção de que a “liberdade deve ser definida como uma situação que evita os males ligados à ingerência, não como acesso aos instrumentos de controle democrático, participativo ou representativo¹” (Pettit, 1999, p. 50). A condição de liberdade é caracterizada, assim, pelo fato de alguém não estar sujeito ao poder arbitrário de outro.

Essa proteção contra a arbitrariedade do mercado se realiza mediante o controle e o fortalecimento dos instrumentos democráticos e a cooperação entre os Estados-nação. Nessa lógica, Faria (2017) evidencia que a possibilidade de transnacionalização da democracia e a constituição de uma sociedade global multicultural, mediante a criação de uma federação internacional de poderes, são importantes características do cenário atual.

A nova agenda mundial visa à regulação da atuação do mercado transnacional, já iniciada pela normatização do comércio internacional, destacando-se, dentre outros, as Linhas Diretrizes para as Empresas Multinacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (Soares; Baptista, 2019). À vista disso, tem-se:

(a) a expansão de instituições interligadas de alcance mundial, cada uma delas devedora de prestação de contas perante as demais; (b) a importância dos complexos processos de argumentação pública, deliberação e troca, com base nos quais reivindicações de direitos e princípios universalistas são contestados e contextualizados, invocados e revogados, postulados e posicionamentos em todas as instituições políticas e jurídicas; e (c) a conversão do direito internacional num direito coercitivo de alcance mundial, capaz de se impor aos Estados nacionais, ao mesmo tempo que valoriza um processo de convergência, harmonização e unificação de legislações nacionais em campos específicos (Faria, 2017, p. 65).

Para Ferrajoli (2002, p. 53), a superação da crise dos Estados dependerá da aceitação de sua “crescente despotencialização e o deslocamento (também) para o plano internacional das sedes do constitucionalismo tradicionalmente ligadas aos Estados”, não se limitando meramente na enunciação de princípios, como se dá com a Carta das Nações Unidas e com as declarações e convenções internacionais, mas, também, com a criação de meios de se garantir a sua efetividade. O autor considera que o modelo clássico do Estado-nação - constituído por povo, território e poder soberano interno e externo – está defasado, ao descrever que a solução para os problemas enfrentados em um mundo globalizado se dá “através da superação da própria forma do Estado nacional e através da reconstrução do direito internacional, fundamentado não mais sobre a soberania dos Estados, mas desta vez sobre as autonomias dos povos” (Ferrajoli, 2002, p. 52).

Para esse propósito, há a necessidade de superação dos limites da soberania por meio da desterritorialização dos espaços políticos e da transferência das fronteiras nacionais, baseando-se na primazia de um direito supranacional, o qual harmoniza diferentes culturas jurídicas e se sobrepõe ao ordenamento jurídico dos Estados-nação; do desenvolvimento de uma constituição

1 No original: “La libertad debe definirse como una situación que evita los males vinculados a la injerencia no como el acceso a instrumentos de control democrático, participativo o representativo” (Pettit, 1999, p. 50).

mundial com poderes de garantia das bases normativas de regulação global; e na crença de uma identidade coletiva das comunidades democráticas, proporcionada pela institucionalização de procedimentos deliberativos de âmbito global (Faria, 2017).

Desse modo, a superação da crise de legitimidade democrática dos países depende de uma mudança estrutural da compreensão clássica do próprio Estado-nação. A superação das fronteiras políticas e a criação de um ordenamento supranacional são fundamentais para o reestabelecimento da autonomia dos povos na definição das diretrizes econômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, vislumbrou-se que por efeito das novas configurações do mercado global, há uma mitigação das competências do Estado-nação na condução das políticas econômicas. Em um mundo globalizado, “sem fronteiras”, as divisas políticas que delimitam a soberania do Estado não correspondem mais aos fluxos reais da economia.

A globalização econômica possibilitou que empresas privadas desmembrarem suas atividades em diversos países, alocando seus recursos nos Estados em que se averiguem os menores custos de intervenção, maior liberdade negocial e que possuam um mercado mais atraente.

Somado a isso, a eminente necessidade de demanda dos países pela atração de capitais privados para financiar suas políticas públicas, faz com que a competição capitalista ganhe *status* de lei econômica fundamental, impelindo-os a disputar entre si.

Em consequência dessa hipermobilidade dos capitais, os países têm perdido cada vez mais sua importância no cenário econômico internacional, assim como, a ocorrência do enfraquecimento de sua autonomia decisória frente aos agentes econômicos privados transnacionais, os quais deliberam em âmbito global e impõem condições aos governos nacionais para que invistam em determinado país. De outro lado, o Estado-nação, enclausurado em seu território, não tem competência para regular as atuações empresariais que transpassam o seu campo de soberania, as quais, no entanto, possuem condão de causar impacto direto aos seus cidadãos, da mesma forma que ficam submissos aos interesses do mercado.

O expressivo poder econômico desses agentes privados faz com que os países passem a ceder à determinadas exigências de empresas privadas, como a flexibilização de direitos sociais e a redução da carga tributária. Esse fenômeno traz consequências graves à democracia, ao substituir os objetivos constitucionais que norteiam a condução estatal sobre a ordem econômica, pela lógica do capitalismo, pautada essencialmente pelo interesse privado, no preço e no lucro.

Como uma possível solução para essa crise enfrentada pelo Estado-nação, apresentou-se a criação de um ordenamento jurídico supranacional, sobrepondo-se aos ordenamentos jurídicos internos, definindo-se diretrizes comuns entre os países democráticos e determinando meios que assegurem a efetividade dessas normas.

Entretanto, não se trata de uma proposta de fácil implementação. A definição de diretrizes

que sejam globais e comuns a todos os Estados-nação, as assimetrias entre países desenvolvidos e não desenvolvidos e os *lobbys* políticos são algumas das barreiras a serem enfrentadas.

Para mais, esse processo depende do reconhecimento dos Estados de que é preciso abrir mão de parte de sua soberania em prol da criação de um ente supranacional. Como visto, trata-se de um tema que ainda cabe muito debate e estudos, sendo de fundamental importância no cenário atual.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Rudá Ryuiti Furukita. **A cooperação internacional e o tratamento especial e diferenciado no âmbito da integração econômica:** possíveis soluções de assimetrias decorrentes da globalização econômica. 2. ed. Londrina: Thoth, 2019.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Globalização e competição:** porque alguns países emergentes têm sucesso e outros não. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

CALDEIRA, Túlio Santos; CENCI, Elve Miguel. As cinco atitudes do Estado no combate à corrupção no mundo pós-nacional e na economia globalizada. In: CENCE, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo; MESSA, Ana Flávia. **Direito negocial e corrupção no estado democrático de direito.** Belo Horizonte: Arraes, 2018. p. 1-34.

CENCI, Elve Miguel. Globalização, estado-nação e regimes supranacionais. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO DO CONPEDI. 16., 2007, Florianópolis. **Anais [...].** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

CENCI, Elve Miguel; OLIVEIRA, Thiago Vieira Mathias. Os reflexos do exercício da soberania diante dos processos de globalização: perfis do estado e do direito internacional na contemporaneidade. **Diritto.it**, Santarcangelo di Romagna, n. 13, p. 1-17, 2009.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** 1819. Tradução de Loura Silveira. Paris: Coleection Pluriel, 1980.

DICKEN, Peter. **Mudança global:** mapeando as novas fronteiras da economia mundial. Tradução de Teresa Cristina Feliz de Souza, Helio Henkin. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2000.

FARIA, José Eduardo. O direito e a crise financeira. **Julgar**, Lisboa, n. 20, p. 39-50, 2013. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/05/039-050-Direito-e-crise-financeira.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno:** nascimento e crise do Estado nacional. Tradução de Carlo Cocciali, Márcio Laurua Fulho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GREER, Jed; SINGH, Kavaljit. A brief history of transnational corporations. Nova York: Fórum de Política Global, 2000. Disponível em: <https://archive.globalpolicy.org/component/content/>

article/221-transnational-corporations/47068-a-brief-history-of-transnational-corporations.html. Acesso em: 26 fev. 2020.

HABERMAS, Jüger. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 43, nov. 1995.

LUZ, Rodrigo. **Relações econômicas internacionais**: teoria e questões. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

OHMAE, Kenichi. **O fim do estado-nação**. Tradução de Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

PETTIT, Philip. **Republicanismo**: uma teoria sobre la libertad y el gobierno. Tradução de Toni Demènec. São Paulo: Paidós, 1999.

SANTOS, Luís Miguel Luzio. Ética e democracia econômica: caminhos para a socialização da economia. São Paulo: Ideias & Letras, 2020.

SOARES, Marcos Antônio Striquer; BAPTUSTA, Rudá Ryuiti Furukita. O poder das empresas transnacionais na economia globalizada: ameaça real à liberdade na concepção republicana. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 3, p. 25-44, nov. 2019. DOI 10.5433/2178/8189.2019v23n3p25.

Recebido em: 13/06/2021

Aceito em: 29/04/2023

DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE EM LONDRINA

PUBLIC DEFENCE AND ACCESS TO JUSTICE
IN THE RIGHT OF CHILDHOOD EDUCATION IN
LONDRINA'S DAY CARE SYSTEM

Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo Bzuneck*
Nicolle Yohana Ribeiro Pinto**

*Doutora em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Negocial (área de concentração Processo Civil) pela Universidade Estadual de Londrina. Professora de Direito Processual Civil no Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Londrina, e de Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu. E-mail: mc_nogueira@hotmail.com

**Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Campus Londrina. E-mail: niyoribeiro@gmail.com

Como citar: BZUNECK, Maria Celia Nogueira Pinto e Borgo; PINTO, Nicolle Yohana Ribeiro Pinto. Defensoria pública e acesso à justiça no direito à educação infantil em creche em Londrina. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 96, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.44270>

Resumo: O maior desafio do Estado Democrático de Direito é proporcionar a efetivação das garantias previstas no texto normativo, o que se vê, por exemplo, na latente violação ao acesso à educação infantil em creche pelo Poder Público, lesando o direito inerente à inúmeras crianças nos anos iniciais de sua vida e desenvolvimento. Com a insuficiência de vagas, a negativa de matrícula em creche é formalizada pela via administrativa, sendo um dos meios alternativos para o cumprimento da obrigação de fazer pelo Poder Público através da justiciabilidade, ou seja, a provocação do Poder Judiciário em busca de uma solução satisfatória a lide constituída. Assim, o objetivo geral desta pesquisa exploratória é analisar e avançar nos estudos sobre a atuação da Defensoria Pública no município de Londrina (PR), como instituição competente e legitimada para a representação e ajuizamento de demandas que versem acerca do direito à educação infantil em creche e a forma que tal prerrogativa garante o acesso à justiça ao detentor do direito violado.

Palavras-chave: educação infantil em creche; acesso à justiça; defensoria pública.

Abstract: The paramount challenge for a Democratic Rule of Law is to actualize the guarantees outlined in the normative text. This is evident, for instance, in the glaring violation of access to early childhood education in public daycare centers, infringing upon the rights of countless children in their formative years. Due to a shortage of available spots, enrollment in daycare is

often denied through administrative channels. This is one of the alternative methods employed by the Public Authority to fulfill its obligations, provoking the Judiciary to seek a satisfactory resolution to the dispute at hand. Therefore, the primary objective of this exploratory research is to scrutinize and further the studies on the role of the Public Defender's Office in the city of Londrina (PR). As a competent and authorized institution for representation and litigation of cases pertaining to the right to early childhood education in daycare, it examines how such prerogative ensures access to justice for those whose rights have been violated.

Keywords: early childhood education in daycare; access to justice; public defensory.

INTRODUÇÃO

O princípio da proteção integral da criança e do adolescente, aprimorado a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, rompeu paradigmas com a antiga ordem, revolucionando o sistema jurídico e político, de forma a removê-los do status limitante de delinquência ou abandono, elevando-os a sujeitos de direito em condição especial de desenvolvimento, ou seja, atribuiu-se a estes indivíduos o reconhecimento de garantias e a proteção deles pelo Estado, família e sociedade.

A totalidade da gama de direitos garantidos aos infantes, inequivocamente, ressoa em relação à progressão dos direitos alcançados ao longo da vida, ou seja, a efetivação e pleno gozo das garantias à criança possibilitam o desenvolvimento integral da pessoa na condição de indivíduo e como parte de uma sociedade sob a operação do Estado Democrático de Direito.

Especificamente em relação ao direito à educação infantil em creche, apesar do tratamento diferenciado a fim de equacionar as vulnerabilidades inerentes à condição da criança, o que se verifica é uma latente violação desta garantia pelo Poder Público que, ao não cumprir o dever constitucional de fornecer aos infantes de 0 a 3 anos de idade o quantum suficiente de vagas em creche obsta, num primeiro plano, o acesso ao serviço de educação e, num segundo plano, impõe barreiras ao gozo de outros direitos, como à alimentação, cultura, lazer, dignidade, liberdade e convivência comunitária.

Na seara constitucional, um dos mais importantes direitos normatizados pela Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, é o acesso à justiça (Brasil, 1988). Por meio desse, quando o indivíduo se vê privado de um direito ou o tem violado, poderá, dentre inúmeras vias do sistema multiportas, recorrer ao Poder Judiciário para a solução da demanda apresentada. Nesta via, há a possibilidade do acesso à justiça através da apreciação da lesão ou ameaça de um direito pelo Poder Judiciário, sendo que tal acesso, em regra, é possível por intermédio de um profissional com capacidade postulatória e legitimidade para propor uma ação e instar o Poder Judiciário.

Nesse contexto, verifica-se a instituição da Defensoria Pública, cuja atuação institucional, de acordo com a Lei Complementar nº 80/1994 (Brasil, 1994), em seu art. 4º, inciso XI, será, dentre outras hipóteses, no exercício da defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, o que a legitima para a representação e propositura de demandas judiciais para a concretização do direito à educação infantil em creche – o tema do presente trabalho.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO: FUNDAMENTAL, SOCIAL E HUMANO

Ao analisar o histórico normativo pátrio, a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) romperam paradigmas do sistema jurídico anterior, revolucionando a concepção da figura da criança e do adolescente na condição de sujeitos de direito. Assim, deixaram a posição de meros tutelados pelo Estado, antes restrito a situação de abandono ou estado de delinquência, para indivíduos parte da sociedade e detentores de direitos

fundamentais e sociais, em maior profundidade e extensão se comparado àqueles que já alçaram a maioridade, a partir da adoção da sistemática garantista da doutrina da proteção integral.

Desta forma, a partir da Constituição Federal de 1988, a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente é esboçada no âmago do capítulo VII do mencionado ordenamento, com destaque ao artigo 227. Muito embora tratar-se de uma redação consideravelmente exígua, o caput do artigo em comento, bem como os incisos e parágrafos que o compõe, primeiramente tem o objetivo de positivar a norma e, num segundo momento, servir como base para a estruturação de um abundante arcabouço de direitos e deveres infantojuvenis a serem posteriormente trabalhados em sede infraconstitucional (Brasil, 1988).

Fixadas as considerações iniciais, passa-se ao estudo pormenorizado de especificamente um dos direitos inclusos no extenso rol ora mencionado e, por consequência, parte da construção do tema central do presente trabalho, qual seja: o direito à educação. Justifica-se tal escolha em razão do modo pela qual ressoa em favor do gozo de outros direitos dispostos à criança e adolescente, bem como àqueles assegurados durante a idade adulta.

Isto, pois, refletiu Basílio (2009, p. 27), quanto a consideração do direito à educação na importância de um direito inserido na dignidade humana, possibilitando o indivíduo alcançar a plena autonomia através da busca por conhecimento, o que propiciará o crescimento pessoal como um ser pensante e parte de uma comunidade. De igual modo, Cambi e Zaninelli (2014, p. 10-11) discorrem sobre a oportunidade do acesso a outros direitos a partir da educação, de modo a reiterá-lo como um meio e fim ao ápice do desenvolvimento humano e suas potencialidades, não somente no sentido tradicional de educação, mas de modo a proporcionar uma educação global e, principalmente, humanista.

No início do ano de 2021, no município de Londrina (PR), fora possível acompanhar a aplicação prática de toda teoria que permeia o direito infantojuvenil à educação através da Ação Civil Pública nº 0005031-06.2021.8.16.0014 (Brasil, 2021), proposta pela 10^a e 22^a Promotorias de Justiça da Comarca de Londrina (PR), atuantes na área infantojuvenil. A ação versa acerca do retorno das aulas presenciais, suspensas em razão das medidas sanitárias contra disseminação pandêmica da COVID-19, para crianças e adolescentes nesse município.

A peça exordial conta com uma detalhada construção fática e fundamentação jurídica, todavia, para o presente trabalho, serão analisados apenas trechos do documento. Em sede inicial, o Ministério Público argumentou sobre a essencialidade da prestação presencial do serviço educacional, ou seja, a necessidade da retomada das aulas presenciais e o acesso do público infantojuvenil aos estabelecimentos de ensino. Isto pois, a partir da efetivação do direito à educação, com a inserção da criança e do adolescente no ambiente escolar, esse indivíduo terá de igual modo efetivados os direitos à alimentação, cultura, lazer, dignidade, liberdade e convivência comunitária.

Outrossim, o artigo 56 do ECA (Brasil, 1990) estabelece a responsabilidade dos dirigentes de estabelecimentos de ensino em comunicar as autoridades competentes os casos de violação aos direitos de crianças e adolescentes aos quais tenham conhecimento. Inclusive, a omissão em

relação a esse dever caracteriza uma infração administrativa passível de multa, nos termos do artigo 245 do mencionado ordenamento.

Assim, consoante ao entendimento do Ministério Público, o óbice decorrente do momento pandêmico, o qual há mais de um ano impede o funcionamento presencial dos estabelecimentos de ensino, é potencialmente lesivo aos direitos infantojuvenis, haja vista que estão fora do ambiente de proteção das creches, pré-escolas e escolas, bem como casos de violação dos direitos não são mais encaminhados pelos dirigentes dos estabelecimentos de ensino ao Ministério Público e à rede para efetivar a proteção dessas crianças e adolescentes, havendo uma notória subnotificação de casos desse gênero.

Em suma, depreende-se da análise da petição inicial em tela que a execução das políticas públicas a fim de garantir o acesso à educação por crianças e adolescentes, abrange, consequentemente, o gozo de inúmeros outros direitos a eles inerentes, que se concretizam a curto, médio e longo prazo. A partir do exposto, pode-se compreender o caráter subjetivo público que permeia o direito fundamental à educação, o qual não existe fora da dignidade humana, posto que inerente ao ser humano que, simplesmente por esta condição, é titular de direitos subjetivos passíveis de reconhecimento e respeito pelos semelhantes e pelo Estado.

Em sede organizacional, trata-se de direito incluso no rol de direitos sociais, mas, de acordo com Caggiano (2009, p. 22), ostenta natureza fundamental a medida em que se trata de “[...] prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da dignidade”. Decorrente do status fundamental, a educação faz jus a tratamento jurídico diferenciado, com aplicação de forma imediata, nos moldes do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1988). Desta maneira, a legislação mencionada impõe ao Estado a obrigação de atuação a fim da concretização desses direitos, seja através da normatização adequada para a prestação do serviço ou a implementação de políticas públicas para tanto.

Nesta senda, a fim de assegurar a efetivação desse direito e a satisfatória prestação do serviço, a Constituição Federal organizou a oferta da educação através da composição dos níveis escolares, com a educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, bem como a educação superior, sendo esse cenário apresentado no art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Brasil, 2016). Assim, passa-se a análise do direito à educação e sua oferta no âmbito da educação infantil e, mais especificamente, a educação infantil em creche, tema essencial à construção desse trabalho.

1.1 EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE: A IMPORTÂNCIA DOS ANOS INICIAIS

O ser humano é fruto de um conjunto de fatores biológicos, físicos, psicólogos, ambientais e sociais colacionados ao longo dos anos, os quais são influenciados de sobremaneira pelas experiências vivenciadas, ao passo que a reunião desses fatores leva o ser humano ao seu desenvolvimento pessoal e como figura de uma coletividade. Esse processo se inicia nos primeiros anos de um indivíduo, em especial, o desenvolvimento cerebral, que se dá de forma intensa no

período de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, momento em que as estruturas neurológicas são formadas e ocorre o fortalecimento das conexões neurais.

A partir de então, volta-se a atenção a educação infantil que, de acordo com o art. 208, inc. IV da Constituição Federal de 1988, se subdividirá em creche e pré-escola, atendendo crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade. Ainda, o art. 30 da Lei de Diretrizes e Bases Nacionais da Educação aponta que crianças de até 03 (três) anos de idade acessarão a educação através de vagas em creche, ou entidades equivalentes, e crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade frequentarão pré-escolas (Brasil, 1988, 1996).

Não obstante, o art. 29 da Lei 9.394/96 (Brasil, 1996) estabelece que “a educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.”

Ponto crucial é a disposição legislativa que garante uma educação de qualidade, para todos os níveis de ensino e de forma gratuita, assegurado ao sujeito de direito à responsabilização do Poder Público, na figura da autoridade competente, pelo não oferecimento ou oferta irregular do serviço, nos termos do artigo 54, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Brasil, 1990).

Assim, conforme explicitado na obra coordenada por Costa (2017), uma educação de qualidade pressupõe profissionais capacitados e compromissados, a existência de estrutura adequada fornecida pelo ente responsável pela prestação do serviço, bem como material didático adequado, observando as necessidades de cada criança como indivíduo e de todas no contexto de coletividade, acompanhando a dinâmica existente, que, no cenário infantil, evolui exponencialmente.

Ao tratar sobre creches, a inserção da criança nesse serviço é de suma importância, refletindo não somente na educação do infante, mas transcendendo em influência a todas as áreas do seu desenvolvimento, conforme explicitou Guerra (Brasil, 2008), psicólogo clínico e psicanalista uruguai, durante uma entrevista.

A creche é um continente, um universo que promove uma construção da rede de cuidados sobre toda a família. Tem a função de educar, conduzir ao exterior, otimizar a criança para que ela possa desenvolver seu próprio ponto de vista. Tem que permitir a narrativa corporal, a subjetivação da criança, que é o seu desenvolvimento cognitivo, por via corporal e da fala.

Muito embora a exaustiva indicação acerca da importância desse direito, haja vista sua relevância social e jurídica, o que se pode constatar no país é a escassez de vagas em creche, lê-se no sentido de serviço prestado pelo Poder Público de forma gratuita, o que, além de obstar o acesso da criança à educação e o pleno desenvolvimento, reforça as desigualdades sociais, realidade sintetizada por Cambi e Zaninelli (2014, p. 6): “A condição essencial, para a disseminação do conhecimento socialmente produzido e acumulado, bem como para a democratização da sociedade, depende da universalização da educação básica, com indicadores precisos de qualidade e equidade”.

O Marco Legal da Primeira Infância (Brasil, 2016), legislação mais recente no que tange

aos direitos da criança, reconhece a existência de desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendem as garantias estabelecidas em favor dos infantes, ao passo que indica o objetivo das políticas públicas em prol da redução destas desigualdades a partir da promoção da justiça social, equidade e inclusão sem discriminação da criança, a partir de investimentos públicos nessa área.

Por conseguinte, a ausência de vagas em creche fere a democratização dos direitos fundamentais, gerando barreiras sociais que afastam cada vez mais a percepção de uma sociedade justa, com igualdade de condições e oportunidades para o pleno gozo da condição humana, ou seja, uma ofensa a própria dignidade, uma violação ao indivíduo e a sociedade.

Em termos de Brasil, temos o seguinte panorama. Depreende-se dos dados disponibilizados no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados que, no ano de 2019, apenas 32,7% da população de 0 a 3 anos estava matriculada em creches, sendo que o Plano Nacional de Educação (PNE) estabelece que até o ano de 2024 pelo menos a metade desta população deverá ser inserida na educação em creche (Brasil, 2019).

Situa-se nesse momento a relevância jurídica e social do presente trabalho, posto que no país impera a latente violação do direito à educação infantil em creche. Denota-se, portanto, que grande parte da população em idade escolar de creche é de alguma forma privada do acesso a esse serviço, seja pela não obrigatoriedade da matrícula pelos genitores ou responsáveis (ponto que não será discutido no presente) ou pela omissão do Estado na garantia do acesso dos infantes a esse direito.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: UM OLHAR A PARTIR DA REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL

Findo o período ditatorial vivido no Brasil entre os anos de 1964 a 1985, buscou-se, através da promulgação de uma nova Magna-Carta, a retomada do vigor ao processo de desenvolvimento dos direitos fundamentais e sociais iniciado através da Constituição Federal de 1934, fortemente influenciada pela tendência global do estudo, implementação e proteção dos Direitos Humanos ao final da 2^a Guerra Mundial.

À vista disso, mais do que a concretização do processo legislativo, a elaboração do novo texto constitucional fora fundamentada de modo a superar o momento histórico ora vivido, no qual o Poder Executivo detinha poder suficiente para cercear arbitrariamente os indivíduos do gozo de seus direitos. Nesse ponto, verifica-se o êxito do legislador, posto que a Constituição Federal de 1988 é também conhecida como a “Constituição Cidadã”.

Compulsando o texto constitucional, percebe-se o zelo em se assegurar direitos fundamentais e sociais aos indivíduos, de modo a igualmente caracterizar como direito os meios de efetivação das garantias positivadas. Esta configuração trouxe de volta o status democrático ao Brasil, ou seja, um sistema governamental cujo poder é exercido pelo povo em prol do bem-estar social da coletividade, protegendo-os da atuação arbitrária e autoritária do Estado.

Desta feita, Nunes (2016, p. 5-6) indicou que a vigência de um Estado Democrático de Direito refletiu diretamente sobre as normas processuais civis infraconstitucionais, posto que as normas constitucionais, sobre aquelas, exercem soberana influência. Como resultado, novos contornos e balizas foram conferidos aos ditames relacionados ao processo civil, construindo-os sob as garantias de direitos fundamentais e sociais àqueles que necessitam da atuação jurisdicional do Estado.

Em vista da redemocratização do Brasil, associado ao plano de fundo fixado na Constituição Federal de 1988, delimita-se a abordagem pretendida no presente capítulo: uma análise acerca do acesso à justiça e a instituição da Defensoria Pública.

2.1 O DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA

O desenvolvimento do estudo do acesso à justiça possibilitou a compreensão acerca da extensão desse instituto e a gama de microssistemas que o compõe, razão pela qual, atualmente, superou-se a concepção do acesso à justiça somente pelo viés do Poder Judiciário. Hoje, sabe-se que tal via é apenas uma dentre tantos caminhos que servem para esse fim, isto porque, resta presente no desenvolvimento dos meios de jurisdição a tendência ao sistema multiportas de acesso à justiça, que busca “[...] formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos” (Guerrero, 2012, p. 14).

Entretanto, o presente trabalho se aterá à apreciação da efetivação do acesso à justiça no âmbito do Poder Judiciário, isto pois, busca-se a efetivação do direito à educação em creche, primeiramente, através da via administrativa, bem como não se vislumbra no caso hipótese de cabimento de conciliação entre as partes requerentes e os entes do Estado. Portanto, a via tradicional de acesso à justiça por meio do Poder Judiciário se torna o caminho galgado para tanto, ou seja, para fins da efetivação do direito pretendido.

Nesta senda, é impensável abordar o acesso à justiça sem citar a obra de Cappelletti e Garth (1988) que, em que pese se tratar de um estudo elaborado há mais de 4 décadas, se mostra contemporâneo ao nosso tempo, tão atual quanto no momento de sua publicação, refletindo até hoje nos estudos sobre o tema. Sobre tal obra, Yule (2020, p. 41) sintetiza as três grandes ondas de transformação delineadas pelos retromencionados autores.

[...] na assistência judiciária gratuita ao hipossuficiente (primeira onda); na criação de mecanismos processuais para representar os interesses difusos (segunda onda), e um outro enfoque de acesso à Justiça, com uma série de modificações nas estruturas judiciais e abertura do Judiciário a outras formas de solução de litígios, por meio de novos mecanismos judiciais e extrajudiciais (terceira onda).

Ao observar a proposta das ondas de transformação do acesso à justiça, pode-se perceber que o instituto se expande muito afora da mera apresentação da lide ao Poder Judiciário, ou seja, vai além da prolação de uma decisão terminativa de mérito. Isto porque, encontramo-nos inseridos

num Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a democratização dos direitos inerentes aos indivíduos por ele regido.

“A democratização traz em seu bojo, pelo menos, três elementos necessários: o atendimento da vontade popular, a não distinção deletaria entre quem quer seja e a realização de medidas de interesse geral” (Martins, 2020, p. 14).

Nesse sentido, Martins (2020, p. 14-17) expõe acerca de alguns exemplos do modo pelo qual é possível a democratização do acesso à justiça, dentre os quais se pode citar o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, a celeridade processual, a utilização de linguagem mais clara, a gratuidade da Justiça, a atuação da advocacia, da Defensoria Pública e do Ministério Público, dentre outros.

Em detida análise as indicações do autor, observa-se o acesso à justiça como uma conjunta intervenção no âmbito material, formal e organizacional, refletindo de modo a garantir todo um sistema que possibilite a entrega integral e real do que se entende por justiça àqueles que necessitem. Assim, o instituto se manifesta antes mesmo da propositura de eventual ação judicial, bem como se perpetua após a resolução do conflito, acompanhando o dinamismo social e a busca pela melhor prestação do serviço jurisdicional, ou seja, um ciclo formado a fim de garantir o pleno exercício do acesso à justiça, como um meio e fim em si mesmo.

Ao analisar a obra de Marc Galanter, *Access to Justice in a word of expanding social capability*, Gabbay, Costa e Asperti (2019, p. 25-27) identificaram que o acesso à justiça prescinde ao constante reconhecimento da dinâmica social e os limites entre a justiça e a injustiça, a fim de propor políticas distributivas com fito de garantir tal acesso, ou seja, repercute acerca de quem e como se dará o acesso à justiça no sistema pátrio.

Para o desenvolvimento do presente trabalho deixaremos de lado a análise dos Juizados Especiais, assim, no âmbito do Poder Judiciário como se pode pensar em acesso à justiça, por exemplo, em relação a partes litigantes que não possuem recursos a fim de arcar com as despesas decorrente da propositura e tramitação de um processo? Para tanto, Peduzzi (2020, p. 20-21) afirma que a própria Constituição Federal delineou o instituto da assistência judiciária gratuita, com fito de que a desigualdade socioeconômica não obste a busca por justiça, ou seja, uma ferramenta prática para a democratização do acesso à justiça.

Portanto, sintetizando o pensamento de Oliveira (2020, p. 47-53), não há como falar em acesso à justiça quando os sistemas de justiça impõem barreiras discriminatórias, abstendo-se em promover a inclusão da coletividade no âmbito da proteção dos direitos constitucionais, ou seja, a plena efetivação do instituto em comento não coexiste com qualquer forma de exclusão.

Feitas estas considerações, em vista da violação de um direito, surge a pretensão jurisdicional, que demandará, em regra, a atuação de um agente com capacidade postulatória e legitimação adequada a fim de instar o Poder Judiciário na solução da demanda apresentada. O Código de Processo Civil dispõe, em seu art. 103, “a”, que “a parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil”, ou seja, o advogado representa figura indispensável para o acesso ao Poder Judiciário (Brasil, 2015).

Retomando as palavras de Martins (2020, p. 14-17), anteriormente citado, infere-se que,

mais do que detentor da capacidade postulatória e da legitimação adequada para representar o desejo das partes litigantes em Juízo, o advogado é parte atuante em prol da democratização do acesso à justiça, de modo a trazer esclarecimentos e orientações para a parte que representa, seja em questões materiais ou formais, bem como zelar pela observância ao devido processo legal, prezar pela celeridade do processo, argumentar acerca de eventuais nulidades, dentre outros exemplos.

Todavia, conforme se sabe, o labor do advogado consiste em sua atuação, razão pela qual se faz sujeito de direito à remuneração por seus serviços, mas, num país que, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 2021, conta com quase 14 milhões de desempregados e que, no ano de 2018, registrou 54 milhões de trabalhadores que recebem menos que um salário-mínimo, é questionável o acesso da população carente aos serviços de um advogado e a possibilidade de arcar com os honorários decorrentes desse (IBGE, 2018).

Retoma-se, portanto, o pensamento construído anteriormente, sobre a necessidade da identificação dos limites entre a justiça e a injustiça, com a elaboração e implementação de políticas públicas distributivas que rompam as barreiras de exclusão que delimitam os grupos que podem ou não provocar o Poder Judiciário. Nota-se, a indicação de um problema sobre o qual o Estado deverá atuar de modo a garantir a democratização dos direitos fundamentais, que em conjunto possibilitarão o integral acesso à justiça.

Nesse cenário, visto a caracterização do acesso à justiça como direito fundamental, o texto constitucional garante a atuação dos advogados dativos e a instituição da Defensoria Pública, ambos custeados pelo Estado, no intuito de proporcionar à população hipossuficiente os serviços prestados por um advogado, com o mesmo nível de excelência de um profissional particular, entretanto de forma gratuita aos seus assistidos.

2.2 A INSTITUIÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Vislumbra-se no art. 134 da Constituição Federal de 1988 uma digníssima instituição, a Defensoria Pública, cuja função é a promoção e proteção de direitos em todos os graus de jurisdição (Brasil, 1988). Em termos de Brasil, pode-se considerar a Defensoria Pública uma das mais recentes instituições jurídicas no país, sendo no ano de 1994 promulgada a Lei Complementar nº 80/1994 (Brasil, 1994) que estabeleceu normas gerais de organização das Defensorias Públicas da União, do Distrito Federal e dos Estados.

Nesse ponto, insta salientar acerca do público-alvo de atendimento da instituição, qual seja a atenção primordial aos necessitados, ou hipossuficientes nos termos da lei, que em razão desta condição são exponencialmente vulneráveis à não efetivação ou lesão aos direitos ora garantidos, haja vista a escassez de recursos financeiros para o acesso à justiça nos moldes da advocacia privada. Em que pese a legislação fale apenas em “insuficiência de recursos”, Souza (2003, p. 73) esclarece ensejos para a melhor compreensão do termo:

[...] a hipossuficiência não é medida, nem tem rigores preciosos e matemáticos. Ao contrário, é caracterizada através da análise conjunta de diversos fatores, tais

como rendimento familiar, encargos de aluguel, doença em família etc., ou seja, deduzidos os encargos básicos, para que um ser humano e sua família vivam dignamente.

Ainda que em lei sua aparição date de 1988, temos no Estado do Rio de Janeiro a primeira Defensoria Pública Estadual do país, estabelecida no ano de 1954, ou seja, com 67 anos de atividade. Entretanto, a realidade da institucionalização da Defensoria Pública no país é diferente e individualizada em cada estado da Federação, por exemplo, enquanto em Minas Gerais e Mato Grosso do Sul temos a institucionalização datada de 1981 e 1982, respectivamente, vemos em Santa Catarina uma Defensoria Pública que teve sua instalação apenas no ano de 2012.

Todavia, ainda que se possa afirmar que o órgão tem um árduo e longo caminho a trilhar em seu desenvolvimento, cada estado com suas necessidades, metas e projetos, um dado apresentado recentemente é de extrema importância e conta de inestimável motivação à instituição. A Defensoria Pública, de acordo com uma pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (Defensoria [...], 2020), “embora tenha pouco tempo de existência, já é considerada a instituição mais importante do Brasil na garantia de direitos fundamentais de crianças e jovens.”

Esta percepção social é fruto da intensa atuação da instituição dentro das atribuições a ela reservadas, pontua-se a relevância do art. 4º, inc. XI da Lei Complementar nº 80/1994 (Brasil, 1994), que incumbe a instituição, de forma específica, a defesa dos interesses individuais e coletivos da criança e do adolescente, no qual se inclui o acesso à educação infantil em creche, o que a torna parte capaz e legítima para a representação e propositura de demandas judiciais a fim de garantir do Poder Público o devido cumprimento das obrigações a ele impostas.

Nas palavras de Cerqueira (2020, p. 85), o primeiro obstáculo às pessoas hipossuficientes está relacionado ao próprio desconhecimento deles em relação a estrutura de Justiça existente no país e, principalmente, ao desconhecimento dos mais elementares direitos a elas garantidos, posto que não contam com o amparo estatal para a orientação junto a um profissional da área jurídica.

Estabelece-se, portanto, as primeiras impressões acerca do modo pelo qual a Defensoria Pública atua de forma a garantir o acesso à justiça, posto que, de acordo com a pesquisa anteriormente mencionada, a instituição tem conquistado visibilidade no que tange a representação e assistência jurídica àqueles a quem presta atendimento. Assim, a Defensoria Pública é uma instituição que claramente atua em prol da democratização dos direitos fundamentais, instituída e subsidiada a partir da normativa constitucional de 1988 que, como visto, trouxe em si o empenho em garantir não somente a positivação do direito, mas também seu pleno exercício por aqueles que os detêm.

Ante o amplamente exposto, pode-se concluir, sem resquício de dúvida que a Defensoria Pública, ainda que instituição recente, demonstra e reafirma sua importância para a população por meio da sua prestação de serviços ao público e efetivo trabalho em busca de aprimoramento contínuo de sua função essencial à Justiça.

3 A PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA PELA DEFENSORIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHE

Compreender a instituição da Defensoria Pública é vislumbrar o claro reflexo das normas constitucionais que fundamentaram e consubstanciaram a positivação de sua lei orgânica, fazendo-a um instrumento em prol da democratização dos direitos inerentes aos indivíduos sob os quais rege o Estado Democrático de Direito.

Conforme discutido por Silva (2011, p. 150), faz-se necessário para a efetiva participação em juízo, que as desigualdades sociais sejam ponderadas e consideradas a fim de distribuir a justiça, ou seja, é imperioso que o direito se atenha a imprescindibilidade do reconhecimento das diferenças para que os litigantes vulneráveis sejam reconhecidos de maneira proporcional ao seu status. Superando a igualdade, a efetiva justiça se faz pela equidade das partes.

Atendo-se especificamente a criança, contemplada no mencionado inciso, Silva (2011, p. 336) reporta que o olhar analítico reúne o status de sujeito especial de direitos à vulnerabilidade oriunda da tenra idade, seja em caráter informacional, organizacional e econômico, considerando que autonomamente o infante não reúne condições para defesa dos seus direitos. Por conseguinte, firma-se a disposição normativa da atuação da Defensoria Pública especificamente voltada à defesa da criança.

Com a insuficiência de vagas, a negativa de matrícula em creche é formalizada pela via administrativa, sendo o meio alternativo para o cumprimento da obrigação de fazer pelo Poder Público através da justiciabilidade, ou seja, a provocação do Poder Judiciário em busca de uma solução satisfatória a lide constituída. Conforme explicitado anteriormente, tratando-se de parte vulnerável, surge a figura da Defensoria Pública, devidamente legitimada e munida de capacidade postulatória, que possibilitará orientação jurídica, atuação em sede judicial e extrajudicial, ou seja, a efetivação do acesso à justiça em todos os aspectos.

Dados obtidos a partir do Relatório do 3º Ciclo de Monitoramento de Metas do PNE (INEP, 2020, p. 39-40) formalizam o indicativo acerca da disparidade do acesso à educação infantil em creche no país. Ao comparar os números apresentados, em relação a população 20% mais pobre, apenas 26,2% das crianças acessam ao serviço de creches, ao passo que dentro dos 20% mais ricos, esse índice supera 51%, ou seja, a diferença de pontos percentuais excede consideravelmente a meta nacional estabelecida no Plano Nacional de Educação (PNE) para o ano de 2024, que objetiva uma redução dessa desigualdade para 10 pontos percentuais, uma realidade relativamente distante agora.

Portanto, o contexto visualizado no Brasil majora a vulnerabilidade na qual os infantes de 0 (zero) a 3 (três) anos de idade, membros de núcleos familiares com baixa renda, privados do direito à educação, estão situados. Nesse momento, inexistem dúvidas quanto a importância da atuação da Defensoria Pública para fins de acesso à justiça na efetivação do direito em comento.

É o que afirma Silva (2013, p. 19-26).

O acesso à Justiça qualificado, autônomo e independente, proporcionado pela Defensoria Pública tem causado forte impacto na persecução dos demais direitos mínimos a serem cobrados do Estado. [...] Um Estado Democrático de Direito que pretenda dar efetividade ao direito humano de acesso à Justiça deve preocupar-se em organizar uma Defensoria Pública para que haja informação e capacidade de ação da população vulnerável, quanto a seus direitos individuais ou coletivos violados. [...] Afinal, não se perfaz legítima a concepção de uma sociedade na qual somente os ricos e abastados tenham capacidade de pleitearem a proteção de seus direitos, relegando aos mais pobres a aceitação pelas mais duras privações de acesso aos direitos.

Ao pensar na instituição, a Lei Orgânica da Defensoria Pública (Brasil, 1994), em seu artigo 4º, em seu primeiro inciso, inicia-se declarando que compete a Defensoria Pública orientar juridicamente os necessitados. A partir disto pode-se esquematizar que o primeiro passo para a efetivação de um direito é o conhecimento dele pela parte detentora. Doutro modo, o desconhecimento de um direito e da estrutura disponível a fim de concretizá-lo, afasta cada vez mais o indivíduo da garantia pretendida.

Portanto, iniciar a enumeração das competências da instituição pela orientação jurídica, é garantir ao indivíduo primariamente o conhecimento dos direitos dele, bem como preventivamente firma-se como uma instituição aberta para o compartilhamento desse conhecimento, fazer-se acessível ao público necessitado e alvo da atuação da instituição.

Adiante, estabelecido o conhecimento, o mencionado inciso prossegue para a atuação da instituição na defesa dos necessitados, em todos os graus. Para isso, a Defensoria Pública se estabelece como promotora e instrumento na democratização dos direitos inerentes ao indivíduo e a coletividade, ou seja, na efetivação do acesso à justiça. Assim, retoma-se o pensamento de Martins (2020, p. 14-17), recaindo sobre a figura da Defensoria Pública os mesmos atributos inerentes a atuação meio e fim do advogado particular em relação àqueles a quem assiste.

Assim, sintetizou Santos (2016, p. 34-38).

Portanto, a Defensoria Pública, é mais do que um órgão prestador do serviço jurídico, é acima de tudo indispensável, e garantidor da igualdade substancial, um dos maiores princípio ordenamento constitucional. [...] Por fim, e notável a importância da Defensoria Pública para a consolidação do acesso à Justiça no Brasil. Se considerarmos que este acesso não se limita à possibilidade de ajuizar demandas ao Poder Judiciário, mas engloba também o conhecimento dos direitos, a maneira de exercê-los e a disponibilização de formas alternativas de resolução de litígios, percebe-se a necessidade de estruturar um órgão público com a competência e capacidade para atuar neste terreno.

Em convergência ao direito, a evolução histórica da Defensoria Pública se deu de modo a acompanhar os anseios e necessidades da sociedade a quem presta seus serviços. Ante a proporção da violação ao direito à educação infantil em creche, para além da atuação institucional na promoção de ações individuais em defesa dos direitos infantojuvenis, a partir da análise jurisprudencial, Tassigny, Maia e Sílvio (2017), ao longo de todo o mencionado trabalho, pontuaram acerca do

desenvolvimento da jurisprudência pátria de modo a reconhecer a instituição da Defensoria Pública como legitimada para a propositura de ações coletivas, como por exemplo, Ação Civil Pública, bem como pacificou o entendimento sobre a pertinência da instituição na promoção de demandas relativas à educação.

Ao ampliar as atribuições e âmbitos de atuação da Defensoria Pública, consolidando-os através da normativa, amplia-se também a promoção do acesso à justiça pela instituição e o reflexo positivo da atuação dela perante a sociedade. Assim, tem-se que atuação da Defensoria Pública, nos moldes do acesso à justiça, se inicia em momento anterior a propositura de eventual ação judicial, se perpetuando inclusive após a prolação de uma sentença terminativa, em síntese, “[...] otimiza o potencial emancipatório e transformador do direito” (Nações Unidas, 2015, p. 3).

3.1 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA EM LONDRINA (PR)

No estado do Paraná, a Lei Complementar nº 55/1991 instituiu a Defensoria Pública Estadual (Paraná, 1991), todavia, somente no ano de 2011, quase 10 anos depois, houve a criação da lei orgânica da instituição, por meio da Lei Complementar nº 136/2011 (Paraná, 2011). Insta salientar que o primeiro concurso para o ingresso na carreira de defensor público do estado se deu no ano de 2012, com a nomeação dos aprovados em meados de 2013 e, especificamente na cidade de Londrina, o efetivo início da atuação, atendimento ao público e estabelecimento de uma sede, apenas no início do ano de 2014¹.

A fim de otimizar a prestação de serviços e acesso da população à Defensoria Pública, a Emenda Constitucional nº 80/2014 estabeleceu como objetivo, no prazo de 08 anos, a designação de defensores agentes para todas as unidades jurisdicionais do país (Brasil, 2014). Infelizmente, a realidade observada é muito aquém dos objetivos e metas estabelecidos, sendo que, atualmente, no Paraná, o número de defensores em atuação equivale a menos de 10% da quantidade necessária, ao passo que apenas 17 comarcas contam com a presença e dispõe dos serviços prestados pela instituição. Compreende-se desta forma que todo potencial e expectativas retratadas na atuação da Defensoria Pública no texto normativo se encontram ameaçadas pela insuficiência de recursos disponibilizados e investidos em prol da instituição.

Na cidade de Londrina, a princípio, foram designadas duas defensoras, sendo que, apenas no mês de maio do ano de 2016, houve a nomeação de outros 04 defensores para integrarem o quadro pessoal na sede no município. Com a chegada de novos membros, pode-se implementar a especialização no atendimento à área infantojuvenil cível, a qual foi direcionado como responsável o Defensor Gabriel Fiel Lutz, que, desde o mês de abril do ano de 2018, não faz mais parte do quadro funcional.

Nos primeiros 05 meses de atuação do mencionado defensor, ele manejou em torno de 300

¹ A maior parte dos dados apresentados neste subtítulo foram colacionados através do sítio eletrônico da Defensoria Pública do Paraná e, a fim de evitar excessivas repetições de referenciamento, indica-se aqui tal domínio, de modo que as informações oriundas de outras fontes permanecerão referenciadas explicitamente conforme o estilo adotado ao longo do presente trabalho. Ver: <http://www.defensoriaburgos.pr.def.br/>.

pedidos de vaga em creche perante o Poder Judiciário, bem como iniciou o diálogo com o Poder Público, extrajudicialmente, em busca por uma solução estrutural ao problema de disponibilidade de vagas em creche no município, que, à época, tinha um déficit de mais de 4 mil vagas.

A partir desta iniciativa, no início do ano de 2017, a Defensoria Pública, conjuntamente ao Ministério Público, encaminhou a Resolução Conjunta nº 01/2017 à Secretaria Municipal de Educação de Londrina, documento com uma série de medidas a serem implementadas com fito de reduzir os impactos negativos advindos da ausência de vagas em estabelecimento de ensino para o atendimento do público de 0 a 3 anos de idade no município (Brasil, 2017).

Dentre as recomendações, indicou-se a imediata instalação de uma central única de vagas em creche, a apresentação do número de crianças efetivamente matriculadas em período integral e parcial, em creches municipais e filantrópicas, bem como a quantidade de crianças em fila de espera. Solicitou-se também a elaboração de critérios objetivos de análise de vulnerabilidade social, com a participação e apresentação à rede de proteção da infância no município, possibilitando um debate democrático acerca das medidas que administração pública adotará enquanto não houver vagas suficientes em período integral para atender a todas as crianças.

Assim, conforme noticiado pelo Núcleo de Comunicação da Prefeitura Municipal, em 22 de fevereiro de 2017, entrou em funcionamento a Central Única de Vagas na Educação Infantil, através da qual a Secretaria Municipal de Educação passou a realizar o gerenciamento de todas as vagas em creche existentes no município e da lista de espera para matrícula. A formalização do órgão veio em 2020, com a sanção da Lei municipal nº 13.113/2020 (Londrina, 2020).

Em termos de resultado destas medidas de recomendação, dados do Núcleo de Comunicação da Prefeitura Municipal disponibilizaram que, desde a implementação da Central Única de Vagas, houve um salto na quantidade de infantes de 0 (zero) a 03 (três) anos de idade matriculados em creche, com uma queda significativa de crianças aguardando em fila de espera.

No ano de 2017, foi contabilizado o número de 11 mil crianças aguardando uma vaga em creche, indicativo distorcido da realidade em razão de erros de cadastro, duplicidade de nomes e problemas de comunicação entre os sistemas. Com a correção da base de dados, otimização dos encaminhamentos e a implementação de políticas públicas para aumentar a oferta de vagas, a fila foi para aproximadamente 3.500 crianças no ano de 2019 e em torno de 1.600 infantes no ano de 2020.

Dentre as políticas públicas em evidência, verifica-se a expansão do número de vagas por meio de parceiras público-privadas junto às organizações da sociedade civil, bem como a ampliação por via direta, com a edificação de novos prédios, o uso consciente dos espaços já existentes, a padronização do horário de funcionamento das unidades de ensino e a melhoria da alocação de vagas. De acordo com dados até o ano de 2020, a rede de ensino municipal contava com 90 instituições em atividade, quais sejam 32 Centros Municipais de Educação Infantil (CMEIs) e 58 instituições filantrópicas, prestando atendimento a mais de 7 mil crianças de 0 a 03 anos de idade (IBGE, 2020).

Em outra perspectiva, entre os anos de 2017 e 2020, a porcentagem de crianças de 0

(zero) a 05 (cinco) anos de idade matriculadas na educação infantil no município superou o índice brasileiro, subindo de 35% para 45%, com o objetivo da Secretaria Municipal de Educação alcançar até o ano de 2024 a marca de 50%, em observância a meta estabelecida pelo Plano Nacional de Educação.

Quanto aos critérios para a estruturação da fila de espera da Central Única de Vagas, o artigo 10 da Portaria SME-BAG nº 69 de 17 de setembro de 2020 priorizou o atendimento às crianças em situação de extrema vulnerabilidade social (situação de acolhimento e/ou violência, com membros da família que façam uso de substâncias psicoativas, com pais adolescentes com comprovante de trabalho ou matrícula e frequência escolar e/ou que um dos responsáveis se encontrem privados de liberdade), crianças com necessidades educacionais especiais, nos termos da lei 13.146/2015, crianças com pais que trabalham e crianças acompanhadas pela rede de proteção (Londrina, 2020).

Adiante, conforme a solicitação de informações Protocolo nº 17.449.363-4 à Defensoria Pública do Paraná, em Londrina, com a saída do Defensor Gabriel Fiel Lutz, não se tem informações precisas acerca de quantos atendimentos na área infantojuvenil foram realizados entre o período de maio de 2016 a abril de 2018. Destaca-se que durante o restante do ano de 2018, não houve defensor público designado para a área (Paraná, [2023]).

No início do ano de 2019, a Defensora Ana Carolina Oliveira Lanzillotta de Moraes assumiu a atribuição na área e, até outubro daquele ano, foram propostas 44 ações a fim de garantir vaga em creche aos infantes assistidos pela instituição. No mais, a partir de outubro daquele ano, a Defensora Gabriela Lopes Pinto, por meio de permuta, assumiu as atribuições na área, com mais 7 ações propostas até o mês de dezembro do respectivo ano.

Acerca das ações propostas, elaboradas a partir de um modelo em comum, trata-se de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela, fundamentada sobre todo o arcabouço normativo construído no presente artigo no que se refere ao direito à educação e seus desdobramentos, bem como as disposições a partir do artigo 300 do CPC que positivam os requisitos e efeitos do deferimento da tutela de urgência. Isto pois, a subjetividade do direito à educação preenche o requisito da probabilidade do direito, ao passo que o perigo de dano se materializa na impossibilidade de se aguardar o deslinde da demanda para a efetivação do direito pleiteado.

Em relação ao êxito nas ações, dentre as 51 demandas ajuizadas no ano de 2019, apenas uma, referente a transferência entre creches, foi julgada improcedente, sendo que as demais alcançaram o êxito desejado inclusive com o deferimento das tutelas de urgência pleiteadas, com a concessão de vaga em creche aos infantes assistidos pela instituição e a determinação judicial para o cumprimento da obrigação pelo município de Londrina.

Outra iniciativa merecedora de destaque, é o projeto “Defensoria na Comunidade”, no qual os atendimentos iniciais regularmente oferecidos na sede são realizados, uma vez por mês, nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS) distribuídos no município de Londrina. Nas palavras da coordenadora à época da implementação, a Defensora Renata Tsukada, o projeto teve como objetivo facilitar o acesso aos serviços da instituição, posto que, muitas das vezes, pessoas

que poderiam ser assistidas pela Defensoria Pública encontram dificuldade no deslocamento até a sede.

A defensora também destacou como objetivo do projeto ampliar o acesso à orientação jurídica, bem como promover a defesa dos direitos humanos associado a educação em direitos para a população referenciada nos territórios das unidades do CRAS, ou seja, em situação de hipossuficiência e, conforme amplamente exposto no presente trabalho, com maior potencial de violação dos direitos fundamentais pela omissão do Poder Público.

Assim, reconhecido um obstáculo à efetiva assistência da Defensoria Pública aos necessitados, os defensores em Londrina se mobilizaram de modo a ir de encontro a essa população, superando o óbice imposto pela ausência de condições em se deslocar à sede da instituição. No mais, realizado o atendimento inicial, a continuidade ao atendimento é realizada por meio telefônico ou, se necessário, por intermédio do CRAS, sem dúvidas mais próximo e acessível à residência das pessoas eventualmente assistidas pela instituição.

Constata-se, portanto, que o cenário vislumbrado em Londrina é de uma Defensoria Pública atuante em três frentes, quais sejam: judicial, extrajudicial e educacional. A primeira, com o ajuizamento de demandas a fim de garantir individualmente o acesso à educação infantil em creche aos infantes assistidos pela instituição.

No âmbito extrajudicial, com a busca por soluções estruturais junto a outros entes de defesa aos direitos infantojuvenis, com fito de instar o Poder Público à prestação verdadeiramente eficaz do serviço de educação e com a oferta de vagas suficientes para o atendimento integral do público de 0 (zero) a 03 (três) anos de idade no município. Por fim, a atuação educacional, com fins de propagar o conhecimento acerca dos direitos inerentes ao ser humano de forma geral e específica, explicitando acerca das estruturas de garantias e a forma pela qual se pode buscar sua efetivação, bem como os entes e órgãos disponíveis para tanto.

Assim, vislumbra-se a relevância social e jurídica da instituição, posto que pauta sua atuação com o objetivo primordial de trazer ao seio da justiça indivíduos deixados à margem, possibilitando em primeiro lugar o acesso ao conhecimento, bem como, se necessário, garantindo uma representação de qualidade no âmbito judicial e extrajudicial. Desta feita, conclui-se que, com apenas 07 (sete) anos de plena atividade e embora a insuficiência de membros atuantes, a Defensoria Pública em Londrina se mostra engajada em atuar fielmente à sua função essencial à Justiça, como um instrumento para a promoção do acesso à justiça em sua plenitude ao objetivar a garantia e efetivação do direito à educação infantil em creche.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do trabalho objetivou a compreensão do modo pelo qual a atuação da Defensoria Pública em Londrina em vias de efetivar o direito à educação infantil em creche promove o acesso à justiça a população assistida pela instituição. Assim, estruturou-se o artigo

com a abordagem individual dos temas centrais, quais sejam o direito à educação, o instituto do acesso à justiça e a instituição da Defensoria Pública, sobre o plano da Constituição Federal de 1988, pela qual se retomou o processo de redemocratização dos direitos fundamentais no país.

Ao longo da pesquisa, pôde-se perceber a distância existente entre a previsão normativa e a realidade prática de sua execução. A iniciar pelo princípio da proteção integral da criança que, apesar da previsão legal quanto a primazia absoluta na efetivação dos direitos resguardados aos infantes a partir da gestão de políticas públicas em prol deles, é reiteradamente violado pelo ente detentor desse dever.

Em relação ao direito à educação infantil em creche, percebe-se que tal lesão atinge em maior escala a população mais necessitada, haja vista os números apresentados no Relatório do 3º Ciclo de Monitoramento de Metas do PNE (INEP, 2020, p. 39-40), os quais fundamentam a análise de que a população hipossuficiente é mais suscetível a violação de seus direitos em razão omissão do Estado.

Impedir que uma criança, em seus anos iniciais, usufrua devidamente do direito à educação é privá-la, de igual modo, a diversos outros direitos, como à alimentação, cultura, lazer, dignidade, liberdade e convivência comunitária, ou seja, embaraçar o desenvolvimento do infante na qualidade de indivíduo, como parte de uma sociedade e como cidadão, com implicações negativas ressoantes por toda a vida. Uma aberta violação a um direito fundamental, social e humano.

Doutro vértice, como falar em busca por direitos a uma população que sequer conhece a estrutura de garantias e o modo pelo qual se pode demandá-los, ainda, impensável vislumbrar o acesso à justiça pela via tradicional do Poder Judiciário por meio de um advogado particular e com o pagamento de custas processuais, quando dados do IBGE apontam na população brasileira a existência de mais 14 milhões de pessoas desempregadas e outros 54 milhões de trabalhadores que recebem menos que um salário-mínimo mensal.

Num segundo plano, tratando-se do acesso à justiça, constatou-se a amplitude da extensão desse instituto e a gama de microssistemas que o compõe, indo muito a além da mera provocação do Poder Judiciário a partir da propositura de uma ação. O acesso à justiça, atualmente, é estudado a partir do sistema multiportas, ou seja, para além da via tradicional, considera-se também os meios alternativos de solução de conflitos.

Não obstante, o instituto em questão prescinde ao reconhecimento da dinâmica social e dos limites entre a justiça e a injustiça. Para tanto, cabe ao Poder Público a implementação de políticas públicas distributivas com fito de garantir tal acesso, oportunizando o tratamento dos desiguais de forma desigual em busca da igualdade entre as partes.

A Constituição Federal de 1988, fundamentando a vigência de um Estado Democrático de Direito e a promoção da democratização dos direitos fundamentais, de frente ao problema apresentado, instituiu a Defensoria Pública, um órgão autônomo que guarda em seu âmago o dever de prestar assistência aos necessitados, hipossuficientes e/ ou vulneráveis, condição em que claramente a maior parte dos infantes obstados do acesso à creche, e respectivamente suas famílias, se encontram.

A evolução da legislação e jurisprudência pátria garantiram a instituição, além de suas atribuições originais, a legitimidade para manejar ações coletivas e a competência para litigar acerca de direitos relacionados a educação, ampliando o potencial da Defensoria Pública em garantir o acesso à justiça a seus assistidos e o reflexo positivo da atuação perante a sociedade.

Todavia, o próprio começo da Defensoria Pública no estado do Paraná remonta o descaso do Poder Público em relação a instituição. Inicia-se pelo lapso temporal entre a instituição do órgão e a sanção de sua lei orgânica, com quase 10 (dez) anos de diferença, bem como o fato de que a efetiva implementação e atuação, especificamente no município de Londrina, ocorreu somente 02 (dois) anos depois e com apenas duas defensoras designadas para a prestação de serviços numa cidade com aproximadamente 600 mil habitantes, ou seja, em número imensuravelmente menor ao necessário (Paraná, [2023]).

Apesar das dificuldades enfrentadas pela instituição com o déficit de recursos e quadro pessoal, a atuação da Defensoria Pública em Londrina impacta de forma magnifica o acesso à justiça ao passo que trabalha arduamente na garantia do direito à educação infantil em creche. Primeiramente, a Defensoria Pública tem lutado a fim de se fazer acessível e conhecida por seu público-alvo, garantido num primeiro momento o acesso à informação. Ao continuar seu trabalho, a instituição, com fito de obter uma solução imediata, insta a atuação do Poder Judiciário a partir da propositura de ações individuais, as quais, no ano de 2019, alcançaram quase 100% de êxito.

Concomitantemente, a Defensoria Pública se faz uma figura ativa junto aos demais órgãos e entes de proteção à criança, objetivando uma reforma estrutural no município de Londrina a fim de obter do Poder Público oferta integral e suficiente para alocação da população municipal de 0 (zero) a 03 (três) anos de idade nos ambientes de creches. Movimento que traz esperança para uma população carente que se encontra constantemente empurrada às margens da sociedade.

Retomando o pensamento acerca das ondas de transformação do acesso à justiça, assim como em relação a democratização do instituto, vislumbra-se a defesa de um acesso à justiça em sua plenitude pela Defensoria Pública em Londrina, através de todas as frentes pela qual busca a efetivação do direito à educação infantil em creche.

Em síntese, nota-se que o trabalho da instituição se dá tanto na área judicial, com o manejo de ações individuais, em número diminuto se comparado a totalidade do déficit municipal, uma via paliativa em relação ao problema central, qual seja o descumprimento do dever inerente ao Poder Público, quanto na área extrajudicial que, representada pelos defensores atuantes, se mostra dedicada à busca por soluções estruturais ao problema em comento, de modo a não só garantir vagas as crianças atendidas pelo órgão, mas a coletividade de infantes, a fim de que acessem regularmente o serviço público de educação, um direito fundamental, social e humano.

Por todo o exposto, conforme amplamente discorrido ao longo do desse artigo, ao garantir a efetivação do direito à educação infantil em creche, a Defensoria Pública em Londrina age de modo a observar, promover e fortalecer o pleno e eficaz acesso à justiça pela população a quem presta assistência, na grandiosa extensão e profundida do instituto, atuando como uma instituição essencial à Justiça e a democratização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BASÍLIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação**: um direito essencial ao exercício da cidadania: sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da constituição federal brasileira de 1988. 2009. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. DOI: <https://doi.org/10.11606/D.2.2009.tde-02122009-152046>

BRASIL. **Ação Civil Pública n. 0005031-06.2021.8.16.0014**. Trata-se de ação civil pública com pedido de tutela de urgência de natureza antecipada, proposta pelo ministério público do estado do paraná, por suas representantes, em suas atribuições legais, em face do município de Londrina [...]. Brasília, DF: Poder Judiciário do Estado do Paraná, 2021. Disponível em: https://site.mppr.mp.br/sites/hotsites/arquivos_restritos/files/migrados/File/mpeduc/LIMINAR_retorno_as_aulas_2.pdf. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional n. 80, de 4 de junho de 2014**. Altera o capítulo IV - das funções essenciais à justiça, do título IV - da organização dos poderes, e acrescenta artigo ao ato das disposições constitucionais transitórias da constituição federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/emendas/emc/emc_80.htm. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. **Lei complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994**. Organiza a defensoria pública da união, do distrito federal e dos territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos estados, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (estatuto da criança e do adolescente), o decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (código de processo penal), a consolidação das leis do trabalho (CLT), aprovada pelo decreto-lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943, a lei n. 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a lei n. 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF: Presidência da República, 2016a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Ministério de Justiça e Segurança Pública. **Resolução conjunta n. 1, de 9 de agosto de 2017**. Estabelece procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção para criança e adolescente desacompanhados ou separados, e dá outras providências. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/refugio/anexos/resolucao-conjunta-n-1-do-conare-1.pdf>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Participação popular: a falta de creches no Brasil. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, ago. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/tv/565788-participacao-popular-a-falta-de-creches-no-brasil/>. Acesso em: 5 out. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Psicólogo ressalta importância das creches no desenvolvimento das crianças. **Agência Senado**, Brasília, DF, 20 nov. 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/11/20/psicologo-ressalta-importancia-das-creches-nodesenvolvimento-das-criancas>. Acesso em: 5 out. 2020.

CAGGIANO, Monica Herman S. A educação: direito fundamental, direito à educação: aspectos constitucionais. São Paulo: Edusp, 2009.

CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. Direito fundamental à educação, exclusão social e cidadania. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 59, p. 29-54, jul./set. 2014. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/77265>. Acesso em: 3 mar. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justica**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CERQUEIRA, Dilvia Nascimento Cardoso dos Santos. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). **Democratizando o acesso à justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 83-88.

COSTA, Sandra Mara. **Primeiríssima infância**: creche: necessidades e interesses de famílias e crianças. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2017. Disponível em: <https://ncpi.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Primeir%C3%ADssima-Inf%C3%A7%C3%A3o-Creche.pdf>. Acesso em: 3. Mar. 2021.

DEFENSORIA pública é a instituição mais importante do país, diz pesquisa. **Isto é**, São Paulo, 15 set. 2017. Disponível em: <https://istoe.com.br/defensoria-publica-e-a-instituicao-mais-importante-do-pais-diz-pesquisa/>. Acesso em: 3 out. 2020.

GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques da; ASPERTI, Maria Cecília Araujo. Acesso à justiça no Brasil: reflexões sobre escolhas políticas e a necessidade de construção de uma nova agenda de pesquisa. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Niterói, v. 6, n. 3, p. 152-181, set./dez. 2019. DOI: <https://doi.org/10.21910/rbsd.v5n3.2019.312>

GUERRERO, Luis Fernando. **Efetividade das estipulações voltadas à instituição dos meios multiportas de solução de litígios**. 2012. 256 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2012.tde-09042013-150524>

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua: rendimento de todas as fontes 2018. Rio de Janeiro: IBGE,

2018. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101673_informativo.pdf. Acesso em: 17 fev. 2021.

INEP - INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Relatório do 3. ciclo de monitoramento das metas do plano nacional de educação – 2020.** Brasília, DF: INEP, 2020. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/6975827. Acesso em: 5 mar. 2021.

LONDRINA. Lei municipal n. 13.113, de 16 de julho de 2020. Cria a central única de vagas para creches em Londrina, com sede e foro neste município. Londrina: Prefeitura do Município de Londrina, 2020. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/l/londrina/lei-ordinaria/2020/1312/13113/lei-ordinaria-n-13113-2020-cria-a-central-unica-de-vagas-para-creches-em-londrina-com-sede-e-foro-neste-municipio>. Acesso em: 9 mar. 2021.

LONDRINA. Portaria SME-GAB n. 69, de 17 de setembro de 2020. Dispõe sobre os critérios da central única de vagas, para agendamento de entrevista, classificação de crianças em lista de espera para vaga em creche, e transferência de matrícula entre unidades escolares. Londrina: Prefeitura do Município de Londrina, 2020. Disponível em: <https://repositorio.londrina.pr.gov.br/index.php/menu-educacao/central-vagas/35455-portaria-69-central-vagas/file>. Acesso em: 5 out. 2020.

MARTINS, Humberto Eustáquio Soares. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). **Democratizando o acesso à justiça.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 13-17.

NAÇÕES UNIDAS. Recomendação geral n. 33 sobre o acesso das mulheres à justiça. Tradução de Valéria Pandjarjian. [Genebra]: CEDAW, 2015.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e novo código de processo civil. **Revista de Processo**, Criciúma, v. 41, n. 252, p. 15-38, fev. 2016. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/40578>. Acesso em: 5 nov. 2021.

OLIVEIRA, Deizimar Mendonça. O acesso à justiça: uma perspectiva plural. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). **Democratizando o acesso à justiça.** Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 47-53.

PARANÁ. Defensoria Pública. **[Home]**. Curitiba: DPE, [2023]. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.pr.def.br/>. Acesso em: 3 jan. 2021.

PARANÁ. **Lei complementar n. 136, de 2011.** Estabelece a lei orgânica da defensoria pública do estado do Paraná. Curitiba: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 2011. Disponível em: http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=3428&tplei=0&tipo=L. Acesso em: 12 mar. 2021.

PARANÁ. **Lei complementar n. 55, de 4 de fevereiro de 1991.** Institui a defensória pública no estado do Paraná. Curitiba: Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, 1991. Disponível em: http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=30045&tplei=0&tipo=L. Acesso em: 12 mar. 2021.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. Democratizando o acesso à justiça. In: PESSOA, Flávia

Moreira Guimarães (org.). **Democratizando o acesso à justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 19-22.

SANTOS, Uevertton Ferreira. A efetividade do acesso à justiça como garantia constitucional aos hipossuficientes. 2016. 55 f. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2016.

SAWCZUK, Ulisses. Central de vagas contribui para ampliar o acesso à educação. **Blog Londrina**, Londrina, 12 set. 2020. Disponível em: <https://blog.londrina.pr.gov.br/?p=82576>. Acesso em: 9 mar. 2021.

SILVA, Fernanda Tartuce. Vulnerabilidade como critério legítimo de desequiparação no processo civil. 2011. 384 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.2.2011.tde-16082012-143743>

SILVA, Michelle Valéria Macedo. Direitos humanos. acesso à justiça. defensoria pública. pobreza. exclusão social. **Revista Defensoria Pública da União**, Brasília, DF, n. 6, p. 78-107, dez. 2013.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Método, 2003.

TASSIGNY, Mônica Mota; MAIA, Maurilio Casas; SÍLVIO, Solange Almeida Holanda. O direito à educação e a defensoria pública: legitimidade coletiva, educação em direitos e educação jurídica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 984, out. 2017. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/25436>. Acesso em: 5 out. 2020.

YULE, Déa Marisa Brandão. Nova onda de acesso à justiça: acessibilidade da pessoa com deficiência, audiência telepresencial, quebra de barreiras, pandemia. In: PESSOA, Flávia Moreira Guimarães (org.). **Democratizando o acesso à justiça**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. p. 41-45.

Recebido em: 03/08/2021

Aceito em: 01/12/2022

CONFLITO DE AGÊNCIA E GOVERNANÇA CORPORATIVA: AS LIÇÕES DO CASO PARMALAT

AGENCY CONFLICT AND CORPORATE GOVERNANCE: THE LESSONS OF THE

Emerson Ademir Borges de Oliveira*
Marcos Vinícius de Jesus Miotto**
Suélén Cristina Covo***

Como citar: OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; MIOTTO, Marcos Vinícius de Jesus. Conflito de agência e governança corporativa: as lições do caso Parmalat. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 119, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.44679>

*Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. E-mail: emerson@unimar.br

**Mestrando em Direito pela Universidade de Marília. Bolsista CAPES. E-mail: marcosmiotto@hotmail.com

***Doutoranda e Mestre pela Universidade de Marília. Bolsista CAPES. Advogada. E-mail: suellencovo@hotmail.com

Resumo: O presente artigo pretende analisar o escândalo financeiro da Parmalat, tendo como escopo a investigação sobre o uso de documentação contábil falsa. Para tanto, o método de abordagem seguido foi o indutivo, com a utilização de pesquisa bibliográfica. Nesta perspectiva, inicialmente foram abordados o uso da documentação contábil falsa e seus impactos no desenvolvimento econômico e na credibilidade das empresas. Posteriormente, a pesquisa se debruçou no estudo do caso Parmalat e do escândalo financeiro ocorrido com a corporação em 2003, a partir do uso de documentação contábil falsa. Por derradeiro, investigou-se as questões relativas ao conflito de agência e as contribuições da governança corporativa para o combate às fraudes contábeis. Como conclusão, apontou-se a não adoção de um sistema de governança corporativa pela Parmalat, diante do conflito de agência caracterizado e notória monopolização da autoridade entre o conselho administrativo e a presidência executiva.

Palavras-chave: caso parmalat; conflito de agência; documentação contábil falsa; escândalo financeiro; governança corporativa.

Abstract: This article aims to analyze the Parmalat financial scandal, focusing specifically on the use of fraudulent accounting documents. The research method employed was inductive, supported by a literature review. Initially, the study explores the use of fraudulent accounting documents and their impact on

economic development and corporate credibility. Subsequently, this research delves into the Parmalat case and the financial scandal that engulfed the corporation in 2003, which was largely due to the use of fraudulent accounting documents. Lastly, the study investigates issues related to agency conflict and the role of corporate governance in preventing accounting fraud. The conclusion highlights Parmalat's failure to adopt a corporate governance system, given the evident agency conflict and the clear concentration of authority between the board of directors and the executive presidency.

Keywords: *parmalat case; agency conflict; false accounting documentation; financial scandal; corporate governance.*

INTRODUÇÃO

Em decorrência da divulgação, pela mídia nacional e internacional, de diversos escândalos financeiros ocorridos pelo mundo, os debates em torno do conflito de agência e políticas de governança corporativa vêm se intensificando cada vez mais desde o final do século XX e início do século XXI.

A título exemplificativo, um dos citados escândalos que ganhou bastante repercussão à época de sua divulgação foi o caso Parmalat, que colocou em xeque a credibilidade de uma das então maiores empresas de laticínios do mundo, em decorrência da descoberta do uso de documentação contábil falsa para camuflar a saúde financeira do grupo.

É nesse contexto que surge a problemática ora abordada, consistente na verificação das implicações do conflito de agência nas corporações e contribuição das práticas de governança corporativa para a prevenção e descoberta de fraudes corporativas, a partir da análise das lições do caso Parmalat.

A relevância e justificativa para a abordagem realizada se relacionam às crescentes discussões envolvendo a temática, principalmente relativas à governança, boas práticas empresariais, contabilidade criativa e fraudes, a partir do uso de documentação contábil falsa. Pretende-se, com isso, contribuir com a doutrina e fomentar discussões envolvendo o assunto.

Não obstante, é importante estudar a fundo o caso supramencionado, a fim de extrair as principais lições envolvendo a gestão corporativa e os impactos decorrentes da monopolização de autoridade, principalmente entre o conselho administrativo e a presidência executiva, tal como se deu com a Parmalat.

Assim, esse artigo possui como objetivo geral a investigação do escândalo financeiro envolvendo a Parmalat, no final do ano de 2003, com o uso de documentação contábil falsa e conflito de agência, e de que forma um sistema de governança corporativa pode contribuir para evitar fraudes tal como a ocorrida com a empresa.

Como objetivos específicos, procura-se compreender o significado e as implicações das fraudes corporativas, o conceito de fraudes e de contabilidade criativa, bem como sua relação com o uso de documentação falsa e como mecanismo para camuflar a saúde econômico-financeira de uma corporação. Também, a pesquisa pretende analisar o caso Parmalat, o conflito de agência e os principais aspectos envolvendo a governança corporativa.

Com isso, esse trabalho é fracionado em tópicos basilares. Com o propósito de proporcionar uma base teórica para a elucidação do problema proposto, no primeiro tópico é abordada a definição de fraudes corporativas e suas implicações, bem como a definição de contabilidade criativa, fraude contábil e falsificação documental.

Por sua vez, no segundo tópico, o estudo se debruça na análise da dinâmica fática envolvendo o caso Parmalat, com breve retrospecto histórico da empresa desde sua fundação, até seu crescimento e, posteriormente, a descoberta da fraude envolvendo o uso de documentos contábeis falsos.

Por fim, no terceiro e último tópico, discorre-se sobre a caracterização do conflito de agência no caso Parmalat e as vantagens da adoção da governança corporativa na prevenção de escândalos financeiros.

Para tanto, a fim de concretizar os objetivos propostos neste artigo, foram realizadas pesquisas e revisão bibliográfica, com a utilização do método indutivo, pois o estudo partiu da análise de um caso específico para se chegar em premissas gerais acerca das vantagens das boas práticas de governança.

1 FRAUDES CONTÁBEIS E USO DE DOCUMENTAÇÃO FALSA

As discussões sobre conflito de agência e governança corporativa se intensificaram após a descoberta de escândalos financeiros envolvendo grandes corporações no cenário mundial, dentre os quais se destaca o caso Parmalat.

Dessa maneira, a compreensão da dinâmica fática exige, antes, o conhecimento das implicações advindas do que se denomina por contabilidade criativa, fraude contábil e o uso de documentação contábil falsa, o que constitui o objetivo do presente tópico.

1.1 FRAUDES CORPORATIVAS E SUAS IMPLICAÇÕES

Inicialmente, é necessária a definição do termo fraude, a fim de situar o objeto do presente estudo e contextualizar o caso Parmalat a partir da pesquisa do uso de documentação contábil falsa. Nesse sentido, de forma simplificada, Timi e Heimoski (2020, p. 121) conceituam a fraude como “um ato cometido no intuito de levar vantagem, lesar ou enganar alguém”.

Desde os primórdios da economia é possível detectar atos fraudulentos, uma vez que a partir do momento em que a sociedade passou a adotar um sistema de trocas de mercadorias, ampliou-se as possibilidades de trapaças por pessoas mal-intencionadas e com o objetivo de enganar terceiros para obtenção de vantagens (Colombo, 2017, p. 415).

São precisas as lições de Rocha Júnior e Gizzi (2018, p. 22), para os quais uma fraude corporativa é caracterizada nas situações em que um agente, diante de uma situação ilícita favorável, no âmbito empresarial, aproveita-se para planejar e executar manobras a fim de conseguir vantagens econômicas, direta ou indiretamente, e, em seguida, oculta ou mascara o ato realizado e seus efeitos.

É possível se inferir que a ocorrência de fraudes nas corporações constitui um dos grandes problemas para os investidores, para a dinâmica da empresa e para a manutenção de sua atividade econômica, implicando, inclusive, na caracterização de crime e afetando, diretamente, o resultado dos lucros da companhia.

Especificamente em relação ao âmbito interno da empresa, Rocha Júnior e Gizzi (2018, p. 22) lecionam que as principais consequências negativas da fraude corporativa são o abalo na

relação de confiança com os clientes, acionistas e investidores, bem como da credibilidade da corporação perante o mercado e, em alguns casos, até mesmo sua extinção.

É por isso que Oliveira, Silva e Ortega (2019, p. 103) defendem que a importância da Ciência Contábil se traduz na necessidade de estudos para a obtenção de relatórios transparentes e dotados de confiabilidade, a fim de combater atos lesivos ao patrimônio e retratar, de fato, a situação econômico-financeira de uma corporação.

Na fraude, verifica-se um dolo, isto é, uma predisposição do agente em causar um dano a determinada pessoa física ou jurídica, de forma voluntária e não justificada pela falha humana, provocando, ainda, consequências diretas na sociedade, notadamente diante do cenário no qual os mercados financeiros se inter-relacionam diante da globalização econômica (Oliveira; Silva; Ortega, 2019, p. 105).

Nessa perspectiva, a fraude pode ser diferenciada do simples erro contábil, caracterizado nas situações em que o agente não possui a intenção de prejudicar pessoas ou corporações. Nesses casos, ainda que os impactos na sociedade sejam verificados, a falibilidade humana justifica a não tipificação da conduta como um crime.

Sob esse prisma, Timi e Heimoski (2020, p. 121) enfatizam que o erro ocorre nos casos em que o agente, acreditando agir de forma correta, comete um equívoco. Em relação ao erro contábil, os autores ainda destacam que se trata de uma incorreção dos registros e demonstrações contábeis, mas proveniente de uma ação não intencional.

Por sua vez, de acordo com o Conselho Federal de Contabilidade, o “termo fraude aplica-se a ato intencional de omissão e/ou manipulação de transações e operações, adulteração de documentos, registros, relatórios, informações e demonstrações contábeis, tanto em termos físicos quanto monetários” (Brasil, 2011a).

O desenvolvimento econômico dos países e a credibilidade das corporações são diretamente prejudicados por escândalos financeiros, o que justifica maiores estudos e pesquisas para a prevenção de condutas fraudulentas e, especificamente, para coibir o uso de documentação contábil falsa pelas corporações, com o nítido propósito de mascarar, por exemplo, sua situação de endividamento e atrair investidores e financiamentos.

Discorrendo acerca dos impactos advindos de fraudes e dos escândalos financeiros corporativos, Colombo (2017, p. 418) desta que:

As ações de cunho fraudulento geram efeitos adversos sobre a confiança dos agentes, e por isso têm efeitos sobre o mercado como um todo. Quando ocorre um escândalo de fraude contábil, os agentes tornam-se mais reticentes em investir não apenas naquela empresa, mas também em outras entidades dentro daquele país – seja porque a fraude gera desconfiança sobre os serviços das empresas de auditoria independente, seja porque o episódio fraudulento pode acarretar em prejuízos também para outras empresas (contágio).

Por essa razão, Oliveira, Silva e Ortega (2019, p. 108) defendem que tanto a iniciativa pública

quanto a iniciativa privada devem investir em ferramentas de prevenção, por meio, por exemplo, da coleta e análise de dados e de informações para a constatação de eventuais inconsistências na documentação contábil que possam desencadear, posteriormente, em uma fraude.

Contextualizando historicamente, Borgerth (2005, p. 32-33) explica que foi apenas a partir da década de 1990 que o mercado voltou maior atenção para a validade e a veracidade das informações contábeis das corporações, quando a empresa Arthur Andersen, uma das maiores empresas de auditoria e consultoria da época, envolveu-se em um escândalo com a Enron, que se encontrava em falência.

Nesse cenário, Oliveira, Silva e Ortega (2019, p. 111) explicam que foram aprovados dois estatutos nos Estados Unidos para o tratamento dos casos relativos às fraudes: o *The United States Code* (USC), preocupado com o embasamento civil e criminal, e o *The Sarbanes-Oxley Act* (SOX), voltado para a promoção de transparência dos relatórios fiscais e confiança das informações fornecidas.

Em termos gerais, a Lei *Sarbanes-Oxley* tem como principal propósito conferir maior grau de confiabilidade nas informações fornecidas pelas empresas, consolidando maior eficiência para o mercado na medida em que visa a prevenção contra condutas antiéticas e que não se coadunem com boas práticas de governança.

Essa também é a visão de Borgerth (2005, p. 56) para quem a missão da Lei *Sarbanes-Oxley* “é supervisionar o trabalho de auditoria das companhias abertas de forma a proteger os interesses dos investidores promover o interesse público na preparação de relatórios de auditoria que sejam informativos, precisos e independentes”.

Para tanto, os principais instrumentos adotados pela citada norma é a criação de um conselho não governamental, intitulado de *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB), a fim de inspecionar as empresas de auditoria e conferir confiança nos relatórios emitidos, estruturar a gestão e o controle interno, prevenir e detectar fraudes e, caso verificadas, impor as devidas sanções (Silva; Robles Junior, 2008, p. 113).

Oliveira, Silva e Ortega (2019, p. 112-113), em estudo preciso sobre a normatização, apontam que, no Brasil, foi editada a Lei nº 12.846/2013 (Brasil, 2013a), conhecida como Lei Anticorrupção, que guarda algumas similitudes com a SOX, em que pese ter mais aproximações com a lei norte americana *Foreign Corrupt Practices Act*, que é específica em relação a aplicação de sanções para pessoas físicas ou jurídicas envolvidas com corrupção.

De uma forma ou de outra, é incontroverso que a principal finalidade dessas normatizações é o estabelecimento de uma sólida base de confiabilidade nos relatórios contábeis e transparência na atuação da auditoria no âmbito corporativo, proporcionando, principalmente ao mercado de títulos e valores mobiliários, informações precisas e fidedignas das operações.

Isso se deve, principalmente, em razão de artifícios utilizados por corporações e que resultaram nos grandes escândalos financeiros, dentre os quais se destaca a contabilidade criativa e o uso de documentação contábil falsa, mascarando esquemas de corrupção e situação de endividamento. Apropriada, portanto, a análise desse mecanismo e suas implicações para o

mercado, o que constitui o objetivo do próximo subtópico.

1.2 CONTABILIDADE CRIATIVA E DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL FALSA

A contabilidade criativa é um dos temas que ganhou bastante relevância com a divulgação de escândalos financeiros em grandes corporações, ocorridos nos mais variados pontos do globo terrestre, e suas implicações multinacionais. É imprescindível, portanto, situar o instituto, analisando suas semelhanças e diferenças em relação às fraudes corporativas.

Importado da linguagem contábil, a expressão é utilizada para se referir ao fenômeno, muito observado na atualidade, decorrente, sobretudo, da flexibilização de determinadas normas com o intuito de manipular a informação contábil e, com isso, a saúde financeira de uma empresa.

Os documentos financeiros e contábeis, como bem pontuados por Colombo (2017, p. 416), são essenciais para a retratação fidedigna da situação empresarial em relação à gestão e administração de seu patrimônio e ativos. Todavia, não são raras as situações em que referidas informações são divulgadas no mercado com falseabilidade, isto é, não ilustrando a verdadeira posição da corporação, mas uma visão distorcida para a atração de investimentos.

A contabilidade criativa pode ser definida como “uma maquiagem da realidade patrimonial de uma entidade, decorrente da manipulação dos dados contábeis de forma intencional, para se apresentar a imagem desejada pelos gestores da informação contábil” (Kraemer, 2005).

Apesar de alguns autores tratarem as expressões contabilidade criativa e fraude documental como sinônimas, existe uma barreira, ainda que tênue, entre ambas. Nesse sentido, Santos e Grateron (2003, p. 8) explicam que a contabilidade criativa tem sido usada para fazer referência ao artifício com o qual o agente manipula os valores das informações baseado em oportunidade e conveniência.

Com isso, denota-se que a contabilidade criativa pode se relacionar com a falsificação ou o uso de documentação contábil falsa, já que tem o propósito de mascarar informações financeiras relevantes e divulgar uma imagem distorcida para a atração, por exemplo, de investimentos.

Em aprofundada pesquisa sobre o tema, Malheiros (2016, p. 72) disserta que a contabilidade criativa pode ser compreendida como uma espécie de embelezamento dos balanços, já que essa manipulação ocorre com vistas à atração dos investidores, influência no preço das ações e/ou distribuição de lucros.

Em termos gerais, pode-se considerar que a contabilidade criativa consiste na modificação dos resultados das demonstrações contábeis a partir de um conhecimento técnico específico que permite o aproveitamento de flexibilizações ou brechas existentes nas próprias normas contábeis. Trata-se, portanto, de uma espécie de fraude, ocorrida, principalmente, em âmbito corporativo.

Nesse aspecto, Malheiros (2016, p. 73) considera que a contabilidade criativa pode se situar diante da inexatidão de parâmetros normativos que possibilitem a flexibilidade de interpretação e aplicação pautada na conveniência do agente ou diante da não existência de qualquer preceito legal, permitindo a adoção de posturas antiéticas e propósito econômico.

Com efeito, a partir da contabilidade criativa, altera-se um resultado existente na demonstração para que o balanço apresentado aos investidores seja atrativo, aumentando-se, por exemplo, o valor das ações. Em outros dizeres, trata-se de uma situação ilícita criada com o objetivo de modificar a situação fática e apresentar uma condição mais vantajosa.

Diante do exposto, é possível depreender que as fraudes ocorrem a partir de uma situação ilícita favorável e que permite a execução de manobras para a obtenção de vantagens econômicas. Assim, como o resultado na contabilidade deve, necessariamente, ser fidedigno, sua alteração se caracteriza como uma espécie de fraude.

Outro exemplo típico de fraude que pode ocorrer em âmbito corporativo diz respeito ao uso de documentação contábil falsa, que constitui, inclusive, crime tipificado pelo sistema penal brasileiro e que permite uma retratação de situação diversa da qual se verifica na prática.

Historicamente, de acordo com Colombo (2017, p. 416), as fraudes documentais datam do período da Idade Média, por volta do ano 1.100 d. C., quando da difusão das letras de câmbio e outros títulos de crédito, e possuem repercussão ainda na atualidade diante dos diversos escândalos financeiros corporativos noticiados nas últimas décadas.

Com efeito, ambas as situações, contabilidade criativa e uso de documentação contábil falsa, constituem fraudes que devem ser prevenidas e, em caso de detecção, punidas com as devidas sanções, na medida em que afetam diretamente o mercado, principalmente pela influência nos investimentos e financiamentos.

Nessa perspectiva, as fraudes podem envolver “manipulação, falsificação ou alteração de registros ou documentos; apropriação indébita de ativos; supressão ou omissão dos efeitos de transações nos registros; registros de transações sem comprovação; e aplicação indevida de políticas contábeis” (Santos; Grateron, 2003, p. 13).

Além disso, é imperioso considerar que na esfera macroeconômica a contabilidade criativa ou o uso de documentos falsos implicam efeitos nefastos, tal como se deu com os casos contábeis ocorridos nas empresas *Enron* e *Parmalat*, já que sua descoberta é dificultada pelos conhecimentos técnicos específicos de determinados agentes, que atuam manipulando as informações contábeis.

Outrossim, segundo Oliveira e Cintra (2019, p. 5), o que pode ter contribuído com a ocorrência dos principais escândalos financeiros nos continentes americano e europeu é a complexidade da divulgação da documentação contábil, associada ao crescimento exponencial das aquisições e fusões e necessidade de manutenção de uma boa imagem perante o mercado de capitais.

Por essa razão, Borgerth (2005, p. 97-98) defende que a tendência global é conferir à contabilidade maior grau de transparência em suas operações e garantir sua efetiva aplicação a fim de obstaculizar a manipulação de resultados quando, por exemplo, resta caracterizado um conflito de agência, impedindo a prevalência de interesses privados em detrimento dos interesses corporativos.

Portanto, é apropriado analisar detidamente o caso *Parmalat*, a fim de compreender a dinâmica dos fatos e refletir, posteriormente, quais as contribuições que este escândalo financeiro

pôde fornecer para o entendimento do conflito de agência e a importância da governança corporativa nesse cenário.

2 O ESCÂNDALO FINANCEIRO DA PARMALAT

Citado pela doutrina como um dos principais escândalos financeiros ocorridos no mundo e o maior da Europa, o caso Parmalat enseja uma reflexão sobre a contabilidade criativa e o uso de documentação falsa para mascarar a situação de endividamento de uma empresa.

Para tanto, o estudo de caso proposto nesse tópico é uma ferramenta indispensável, pois, permite com a análise de suas premissas específicas, através do método indutivo, o estabelecimento de conclusões gerais acerca do assunto, contribuindo, dessa forma, para a detecção e prevenção de novas situações como a ocorrida com a empresa de laticínios.

2.1 HISTÓRIA E EXPANSÃO DA EMPRESA NA ITÁLIA E NO MUNDO.

Champi Júnior e Barbosa (2004, p. 1) defendem que o início do sucesso da Parmalat se deu por volta do ano de 1961, quando seu fundador Calisto Tanzi assumiu a empresa familiar de conservas, na região de Parma na Itália, e começou a produzir leite pasteurizado e a vende-lo para as regiões vizinhas, o que culminou, posteriormente, na expansão do negócio e lançamento do leite longa vida.

Ramos (2015, p. 64) explica que a obtenção do denominado leite longa vida, que conferiu o sucesso à empresa, consiste em um processo descoberto por suecos e empregado por Calisto Tanzi, no qual o líquido é elevado a uma temperatura média que varia entre 130°C e 150°C, seguido por um resfriamento rápido que resulta em um produto que pode ser guardado sem refrigeração por meses.

Com essa tecnologia, considerando a época em que o desenvolvimento do produto se deu, foi possível solucionar diversos problemas relacionados ao armazenamento do leite, como a possibilidade de compra de estoques, o que garantiu o crescimento da empresa familiar.

Associada à nova tecnologia empregada por seu fundador, os produtos Parmalat passaram a contar também com a embalagem cartonada fornecida pela *Tetrapark* “que combinava camadas de papel, cartão e alumínio, associado ao processo de embalagem asséptico, o contenedor ideal” (Champi Júnior; Barbosa, 2004, p. 1).

Pode-se considerar, dessa forma, que Calisto Tanzi elevou a empresa familiar a nível mundial ao pesquisar e investir no desenvolvimento de leite com tecnologia UHT (*ultra-high temperature*), conferindo ao empreendimento a possibilidade de ampliação do mercado e obtenção de subsídios para a expansão em outras regiões da Itália e, posteriormente, do mundo.

O potencial da empresa permitiu a ampliação do mercado e expansão para regiões mais distantes de Parma, em praticamente toda a extensão territorial italiana, com a compra de novas

fábricas e, com isso, consolidando uma posição de liderança que resultou, também, segundo Ferrarini e Giudici (2006, p. 162) na expansão do negócio para outros gêneros alimentícios.

Outrossim, Ferrarini e Giudici (2006, p. 162) ainda apontam que a Parmalat investiu fortemente seus recursos em apoio aos jogos de inverno europeus, que possuía grande audiência no continente, patrocinando equipes em troca da colocação da marca nos locais de realização das provas.

As diversas aquisições e investimentos em produtos, associado a uma forte publicidade e divulgação da marca, permitiram, posteriormente, que a Parmalat se instalasse em diferentes países, inclusive no Brasil. Nessa perspectiva Ramos (2015, p. 65) destaca que surgiram filiais e empresas intermediárias em locais que possibilitavam maiores brechas fiscais, além de paraísos fiscais, como no caso das Ilhas Cayman, Virgens Britânicas e Holandesas.

2.2 FRAUDE CONTÁBIL E A CRISE DA EMPRESA

O caso Parmalat pode ser descrito como uma sucessão de fatos caracterizadores de uma fraude na qual, por meio de mecanismos financeiros sofisticados, ocorreram desvios de fundos para as contas da família fundadora. Outrossim, Arroyo, Artucha e Arroyo (2004, p. 254) explicam que o escândalo envolveu empresas de fachada e contabilidade falsa que, de forma aparente, estava de acordo com a regulamentação do setor, evitando desta forma quaisquer suspeitas.

Essa sucessão de eventos se deu principalmente, segundo Murcia e Borba (2005, p. 100), com o intuito de a empresa manipular e ocultar os verdadeiros dados e informações da organização, através da falseabilidade documental, provocando danos econômicos e financeiros na medida em que prejudicou a alocação de recursos na economia global.

De acordo com Silva (2016, p. 322), houve abuso do mercado de capitais por décadas, com desvio de dinheiro para a família fundadora Tanzi, camuflado pela complexa estrutura que envolvia mais de duzentas subsidiárias no mundo, bem como paraísos fiscais, notadamente nas Ilhas Cayman, Antilhas Holandesas e Chipre.

Arroyo, Artucha e Arroyo (2004, p. 254) ainda sustentam que os motivos que levaram a ocorrência dos atos caracterizadores da fraude na Parmalat foram, principalmente, a tentativa de beneficiar outras operações da família Tanzi, aumentar o valor das ações da companhia de laticínios e esconder a verdadeira situação financeira e de endividamento do grupo.

Para Champi Júnior e Barbosa (2004, p. 6), o caso Parmalat envolve, portanto, desde documentação falsificada em relação à existência de saldos em instituição financeira, até vícios de contabilidade, ficção do faturamento e endividamento camuflado, o que ensejou na diminuição de seu porte no Brasil e no mundo, associado à crise que maculou sua imagem.

Kindleberger e Aliber (2013, p. 169) aduzem que a empresa italiana se utilizou de falsos certificados de depósito e, com isso, conseguiu elevar seus ativos financeiros para a classe dos US\$ 4 bilhões. A falsificação consistiu, basicamente, na sobreposição de documentos em uma máquina de cópias para enganar, principalmente, os investidores e instituições financeiras.

Com efeito, as aquisições da empresa por todo o mundo se deram por meio de financiamentos baseados em ações e títulos conversíveis em paraísos fiscais, e, segundo Arroyo, Artucha e Arroyo (2004, p. 254), suas vendas aumentaram de forma acentuada entre os períodos de 1993 e 2002, em um percentual equivalente a 410%.

Málaga (2017, p. 300) aponta que as primeiras suspeitas da crise financeira envolvendo a empresa se deram no segundo semestre de 2003, quando a auditoria contratada, a Deloitte & Touche questionou a Parmalat sobre o balanço do primeiro semestre, que indicava um ganho expressivo de aproximadamente 135 milhões de euros, proveniente de aplicações em um fundo denominado Epicurum, nas ilhas Cayman.

Como resposta, a empresa então sustentou a omissão da legislação italiana no tratamento desse tipo de ganho cambial, o que justificaria a adoção de “um critério que lhe pareceu adequado segundo as práticas em outros países” (Champi Junior; Barbosa, 2004, p. 58).

A partir da análise da resposta fornecida pela empresa, é possível se inferir um caso típico de contabilidade criativa, na medida em que a Parmalat, aproveitando-se da inexatidão de parâmetros normativos e inexistência de preceito legal italiano, adotou postura que lhe pareceu mais favorável, com nítido propósito econômico.

Outrossim, em relação à transparência dos documentos apresentados, Málaga (2017, p. 298) destaca que a Parmalat sempre apresentou notas explicativas com informações financeiras insuficientes, o que prejudicava a análise efetiva do crédito da empresa, contribuindo sobremaneira para esconder suas reais condições.

Desse modo, Ferrarini e Giudici (2006, p. 167) explicam que quando questionada sobre a liquidez do investimento Epicurum, e com a demissão do diretor de relações com investidores, Alberto Ferraris, que já havia se confrontado com o antigo ocupante do cargo, Fausto Tonna, o qual detinha informações sobre o investimento nas Ilhas Cayman, a empresa fez uma promessa de liquidar o investimento.

Champi Júnior e Barbosa (2004, p. 59-60) ainda explicam que os credores começaram a se preocupar com os vencimentos próximos, principalmente com um bônus não pago de 150 milhões de euros. Com todo o alvoroço, Enrico Bondi, que já havia trabalhado com a recuperação de empresas italianas, assume a posição de assessor na tentativa de reorganização das finanças do grupo, assim, com recursos obtidos internamente, a Parmalat consegue adimplir o bônus antecipadamente, mas a imagem da empresa perante o mercado já estava manchada.

Isso porque, na sucessão dos fatos, os bancos acabaram divulgando que foram procurados pela Parmalat para prestar auxílio financeiro, membros do Conselho renunciaram aos seus cargos e o próprio fundador, Tanzi, foi sucedido por Enrico Bondi como CEO que, nessa condição, prometeu divulgar a saúde financeira do grupo, contratando a empresa *PriceWaterhouse Coopers* (Champi Júnior; Barbosa, 2004, p. 61).

Essa manobra permitiu, até certo ponto, a criação de expectativas favoráveis com relação à situação financeira e reestruturação da Parmalat, porém, muitas dúvidas ainda permaneceram, principalmente diante de algumas operações realizadas, como os investimentos no fundo das Ilhas

Cayman.

Com efeito, de modo diverso ao que anteriormente havia declarado, a Parmalat não conseguiu resgatar o dinheiro aplicado no fundo Epicurum e, dessa forma, a fraude veio à tona no final de 2003, quando a empresa confessou que não seria capaz de satisfazer a liquidez do citado investimento nas Ilhas Cayman, de cerca de aproximadamente 496,5 milhões de euros. Com o anúncio, as ações caíram de 3,10 euros para 11 centavos (Arroyo; Artucha; Arroyo, 2004, p. 254).

Nesse cenário, Ferrarini e Giudici (2006, p. 167) afirmam que Bondi acabou divulgando também, que não existiam os valores declarados pela Parmalat no *Bank of America*, que, por sua vez, confirmou a inexistência do montante equivalente a \$ 3,95 bilhões de euros informados pela empresa.

Por sua vez, a prova do depósito desse valor se tratava, na verdade, de uma carta do banco “falsificada a partir da passagem do logo do banco e assinatura por scanner, incluindo-se o texto com o conteúdo desejado. Posteriormente, a carta era passada por fax várias vezes para dar a impressão de verdadeira e apagando as evidências da falsificação” (Champi Júnior; Barbosa, 2004, p. 63).

Com a confirmação da fraude e a constatação de que, na realidade, a situação econômico-financeira do grupo não correspondia de fato às declarações e documentações contábeis apresentadas, diversos pedidos de providências começaram a ser tomados, promovendo, ainda, diversos debates sobre auditoria, governança corporativa e contabilidade criativa.

Arroyo, Artucha e Arroyo (2004, p. 260) ilustram algumas medidas tomadas a fim de permitir a recuperação grupo: a identificação dos culpados pela justiça, a oitiva dos executivos, a suspensão das cotações das ações e, principalmente, a negociação da empresa com o governo italiano almejando alterações na lei de concordata.

Segundo Monteiro (2020, p. 63), o caso Parmalat é considerado, por parte da doutrina, como o escândalo financeiro mais significativo ocorrido na Europa no início deste século e representa um tipo de problema relacionado à governança, onde se deu expropriação de recursos pelos acionistas que detinham o maior poder de controle.

Para Silva (2016, p. 350) um dos fatores que possibilitou a empresa esconder os atos fraudulentos por tantos anos se deve ao conhecimento de manipulação dos números, por meio de contabilidade criativa, o que permitiu à Parmalat, além de evitar tributações, esconder por décadas suas elevadas perdas financeiras.

Em síntese, pode-se verificar que o escândalo financeiro envolvendo a Parmalat se deu diante da ausência de transparência e falsificação das demonstrações financeiras, isto é, por meio de documentação contábil falsa, sendo um dos maiores relatados na história da Europa e que levou as ações da empresa a valer quase nada, com títulos bem abaixo do valor original.

Isso, segundo Arroyo, Artucha e Arroyo (2004, p. 254), foi praticamente o mesmo que ocorreu no caso da companhia americana de energia, Enron. Os autores apontam que a diferença basilar entre os casos, simplificadamente, é o momento em que cada um dos escândalos financeiros ocorreu.

Enquanto o colapso da companhia de energia se deu em um período de queda dos mercados, o da empresa de laticínios se deu em um momento de alta, de modo que os maiores impactos foram sentidos nas ações e títulos da própria empresa e dos bancos que lhe emprestaram dinheiro.

Outro problema apontado e que, segundo Silva (2016, p. 350), contribui para o escândalo financeiro da Parmalat diz respeito à postura passiva adotada pelos investidores da empresa, que sequer questionavam as demonstrações divulgadas, as quais nitidamente apresentavam indícios fraudulentos.

De forma sintética e precisa, Borgerth (2005, p. 42) disserta que o esquema da Parmalat consistiu em mascarar “sua precária situação financeira informando ter direitos a receber que não correspondiam à verdade com o intuito de reduzir o impacto do seu alto endividamento”.

Por consequência o mercado foi abalado, os preços das ações despencaram e a confiança e transparência das operações e informações fornecidas aos investidores passaram a ser questionadas, implicando em intensos debates acerca do conflito de agência, gestão empresarial e governança corporativa.

3 CONFLITO DE AGÊNCIA E GOVERNANÇA CORPORATIVA.

Diante do exposto no tópico anterior, é possível se inferir que a fraude envolvendo a Parmalat engloba muito mais que a simples manipulação contábil a partir de contabilidade criativa; trata-se, notadamente, de uso de documentos falsos para mascarar a situação de endividamento da empresa, atraindo investidores e aumentando o valor das ações.

Assim, esse tópico tem como propósito a análise e reflexão das lições do caso em relação ao conflito de agência e importância da regulação e adoção de governança corporativa como ferramentas para a prevenção de novos escândalos financeiros.

3.1 CONFLITO DE AGÊNCIA.

A compreensão do conflito de agência requer, antes, estabelecer que a agência no sentido econômico, tal como pontuado por Pimenta (2018, p. 81), é a “situação na qual a efetivação ou maximização do interesse econômico de determinada pessoa ou grupo (chamado de principal, em inglês) depende diretamente da conduta de outrem, denominado agente”.

Isso significa que na denominada relação de agência, o agente, ao exercer sua função, não deve agir em busca da satisfação do interesse próprio, mas ao contrário, para a maximização dos interesses da pessoa ou grupo, ou, utilizando-se dos termos técnicos, do principal.

Porém, um dos grandes desafios e preocupações a serem resolvidos ainda no século XXI, é compatibilizar uma atuação voltada para a proteção do principal, garantindo a preservação dos acionistas e investidores e coibindo o oportunismo de determinados agentes na gestão interna da corporação.

Isso porque, atualmente, a configuração das empresas é uma estrutura cada vez mais complexa e organizada, não sendo raras as situações nas quais há participações cruzadas ou piramidais em que, apesar da negociação das ações na bolsa de valores, cada empresa do grupo é controlada por uma mesma família (Zinga, 2015, p. 47-48).

Evidentemente, há casos em que os interesses criados pela família controladora acabam por promover distorções nos mecanismos de controle interno da corporação, notadamente àqueles referentes às informações verídicas e fidedignas acerca da contabilidade e saúde financeira do grupo, contribuindo, dessa forma, para a caracterização de fraudes e dos grandes escândalos financeiros, tal como se sucedeu com o caso Parmalat.

Trata-se do denominado conflito de agência, caracterizado nas situações em que o indivíduo, ou agente, maximizador de sua respectiva utilidade, atua no sentido de atender ao seu melhor interesse em detrimento do interesse da corporação ou coletividade (Braunbeck, 2010, p. 30).

De forma didática Martins e Ventura Júnior (2020, p. 66) lecionam que os proprietários de uma empresa, por exemplo, na condição de principais, acabam por realizar a delegação de gestão para um agente que, nessa condição, precisa atuar em conformidade com os interesses da corporação; porém, é possível que surjam os conflitos de interesses e assimetria de informações, que têm como uma de suas consequências a fraude.

Para Pimenta (2018, p. 81), no conflito ou problema de agência, “a conduta do agente tende, em regra, a seguir no sentido da maximização de seus interesses próprios, e não no sentido necessário da implementação dos interesses do principal”.

Por sua vez, segundo magistério de Zinga (2015, p. 15-16), os conflitos ou problemas de agência podem se referir, dentre outros, por exemplo, à relação existente entre gestores e proprietários, concentração de propriedade, endividamento e violação aos direitos de outros *stakeholders*.

Portanto, o termo deve ser compreendido como o conflito entre os interesses da empresa (principal) e, por exemplo, os interesses da família que administra a empresa (agente).

De fato, a solução para esse tipo de ocorrência é a disposição de instrumentos que possibilitem ao principal, como por exemplo a corporação, o monitoramento da atuação do agente para verificar a finalidade das decisões por ele tomadas na empresa, a fim de detectar, eventualmente, objetivos que não se coadunem com a maximização do interesse econômico do grupo.

É nesse sentido que muitas das grandes empresas, criadas por familiares, acabaram adotando modelos de governança corporativa como forma de tentar afastar parte das influências familiares dentro do Conselho de Administração.

Para tanto, como forma de extirpar esse conflito, Colombo (2017, p. 425) defende que é necessário compreender o perfil pessoal, profissional ou de conduta, a fim de estabelecer estratégias de prevenção para as empresas. Surge, nesse contexto, os debates em torno da governança corporativa e suas contribuições para o âmbito corporativo.

3.2 GOVERNANÇA CORPORATIVA

Nas lições de Pimenta (2018, p. 82), a governança corporativa se refere à reunião de regras e procedimentos destinados à regulação e monitoramento de conflito de agência: “São disposições cogentes que disciplinam todo o processo de formação, implementação e monitoramento de decisões na companhia, de forma a garantir a redução dos conflitos de agência aqui tratados”.

No mesmo sentido, para Martins e Ventura Júnior (2020, p. 69), a governança corporativa é um mecanismo apto para a solução do conflito de agência, principalmente através da incidência da transparência e da divulgação fidedigna das demonstrações econômico-financeiras.

A partir da análise das definições apresentadas, e tendo como plano a resolução do conflito de agência, é possível se extrair quatro princípios em que a governança corporativa se pauta: a transparência, a equidade, a prestação de contas e, também, a responsabilidade corporativa (Gonzalez, 2012, p. 31).

Inicialmente voltada para a análise dos conflitos de interesses de estruturas de propriedade, de acordo com Silveira *et al.* (2016, p. 8), a governança corporativa ganhou destaque a partir de 1990, sobretudo em razão do maior acesso das empresas ao mercado de capitais.

Além disso, é de se destacar que no período acima mencionado, foram divulgados grandes escândalos financeiros, como o caso Enron e o já citado caso Parmalat, no início da década de 2000. É nesse contexto que se voltou maior preocupação com o conflito de agência e com boas práticas de gestão e, portanto, com a ideia de governança corporativa.

Com efeito, a história da fraude envolvendo a Parmalat permite a reflexão de um debate que se prolonga há anos, qual seja: a importância da divulgação regular dos balanços empresariais por parte das sociedades de responsabilidade limitada, que evitaria, segundo especialistas, crises corporativas tais como a relatada anteriormente.

Isso porque a Parmalat Participações do Brasil possui a natureza de empresa de responsabilidade limitada controlada pela Parmalat Alimentos, com capital aberto. Desse modo, “normalmente as transações faziam uma triangulação, ou seja, uma empresa do grupo assumia débito ou crédito que a outra tinha, junto a uma terceira subsidiária da Parmalat italiana” (Silva, 2016, p. 322).

De fato, observou-se uma intensa preocupação, nas últimas décadas, em relação à prevenção e constatação de fraudes corporativas, de modo que tem sido exigido maior transparência nas documentações financeiras, a fim de que reflitam, de fato, a situação da corporação, principalmente no que se refere ao balanço patrimonial e situação de endividamento, elucidando, dessa forma, os riscos e oportunidades para os investidores (Colombo, 2017, p. 418).

Silva (2016, p. 321) destaca que, em relação às sociedades limitadas no Brasil, a Lei nº 6.404/76, com a redação dada pela Lei n.º 11.638/2007, não exige a obrigatoriedade de publicação das demonstrações contábeis. Ainda assim, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma série de instrumentos normativos que objetivam estruturar as regras de funcionamento, os sistemas de governança e transparência dos agentes de mercado, buscando evitar ou detectar a ocorrência

de eventuais fraudes no sistema econômico. É o caso, por exemplo, das Leis nº 12.529/2011, 12.846/2013 e 12.850/2013 (Brasil, 2011b, 2013a, 2013b).

Em apertada síntese, a Lei nº 12.529/2011 (Brasil, 2011b), estrutura o SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), a partir do estabelecimento de mecanismos de prevenção e repressão em face da ordem econômica. Por sua vez, a Lei nº 12.846/2013 (Brasil, 2013a), disciplina a responsabilidade administrativa e civil decorrente de atos praticados em detrimento da Administração Pública. Finalmente, a Lei nº 12.850/2013 (Brasil, 2013b) trata especificamente acerca da organização criminosa.

Porém, em que pese o arcabouço legislativo, não há dados suficientes para indicar que o controle externo seja eficaz para a prevenção das fraudes nas empresas, já que, muitas vezes, é possível inclusive se deparar “com casos de corrupção que envolvem setores que deveriam fiscalizar as atividades empresariais” (Rocha Júnior; Gizzi, 2018, p. 29).

Esta também é a visão de Comer (2011, p. 553), para o qual as corporações estão cada vez mais sendo submetidas a leis e regulamentações criadas por indivíduos que jamais tiveram a oportunidade de gerir uma empresa, carecendo, com isso, de efetividade para deter os verdadeiros fraudadores, mas com eficiência para impedir a realização de um bom trabalho por parte de pessoas bem-intencionadas.

É possível se inferir, entretanto, que as fraudes corporativas não se dão pela falta de legislação e regulamentação do mercado. Ao mesmo tempo, pode-se considerar que não é necessário, também, imprimir esforços para tentar aumentar a normatização. É preciso, com isso, lançar mão de outros instrumentos preventivos e eficazes no âmbito da organização e do sistema interno de controle.

Um bom exemplo para ilustrar tais constatações é fornecido por Rocha Júnior e Gizzi (2018, p. 32), de acordo com os autores, uma corporação que tenha uma postura voltada para uma competição desenfreada e tentativa de superação de metas a qualquer custo tenderá a ser um *locus* para fraudes e atos desonestos, ainda que seja submetida a regulação e burocratização interna.

Para Colombo (2017, p. 416), em todas as empresas podem ocorrer erros e fraudes, sendo, por este ângulo, fundamental que a organização defina e implemente um sistema de governança que seja capaz de lançar estratégias preventivas para fortalecer o controle interno e evitar maiores prejuízos à corporação.

Diante de todo o exposto, pode-se concluir que, apesar de a Parmalat afirmar que possuía um sistema de governança corporativa, “o principal executivo dominou a companhia como presidente do conselho de administração e executivo-chefe por longo tempo e estava cercado pela família e antigos colegas” (Silva, 2016, p. 350).

Nessa perspectiva, a adoção de um efetivo sistema de governança corporativa poderia evitar, ou ao menos, obstaculizar o conflito de agência ocorrido com a corporação, na medida em que o monitoramento das decisões do agente permitiria a verificação do não atendimento dos interesses do grupo (principal).

De fato, caso realmente possuisse uma gestão tal como preconizava, a crise não teria

alcançado o nível que atingiu, pois, uma boa governança corporativa pode trazer diversos ganhos para o ambiente empresarial, notadamente ligados à redução de riscos de fraudes contábeis e crises financeiras, além de benefícios no nível microeconômico.

Isso porque, segundo Silveira *et al.* (2016, p. 8), a governança corporativa, em sua dimensão vertical, permite uma atuação do conselho e dos executivos nos moldes dos interesses dos acionistas e, em sua dimensão horizontal, impossibilita a atuação conforme condutas de auto interesse na gestão corporativa.

Já, na visão de Pimenta (2018, p. 85), a governança corporativa permite o estabelecimento de estratégias para reduzir ou resolver os conflitos de agência e podem ser divididas em estratégias reguladoras e estratégias de governança. Nas primeiras, a ação do agente é abstrata e previamente estabelecida, enquanto na segunda há instrumentos que permitem a intervenção direta na conduta do agente quando da tomada de decisões.

Neste sentido, Santos *et al.* (2020, p. 8) entendem que o Conselho de Administração possui notória relevância no combate ao conflito de agência, especialmente em casos que, tal como a Parmalat, possuem estrutura organizacional familiar. Isso se justifica pela necessidade de prestação de contas e transparência das operações.

Pimenta (2018, p. 85) acredita que, com isso, entre as estratégias reguladoras e de governança, as últimas são, mais eficientes, “especialmente se considerada, por um lado, a já apontada prevalência do Conselho de Administração na formação, ratificação e implementação de decisões e, por outro lado, a realidade das companhias estruturadas sob um regime de controle majoritário e concentrado”.

Nas conclusões de seus estudos sobre o tema, Santos *et al.* (2020, p. 21) destacam que a governança corporativa e a adoção de um Conselho de Administração, em empresas familiares, associado à regulação específica dos órgãos de apoio interno de cada país, contribuem para a redução dos conflitos de agência.

Por fim, também é apropriada a lição de Colombo (2017, p. 426) para quem a tecnologia é uma forte aliada na identificação e coibição de fraudes e de conflitos de agência, pois possibilitam o gerenciamento do controle interno, reduzindo, significativamente, comportamentos desalinhados com o interesse do principal e catalisando, dessa forma, o desenvolvimento da empresa e, por consequência, do próprio mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da constante pressão para lograr maior êxito e ter destaque no mercado, com a atração de investidores e aumento das ações, em razão da competitividade acirrada, diversas corporações protagonizaram escândalos financeiros envolvendo contabilidade criativa ou o uso de documentação falsa para mascarar as demonstrações contábeis e ocultar sua situação de endividamento.

É o que se sucedeu com a Parmalat, empresa com grande destaque a partir da segunda metade do século XX, especialmente em razão de seu rápido crescimento e investimentos em publicidade e tecnologia, mas que acabou contracenando um dos maiores escândalos financeiros no final de 2003, através de mecanismos financeiros sofisticados para desvios de fundos para as contas da família fundadora e aumento do valor de suas ações.

O caso Parmalat envolveu desde empresas de fachada e contabilidade criativa até o uso de documentação contábil falsa com o propósito de manipulação das informações contábeis da organização e ocultação de uma complexa estrutura que envolvia paraísos fiscais, principalmente nas Ilhas Cayman, onde a empresa afirmava possuir aplicações em um fundo denominado Epicurum.

O balanço patrimonial e o ganho expressivo apresentado pela Parmalat chamaram a atenção da empresa de auditoria contratada à época dos fatos, Deloitte & Touche e, como justificativa, a mesma sustentou a omissão na legislação italiana para o tratamento daquele tipo de ganho cambial, caracterizando, nesse sentido, evidente contabilidade criativa, a partir da adoção de critérios existentes em outros países para a modificação de seus resultados.

Agrega-se a esta circunstância, a insuficiência e reduzida transparência nas demais informações financeiras apresentadas pela corporação, que prejudicava a análise efetiva de seu crédito, contribuindo para a ocultação de sua situação de endividamento. Esse cenário, associado à promessa de liquidação do fundo Epicurum e posterior fracasso no resgate do dinheiro aplicado foram fatores determinantes para a descoberta da fraude.

Emergindo o escândalo, descobriu-se, ainda, que os valores declarados pela Parmalat no *Bank of America* baseavam-se em falácia do grupo, pois a prova do depósito se tratava, na verdade, de uma carta falsificada do banco, com passagem do logo e assinatura por scanner, passada várias vezes pelo fax para ocultar os indícios da falsidade.

Dentre outras, as principais consequências desse escândalo financeiro foram o abalo no mercado, a queda das ações e, principalmente, questionamentos sobre a transparência das operações e informações dadas aos investidores, ensejando intensos debates sobre gestão empresarial, conflito de agência, regulação e governança corporativa.

Com efeito, a regulação é um dos instrumentos para a prevenção de práticas oportunistas e fraudes nas demonstrações contábeis. Nesse sentido, surgiu, nos Estados Unidos, por exemplo, a Lei *Sarbanes-Oxley*, instrumento normativo voltado para a transparência dos relatórios fiscais e confiança das informações fornecidas.

As principais lições do caso Parmalat se referem, dessa forma, à imprescindibilidade de instrumentos que possibilitem ao principal, no caso a corporação, o monitoramento da atuação do agente para verificar a finalidade de suas decisões e se seus objetivos vão ao encontro com a maximização do interesse econômico do grupo. Além disso, a função e a independência do auditor ganharam relevância, consolidando uma visão na qual a auditoria requer a isenção do profissional e a precisão das demonstrações com efetivo controle interno.

A governança corporativa, nessa dimensão, a partir de estratégias para a resolução dos conflitos de agência, permite uma atuação do Conselho e dos executivos nos moldes dos interesses

dos acionistas e do principal, impossibilitando, ainda, uma atuação dos agentes conforme condutas de auto interesse na gestão, seja por meio do estabelecimento prévio de suas ações ou intervenção em suas decisões.

Portanto, a partir do panorama apresentado, em decorrência do nítido conflito de agência caracterizado, é possível inferir que a Parmalat não adotava uma política efetiva de governança corporativa, tendo em vista que esta impediria, ou ao menos dificultaria, a monopolização de autoridade entre o Conselho Administrativo e a Presidência Executiva.

REFERÊNCIAS

ARROYO, María; ARTUCHA, Izaskun; ARROYO, Antônio M. *El fraude contable Parmalat*. **Icade**, Comillas, n. 63, p. 253-275, set./dez. 2004. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/6467>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BORGERTH, Vania Maria da Costa. **A lei Sarbanes-Oxley**: um caminho para a informação transparente. 2005. Dissertação (Mestrado em Administração) – Faculdades IBMEC, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://web.bnbes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/10055>. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. **Resolução n. 1.329, de 22 de março de 2011**. Aprova a NBC TI 01 - da auditoria interna. Brasília, DF: Presidência da República, 2011a. Disponível em: https://www1.cfc.org.br/sisweb/SRE/docs/RES_986.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, DF: Presidência da República, 2013b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 9 jul. 2021.

BRAUNBECK, Guillermo Oscar. **Determinantes da qualidade das auditorias independentes no Brasil**. 2010. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) – Departamento de Contabilidade e Atuária da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. DOI: <https://doi.org/10.11606/T.12.2010-161444>

CHAMPI JUNIOR, Afonso; BARBOSA, Djalma Gonçalves. **Diário de uma crise**: lições do caso Parmalat. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

COLOMBO, Jéfferson Augusto. *Fraudes contábeis*. In: GIACOMELLI, Giancarlo *et al.* **Governança corporativa**. Porto Alegre: SAGAH, 2017.

COMER, Michael J. **Fraudes corporativas**. São Paulo: Blucher, 2011.

FERRARINI, Guido; GIUDICI, Paolo. Financial scandals and the role of private enforcement: the parmalat case. In: ARMOUR, John; MCCAHERY, Joseph A. **After enron**: improving corporate law and modernising securities regulation. Oregon: HART, 2006. p. 160-210.

GONZALEZ, Roberto Souza. **Governança corporativa**: o poder de transformação das empresas. São Paulo: Trevisan Editora, 2012.

KINDLEBERGER, Charles Poor; ALIBER, Robert Z. **Manias, pânicos e crises**: a história das catástrofes econômicas mundiais. Tradução de Eduardo Kraszczuck. São Paulo: Saraiva, 2013.

KRAEMER, Maria Elisabeth Pereira. Contabilidade criativa maquiando as demonstrações contábeis. **Pensar Contábil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 28, 2005. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/21810/contabilidade-criativa--maquiando-as-demonstracoes-contabeis/i/pt-br>. Acesso em: 9 jul. 2021.

MÁLAGA, Flávio K. **Análise de demonstrativos financeiros e da performance empresarial**: para empresas não financeiras. 3. ed. São Paulo: Saint Paul, 2017.

MALHEIROS, Ivan Silveira. **Contabilidade criativa**: tipos de práticas identificadas no setor público brasileiro e suas consequências. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Marília, Marília, 2016. Disponível em: <https://portal.unimar.br/site/public/pdf/dissertacoes/9C5967EA70E302652BC47004BD6EF940.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2021.

MARTINS, Orleans Silva; VENTURA JÚNIOR, Raul. Influência da governança corporativa na mitigação de relatórios financeiros fraudulentos. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 65-84, jan./mar. 2020. DOI: <https://doi.org/10.7819/rbgn.v22i1.4039>

MONTEIRO, Daniela Alexandra Santos. **Regulação, supervisão e qualidade das auditorias financeiras nas entidades de interesse público, no contexto da União Europeia**. 2020. Tese (Doutorado em Gestão) – Instituto Superior de Economia e Gestão, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10400.5/20609>. Acesso em: 9 jul. 2021.

MURCIA, Fernando Dal-Ri; BORBA, José Alonso. Um estudo das fraudes contábeis sob duas óticas: jornais econômicos versus periódicos acadêmicos no período de 2001-2004. **Revista de Contabilidade do Mestrado em Ciências Contábeis da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 99-114, 2005. DOI: <https://doi.org/10.12979/rcmccuerj.v10i2.5601>

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de; SILVA, Ana Cláudia Rosseto; ORTEGA, Ana Clara da Silva. A união do direito econômico e da contabilidade forense no combate às fraudes corporativas no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1.000, p. 101-126, 2019. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/32496>. Acesso em: 9 jul. 2021.

OLIVEIRA, Marisa Silva de; CINTRA, Denise Gomes Barros. Os impactos da lei Sarbanes Oxley no mercado de capitais e na auditoria externa. **REIVA**, Jussara, v. 2, n. 2, jun. 2019. Disponível em: <https://reiva.unifaj.edu.br/reiva/article/view/86>. Acesso em: 9 jul. 2021.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Análise econômica dos conflitos de agência e governança corporativa. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 72-94, jan./abr. 2018. DOI: <https://doi.org/10.31501/ealr.v9i1.6909>

RAMOS, Patrícia Keiko. **Fraudes contábeis**: análise dos grandes escândalos corporativos ocorridos no período de 2000 a 2012. 2015. Monografia (Especialização em Auditoria Integral) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/51296>. Acesso em: 9 jul. 2021.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rego Monteiro; GIZZI, Guilherme Frederico Tobias de Bueno. **Fraudes corporativas e programas de compliance**. Curitiba: InterSaberes, 2018.

SANTOS, Ariovaldo dos; GRATERON, Ivan Ricardo Guevara. Contabilidade criativa e responsabilidade dos auditores. **Contabilidade & Finanças**, São Paulo, n. 32, p. 7- 22, maio/ago. 2003. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1519-70772003000200001>

SANTOS, Ruan Carlos dos; ORSO, Lidinei Éder; NENEVÊ, Mario; SANTOS, Ismael Luiz dos. Conflito de propriedade e custo de transação: os dilemas da governança corporativa nas empresas familiares. **Revista Metropolitana de Governança Corporativa**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 4-27, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMGC/article/view/2279>. Acesso em: 9 jul. 2021.

SILVA, Adriano Gomes da; ROBLES JUNIOR, Antônio. Os impactos na atividade de auditoria independente com a introdução da lei Sarbanes-Oxley. **Contabilidade & Finanças**, São Paulo, v. 19, n. 48, p. 112-127, set./dez. 2008. DOI: <https://doi.org/10.1590/S1519-70772008000300010>

SILVA, Edson Cordeiro da. **Governança corporativa nas empresas**: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração e fiscal, auditores, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVEIRA, Flávio Cidade Nuvens; SILVA NETO, Oscar Lourenço da; COUTINHO, Elane Maria de Castro; BESSA, Marcos James Chaves. A aplicabilidade da lei Sarbanes-Oxley na legislação brasileira. **Expressão Católica**, Quixadá, v. 5, n. 1, p. 7-18, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://publicacoesacademicas.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/rec/article/view/1465>. Acesso em: 9 jul. 2021.

TIMI, Sônia Regina Ribas; HEIMOSKI, Vanya Trevisan Marcon. **Fraudes documentais e contábeis**. Curitiba: InterSaberes, 2020.

ZINGA, Marquinha Teixeira de Carvalho. **Conflitos de agência, mecanismos de controlo e performance das sociedades por quotas anónimas de pequena e média dimensão**: um estudo empírico no contexto português. 2015. Tese (Doutorado em Gestão de Empresas) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10316/28567>. Acesso em: 9 jul. 2021.

Recebido em: 05/10/2021

Aceito em: 30/10/2022

O PNAE E A POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR EM MUNICÍPIOS ALAGOANOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO PACTO FEDERATIVO

THE PNAE AND THE PUBLIC POLICY FOR THE PROMOTION OF FAMILY FARMING IN MUNICIPALITIES IN ALAGOAS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE FEDERATIVE PACT

* Juiz de Direito do Estado de São Paulo. Doutorando e mestre em Direito pela UNAERP. Professor de cursos de graduação e de pós-graduação da UNIP e da UNAERP. Coordenador da Especialização em Direito Civil e Processo Civil da UNAERP. Membro do grupo de pesquisa em Direito Constitucional e do Conselho Consultivo da Brazilian Research and Studies Journal, da University of Würzburg, Campus Hubland Nord, Würzburg, da Alemanha, vinculados ao Brazilian Research and Studies Center (BraS). E-mail: cenetto32@gmail.com

**Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Docente de cursos de graduação da Universidade do Estado de Minas Gerais - Unidade Passos/ MG, do Instituto Taquaritinguense de Ensino Superior - ITES, além dos cursos de graduação e pós-graduação lato sensu do Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto/SP e da Faculdade Metropolitana do Estado de São Paulo, FAMEESP. Advogado. E-mail: dhnunes@hotmail.com

***Mestranda em Ciências Sociais e graduada em Administração Pública na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”- UNESP, Araraquara, São Paulo, Brasil. Bolsista CAPES. E-mail: isinha_mattos@hotmail.com

Carlos Eduardo Montes Netto*
Danilo Henrique Nunes**
Isabella Mattos***

Como citar: MONTES NETTO, Carlos Eduardo; NUNES, Danilo Henrique; MATTOS, Isabella. O PNAE e a política pública de fomento da agricultura familiar em municípios alagoanos: uma análise sob a ótica do pacto federativo. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 140, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.45214>

Resumo: O Programa Nacional de Alimentação Escolar possui diretrizes intersetoriais que fomentam o fortalecimento da agricultura familiar e incentivam as economias locais. Considerou-se para o presente trabalho a obrigatoriedade da destinação de no mínimo 30% dos recursos para a aquisição de alimentos provenientes da agricultura familiar. O objetivo da pesquisa é analisar essa política pública, as suas diretrizes no combate à fome e a sua forma de cumprimento, sob a ótica do pacto federativo. Foi realizada uma pesquisa quantitativa baseada na revisão de literatura e documental, com base nos dados coletados na plataforma do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e Censo Agropecuário do ano de 2017. Selecionou-se, representativamente, uma amostra de vinte municípios alagoanos, cujo critério foi a quantidade, em porcentagem, de agricultores familiares, ou seja, as dez maiores e as dez menores. Inferiu-se que a diretriz do programa deixa de ser cumprida pela grande maioria dos municípios alagoanos, demonstrando possível negligência Estatal no dever/fazer dever/prestar desta política, impactando na concreção do direito social à alimentação, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos princípios que devem nortear a ordem econômica.

Palavras-chave: direito a alimentação; programa nacional de

alimentação escolar; política pública de combate à fome; agricultura familiar; federalismo.

Abstract: The National School Feeding Program has intersectoral guidelines that encourage the strengthening of family farming and encourage local economies. For the present work, it was considered mandatory to allocate at least 30% of the resources for the purchase of food from family farming. The objective of the research is to analyze this public policy, its guidelines in the fight against hunger and its form of compliance, from the perspective of the federative pact. A quantitative research was carried out based on a literature and document review, based on data collected on the platform of the National Fund for the Development of Education and Agricultural Census of the year 2017. A representative sample of twenty municipalities in Alagoas was selected, whose criterion was the number, in percentage, of family farmers, that is, the ten largest and the ten smallest. It was inferred that the program's guideline is no longer complied with by the vast majority of municipalities in Alagoas, demonstrating possible State negligence in the duty/do duty/providing of this policy, impacting on the realization of the social right to food, of the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil and the principles that should guide the economic order.

Keywords: right to food; national school feeding program; public policy to combat hunger; family farming; federalism.

INTRODUÇÃO

Desde o início de 2020, o mundo atravessa uma das piores crises sanitária e fiscal da história da humanidade, com diversos reflexos, especialmente no que se refere à implementação e manutenção de políticas públicas visando a concreção de direitos fundamentais básicos. De acordo com relatório elaborado pelo Organização das Nações Unidas (ONU), verificou-se um agravamento dramático da fome mundial, provavelmente relacionado aos reflexos da pandemia provocada pela COVID-19, com estimativas de que 811 milhões de pessoas tenham enfrentado a fome em 2020 (UNICEF, 2021).

Além disso, ocorreu o agravamento do problema da desnutrição em todas as suas formas, atingindo especialmente as crianças, com estimativas de que mais de 149 milhões de crianças menores de 5 anos sofreram desnutrição crônica ou eram muitas baixas para sua idade, sem contar outras 45 milhões que apresentaram desnutrição aguda ou eram muito magras para a sua altura, bem como 39 milhões acima do peso, tendo a alimentação saudável se apresentado como inacessível para cerca de três bilhões de adultos e crianças ao redor do mundo (UNICEF, 2021).

No Brasil, de acordo com levantamento realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan), a fome tem avançado e atingiu, em dois anos, mais 9 milhões de pessoas, totalizando 19,1 milhões de indivíduos, que representam cerca de 9% da população brasileira (Rocha, 2021).

Assim, o objetivo da pesquisa é analisar a política pública, as suas diretrizes no combate à fome e a forma como estas diretrizes são cumpridas nos municípios alagoanos seleccionados neste estudo, sob a ótica do pacto federativo, mediante a existência de política pública de Programa Nacional de Alimentação Escolar. Foi realizada uma pesquisa quantitativa baseada na revisão de literatura e documental, com base nos dados coletados na plataforma do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e Censo Agropecuário do ano de 2017.

Com relação aos direitos prestacionais, como a educação, a alimentação, a segurança, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desemparados, Canotilho (2003) assenta que eles conferem aos particulares que não possuam meios financeiros o direito de obter algo do Estado. O autor destaca que esses direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva que vincula os poderes públicos que têm o dever de adotar políticas sociais ativas visando a sua concreção.

A propósito, Dimoulis e Martins (2007, p. 93) observam que “[...] muitos direitos garantidos nas partes da Constituição dedicadas aos direitos sociais e tratados pela doutrina como tais são, em verdade, direitos de resistência na ótica da classificação sistemática de Jellinek”, devendo ser destacado que a “luta contra a pobreza é, antes de tudo, a luta pela liberdade e autodeterminação dos Homens e de todos os Homens, o que é um dos sustentáculos do próprio neoliberalismo e economia de mercado” (Sayeg; Balera, 2018, p. 378). Nesta senda, Sarmento (2019) a democracia não se resume à realização periódica de eleições, considerando que para que a participação dos cidadãos possa ser efetiva é necessário que eles possuem condições materiais

mínimas para participar do “autogoverno popular”, o que pode ser comprometido, por exemplo, pelo baixo grau de instrução ou pela situação de miséria ou penúria, que coloca esses indivíduos em relações de dependência material de terceiros mais poderosos, afetando a sua liberdade de decisão na esfera política.

Além da sua importância no combate à fome e na efetivação do direito social à alimentação, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) possui ainda diretrizes intersetoriais ao fomentar o fortalecimento da agricultura familiar e incentivar as economias locais, com a obrigatoriedade da destinação dos recursos para a aquisição de alimentos provenientes da agricultura familiar, com potencial para contribuir com a consecução de todos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), como: i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); ii) a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e iv) a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação (Brasil, 1988).

O PNAE ainda pode representar um importante instrumento de consecução dos fins almejados pela ordem econômica na CRFB/88, que objetiva assegurar a todos uma “existência digna” (art. 170, *caput*), observando a função social da propriedade (art. 170, III), visando ainda a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e o pleno emprego (art. 170, VIII) (Brasil, 1988).

Nessa perspectiva, a pesquisa se justifica pela necessidade de analisar a execução do PNAE no estado de Alagoas, enquanto política pública e sob a ótica do pacto federativo, ante a sua relevância social e econômica e da escassez de estudos específicos sobre o assunto. Diante do objetivo pretendido, realizou-se uma pesquisa quantitativa, mediante a análise dos dados coletados na plataforma do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e no Censo Agropecuário, ambos referentes ao ano de 2017, selecionando-se, representativamente, uma amostra de vinte municípios alagoanos, dentre os quais, os possuidores das dez maiores e menores porcentagens de agricultores familiares, incluindo, ainda, uma revisão de literatura e a análise documental e da jurisprudência do STF sobre o pacto federativo.

1 O PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR

A importância da alimentação escolar vinculada a permanência dos estudantes nas escolas e a diminuição da fome e desnutrição infantil no país começou a ser objeto de preocupação governamental a partir de movimentos sociais das décadas de 30 e 40, perdurando até o ano de 1979, quando fora desenvolvido o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que modifica e aprimora as diretrizes da Campanha da Merenda Escolar (CME), criada pelo então presidente, Juscelino Kubitscheck, em 1955, pelo Decreto nº 37.106. Conhecido popularmente por “merenda escolar” (Brasil, 1955, p. 16), o programa é administrado pelo Fundo Nacional de

Desenvolvimento da Educação, que é o responsável pela distribuição dos recursos financeiros para os demais entes federativos como estados, Distrito Federal e municípios.

Vale salientar, entretanto, que desde a sua criação o PNAE apresentava-se de forma centralizada, ou seja, um único órgão gerenciava, planejava e orçava os cardápios por meio de processos licitatórios e também controlava a qualidade e distribuição dos alimentos em todo o território nacional. Esse cenário foi modificado a partir do ano de 1994, em que houve a descentralização político-administrativa, prevendo deste modo, a descentralização dos recursos para a execução do programa, por meio da Lei nº 8.913/94 (Brasil, 1994), mediante celebração de convênios entre municípios e Secretarias de Educação.

A promulgação da CRFB/88 enfatiza ainda mais o direito à alimentação escolar a todos os alunos do ensino fundamental por meio de um programa suplementar oferecido pelos governos federal, estaduais e municipais. Outrossim, a alimentação escolar conecta-se a agricultura familiar diante das diretrizes instituídas pela Lei nº 11.947/2009 (Brasil, 2009), que em seu art. 14 determina que no mínimo 30% do valor repassado a estados, municípios e Distrito Federal pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) para o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) deve ser utilizado na compra de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e as comunidades quilombolas. Sendo, inclusive, dispensado o processo licitatório para aquisição dos produtos advindos dessas organizações, necessitando-se apenas de chamada pública.

Nesse sentido, para além do incentivo à alimentação escolar, o programa passou a apoiar e fomentar o desenvolvimento territorial sustentável diante da compra de alimentos diversificados e sazonais produzidos em âmbito local e pela agricultura familiar. Desse modo, o programa projeta-se na intersetorialidade visando para além do emprego da alimentação saudável e adequada na educação básica pública como também mantendo e priorizando as tradições, culturas e hábitos alimentares locais. Assim, essa conexão transforma a alimentação dos alunos da rede pública à medida em que viabiliza alimentos saudáveis com vínculos regionais.

Conforme observa Niebuhr (2018), a valorização da produção local e regional de alimentos atende a questões de ordem ecológicas, econômicas, sociais, culturais e de saúde pública, estreitando as relações existentes entre os meios urbanos e rural.

Hodiernamente, o encontro da agricultura familiar ao programa foi regulamentado e atualizado pela Resolução CD/FNDE nº 06, de 8 de maio de 2020 (Brasil, 2020), que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do PNAE. Com base na normativa supracitada, ficam estabelecidos algumas alterações na seleção dos projetos de vendas de agricultores e empreendimentos rurais familiares locais dificultando as margens da não utilização desse tipo de aquisição, de modo que quando as Entidades Executoras não obtiverem as quantidades necessárias de produtos oriundos de agricultores familiares locais, estas deverão ser complementadas com propostas de produtores das regiões geográficas imediatas, regiões geográficas intermediárias, do estado e do país, nesta ordem de prioridade, ou seja, devendo-se

obrigatoriamente cumprir com a exigência de pelo mínimo de 30% dos recursos serem destinados a estes produtores.

A Resolução também preza pelo cumprimento das diretrizes impondo algumas sanções àqueles que não as seguirem, centralizando-se o presente trabalho no disposto no art. 29, § 1º, que dispõe que o percentual de 30% não executado de acordo com o previsto será avaliado quando da prestação de contas e o valor correspondente deverá ser devolvido.

Para além das sanções, o programa conta com a participação e controle da sociedade civil por meio do Conselho de Alimentação Escolar (CAE) de caráter deliberativo, fiscalizador e de assessoramento. Também, de modo a acompanhá-lo o Ministério Público, o FNDE, o Tribunal de Contas da União (TCU) e a Controladoria Geral da União (CGU), sendo destes a responsabilidade de verificação do andamento das diretrizes.

2 O FEDERALISMO

De acordo com o art. 1º, *caput* da CRFB/88 (Brasil, 1988), a República Federativa do Brasil é constituída pela união indissolúvel dos estados, municípios e Distrito Federal, assumindo a forma de um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Schmitt (2006) define Federação como a união permanente que decorre da livre associação com um objetivo comum de autoconservação dos seus membros, por meio de uma ordenação de caráter permanente. Segundo Miranda (2019), na federação há uma associação ou união de Estados que dão origem a um no Estado que os englobará ou integrará, com a criação de todo um sistema jurídico e político-constitucional novo, sendo a estrutura federativa de sobreposição.

O autor destaca que a maior parte dos Estados do mundo adotam o modelo unitário e centralizado e que, no seio dos Estados compostos sempre se verificam os Estados unitários, sendo o Estado federal unitário no sentido de que o seu poder é uno (Miranda, 2019). Quando ao processo de formação, o que ocorreu com a federação brasileira é bem diferente da que se verificou nos Estados Unidos, diante do “espírito libertário das Treze Colônias inglesas da América” (Souto, 2019, p. 231). Nessa perspectiva:

O Estado Federal surge com o fim da Convenção Constituinte de 1787, contudo, uma outra etapa se impunha para sua efetiva implementação. Refiro-me ao dispositivo da Constituição Federal recém-elaborada que determinava sua submissão aos Estados-membros que deveriam, em votação popular, aprová-la (ratificá-la). Somente após a ratificação por 2/3 dos Estados-membros é que a Constituição dos Estados Unidos restou definitivamente aprovada (Souto, 2019, p. 231).

Antes disso, observou-se o fracasso da experiência confederativa que envolvia as 13 ex-colônias durante a independência que ocorreu em 1776 e a promulgação da Constituição em 1787

(Souto, 2019). Apontam-se como razões para o insucesso do Estado Confederado a desconfiança recíproca entre os signatários do pacto e a inexistência de instrumentos jurídicos efetivos que pudessem ensejar a adoção de uma política nacional e superar a vaidade dos governadores (Souto, 2019).

O modelo americano de federalismo é apontado como um “federalismo competitivo”, idealizado com a finalidade de evitar a tirania do governo central e manter as diferenças entre os estados membros da federação (Hermany; Camargo, 2020).

No que se refere ao Brasil, a história federativa é diversa, considerando que a primeira forma de Estado adotada pela Constituição Imperial de 1824 (Brasil, 1824) seguiu um modelo de Estado Unitário, com “perfil altamente centralizador”, caracterizado por: i) permitir ao Imperador a nomeação e remoção, de forma livre, dos Presidentes das Províncias; e ii) limitar a autonomia legislativa provincial, mesmo com relação a assuntos de interesse regional (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2015). A opção pelo modelo federalista também foi confirmada pela Constituição de 1891 (Brasil, 1891).

Realizados esses breves apontamentos, no que se refere à CRFB/88, Abboud (2019, p. 540) assenta que o pacto federativo é um “preceito constitucional que deve, necessariamente, ser resguardado em nosso ordenamento. Prova dessa afirmação é o fato de que os arts. 34, 35 e 36 da CF/1988 asseguram a possibilidade de intervenção para garantir a proteção da Federação”.

A CRFB/88 (Brasil, 1988) ainda foi além, ao incluir os Municípios como entes da Federação, sendo regidos por sua lei orgânica, que expressa a sua capacidade de auto-organização, com competência, inclusive para suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II da CRFB/88).

Por outro lado, o Poder Constituinte federal tem o dever de respeitar o conteúdo essencial da autonomia dos demais entes federados, incumbindo à federação assegurar o exercício efetivo da autoridade dos demais entes federados, tendo em vista que a maioria dos Estados federais preveem matérias reservadas a cada um dos entes que a compõem (Miranda, 2019).

Com relação à educação, o art. 22 da CRFB/88 (Brasil, 1988) estabelece a competência privativa da União para legislar sobre “diretrizes e bases da educação nacional” (inciso XXIV). Constitui competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, dentre outras, proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (art. 23, V).

No plano legislativo, compete à União, aos estados federados e ao Distrito Federal legislar de forma concorrente sobre “educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” (art. 24, IX). Aos municípios, por sua vez, compete a manutenção (com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados) de programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, VI).

Conforme se observa, em matéria direito à educação, o modelo brasileiro se assemelha ao federalismo alemão, denominado “federalismo de cooperação”, que substitui a rivalidade federalismo competitivo pela cooperação e solidariedade entre os entes federados, visando diminuir

as desigualdades e assegurar o equilíbrio (Hermany; Camargo, 2020), destacando Melo e Ramos (2021, p. 730), que diante dos efeitos da pandemia provocada pela COVID-19 “o modelo de federalismo cooperativo desenhado pela Constituição de 1988 nunca se apresentou tão necessário”, considerando que os municípios, que representam os entes políticos em maior número, quase na sua totalidade, são os mais vulneráveis na relação interfederativa.

Desta forma, em que pesa o relevante papel dos municípios na implementação do programa nacional de alimentação escolar, considerando a sua competência para estabelecer programas de educação infantil e de ensino fundamental, não se pode ignorar que constitui dever da União e dos Estados prestar a necessária “cooperação técnica e financeira” para a consecução desse objetivo, especialmente em localidades com menor poder aquisitivo e com dificuldades de assegurar a concreção desse direito social.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS

A efetivação dos direitos sociais percorreu e ainda tem um longo caminho a seguir, especialmente se considerarmos o que foi idealizado pelo Legislador Constituinte de 1988, que estabeleceu uma série de direitos e garantias fundamentais, muitos deles classificados como direitos sociais, que demandam a adoção de prestações positivas por parte do Poder Público.

Com relação ao contexto histórico, Miranda (2018, p. 37), aponta que a consolidação dos direitos sociais é fruto de um movimento ocorrido nos últimos 100 anos “em ondas sucessivas e, em alguns casos, com refluxos”. Na Europa, o seu desenvolvimento foi marcante no período compreendido entre 1945 a 1990, com a concessão de abonos familiares, de benefícios de segurança social, a garantia de acesso a serviços de saúde e de educação (Miranda, 2018).

Nessa perspectiva, Miranda (2018) ressalta os avanços ocorridos no Brasil nos últimos anos, considerando que a situação varia bastante nos demais países da América Latina e, em quase todos os países asiáticos e africanos o Estado Social representa muito mais uma aspiração do que uma realidade.

De acordo com Tavares (2018), a CRFB/88 inaugurou uma nova concepção socioeconômica visando promover a transformação social da nossa sociedade, dependendo o sucesso desse pacto social constitucional da atuação da sociedade e das instituições, especialmente do Poder Público, a quem cabe colocar em prática o que será feito e como será feito (Hernández; Montiel, 2019).

Tavares (2018, p. 110-111), destaca que, em que pesem os significativos avanços normativos ocorridos, a realidade atual é que muitos dos direitos sociais soam como “meras promessas constitucionais”, verificando-se no país uma prática de “bloqueio” desses direitos por interesses “superiores” do poder econômico, promovendo-se a perpetuação de relações de dominação social “dissimuladas, assimétricas e estagnadoras que impedem um real avanço democrático e um adequado desenvolvimento socioeconômico do país”.

Piovesan, Quixadá e Fukunaga (2018, p. 245) salientam que o valor da dignidade humana

foi elevado a princípio fundamental pela CRFB/88, constituindo um “núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988”.

A propósito, Barroso (2012, p. 72), afirma que a dignidade humana representa um consenso ético essencial no mundo ocidental, mas mesmo assim, nenhum documento jurídico nacional ou estrangeiro se dignou a tentar oferecer uma definição para o termo “deixando o significado intrínseco da dignidade humana para o entendimento “intuitivo”.

O autor ressalta que há uma relação íntima entre a dignidade humana e os direitos humanos “como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano” (Barroso, 2012, p. 75).

Segundo Sarlet (2007, p. 87), a dignidade humana na condição de valor fundamental “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”, de modo que “sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade”.

No que se refere à adoção e à manutenção de políticas públicas, a dignidade humana apresenta como elemento o valor comunitário, também denominado de elemento social da dignidade, que impõe o dever do Estado e da comunidade de estabelecer metas coletivas visando, dentre outros objetivos, a proteção dos direitos fundamentais de terceiros (Barroso, 2012), especialmente no que se refere à proteção do mínimo existencial, que segundo Sarmento (2019) corresponde à absoluta rejeição da “filosofia social-darwinista”, impondo o entendimento de que o Estado e a sociedade possuem o dever moral e jurídico de fornecer as condições materiais básicas aos necessitados que não possuem meios para se sustentar.

Entretanto, observa-se que a teoria do mínimo existencial é objeto de críticas no Brasil, considerando que, de acordo com a CRFB/88, uma ordem constitucional justa deveria visar a promoção da justiça social e não apenas “se contentar com a garantia do mínimo existencial para aplacar a miséria”, utilizando “as armas da Constituição para transformar o *status quo*, buscando muito mais do que a simples garantia das condições mínimas de subsistência para os miseráveis” (Sarmento, 2019, p. 209).

Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco (2002), assentam que os direitos prestacionais encontraram uma receptividade inédita na CRFB/88, que resultou na abertura de um capítulo específico dedicado aos direitos sociais, além da previsão de vários outros direitos a prestações ao longo do texto constitucional.

Na lição de Canotilho (2003), o direito à “segurança social”, bem como a outros direitos sociais, a exemplo da educação, impõem a adoção de uma “*política de solidariedade social*”, considerando que os direitos sociais são efetivados por meio de políticas públicas baseadas no princípio básico e estrutural da solidariedade social. O autor defini a política de solidariedade social como:

[...] o conjunto de dinâmicas político-sociais através das quais a comunidade política (Estado, organizações sociais, instituições particulares de solidariedade

social e, agora, a Comunidade Europeia) gera, cria e implementa protecções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural como, por exemplo, o sistema de segurança social, o sistema de pensões de velhice e invalidez, o sistema de creches e jardins-de-infância, o sistema de apoio à terceira idade, o sistema de protecção à juventude, o sistema de protecção de deficientes e incapacitados (Canotilho, 2003, p. 518-519).

Segundo Barcellos (2008, p. 112) o conceito de políticas públicas é “[...] bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas”.

A autora destaca que a adoção de um “conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade” (Barcellos, 2008, p. 112), muito embora a edição de uma lei criando uma política pública de determinado direito, por si só, representa apenas um importante ponto de partida para a sua efetivação, tendo em vista que a transformação da realidade não ocorrerá “magicamente à expedição da norma” (Barcellos, 2018, p. 438).

Com relação especificamente ao estabelecimento de políticas públicas visando a efetivação de direitos fundamentais, Barcellos (2008) aponta a consolidação de alguns axiomas teóricos que já se incorporaram à prática jurídica, como: i) a normatividade das disposições constitucionais, que inclusive desfrutam uma superioridade hierárquica no ordenamento jurídico; ii) o status diferenciado dos direitos fundamentais, em razão da centralidade do homem e da sua dignidade; e iii) a submissão dos poderes públicos à Constituição, em decorrência da adoção de um modelo de Estado de Direito, que limita o exercício do poder político e estabelece vinculações mínimas aos agentes políticos, notadamente no que se refere à concreção de direitos fundamentais.

Desta forma, todos os atos praticados pelo Poder Público, independentemente do ente federado e qualquer que seja o caso ou circunstância, devem sempre visar a concreção dos direitos sociais previstos na CRFB/88, notadamente aqueles mais essenciais, como é o caso do direito social à alimentação.

4 ANÁLISE DO FOMENTO DA AGRICULTURA FAMILIAR EM MUNICÍPIOS DO ESTADO DE ALAGOAS/AL BEM COMO DO SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL

A diretriz instituída pela Lei nº 11.947 de 2009 estabelece a conexão e a intersetorialidade do Programa Nacional de Alimentação Escolar, vinculando a destinação de no mínimo 30% dos recursos repassados a estados, municípios e Distrito Federal a agricultores familiares (Brasil, 2009). Diante disso, por meio da pesquisa quantitativa buscou-se analisar os dados coletados na plataforma do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e no Censo Agropecuário, ambos

referentes ao ano de 2017, com foco no estado de Alagoas.

A escolha do estado não fora aleatória, Alagoas é conhecido por ser um dos grandes fomentadores do Programa Nacional de Alimentação Escolar como também por conter alta representatividade de agricultores familiares. Para tanto, utilizou-se a amostra de vinte (20) municípios sendo esses possuidores dos dez maiores e dez menores percentuais de estabelecimentos agropecuários classificados como Agricultura Familiar em relação ao total de estabelecimentos agropecuários no município.

Nesse sentido, Alagoas apresenta um total de 102 municípios (IBGE, 2010) tendo a amostra utilizada para a presente pesquisa uma representação de aproximadamente vinte porcento (20%). A técnica amostral utilizada foi a probabilística por conglomerados, ou seja, selecionou-se dois grupos a partir de suas características distintas de percentuais de estabelecimentos agropecuários e dentro de cada grupo esse valor não se apresenta com tanta margem de diferença.

A partir da amostragem representativa, buscou-se identificar os dados dos municípios e relacioná-los com respectivos recursos destinados à agricultura familiar, como ilustrado pelas tabelas I e II. A tabela I infere os dez municípios alagoanos que mais possuem percentual de estabelecimentos classificados como agricultores familiares; a partir da terceira coluna tem-se os recursos destinados aos municípios, o recurso repassado para os estabelecimentos de agricultura familiar e a última coluna representa em porcentagem esse repasse.

De maneira similar, a tabela II correlaciona os dez municípios alagoanos que menos possuem percentual desses estabelecimentos.

Tabela 1 – Municípios representantes das dez maiores porcentagens quantitativas de agricultores familiares e suas respectivas informações.

OS 10 MUNICÍPIOS DO ALAGOAS COM MAiores PORCENTAGENS DE AGRICULTURA FAMILIAR				
MUNICÍPIOS	% de Agricultores Familiares	Recursos do PNAE	Recursos destinados à Agricultura Familiar	% da A.F no PNAE
Jundiá	90,67	R\$ 117.837,00	R\$ 59.117,30	50,17
São José da Tapera	91,25	R\$ 786.302,00	R\$ 261.102,59	33,21
Girau do Ponciano	91,4	R\$ 810.130,00	R\$ 0,00	0
São Brás	91,65	R\$ 115.432,00	R\$ 34.529,03	29,91
Olho d'Água do Casado	92,1	R\$ 165.976,00	R\$ 48.201,91	29,04
Traipu	93,61	R\$ 475.220,80	R\$ 93.332,60	19,64
Monteirópolis	94,3	R\$ 163.496,00	R\$ 56.419,08	35,73
Porto Real do Colégio	94,62	R\$ 266.106,00	R\$ 64.548,90	24,08
Belo Monte	96,59	R\$ 166.080,00	R\$ 38.158,00	22,98
Campo Grande	96,62	R\$ 233.316,00	R\$ 17.465,20	7,49

Fonte: Elaboração Própria. Dados coletados na plataforma do FNDE (Brasil, 2017) e pelo Censo Agropecuário (IBGE, 2017).

Tanto na tabela acima como na tabela abaixo, há demonstração em suas colunas da direita para a esquerda os dez municípios selecionados por meio do critério escolhido, a saber, as porcentagens de agricultores familiares existentes em cada município, além dos recursos do Programa Nacional de Alimentação Escolar destinados a cada um deles, o valor que cada município destina aos agricultores familiares e por fim esse valor em porcentagem.

Tabela 2 – Municípios representantes das dez menores porcentagens quantitativas de agricultores familiares e suas respectivas informações.

OS 10 MUNICÍPIOS DO ALAGOAS COM MENORES PORCENTAGENS DE AGRICULTURA FAMILIAR				
MUNICÍPIOS	% de Agricultores Familiares	Recurso do PNAE	Recurso destinado a Agricultura Familiar	% da A.F no PNAE
Santa Luzia do Norte	15,79	R\$ 205.476,00	R\$ 0,00	0
Barra de Santo Antônio	26,66	R\$ 518.231,20	R\$ 97.655,70	18,84
Maceió	38,64	R\$ 4.426.424,00	R\$ 209.087,96	4,72
Coqueiro Seco	46,34	R\$ 184.727,20	R\$ 0,00	0
Pilar	46,89	R\$ 517.440,00	R\$ 141.088,77	27,27
Marechal Deodoro	47,52	R\$ 965.770,87	R\$ 226.671,00	23,47
Satuba	47,82	R\$ 244.000,00	R\$ 68.014,94	27,87
São Miguel dos Campos	51,35	R\$ 515.960,00	R\$ 275.910,49	30,12
São José da Laje	57,02	R\$ 425.560,00	R\$ 80.619,38	18,94
Branquinha	58,75	R\$ 378.514,40	R\$ 0,00	0

Fonte: Elaboração Própria. Dados coletados na plataforma do FNDE (Brasil, 2017) e pelo Censo Agropecuário (IBGE, 2017).

A noção extraída de ambas demonstra a relevância do direito fundamental à alimentação na consagração do metaprincípio da dignidade da pessoa humana, inserto no art. 1º, III, da CRFB/88. Häberle (2009, p. 89) afirma:

A dupla direção protetiva da cláusula da dignidade humana significa: ela é um direito público subjetivo, direito fundamental do indivíduo contra o Estado (e contra a sociedade) e ela é, ao mesmo tempo, um encargo constitucional endereçado ao Estado, no sentido de um dever de proteger o indivíduo em sua dignidade humana em face da sociedade (ou de seus grupos). O Estado deve criar as condições para levar isso a cabo, de tal sorte que a dignidade humana não seja violada por terceiros (integrantes da sociedade). Esse dever constitucional pode ser cumprido classicamente, portanto jurídico-defensivamente, mas também pode ser desempenhado jurídico-prestacionalmente; ele pode ser realizado por caminhos jurídico-materiais e por vias processuais (no sentido de um *status activus processualis*), bem como por meios ideais e materiais.

Uma constatação importante deve ser realizada ante o exposto até o presente momento sobre os as pessoas em situação de fome e a tutela material deste direito: no plano internacional, há o reconhecimento das questões envolvendo desigualdade e vulnerabilidade entre pessoas e grupos distintos decorrentes de situação de fome, não sendo um aspecto exclusivo da realidade social brasileira.

Seria equivocado pensar, nesse sentido, que o Brasil apenas apresenta tais desigualdades por se tratar de um país emergente, já que, mesmo em países desenvolvidos como os Estados Unidos, é possível verificar a desigualdade e a vulnerabilidade como problemas usuais em função dos arranjos sociais predominantes, não obstante a existência de constituições e legislações baseadas em ideais democráticos, pautados pela dignidade da pessoa humana, pela igualdade e por outros fatores comuns na defesa intransigente dos Direitos Humanos.

A primeira grande cristalização internacional do pensamento jurídico em matéria de direitos humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos¹, adotada em 1948, após os horrores da II Guerra Mundial. A Declaração consagra o direito humano à alimentação no contexto do direito a um padrão de vida adequado.

O PNAE ainda pode representar um importante instrumento de consecução dos fins almejados pela ordem econômica na CRFB/88 (Brasil, 1988), que objetiva assegurar a todos uma “existência digna” (art. 170, *caput*), observando a função social da propriedade (art. 170, III), visando ainda a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII) e o pleno emprego (art. 170, VIII).

Além da sua importância no combate à fome e na efetivação do direito social à alimentação, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) possui ainda diretrizes intersetoriais ao fomentar o fortalecimento da agricultura familiar e incentivar as economias locais, com a obrigatoriedade da destinação dos recursos para a aquisição de alimentos provenientes da agricultura familiar, com potencial para contribuir com a consecução de todos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil, 1988), como: i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); ii) a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II); iii) a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e iv) a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

Foram compilados e analisados dados com a finalidade de obter informações que possibilitassem trazer resultados quantitativos para a pesquisa, para que esses embasassem a relação entre o Programa Nacional de Alimentação Escolar e o desenvolvimento territorial local por meio da aquisição de alimentos por meio da agricultura familiar, como determina o instrumento regulador. Sob essa perspectiva, apesar do disposto na Lei nº 11.947 de 2009, que obriga a destinação de no mínimo 30% dos recursos repassados aos municípios pelo PNAE à aquisição de alimentos advindos de estabelecimentos de agricultores familiares, verificou que a maioria dos municípios alagoanos analisados não cumprem essa diretriz.

A tabela I demonstra que dentre os dez municípios que mais possuem percentual de estabelecimentos de agricultura familiar apenas três deles destinam 30% ou mais do total de recursos a esses produtores, são eles: o município de Jundiá com 50,17%; o município de São José da Tapera com 33,21% e o município de Monteirópolis com 35,73%. Neste cenário, não obstante a agricultura familiar no município componha a grande maioria dos estabelecimentos, 90% ou mais, os mesmos não são fomentados pela própria gestão local que é a responsável por incentivar e auxiliar na inclusão desses produtores no programa. Além disso, ainda diante da análise da tabela I destaca-se o município de Girau do Ponciano que apesar de conter 91,4% de estabelecimentos que representam a agricultura familiar, no ano de 2017, nenhum recurso do PNAE foi destinado a eles.

Com relação a tabela II, que representa os dez municípios com menores percentuais de

¹ Art. 25.1: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”.

estabelecimentos de agricultura familiar, os resultados não são diferentes, apenas o município de São Miguel dos Campos esteve de acordo com a diretriz com 30,12% dos recursos destinados à compra de alimentos de agricultores familiares locais. Ainda, destaca-se que, dentre estes municípios, três deixaram de destinar recursos do PNAE a agricultores familiares: Santa Luzia do Norte, Coqueiro Seco e Branquinha. Vale destacar que todos os municípios, mesmos os que contêm os menores percentuais possuem estabelecimentos de agricultores familiares, o que confirma mais uma vez que de alguma forma a problemática não está na existência ou não de agricultura familiar e nem mesmo da quantidade destes estabelecimentos, mas sim da inclusão nas agendas locais de incentivos e fomentos a esses.

Os dados do 2º Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 no Brasil (Penssan, 2022) publicado em Junho de 2022 que divulgou informações sobre segurança alimentar por Estado-membro da federação mais o Distrito Federal, informou que proporção de alagoanos famintos é duas vezes a média nacional, qual seja, 15,5%.

O relatório aponta ainda que houve evolução no quadro da fome no país – ainda que negligenciada pelos Governos Federal e Estaduais já que em 2018, 5,8% dos brasileiros passavam fome. Em 2020, essa parcela subiu para 9% e, em 2022, chegou aos atuais 15,5%, que representam 33 milhões de brasileiros.

No ranking da fome, a insegurança alimentar grave do Alagoas é seguida daquela do Piauí com 34,3%; Amapá com 32%; Pará com indicador de 30%; Sergipe com índice de 30% e, por fim, Maranhão com 29,9%.

Já abaixo da média nacional estão os Estados de Santa Catarina com 4,6%; Minas Gerais com 8,2%; Espírito Santo com indicador de 8,2%; Paraná, na região Sul do país com 8,6%; e, finalmente, Mato Grosso do Sul na região Centro-Oeste com 9,4%.

Os dados do relatório foram colhidos a partir de entrevistas em 12.745 domicílios, em áreas urbanas e rurais, entre abril de 2021 e abril de 2022.

Outro dado extraído do relatório que é bastante relevante é que a fome está diretamente associada ao endividamento das famílias, especialmente no período pandémico, assim, os estados-membros das regiões Norte e do Nordeste têm maior número em porcentagem. O destaque, infelizmente, fica por conta de Alagoas com indicador de 57,5% das famílias.

Ressalta-se, ainda, a relevância das políticas públicas de comercialização e segurança alimentar para a sobrevivência da categoria “agricultoras(es) familiares”, cumprindo com a premissa de que as políticas públicas devem com base na realidade social buscar contribuir para a superação das desigualdades (Gonçalves, 2013).

O direito humano à alimentação adequada, doravante chamado de DHAA, é indispensável para a sobrevivência, sendo considerado internacionalmente como pré-requisito para a realização de outros direitos. Ele é reconhecido desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (ONU, 1948). Além disso, compõe o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elaborado em 1966 (ONU, 1966) e ratificado em 1992, internalizado por meio do Decreto federal nº 591, de 6 de julho de 1992 (Brasil, 1992).

A base legal nacional associada ao DHAA inicia com a CRFB/88 que entendeu a saúde como um direito social, tanto no caput do art. 6º como como pilar da seguridade social, dos arts. 196 a 200, sendo sistema não contributivo e atendendo aos brasileiros e estrangeiros em trânsito e residentes no país.

Contudo, não obstante estar previsto na CFRB/88, na Lei federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Brasil, 1990), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, a alimentação foi tratada como uma das condicionantes da efetivação do direito à saúde.

Assim, nos termos do art. 3º, os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do país, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Ou seja, como norma programática que é a referida Lei, a alimentação ganha contornos de saúde pública e a questão da fome, relevância quando tratada pelos entes federativos como prioridade, seja por meio de ações estatais, seja por meio de parceiras e iniciativas com a sociedade civil.

O DHAA implica em duas dimensões indivisíveis, de estar livre da fome e em ter acesso à alimentação adequada. O direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção.

O DHAA não deverá, portanto, ser interpretado em um sentido estrito ou restritivo, que o equaciona em termos de um pacote mínimo de calorias, proteínas e outros nutrientes específicos.

O termo adequada envolve diferentes aspectos, são eles: diversidade; qualidade sanitária; adequação nutricional; alimentos livres de contaminantes, agrotóxicos e organismos geneticamente modificados; acesso a recursos financeiros ou a recursos naturais, como a terra e água; respeito e valorização da cultura alimentar regional; acesso a informação; e realização de outros direitos (Leão; Recine, 2011).

A legislação federal que respalda o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Brasil, [2021]) é:

a) Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006: Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) para assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências;

b) Decreto nº 6.272, de 23 de novembro de 2007: Dispõe sobre as competências, a composição e o funcionamento do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA);

c) Decreto nº 6.273, de 23 de novembro de 2007: Cria, no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN);

d) Decreto nº 10.713, de 07 de junho de 2021: Dispõe, no âmbito do Sistema Nacional

de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), sobre a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN);

e) Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010: Altera o artigo 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social;

f) Decreto no 7.272, de 25 de agosto de 2010: Regulamenta a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas a assegurar o direito humano à alimentação adequada, institui a Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - PNSAN, estabelece os parâmetros para a elaboração do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, e dá outras providências;

g) Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional: O Plano é um instrumento construído de forma participativa, que envolve diferentes setores e políticas públicas, tendo como objetivo o planejamento, a gestão e a execução da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.

Logo, é impossível falar em desenvolvimento nacional sem a promoção efetiva da cidadania e do combate à fome, especialmente nas localidades em que há mais vulnerabilidade em razão da má-distribuição de renda, além de buscar concretizar a dignidade, a saúde e a qualidade de vida de seus cidadãos, resultando em economia na saúde, com impacto claro nos orçamentos nacional, estaduais e municipais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos dados bem como da fundamentação teórica estabelecida o presente trabalho possibilitou algumas reflexões específicas e mais amplas no que tange à temática. Especificamente, evidenciou-se que o desenvolvimento territorial, para além da abordagem de programas nacionais e do modelo de federalismo cooperativo desenhado pela CRFB/88, notadamente no que se refere ao direito à educação, incluindo a alimentação escolar, deve ser fomentado pela gestão local, pois caso contrário há o surgimento de lacunas que fazem com o que os objetivos e diretrizes de políticas públicas fiquem à margem da deriva, como no caso da diretriz analisada, na qual mesmo entre os dez municípios que mais possuem percentual de estabelecimentos de agricultura familiar, apenas três deles destinam 30% ou mais do total de recursos a esses produtores rurais locais, destacando-se a situação de Girau do Ponciano que, apesar de 91,4% dos estabelecimentos se enquadram como de agricultura familiar, no ano de 2017, nenhum recurso do PNAE foi destinado a eles.

O objetivo da pesquisa se confirma com a exis­téncia da política pública de alimentação em consagração ao art. 6, caput, da CRFB/88, contudo, com a possibilidade de sua ineficácia, inviabilizando o desenvolvimento humano a partir desta necessidade, qual seja, a de alimentação adequada em consagração ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante da exposição teórica no desenvolvimento do artigo percebe-se que o modelo

brasileiro de federalismo é o chamado “federalismo de cooperação”, em termos simples, tem-se a solidariedade entre os entes federados cujo principal propósito é minimizar das diferenças entre eles e assegurar o equilíbrio. Ao considerar as políticas sociais isso se representa ainda mais emergente visto que ao considerar a representatividade numérica dos municípios atrelada as inúmeras fragilidades de recursos que os mesmos apresentam, acabam sendo os mais vulneráveis na relação interfederativa ao mesmo tempo em que são os maiores efetores das implementações das políticas nacionais. Por esse e outros motivos, resolveu-se identificar por meio dos dados quantitativos a PNAE e compreender por meio da análise numérica a correspondência entre uma política nacional e a sua implementação de fato.

Em uma visão mais amplificada da análise, pode-se afirmar que o descumprimento da diretriz ocasiona fragilidades na concretude de direitos sociais, em especial, à alimentação, também, impactando negativamente nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e nos princípios que devem nortear a ordem econômica, como a redução das desigualdades regionais e sociais, previstos na CRFB/88.

Por fim, a presente pesquisa baseou-se em uma análise quantitativa dos dados coletados possibilitando dessa forma que futuros trabalhos possam fazer projeções mais profundas vinculadas a uma análise qualitativa da temática e da população estudada visando compreender a execução do programa e o fomento do desenvolvimento local a partir de outros espectros. Ainda, afirma-se que diante do que fora apresentado nesse artigo, a temática envolvida é de extrema relevância para o contexto científico e também para que surjam projetos que visem auxiliar a implementação da PNAE e também incentivar a agricultura familiar como uma excelente estratégia de ampliação de empregos e da qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **30 anos da constituição de 1988**: direitos fundamentais, políticas públicas e novas questões. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição federal 30 anos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRASIL. (Constituição [1891]). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**

de 24 de fevereiro de 1891. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em congresso constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1891. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição [1824]]. Constituição política do império do Brasil de 25 de março de 1824. Manda observar a constituição política do império, oferecida e jurada por sua magestade o imperador. Rio de Janeiro, DF: Presidência da República, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Decreto n. 37.106, de 31 de março de 1955. Institui a companhia da merenda escolar. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, 2 abr. 1955. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-37106-31-marco-1955-332702-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Ministério da Educação. Fundo Nacional de Alimentação Escolar. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/programas/pnae>. Acesso: 29 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 11.947, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do programa dinheiro direto na escola aos alunos da educação básica; altera as leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da medida provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em: 29 nov. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Lei n. 8.913, de 12 de julho de 1994. Dispõe sobre a municipalização da merenda escolar. Brasília, DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8913.htm. Acesso em: 1 mar. 2023.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome. Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília, DF: O Ministério, [2021]. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/acesso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional>. Acesso em: 1 mar. 2021.

BRASIL. Resolução n. 06, de 08 de maio de 2020. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do programa nacional de alimentação escolar - PNAE. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, edição 89, p. 38, 12 maio 2020.

Disponível em: <https://cecanesc.paginas.ufsc.br/files/2020/05/RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-6-DE-8-DE-MAIO-DE-2020-RESOLU%C3%87%C3%83O-N%C2%BA-6-DE-8-DE-MAIO-DE-2020-DOU-Imprensa-Nacional.pdf>. Acesso: 29 nov. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Maria da Graça M. **Psicologia, subjetividade e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 2013.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HERMANY, Ricardo; CAMARGO, Daniela Arguilar. O sistema de equalização financeira da alemanha, finanzausgleich, e as potencialidades de referenciar um federalismo cooperativo e municipalista no Brasil. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 768-805, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2020.40058>.

HERNÁNDEZ, Alejandro Moctezuma; MONTIEL, Luis Enrique Concepción. Proceso de institucionalización de la evaluación de las políticas públicas en materia laboral en México. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 3, p. 138-174, 2019. DOI 10.12957/rdc.2019.37952.

IBGE. **Censo 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>. Acesso em: 1 mar. 2024.

IBGE. **Indicadores municipais**: censo agropecuário 2017. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: https://mapasinterativos.ibge.gov.br/agrocompara/dados/def_indicadores.pdf. Acesso em: 6 dez. 2021.

LEÃO, Marília M.; RECINE, Elisabetta. O direito humano à alimentação adequada. In: TADDEI, José Augusto; LANG, Regina Maria Ferreira; LONGO-SILVA, Giovana; TOLONI, Mayssa Helena de Aguiar; VEGA, Juliana Bergamo (ed.). **Nutrição em saúde pública**. Rio de Janeiro: Editora Rubio, 2011.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa; RAMOS, Maria Raquel Firmino. COVID-19, federalismo fiscal e a crise financeira das cidades. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 729-752, 2021. DOI 10.12957/rdc.2021.56848

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártilres; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. A cidade e o alimento: fundamentos para a compreensão da integração dos meios urbano e rural enquanto diretriz da política urbana. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1713-1736, ago. 2018. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2018.32998>

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos de 1948**. Adotada e proclamada pela assembleia geral das nações unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. New York: ONU, 1948.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Adotada pela resolução n. 2.200-A (XXI) da assembléia geral das nações unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. New York: ONU, 1966.

PENSSAN – REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM SOBERANIA E SAN. **Insegurança alimentar e covid-19 no Brasil**: inquérito nacional sobre insegurança alimentar no contexto da pandemia da covid-19 no Brasil. Brasília, DF: Rede PENSSAN, 2022. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/06/securanca-alimentar-covid-8jun-2022.pdf>. Acesso em: 1 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia; QUIXADÁ, Letícia; FUKUNAGA, Nathália. Impacto nos direitos humanos. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição federal 30 anos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

ROCHA, Rayane. Fome avança e atinge 19,1 milhões de brasileiros: a fome no Brasil avançou e atingiu, em dois anos, mais 9 milhões de pessoas. **CNN Brasil**, São Paulo, 5 out. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/fome-avanca-e-atinge-mais-9-milhoes-de-brasileiros-nos-ultimos-dois-anos/>. Acesso em: 11 dez. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. O objetivo fundamental constitucional de erradicação da pobreza. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição federal 30 anos**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

SOUTO, João Carlos. **Suprema corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TAVARES, André Ramos. O STF e os direitos sociais em 30 anos da constituição do Brasil. In: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves (coord.). **Constituição federal 30 anos**. Ribeirão

Preto: Migalhas, 2018.

UNICEF - FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Relatório da ONU:** ano pandêmico marcado por aumento da fome no mundo: a África registrou o aumento mais significativo: é um momento crítico para o mundo, que precisa de ações urgentes para uma reversão até 2030. New York: ONU, 2021. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/relatorio-da-onu-ano-pandemico-marcado-por-aumento-da-fome-no-mundo>. Acesso em: 8 dez. 2021.

Recebido em: 15/12/2021

Aceito em: 25/05/2023

ACESSO A DIREITOS SOCIAIS PELOS NÚCLEOS DE PRÁTICA JURÍDICA: ESTUDO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE VIÇOSA/MG

ACCESS TO SOCIAL RIGHTS THROUGH LEGAL PRACTICE CORE: STUDY FROM THE FEDERAL UNIVERSITY OF VIÇOSA/MG

Gabriel Pereira Penna Andrade*
Luiz Ismael Pereira**
Patrícia Ferreira Batista***

*Mestrando em Ciência Política, pela UFMG. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e políticas na América Latina - DIPAL. E-mail: gabrielpennaandrade@gmail.com

**Doutor em Direito Político e Econômico (2017), Mestre em Direito Político e Econômico (2013) e Graduado em Direito (2010), todos pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Realizou pesquisa de Pós-Doutorado no PPG em Difusão do Conhecimento na UFBA/UNEB. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e políticas na América Latina - DIPAL. Pesquisador do GT CLACSO Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos (2019-2022) e do Núcleo Interdisciplinar de Estudos de Gênero (NIEG/UFV). Professor no Departamento de Direito e Docente Permanente no Programa de Pós-Graduação em Administração Pública, ambos da Universidade Federal de Viçosa (UFV). E-mail: luiz.ismael@ufv.br

***Graduada em Geografia pela Universidade Federal de Viçosa. Membro do Grupo de Pesquisa Direito e políticas na América Latina - DIPAL. E-mail: patybatifb@gmail.com

Como citar: ANDRADE, Gabriel Pereira Penna; PEREIRA, Luiz Ismael; BATISTA, Patrícia Ferreira. Acesso a direitos sociais pelos núcleos de prática jurídica: estudo da Universidade Federal de Viçosa/MG. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 161, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.45431>

Resumo: Este artigo objetiva analisar os dados da judicialização dos direitos sociais no Laboratório de Prática Jurídica da Universidade Federal de Viçosa/MG (LPJ). Pretendeu-se entender as consequências da individualização/coletivização das políticas públicas na judicialização, suas variáveis e o papel dos escritórios-modelo. Realizaram-se revisão bibliográfica e a coleta de dados dos casos do LPJ e do Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário (Tribunal de Justiça de Minas Gerais), de 2010 a 2018, com aprovação ética pelo sistema CEP/CONEP. As conclusões apontam que existe desconfiança nas soluções coletivas e pré-processuais para os direitos sociais; há uma demanda contingente no perfil dos clientes do LPJ; e, por fim, que há oportunidades de benefícios da assistência judiciária gratuita nos Municípios de médio-pequeno porte, em especial no campo dos direitos sociais.

Palavras-chave: direitos sociais; judicialização; núcleos de prática jurídica; políticas públicas.

Abstract: This article aims to analyze data from the judicialization of social rights in the Legal Office for Aid Services at the Federal University of Viçosa / MG (LPJ). It was intended to understand the consequences of the individualization / collectivization of public policies in judicialization, its variables and the role of Legal offices. This study uses bibliographic review and data collection of LPJ cases and at the Judicial Strategic Information System (Court of Appeals of the State of Minas Gerais), from 2010 to 2018, with ethical approval by the CEP/CONEP system. This

paper's conclusions point out that there is distrust in collective and pre-procedural solutions for social rights; there is a contingent demand in the LPJ's customer profile; and, finally, that there are opportunities to benefit from free legal aid in medium-small municipalities, especially in the field of social rights.

Keywords: social rights; judicialization; legal offices for aid services; public policy.

INTRODUÇÃO

O porteiro apercebe-se de que o fim do homem está próximo, e como é quase surdo, berra-lhe ao ouvido para se fazer ouvir “Ninguém mais podia obter a autorização de entrar, porque esta entrada se destinava só a ti. Agora, vou-me embora e fecho-a (Franz Kafka. *O processo*).

A famosa alegoria narrada por K. no livro *O processo*, de Franz Kafka, popularizada com o nome “Diante da lei” nos permite perceber o sentido de se construir uma nova narrativa para a capilarização do ainda indispensável acesso à justiça. Isso se torna ainda mais importante quando falamos do acesso a direitos sociais, para alguns, custosos; para outros, obrigatórios; mas, para todos, incontornáveis. O contexto do início do século XXI nos coloca, ainda, o aumento de agentes legítimos para se obter a ‘autorização para entrar’ e, ainda, para sair do sistema do Poder Judiciário.

A partir do ano de 2015, o sistema de representação processual passa a contar com um novo ator, antes reconhecido na literatura, mas, até então, não plenamente legitimado pelo Poder Judiciário brasileiro: os núcleos de prática jurídica (NPJ). A importância da sua atuação os coloca em patamar semelhante ao das defensorias públicas, recebendo o mesmo tratamento legal.¹ O texto legal veio consolidar uma realidade já existente em grande parte das Universidade brasileiras, onde tais escritórios-modelo são estabelecidos como campo indissociável de ensino, pesquisa e extensão de estudantes dos cursos de Direito e áreas afins.² Essa realidade é ainda mais importante quando pensamos na escala de Municípios de pequeno e médio porte, onde as defensorias públicas do Estado e da União sofrem ainda mais com a restrição de recursos humanos e financeiros.

A pesquisa será desenvolvida, inicialmente, com as seguintes problemáticas: as consequências dos caminhos de individualização/coletivização das políticas públicas no Poder Judiciário? Quais as variáveis devem ser tomadas em consideração pelo ativismo judicial e pelos demandantes? Qual o papel e impacto do Laboratório de Prática Jurídica, com o papel de articulação entre Ensino, Pesquisa e Extensão, na Universidade Federal de Viçosa (UFV), em relação à judicialização dos direitos sociais no Município de Viçosa e como as atividades desenvolvidas impactam no acesso à justiça?

O objetivo central será analisar os dados referentes à judicialização dos direitos sociais no Laboratório de Prática Jurídica da Universidade Federal de Viçosa/MG (LPJ/UFV). Algumas delimitações do tema serão realizadas para facilitar a análise dos dados: para o recorte temático, envolverá a judicialização dos direitos sociais, tendo em vista o impacto socialmente referenciado da judicialização das políticas públicas; para o recorte espacial, utilizar-se-á a Universidade Federal

¹ O art. 186, § 3º, da lei federal nº 13.105, de 16 de março de 2015 – O Código de Processo Civil, estabelece: “Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. [...] 3º O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública” (Brasil, 2015b).

² As Diretrizes Nacionais Curriculares dos cursos de Direito, dispostas na Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, da Câmara de Educação Superior, do Conselho Nacional de Educação, estabelecem a obrigatoriedade da prática jurídica nos Projetos Político Pedagógicos, coordenada pelos LPJ/NPJ (Brasil, 2018).

de Viçosa/MG pela importância e impacto em uma cidade de médio porte, do Estado de MG, que possui o maior número de Municípios do país, bem como o maior número de Universidades Federais; e para o recorte temporal, será delimitada a coleta de dados dos anos de 1996 a 2017, sendo marcado pelo início das atividades do LPJ/UFV até o momento da coleta dos dados.

O estudo possui as seguintes características: (i) quanto à natureza, é mista, ou seja, pura e aplicada, que discute as questões teóricas relativas à judicialização das políticas públicas e seus impactos na escala apresentada, permitindo a verificação da abrangência das conclusões para outros espaços; (ii) quanto à abordagem, é quantitativa, por levantar os dados da judicialização do Município de Viçosa, entre os anos 2010 a 2018, disponíveis no Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário (SIJUD), do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) e o impacto das ações promovidas pelo LPJ/UFV neste universo, e qualitativa, por analisar os dados do perfil de clientes assistidos, objeto das ações e política judicializada nos casos levantados; e (iii), quanto aos objetivos, é exploratória e descritiva, analisando o papel dos escritórios de prática jurídica no universo de Municípios de pequeno e médio porte e descrevendo as características que surgem do processo da judicialização.

Por se tratar de dados pessoais sensíveis (participação indireta de seres humanos) e que poderiam gerar danos pelo risco de vazamento, a coleta e análise realizada para o estudo de caso do LPJ/UFV que será analisada nesta pesquisa se deu após a aprovação do sistema CEP/CONEP, conforme previsto pela Resolução CNS nº 510/2016, que regulamenta a pesquisa ética com seres humanos nas áreas de ciências humanas e sociais, registrada e aprovada sob nº CAAE 07595119.6.0000.5153.³ A avaliação ética analisou a metodologia para acesso aos dados arquivados no LPJ relativos ao perfil dos pedidos, decisões e litigantes nas ações promovidas pelo LPJ/UFV na área dos direitos sociais, sendo necessária a garantia de seu sigilo e confidencialidade. A pesquisa tem como meta o embasamento do tripé ensino-pesquisa-extensão, sendo o LPJ/UFV um espaço de orientações acadêmica da prática jurídica, bem como de assistência judiciária à população de baixa renda da microrregião de Viçosa/MG.⁴

O público-alvo do escritório são indivíduos com renda familiar per capita inferior a um salário-mínimo e meio. O possível cliente procura o escritório e relata sua controvérsia jurídica a um dos secretários do laboratório, que possuem formação jurídica. Após a narração do caso, o secretário lança o problema em um banco de dados, orientando o possível cliente que também é possível encontrar assistência judiciária gratuita em outros NPJs da cidade ou na unidade local da Defensoria Pública do Estado. Os casos a serem patrocinados são escolhidos do banco de dados segundo o interesse dos estagiários, a especialidade dos professores que orientarão o discente e segundo estratégias pedagógicas. O quadro do escritório é preenchido por docentes que se disponibilizam a atuar como orientadores e por estagiários que escolhem realizar sua carga obrigatória de estágios no órgão. Não há, assim, nem obrigatoriedade que todos os docentes atuem

3 A aprovação do protocolo pode ser confirmada na Plataforma Brasil: <https://plataformabrasil.saude.gov.br/>.

4 Sobre o perfil dos litigantes beneficiários da assistência judiciária, o art. 5º, LXXIV, da CF/88, estabeleceu o seguinte: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Brasil, 1988).

no laboratório, nem que os estudantes realizem, no todo ou em parte, práticas no local.

Este artigo trabalhará com os seguintes movimentos: primeiro, discutiremos o papel da judicialização dos direitos sociais, ou seja, seu reconhecimento como direito público subjetivo na forma de Estado Democrático de Direito; segundo, analisaremos os dados coletados no Laboratório de Prática sobre casos judicializados e resolvidos por meio de composição extrajudicial, apresentando o papel dos escritórios modelo no contexto de cidades de médio porte semelhantes ao de Viçosa/MG. Por fim, finalizando com a principal contribuição científica da pesquisa, conclui-se que (i) existe uma possível falta de confiança nas soluções coletiva e pré-processuais no âmbito dos direitos sociais, (ii) há uma demanda contingente a partir do perfil dos(as) clientes do LPJ/UFV, e (iii) há campo de possibilidade de generalização dos ganhos da atuação da assistência judiciária gratuita nos Núcleos de Prática Jurídica de Municípios de médio-pequeno porte que podem ser beneficiadas pela atuação especializada das Universidades.

1 A QUESTÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais guardam ligação necessária com a instituição do Estado Social e Democrático de Direito. No Brasil, isto fica claro conforme o modelo proposto pela Constituição Federal de 1988 (CF/88). Ela não é inovadora no assunto, sendo que desde a Constituição de 1934 encontramos os direitos sociais como próprios da ideia de cidadania plena. A inovação se dá no contexto do processo de consolidação da redemocratização que se iniciava nos anos 1980. As promessas de abertura política resultantes do final do período ditatorial transformaram a Assembleia Nacional Constituinte na arena pública de discussão, dentre outros temas, da retomada do sufrágio universal, das garantias de liberdade de ir e vir, bem como a abertura do caminho para o cumprimento das promessas sociais que já caminhavam, pelo menos, desde os anos 1960: a efetividade dos direitos sociais já foi apontada pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

O art. 2º do Pacto (Brasil, 1992) coloca os Estados signatários como atores centrais na promoção dos direitos ali tratados, em especial a partir da adoção de duas medidas: (i) estratégias econômicas e técnicas e (ii) aprimoramento da legislação interna. Para uma realidade de economia periférica e subdesenvolvida como a brasileira, isso representa a adoção de uma atitude intervencionista para aprimoramento gradativo da efetivação dos direitos sociais por meio da técnica legislativa e do planejamento econômico. Há, portanto, uma interface necessária entre os campos jurídico e econômico, “De modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na Economia” (Bucci, 2006, p. 5).

Dai vem a ideia de que a inovação que coloca o Estado brasileiro no rumo das diretrizes de superação das desigualdades, do subdesenvolvimento e das discriminações a partir de 1988 está ligada à promulgação de uma Constituição que estabelece um plano de metas (art. 3º), que

determina a construção de uma agenda pública racionalmente planejada para seu atingimento (art. 174) e que estatui os direitos sociais ao patamar de direitos públicos subjetivos (art. 208, § 1º): em outras palavras, a partir de 1988 presenciamos o nascimento de uma Constituição Dirigente.

Ao estatuir os direitos sociais ao patamar de direitos fundamentais, a Constituição de 1988 abriu a oportunidade para que sua eficácia seja requerida por qualquer cidadão e cidadão como obrigação de fazer do Estado brasileiro. Isto quer dizer que foi aberta a porta do Poder Judiciário aos cidadãos e cidadãs para solicitar, legitimamente, a proteção contra violações a tais direitos, bem como o cumprimento das medidas legislativas, econômicas e técnicas para sua concretização. E esse é o conceito de direito público subjetivo: um conjunto de capacidades jurídicas que permitem ao titular do direito requerer um constrangimento judicial para o cumprimento de uma demanda social, sendo contingentes as possíveis situações de “comportamento ativo ou omissivo por parte do devedor”, ou seja, a tríade Estado-governo-Administração (Duarte, 2004, p. 113). Assim, as políticas públicas entram no debate jurídico como meio administrativo necessário para o caminho de superação do estado em que se encontra a sociedade brasileira, conforme o diagnóstico do art. 3º.

A possibilidade de judicialização, ou exercício do direito público subjetivo de demandar os direitos sociais, é um aspecto importante do próprio conceito de democracia. Aqui, a democracia é entendida não apenas como regime de governo aberto a todos(as) por meio do sufrágio universal. A democracia inclui uma gramática social, um reflexo que está ligado diretamente ao próprio sentido do direito, em especial em um Estado Democrático de Direito. A democracia tem como seu núcleo jurídico o sujeito de direito, um ser genérico que concentra as qualidades de igualdade jurídica e liberdade em suas mais diversas formas. Exercer essa igualdade e liberdade exige o estabelecimento de uma proteção, aqui também jurídica, pelo seu descumprimento ou limitação de exercício. Neste sentido, tais qualidades dotam seu titular da possibilidade de requerer do próprio Estado na função judicante o constrangimento legítimo por decisões com força executória. A democracia, portanto, é o regime dos direitos e da executoriedade destes direitos.

Sendo a judicialização parte inerente do processo democrático de instituição e executoriedade dos direitos públicos subjetivos, a melhor forma de enxergar sua dinâmica é o estabelecimento de uma abordagem multidisciplinar que reúna discussões jurídicas teóricas, empíricas e normativas para a caracterização deste objeto que também é jurídico. Esta abordagem já é conhecida comumente como Direito e Políticas Públicas (DPP), ou *Law and public policy*, permitindo a reunião de um conjunto de saberes do direito público, direito privado, direitos sociais e teoria do direito para a definição e eficácia das políticas públicas (Bucci, 2019; Kreis; Christensen, 2013.)

O fenômeno da judicialização da política que o trabalho apresenta pode ter dois aspectos no contexto jurídico: de um lado, a cobrança pela legalidade das opções tomadas do policymaker e, de outro, o acesso à justiça, ainda que a judicialização, isoladamente, não dê conta de todas as nuances desse último elemento.

No primeiro caso, o critério de obrigatoriedade de cumprimento de um comando

constitucional por parte do administrador já foi apresentado. Sendo a diminuição das desigualdades e combate à pobreza dois dos objetivos constitucionais, os mecanismos administrativos devem ser articulados para seu cumprimento. A legalidade que rege os atos da Administração Pública determina que somente os atos que forem autorizados ou determinados pelo sistema legal podem ser realizados. A democracia enquanto um substrato material dos objetivos constitucionais é quem determina tal vetor de comando para o start no ciclo das políticas públicas. Quaisquer medidas administrativas tomadas que violem o ordenamento jurídico como um sistema de princípios e regras devem ser afastadas pelo Poder Judiciário, designado como o guardião da lei e da Constituição.

Se o Poder Judiciário deve fiscalizar a legalidade dos atos administrativos no que diz respeito ao respeito à hierarquia normativa para ações, poder regulamentar, prestação de contas, publicidade dos atos, também deve adentrar no conteúdo quando este violar diretamente os princípios e regras constitucionais. Isto quer dizer que é possível que a discretionariedade dos atos administrativos seja fiscalizada, em especial quando violarem diretamente, desvirtuarem ou não cumprirem os objetivos propostos pela CF/88. Essa situação não era comum no campo da judicialização, pois a literatura jurídica no Direito Administrativo e Constitucional retirava do campo judicial a interferência sobre as escolhas tomadas pelo administrador. Agora, “os sintomas” desta maior participação do Poder Judiciário são enumerados como “lacunas, inércia e ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo, que tem como atribuição típica a promoção de políticas públicas, econômicas e sociais para cumprir o que determinada o texto constitucional”, em especial no que diz respeito aos direitos sociais (Oliveira; Lippi, 2020, p. 267).

O Supremo Tribunal Federal (STF), que possui competência constitucional sobre todo o território nacional como guardião da CF/88, julgou diversos casos solicitando a interferência na opção administrativa para o desenho de políticas públicas. Se no começo da discussão jurídica o tribunal pudesse entender que o princípio da separação de poderes impedia tal interferência, hoje, é claro o entendimento de que há ganhos coletivos maiores no impulso judicial que enfrente a discretionariedade administrativa e/ou legislativa, inclusive sua escolha pela omissão. O caso emblemático da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 MC/DF, deixa viva esta possibilidade:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens

cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado (Brasil, 2004b).

A ADPF 45 MC/DF estabeleceu um ponto de não-retorno na jurisprudência do STF, não mais tolerando que a escolha pela omissão, ou mesmo a má-escolha discricionária do policymaker fique sem controle judicial, um crivo constitucional motivado por um impulso ético-jurídico. É o caso do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581/RS, julgado em 2015 (Brasil, 2015c), que referendou a necessidade de que políticas públicas, como categoria jurídica e estratégia técnica, podem ser determinadas pelo Poder Judiciário, o que não significaria implementação direta da política pública pelo Poder Judiciário, mas controle das más-opções que violam direitos fundamentais sociais e transindividuais, representando um “poder contra-majoritário, oferecendo a necessária resistência à opinião pública ou a opções políticas que caracterizam o pensar de uma maioria de momento, flagrantemente incompatível com os valores e princípios básicos da convivência humana” (Brasil, 2015c, p. 40-41).

Não à toa, Barreiro e Furtado (2015) apontam a necessidade de incluir a judicialização no modelo do ciclo das políticas públicas, pois observam a grande influência que este aspecto de controle externo exerce sobre o poder público, em especial o *policymaker*. Temas como a escassez de recursos públicos, legitimidade das escolhas, a reserva do possível, a via judicial como aspecto inerente do exercício da cidadania e da gestão democrática perpassam a necessidade de revisar o modelo de modo a incluir, de maneira transversal, a judicialização das políticas públicas. Indo além, é importante pensar uma teoria das políticas públicas que também apresente meios alternativos de solução destes conflitos postos, hoje, perante o Poder Judiciário, o qual pode tanto favorecer, quanto prejudicar a boa implementação.⁵

Mas como definir as políticas públicas na abordagem DPP com o fim de possibilitar sua caracterização como objeto do direito público subjetivo? Como construir elementos que garantam a obrigatoriedade de fiscalização pelo Poder Judiciário e a legitimidade de medidas executórias contra o Estado-Governo-Administração? O conceito proposto por Maria Paula Dallari Bucci (2006), já amplamente difundido como abordagem de direito e políticas públicas, iniciou a oportunidade para a categorização da natureza jurídica das políticas públicas e o grau de causalidade para a judicialização dos direitos sociais.

Como um programa de ação governamental, as políticas públicas são atravessadas pela discussão ainda atual da centralidade do poder público para a organização de seu planejamento econômico, social e jurídico. A regulação jurídica está presente na construção do desenho (ou design) e é atravessada por um emaranhado de processos juridicamente definidos: o processo de planejamento, construído dentro de um processo administrativo que é caracterizado pela coordenação multidisciplinar do Programa, que constitui o conteúdo da política pública; os processos legislativo e orçamentário, com a apresentação de projeto de lei orçamentária pelo Poder Executivo perante o Poder Legislativo, o qual possui a competência de apresentar emendas e

⁵ Sobre os impactos da judicialização no contexto da formação de políticas nos EUA, concluindo, também relevância do julgamento pelo Poder Judiciário como influência normativa significativa, ver Clayton (2002).

aprovar a programação de gastos e determinações políticas; o processo eleitoral, com a construção de debates para a vitória de um projeto político que implementará, ou não, as políticas públicas; e, dentre outros, o processo judicial, que estará ligado diretamente à fase de avaliação externa do desenho institucional, tanto quanto a legalidade, quanto ao conteúdo de acordo com os parâmetros constitucionais.

Para a implementação e eficácia das políticas públicas, isto é, os programas de ação governamental, exige-se um complexo de ações que passam pela abertura institucional para as demandas sociais. O chamado processo de participação social da sociedade civil deve ser garantido desde o início do planejamento da agenda com o fim de garantir a correta percepção dos males envolvidos, da escala da ação, das características do público-alvo, do prazo necessário para a resolução do déficit democrático envolvido. Esse procedimento tende a diminuir a dissociação geradora do processo de judicialização, pois garantiria de antemão o estabelecimento de objetivos progressivos razoáveis, tanto diante da limitação orçamentária do poder público, quanto das urgências sociais ligadas à orientação constitucional dirigente (Pereira, 2016).

No segundo caso, como signo do acesso à justiça, o direito público subjetivo deve ser garantido por medidas que facilitem a entrada e a saída do Poder Judiciário. Não basta a possibilidade de judicializar, mas de adquirir o bem necessário para a implementação de meios de uma vida digna.

Para Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça é um conceito que se desenvolve com o tempo. Inicialmente, o acesso à justiça se focou, especialmente, na garantia de condições para que os cidadãos com menores recursos tenham condições materiais de serem partes em processos judiciais. Isso é feito, por exemplo, com a diminuição das custas judiciais e com a disponibilização de advogados públicos ou privados remunerados com dinheiro público para aqueles que não podem custear seus serviços (Cappelletti; Garth, 1988).

Em um segundo momento, a dimensão do acesso à justiça passou a considerar também a necessidade de se tutelar direitos em suas dimensões coletiva e difusa. Nesse contexto, passou a se compreender que o Direito deve ter condições de responder aos problemas contemporâneos, que levaram à necessidade de se repensar conceitos jurídico-processuais clássicos, como o do processo como a lide entre duas partes bem definidas (Cappelletti; Garth, 1988, p. 49-50).

Por fim, a terceira onda do acesso à justiça soma as contribuições anteriores para compreender que o direito ao acesso à justiça envolve repensar o conjunto de instituições necessários para processar os conflitos e preveni-los (Cappelletti; Garth, 1988). Essa dimensão se aproxima do conceito de Kazuo Watanabe de acesso à ordem jurídica justa, que entende que o papel do sistema de justiça não é somente garantir o acesso ao mecanismo litigioso, mas também a meios alternativos como soluções administrativas e consensuais (Watanabe, 2012). Essa concepção mostra que a judicialização é essencial para o acesso à justiça, mas também evidencia que é necessário se pensar para além das ferramentas litigiosas clássicas.

Para tanto, o sistema de princípios e regras dispostos na CF/88, no texto original, já abria um leque de atores e atrizes jurídicos para a garantia dos direitos fundamentais. Em especial da

reforma do Poder Judiciário por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (Brasil, 2004), o acesso à justiça toma novo rumo com a instituição de novos valores (razoável duração do processo e celeridade), novos órgãos (Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público) e novos procedimentos.

Em relação aos procedimentos, há desde 2010 a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, criada por meio de resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2010). Trata-se de política unificada em todo o território nacional, que exige não só que sejam adotadas diretrizes curriculares de formação continuada dos atores do sistema de justiça para a solução consensual de controvérsias, mas também que haja órgãos responsáveis por processar conflitos dentro da lógica autocompositiva, como os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que fornecem a possibilidade de conciliação e mediação aos interessados.

Já em relação aos atores essenciais para o acesso à justiça, destacam-se instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e mais recentemente, como se argumentará, também os Núcleos de Práticas Jurídicas.

O Ministério Público é chamado de fiscal da lei por excelência por ter sido incumbido “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme o artigo 127, da CF/88. É o mesmo caso da Advocacia e da Defensoria Pública, instituições fundamentais para o processo de acesso à justiça numa democracia, conforme os artigos 133 e 134, da CF/88. No contexto sistêmico da lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública; e artigo 81, da lei federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, as três instituições desenvolvem um papel fundamental no acesso coletivo aos direitos sociais e transindividuais.

O relatório IV Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil aponta que “nas Defensorias Públicas Estaduais é alta também a razão entre o público-alvo dos estados e o número de Defensores, demonstrando uma enorme demanda pelos serviços prestados por essa instituição” (Brasil, 2015a, p. 131). Isso redonda em situações como as apontadas pela percepção dos(as) defensores(as) estaduais (DPE) e da união (DPU) no relatório: sobre considerar a estrutura de pessoal nada adequada ou pouco adequada, 80% nas DPE e 94% nas DPU; sobre considerar o volume de trabalho excessivo ou muito excessivo, 83% nas DPE e 92% nas DPU; sobre não ter quadro de servidores de apoio, 63% nas DPE e 79% nas DPU. Tal situação periclitante leva à necessidade de estabelecimento de convênios entre as defensorias públicas e outros órgãos para o cumprimento de seu comando constitucional, sendo que as Universidades, por meio dos Núcleos de Prática Jurídica (NPJ) se destacam, ainda que também em pouco número, apenas na proporção de 7,6% (Brasil, 2015a, p. 113).

Como apresentado na introdução, também as Universidades desempenham um papel importante para o acesso à justiça a partir de seus NPJ. Trata-se de um processo de aprendizagem prática dos(as) estudantes dos cursos de direito e que redundam na conjugação das modalidades de ensino, pesquisa e extensão, próprio do ensino superior, conforme o artigo 207, da CF/88. Não

à toa as diretrizes para implementação e renovação de autorização de cursos jurídicos exige a organização de tal órgão.

A assistência judiciária por tais órgãos, assemelhados ao atendimento especializado das defensorias públicas, ganhou a importância devida com o Código de Processo Civil, de 2015, quanto à diferenciação dos prazos. Isso é importante para uma dinâmica de ensino, seja porque a maior parte das atividades de atendimento, contato com clientes e acompanhamento processual é realizada por estudantes em fase de treinamento de ensino, seja porque os(as) docentes orientadores possuem outras atividades de ensino nos cursos, não sendo advogados(as) em tempo integral para os casos.

A importância da instituição dos NPJ ganha espaço quando pensamentos em locais onde as defensorias públicas não comportem o atendimento integral da demanda por acesso à justiça, uma realidade muito comum em Municípios de pequeno e médio porte. A articulação do acesso à justiça entre ensino oferecido nas Universidades com as defensorias públicas potencializa a realização de direitos, em especial os sociais e transindividuais que são os mais afetados pela mora legislativa e administrativa.

Nesta questão, ganha espaço a importância do aprofundamento teórico e aplicado de técnicas que promovam desjudicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, pois a interferência ou promoção de políticas pelo Poder Judiciário pode causar desestrutura financeira em Municípios que já sofrem com pouca arrecadação. Essa situação já fora pensada de forma criativa em áreas como a saúde e a educação em outros Estados brasileiros, conforme os três exemplos abaixo.

No âmbito da saúde, destacam-se duas iniciativas: primeira, a criação do CIRADS – Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde, a partir do Acordo Técnico entre diversos órgãos do sistema de justiça do Estado do Rio Grande do Norte, com o fim de identificar demandas administrativas ligadas à saúde, promover a conciliação nos casos judicializados e, por fim, aconselhar por meio de propostas para o aperfeiçoamento do SUS (Adams, 2011); segundo, a criação da Câmara de Resolução de Litígios da Saúde (CRLS), criada no Estado do Rio de Janeiro, em 2013, com o intuito de receber demandas pré-processuais relativas ao acesso a medicamentos, exames, internações, tratamentos e transferências no âmbito do SUS, para minimizar o impacto da judicialização dos direitos sociais sobre as políticas públicas (Bucci, 2017).

No âmbito da educação, é importante destacar que houve, sim, judicialização. Trata-se da educação infantil que após a Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009 (Brasil, 2009) ampliou a obrigatoriedade de atendimento pelo Estado: antes a partir dos 6 anos e, após, a partir dos 4 anos. Isso gerou um grande impacto no já grave déficit de creches no Município de São Paulo. O Poder Judiciário não estava preparado para a solução coletiva do caso, gerando a negativa de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público Estadual. Em sede recursal, o Tribunal de Justiça tinha uma escolha a fazer: determinar o aumento de vagas de forma unilateral, podendo forçar a quebra da regra de ouro imposta pela Lei de Responsabilidade Fiscal, ou propor uma

discussão aberta para o problema. A segunda opção foi a mais vantajosa naquele momento. Assim, após uma audiência pública com os atores e atrizes sociais envolvidos, foi estabelecido um plano de contingenciamento com o compromisso entre Município, Câmara Municipal e sociedade civil organizada para absorção do déficit e futura demanda de vagas em creches. Esse caso inovador para um tribunal estadual representa uma criatividade no processo de judicialização que preteriu a interferência em favor da solução acordada no âmbito público, permitindo uma solução mais equânime para a sociedade e para o erário público a partir da sensibilização do Poder Judiciário para as políticas públicas e acesso aos direitos sociais a partir da visão do ganho público (Ximenes; Oliveira; Silva, 2019).

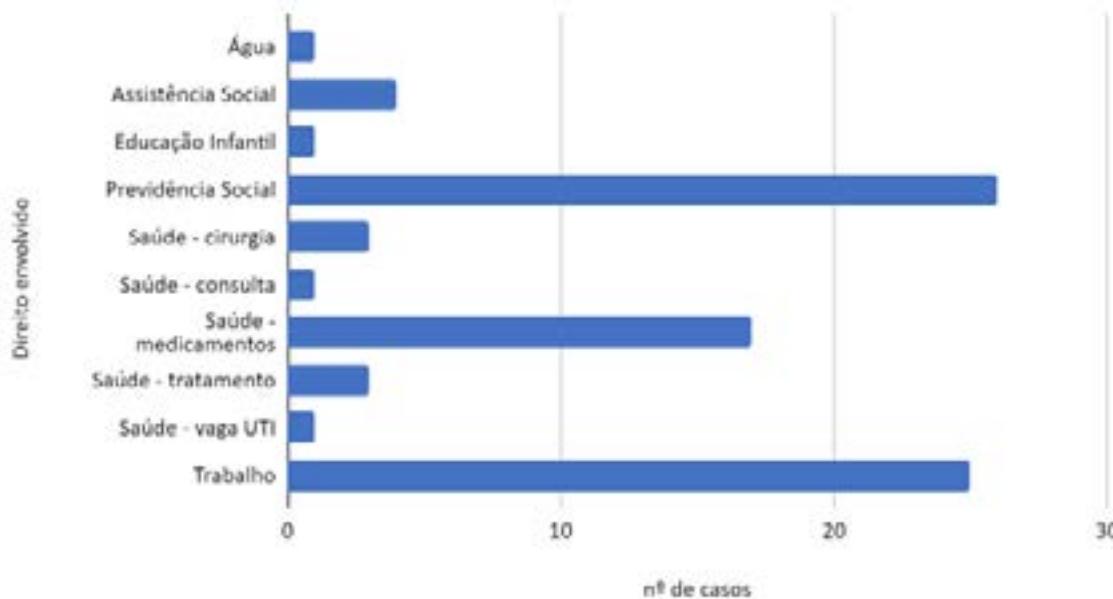
2 ANÁLISE DOS DADOS: O LPJ/UFV E A JUDICIALIZAÇÃO EM VIÇOSA/MG

Sobre o aspecto territorial do Município de Viçosa/MG, ele está localizado na mesorregião da Zona da Mata Mineira, sendo uma microrregião composta por 20 Municípios. A população estimada para 2020 de 79.388 habitantes e o IDH, em 2010, de 0,775, acima da média nacional, podendo caracterizá-lo como Município médio-pequeno (IBGE, 2020). Há três cursos de direito localizados em Viçosa/MG, dois em Instituições de Ensino Superior particulares e um público (Universidade Federal de Viçosa), onde foi realizada a presente pesquisa.

A coleta envolveu a raspagem de dados sobre a judicialização de direitos sociais a partir do atendimento de clientes do LPJ/UFV. O universo de processos a se analisar compreendem 82 casos, dos quais 56 foram ajuizados, conforme o Anexo I deste trabalho. A equipe da pesquisa nas fases de revisão bibliográfica, raspagem de dados e análise, contou com a participação dos(as) autores(as) do artigo que contribuíram em todas as fases de coleta, tratamento, escrita e revisão dos resultados.

Definiu-se como “direitos sociais” aqueles assim apontados no art. 6º, da CF/88, quais sejam “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988). Como já apontamos acima, estes mesmos direitos são reafirmados pelos Estados signatários do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no cenário de cooperação internacional.

Abaixo, apresentamos os resultados obtidos com a raspagem de dados. Todas as fontes de dados, quando não apontadas de forma diferente, foram produzidas pelos autores conforme a metodologia anteriormente apresentada.

Gráfico 1 – Número de casos por direito demandado

Fonte: Produzido pelos autores a partir dos dados coletados.

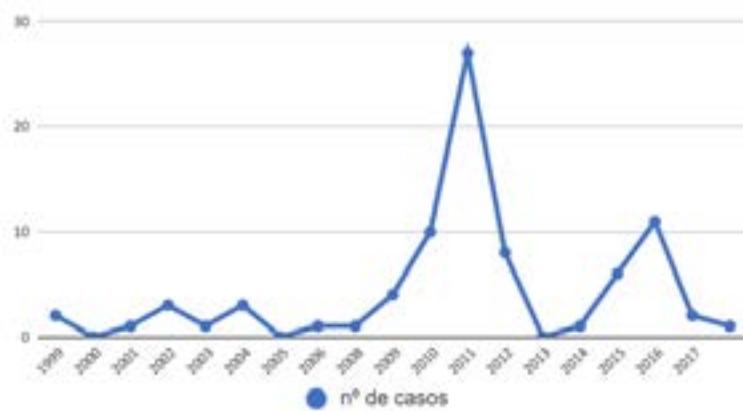
No gráfico 1 podemos perceber que há uma grande concentração dos 82 casos nas demandas relativas ao direito à saúde (25 casos), das relações de trabalho (25 casos) e previdência social (26 casos). Isso é facilmente explicável:

- (i) O sistema único de saúde de Viçosa/MG é ponto de atendimento para grande parte da microrregião, com destaque para o fato de o Município conter dois hospitais com atendimento pelo SUS, gerando uma maior demanda nesta área, ainda mais quando se trata de acesso a medicamentos (17 casos).
- (ii) As relações de trabalho no Município incluem a área urbana e rural, com diversos(as) trabalhadores(as) rurais e terceirizados, com concentração destes últimos na Universidade Federal de Viçosa. Sendo grande parte concentrada no setor de serviços, as condições precárias da economia local levam ao aumento das demandas sociais. Os(a) clientes, maior parte de baixíssima renda, como veremos a seguir, buscam o atendimento especializado do LPJ, em regra, por indicação informal.
- (iii) Também resultante das relações de trabalho, a contribuição para a previdência social, ou a falta dela, aumenta o número de casos de solicitação de auxílio-doença e aposentadoria. Neste caso, a idade ou questões particulares de saúde dos(as) clientes aumentam as demandas neste campo.
- (iv) Deve ser destacado que o número baixo de demandas relativas à educação infantil, apenas um, podendo representar uma busca maior da defensoria pública pelas famílias para estes casos.

O gráfico 2 apresenta a evolução dos atendimentos de casos no tempo, excetuando-se um caso que não possuem informação com datas. Percebe-se o predomínio de atendimentos entre os

anos de 2010 a 2012 e 2016, com predominância de 2011 (27 casos), sendo que nos demais anos, em regra, mantém-se o número de até 4 casos. É significativo destrinchar o ano de 2011: foram um caso em assistência social, 10 em previdência social, 2 em saúde e 14 de direito das relações de trabalho. Neste ano, a atenção foi concentrada aos casos provenientes das relações laborais. Esse é um sintoma da própria organização do LPJ/UFV que possui docentes do curso de direito que se disponibilizam a atuar, sem obrigatoriedade mínima em cada área. Esse dado é importante para o planejamento interno que leve em consideração o acesso à justiça nas áreas de conhecimento mais importantes para o LPJ/UFV.

Gráfico 2 – Número de casos por ano



Fonte: Produzido pelos autores a partir dos dados coletados.

A grande variedade entre o número de processos relativos a direitos sociais atendidos a cada ano é ainda mais relevante quando se leva em consideração que, embora lides que versem sobre direitos sociais correspondam a cerca de 5% dos 1.565 processos patrocinados pelo Laboratório no período analisado, 16% dos 165 processos propostos no ano de 2011 tinham essa temática. Essa discrepância sugere que a escassez de patrocínio desse tipo de ação se deve menos à ausência de procura e mais à existência de um gargalo determinado pelo número de estagiários e orientadores e pela especialidade destes. Assim, em um contexto de um curso pequeno, que recebe apenas 60 alunos anualmente e possui vinte docentes em seu quadro efetivo, a coletivização e a busca pela desjudicialização da tutela dos direitos sociais podem representar uma maneira de ampliar o acesso à justiça ao garantir o máximo de aproveitamento do capital humano disponível.

Tabela 1 - Número de casos de clientes autodeclaradas mulheres por direito demandado

Áreas	nº de casos	% do total
Água	1	100
Assistência Social	2	50
Educação Infantil	1	100
Previdência Social	16	61,5

Saúde - cirurgia	2	66,6
Saúde - consulta	1	100
Saúde - medicamentos	10	58,8
Saúde - tratamento	2	66,6
Trabalho	15	60
Total	50	60,9

Fonte: Elaborado pelos autores a partir dos dados coletados.

A tabela 1 nos apresenta uma informação importante: cerca de 61% dos atendimentos do LPJ/UFV na área de direitos sociais foram para autodeclaradas mulheres, um total de 51 pessoas; 37% são autodeclarados homens, um total de 31 pessoas; e apenas um para pessoa jurídica (associação sem fim lucrativo). Os dados nos trazem à mente a importância do atendimento jurídico gratuito e de qualidade para a população feminina do Município de Viçosa/MG, em especial nos direitos mais demandados, permitindo uma melhor atenção do acesso à justiça por um recorte de gênero.

Apenas 59 dos casos possuíam informações de renda familiar, o que demonstra uma falha na anamnese dos(as) clientes, realizada, na sua maioria, por estudantes. Ainda assim, dentre estes casos, a média da renda per capita, já atualizada pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para o mês de dezembro de 2020, foi de R\$ 468,11 (quatrocentos e sessenta e oito reais e onze centavos), bastante inferior ao valor máximo de R\$ 1.650,00 para assistência do órgão, o que demonstra o cumprimento do compromisso pela assistência jurídica gratuita para aqueles(as) que necessitam. Este ponto é importante para dimensionar a importância do atendimento no LPJ/UFV para classes de baixa renda no Município e na Microrregião, impulsionando o acesso à justiça.

Por fim, sobre a taxa de judicialização, houve judicialização de 68,3% dos casos, ou 56 casos. Isso é significativo quando se toma como base os dados gerais do Município, disponíveis na base SIJUD – Sistema de Informações Estratégicas do Poder Judiciário, do Minas Gerais (2021).

Tabela 2 - Pedidos de fornecimento de medicamentos e/ou tratamento médico hospitalar, e tutelas antecipadas e finais - setor público da Comarca de Viçosa/MG

Ano	Feitos distribuídos	Liminares concedidas	Liminares concedidas em parte	Pedidos procedentes	Pedidos parcialmente procedentes
2010	0	0	0	0	0
2011	4	1	0	0	0
2012	17	8	1	1	0
2013	28	18	1	17	0
2014	65	51	2	20	0
2015	121	87	1	19	2
2016	84	59	1	70	8
2017	83	61	2	15	6

Total	402	285	8	142	16
--------------	------------	------------	----------	------------	-----------

Fonte: Elaborado pelos autores a partir da base SIJUD (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018).

Da tabela 2 podemos inferir que a judicialização dos direitos sociais relativos à saúde tem crescido com anos, em especial, a partir de 2014. Dos números apresentados na tabela, apenas 17 foram promovidos pelo LPJ/UFV, o que sugere certa concentração das demandas na advocacia particular. Ainda no LPJ/UFV, apenas 6 casos foram solucionados por meio de composição extrajudicial anteriormente à distribuição do feito, um resultado bem pequeno tendo em vista a concentração nas demandas individuais do laboratório.

O fato ainda aponta para a potencialidade da solução coletiva em âmbito pré-processual no Município, o que pode ser capitaneado pela articulação dos órgãos do sistema de justiça, como o Ministério Público, Defensoria Pública, LPJ/UFV e Poder Judiciário, além do Poder Executivo e Legislativo locais, com o fim de adiantar a solução rápida e eficaz para tantas demandas comuns, desafogando os envolvidos no sistema de acesso à justiça.

A baixa taxa de resolução administrativa cai ainda mais quando se analisa cuidadosamente cada pasta de atendimento e se percebe os motivos, alguns por falta de contato com os(as) clientes, falta de documentação básica necessária ou inexistência de direito, recebendo orientação pelo LPJ a não prosseguir com o feito. As situações inferidas nos alertam para a baixa confiança na tentativa de meios alternativos para resolução de controvérsias no âmbito dos direitos sociais, o que tem potencial de efetivar em menor tempo o acesso à justiça. Há, portanto, uma necessidade de reconhecer a potência da mediação e solicitações administrativas para que as questões sejam resolvidas antes mesmo da judicialização.

Uma chave que permite pensar a atuação dos Núcleos de Prática Jurídica como agentes de acesso à uma ordem jurídica justa está em aproximar a ação desses órgãos à atuação das defensorias públicas no que tange à assistência jurídica, e não meramente judiciária, gratuita. As defensorias públicas são hoje estruturas de Estado com enfoque não só na judicialização de causas, mas a atuação em diferentes níveis do Poder Público (legislativo, judiciário, administrativo) e com diferentes técnicas (mediação, arbitragem, conciliações, judicialização) com vistas a conferir o acesso integral do assistido à Justiça. Há, portanto, uma preocupação que vai além da relação jurídico-processual, revelando-se uma atividade que busca o direito do vulnerável da forma mais efetiva ao caso concreto (Esteves; Silva, 2014).

Dessa forma, a importância dos Núcleos de Prática Jurídica, reconhecida recentemente pelo CPC/2015, traz a necessidade de se repensar essa atividade de fronteira entre o ensino, a pesquisa e a extensão como um serviço de suporte verdadeiramente jurídico, e não somente judiciário. Essa mudança de mentalidade, que pode exigir também a readequação de parte das estruturas curriculares dos cursos de Direito, tem o potencial de grande impacto comunitário, sanando algumas das dificuldades de acesso à justiça, em especial em áreas ainda não cobertas pelo serviço da defensoria pública.

CONCLUSÕES: COMO PENSAR OS BENEFÍCIOS DA DESJUDICIALIZAÇÃO

Os problemas de pesquisa foram respondidos a partir do referencial teórico da abordagem DPP e dos avaliados: algumas consequências da judicialização individual são percebidos na dificuldade de prosseguimento de demandas, sendo que algumas não tiveram continuidade pela falta dificuldade de contato com cliente, impedindo acesso a documentos básicos. No caso da coletivização, não houve nenhum processo coletivo promovido pelo LPJ/UFV, o que pode significar uma dificuldade em compreender os trâmites destes procedimentos. Essa permanece sendo uma hipótese, dado que a presente pesquisa não coletou dados suficientes para sua confirmação, mas poderá ser analisado em pesquisas futuras.

Um ponto fraco percebido é que não havia no período analisado um interesse pela resolução administrativa, pré-processual ou alternativa para os conflitos no campo dos direitos sociais. Como visto nesta seção, os benefícios poderiam ser maiores caso houvesse uma disposição de intensificar a desjudicialização como forma de acesso rápido e efetivo à justiça. Como visto na Tabela 2, esse sintoma não é exclusivo do LPJ/UFV, seja porque os cursos de direito no Brasil ainda estão baseados na relação jurídica processual como meio de acesso a direitos, especialmente no processo individual, desviando-se dos benefícios do processo coletivo; seja porque há uma resistência das instituições em pensar a judicialização como elemento do ciclo das políticas públicas, haja vista que sistema de justiça pode ser visto, também, como opositor da agenda e necessita de uma abertura para as demandas sociais.

Por fim, sobre os aspectos qualitativos e quantitativos coletados na pesquisa para a análise dos impactos dos atendimentos, é possível concluir que a atuação do LPJ/UFV impacta positivamente no processo de acesso a direitos neste Município médio-pequeno, conclusão que pode ser generalizada para comparação com outros núcleos de atendimento e propor um maior investimento institucional por meio de verbas e convênios com o poder público para facilitar o acesso à justiça. Os atendimentos são concentrados na população de baixa renda, sendo que apenas um caso foi realizado para associação sem fins lucrativos. Além disso, a assistência judiciária significou o meio mais efetivo para diversas mulheres que precisavam acessar o Poder Judiciário, em especial em questões de relações de trabalho e saúde. Esse dado, em especial, é muito importante para um planejamento socialmente referenciado com base nas questões interseccionais de gênero e renda.

É importante destacar que, desde o ano de 2019, o LPJ/UFV vem promovendo o espaço da mediação e conciliação por meio de convênio celebrado com o CEJUSC - Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Os dados relativos aos resultados da iniciativa não foram considerados por estarem fora do corte temporal proposto para a presente pesquisa. O que se observa são os potenciais benefícios para a população local, bem como para outros Município de médio-pequeno porte pela inserção dos direitos sociais no espaço da mediação e conciliação extrajudiciais.

REFERÊNCIAS

ADAMS, Luís Inácio Lucena. A judicialização na área da saúde e a atuação da advocacia pública. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira (org.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 271-279.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 293-314, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0034-7612126144>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Ratifica o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2004a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 59, de 11 de novembro de 2009**. Acrescenta § 3º ao art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para reduzir, anualmente, a partir do exercício de 2009, o percentual da Desvinculação das Receitas da União incidente sobre os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. **IV Diagnóstico da defensoria pública no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2015a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagnedefenspublicav9.pdf/view>. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 set. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Educação, 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 MC/DF**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental

[...]. Requerente: Partido da Social-Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de maio de 2004b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.591/RS**. Repercussão geral. Recurso do MPE contra Acórdão do TJRS. Reforma de sentença que determinava a execução de obras na casa do albergado de Uruguaiana. Alegada ofensa ao princípio da separação dos poderes e desbordamento dos limites da reserva do possível. Inocorrência [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de agosto de 2015c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Método e aplicação da abordagem direito e políticas públicas. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 3, p. 791-832, 2019. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v5i3.430>

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.

CAPPELLETTI; Mario; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CLAYTON, Cornell W. The supply and demand sides of judicial policy-making: or, why be so positive about the judicialization of politics?. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 65, n. 3, p. 69, 2002. DOI 10.2307/1192403

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2010. Disponível em <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18553820210820611ffaaaa2655.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo Perspec**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 113-118, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-88392004000200012>

ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios institucionais da defensoria pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Cidades. **GOV**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/mg/vicosa/panorama>. Acesso em: 6 jan. 2021.

KREIS, Antony Michael; CHRISTENSEN, Robert K. Law and Public Policy. **Policy Study Journal**, Connecticut, v. 41, n. 1, p. 38-52, 2013. DOI: <https://doi.org/10.1111/psj.12011>

OLIVEIRA, Luis Gustavo Borota; LIPPI, Maria Clara. Judicialização e ativismo judicial sobre as demandas de saúde pública no Brasil. **Revista Derecho del Estado**, Bogotá, n. 45, p. 245-274, abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.18601/01229893.n45.09>

PEREIRA, Luiz Ismael. O impacto do debate do populismo na teoria jurídica das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio *et al.* **Políticas públicas no Brasil**: trajetórias, conquistas e desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **SIJUD**: Sistema de Informações Estratégicas do Judiciário. Minas Gerais: TJMG, 2021. Disponível em: <http://sijud.tjmg.jus.br/tjmsjdint/>. Acesso em: 31 jan. 2021.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias; SILVA, Mariana Pereira. Judicialização da educação infantil: efeitos da interação entre o Sistema de Justiça e a administração pública. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, DF, n. 29, p. 155-188, set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.1590/0103-335220192905>

Recebido em: 27/01/2022

Aceito em: 10/11/2022

A PRESENÇA DAS TEORIAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA NA CRIAÇÃO DOS CONSELHOS MUNICIPAIS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

THE PRESENCE OF THEORIES OF DELIBERATIVE DEMOCRACY IN THE CREATION OF THE MUNICIPAL COUNCILS OF THE PROPOSITION OF RACIAL EQUALITY

Caroline Muller Bitencourt*
Tatiana dos Santos Schuster**

*Estágio Pós Doutoral pela PUC Paraná (2019). Doutora em Direito (2012). Mestre em Direito (2009). Especialista em Direito Público (2007). Atualmente é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada ao PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC. Professora da graduação e pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Rede de Direito Administrativo Social. Presidente do Comitê de Direitos Humanos da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao Cnpq. Integrante do Grupo de pesquisa Núcleo de pesquisa de desenvolvimento humano da PUC/PR. Advogada. E-mail: carolinemb@unisc.br

**Professora de Direito Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Mestre em Direito pelo Programa da Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES. Integrante do Grupo de pesquisa Controle Social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao CNPQ Pós-graduada em direito previdenciário pela Universidade de Anhanguera - LFG (2011). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2009). Advogada. E-mail: tatianass.advogada@gmail.com

Como citar: BITENCOURT; Caroline Muller; SCHUSTER, Tatiana dos Santos. A presença das teorias da democracia deliberativa na criação dos conselhos municipais de promoção da igualdade racial. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 181, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.46913>

Resumo: Os Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial são verdadeiros canais de interlocução entre a sociedade e o Estado, fortalecendo o diálogo, para tomadas de decisões políticas, gerando assim, um retorno mais responsável frente às necessidades sociais. Neste sentido, as práticas da Democracia Deliberativa são reveladas quando da criação dos Conselhos Municipais, promovendo a participação popular. Desta forma, o artigo em questão busca analisar o surgimento dos Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial enquanto espaço de participação política, analisando as teorias da Democracia Deliberativa enquanto condição para a criação dos Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial. Para sua construção, a pesquisa tem como base o método dedutivo, por meio de estudo bibliográfico.

Palavras-chave: democracia deliberativa; conselho municipal; igualdade racial; participação popular; tomada de decisões.

Abstract: The Municipal Councils for the Promotion of Racial Equality are true channels of dialogue between society and the State, strengthening dialogue, for political decision-making, thus generating a more responsible return to social needs. In this sense, the practices of Deliberative Democracy are revealed when the Municipal Councils are created, promoting popular participation. Thus, the article in question seeks to analyze the

emergence of the Municipal Councils for the Promotion of Racial Equality as a space for political participation, analyzing the theories of Deliberative Democracy as a condition for the creation of the Municipal Councils for the Promotion of Racial Equality. For its construction, the research is based on the deductive method, through bibliographic study.

Keywords: deliberative democracy; city council; racial equality; popular participation; decision-making.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a utilização das teorias da Democracia Deliberativa na criação dos Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 há um processo de restauração da democracia em que profundas mudanças no sistema político nacional foram sentidas. Paralelamente à criação dos três entes federativos, institucionalmente, novas estruturas foram criadas, tendo como finalidade a inclusão da sociedade civil nos processos de organização, desenvolvimento e controle da ação governamental. A participação social promove as condições necessárias para que, aqueles que mais necessitam, tenham prioridade nas demandas políticas do Estado.

Nesse sentido, com o processo de redemocratização, houve a descentralização dos poderes, ocasionando importante reforma administrativa do Estado, inaugurando-se assim a verdadeira finalidade prático-política na realidade nacional. Assim, são incorporados os Conselhos Municipais, sob a luz da descentralização, em que a participação do cidadão gera maior representatividade das classes sociais no atendimento às suas demandas, ocorrendo a tomada de decisões envolvendo as mais variadas questões sociais.

Destaca-se que, as desigualdades sociais, civis e políticas são constantes na sociedade, mas principalmente, nos anos 1970 e 1980, tais questões foram cruciais para fomentar algumas transformações. Entre elas, está a união da sociedade civil aos movimentos sociais com objetivo de democratizar a participação nos processos de tomada de decisão sobre políticas sociais, identificando as demandas locais. É o mesmo que dizer que os Conselhos Municipais poderiam induzir as políticas públicas.

Mostra-se assim a importância de entender a contextualização dos Conselhos Municipais, visto que, demonstram ser uma das maiores experiências de participação democrática, sendo sua articulação também no âmbito federal.

Nessa perspectiva, a análise da Democracia Deliberativa é de extrema importância, pois sugere uma nova forma de aprimorar e ampliar a tomada de decisões públicas. Em outras palavras, decisões resultantes de um intenso e racional debate público tendem a reverter com maior efetividade em benefício das necessidades sociais.

Diante disso, os Conselhos Municipais são espaços que proporcionam o exercício de práticas Democráticas Deliberativas em razão do processo de tomada de decisão, que requer a participação do indivíduo, que além de se desenvolver comunicativamente, contribui com a comunidade a que pertence.

Como objetivo do presente artigo buscou-se caracterizar no primeiro item, o surgimento dos Conselhos Municipais e a sua definição enquanto espaço de participação política. Num segundo momento, objetivou-se discorrer acerca das teorias da Democracia Deliberativa e posteriormente analisar a sua presença na criação dos Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial.

Utiliza-se o método dedutivo para a abordagem e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Como resultado da presente pesquisa, têm-se que, através das teorias da Democracia

Deliberativa é possível a criação dos Conselhos Municipais, como novos espaços institucionais de participação social, viabiliza uma maior eficiência da gestão pública, assim como permite a constituição de novos sujeitos políticos com acesso ao poder, favorecendo a ampliação do espaço público.

1 CONSELHOS MUNICIPAIS COMO ESPAÇO DE PARTICIPAÇÃO

A interação entre sociedade e administração pública comumente se dá no âmbito local, ou seja, no âmbito dos municípios, pois são estes os responsáveis por gerir e executar as políticas públicas que visam o atendimento das necessidades sociais locais. É, portanto, nos Conselhos Municipais que se dá a concretização desta interação, visto ser um espaço que possibilita a negociação de conflitos, em que se formulam políticas sociais, em que se vinculam sociedade, governo e representatividade (Gohn, 2004).

No contexto do processo de municipalização das políticas sociais é que surgem os Conselhos Municipais no final da década de 1989 e início da de 1990, tendo como objetivo contribuir para o aprimoramento da administração pública, a partir da institucionalização de novas formas de administração pública. Estas novas modalidades de administrar devem capacitar o engajamento, a inclusão e o impulsionamento à participação da sociedade civil, exigindo a criação de ferramentas capazes de possibilitar a coparticipação nos serviços públicos, em que se vê a articulação da sociedade civil com o Estado, em que este demonstra interesse na cooperação e no controle social (Carvalho *et al.*, 1999).

Em ambiente extremamente propício à participação popular, os dispositivos internos da Assembleia Nacional Constituinte permitiram que a sociedade civil exteriorizasse recomendações e demandas aos constituintes, além de participação em audiências públicas com representantes do Estado. Assim, sob a influência desse movimento, a Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da participação popular na formulação das políticas públicas, em várias áreas, como da saúde, assistência social, educação entre outras (Vilela, 2005).

Sobre a influência deste movimento em 1988, quando da promulgação da Constituição, os conselhos foram inscritos na qualidade de instrumentos de expressão, representação e participação da população, que, inseridas na esfera pública por força de lei, integraram- se aos órgãos públicos vinculados ao Poder Executivo, inclinados para políticas públicas específicas, responsáveis pela assessoria e suporte ao funcionamento das áreas em que atuavam (Gohn, 2016).

No entanto, a idealização dos conselhos, não se consubstanciou somente com o advento da Constituição de 1988, mas também a partir de debates e de mobilizações populares que reclamavam a institucionalização da participação da sociedade civil nas decisões tomadas pelo Poder Executivo, alicerçando-se sobre conceitos de Ciência Política, tais como poder local, esfera pública, governança e governança local. Dessa forma, o conselho visa envolver a sociedade na escolha das prioridades da agenda política e na formulação de políticas públicas, consolidando a

institucionalização da participação da sociedade civil. A participação da sociedade civil pressupõe envolvimento no funcionamento da máquina estatal, possibilitando o diálogo e a oportunidade de obtenção de orçamentos próprios (Lima *et al.*, 2014).

Assim, com a Constituição Federal de 1988, é que se consolida a participação social na gestão das políticas públicas em todos os níveis. Por exemplo, no artigo 29, inciso XII da Constituição Federal estão expressas as disposições das atribuições dos municípios, nele compreendida a previsão da cooperação das associações representativas no planejamento municipal. De igual forma, vem expresso no artigo 198 a previsão da participação da comunidade em ações e serviços relacionados à saúde. Já no art. 204, quanto à assistência social, também a previsão da participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (Siraque, 2004).

Registre-se que as desigualdades sociais, civis e políticas são ligeiramente constatadas, ao mesmo tempo em que a insatisfação da relação entre a sociedade civil e o Estado, nos anos de 1970 e 1980, fomentaram algumas transformações. Com isso, a própria sociedade civil e os movimentos sociais se uniram com o propósito de democratizar a participação nos processos de tomada de decisões sobre as políticas públicas, fazendo com que se encontrasse na agenda política, a própria definição do que é democracia, inovando os princípios basilares da relação entre sociedade e Estado (Cunha, 2004). Por esta razão, é que, como mencionado anteriormente, o movimento social tem uma influência significativa no processo de formação, conduzindo aos elementos norteadores que precisam ser seguidos na implementação do conselho (Tatagiba, 2010).

A discussão acerca dos conselhos nos anos 1980, pautava-se principalmente na participação popular, em que se destacam os Conselhos Populares de Campinas, (início 1980), o Conselho Popular do Orçamento de Osasco, e o Conselho de Saúde da Zona Leste de São Paulo (criado em 1976). Já nos anos de 1990, os conselhos gestores eram de caráter institucional, caracterizando-se por instrumentalizar as relações entre sociedade e Estado, e que está definido na Constituição Federal de 1988, assim como em outras leis do país (Gohn, 2002). Ainda, nos anos de 1990, a participação passou a ser vista sob outro paradigma, como participação cidadã, baseada na universalidade dos direitos sociais, na ampliação do conceito de cidadania e numa nova compreensão sobre o papel e o caráter do Estado, além de intervir na formulação e implementação de uma política pública (Gohn, 2002).

Gerschman (2004), sinaliza que a incorporação dos conselhos na implementação das políticas públicas é resultado de ações contra o regime militar, cenário em que mergulhada a política do país, em que houve uma importante mobilização da sociedade para a participação do processo de transição democrática.

Num primeiro momento, os conselhos gestores foram ovacionados como novas ferramentas de expressão, representação e participação, visto que, teoricamente, eles teriam potencial para mudanças políticas. Se efetivamente representativos, poderiam imprimir um novo formato às políticas sociais, pois se relacionam ao processo de formação das políticas e de tomada de decisões e com isso, formou-se uma nova esfera social-pública ou pública não – estatal.

Trata-se de um novo padrão de relações entre Estado e sociedade, viabilizando a participação de segmentos sociais na formulação de políticas sociais, e possibilitando à população o acesso aos espaços em que se tomam as decisões políticas, tendo a possibilidade de exercer controle social sobre o Estado (Gohn, 2016, p. 5).

O que se estabelece a partir daí é um projeto de parceria visando deliberar acerca do gerenciamento das políticas públicas ao mesmo tempo em que se realiza o controle social.

Os conselhos gestores de políticas públicas são canais efetivos de participação, que permitem estabelecer uma sociedade na qual a cidadania deixe de ser apenas um direito, mas uma realidade. A importância dos conselhos está no seu papel de fortalecimento da participação democrática da população na formulação e implementação de políticas públicas (Brasil, 2010).

Vale ressaltar que, neste conceito, a participação se expressa de forma clara com o tema da cidadania, sendo que possui suas características nas lutas pela divisão das responsabilidades dentro de um governo, que contribuíram para a constituição de uma linguagem democrática não excludente nos espaços participativos criados ou existentes, o acesso dos cidadão a todo tipo de informação que lhe diga respeito, e o estímulo à criação e desenvolvimento de meios democráticos de comunicações (Gohn, 2019).

Esta participação se torna efetiva, visto que é o povo quem vivencia ativamente a realidade da sociedade, acompanhando de perto o que faz e o que deixa de fazer o poder público, ao mesmo tempo que possibilita a revisão de mecanismos de fiscalização dos atos públicos, criando ambientes de participação e deliberação pública (Jucá, 2008).

Este também é o pensamento de Patemann (1992, p. 62), ao referir

[...] a ideia é que a participação tende a aumentar na medida em que o indivíduo participa, porque ela se constitui num processo de socialização, que faz com que, quanto mais as pessoas participem, mais tendam a participar. Em outras palavras, é participando que o indivíduo se habilita à participação, no sentido pleno da palavra, que inclui o fato de tomar parte e ter parte no contexto onde estão inseridos. Ou seja: quanto mais os indivíduos participam, mais bem capacitados eles se tornam para fazê-lo.

De acordo com Swarowsky (2012), os Conselhos Municipais representam organizações instituídas num momento em que se configura um processo de redemocratização na sociedade brasileira, em que a descentralização se afigura como uma nova forma de gerir aquilo que é público. Este processo descentralização no Estado brasileiro tem significado uma verdadeira estratégia de fortalecimento do poder local, e por esta razão esta medida vem sendo adotada a partir da municipalização das políticas sociais, o que fortifica as instituições que estão próximas aos cidadãos, à democracia e à base territorial (Arretche, 1996).

Embora a Constituição estipule que as pessoas podem participar nas deliberações de certas questões, é nas leis orgânicas dos municípios que se encontram as informações mais

detalhadas sobre os conselhos, onde constam previstos o número de conselhos na cidade, áreas de interesse em que atuarão e também outras regulamentações necessárias. As atribuições, funções e o funcionamento dos conselhos estão registrados em seus respectivos regulamentos (Siraque, 2004).

Atualmente, os conselhos figuram como centro de ajustes das políticas, concretizando o direito de participação e o princípio da descentralização política, tornando-se um importante instrumento de gestão firmado na participação cidadã, compreendida como a capacidade e articulação dos setores sociais em um cenário de integração daqueles segmentos comumente excluídos da política, viabilizando a observância de suas demandas (Carvalho *et al.*, 1999).

Disso decorre que os conselhos também precisam ser analisados em termos de deliberação pública genuína, e não apenas de participação simbólica por meio da presença física dos representantes da sociedade civil; é nos conselhos que se propicia a escuta e se é escutado, ou seja, participar para atender às necessidades da sociedade e buscar um consenso razoável sobre a implementação (e monitoramento e aplicação) de políticas públicas (Ertel, 2020).

Em sua análise, Gohn (2016), menciona que a partir de 1996, a legislação no Brasil prevê que, para obter recursos para as esferas sociais, cada o município deve criar seu conselho, o que explica o motivo pelo qual muitos conselhos foram criados após esta data. Nos municípios as áreas básicas dos conselhos gestores, entre outros, são: educação, assistência social, saúde, habitação, criança e adolescentes, idosos. Na esfera municipal, eles devem ter caráter deliberativo. Pertinente se faz a observação de Gohn (2001, p. 36) quanto à formação dos conselhos gestores, que se constituem em

[...] uma esfera que comporta a interação entre grupos organizados da sociedade, originários das mais diversas entidades, organizações, associações, movimentos sociais, etc. A natureza dessa esfera é essencialmente política argumentativa. É um espaço para o debate, face a face, dos problemas coletivos da sociedade, diferenciado no debate no espaço estatal propriamente dito.

Nesse sentido, os Conselhos Municipais desempenham importante papel como instituição de participação cidadã, pois a política pública deve se adequar às características locais, já que a resposta da participação da comunidade na tomada de decisões, permite a participação de maior número de cidadãos em seu próprio governo, oportunizando um maior envolvimento nos assuntos políticos e uma melhora nos seus hábitos cívicos e suas relações (Swarovsky, 2012).

É neste âmbito que se verifica a permissão de uma maior aproximação entre governantes e governados, de onde advém maior clareza quantas às demandas sociais, as quais as políticas públicas tendem a atender.

Como instituição que rompe a hierarquia administrativa e o espaço político limitado aos representantes eleitos, o conselho tem potencial para estruturar uma nova socialidade democrática, fazendo com a que a política tradicional avance. Esse envolvimento direto da sociedade civil, mesmo que modifique a forma de governança, mantém essencialmente seu conteúdo (Tótora;

Chaia, 2004). Desta forma, é inegável que os Conselhos Municipais são locais propícios para o desenvolvimento da Democracia Deliberativa, tendo em vista a participação popular, o diálogo e a tomada de decisões.

Diante disso, passa-se a analisar as teorias da Democracia Deliberativa que se fazem presentes na criação dos Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial, visando uma ação mais concreta das demandas sociais que tratam das questões raciais.

1.1 TEORIAS DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Conforme anteriormente estudado, os Conselhos Municipais caracterizam-se por serem espaços de participação social, que impõe uma comunicação entre o Estado e a sociedade civil, visando discursos e negociações a fim de tornar possível a solução racional das questões gerais para atendimento das demandas sociais. Assim, os Conselhos Municipais representam meios públicos de deliberação criados para promover a participação social. Diante disso importante tratar das teorias da Democracia Deliberativa.

Antes mesmo de iniciar a abordagem quanto as teorias da Democracia Deliberativa, importa mencionar que nas últimas duas décadas o combate à desigualdade racial tornou-se um marco de política pública no Brasil e com isso fomentou-se os debates sobre problemas fundamentais que assolam a população negra, tanto no desenvolvimento social como econômico. E para que as políticas públicas, sejam executados, é fundamental que haja envolvimento do ente municipal (Pereira, 2016).

A Democracia Deliberativa surgiu na década de 1980 como uma nova forma de democracia, sobrepondo-se a uma já dominante, limitada ao processo de satisfação de interesses privados com o propósito de eleger seus representantes. Contra esse modelo democrático, nasceu a democracia deliberativa, trazendo o entendimento de que o processo democrático não pode se limitar a somente o ato de tomar decisões. Desta forma, esta nova democracia inaugura a ideia de se debater sobre questões a serem decididas, incluindo o momento especialmente dedicado à deliberação, isto é, ao debate de opiniões (Souza Neto, 2006).

Disso se extrai que o agir em uma democracia perpassa a compreensão de que a participação pública nesse processo deve ser estável, objetivando a prevenção nas dificuldades, evitando ações /posturas somente curativas. Nesse contexto, através de um diálogo permanente, a racionalidade encontra formas de convivência pacífica (Leal, 2011). Assim, surge o modelo de Democracia Deliberativa com o objetivo de priorizar o debate público e conciliar os modelos liberal e republicano. Neste sentido, a soberania popular diluída pela comunicação não deve ser imposta apenas por meio do discurso público informal, pois para gerar um poder político, sua influência precisa incluir “deliberação das instituições democráticas de formação de opinião e vontade”, na forma de autorização (Habermas, 2003, p. 105). Assim, para que haja a reformulação das estruturas regentes das sociedades democráticas contemporâneas, necessário a apreciação das teorias da Democracia Deliberativa.

A teoria da Democracia Deliberativa assume a forma de um padrão normativo, baseado em princípios e fundamentos que orientam os processos decisórios, sendo um dos objetivos o resgate do espaço político como um local para discussão e deliberação de questões de interesse coletivo (Consani, 2009). Pode se dizer que se trata de um modelo de conciliação entre ideais contrapostos da teoria política, tais como: soberania popular e os direitos e liberdades individuais, o substancialismo e o proceduralismo, o mercado (agregação de preferências individuais) e o fórum (participação política intensa visando o interesse público) (Consani, 2009).

No que tange à participação política, os cidadãos participam de um processo de mediação de seus conflitos de interesse com base em argumentos racionais, durante o qual é possível uma mudança de preferência. Em relação a vontade geral e bem comum, também uma das teorias da democracia deliberativa, tem seu fundamento na diversidade de pontos de vistas e argumentos, condição única da liberdade individual e da racionalidade do processo. “Um “bem comum”, continuam os autores “é moldado, não descoberto. É produzido pelas partes no processo deliberativo e não tem um status normativo único e superior” (Knight; Johnson, 2007, p. 270). “A legitimidade democrática é o resultado de uma deliberação livre e não constrangida de todos em torno das questões de preocupação comum” (Benhabib, 2007, p. 48). Neste mesmo sentido, Bernard Manin definiu a legitimidade, como “uma decisão legítima não representa a vontade de todos, mas resulta da deliberação de todos” (Manin, 2007, p. 32).

Em síntese, na teoria da Democracia Deliberativa, não basta somente o individuo participar, mas sim é necessário que ele possa expressar sua opinião em um processo de debate e argumentação com regras inclusivas e justas. A teoria deliberativa, na verdade, desloca a fonte de legitimidade da maioria ou unanimidade para o próprio processo de formação política: a própria deliberação (Werle; Melo, 2007).

A participação cidadã no debate público garante maior autonomia, pois as decisões devem ser tomadas depois de persuadir cidadãos informados e interessados, cujo papel primordial não é tomar decisões diretamente, mas exercer pressão por meio de um processo de deliberação e debate público e de participação política. representantes responsáveis (Gutmann, 1995).

De acordo com Bitencourt (2013), é primordial a prevalência dos direitos fundamentais no exercício da democracia e no controle social de forma regular, partindo-se daí que, para que haja a participação dos indivíduos nos processos de deliberação, é intrínseco que exista reconhecimento de igualdade e liberdade das pessoas.

Tendo em vista que a democracia comporta um caráter institucional, a sua legalidade advém das deliberações, discussões e decisões dos seus membros, e que possuem, principalmente, suas formulações e manifestações provenientes de instituições sociais e políticas (Bitencourt, 2013).

Neste cenário, Leal (2011) sintetiza que a Democracia Participativa, correspondente ao modelo que se volta para a participação social, está dando espaço a democracia deliberativa, onde se percebe a participação mais inclusiva e diversificada de atores nos processos políticos. E ainda compartilha da ideia de Follesdal, ao referir que “[...] tanto a Democracia Participativa como a Deliberativa se colocam no mesmo campo teórico, pois se ocupam de igual problema, a

saber, como instituir e dar efetividade à participação social e à abertura dos processos decisionais públicos nos mais diversos níveis" (Leal, 2011, p. 15).

No que compete a tomada de decisões coletivas, o processo deliberativo é de total importância, o qual é fundamentado em três motivos, nos quais, segundo Bitencourt (2013), constituem processos que comunicam informações, em que não há previsão ou antecipação da variedade de questões éticas e políticas que serão debatidas por cada indivíduo, bem como nenhum indivíduo tem capacidade para concentrar toda a informação para tomada de decisão que a todos afeta. Portanto, os Conselhos Municipais são espaços em que se faz presente a promoção da Democracia Deliberativa, que por sua vez, estimula a participação da população, que irá se fazer presente das decisões de tomadas de decisões e nos rumos das políticas públicas setoriais (Silva, 2016).

Reconhece-se papel cidadão que, conscientemente tem a possibilidade de dialogar de forma crítica e argumentativa os atos do poder público, se de forma pacífica e em condições de igualdade, objetivando a efetividade do bem-estar social da sociedade.

Os Conselhos Municipais, após a promulgação da Constituição de 1988, se tornaram o mais importante setor no processo de descentralização das políticas públicas, e mesmo diante da sua implementação e institucionalização, ainda existem muitos desafios a serem traçados acerca do controle social, vez que o mesmo poderá ser exercido na medida em que de fato os conselhos municipais se tornem o verdadeiro espaço da democracia participativa (Diegues, 2013).

Conforme já mencionado anteriormente, com a promulgação da Carta Magna de 1988, inaugurou-se a possibilidade de os municípios gestarem as políticas públicas, o que sem sombra de dúvida foi uma das principais inovações trazidas pela norma federal, o que permitiu também diversas formas participativas na gestão e controle das políticas públicas pela sociedade (Diegues, 2013).

Em relação ao controle social e da participação social, cabe aqui uma distinção sobre o enfoque da decisão. O controle social poder ser aquele em que o Estado exerce sobre o cidadão, como também aquele que o cidadão controla o Estado. "É a possibilidade de uma decisão ser substituída por outra, enquanto a participação social consiste na existência de canais institucionais de interação com a sociedade na gestão governamental" (Bitencourt; Reck, 2019, p. 113).

Isso significa dizer, que controle é justamente apontar onde se encontra a falha da decisão que justifique a sua substituição, ou seja, o controle é uma diferença que produz diferença. Tanto a participação como o controle social, não são observados de forma conjunta, pois conforme mencionado, o controle social tem sua atuação sobre uma decisão, escolha, e tem correlação com a fiscalização e assim esta decisão ser substituída por outra, assim como também há a possibilidade de que um cidadão participe de uma consulta popular, e que posteriormente não exerça o controle sobre ela (Bitencourt; Reck, 2019).

A participação popular e o controle social são direitos fundamentais da pessoa humana. No entanto, as normas constitucionais relativas à participação popular, geralmente, têm apenas eficácia sintática, enquanto as normas constitucionais

relativas ao controle social têm as duas eficácia: a sintática e a semântica, qualidades que geram o direito público subjetivo à fiscalização da função administrativa do Estado pelos cidadãos (Siraque, 2004, p. 123).

Ou seja, “o controle social e a participação popular são irmãos siameses. Entretanto, o controle social é distinto da participação popular. A participação popular ocorre no momento da tomada de decisões, antes ou concomitante à elaboração do ato da Administração [...]” (Siraque, 2004, p. 123). Por tais razões é que por vezes percebe-se certa confusão quando se utiliza os termos controle social com participação social, vez que ambos possuem em suas bases os fundamentos de cidadania, soberania popular e princípio republicano, bem como por atuarem como sujeitos da sociedade democrática (Siraque, 2004).

Conforme Bitencourt (2013, p. 324) “pode-se afirmar que o controle social que a sociedade tem sobre os atos governamentais é de suma importância para a democracia e possui alta relevância como forma de exercer a cidadania”. O poder que existe na população fica caracterizado e esta pode a partir disso, alterar planos e políticas públicas, o que pressupõe que o controle social não pode ser reduzido a um mero instrumento de formalização. No caso dos conselhos de políticas públicas, constituída em nível federal, estadual e municipal é possibilitada a participação de fato constituída para o exercício do controle social (Maciel, 2010).

Assim, têm-se que a participação social traz inúmeros benefícios para a administração pública, vez que possibilita o diálogo argumentativo e racional, bem como tomada de decisões de forma consciente, o que também oportuniza a capacidade de modificar a realidade do ideal de igualdade entre os cidadãos para acesso às deliberações, ao mesmo tempo em que atua no controle do poder decisório.

E conforme discorre Diegues (2013), as políticas públicas, neste contexto, servem como verdadeiras ferramentas a fim de que seja viabilizada tanto a participação como o controle por parte do cidadão, vez que estas também são criadas, formuladas e aplicadas, justamente objetivando a concretização dos interesses da própria sociedade.

É nesta proposta que no próximo tópico serão analisados os Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial enquanto espaço de representação e instrumentalização de inserção e efetivação dos direitos fundamentais como o princípio da igualdade.

2 CONSELHOS MUNICIPAIS DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE RACIAL

Os Conselhos Municipais, como já discorrido anteriormente, são órgãos os quais é possibilitado o exercício da participação do cidadão e o controle por partes destes, principalmente nos processos decisórios que envolvem políticas públicas que visam atender na maioria das vezes seus próprios interesses.

Conforme Gohn (2011, p. 7), os conselhos gestores são mecanismos que conduzem e induzem representantes da população e membros do poder público estatal para atuar em questões

que envolvem a gestão de bens públicos. Tendo o seu marco principiológico com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os conselhos figuram como uma das principais inovações que tangenciam a democracia e seu real exercício no Brasil contemporâneo e que fazem parte da maioria dos municípios brasileiros, onde as políticas públicas em sua maior parte, são envolvidas absorvidas pelos conselhos gestores municipais, tendo contribuído de forma substancial com o alinhamento da relação Estado – Sociedade.

Conforme analisa Kerbauy (2000, p. 67), este novo contexto social democrático ocorrido entre os anos 1970 e 1980, favoreceu o surgimento de espaços locais municipais como territórios políticos, étnicos, culturais, sociais e econômicos. O governo municipal por se constituir em um espaço político institucional, em que a representatividade, a aliança, o confronto e a disputa de interesses, de forças e de organizações sociais, são expressadas, busca para si uma importância indispensável na concretização dos processos e de gestão pública.

Conforme referências no presente artigo, com a Carta Magna de 1988 grandes transformações foram trazidas quanto a organização institucional e política do país, no tocante as relações intergovernamentais e na gestão pública. Com isto, os municípios obtiveram autonomia política administrativa e financeira, podendo tanto legislar quanto criar leis orgânicas (Guimarães, 2018).

A prova de que havia de fato um contexto permissivo de questionamentos sociais, é que se deu a chamada por alguns entes estatais e municipais do movimento negro para participar da gestão pública, com o objetivo estreitar os vínculos de aproximação com este segmento social, embora o objetivo legítimo seja mais político partidário do que mesmo a sua participação, que busca o fortalecimento dos governos locais, e que avistam um mecanismo de ideologia impositiva na organização do movimento social negro (Pereira, 2016).

Desta autonomia política e financeira, é que nascem os Conselhos Municipais que permitem a participação social na gestão pública municipal como uma das formas de influenciar e contribuir na construção das políticas públicas locais, através da relação entre os diversos atores sociais e o Estado. E por serem dotados de capacidade de abranger grande quantidade de políticas públicas, é que através dos Conselhos Municipais se possibilitou à população negra a instrumentalização, a inserção e a efetivação dos direitos fundamentais como a promoção da igualdade racial (Pereira, 2016).

Já vem de longa data – desde a década de 1950 - a busca pelo Movimento Negro por uma atuação mais positiva do Estado no sentido de estabelecer mecanismos públicos para a correção da desigualdade social entre negros e brancos, decorrentes do tratamento desigual proporcionado pelo racismo (Guimarães, 2018).

Com o advento da Constituição de 1988 a questão racial ganhou novos contornos legais, passando a ser reconhecido o racismo como crime inafiançável e imprescritível (artigo 5º), o reconhecimento da comunidade quilombola ao direito de propriedade (artigo 68 do Ato das disposições Transitórias) e a diversidade cultural reconhecida como patrimônio a ser preservado e valorizado (artigo 215 e 216) (Silva, 2014). Cumpre destacar que anterior a Carta Magna, a Lei

Afonso Arinos, de 1951, tratou de punir o racismo, apesar da existência de legislação ratificando o racismo (Costa Neto, 2015).

O Estado brasileiro é convocado a formular políticas públicas após movimentos negros como a Marcha Zumbi contra o Racismo e pela Vida e com a instalação do Grupo de Trabalho Interministerial – GTI, mas, sobretudo, após a III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Correlatas de Intolerância em 2001 (Guimarães, 2018). Desta forma, o Estado não pôde mais silenciar quanto a buscar e tomar providências na busca pela reparação, correção e inclusão do povo negro nas mais diversas esferas da organização institucional do país.

A institucionalização da secretaria das Políticas Públicas da Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) ocorreu com a posse do Governo Luís Inácio Lula da Silva, sendo considerado um projeto que aceita os padrões da Convenção de Durban, sendo esta a melhor nos rumos da política racial do país de combate ao racismo (Costa Neto, 2015). Posteriormente com o Decreto nº 4.886 de 20 de novembro de 2003, foi instituída a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNAPIR), objetivando diminuir a desigualdade racial no Brasil (Guimarães, 2018). Demonstra-se assim que no novo governo o Estado assumiria a pauta da política racial no Brasil, evidenciando que o racismo é um problema político de grande relevância e que para isso traçava políticas para o seu enfrentamento com a criação de órgão a fim de implementá-las.

Neste momento em diante, os Estados e Municípios são convidados a participar deste novo cenário institucional, embora, mesmo com o estímulo dado pela SEPPIR, as políticas de igualdade racial para serem instadas nos governos locais, percebe-se que os acordos e contrapartidas fundamentais para sua implementação ainda se encontram numa escala muito inferior às reais necessidades da população negra, o que demonstra que o processo não é linear, pois embora se tenha institucionalizado a política a nível federal, a mesma não reflete os anseios em âmbito local (Pereira, 2016).

Conforme afirma Ribeiro (2009, p. 21), “tanto a sociedade civil como os governos, estão se movimentando no tocante aos assuntos de políticas públicas, leis e ações afirmativas para a redução das desigualdades e, diversos segmentos sociais, o que demonstra uma alteração no cenário político nacional”. Contudo, ainda se percebe uma grande resistência para que de fatos tais políticas públicas sejam implementadas. Observa-se que no tocante às questões para a população negra, há uma falta expressiva de comprometimento por parte dos integrantes da gestão pública, para que assim os pleitos locais, tenham relevância junto às estruturas governamentais a nível federal (Pereira, 2016).

Dada importância a ser dada ao Conselho Municipal de Promoção da Igualdade Racial, pois mostra-se como uma ferramenta contínua, aparelhado ao Estado, devendo ser de conteúdo pluralístico de ideias, objetivando defender a justiça social e a igualdade de oportunidade, através de implementação de políticas públicas étnico-raciais (Pereira, 2016).

Importante destacar que, embora evidenciadas ao longo dos anos, as políticas públicas de promoção da igualdade racial, obtiveram muitos avanços, principalmente após a realização

do Fórum Intergovernamental de Promoção da Igualdade Racial - Fipir, onde se buscou uma ampliação e valorização da relação da União com Estados e Municípios. “Com isso, no ano de 2008, 514 adesões de localidades foram feitas a fim de instituir políticas de promoção de igualdade racial, sendo 490 municípios e 24 Estados), considerando-se a existências de órgãos executivos em 204 Municípios e 24 Estados” (Ribeiro, 2009).

Conforme nos mostra Ribeiro (2013, p. 168), as primeiras experiências de promoção de igualdade racial, se deram nos estados de São Paulo, através do Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra – 1984 e a Coordenadoria dos Assuntos da População Negra (CONE) – 1992; no Rio de Janeiro, a Secretaria Extraordinária de Defesa e Promoção das Populações Negras (SEDEPRON) – 1991, transformada na Secretaria Extraordinária de Defesa e Promoção das Populações Afro-Brasileiras (SEAFRO) – 1994; em Belo Horizonte/MG, a Secretaria Municipal para Assuntos da Comunidade Negra (SMACON) – 1998.

O Conselho de Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, criado em 1984 no Estado de São Paulo, nasceu com o objetivo de defender os interesses das comunidades negras, assim como atender às demandas desta população, bem como serviu de instrumento político que se aliar à prática da atuação do Movimento Negro, juntamente com a ação do poder público, visando elaborar, propor, coexecutar e executar políticas, cujo público-alvo era a população negra. Contudo, devido a sua novidade e complexidade, os conselhos acabaram por gerar algumas polêmicas, o que teve como pano de fundo a falta de credibilidade das lideranças negras em criar um instrumento de tutela (Ribeiro, 2014).

Conforme Santos (2010) além da existência de uma mistura de interesses pessoais e interesses políticos, ainda os debates eram marcados por contradições, sendo que havia inclusive resistência acerca da criação dos conselhos por parte dos próprios negros e de brancos de esquerda, eis que alegavam que a propositura de um conselho inibiria a soberania do Movimento Negro e que inclusive os negros que colaborassem com tal articulação estaria indo ao encontro dos serviços de desarticulação do movimento negro no país. Silva (1997, p. 23), sustenta que, “com a criação dos conselhos, as questões que envolvem a população negra, ganharam visibilidade, o que fez com fosse incluída na agenda política do Estado de São Paulo”. Por esta razão, a experiência obtida com o conselho de São Paulo, serviu de impulso para a sua institucionalização também nos estados da Bahia, Rio Grande do Sul e Mato Grosso do Sul.

Percebe-se que estas estruturas e projetos ainda estão muito iniciais, visto que possuem mínimas condições para atender às demandas históricas e a efetividade das políticas de igualdade racial. Prova disso é que remonta ao ano de 2010 quando da criação do Estatuto da Igualdade Racial, bem como a instituição de legislação de políticas públicas de inclusão do povo negro, sem que na verdade se consiga perceber a efetividades destas ações, pois ainda não se vê a presença de negros em espaços de destaque na sociedade, e mesmo que lá estejam ainda passam despercebidos ou levados a comprovação de que de fato ocupam e são detentores de direito destes lugares.

Cabe ao Estado, dessa forma, o dever de construir Conselhos Municipais de Promoção da Igualdade Racial, em virtude da justificativa que possui o Estado no dever de servir a coletividade,

no sentido de serem indispensáveis a coexistência social (Mello, 2012) consubstanciado de igual forma no princípio da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, onde se traduz o dever em que se encontra a administração direta ou indireta em face da lei (Mello, 2012).

A democracia é fortalecida quando estabelecido vínculo entre a Administração e a sociedade, o que garante a estabilidade das instituições políticas, por serem titulares do reconhecimento social, e por isso é possível afirmar que a qualidade da interação entre governo e a sociedade civil reflete na legitimidade da atuação pública (Nascimento; Alves, 2020). E nesse sentido, tendo o Estado brasileiro reconhecido de maneira institucional que a questão racial interfere no conjunto de relações sociais do país, avoca para si o dever de promover políticas públicas que desenvolvam formas de enfrentamento ao racismo que foi construído por meio da vinculação com um processo histórico excludente da comunidade negra da sociedade, como dever do Ente estatal de garantir os direitos fundamentais de todo indivíduo, nele inserido o princípio da igualdade, o qual perpassa pelo debate da temática racial.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, os Conselhos Municipais, são considerados como espaços públicos e políticos em que é possível a participação do cidadão, enquanto agente ativo na aplicação das decisões políticas, envolvendo demandas sociais, possibilitando o perfeito diálogo entre sociedade e o Estado, enquanto este, com agente passivo e garantidor do atendimento do interesse público.

Os Conselhos Municipais assim, atuam como instrumento da Democracia Deliberativa, espaço onde são discutidos e apontados os aspectos da política municipal para diversos setores, como por meio de levantamentos das necessidades da população e da fiscalização da utilização dos recursos. Através desta parceria o cidadão aponta as necessidades que devem ser debatidas e discutidas entre estes e o Estado, de forma que os resultados tendem a refletir diretamente na vida dos indivíduos, demonstrando assim, um forte envolvimento dos cidadãos nas rotinas democráticas.

Nesse contexto, encara a prática da teoria da Democracia Deliberativa como extensão da relevância do diálogo e da persuasão da opinião pública entre a sociedade e o Estado. Os Conselhos Municipais de Promoção de Igualdade Racial, surgem nestes espaços, justamente porque o desenho institucional dos conselhos, resguarda a regularidade das decisões entre a sociedade e o Estado, bem como, ao seu caráter deliberativo e ao seu grau de envolvimento nos municípios brasileiros.

Estas decisões tidas entre a sociedade e o Estado são passíveis de controle social, que faz parte do contexto da teoria da Democracia Deliberativa, que estimula o diálogo aberto e que tem como objetivo fundamental o consenso social, ou seja, possibilitando ao cidadão tanto o diálogo crítico como o argumentativo em relação aos atos do poder público.

Existe um verdadeiro alinhamento entre a Democracia Deliberativa e os Conselhos Municipais, justamente por ambos terem como objetivo principal, a priorização do debate público,

conciliando a participação popular - sociedade - com o Estado, auxiliando nos processos decisórios em que envolvam o interesse coletivo.

Para a caracterização da Democracia Deliberativa, não basta apenas que o cidadão participe a fim de construir um debate político, mas também a consideração da sua opinião, para fins de justificar um debate justo e de argumentos com regras inclusivas. Aqui se reconhece a importância do papel do cidadão, que conscientemente tem a possibilidade de dialogar de forma crítica e argumentativa os atos do poder público, se de forma pacífica e em condições de igualdade, com o único objetivo de concretizar o bem-estar social da sociedade.

Percebe-se que este diálogo entre a sociedade e o Estado, possibilita a gestão pelos municípios das próprias políticas públicas, e com a participação popular, também gestar o controle destas políticas públicas.

O controle social, sob o ponto de vista da decisão, pode ser exercido tanto por parte do cidadão em relação ao Estado, como por parte dele em relação ao cidadão, havendo a possibilidade desta decisão ser substituída por outra. Já a participação popular ocorre no momento da tomada de decisão e nem sempre, é o agente da fiscalização desta decisão.

Desta maneira, foi possível concluir que os Conselhos Municipais apresentam características básicas das teorias da Democracia Deliberativa, como a participação política, o diálogo argumentativo e justo entre a sociedade e o Estado e a tomada de decisão, acompanhando o curso das informações existentes.

Assim, a criação dos Conselhos Municipais, com base nas teorias da Democracia Deliberativa, como novos espaços institucionais de participação social, não só possibilita uma maior eficiência da gestão pública como também permite a constituição de novos sujeitos políticos com acesso ao poder, favorecendo a ampliação do espaço público.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. Mitos da descentralização: maior democracia e eficiência nas políticas públicas?. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 31, p. 44-66, 1996. Disponível em: <https://profwalfredoferreira.files.wordpress.com/2014/02/mitos-da-descentralizac3a7c3a3o.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: WERLE, Denílson Luiz, MELO, Rúrion Soares (orgs). Democracia Deliberativa. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. O controle social na construção da legitimidade democrática: os ventos da mudança e a retórica do poder do “povo”. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 21, n. 118, p. 109-134, nov./dez. 2019. Disponível em: <https://>

bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/45267. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL, OBSERVATÓRIO SOCIAL. Mas, o que é um conselho municipal? Disponível em: <https://osbrasil.org.br/artigo-mas-o-que-e-um-conselho-municipal/>. Acesso em 15 out. 2022

CARVALHO, Juvenilda; CASTRO, Rocío; REGO, Vinícius; MASSOQUETTE, Bernadete B. Conselhos municipais: sua contribuição para o desenvolvimento local. In: ENANPAD – ENCONTRO DA ANPAD, 23., 1999, Foz do Iguaçu. *Anais* [...]. Foz do Iguaçú: Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 1999. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Bernadete-Bittencourt/publication/266288331_CONSELHOS_MUNICIPAIS_SUA_CONTRIBUICAO_PARA_O_DESENVOLVIMENTO_LOCAL_Autores/links/574c8ade08ae82d2c6bc3815/CONSELHOS-MUNICIPAIS-SUA-CONTRIBUICAO-PARA-O-DESENVOLVIMENTO-LOCAL-Autores.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

CONSANI, Cristina Foroni. **Teorias da democracia deliberativa**: propostas e problemas. *Peri*, Florianópolis, v. 2, n. 1, p. 1-11, set. 2009. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/peri/article/view/822>. Acesso em: 13 out. 2022.

COSTA NETO, Antônio Gomes da. As ações afirmativas para negros e o sistema de acompanhamento e avaliação da lei n. 12.711/12. **Educação Pública**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 19, set. 2015. Disponível em: <https://educacaopublica.cecierj.edu.br/revista/artigos/as-acoes-afirmativas-para-negros-e-o-sistema-de-acompanhamento-e-avaliacao-da-lei-no-12-71112>. Acesso em: 2 set. 2020.

CUNHA, Eleonora Schettini Martins. Participação política e o enfrentamento da questão social: o potencial dos conselhos de políticas e do orçamento participativo no Brasil. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8., 2004, Coimbra. *Anais* [...]. Coimbra: Faculdade de Economia da UC, 2004. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/lab2004/pdfs/EleonoraCunha.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

DIEGUES, Geraldo César. O controle social e participação nas políticas públicas: o caso dos conselhos gestores municipais. **NAU Social**, Salvador, v. 4, n. 6, p. 82-93, maio/out. 2013. Disponível em: <https://cienciasmedicasbiologicas.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/31241/18609>. Acesso em: 15 out. 2022.

ERTEL, Roberta de Moura. **O conselho municipal de educação de Santa Cruz do Sul**: uma análise do seu procedimento interno a partir da perspectiva da teoria procedural habermasiana de democracia deliberativa. 2020. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11624/2747>. Acesso em: 14 out. 2022.

GERSCHMAN, Silvia. Conselhos municipais de saúde: atuação e representação das comunidades populares. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 6, p. 1670-1681, dez. 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2004000600026>

GOHN, Maria da Glória. Empoderamento e participação da comunidade em políticas sociais. *Saúde e sociedade*, v. 13, p. 20-31, 2004.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez,

2001.

GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores na política social urbana e participação popular. **Cadernos Metrópoles**, São Paulo, n. 7, p. 9-31, 2002. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/view/9257>. Acesso em: 13 out. 2022.

GOHN, Maria da Glória. Gestão pública e os conselhos: revisitando a participação na esfera institucional. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 10, n. 3, p. 1-15, 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.21057/repam.v10i3.21868>

GOHN, Maria da Glória. Participação de representantes da sociedade civil na esfera pública na América Latina. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 10, p. 233-244, 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2011v10n18p233/17542>. Acesso em: 14 out. 2022.

GOHN, Maria da Glória. **Participação e democracia no Brasil**: da década de 1960 aos impactos pós-junho de 2013. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.

GUIMARÃES, Carlos Augusto Sant'Anna. **Movimento negro e mudança institucional no Brasil**: políticas municipais de promoção da igualdade racial em perspectiva comparada (1995-2015). 2018. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2018. Disponível em: https://www.nepac.ifch.unicamp.br/pf-nepac/tese_guimaraes_carlos_versao_biblioteca.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

GUTMANN, Amy. A desarmonia da democracia. **Lua Nova**, São Paulo, n. 36, p. 5-47, 1995. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0102-64451995000200002>

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUCÁ, Roberta Laena Costa. Realização da democracia deliberativa habermasiana na esfera pública municipal: concretização do estado democrático de direito brasileiro. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., Brasília, DF, 2008. **Anais** [...]. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/15_608.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

KERBAUY, Maria Teresa Miceli. **A morte dos coronéis**: política e poder local. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2000.

KNIGHT, Jack; JOHNSON, James. Agregação e deliberação. In: WERLE, Denílson Luiz; MELO, Rúrion Soares (org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular; Esfera Pública, 2007. p. 47-79

LEAL, Rogério Gesta. Demarcações conceituais preliminares da democracia deliberativa: matrizes habermasianas. In: LEAL, Rogério Gesta (org.). **A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública**: alguns estudos de casos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. p. 10-98.

LIMA, Paula Pompeu Fiúza; ALENCAR, Joana Luiza Oliveira; RIBEIRO, Uriella Coelho;

CRUXÊN, Isadora Araujo; SOUZA, Clóvis Henrique Leite de. **Conselhos nacionais**: elementos constitutivos para sua institucionalização. Brasília, DF: IPEA, 2014.

MACIEL, Carlos Alberto Batista. Políticas públicas e controle social: encontros e desencontros da experiência brasileira. **Intercâmbio**, São Paulo, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.unb.revistaintercambio.net.br/24h/pessoa/temp/anexo/1/112/118.doc>. Acesso em: 24 jun. 2020.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: WERLE, Denílson Luiz; MELO, Rúrion Soares (org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular; Esfera Pública, 2007. p. 47-79.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NASCIMENTO, Arthur Ramos do; ALVES, Fernando de Brito. A (in)visibilidade das minorias na (des)construção das políticas públicas: democracia e efetivação dos direitos fundamentais no contexto da nova face da administração pública e as populações LGBTQ+. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 15, n. 2, p. 27-48, maio/ago. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2020v15n2p27>

PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, André Luís. **Mecanismos de promoção da igualdade racial em nível local**: uma análise do processo de implementação das políticas de promoção da igualdade racial em Porto Alegre (2004-2014). 2016. 245 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/155997>. Acesso em: 24 jun. 2020.

RIBEIRO, Matilde. **As políticas de igualdade racial no Brasil**: análises e propostas. São Paulo: Fundação Friedrich Ebert, 2009.

RIBEIRO, Matilde. **Políticas de promoção da igualdade racial no Brasil (1986-2010)**. Rio de Janeiro: Garamond, 2014.

SANTOS, Ivair Augusto Alves. **O movimento negro e o estado (1983-1987)**: o caso São Paulo. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 2010.

SILVA, Antônio Carlos Arruda. A questão racial e política: experiências em políticas públicas no estado de São Paulo. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 7, 1997.

SILVA, João Paulo Paiva da. **Democracia deliberativa x conselhos municipais de educação**: aplicação de um modelo avaliativo ao conselho municipal de educação de Parnamirim-RN. 2016. 100 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/22774>. Acesso em: 15 out. 2022.

SILVA, Tatiana Dias. Políticas de igualdade racial no Brasil: avanços e limites. **Jurídico**, Belo Horizonte, v. 12, n. 12, p. 46-52, nov. 2014. Disponível em: <https://www.academia>.

edu/35369673/Pol%C3%ADticas_de_igualdade_racial_no_Brasil_avan%C3%A7os_e_limites. Acesso em: 2 set. 2020.

SIRÁQUE, Vanderlei. **O controle social da função administrativa do estado**: possibilidades e limites na constituição de 1988. 2004. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <http://siraque.tempsite.ws/monografia2004.pdf>. Acesso em: 2 set. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SWAROVSKY, Aline. **Importância da participação social na elaboração, implementação e execução de políticas públicas**: um estudo a partir da atuação do conselho municipal de saúde de Santa Cruz do Sul como um espaço para a prática democrática deliberativa. 2012. 259 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2012. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/mestrado/direito/dissertacoes/2012/alineswarovsky.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2020.

TATAGIBA, Luciana. Os conselhos e a construção da democracia no Brasil: um rápido balanço de duas décadas de participação conselhistas. In: RUBIM, Antonio Albino Canelas; FERNANDES, Taiane; RUBIM, Iuri (org.). **Políticas culturais, democracia e conselhos de cultura**. Salvador: EDUFBA, 2010. p. 27-50.

TÓTORA, Silvana; CHAIA, Vera. Conselhos municipais e a institucionalização da participação política: a região metropolitana de São Paulo: governança democrática e poder local. In: **A experiência dos conselhos municipais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

VILELA, Maria Diogenilda de Almeida. **Legislação que disciplina os conselhos de políticas públicas**. Brasília, DF: Consultoria Legislativa, 2005.

WERLE, Denílson Luiz; MELO, Rúrion Soares. Deliberação e democracia: A teoria deliberativa e seus críticos. In: WERLE, Denílson Luiz; MELO, Rúrion Soares (org.). **Democracia deliberativa**. São Paulo: Editora Singular; Esfera Pública, 2007. p. 47-79.

Recebido em: 08/11/2022

Aceito em: 23/06/2023

A PROTEÇÃO DE DADOS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: UMA COMPREENSÃO ACERCA DA AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA

DATA PROTECTION AND THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY: AN UNDERSTANDING ABOUT INFORMATIONAL SELF-DETERMINATION

*Doutorado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos Pelo Centro Universitário de Bauru. Professor assistente em estágio-docência junto ao Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto sob orientação da Professora Livre-Docente, Doutora Eliana Franco Neme. Advogado. E-mail: brunomaiaster@gmail.com

**.Livre Docente, pela Universidade de São Paulo, Doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Professora Permanente do Programa de Pós Graduação em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Bauru. Advogada. E-mail: elianafranconeme@usp.br

***Doutorado e Mestrado (Bolsista Integral CAPES) em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Bauru (CEUB-ITE). MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Professora de Educação Superior, Nível IV - Grau A, do quadro de pessoal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Professora Titular no Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Uniara - Universidade de Araraquara (UNIARA). Professora das Faculdades Integradas de Jaú - Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Coordenadora do grupo de Pesquisa em Direito Constitucional Contemporâneo, Constitucionalismo Global e Globalização da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Pós-Doutorado (em andamento) na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Pesquisadora bolsista FUNADESP. Pesquisadora bolsista Programa de Bolsas de Produtividade em Pesquisa (PQ) da Universidade do Estado de Minas Gerais (editoral n. 08/2022). E-mail: jamilecalissi@gmail.com

Bruno Alberto Maia*
Eliana Franco Neme**
Jamile Calissi***

Como citar: MAIA, Bruno Alberto; NEME, Eliana Franco; CALISSI, Jamile. A proteção de dados e o princípio da dignidade humana: uma compreensão acerca da autodeterminação informativa. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 201, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.46952>

Resumo: O texto tem como objeto de investigação a proteção de dados, um Direito Fundamental Autônomo, a partir da evolução histórica, tanto do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, quanto do conceito atinente ao direito à privacidade, o que permite constatar a autonomia científica do Direito à Proteção dos Dados desconectada da perspectiva civilista dispensada ao Direito à Privacidade, premissa a partir da qual chega-se à definição do conceito de autodeterminação informativa e que permite sustentar que a Dignidade da Pessoa Humana tem natureza supra positiva e positiva. Nesse sentido, pressupõe-se uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, orientada a concretização da perspectiva personalista da dignidade, que coloca a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico, tanto no âmbito do Direito Interno, quanto do Direito Internacional, esta, também uma premissa que permite sustentar os benefícios com a influência exercida pelo Direito Europeu no Direito Brasileiro, tanto no âmbito dogmático, quanto jurisprudencial, evidenciado a partir da análise do conteúdo referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade 6389 de 2020 em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Para alcançar o objetivo proposto, será utilizada pesquisa bibliográfica e, na escrita, o método dedutivo. Justifica-se o presente estudo, pois, a partir dele, poderá ser possível constatar a autonomia científica do Direito à Proteção dos Dados para se alcançar a definição conceitual de autodeterminação informativa. A exposição de

tais fatores revelará que a Dignidade da Pessoa Humana possui tanto natureza supra positiva quanto positiva, confirmando, desse modo, a possibilidade de concretização personalista da Dignidade da Pessoa Humana.

Palavras-chave: dignidade; dignidade da pessoa humana; privacidade; autodeterminação informativa; direito fundamental.

Abstract: The text has as its object of investigation the data protection, an Autonomous Fundamental Right, from the historical evolution, both of the concept of human dignity, and of the concept related to the right to privacy, which allows to verify the scientific autonomy of the Law to Data Protection disconnected from the civilist perspective dispensed with the Right to Privacy, a premise from which we arrive at the definition of the concept of informative self-determination and which allows us to sustain that the dignity of the human person has a super positive and positive nature. In this sense, a dialectical relationship between Natural Law and Positive Law is assumed, oriented towards the realization of the personalist perspective of dignity, which places the human person at the center of the legal system, both in the scope of Domestic Law and International Law, this, also a premise that allows sustaining the benefits with the influence exerted by European Law on Brazilian Law, both in the dogmatic and jurisprudential scope, evidenced from the analysis of the content referring to the Direct Action of Unconstitutionality 6389 of 2020 pending in the Supreme Court Federal. To achieve the proposed objective, bibliographic research will be used and, in writing, the deductive procedure. The present study is justified because, from it, it may be possible to verify the scientific autonomy of the Right to Data Protection disconnected from the civilist perspective to reach the conceptual definition of informative self-determination. The exposition of such factors will reveal that human dignity has both a super positive and a positive nature, thus confirming the possibility of a personalistic realization of human dignity.

Keywords: dignity; privacy; informative self-determination; fundamental right.

INTRODUÇÃO

A proteção de dados é considerada um direito fundamental autônomo, como poderá ser constatado a partir da leitura do presente texto. Nele estão os fundamentos dogmáticos que permitem conectar a proteção de dados ao Direito Constitucional, em que se destaca o conteúdo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana positivado no Art. 1º, III da Constituição de 1988, e com o Direito Civil, notadamente, no que se refere à tutela dos Direitos de personalidade. Isto porque é possível defender a Dignidade da Pessoa Humana como atributo intrínseco de todos os demais elementos aqui apresentados. Neste aspecto, tal fenômeno, erigido como fundamento-vetor da República, é um princípio constitucional, contudo, isto não significa que possa ser invocado como um artifício para solucionar todos os casos concretos levados à apreciação do judiciário, sob pena de ocorrer o seu esvaziamento conceitual.

Para que não seja invocada a Dignidade da Pessoa Humana como artifício, e a partir disso, seja comprometida a dignidade da legislação, é necessário identificar a autonomia científica do Direito Constitucional, do Direito Civil, e do Direito à Proteção dos Dados a partir de seus próprios vetores axiológicos e teleológicos, e da evolução conceitual do direito à privacidade. O que se pretende neste texto, sem esgotar as problematizações referentes ao tema, é propor uma análise intertextual entre dois juristas europeus, notadamente, Konrad Hesse, e Stefano Rodotà, a fim de demonstrar como a Constituição brasileira pode disciplinar proceduralmente o Direito Constitucional, o Direito Civil e a Proteção de Dados.

O caminho a ser percorrido partirá da análise histórica da evolução conceitual e da dignidade da pessoa humana desde Aristóteles até a contemporaneidade, em que Robert Alexy e Walter Claudius Rotenburg explicitam, respectivamente, o conceito de princípio e o critério da Proporcionalidade, ao qual se deve recorrer nos casos concretos em que há a constatação de colisão de Direitos Fundamentais.

A intertextualidade entre os postulados defendidos por Konrad Hesse e Stefano Rodotà permitirá compreender o porquê é possível afirmar que a Proteção de Dados é um Direito Fundamental Autônomo e, simultaneamente, levar à compreensão da dupla perspectiva da Dignidade da Pessoa Humana, isto é, seu aspecto supra positivo, e positivo, tanto no âmbito do Direito Interno, quanto do Direito Internacional.

Neste aspecto, a sustentação oral de Danilo Doneda no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) empiricamente permitirá constatar o porquê de o Direito brasileiro ser antropófago, e se beneficiar, ainda que tardiamente, das influências do Direito Europeu, tanto no âmbito dogmático, quanto jurisprudencial.

Os elementos até aqui referenciados têm por objetivo geral a busca pela determinação de um Direito à Proteção de Dados enquanto categoria científica independente, desconectado da perspectiva civilista, portanto, e atrelado à categoria de um Direito Fundamental Autônomo. Como objetivo específico, por sua vez, buscar-se-á a construção do conceito de autodeterminação informativa.

Para tanto, o trabalho tem início com a indagação sobre a possibilidade de constatação dessa autonomia científica do Direito à Proteção de Dados, seguido pela hipótese afirmativa de que essa autonomia científica é corolário de um Direito Fundamental Autônomo a partir da Dignidade da Pessoa Humana enquanto fenômeno de natureza supra positiva e positiva, o que evidencia a existência de um conceito referente à autodeterminação informativa.

1 COTEXTO HISTÓRICO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A disciplina dos Direitos Humanos sempre envolveu a necessidade de luta pelo reconhecimento da dignidade humana em suas várias perspectivas. O Constitucionalismo Contemporâneo deita suas raízes na vinculação que se estabelece entre a Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais. Este, talvez, o único aspecto em que há consenso na doutrina. O conteúdo de tal princípio e seu significado para a ordem jurídica são diuturnamente discutidos, tanto no âmbito doutrinário, quanto jurisprudencial. Assim, sob a perspectiva jurídica, a Dignidade da Pessoa Humana é considerada fundamento do Estado Democrático de Direito, nos termos do Artigo 1º, III da Constituição Federal (Castilho, 2018, p. 240).

A Dignidade da Pessoa Humana é um tema que tem merecido reflexão desde Aristóteles, na Grécia Antiga. Entretanto, na Antiguidade, ela era relativa, tendo em vista que os escravos advindos dos povos vencidos em guerras reduziam-se à condição de servos, e não eram considerados merecedores de dignidade. Foi na Idade Média, com Santo Tomás de Aquino, que a tal dignidade assumiu o sentido de núcleo inerente ao ser humano. Portanto, a origem do sentido é devedora do Cristianismo. Isto significa dizer que a gênese da Dignidade da Pessoa Humana deita suas raízes no fato descrito bíblicamente de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus (Castilho, 2018, p. 240).

Foi em 1490, entretanto, que o florentino Pico Della Mirandola escreveu seu discurso sobre a dignidade do homem, e deu-lhe sentido para além da teologia. Francisco de Vitória, por sua vez, em sua obra '*Os índios e o direito da guerra*', defendeu a existência da dignidade em todos os seres humanos. Daí, deriva a conclusão de que a escravidão era um crime, diversamente do que se pensava à época.

A compreensão laica acerca da dignidade ocorreu somente no Século XVII no contexto histórico e filosófico do pensamento jusnaturalista, cujo maior expoente, Samuel Pufendorf, partiu da premissa de que o homem seria um ser social, e assim, afastaria a origem divina da dignidade, e a conceberia como liberdade de escolha racional do ser humano. A evolução dessa concepção deitou suas raízes no vínculo da Dignidade da Pessoa Humana como liberdade moral, e não à natureza humana (Castilho, 2018, p. 241).

A secularização do conceito de Dignidade da Pessoa Humana operou-se com Immanuel Kant, que percebeu na autonomia ética do ser humano o seu fundamento. Assim, como ser racional, o ser humano estaria apto a conceber para si as suas próprias leis e segui-las conforme sua conveniência. Para Kant, a dignidade significou autonomia alcançada pela razão. E, sob este

aspecto, a autonomia seria, portanto, o fator que significaria o ser humano, não podendo ser considerada o meio para o alcance de um fim, antes disso, significaria reconhecer o ser humano como um fim em si mesmo (Castilho, 2018, p. 241).

A fórmula kantiana não apresentou somente uma dimensão negativa, isto é, aquela segundo a qual não se poderia prejudicar o semelhante. A formulação kantiana abarcou, também, uma dimensão positiva no sentido de que cada ser humano deveria proceder de modo a favorecer a felicidade do outro.

Sendo assim, e por consequência, os regimes totalitários e os abusos cometidos durante a Segunda Guerra Mundial fomentaram a necessidade de se considerar a Dignidade da Pessoa Humana como princípio central na maioria dos sistemas jurídicos dos países do Ocidente. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inspirando-se nos ideais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 também reconheceu o princípio. Entretanto, foi somente a partir de 1949, com a Lei Fundamental de Bonn que a Dignidade da Pessoa Humana como princípio foi efetivamente positivada em uma Constituição. A Lei Fundamental de Bonn, portanto, é considerada o marco histórico-jurídico do Constitucionalismo Contemporâneo (Castilho, 2018, p. 242).

Há segundo a doutrina dos Direitos Humanos, três concepções acerca da Dignidade da Pessoa Humana, a saber, (a) uma de matriz individualista, segundo a qual cada indivíduo ao realizar seus interesses pessoais, acaba por realizar os interesses alheios (esta concepção liberal encontra fundamento no valor liberdade); (b) a segunda concepção de dignidade é a trasnspersonalista, que compreende a concretização da Dignidade da Pessoa Humana no âmbito coletivo (isso significa que a dignidade se concretiza quando o indivíduo trabalha para a consecução do bem comum, e acaba assim salvaguardando seus interesses pessoais; sob esta perspectiva, o valor fundamental do homem é a igualdade material); (c) personalista, perspectiva que visa harmonizar valores individuais e coletivos.

E, a partir disso, o ser humano é considerado como se fosse dois entes distintos, o indivíduo e o cidadão. O que só o definirá como um ou outro são as circunstâncias do caso concreto, sempre tendo por base um princípio (Castilho, 2018, p. 242).

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE E O CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE

Para se tratar da Proteção de Dados como Direito Fundamental, e relacionar o referido direito à Dignidade da Pessoa Humana, como princípio Constitucional positivado na Carta Política de 1988, é preciso antes definir o conceito de princípio.

De acordo com Robert Alexy, princípios são normas jurídicas que ordenam o cumprimento de algo na maior medida possível, consideradas as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

O âmbito das possibilidades jurídicas está definido pela colisão entre as regras e os

princípios colidentes (Alexy, 2008, p. 90). As regras, por outro lado, são mandados definitivos que ou são satisfeitas ou não (Alexy, 2008, p. 91) levando-se em consideração no caso concreto as relações de precedência condicionadas, o que se conhece como lei de colisão (Alexy, 2008, p. 94). Isto, entretanto, não significa que as soluções do caso concreto estejam aprioristicamente dadas. É necessário um exame das circunstâncias do caso concreto para que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana não seja esvaziado de sentido, e torne-se um coringa argumentativo. As relações de precedência condicionadas existem em razão da atuação do legislador que filtra o conteúdo dos Direitos Fundamentais e os deixa penetrar no Direito Privado por meio de cláusulas gerais.

Existe uma conexão entre a compreensão dos princípios como mandados de otimização e a máxima da proporcionalidade. Esta conexão se estabelece em razão da natureza dos princípios. Isto implica afirmar, como Alexy, que no exame do caso concreto, as três máximas parciais da proporcionalidade devem ser enfrentadas, a saber, (a) adequação; (b) necessidade; (c) proporcionalidade em sentido estrito.

O sopesamento decorre da relativização dos princípios em face das possibilidades jurídicas. Assim sendo, para solucionar o caso concreto, é preciso realizar o sopesamento de acordo com a lei de colisão (Alexy, 2008, p. 116-7).

A máxima da proporcionalidade é uma decorrência para se compreender os princípios como mandados de otimização em face das possibilidades jurídicas. Por outro lado, as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandados de otimização em face das possibilidades fáticas (Alexy, 2008, p. 118).

Walter Cladius Rothenburg não entende a proporcionalidade como princípio, ou máxima. Para o autor, trata-se de um critério para resolver problemas atinentes à aplicação de diversos Direitos Fundamentais, ou outros bens protegidos pela Constituição. Por essa razão, por exemplo, é necessário identificar, notadamente, que o direito à privacidade positivado no Art. 5º, X; e o direito à imagem, positivado no Art. 5º, V; e por outro lado, o direito de informação, positivado no Art. 5º, XIV, e de comunicação, positivado no Art. 5º, IX podem colidir no caso concreto (Rothenburg, 2014, p. 97).

Constatada a colisão de Direitos Fundamentais, é necessário proceder à avaliação da interferência recíproca dos diversos direitos ou outros bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Sendo assim, o critério da proporcionalidade é cogente, o que significa dizer que deve ser observado por todos, e tem como destinatários quaisquer sujeitos: o legislador, ao estatuir normas restritivas de Direitos Fundamentais, o administrador, o magistrado, ou até o particular (Rothenburg, 2014, p. 97).

A compreensão e o recurso ao critério da proporcionalidade ocorrem por meio de sua análise, em momentos distintos. Esta análise abarca, por conseguinte, suas fases, aspectos, máximas, princípios parciais, subprincípios, e níveis, todas, entremes, etapas sucessivas e prejudiciais a serem vencidas pelo intérprete de modo encadeado. O critério da proporcionalidade é uma decomposição analítica da relação entre meio e fim, cuja teleologia está orientada para verificar se a intervenção jurídica, que consiste, na maioria dos casos, em restrições aos Direitos

Fundamentais, é coerente e razoável diante da finalidade pretendida (Rothenburg, 2014, p. 98).

Nesse interim, oportuno esclarecer o sentido dos três níveis do critério da proporcionalidade, a saber, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Cabe ressaltar, assim, que o primeiro deles, a saber, a adequação, consiste no exame da idoneidade, da conformidade, e da capacidade de fomentar o alcance do objetivo pretendido, o minimamente, o contribuir para tanto. Assim sendo, não se exige aptidão para o alcance efetivo, isto é, máximo, dos objetivos pretendidos. Isto, porque uma prognose não consegue assegurar com certeza absoluta a efetividade de uma medida estatal. Neste sentido, a verificação da possibilidade de fomentar o objetivo é o bastante. Trata-se de um exame circunscrito à análise da provável idoneidade da restrição a fim de proporcionar o fim pretendido (Rothenburg, 2014, p. 98).

Vencida a etapa da adequação, o intérprete deve proceder ao exame no caso concreto do segundo nível do critério da proporcionalidade, a saber, o da necessidade. O exame da necessidade demanda do intérprete uma análise quanto a exigibilidade, a indispensabilidade, a menor ingerência possível, ou intervenção mínima do Estado no âmbito da tutela de Direitos Fundamentais. O meio utilizado deve implicar o menor sacrifício possível para alcançar com semelhante eficácia o objetivo pretendido pelo Estado. Esta é, portanto, uma avaliação complexa, porque exige simultaneamente o exame de dois aspectos, a saber, (a) a menor restrição possível ao direito; e (b) a maior eficácia quanto ao resultado. Isto somente ocorre em concreto, e não aprioristicamente. Subacente à ideia de necessidade, sobretudo, no caso dos Direitos Fundamentais, supõe-se que todos eles são basicamente equivalentes entre si. Isto implica dizer que se exige o menor sacrifício de uns na estrita medida da promoção de outros (Rothenburg, 2014, p. 100).

O terceiro nível do critério da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na análise da razoabilidade de uma medida implementada pelo Estado. Sob esta perspectiva, a restrição aos Direitos Fundamentais deve ser razoável de acordo com a proporcionalidade da restrição imposta considerando-se o objetivo pretendido. Trata-se de uma análise pragmática, isto é, do sopesamento em si no caso concreto (Rothenburg, 2014, p. 101).

Se o objetivo do critério da proporcionalidade é diminuir o quanto possível o subjetivismo, a proporcionalidade em sentido estrito constitui prova contra si mesma porque é o mais ‘aberto’ dos aspectos. Na prática, nem sempre é possível distinguir os momentos da adequação e da necessidade em razão da sua imbricação. Tais momentos se apresentam de modo menos complexo no âmbito acadêmico como método explicativo, do que no plano concreto, como método de aplicação. Os testes restritivos de Direitos Fundamentais podem ocorrer em âmbito global, e o que é relevante é que sejam realizados com rigor, ainda que não seja possível situá-los precisamente em determinado momento (Rothenburg, 2014, p. 104-5).

A proporcionalidade não está referida a um valor fundamental projetado no ordenamento jurídico. Ela se dirige às relações que se estabelecem entre as normas de conteúdo material consagradoras de importantes valores sociais e, neste sentido, essas normas é que figuram no ordenamento jurídico como autênticos princípios. A proporcionalidade é, portanto, um preceito formal. Ela não determina o comportamento dos destinatários do direito, mas determina o

procedimento de aplicação das normas a ser realizado pelo intérprete do direito em caso de colisão. Por essa razão, ela é um critério, uma ferramenta (Rothenburg, 2014, p. 106).

As normas jurídicas, por sua vez, referem-se a comportamentos. Por outro lado, a proporcionalidade refere-se às normas jurídicas, delimitadora, portanto, dos comportamentos. A proporcionalidade diz respeito, ainda, às relações entre as normas jurídicas no momento de sua aplicação. Nesse sentido, ela é um critério para aplicação de normas, em especial, de princípios em colisão. As normas atrelam-se diretamente aos comportamentos humanos e a proporcionalidade o faz indiretamente. Sendo assim, os princípios são normas jurídicas de primeiro grau, e neste aspecto, são comandos normativos que impõem condutas, isto é, pertencem ao direito. Por outro lado, a proporcionalidade é uma regra interpretativa e de aplicação do direito. Ou seja, ela pertence à Ciência do Direito (Rothenburg, 2014, p. 106).

A proporcionalidade é, antes um critério procedural, que um princípio, considerando-se as distinções quanto ao seu conteúdo, seu objeto, pertinência e incidência. Disso deriva a conclusão de que a proporcionalidade é uma regra, e não um princípio (Rothenburg, 2014, p. 106).

Em apertada síntese, pode-se afirmar com Walter Cladius Rothenburg, que o fundamento do critério da proporcionalidade seria o Princípio do Estado de Direito, positivado no Artigo 1º da Constituição de 1988, cuja compreensão substantiva deriva de posição jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Uma posição mais radical indica que o fundamento do critério da proporcionalidade está abarcado pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana, positivado no Art. 1º, III da Constituição de 1988.

No âmbito internacional, o fundamento do critério da proporcionalidade está respaldado pela atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos, sobretudo, no que se refere às restrições aos Direitos Humanos, cujas raízes deitam-se no interesse público e na necessidade de concretização de uma sociedade mais democrática (Rothenburg, 2014, p. 107-8).

Isto posto, o que importa ressaltar é que o critério da proporcionalidade deve ser reconhecido como tal em razão do direito vigente, o que atrela seu fundamento à hermenêutica jurídica (Rothenburg, 2014, p. 110).

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A proporcionalidade compreendida não como máxima, mas como critério para solucionar a colisão de princípios que veiculam Direitos Fundamentais no âmbito Constitucional, e a eficácia dos princípios estão, também, vinculadas em razão do conceito expressão Dignidade da Pessoa Humana apresentar uma polissemia, razão pela qual é necessário delimitar seu conceito. Afinal, é a partir desta delimitação que se pode extrair as características da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. Disto decorre, também, a garantia de que o legislador e o magistrado não estão autorizados a limitá-la ou reduzi-la (Castilho, 2018, p. 243), com exceção dos casos em que se procede no caso concreto, à análise obrigatória do critério da proporcionalidade.

A dignidade relaciona-se diretamente a um atributo exclusivo do ser humano, de proceder às suas próprias escolhas, de ter autonomia para fazê-lo, isto é, de determinar seu comportamento com base nas suas próprias escolhas, isto é, de responsabilizar-se. Neste aspecto, a ideia de proteção da autonomia é relevante, porque diz respeito à capacidade de autodeterminação do ser humano. Sendo assim, a Dignidade da Pessoa Humana não é um dado da experiência, nem um objeto apreensível de imediato pela razão. Ela é uma construção que decorre do intelecto, que se efetiva diante da análise do caso concreto, desde que observadas as características históricas e culturais de cada povo. Neste aspecto, o sistema kantiano é central nesta construção, pois se o ser humano é considerado um fim em si, não pode ser reduzido a um meio para a realização de um fim (Castilho, 2018, p. 243).

Disso deriva o conceito de dignidade como condição, atributo irrenunciável e inalienável, intrínseco a todo ser humano, que veda, a este último, sua submissão a tratamentos degradantes e a situações em que se constatam a inexistência ou escassez de condições materiais ou morais mínimas para sua subsistência, e autodeterminação (Castilho, 2018, p. 244).

Existem quatro modalidades de eficácia do princípio da Dignidade da Pessoa Humana indicadas pela doutrina, a saber, (a) eficácia positiva; (b) eficácia negativa; (c) a que proíbe o retrocesso; e (d) hermenêutica (Castilho, 2018, p. 244).

De acordo com a eficácia positiva, o Estado está obrigado a concretizar a Dignidade da Pessoa Humana por meio da implementação de políticas públicas e de normas jurídicas (Castilho, 2018, p. 244). No presente estudo, com a Lei Geral de Proteção de Dados.

Trata-se, portanto, de um direito subjetivo do ser humano de ter assegurada a sua dignidade pelo Poder Público. Portanto, decorre dessa premissa a conclusão de que os direitos sociais não são veiculados por meio de normas meramente programáticas, sob pena de sustentar-se a ineficácia da Constituição. Neste âmbito, sempre se discute a reserva do possível, um argumento invocado com frequência, e que legitima a omissão estatal (Castilho, 2018, p. 244).

A eficácia negativa está relacionada com a prerrogativa de o cidadão questionar normas infraconstitucionais que considere violar a Dignidade da Pessoa Humana, no sentido protetivo. Sob esta perspectiva, a dignidade é um freio, uma garantia, uma barreira para proteger o cidadão (Castilho, 2018, p. 244).

A eficácia que proíbe o retrocesso é uma derivação da eficácia negativa. Decorrem dela as proibições acerca da supressão de normas assegadoras da Dignidade da Pessoa Humana ao estabelecerem uma limitação material à atuação do Poder Legislativo. Isto significa que ao restringir um Direito Fundamental, o legislador deve compensar o déficit estatuindo normas que não coloque em situação de vulnerabilidade os titulares dos mesmos direitos. Há, portanto, um núcleo essencial da dignidade que não pode ser afastado (Castilho, 2018, p. 244-5).

De acordo com a eficácia hermenêutica da Dignidade da Pessoa Humana, o princípio deve embasar toda e qualquer interpretação das normas jurídicas. O intérprete deve escolher o sentido que em maior medida contemple a dignidade. Esta perspectiva coloca a dignidade como vetor axiológico e teleológico da ordem jurídica (Castilho, 2018, p. 244).

Por essa razão, parte da doutrina considera a dignidade um supraprincípio que deve ser realizado em cada caso concreto, o máximo possível em todas suas acepções, a saber, no sentido de preservar a igualdade formal e material; de impedir a degradação do ser humano e a coisificação da pessoa; de garantir um patamar material que permita a pessoa manter suas condições de subsistência, ou no sentido que demonstrar mais pertinência com as circunstâncias do caso concreto (Castilho, 2018, p. 247).

Nesse aspecto, embora respeitado o posicionamento acima apresentado, no sentido de que a Dignidade da Pessoa Humana não possa sofrer restrições, ousa-se, discordar, para se defender a eficácia mediata ou indireta dos Direitos Fundamentais como fundamento a partir de Konrad Hesse, notadamente, a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição e da constituição normativa, sob pena de expor os vulneráveis à situação de vulnerabilidade ainda maior. A Dignidade da Pessoa Humana, assim, segundo compreensão deste trabalho, não é um princípio absoluto, e pode ceder lugar ao princípio da solidariedade, que revela o elemento comunitário da dignidade, e dela é corolário.

É por esta razão que a ordem jurídica assume um significado na realidade. Isto supõe, por conseguinte, que a ordem jurídica e a realidade devem assumir entre si uma relação de coordenação inseparável em seu contexto, isto é, no seu condicionamento recíproco. O que permite afirmar que norma e realidade não estão isoladas, como pretendiam postular Paul Laband E Georg Jellinek, expoentes da Escola do Positivismo Jurídico, e Carl Schmitt, sob a perspectiva do Positivismo Sociológico (Hesse, 1991, p. 13).

A relação de coordenação entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica sobre a qual argimenta Hesse estão intimamente condicionadas. Entretanto, não são dependentes uma da outra pura e simplesmente. A Constituição Jurídica assume uma atribuição de sentido próprio. Sua eficácia se apresenta como elemento autônomo no âmbito estatal em que se desenvolvem os fatores reais de poder dos quais resulta a realidade estatal (Hesse, 1991, p. 15-6).

Essa relação coordenada entre a Constituição Real e a Constituição Jurídica só pode se estabelecer em razão da amplitude da força vital e da eficácia da própria Constituição.

A norma constitucional somente incide na medida em que visa à construção do futuro baseada na natureza singular do presente (Hesse, 1991, p. 18).

A Constituição converter-se-á em força ativa a partir do momento em que estiverem presentes na consciência geral, principalmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de concretização dos fatores reais de poder, mas, também, a vontade de Constituição (Hesse, 1991, p. 19). Sob este aspecto, quanto mais o conteúdo de uma Constituição visar a corresponder à natureza singular do momento presente, mais seguro será o desenvolvimento da sua força normativa. Uma otimização da força normativa da Constituição está condicionada não somente ao seu conteúdo, mas também à sua *práxis*. Isto exige de todos os participantes da vida Constitucional o compartilhamento da concepção da vontade de Constituição (Hesse, 1991, p. 21), o que põe em destaque não só a atuação do Estado, mas, também, da sociedade civil.

A Constituição Jurídica confere forma e modificação à realidade fática. Ela desperta a força que reside na natureza das coisas, e assim, a torna ativa.

A vontade de Constituição apresenta-se sob esse aspecto como questão atinente à vontade normativa em coordenação com os fatores reais de poder no presente. Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos restrições aos Direitos Fundamentais existirão, e nenhum poder do mundo, nem mesmo, a própria Constituição estará apta a alterar os fatores reais de poder, que Hesse denomina de condições naturais (Hesse, 1991, p. 24).

Portanto, a resposta acerca do futuro estatal dizer respeito a uma questão atrelada aos fatores reais de poder, ou se é um problema jurídico, está condicionada à necessidade de preservação e fortalecimento da força normativa da Constituição, assim, como seu pressuposto fundamental, a saber, a vontade de Constituição. E esta é uma tarefa da qual todos devem se incumbir (Hesse, 1991, p. 32).

Esse é um aspecto que pode denotar um sentido de subordinação do ordenamento jurídico aos Direitos Fundamentais, em uma perspectiva de abertura de mundo aos princípios caracterizados pela abstração. Quando em colisão, o intérprete empreende várias tentativas de solucionar o choque entre eles e suas normas que contém mandados *prima facie* aplicáveis ao caso concreto. No caso da Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCF) recorre aos Direitos Fundamentais como última *ratio* no processo de correção e adequação do Direito Positivo (Rodrigues Junior, 2010, p. 13-52).

Isso provocou a banalização acerca da compreensão principiológica da Dignidade da Pessoa Humana, e, por conseguinte, a perda de identidade do Direito Civil.

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais positivadas na Constituição principiológica é um campo fértil para a consolidação do abuso da discricionariedade judicial.

Fato este que converte o Supremo Tribunal Federal (STF) em uma corte revisora dos conflitos privados, assumindo um papel que a Constituição não lhe delegou (Rodrigues Junior, 2010, p. 36).

Há no Brasil uma compreensão equivocada acerca da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, que provocou, por parte do Judiciário, um apelo à ponderação e ao sopesamento frequentemente invocados em casos de Direito Civil. Neste sentido, a Dignidade da Pessoa Humana sofreu banalização e converteu-se em chave de ponderação ou sopesamento dos Direitos Fundamentais e seus princípios. A doutrina brasileira chegou, até mesmo, a colocar no mesmo plano, os postulados de Alexy e Dworkin, o que é um equívoco (Rodrigues Junior, 2010, p. 37).

As Teorias da Argumentação Jurídica e o “neoconstitucionalismo” contribuem de modo particular, no âmbito do Direito Civil, para a perda da dignidade da legislação.

Isso ocorre em razão do deslocamento do fórum deliberativo que deveria ser o Parlamento, e na prática, essa função acaba transferida ao Judiciário, que não está apto a suprir o déficit funcional do Legislativo.

Assim sendo, a compreensão equivocada acerca da ponderação, converte a Dignidade da Pessoa Humana em um artifício subversivamente orientado para iludir e esconder as intenções dos

atores interessados no poder de mando, sem que tenham que se submeter aos processos eleitorais (Rodrigues Junior, 2010, p. 38).

O problema que se identifica a partir da banalização da Dignidade da Pessoa Humana é a “principiolatria”, que facilita o abandono de determinados parâmetros de segurança e de certeza jurídicas e a consolidação da discricionariedade judicial abusiva (Rodrigues Junior, 2010, p. 39).

É por estas razões que afirma-se ser o elemento comunitário da dignidade o que justifica a necessidade de adequado desenvolvimento da função legislativa no âmbito do Direito Privado, e a possível postura de defender-se a eficácia indireta dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares, tanto no espaço físico, quando em ambientes virtuais, para que não seja a Dignidade da Pessoa Humana transformada em um coringa argumentativo, esvaziando-a de seu conteúdo, que só pode ser definido a partir das relações de precedência condicionadas levadas a efeito pelo legislador infraconstitucional. Afinal, a vida humana é um fenômeno poliédrico, isto é, extremamente complexo, para se esgotar em um Código, sob a perspectiva formal, apenas.

3 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL AUTÔNOMO E SUA RELACIONALIDADE COM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A PERSPECTIVA INTERTEXTUAL DE KONRAD HESSE E STEFANO RODOTÁ

Embora Stefano Rodotá defende a autonomia da proteção de dados, há uma necessária interconexão entre ela, o Direito Constitucional e o Direito Civil, sobretudo, no âmbito dos Direitos de Personalidade. Neste capítulo tal relação será demonstrada. Contudo, antes deste empreendimento ser levado adiante, é necessário proceder à apresentação do jurista italiano que sistematizou a proteção de dados no continente europeu.

Professor Titular de Direito Civil vinculado à Universidade “*La Sapienza*” em Roma, Rodotá foi um dos primeiros civilistas responsáveis pela reconstrução, com base nos valores constitucionais, dos institutos do Direito Civil, e a defender a regulamentação por princípios e cláusulas gerais (Moraes, 2008, p. 1).

Os postulados de Rodotá são singulares e originais, porque decorrem do fato de que o jurista italiano sempre dedicou sua atenção ao sujeito concreto, real, e não, ao sujeito abstrato da dogmática. Rodotá iniciou o fenômeno da constitucionalização do Direito Privado a partir dos principais institutos do Direito Civil, notadamente, da propriedade, da responsabilidade civil, e posteriormente, do contrato (Moraes, 2008, p. 3).

A obra *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje* trouxe à luz a principal característica de Rodotá, a saber, a lucidez empreendida na busca por soluções factíveis para solucionar os problemas decorrentes das novas tecnologias. Soluções, simultaneamente, consentâneas com a Dignidade da Pessoa Humana e da democracia.

As afirmações de Rodotá dedicam-se, em especial, ao valor que atribui aos direitos existenciais, cujo norte é a constitucionalização da pessoa, que na Europa, fora concretizado a

partir da Carta dos Direitos Fundamentais (Moraes, 2008, p. 6).

Nesse ínterim, o primeiro aspecto que conecta o Direito Constitucional ao Direito Privado refere-se ao corte entre a noção de privacidade do Século XIX e a de hoje. O segundo aspecto da obra de Rodotà revela sua preocupação com o desenvolvimento das ferramentas que viabilizam as tecnologias da informação, de modo especial, a internet. Isto porque ela permite a coleta e o processamento de dados pessoais em larga escala, e incrementam diariamente o risco de violação dos direitos da pessoa humana (Moraes, 2008, p. 6-7).

O conceito do “direito a ficar só” o direito à vida privada, cuja elaboração é atribuída a Warren e Brandeis, mas que na verdade foi concebido por Robert Kerr quarenta anos antes, é em termos qualitativos, diverso da privacidade compreendida como “direito à autodeterminação informativa” (Moraes, 2008, p. 7). Assim, de acordo com Stefano Rodotà, a Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia reconhece a proteção de dados como um Direito Fundamental Autônomo (Rodotà, 2008, p. 13).

Ao tratar da privacidade mental, Rodotà sustenta com segurança que ela é a mais íntima esfera e está sob ameaça, o que implica violação à dimensão mais reclusa de uma pessoa, sobretudo, após o 11 de Setembro que inaugurou o fenômeno conhecido como *A privacidade na era do terror*. O 11 de Setembro implicou uma distorção comprensiva da privacidade como direito fundamental, na medida em que ela é considerada uma barreira à segurança, cuja concreção se opera por meio das legislações emergenciais (Rodotà, 2008, p. 14).

Há neste sentido, um distanciamento entre a realidade e os Direitos Fundamentais em razão de três motivos: (a) após o 11 de Setembro, muitos critérios referenciais modificaram-se, o que provocou a redução das garantias no mundo inteiro, como demonstra o *Patriot Act* nos Estados Unidos e as decisões europeias acerca da transferência para aquele país dos dados sobre os passageiros de linhas aéreas, e acerca da retenção de dados quanto à comunicações eletrônicas; (b) a tendência à diminuição das garantias estendeu-se a setores que procuram se beneficiar da mudança e do cenário geral, notadamente, o mundo dos negócios; (c) as inéditas oportunidades de tecnologia permitem a disponibilização de novas ferramentas cuja finalidade consiste em classificar, selecionar e controlar os indivíduos. O resultado destas medidas é a eclosão de uma onda tecnológica que tanto as autoridades nacionais quanto internacionais não conseguem controlar adequadamente (Rodotà, 2008, p. 14).

Rodotà sustenta a autonomia da proteção de dados em razão de alguns princípios subjacentes ao sistema de proteção de dados pessoais, que aos poucos têm sido desgastados, sobretudo, o princípio de especificação de propósitos, e o princípio da separação de dados processados por órgãos públicos e aqueles processados por entidades da iniciativa privada. O critério multifuncional é cada vez mais aplicado, na maioria das vezes, sob pressão das agências institucionais. Isto significa dizer que os indivíduos estão cada vez mais transparentes, e que os órgãos públicos estão cada vez mais fora de qualquer controle político e legal, o que gera, como resultado, uma nova distribuição de poderes políticos e sociais (Rodotà, 2008, p. 14-5).

É por esta razão que Rodotà, recorre à metáfora do *homem de vidro*, cuja matriz é de

origem nazista. A ideia do homem de vidro é totalitária, porque a partir dela o Estado pretende conhecer tudo, com especial enfoque nos aspectos mais íntimos da vida dos cidadãos. Assim, o Estado transforma em suspeitos todos aqueles que pretendem salvaguardar sua vida privada (Moraes, 2008, p. 8).

De fato, afirma Rodotá, a coleta de dados sensíveis e perfis sociais e individuais pode implicar a ocorrência de discriminação. Para evitar que isto ocorra, a privacidade deve ser considerada como o direito reconhecido à pessoa de controlar a veiculação das suas próprias informações, e de determinar o modo de construção da sua própria esfera de intimidade. O caso emblemático da autodeterminação informativa sobre a qual fala o autor é uma decisão histórica do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983 (Rodotá, 2008, p. 15).

O direito a ser deixado só não foi construído como mera expressão da era de ouro burguesa, que havia protegido sua esfera imaterial por meio da proibição de esbulho que durante muito tempo caracterizou a propriedade sobre imóveis. O impulso dado por Louis Brandeis ensejou uma visão a partir da qual a privacidade fora compreendida como uma ferramenta de proteção direcionada às minorias e opiniões dissonantes, o que se conecta ao livre exercício de desenvolvimento da personalidade. Deriva disto um paradoxo, a saber, a excessiva proteção à vida privada não resguarda a privacidade nem a mantém protegida sob a perspectiva dos olhares indesejáveis. Na verdade, ela permite que as crenças e opiniões dos indivíduos tornem-se públicas, o que aproximou a associação entre privacidade e liberdade (Rodotá, 2008, p. 16).

Em 2000, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia reconheceu a proteção de dados como direito autônomo. Este, portanto, é o último passo da evolução que dissociou a privacidade e a proteção de dados, abarcando desde uma definição original como o direito de ser deixado só, até o direito de exercer o controle acerca das informações de alguém, que constrói a sua própria esfera privada.

No âmbito da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o Art. 3º trata positiva especificamente o direito à integridade física da pessoa, isto é, a proteção do corpo físico. Por outro lado, o Artigo 8 positiva a proteção de dados, isto é o corpo eletrônico. Estas prescrições legais vinculam-se à Dignidade da Pessoa Humana positivada no diploma legal supramencionado, cuja inviolabilidade está expressamente declarada.

Esses fatores contribuem para a constitucionalização da pessoa, na medida em que constituem uma reinvenção da proteção de dados, não somente por ser considerada Direito Fundamental Autônomo, mas por ter se convertido em uma ferramenta essencial que promove o desenvolvimento da personalidade (Rodotá, 2008, p. 16-7).

O objetivo da proteção de dados é permitir uma proteção forte aos indivíduos, de modo que não esteja subordinado a nenhum outro direito. Isto implica a necessidade de se analisar os casos concretos para além de um balanceamento de fatores, porque a própria proteção de dados é um Direito Fundamental (Rodotá, 2008, p. 18).

O Direito à proteção dos dados se relaciona com a tutela da personalidade, e não da propriedade. Assim sendo, determinadas categorias de dados, sobretudo os dados médicos e

genéticos não podem ser utilizados para fins negociais.

A proteção de dados expressa a liberdade e a dignidade pessoais. Por esta razão, não se pode tolerar que um dado seja usado de modo a converter o indivíduo em um objeto sob vigilância constante. Neste aspecto, enfrenta-se uma progressão de etapas: sendo esquadrinhados por meio da vigilância levada a efeito por vídeos e tecnologias biométricas, ocorre a modificação dos indivíduos pela inserção de chips ou etiquetas inteligentes, cuja leitura se opera por meio de identificação de radiofrequência no âmbito contextual que transforma cada vez mais as pessoas inseridas na rede (Rodotà, 2008, p. 19).

Deve haver uma reconfiguração acerca da inviolabilidade da pessoa, o que reclama um reforço no âmbito eletrônico, de acordo com a nova noção de corpo humano eletrônico. Isto implica a afirmação de que não se admitem reducionismos (Rodotà, 2008, p. 19). A proteção de dados é, sob esta perspectiva, não somente um Direito Fundamental, dentre outros, pois ela se apresenta no contexto histórico contemporâneo como o mais expressivo dos direitos da condição humana (Rodotà, 2008, p. 21).

É certo que a proteção de dados não deve estar subordinada a nenhum outro direito, tampouco ao Direito Civil e, em especial, aos Direitos da Personalidade. Isto, porque, é necessária a mediação do legislador para veicular a proteção de dados a partir de seus próprios princípios. Isto em razão da normativa europeia acerca da proteção de dados (Rodotà, 2008, p. 293 *et seq*), que compreende excertos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, excertos do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa; a diretiva 95/46 que trata das pessoas singulares no que se refere ao tratamento de dados pessoais e a sua livre circulação; a Convenção nº 108 do Conselho da Europa para a proteção das pessoas quanto ao tratamento automatizado de dados pessoais; excertos da Constituição italiana, e excertos do Código italiano em matéria de proteção de dados; excertos da Lei francesa nº. 78-17 de 06 de janeiro de 1978, atinente à informática e aos arquivos e liberdades; as diretrizes da OCDE no âmbito transnacional.

Esses diplomas legais não são construções derivadas exclusivamente do Constituinte, mas também do legislador infraconstitucional de cada Membro que constitui a Comunidade Europeia.

O que é fato é que há autonomia científica da proteção de dados em relação ao Direito Civil, ambos, evidentemente, conectados à Carta Constitucional da União Europeia, sob pena de negar o caráter fundamental do direito à proteção de dados regulada proceduralmente a partir da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, e pela legislação pertinente. Disto deriva, portanto, a necessária dissociação entre a proteção de dados, e o direito à privacidade, proceduralmente regulado pelo Direito Constitucional, e substancialmente, regulado pelo Direito Civil.

É justamente nesse sentido que é possível constatar a intertextualidade entre as obras de Konrad Hesse e Konrad e Stefano Rodotà. O Constitucionalista alemão propugna a autonomia científica do Direito Constitucional, ao referir-se à força normativa da Constituição, e propugna uma relação de tensão entre a Constituição Ideal e a Constituição Real, ao demonstrar que a Constituição é essencialmente normativa. Isto significa dizer que no âmbito do Direito Civil e, por analogia, no âmbito da proteção de dados, é necessária uma mediação do legislador infraconstitucional para

proceder à depuração do conteúdo dos Direitos Fundamentais a partir de uma eficácia indireta destes direitos veiculados por princípios, nas relações entre particulares.

Isto permite afirmar a autonomia científica do Direito Constitucional, do Direito Civil e da proteção de dados. O civilista italiano propugna pela autonomia da proteção de dados como ramo autônomo do Direito Positivo, proceduralmente disciplinado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, portanto, a partir de uma Constituição Normativa, e da Força Normativa de uma Constituição. O que fora preconizado por Hesse em seu *Manual de direito constitucional* (Hesse, 1996).

De acordo com Hesse, a internacionalização é resultado da importância dos acontecimentos exteriores, tanto, sob a perspectiva interna, quanto para a atuação estatal. Além das múltiplas vinculações positivadas nos Tratados Internacionais, e as respectivas obrigações estatuídas nestes documentos jurídicos, a internacionalização depende da economia interna, e da economia mundial, e sua respectiva evolução. Isto significa dizer que a complexidade das interdependências das quais dependem os assuntos internos e externos do Estado são cada vez mais difíceis de dissociarem (Hesse, 1996, p. 13).

Neste sentido, quem perde, em tese, é a Constituição, à medida em que renuncia sua exclusiva soberania, uma parte originária de sua natureza institucional. Por outro lado, simultaneamente, a integração europeia produz a internacionalização do ordenamento constitucional, ao qual Hesse denomina Direito Comunitário, que não deixará de afetar a jurisdição constitucional do Estado, no que diz respeito ao seu significado e atuação (Hesse, 1996, p. 14).

Isso, entretanto, não implica na dissolução do Direito Constitucional, nem de seu contexto histórico. Sua existência supõe sempre a existência dos Estados membros da Comunidade, e com ela, as respectivas Constituições. Do mesmo modo a União Europeia preconizada por Hesse, que se tornou concreta, só poderá levar a efeito suas obrigações, na medida em que sua execução seja descentralizada e atenda ao princípio da subsidiariedade, o que implica a limitação comunitária no que se refere à uma regulamentação uniforme.

O Estado atual imbicado no plano internacional e, supranacionalmente vinculado, corresponde com a supremacia absoluta que até então a Constituição apresentava. No âmbito europeu, já preconizava Hesse, deve haver harmonização entre a Constituição Estatal e a Constituição Comunitária, orientadas materialmente ao Direito Europeu, de modo que as atuações de cada um dos Estados membros, cuja característica principal é a congruência, se realizem (Hesse, 1996, p. 15). Isto, no âmbito da proteção de dados, foi o que Stefano Rodotà levou a efeito na Europa no Século XXI, o que permite afirmar a intertextualidade e a verossimilhança entre as perspectivas dos juristas alemão e italiano aqui referenciados.

Nesse sentido, pode-se afirmar, também, a natureza jurídica dúplice supra-positiva e positiva do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e seu aspecto universal, que tanto no plante interno, quanto internacional coloca a pessoa no centro do ordenamento jurídico em consonância com a perspectiva personalista propugnada por Rodotá.

Por conseguinte, pressupõe-se uma vinculação entre o Direito e a Moral, e, no contexto

histórico da evolução do conceito de Dignidade da Pessoa Humana, uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, que permite compreender o Direito como fenômeno jurídico situado no tempo e no espaço físico e cibernético.

3.1 O CONTEÚDO DA MEDIDA PROVISÓRIA 954 E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6389

A decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 1983, aliás, foi referenciada na sustentação oral proferida por Danilo Doneda (Doneda, 2020) no âmbito do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389 sobre a inconstitucionalidade do Art. 2º, *caput*, §§ 1º e 3º da MP 954 de 2020.

O caso versa sobre as pesquisas realizadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com enfoque nos parâmetros constitucionais para a proteção de dados no caso do Brasil, e ao valor e atribuição de sentido dos dados pessoais dos brasileiros, da liberdade e, por conseguinte da democracia.

A MP 954, por sua vez, estabeleceu a obrigatoriedade de disponibilização ao IBGE de um volume de dados referentes a mais de 140 milhões de brasileiros. Entretanto, tal MP 954 não estabeleceu as diretrizes que garantissem a necessária proteção de dados dos cidadãos.

É notório que no Século XXI, o acesso indevido ou incidentes de segurança ocorrem diariamente e estampam a primeira página dos jornais. A MP 954 tratou de um banco de dados estruturado, cuja finalidade consistiu em facilitar a localização e associação de pessoas com seus respectivos telefones e endereços, dados que há algum tempo eram impressos em listas telefônicas. Em uma sociedade analógica, as listas telefônicas eram um dos poucos meios pelos quais uma pessoa ou empresa se fazia notar, o que gerava uma disputa pelos seus espaços. A presença do número de telefone nas listas condicionava-se à manifestação de vontade dos particulares.

Hoje, a disponibilização dos números telefônicos aumenta a vulnerabilidade dos cidadãos. O número de celular é muito mais que um identificador, pois é um *login* que permite ao cidadão acessar a um grande número de serviços. Desse modo, a disponibilização dos números telefônicos pode implicar afetação na forma dele se relacionar com esses serviços. A tecnologia da qual se dispõe hoje permite a abordagem individual de pessoas de acordo com as suas características, mesmo a partir de um variado e imenso complexo de dados. Esta abordagem procedida de modo individualizado ensejou o escândalo da empresa *Cambridge Analytica*.

A atividade do IBGE é fundamental para o fomento de políticas públicas. Para tanto, a relação estabelecida entre o IBGE e os cidadãos deita suas raízes na confiança que as instituições estatísticas incutem na sociedade, e que se lastreia no segredo estatístico, que assegura que a disponibilização de informações completas e acuradas não encontre barreiras em razão de suspeitas de que tais informações poderiam ser utilizadas em prejuízo de cidadão.

É, portanto, necessário promover a redução dos riscos no tratamento dos dados pessoais. Um banco de dados, agasalhado pela MP 954, merece atenção pois há flagrante violação ao

princípio da precaução e ao dever razoável de cuidado. A Constituição Federal foi pioneira ao positivar em seu texto o instituto do *habeas data*, que deve ser interpretado no contexto histórico e desafiador do Século XXI no sentido de reconhecer a necessidade constitucional de proteção aos dados pessoais, a fim de garantir a liberdade, a privacidade e a autodeterminação do cidadão no contexto de desenvolvimento tecnológico concretizando elementos, a fim de que os brasileiros usufruam da cidadania na sociedade da informação, com vistas a apontar os desafios que estão por vir.

CONCLUSÃO

A partir do levantamento bibliográfico e análise das fontes referenciadas, constatou-se a intertextualidade entre as obras de Konrad Hesse e Stefano Rodotá. O Constitucionalista alemão propugnou pela autonomia científica do Direito Constitucional ao referir-se à força normativa da Constituição, e propôs uma relação de tensão entre a Constituição Ideal e a Constituição Real, ao dispor que a Constituição é essencialmente normativa. Isto significa dizer que no âmbito do Direito Civil e, por analogia, no âmbito da proteção de dados, é necessária uma mediação do legislador infraconstitucional para proceder à depuração do conteúdo dos Direitos Fundamentais a partir de uma eficácia indireta destes direitos veiculados por princípios, nas relações entre particulares.

Isto permite afirmar a autonomia científica do Direito Constitucional, do Direito Civil e da proteção de dados. O civilista italiano propugna pela autonomia da proteção de dados como ramo autônomo do Direito Positivo, proceduralmente disciplinado pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, portanto, a partir de uma Constituição Normativa, e da Força Normativa de uma Constituição. O que fora preconizado por Hesse em seu *Manual de direito constitucional*.

No âmbito da proteção de dados, compreendida como Direito Fundamental Autônomo, a intertextualidade das perspectivas de Hesse no século XX e de Rodotá no Século XXI, são convergentes, tanto no plano do Direito Interno, quanto do Direito Internacional. Neste sentido, pode-se afirmar, também, a natureza duplice supra-positiva e positiva do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e seu aspecto universal, que tanto no plano interno, quanto internacional colocam a pessoa no centro do ordenamento jurídico em consonância com a perspectiva personalista propugnada por Rodotá.

Por conseguinte, pressupõe-se uma vinculação entre o Direito e a Moral, e, no contexto histórico da evolução do conceito de dignidade da pessoa humana, uma relação dialética entre o Direito Natural e o Direito Positivo, que permite compreender o Direito como fenômeno jurídico situado no tempo e no espaço físico e cibernético.

Sendo assim, e através dos elementos apresentados ao longo do texto, é possível defender o Direito à Proteção de Dados que, como categoria científica autônoma e independente, ao não prescindir de pertencer ao ambiente Constitucional, permite a construção de um conceito de autodeterminação informativa no reconhecimento da Proteção de Dados enquanto Direito

Fundamental Autônomo.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DONEDA, Danilo. Registro de sustentação oral no julgamento da ADI 6389, sobre a inconstitucionalidade do artigo 2º *caput* §§ 1º e 3º da MP 954/2020. **Civilística.com**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/registro-dasustentacao-oral-no-julgamento-da-adi-6389/>. Acesso em: 5 nov. 2020.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.
- HESSE, Konrad. **Manual de derecho constitucional**. Tradução de Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- MORAES, Maria Celina Bodin. Apresentação do autor e da obra. In: RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 1-12.
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de Civi Law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. **Meritum**, Belo Horizonte, v. 5, n. 2, p. 13-52, 2010.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Método, 2014.

Recebido em: 13/11/2022

Aceito em: 26/08/2023

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.918.421/SP

POST-MORTEM ASSISTED HUMAN
REPRODUCTION AND BRAZILIAN COURTS:
ANALYSIS OF SPECIAL APPEAL 1.918.421/SP

Juliana Carvalho Pavão*
Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador**

*Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora universitária. Advogada. E-mail: juliana.pavao@hotmail.com

**Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial e da Graduação da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: rita.tarifa@gmail.com

Como citar: PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Reprodução humana assistida *post mortem* e atuação dos tribunais brasileiros: análise do Recurso Especial 1.918.421/SP. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 220, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.47163>

Resumo: As técnicas de reprodução humana assistida (RHA) estão sendo cada vez mais utilizadas. Por isso, com o decorrer do tempo, conflitos surgem e demandas são propostas perante o Poder Judiciário que deve apresentar uma resposta. Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar os julgados dos tribunais brasileiros sobre a temática da RHA *post mortem*, principalmente o Recurso Especial n. 1.918.421/SP do Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a finalidade de traçar qual tem sido o entendimento jurisprudencial sobre o assunto e como o ordenamento jurídico tem sido utilizado. O trabalho utiliza o método dedutivo, realizando a análise dos principais casos sobre a temática. Assim, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro não tem regulamentado adequadamente os procedimentos envolvendo RHA, diante disso, os tribunais têm muitas vezes utilizado regulamentações técnicas de outros órgãos para fundamentar sua decisão. No tocante a RHA *post mortem*, os tribunais têm observado sempre a existência ou não de manifestação de vontade do falecido, para então, autorizar o procedimento. Por meio dessa pesquisa, percebe-se que a decisão do STJ está em conformidade com as decisões dos demais tribunais, entretanto, deve-se destacar que a manifestação de vontade não precisa ser necessariamente escrita, podendo ser provada por outro meio. Por fim, percebe-se que é essencial que os Termos de Consentimento Livre e Esclarecido contemplem adequadamente o destino dos embriões/material genético em diversas situações, uma vez que podem ser utilizados como

meio de prova da manifestação de vontade.

Palavras-chave: biotecnologias; direito das famílias; manifestação de vontade; reprodução humana assistida *Post Mortem*.

Abstract: Assisted human reproduction (AHR) techniques are being increasingly used, however, over time, conflicts arise and demands are proposed before the Judiciary, which must provide a response. In view of this, the present work aims to analyze the judgments of the Brazilian courts on the subject of post mortem RHA, mainly the Special Appeal n. 1.918.421/SP of the Superior Court of Justice (STJ), with the purpose of tracing what has been the jurisprudential understanding on the subject and how the legal system has been used. The work uses the deductive method, performing the analysis of the main cases on the subject. Thus, it is concluded that the Brazilian legal system has not adequately regulated procedures involving RHA, in view of this, courts have often used technical regulations from other bodies to base their decision. With regard to post mortem RHA, the courts have always observed the existence or not of the deceased's will, in order to then authorize the procedure. With this research, it is clear that the decision of the STJ is in accordance with the decisions of other courts, however, it should be noted that the expression of will does not necessarily need to be written, and can be proved by other means. Finally, it is clear that it is essential that the Terms of Free and Informed Consent properly contemplate the destination of the embryos/genetic material in different situations, since they can be used as a means of proof of the manifestation of will.

Keywords: biotecnologies; family law; manifestation of will; post mortem assisted human reproduction.

INTRODUÇÃO

As biotecnologias estão cada vez mais presentes na sociedade, um exemplo é a reprodução humana assistida (RHA). A RHA consiste em procedimentos que auxiliam a formação de um novo indivíduo, podendo ser realizada por meio de fertilização *in vitro* ou de inseminação artificial. Além disso, existem outros procedimentos que também contribuem para isso, como a gestação por substituição e criopreservação de material genético. Ademais, as biotecnologias têm permitido utilizar e manipular a integridade física do corpo, principalmente no tocante as partes destacáveis, como por exemplo o material genético.

Diante desse cenário, as tecnologias afetam diretamente o Direito, em especial o Direito das Famílias. Noções clássicas, como *mater semper certa est*, não são mais absolutas. Além disso, a fundamentação para a realização desses procedimentos é baseada no princípio do planejamento familiar.

Entretanto, apesar da RHA ser aceita, algumas vezes surgem conflitos, e o Poder Judiciário deve resolver. Diante disso, esse trabalho tem como objetivo comentar, por meio de uma análise crítica, o julgado do REsp 1.918.421/SP, da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça. Com o intuito de melhor contextualizar o tema dentro do Poder Judiciário brasileiro, o trabalho apresenta outros julgados, anteriores e de instâncias inferiores, que também abordaram o assunto, mas sem a pretensão de esgotar o assunto.

Para realizar essa pesquisa, o trabalho utiliza o método dedutivo, realizando uma análise teórica a respeito das mudanças que as tecnologias regeram sobre o direito de família, para, finalmente analisar o tópico da reprodução humana assistida *post mortem*. O trabalho pontua no que consiste a reprodução humana assistida *post mortem* e como ela está regulamentada no Brasil, para depois analisar o caso do Recurso Especial discutido pela quarta turma STJ. Com o intuito de ampliar a pesquisa, antes de analisar o julgado do STJ, são apresentados outros julgados que envolveram o procedimento em estudo, contudo decididos por instâncias inferiores e antes da decisão do STJ.

1 DIREITO DE FAMÍLIA E AS NOVAS TECNOLOGIAS: A BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO PROJETO PARENTAL

Conforme a sociedade vai se transformando, novos arranjos familiares vão surgindo, e as noções clássicas do Direito de Família vão se estendendo e às vezes se alterando para envolver as novas situações que surgem. Uma das mudanças foi o maior destaque para a afetividade dos laços entre os indivíduos.

A família, graças a metodologia civil constitucional, passa a ter como fundamento, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade entre os seus membros (Lôbo, 2019). Assim, essa instituição “[...] passou a ser

tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram" (Lôbo, 2019, p. 8). Ademais, no tocante aos filhos, a família constitui "[...] núcleo intermediário de autonomia existencial e de desenvolvimento da personalidade dos filhos, como promoção isonômica e democrática da dignidade de seus integrantes" (Tepedino, 2015, p. 17).

E atualmente, as biotecnologias devem ser analisadas com o intuito de compreender sua interferência no Direito das Famílias. Certas biotecnologias, como a reprodução humana assistida (RHA), tem proporcionado a promoção do planejamento familiar, na medida em que auxiliam pessoas, com dificuldades biológicas, tenham filhos. Mas, em contrapartida, alteram toda a noção de filiação, uma vez que possibilitam a gestação de uma criança com material genético de um doador anônimo e a utilização de uma gestante por substituição. Assim, o princípio da *mater semper certa est* não é mais absoluto.

Além disso, as biotecnologias ressaltam que as famílias são formadas pelo amor e pela afetividade, "[...] a socioafetividade, a vontade consciente e verdadeira de pertencer a determinado núcleo familiar, sobre põe-se no mais vezes à verdade biológica" (Maluf; Maluf, 2013, p. 221).

A RHA tem sido cada vez mais utilizada, assim, há um crescimento na sua busca. Alguns fatores que impulsionam isso são: o ingresso da mulher no mercado de trabalho, envelhecimento da população (resultando na redução da fertilidade) e urbanização (Bragato; Schiocchet, 2011).

Os procedimentos que envolvem a reprodução humana assistida podem ser divididos em dois mais conhecidos: fertilização *in vitro* e inseminação artificial. A diferença dos procedimentos está em onde há a formação do embrião. Na fertilização *in vitro* o embrião é gerado em laboratório e depois é implantado no útero da mulher. Já na inseminação artificial, o material genético masculino é inserido diretamente no útero da mulher, ocorrendo no interior a formação do embrião (Diniz, 2008).

O embrião que será formado pode ter material genético do casal que irá criar a criança, isso é conhecido como RHA homóloga, ou ter material genético de um ou dois doadores, que é conhecido como RHA heteróloga. A utilização do RHA heteróloga auxilia casais homoafetivos e pessoas solteiras, porque fornece um material genético que necessitam. Além desses casos, pessoas com problema de fertilidade também tem recorrido a esses procedimentos. Assim, tem surgido as famílias ectogenéticas, como Edwirges Elaine Rodrigues (2020) denomina.

Outro procedimento realizado é a gestação por substituição, por meio do qual uma mulher cede, temporariamente, seu útero para gestar uma criança, esta mulher não será a mãe registral. Assim, após o nascimento do bebê, ele é entregue para os seus pais.

No território brasileiro essas técnicas são reconhecidas e aceitas, havendo disposições no Código Civil reconhecendo a filiação das crianças havidas por meio das técnicas RHA. Apesar de não contemplar todos os casos, o que resulta em críticas por civilistas e especialistas na área, compreende-se que no território nacional as técnicas são reconhecidas, e o grande fundamento para a sua realização são os direitos reprodutivos dos indivíduos e o princípio do planejamento familiar, que está previsto no artigo 226, parágrafo sétimo da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei nº 9.263/1996 (Lei do Planejamento Familiar) (Brasil, 1996).

A respeito dessa fundamentação, Fernanda Frizzo Bragato e Taysa Schiocchet afirmam:

Diante desse enquadramento normativo, a utilização das novas tecnologias reprodutivas constitui uma das faces do direito ao planejamento familiar e à concretização do projeto parental. Se por um lado, a lei prevê o direito de acesso aos meios contraceptivos, ela também reconhece o direito de acesso aos meios conceptivos. Além disso, os direitos reprodutivos compreendem o direito de obter um melhor padrão de saúde reprodutiva, o que inclui a utilização das novas técnicas procriativas, em casos de infertilidade, hipofertilidade e esterilidade (Bragato; Schiocchet, 2011, p. 12).

Tendo em vista que as técnicas de RHA estão relacionadas ao direito à liberdade de procriar e ao direito fundamental ao planejamento familiar e à reprodução, existem julgados reconhecendo que o Poder Público é obrigado a oferecer esses tratamentos (Rodrigues, 2020, p.4). No tocante ao planejamento familiar¹, deve-se destacar que é um planejamento compartilhado da vida dos indivíduos, que terá efeitos sobre o núcleo familiar (Sá; Souza, 2021).

Entretanto, deve-se perceber que juntamente com o princípio do planejamento familiar, há o princípio da paternidade responsável (Lôbo, 2019, p. 10) segundo o qual os pais devem proteger e zelar pelo desenvolvimento dos seus filhos, de forma saudável. É importantíssimo a observância desse princípio, em companhia com o planejamento familiar, porque deve-se ter responsabilidade no momento em que for realizar os procedimentos envolvendo biotecnologias. Existem casos de tentativa de desistência² após o sucesso do procedimento, o que deve ser veemente repudiado.

Observando agora a previsão normativa, o campo jurídico brasileiro, por meio do Código Civil, reconhece o direito à filiação das crianças geradas por meio dessas biotecnologias, segundo os artigos 1.597, III, IV e V (Brasil, 2002). Ademais, para garantir esse direito e facilitar o registro, a Corregedoria Nacional de Justiça publicou o Provimento nº 63 de 14/11/2017 (CNJ, 2017) que trata, dentre vários registros, do registro de nascimento de crianças geradas por meio de reprodução humana assistida.

Além disso, deve-se destacar que para realizar qualquer procedimento de RHA, há um negócio com uma clínica especializada e uma equipe médica. Esses negócios podem ser classificados como negócios biojurídicos, seguindo o entendimento de Rose Melo Venceslau Meireles (2016). Juntamente com esses negócios, há a necessidade de preenchimento de um termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), exigido pela Resolução n. 2.320/2022 (CFM, 2022) do Conselho Federal de Medicina.

O TCLE é um negócio jurídico unilateral no qual o paciente concorda e autoriza os

¹ O princípio do planejamento familiar consiste em uma construção histórica que caminha juntamente com a evolução do conceito de família e o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Nesse contexto, deve-se destacar a Conferência Internacional sobre a População e Desenvolvimento, que discutiu enfaticamente os direitos reprodutivos e a necessidade de uma garantia da saúde reprodutiva. Além disso, a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, evento que o Brasil participou, resultou em um acordo entre os países participantes que iriam promover relações igualitárias entre homens e mulheres. Após essa Conferência, no Brasil é promulgada a Lei do Planejamento Familiar (Cardin; Vieira, 2020).

² Um caso extremamente famoso envolvendo o bebê Gammy, narrado no livro “A reprodução humana assistida na sociedade de consumo” Carla Froener e Marcos Catalan (2020).

procedimentos que serão realizadas (Young, 2021) como criopreservação dos embriões, doação/descarte, assim como a possibilidade de implantação dos embriões após o falecimento da pessoa. Diante disso, percebe-se que a necessidade de obter o consentimento informado faz haver a comunicação entre médico-paciente (Young, 2021), na qual este expressará a sua vontade, que corresponde ao exercício do princípio bioético da autonomia (Sá; Souza, 2021).

Após essa breve apresentação do tema da reprodução humana assistida e o direito das famílias, deve-se analisar em especial a reprodução humana assistida *post mortem* e a sua regulamentação no Brasil.

2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM E A REGULAMENTAÇÃO NO BRASIL

Conforme narrado no tópico anterior, as técnicas de RHA envolvem a formação de embriões. Esses embriões podem ser implantados imediatamente ou criopreservados para uma implantação futura.

A criopreservação de óvulos tem sido um procedimento incentivado por algumas empresas (Bigarelli, 2019), que incluem no seu contrato de trabalho o benefício de reembolso para funcionários que se submeterem a um tratamento de fertilização, incluindo também a hipótese de criopreservação de óvulos. Essa oferta tem sido realizada por empresas como Facebook, Apple e Mercado Livre (Bigarelli, 2019). E deve-se apontar que algumas não diferenciam o gênero e estendem o benefício para cônjuge e parceiro (Bigarelli, 2019).

Os argumentos para essa oferta é que as empresas desejam auxiliar seus funcionários a conciliar vida profissional com a familiar, proporcionando com que eles tenham filhos no futuro. Obviamente, tal oferta é criticada por interferir na esfera íntima do funcionário e o pressionar para adiar o seu planejamento familiar. Entretanto, para esse trabalho é interessante citar o caso para ilustrar a seguinte realidade: com a criopreservação dos embriões, seja custeada pela empresa ou exclusivamente pelos indivíduos, caso um dos genitores faleça, ainda é possível que um filho dele seja gerado por meio do embrião ou do seu material genético que está criopreservado em uma clínica. Isso é denominado de reprodução humana assistida *post mortem*.

Tendo em vista a possibilidade de utilização da RHA para gerar filhos de uma pessoa falecida, deve-se observar como o ordenamento jurídico aborda esse tema. O Código Civil (Brasil, 2002) determina que se presumem “[...] concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (artigo 1.597, III) (Brasil, 2002). Dessa forma, é reconhecida a filiação das crianças geradas. Mas, a lei civil não trata do direito sucessório³ da criança concebida e nem se há necessidade de autorização expressa do

3 No tocante a questão sucessória, a reprodução humana assistida *post mortem* gera diversas dúvidas. Tendo em vista a possibilidade do nascimento de um filho do falecido a qualquer tempo, desde que o embrião se mantenha viável, há insegurança a respeito da abertura da sucessão e divisão do patrimônio entre os herdeiros. Para solucionar esse problema, alguns países, como a Espanha, têm estabelecido um prazo para que haja a realização do procedimento. No Brasil, não há legislação específica sobre o assunto.

genitor falecido para realização do procedimento *post mortem* (Maluf; Maluf, 2013).

Percebe-se que essa é a única menção do Código Civil ao procedimento, contudo, mesmo com a carência legislativa, isso não impede a realização dos procedimentos, que são formalizados por meio de negócios biojurídicos (Meireles, 2016).

Conforme esses negócios vão sendo realizados, conflitos surgem e o Poder Judiciário é chamado a respondê-los. Assim, nesse cenário, percebe-se que “[...] o Poder Legislativo assiste passivamente à ausência de lei sobre a matéria” (Mascarenha; Dadalto, 2021). E, tendo em vista todo esse cenário, percebe-se que “[...] urge seja feita a regulação legal da reprodução assistida tal como no exemplo europeu, tendo em vista a dignidade do ser humano e o melhor interesse da criança” (Maluf; Maluf, 2013, p.234).

Mas, frente a ausência legislativa sobre as biotecnologias, alguns órgãos têm editado normas técnicas para orientar como os procedimentos devem ser realizados e implantados no Brasil. Nessa conjuntura, um questionamento muito importante que é objeto de normas técnicas é: se seria ou não necessário a expressa declaração de vontade da pessoa para que seu material seja utilizado mesmo após a sua morte. Diante disso, pode-se destacar os seguintes documentos: Resolução 2.230/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM, 2022), o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017) e o Enunciado 633 do Conselho da Justiça Federal (Enunciado [...], 2018).

A Resolução n. 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina (CFM) trata sobre diversos temas envolvendo reprodução humana assistida, como doação de gametas e embriões, reprodução humana assistida *post mortem* e criopreservação de gametas e embriões.

Segundo o documento, no item VIII, “É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (CFM, 2022).

A respeito da criopreservação de gametas ou embriões, o item V da Resolução prevê que as “clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonadais” (número 1). E “[...] antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar a sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los” (número 3) (CFM, 2022). Assim, observando a redação desse número, juntamente com o item sobre reprodução humana assistida *post mortem*, percebe-se que deve haver a manifestação expressa do indivíduo sobre o que fazer com aquele material caso ele venha a falecer, e essa manifestação deve ser no momento da criopreservação, sendo possível a retirada da autorização posteriormente.

Diante disso, percebe-se que segundo o CFM é necessário que haja a autorização específica do falecido. Esse também é o posicionamento de Maria Berenice Dias:

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após

o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queria ser pai depois de morto. Deste modo, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto da herança (Dias, 2015, p. 401).

Em posicionamento contrário, Edwirges Elaine Rodrigues defende que no caso de ser inseminação homóloga *post mortem* ou implantação de material homólogo criopreservado, “[...] o consentimento para colher o material genético e/ou realizar a inseminação *in vitro*, já demonstra que o projeto parental é de titularidade do casal” (Rodrigues, 2020, p. 8). Diante disso, Edwirges Elaine Rodrigues (2020, p. 10) continua “[...] o cônjuge/companheiro supérstite, seja ele homem ou mulher, deverá ter direito de utilizar o material genético do consorte falecido, desde que comprovada a titularidade do projeto parental de ambos.”

Maria de Fátima de Sá e Iara Antunes de Souza destacam a importância do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido para compreender a vontade do indivíduo. Entretanto, se o TCLE for omissivo sobre esse assunto, deverá ocorrer a reconstrução judicial da vontade da pessoa (Sá; Souza, 2021).

Dentro da temática da autorização, além da Resolução do CFM, o Provimento n. 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre o registro civil em caso de paternidade e maternidade socioafetivas e filhos havidos por reprodução assistida. No tocante a reprodução humana assistida *post mortem*, o parágrafo segundo o artigo 17 prevê que:

Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida (CNJ, 2017).

Desse modo, para haver o devido registro da criança gerada com material genético do genitor, é necessário apresentar o termo de autorização prévia do falecido. Contudo, deve-se destacar que alguns documentos desse provimento já foram afastados, por meio de ordem judicial, em situação envolvendo inseminação artificial caseira, assim, alguns magistrados já determinaram que deveria ser realizado o registro no nome dos genitores⁴, mesmo sem a declaração do diretor técnico da clínica que o procedimento foi realizado, documento considerado como indispensável pelo Provimento. Dessa forma, é razoável pensar que a autorização do falecido pode ser provada por meio de outros documentos e manifestações de vontade, conforme o caso concreto.

Por fim, o Enunciado nº633 da VIII Jornada de Direito Civil afirma que: “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira” (Enunciado [...], 2018). Novamente percebe-se a necessidade de

⁴ Para mais informações, vide: (Paraná, 2020).

manifesto consentimento, aqui nesse caso expandido a situação para reprodução humana assistida *post mortem* com a maternidade de substituição.

Após compreender como a reprodução humana assistida *post mortem* tem sido tratada no Brasil, tanto pelo ordenamento jurídico como por normas técnicas, deve-se agora iniciar o estudo dos julgados sobre o tema.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E O PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário foi demandado a solucionar alguns casos envolvendo reprodução humana assistida *post mortem*, ora com a discussão sobre a utilização de material genético, ora sobre a utilização de embrião. Tendo em vista que o objetivo central do trabalho é analisar a decisão da quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, e com a finalidade de ampliar um pouco a busca, foram selecionados alguns outros julgados de instâncias inferiores e anteriores ao caso do STJ. O objetivo de apresentar outros julgados é indicar quais tipos de demandas já foram enfrentadas por alguns tribunais e quais as respostas atingidas. Contudo, destaca-se que a pesquisa não teve o objetivo de ser exaustiva sobre o tema, mas apenas indicar alguns casos para indicar uma pequena amostragem.

Após a apresentação de alguns casos decididos pelos TJs, o segundo item desse tópico tem o objetivo de analisar especificamente a decisão da quarta turma do STJ.

3.1 ANÁLISE DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA SOBRE A MATÉRIA

Antes de adentrar na análise do julgado do Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de ampliar a buscar, foram separados alguns julgados que envolveram reprodução humana assistida *post mortem*. A pesquisa foi restrita a alguns tribunais: Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Tribunal de Justiça de São Paulo e Tribunal de Justiça do Paraná. Não foi realizada uma busca exaustiva em todos os tribunais nacionais, porque o intuito do artigo era analisar especificamente o julgado do STJ, contudo, percebeu-se a necessidade de saber se outras demandas já tinha surgido anteriormente.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios discutiu um caso sobre material genético criopreservado e utilização *post mortem*. O entendimento do tribunal foi que inexistindo consentimento expresso, não é possível presumir a vontade do falecido apenas pelo fato de ter criopreservado embrião com seu material genético. Ademais, a ementa destaca que o destino do material em caso de falecimento, doença ou separação dos cônjuges deve ser definido no momento da criopreservação do embrião. Mais detalhes do caso a seguir:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL.
EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL
GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO

EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
2. **No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo** (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)
3. Recurso conhecido e desprovido.

(Brasil, 2015 grifo nosso).

Outro julgado do TJ-DFT também negou a autorização para a implantação de embriões *post mortem*, sob o argumento da falta de autorização expressa do falecido. Conforme pode-se observar a seguir:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SEPRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.
2. Afastase a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.
3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
4. Recurso conhecido e provido.

(Brasil, 2014, grifo nosso)

Após observar os julgados sobre embriões criopreservados, deve-se destacar que alguns tribunais tiveram processos envolvendo óvulos e espermatozoides criopreservados. Destaca-se que as clínicas especializadas podem criopreservar esses materiais genéticos.

No primeiro caso, uma mulher havia criopreservado seus óvulos e faleceu. Seus genitores

buscaram uma autorização judicial para fertilizar os óvulos da filha falecida com o espermatozoide de um doador, e, posteriormente, implantar o embrião no útero de uma amiga da filha falecida. O TJ-SP compreendeu que havia a inequívoca vontade da falecida em ter filhos, assim autorizou a utilização dos óvulos, entretanto, condicionou a gestação por substituição a autorização do Conselho Regional de Medicina. Detalhes dessa decisão podem ser vistos na ementa a seguir:

APELAÇÃO. ALVARÁ JUDICIAL. REPRODUÇÃO HUMANA. Sentença de improcedência. Autores que buscam autorização judicial para utilização de óvulos deixados pela filha falecida, para fertilização com espermatozoide de doador anônimo e gestado por uma amiga próxima da “de cuius”- inexistência de herdeiros, que não os próprios autores- ausência de prejuízo a qualquer interessado- inequívoca vontade da “de cuius” de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte- **ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação post mortem- autorização para utilização dos oócitos-** gestação em substituição que deve ser autorizada previamente pelo CRM, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/2017- ordem judicial que não pode substituir a autorização do Conselho, que sequer se manifestou sobre o caso concreto-prévia autorização de adoção da criança pelos avós- inviabilidade- adoção que deve ser oportunamente decidida, pelo juízo competente, segundo o melhor interesse da criança- Sentença parcialmente reformada- Recurso Parcialmente Provido. (São Paulo, 2021, grifo nosso).

Outro julgado, também do TJ-SP, discutiu sobre a utilização de material genético masculino criopreservado. Um homem havia congelado seu material genético e faleceu. Os pais ingressaram no Poder Judiciário para terem autorização para utilizar o material genético do filho. Nesse caso, o filho, no contrato com a clínica, deixou expressa a sua vontade de que o material fosse descartado caso falecesse, o que foi respeitado pelo tribunal tendo em vista o exercício da autonomia e os direitos da personalidade do falecido. Mais detalhes da decisão podem ser vistos a seguir:

Apelação. Alvará. Suprimento de vontade para fecundação post mortem. Pedido de autorização para uso de material genético deixado pelo filho falecido dos autores em clínica de reprodução humana assistida. Improcedência. Inconformismo dos autores. Descabimento. **Contrato celebrado entre o dono do sêmen e a clínica que guarda o material criopreservado que previu o descarte da amostra em caso de falecimento negando sua utilização independentemente da finalidade.** Contrato válido firmado por parte capaz em vida, sem qualquer vício de consentimento. Concessão do alvará, desconsiderando a vontade em vida do falecido, significaria desrespeito a seus direitos de personalidade. Sentença mantida. Recurso improvido. (São Paulo, 2019a, grifo nosso).

Outro caso que ganhou grande destaque no ano de 2011, mas não foi localizado em busca do TJ-PR, foi um processo que tramitou perante a 13^a Vara Cível da Comarca de Curitiba e discutiu sobre a possibilidade de uma viúva utilizar o sêmen do marido falecido que estava criopreservado para inseminação artificial (Sá; Naves, 2021).

Nesse caso, o casal Kátia Adriana Lenernier e Roberto Jefferson Niels desejavam ter filhos, mas não estavam conseguindo, por isso foram aconselhados a buscar o procedimento de inseminação. Entretanto, antes de realizar o procedimento, Roberto descobriu que estava com câncer em estágio avançado, e o tratamento podia causar esterilidade. Devido ao desejo de terem filhos e o risco do tratamento da sua doença, Roberto retirou e armazenou seu sêmen em uma clínica (Sá; Naves, 2021).

Um ano depois, Roberto faleceu. A viúva, mantendo o desejo de ter filhos com o falecido marido, solicitou a clínica o material genético do falecido para realizar uma inseminação. Contudo, o pedido foi negado pela clínica, porque Roberto não havia manifestado a sua vontade sobre a destinação do sêmen em caso de falecimento (Sá; Naves, 2021).

A viúva ingressou no Poder Judiciário do Estado do Paraná, solicitando a autorização para a utilização do material genético do falecido marido. Devido a falta de autorização expressa, houve a necessidade de reconstrução da vontade via judicial. Tendo em vista as particularidades do caso, a sentença foi favorável a viúva, compreendendo que apesar de não haver manifestação de vontade por escrito, pôde-se compreender que a vontade do falecido era a implantação (Sá; Naves, 2021).

Após observar esses casos, percebe-se que não existem muitos julgados nos Tribunais de Justiça sobre a reprodução humana assistida *post mortem*. Os poucos casos analisados têm um ponto em comum: os magistrados observaram se havia ou não manifestação de vontade prévia sobre a utilização do material, em caso de falecimento. Diante disso, nos casos em que foram constatados a manifestação de vontade, a autorização foi concedida.

A seguir, deve-se analisar o caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de tecer comentários e analisar se a posição da Corte converge com as decisões anteriores dos TJs ou não.

3.2 RECURSO ESPECIAL N. 1.918.421/SP DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em julho de 2021, a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) analisou um caso de reprodução humana assistida *post mortem*, o Recurso Especial n. 1.918.421/SP. O processo enfrentava a seguinte situação: um casal tinha criopreservado seus embriões em uma clínica especializada, e no contrato de armazenamento foi determinado que, na hipótese de falecimento de um dos cônjuges, o outro ficaria com a custódia dos embriões (STJ, 2021).

O casal tinha um matrimônio desde 2013 sob o regime legal de separação absoluta de bens, uma vez que o marido tinha 72 anos quando casou. Esse era o terceiro casamento dele, e ele tinha filhos apenas do primeiro casamento. O falecido também tinha realizado um testamento particular no qual estipulou que a parte disponível da herança ficaria para seus filhos do primeiro casamento, e a esposa receberia 10 milhões de reais e mais o valor necessário para comprar um apartamento (STJ, 2021).

O marido faleceu e sua viúva decidiu implantar os embriões que estavam criopreservados.

Entretanto, os filhos do falecido ingressaram no Poder Judiciário para impedir que o procedimento fosse realizado. Segundo eles, o pai havia feito um testamento particular, contemplando apenas os filhos já nascidos e a viúva, não prevendo a hipótese de um novo filho gerado daquele material, assim, os autores da ação desejavam manter o planejamento sucessório previsto no testamento do pai (STJ, 2021).

Quando o caso foi proposto perante o Poder Judiciário, iniciou-se uma análise sobre a manifestação de vontade do falecido, se a mesma tinha sido realizada e qual a forma adequada para conceder a autorização de implantação dos embriões mesmo após o falecimento do genitor. Em primeira instância, o juiz foi favorável aos autores da ação, determinando que os embriões não fossem implantados. Contudo, em recurso para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sentença foi reformada com base na análise do contrato de criopreservação dos embriões. O contrato previa que em caso de falecimento, o cônjuge sobrevivente teria a custódia total sobre os embriões.

Sobre essa decisão é importante citar a sua ementa:

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - PREVENÇÃO DE MAGISTRADO, LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’, COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL COMUM e CERCEAMENTO DE DEFESA - Preliminares suscitadas por ambos os apelantes rejeitadas - Designação do Juiz Substituto em Segundo Grau vigente à época da distribuição do recurso de agravo de instrumento cessada, afigurando-se correto o reconhecimento da prevenção do Órgão - Hospital Sírio Libanês que é parte legítima para responder à demanda, vez que foi formulada, pelos autores, pretensão contra este, visando ao não cumprimento do contrato - Hospital, ademais, que será diretamente afetado pela coisa julgada formada nestes autos ‘Legitimidade ad causam’ dos autores reconhecida - Desfecho da demanda que tem potencial de afetar sua esfera de direitos, em especial, sucessórios – Competência do Juízo Cível Comum, dada a diferença entre embrião e nascituro, conforme estabelecido pela ADI 3510 – Ausência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide – Desnecessidade de novas provas, a par da prova documental já produzida nestes autos – Ausência de nulidade – PRELIMINARES REJEITADAS AÇÃO MOVIDA PELOS FILHOS DO ‘DE CUJUS’ CONTRA SEU CÔNJUGE E HOSPITAL, PARA OBSTAR A IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÃO DO FALECIDO–Sentença que comporta reforma – Constatação da suficiência da manifestação de vontade carreada no documento de fls. 86/87, consubstanciado em contrato hospitalar denominado “Declaração de opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos” **Contratantes que acordaram que, em caso de morte de um deles, todos os embriões congelados seriam mantidos sob custódia do outro, ao invés de descartados ou doados - Confiança dos embriões ao parceiro viúvo que representa autorização para a continuidade do procedimento, a critério do sobrevivente sendo embriões criopreservados inservíveis a outra finalidade que não implantação em útero materno para desenvolvimento Contrato celebrado com o hospital com múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento para os contratantes** Ausência, outrossim, de lei que preveja forma específica para manifestação da vontade - Provimento

63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, que ostenta caráter infralegal e é, ademais, flexível quanto à forma da manifestação de vontade, permitindo se dê por instrumento privado, caso dos autos - Inversão do ônus pela sucumbência. RECURSOS PROVIDOS (São Paulo, 2019b, grifo nosso).

Sobre a decisão do TJ-SP é interessante tecer alguns comentários. Nota-se que o casal quando foi a clínica, assinou um contrato, que pode ser descrito como um negócio biojurídico. Neste contrato estava previsto que em caso de falecimento de um deles, os embriões não seriam descartados nem doados, mas sim transferidos a sua custódia integral para o cônjuge sobrevivente. Diante dessa cláusula, percebe-se que há a exclusão das possibilidades de descarte e doação, pois decidiu-se pela custódia dos embriões, o que faz presumir que o objetivo era a manutenção do planejamento familiar. Tendo o cônjuge sobrevivente a custódia dos embriões, ele poderia no futuro realizar a implantação dos mesmos, seja em si ou através de uma cedente temporária do útero.

Essa foi a compreensão do TJ-SP que afirmou que manutenção dos embriões criopreservados são “[...] inservíveis a outra finalidade que não a implantação do útero materno” (STJ, 2021), assim, quando o falecido deixou expresso que conferia a guarda à sua parceria isso representa “[...] autorização para a continuidade do procedimento” (STJ, 2021)

Caso um deles não desejasse que houvesse a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, o correto seria a opção pelo descarte do material assim que a pessoa viesse a falecer. Ademais, deve-se destacar que a qualquer momento, um deles poderia revogar a autorização em vida, alterando o contrato assinado; o que não foi feito.

Por fim, também deve-se destacar a redação do contrato firmado entre os cônjuges e a clínica. O documento contém cláusulas com múltiplas escolhas fáceis e objetivas, visando impedir a confusão. Dessa forma, não foi confirmado pelo tribunal que o documento poderia causar um erro aos contratantes. Eventualmente, permitir-se-ia tal discussão caso as informações houvessem sido transmitidas aos contratantes com eficiência e esclarecimento. Porém, não houve a utilização de tal argumento. Caso o contrato fosse genérico demais, e as partes não tivessem sido devidamente esclarecidas, caberia uma discussão sobre a validade daquele consentimento, entretanto, ressalta que tal argumento não está presente na ementa.

Inconformados com a reforma da decisão pelo TJ-SP, os autores da ação apresentaram um recurso para o Superior Tribunal de Justiça que foi remetido para a quarta turma. O Presidente da Seção de Direito Privado da Corte admitiu efeito suspensivo ao recurso, visando impedir a implantação dos embriões enquanto não houvesse a apreciação do recurso, tendo em vista a irreversibilidade do procedimento.

Nesse caso, os ministros discutiram se havia ou não manifestação do falecido para proceder com a implantação nessa situação. Primeiramente, o ministro Luis Felipe Salomão destacou que não há regulamentação adequada sobre a reprodução humana assistida no Brasil, com o intuito de auxiliar a solucionar os conflitos.

Feita essa observação, o ministro Luis Felipe Salomão destacou que a implantação do

embrião e o futuro nascimento de um novo filho do falecido não geraria efeitos apenas patrimoniais, mas também sobre a personalidade do genitor. Diante disso, segundo o ministro é necessário que a manifestação de vontade do falecido tenha sido de maneira incontestável. O contrato de prestação de serviços com o hospital apenas trata da cessão do material para a viúva, não podendo concluir que por si só o documento é capaz de afirmar que o falecido autorizou de forma inequívoca e expressa o implante dos embriões quando ele falecesse. Ademais, o ministro considerou que o falecido deixou um testamento particular e não contemplou a questão dos embriões, o que poderia ter sido feito. Diante disso, o ministro compreendeu que não houve manifestação de vontade do falecido sobre a implantação dos embriões *post mortem* (STJ, 2021).

Especificamente sobre a manifestação de vontade, é importante citar o seguinte trecho da ementa da decisão:

12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia (Brasil, 2021).

Rose Melo Vencelau Meireles concorda com tal exigência, apontando que:

Nesse sentido, a exigência de forma atende à função do negócio jurídico celebrado. O vínculo paterno-filial, ainda que *post mortem*, implica em um conjunto de situações patrimoniais e existenciais dele decorrentes. A forma assegura o efetivo consentimento do declarante. Nos negócios existenciais (ou díplices, por envolverem situações dupla natureza, patrimoniais e existenciais), o princípio do consentimento qualificado reforça a necessidade de se obter a vontade expressa, espontânea, pessoal, atual e esclarecida do declarante, exatamente pelos efeitos pessoais e, na maioria das vezes, irreversíveis que promovem. O engano ou presunção quanto à autorização da reprodução humana *post mortem*, por exemplo, não poderia desfazer a gestação se comprovado posteriormente inexistir o consentimento. Dessa feita, o cuidado preventivo a partir da interpretação criteriosa da vontade mostra-se o caminho mais acertado (Meireles, 2021, p. 14).

Com respeito às importantes ponderações da professora Rose Melo Vencelau Meireles, analisando o julgado à luz a teoria do negócio jurídico, percebe-se que o tribunal apresentou uma solenidade extra a manifestação de vontade que não está expressa em lei. A ausência de solenidade fixada em lei, permite que o negócio seja confeccionado de forma livre, desde que respeito os princípios e normas de ordem pública.

Ademais, o tribunal fundamenta sua decisão em documentos sem caráter de norma jurídica, e muitos deles aprovados após a realização do negócio. Assim, no caso o Tribunal apresentou uma postura muito mais rígida com relação a forma como a manifestação de vontade deve ser apresentada, desconsiderando a existência de um documento assinado pelo falecido no

qual indicava a sua vontade de deixar os embriões para sua esposa. Lembrando que o falecido poderia ter revogado o termo a qualquer momento, o que ele não fez durante a sua vida, sendo mais um indício do desejo de ter filhos com a atual esposa.

É muito interessante observar esse caso, porque ilustra bem o latente problema em sede de biotecnologias: elas estão cada vez mais presentes na sociedade brasileira, entretanto há uma omissão do legislativo sobre a sua regulamentação, fazendo com que os particulares criem negócios, com base em normas técnicas e regidos exclusivamente pelo princípio da autonomia. Desses negócios surgem conflitos que são apresentados ao Poder Judiciário para respondê-los.

Aqui nesse trabalho foi destacado mais a questão da manifestação de vontade do falecido, entretanto, as técnicas de RHA podem suscitar diversos outros problemas: questões sucessórias, seleção de embriões para serem doadores do filho, entre outros. É necessário que haja uma regulamentação adequada das técnicas já existentes hoje e que estão sendo realizadas para que haja uma segurança jurídica sobre a forma como os negócios biojurídicos devem ser realizados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a realização dessa pesquisa, pôde-se perceber que o ordenamento jurídico brasileiro não regulamenta devidamente os procedimentos que envolvem a reprodução humana assistida, em especial a RHA *post mortem*, que foi objeto central de estudo. Devido a ausência legislativa, outros órgãos, como o Conselho Federal de Medicina, têm apresentado regulamentações para nortear e orientar como os procedimentos devem ser utilizados.

Mesmo com a lacuna jurídica existente, os indivíduos recorrem aos procedimentos de RHA, que são formalizados como negócios biojurídicos. E quando há algum conflito, as demandas são apresentadas perante o Poder Judiciário que por diversas vezes utiliza das regulamentações técnicas para fundamentar as decisões.

Tendo em vista que os procedimentos de RHA são uma realidade na sociedade brasileira, é necessário que o Poder Legislativo não deixe de enfrentar a questão da omissão regulatória, apesar de ser um assunto sensível na política brasileira, porque existem diversas situações que ensejam dúvidas como por exemplo a sucessão e a possibilidade do nascimento de um novo herdeiro, se houver embriões criopreservados.

Em especial sobre a RHA *post mortem*, os tribunais, para autorizar a implantação de embriões ou utilização de material genético criopreservado, têm observado se o falecido havia deixado manifestação de vontade inquestionável, sobre implantar os embriões quando falecer. Essa foi a decisão da quarta turma do STJ na análise do Recurso Especial, e apesar dos demais tribunais aqui apresentados também levantarem a questão da manifestação de vontade, a turma do STJ adotou uma posição mais rígida com relação a formalidade da manifestação.

Entretanto, deve-se destacar que a manifestação de vontade não precisa necessariamente ser escrita, podendo haver a utilização de outros meios para comprovar a vontade do falecido.

Ademais, deve-se também destacar a importância do TCLE realizado de forma adequada e completa, havendo a previsão da destinação do embrião/material genético em caso de falecimento, divórcio e doença grave. O TCLE é uma ferramenta que pode ser utilizada como forma de exteriorizar a vontade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

BIGARELLI, Barbara. Benefícios chegam ao congelamento de óvulos e à fertilização. **Globo: Valor**, 14 nov. 2019. Disponível em: <https://valor.globo.com/carreira/noticia/2019/11/14/beneficios-chegam-ao-congelamento-de-ovulos-e-a-fertilizacao.ghtml>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; SCHIOCCHET, Taysa. Reprodução humana assistida: aspectos éticos e legais da fecundação artificial post mortem no direito brasileiro, *In: BOECKEL, Fabricio Dani; ROSA, Karin Regina Rick (org.). Direito de família em perspectiva interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=11/01/2002&totalArquivos=192>. Acesso em: 10 fev. 2021

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o parágrafo sétimo do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 28 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4 Turma). Recurso Especial nº 1.981.421-SP. Proposta de afetação - temática acerca da prevalência, ou não, do código de defesa do consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel, com cláusula de alienação fiduciária em garantia. Recorrente: Living Barbacena Empreendimentos Imobiliarios Ltda. Recorrido: Maria Marciane Melo Ribeiro e Simauro Ribeiro Leite. Relator: Min. Marco Buzzi, 8 de junho de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal (3. Turma). Processo nº 20080111493002APC. Ação de conhecimento – utilização de material genético criopreservado post mortem sem autorização expressa do doador – agravo retido não conhecido preliminar de litisconsórcio necessário afastada mérito – ausência de disposição legal [...] Acórdão nº 820873. Recorrente: Getúlio de Moraes Oliveira. Relatora: Nídia Corrêa Lima. 3 de setembro de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo nº 20080111493002EIC. Direito civil. constitucional. processual civil. embargos infringentes. utilização de material genético criopreservado post mortem sem autorização expressa do doador. ausência de disposição legal expressa sobre a matéria. impossibilidade de se presumir o consentimento do de cujus para a utilização da inseminação artificial homóloga post mortem. Resolução 1.358/92, do conselho federal de medicina Acórdão nº 874047. Relator: Carlos Rodrigues. Revisor: Maria de Lourdes Abreu, 18 de junho de 2015.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Famílias monoparentais: dos aspectos controvertidos da reprodução humana assistida post mortem. In: ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA- ESPANHA. 10., 2020, Florianópolis.

Anais [...]. Florianópolis: CONPEDI, 2020. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/150a22r2/2406ng07/O36RlErKR8pQ9pQk.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023. p. 252-268.

CFM - CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos [...]. Brasília, DF: Conselho Federal de Medicina, 2022. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf. Acesso em: 28 fev. 2023.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63 de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Brasília, DF: CNJ, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENUNCIADO 633 – Art. 1.597: É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira. In:

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 8., 2018, Brasília. Anais [...]. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. p. 10. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2023.

FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. A reprodução humana assistida na sociedade de consumo. São Paulo: Editora Foco, 2020.

LÔBO, Fabíola Albuquerque. As transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. Civilistica.com, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <http://civilistica.com/as-transformacoes-do-direito-de-familia/>. Acesso em: 28 fev. 2019

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 221-241, 2013.

MASCARENHAS, Igor de Lucena; DADALTO, Luciana. Instabilidade normativa: nova resolução do CFM sobre reprodução humana assistida. JOTA, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/instabilidade-normativa-nova-resolucao-do-cfm->

sobre-reproducao-humana-assistida-01072021. Acesso em: 9 jul. 2021.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Comentários ao recurso especial nº 1.918.421-SP: desafios da reprodução humana assistida post mortem. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/777/582> . Acesso em: 25 fev. 2023.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Negócios biojurídicos. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). Negócio jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Dupla maternidade: Justiça estadual determina que criança gerada após inseminação artificial caseira seja registrada em nome de duas mães. Curitiba: TJ, 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/id/43952646. Acesso em: 25 fev. 2023.

RODRIGUES, Edwirges Elaine. Famílias ectogenéticas: a necessidade de normatização da reprodução assistida e regulamentação das suas consequências jurídicas. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/familias-ectogeneticas/>. Acesso em: 25 fev. 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e biodireito. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire; SOUZA, Iara Antunes. Reprodução humana assistida Post Mortem: planejamento familiar, reconstrução da vontade e responsabilidade civil à luz do caso da escocesa Ellie. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ROSENVALD, Nelson; MULLEDO, Renata Vilela (coord.). Responsabilidade civil e direito de família: o direito de danos na parentalidade e conjugalidade. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1000705-26.2019.8.26.0483. Suprimento de vontade para fecundação post mortem. Pedido de autorização para uso de material genético deixado pelo filho falecido dos autores [...]. Relatora: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 29 de novembro de 2019a.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1082747-88.2017.8.26.0100. Relatora: Angela Lopes, 19 de novembro de 2019b.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível 1114911-38.2019.8.26.0100. Ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação post mortem- autorização para utilização dos oócitos. Relatora: Hertha Helena de Oliveira, 22 de janeiro de 2021.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA. Implantação de embriões congelados em viúva exige autorização expressa do falecido, decide Quarta Turma. Notícias STJ, Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuva-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--decide-Quarta-Turma.aspx>. Acesso em: 9 jul. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. Novas famílias entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidade. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 4, p. 1-8, out./dez. 2015.

YOUNG, Beatriz Capanema. Os contratos nas técnicas de Reprodução assistida. In: BARBOZA, Heloisa Helena; LEAL, Livia Teixeira; ALMEIDA, Vitor. *Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. p. 15-16.

Recebido em: 15/12/2022

Aceito em: 15/03/2023

**ATOS NOTARIAIS ELETRÔNICOS –
E-NOTARIADO:
AMPLIAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA COM O
ADVENTO DO COVID-19 – UMA ANÁLISE DO
PROVIMENTO 100 DO CNJ**

**ELECTRONIC NOTARY DEEDS - E-NOTARIAT:
EXPANSION OF ACCESS TO JUSTICE
WITH THE ADVENT OF COVID-19 – AN ANALYSIS
OF PROVISION 100 OF CNJ**

Ricardo Goretti*
Rosana de Cássia Ferreira**

*Doutor e mestre em Direitos e garantias fundamentais pela FDV. Coordenador do curso de graduação da FDV. Professor em gestão adequada de conflitos. E-mail: ricardogoretti@fdv.br

**Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (2018). Especialista em Direito de Família e Sucessões pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá (2013). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (2007). Graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos (2004). Graduada em Terapia Ocupacional pela Faculdade de Ciências Médicas de Minas Gerais (1997). Tabeliã - Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. E-mail: rosanafer@hotmail.com

Como citar: GORETTI, Ricardo; FERREIRA, Rosana de Cássia. Atos notariais eletrônicos – e-notariado: ampliação do acesso à justiça com o advento do Covid-19 – uma análise do provimento 100 do CNJ. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 240, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.47309>

Resumo: Com o advento da Covid-19 no Brasil, houve a necessidade de confinamento da população. Com isso, diversos setores foram afetados, inclusive o Judiciário. Buscou-se novos meios de solução de controvérsias, incluindo as vias extrajudiciais e o uso de novas tecnologias. Surgiu, assim, o Provimento nº 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispôs sobre a prática de atos notariais eletrônicos pelos tabelionatos de notas. Este estudo verifica as seguintes questões: a plataforma do “E-notariado”, implementada a partir do Provimento nº 100, alcançou os patamares desejados para ampliar o direito de acesso à justiça? Houve continuidade, no período pós pandêmico, do uso desta ferramenta? Tem-se como objetivo analisar a efetividade do “E-notariado”, como forma de ampliação do acesso à Justiça. A pesquisa se justifica em virtude da necessidade constante de ampliar os recursos para o acesso à justiça e de promover a desjudicialização. Para tanto, recorreu-se à pesquisa bibliográfica – pautada nos autores Cappelletti, Garth, Watanabe entre outros; e à pesquisa documental – por meio dos relatórios “Cartório em Números”. O método de pesquisa foi o hipotético-dedutivo. Com efeito, viu-se que a plataforma “E-Notariado” foi exitosa, trazendo celeridade e praticidade para os cidadãos, permitindo, assim, a ampliação do acesso à justiça.

Palavras-chave: acesso à justiça; desjudicialização; serventias extrajudiciais; atos eletrônicos; provimento nº 100 do CNJ.

Abstract: With the advent of Covid-19 in Brazil, there was a need to confine the population. As a result, several sectors were affected, including the judiciary. New means of dispute resolution were sought, including extrajudicial means and the use of new technologies. Thus, Provision No. 100/2020 of the National Council of Justice (CNJ) emerged, which provided for the practice of electronic notarial acts by notary offices. This study verifies the following questions: did the “E-notariat” platform, implemented from Provision n° 100, reach the desired levels to expand the right of access to justice? Was there continuity, in the post-pandemic period, in the use of this tool? The objective is to analyze the effectiveness of the “E-notariat”, as a way of expanding access to Justice. This research is justified by virtue of the constant need to expand resources for access to justice and to promote non-judicialization. For that, we resorted to bibliographical research – based on the authors Cappelletti, Garth, Watanabe and others; and documentary research – through the “Notary in Numbers” reports. The research method was hypothetical-deductive. Indeed, it was seen that the “E-Notarial” platform was successful, bringing speed and practicality to citizens, thus allowing the expansion of access to justice.

Keywords: access to justice; dejudicialization; extrajudicial services; electronic acts; provision n° 100 CNJ.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, o mundo assistiu a um fato inesperado, que teve consequências devastadoras: o surgimento do COVID-19; um vírus que se disseminou rapidamente por diversos países de todos os continentes. O Brasil também foi afetado por este mal e, no mês de março de 2020, viu-se em uma situação caótica, frente ao início de uma pandemia.

Devido ao não conhecimento acerca do vírus, das suas formas de contágio, das formas eficazes de tratamento, e, ainda, devido ao fato de se tratar de um vírus de fácil e rápida propagação, a recomendação de diversos órgãos de saúde no mundo foi que houvesse isolamento social.

Em virtude disso, em algumas cidades, assistiu-se a restrições quanto ao ingresso de pessoas em determinados locais. O comércio físico teve que fechar as portas e somente os serviços essenciais poderiam permitir o acesso físico da população, de forma restrita.

O confinamento, a que muitos foram submetidos, impactou em diversos setores do país, destacando-se aqui o Judiciário, o qual trouxe à tona diversos entraves para a solução de conflitos, bem como o surgimento de novas demandas próprias do momento de crise.

Neste cenário, diversos setores se viram pressionados a utilizarem recursos tecnológicos para evitar a circulação de pessoas e os consequentes prejuízos que ocorreriam. Isso também ocorreu na realidade do Judiciário brasileiro.

De início, os fóruns, as varas e os Tribunais de Justiça ficaram fechados para o acesso da população, o que implicou restrição do acesso à justiça, levando à necessidade de adequação, tendo em vista as dificuldades de acesso físico e o crescimento de demandas emergentes que surgiram durante a pandemia, como questões envolvendo divórcio e inventários.

Neste ambiente caótico, em que as pessoas tinham dificuldade de acessar o judiciário e, por sua vez, ter atendido o seu direito constitucional de acesso à justiça, de forma plena, surgiu a necessidade de ampliar esta perspectiva do acesso à justiça, viabilizando o acesso à via extrajudicial, a fim de que as serventias extrajudiciais (chamadas outrora de “cartórios”) pudessem colocar seus atos à disposição dos usuários dos serviços de forma eletrônica.

Neste ínterim, surgiu o denominado “E-notariado”, plataforma disponibilizada pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, que foi regulamentada pelo Provimento n° 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o qual estabeleceu normas gerais acerca da prática de atos notariais eletrônicos nos tabelionatos de notas do Brasil.

Diante disso, o presente estudo visa abordar a implementação do Provimento n° 100/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a fim de verificar a sua efetividade, como forma de ampliação do direito de acesso à justiça, devido à necessidade da manutenção desse direito no momento de crise da pandemia, que pode ser garantido com o uso dos serviços notariais, visto que tais serviços são essenciais ao exercício da cidadania e prestados de forma segura e célere.

A temática deste estudo trata de assuntos extremamente atuais e relevantes, pois remete a outras formas que permitem ao cidadão o acesso à justiça, dentro de um cenário de pandemia global, que impulsionou os mais diversos órgãos a utilizarem recursos tecnológicos, rompendo,

com isso, as fronteiras espaciais.

Ademais, o estudo se justifica pela necessidade de constante ampliação de vias e recursos para ampliar o acesso à justiça, e pelo fato de que a plataforma digital do “E-notariado” possibilita que o cidadão possa se valer de novas tecnologias para garantir este acesso, em uma perspectiva ampliada, pelas vias extrajudiciais, mesmo que a pessoa esteja à distância.

À luz dessa realidade, este estudo se propõe a questionar, especificamente, o seguinte – o uso da plataforma do “E-notariado”, implementada a partir do Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça, em 2020, foi capaz de alcançar os patamares desejados para ampliar o direito de acesso à justiça? Além disso, essa possível efetividade continuou no período pós pandêmico e tem potencial para que cresça cada vez mais?

Dante de tais questionamentos, o que se pretende, nesta pesquisa, é verificar o processo de implementação do Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a efetividade do E-notariado, como forma de ampliação do direito de acesso à Justiça, além de se observar a necessidade de se manter a prestação dos serviços notariais, bem como de investigar a perspectiva de aumento da utilização da plataforma após a fase crítica.

O referencial teórico utilizado para tratar do conceito, características, entraves e demais elementos do direito de acesso à justiça, terá como base as obras de Mauro Cappelletti e Garth, Watanabe, entre outros autores. Além disso, há as informações trazidas sobre o papel das serventias e a realidade vivida no intervalo de 2020 e 2021.

No tocante ao obstáculo do acesso à justiça em tempos de pandemia, a pesquisa contemplará dados de sites que envolvem o tema, tais como: Ministério da Saúde, Organização Mundial da Saúde (OMS), IBGE. Quanto aos impactos, eles serão tratados com base em dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dados da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG) e dados da “Global Access To Justice Project”.

Deste modo, para além do levantamento bibliográfico, far-se-á análise de dados. Assim, buscar-se-ão dados apresentados nos dois últimos relatórios “Cartório em Números”, produzidos pela ANOREG (2020, 2021), após a data da implementação do Provimento nº 100 do CNJ. Além disso, será verificado o funcionamento da Plataforma do e-notariado, com análise dos dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal.

O método de pesquisa utilizado será o hipotético-dedutivo, o qual, segundo Mezzaroba e Monteiro (2014), se dá em virtude dos questionamentos norteadores deste estudo, visto que tal método permite que o pesquisador adote um ponto de partida por meio de proposições hipotéticas viáveis, sendo estratégias de uma possível comprovação empírica do objeto de pesquisa.

O estudo busca analisar informações e averiguar se as hipóteses se confirmam ou não, para que, a partir disso, seja possível reavaliar os ajustes necessários (Gil, 2008, p. 29). Neste caso específico, parte-se da hipótese de que o sistema E-notariado, que surgiu durante a pandemia, é uma forma efetiva de garantir o direito de acesso à justiça, especialmente porque rompe barreiras espaciais e aproxima a pessoa de seu direito.

Essa hipótese será testada a partir dos dados apresentados nos relatórios “Cartório em

Números” (anos de 2020 e 2021) e nos dados do Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal. Deste modo, será possível, a partir desses números, verificar se houve ou não efetividade de garantia de acesso à justiça.

À luz dessas balizas, busca-se verificar, portanto, a relação do E-notariado e a efetividade de acesso à justiça, trazendo, deste modo, um conceito ampliado, incluindo a via extrajudicial como meio adequado de solução de conflitos e uma forma eficaz de garantia de direitos, além de mostrar o rompimento das fronteiras espaciais para a garantia de direitos.

Diante disso, este artigo tratará dos aspectos gerais do “Acesso à Justiça”; apresentar a realidade imposta pela Covid-19, expondo a vulnerabilidade do direito de acesso à justiça e, como consequência desta situação, a necessidade de desjudicializar e de ressignificar os espaços. Além disso, abordar-se-ão as diretrizes impostas pelo Provimento nº 100/2020 do CNJ e as possibilidades de ampliação do direito de acesso à justiça. Por fim, analisa-se-ão os dados das serventias extrajudiciais nos relatórios “cartório em número” a fim de se verificar se houve, de fato, efetividade de garantia de acesso à justiça e quais têm sido os desdobramentos neste momento “pós-pandêmico”.

1 ACESSO À JUSTIÇA

De início, para que se entenda o que é “direito de acesso à justiça”, insta trazer o significado da palavra “justiça”, visto que possui significado amplo, complexo e é muito debatida, já que é definida de acordo com os valores éticos e morais de cada ser em uma sociedade, dentro da sua própria busca.

A palavra é derivada do latim “*justitia*”. Este vocábulo, na linguagem jurídica, remete “àquilo que se faz conforme o Direito”, ou segundo as regras prescritas em lei. A Justiça é, portanto, a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, eis que por ela se reconhecem a legitimidade dos direitos e se restabelece o império da própria lei. (Silva, 2001).

Outrossim, a palavra Justiça, na sua amplitude de conceitos e significados, converge em uma direção definida, que é aos bens da vida de elevado valor, almejados por todos, cuja distribuição institucionalizada precisa ser feita como um serviço essencial do Estado, indispensável à harmonia e à pacificação social.

Do conceito de justiça, vem a concepção de “acesso à justiça”, que vem evoluindo constantemente. Prova disso é que seu significado atual é muito amplo, levando em conta a abrangência que se deseja dar à expressão. Sua evolução vem acompanhando o desenvolvimento político e social, sobre diversos ângulos, que vão desde o acesso ao Judiciário, na sua prestação jurisdicional tradicional, que resulte em uma justiça equânime para todos que a busquem, até ao direito de acesso às informações e a outros meios extrajudiciais adequados à solução da lide, em consonância com a ideia de cidadania.

Entende-se que o acesso à justiça é o caminho percorrido para se encontrar a solução para

os conflitos sociais e para restabelecer ou reparar um direito lesado, que trará como resultado a justiça, o justo, ou seja, o reconhecimento do direito que se tem.

A expressão “acesso à justiça”, utilizada na obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 11-12), popularizou o termo no Brasil. Ao tratarem sobre isso, os autores afirmam que:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Cappelletti e Garth entendem que o acesso à justiça é o mais básico dos direitos fundamentais, acessível a todos, e o seu princípio norteador é o da igualdade, com vistas a resultados justos. Neste prisma, deve-se garantir o pleno direito de acesso à justiça, de forma abrangente e isonômica, considerando, neste cenário, os meios extrajudiciais de composição de controvérsias.

A sociedade contemporânea, de acordo com Mauro Cappelletti (1994, p. 88), deveria encontrar justificativas para optar pelos meios alternativos, os quais “incluem a própria essência do movimento de acesso à justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores a população”.

Seguindo um raciocínio evolutivo sobre o conceito de acesso à justiça, este era visto como um direito natural, onde o homem o buscava de forma primitiva, usando a força, alterando-se para um conceito formal, onde o Estado, com seu poder Jurisdicional, coloca mecanismos disponíveis aos cidadãos, para que, com procedimentos jurídicos específicos, tenha acesso à justiça.

Ademais, Ricardo Goretti (2021, p. 92) ao tratar acerca deste conceito, define o direito de acesso à justiça como:

[...] o direito fundamental a uma tutela ou prestação com potencial para consagração de uma ordem de valores, direitos e interesses essenciais para o indivíduo que se encontre em situação de lesão ou ameaça a um direito. Um direito que pode ser consagrado mediante o percurso de diferentes vias, desde que efetivas (que pacifiquem o conflito), tempestivas (que produzam resultados em um prazo razoável) e adequadas (que atendam às particularidades do caso concreto).

Ora, este conceito abarca diversas vias de solução de conflitos: judiciais e extrajudiciais, desde que adequadas ao caso concreto e tempestivas, a fim de que haja uma prestação efetiva, tanto nas soluções de controvérsias entre as partes, quanto de forma preventiva, para a defesa de um direito individual ameaçado.

Contemporaneamente, o acesso à justiça atingiu um conceito amplo, que alcança diversas vias extrajudiciais, com destaque aqui às Serventias Extrajudiciais, como meios adequados à gestão de conflitos.

Assim, no entendimento de Kazuo Watanabe (2019), a problemática do acesso à justiça

não pode ser estudada nos limites do acesso aos órgãos jurisdicionais, enquanto instituição estatal, mas sim viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, pautada no direito dos cidadãos a serem ouvidos quando há qualquer impedimento ao pleno exercício da cidadania, e não apenas em situações de controvérsia.

Quanto a isso, Didier Junior. (2017) declara que os meios alternativos para a solução de conflitos são eficazes e econômicos, tratando-se de importantes vias para desenvolver a cidadania, em que os indivíduos figuram como protagonistas na resolução dos seus conflitos, reafirmando o empoderamento do cidadão.

Vê-se, portanto, que “acesso à justiça” é uma expressão diretamente relacionada ao direito fundamental do homem à busca pelos seus direitos, por meio de soluções para seus conflitos com base em determinadas normas de condutas e de ética que estejam em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, independentemente do meio utilizado para alcançar a “justiça”.

2 A REALIDADE DA JUSTIÇA BRASILEIRA COM A COVID-19: VULNERABILIDADE DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA A NECESSIDADE DE DESJUDICIALIZAR E DE RESSIGNIFICAR ESPAÇOS

Para ter mais clareza dos impactos da Covid-19 na realidade da justiça brasileira, é necessário tratar acerca da vulnerabilidade do direito de acesso à justiça e se tal realidade impõe a necessidade de desjudicializar, ressignificando espaços para atendimento efetivo do direito fundamental de acesso à justiça.

2.1 VULNERABILIDADE DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi alertada sobre a existência de vários casos identificados como pneumonia na China, na cidade Wuhan, localizada na província de Hubei.

No mês de janeiro de 2020, as autoridades chinesas informaram que a causa da doença seria uma nova espécie de vírus, denominado de COVID-19. Em março de 2020, a OMS qualificou como pandemia o surto causado pelo COVID-19, visto que havia uma grande disseminação em todo o mundo (Schmidt; Mello; Cavalcante, 2020).

Em face disso, o combate à disseminação do coronavírus exigiu a higienização das mãos frequentemente, com água e sabão ou álcool 70%, uso de máscaras, de luvas e, principalmente, distanciamento social, evitando o contato mais próximo: encontros, abraços, beijos e apertos de mãos (WHO, 2020).

As taxas de contágio iniciais foram alarmantes. Rapidamente, a epidemia rompeu as fronteiras chinesas e atingiu outros países. Na falta de uma cura eficaz, vacinas ou medicações certificadas pelos órgãos competentes, a solução preconizada pela OMS inicialmente foi o

isolamento social, com a paralisação de todas as atividades que não fossem consideradas essenciais.

A paralisação das atividades, como consequência do isolamento social, teve diversos reflexos, destacando-se os obstáculos econômicos, sociais, políticos e jurídicos. Diversas obrigações deixaram de ser cumpridas, gerando impactos em inúmeros negócios jurídicos em nível global e, por óbvio, o Judiciário não foi poupado.

É inquestionável que o Judiciário sentiu os impactos da pandemia em virtude da necessidade do isolamento social, que levou à suspensão do atendimento ao público, e sobrecarregou as vias judiciais. Somado a isso, surgiram novas ações, próprias deste cenário de pandemia, fazendo avolumar, ainda mais, o número de processos nas vias judiciais, de modo a fragilizar o direito de acesso à justiça. Desta forma, tornou-se ainda maior a necessidade de ampliação das vias extrajudiciais e da virtualização dos procedimentos no momento de crise do COVID-19.

Uma pesquisa realizada pelo Global Access to Justice Project (2020) buscou analisar os impactos desse período conturbado de pandemia nos sistemas judiciais e no acesso à justiça, reunindo dados de 51 países. A pesquisa utilizou um questionário semiestruturado, sendo que os participantes eram pesquisadores do campo jurídico e sócio-jurídico, profissionais de direito dos setores público e privado, diretores de instituições de assistência jurídica, funcionários públicos de elevado escalão e formuladores de políticas públicas de cada país analisado.

A pesquisa avaliou os impactos causados pela pandemia, considerando quatro eixos didáticos diferentes: a perspectiva geral sobre as medidas adotadas pelos países; os impactos causados em grupos vulneráveis; os impactos nos sistemas judiciais e os impactos nos sistemas de assistência jurídica.

Analizando os impactos na via judicial, percebe-se que a pandemia do COVID-19 trouxe diversas dificuldades no âmbito do Poder Judiciário, notadamente no que se refere ao direito de acesso à justiça, desvelando a necessidade de se criar meios para se acessar a ordem jurídica, sem prejudicar esta garantia constitucional.

O estudo da “Global Access to Justice Project” apontou, no eixo temático dos impactos nos sistemas judiciais, um esforço global pela reorganização dos serviços judiciais, considerando a majoritária adoção do trabalho remoto por 73% dos países e suspensão temporária de audiências (69%), de prazos processuais (49%) e de atendimentos presenciais (71%), exceto em casos considerados urgentes.

Segundo a pesquisa, 78% dos países analisados adotaram medidas tecnológicas especiais na pandemia, destacando-se a distribuição digital de petições (33%), a realização on-line de audiências por videoconferências (53%), além do uso de *call-centers* (14%), de aparelhos de telefonia celular (35%) e de e-mail (41%), a fim de franquear a comunicação com os jurisdicionados, os advogados e os defensores.

Realizando uma comparação entre os dados da pesquisa e o cenário brasileiro, verifica-se que o Brasil adotou grande parte das recomendações internacionais para conter a propagação da pandemia no território nacional.

Sobre os impactos no sistema de justiça, o Poder Judiciário pátrio manteve-se alinhado

ao cenário internacional no emprego de medidas para assegurar o acesso à justiça, utilizando-se da tecnologia e do trabalho remoto. No entanto, não foi suficiente para suprir a demanda que surgiu, levando à necessidade de utilização de vias extrajudiciais.

Segundo levantamento realizado, com 2 mil advogados, pela Associação dos Advogados de São Paulo e da Fundação Arcadas (AASP, 2020), a suspensão dos prazos judiciais em processos físicos foi apontada como o maior obstáculo enfrentado pelos advogados durante a pandemia.

No estudo intitulado “O Acesso à Justiça durante o isolamento social”, os profissionais do direito questionados mencionaram a ausência de uniformização dos atos pelos tribunais e a dificuldade de despachar com o magistrado entre os principais desafios enfrentados nesta fase.

Essa pesquisa mostrou que 51% dos advogados declararam dificuldade no peticionamento físico e 6% apontaram dificuldades na interação com o sistema eletrônico adotado pelos tribunais. Nesse contexto, a pandemia compeliu a busca por meios tecnológicos como forma de evitar o contato pessoal e viabilizar a continuidade do acesso à justiça.

Salienta-se que houve uma elevada demanda durante o período de quarentena, o que conduziu à judicialização dos conflitos envolvendo direito de família e sucessões, contratos empresariais, demandas societárias, recuperações judiciais e pedidos de falência.

Os profissionais do direito observaram um crescente aumento de litígios em consequência da pandemia de COVID-19. Verificou-se que o nosso sistema jurídico teve que se organizar para atender novas demandas, oferecendo à sociedade novos e efetivos mecanismos de solução dos conflitos. Desta forma, além de oferecer vias alternativas extrajudiciais, os Tribunais que estavam tecnologicamente atrasados tiveram que acelerar este processo, a fim de manter a produtividade.

Destaca-se aqui a Lei 13.994/2020, que surgiu no contexto da pandemia do COVID-19, refere-se aos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995), com a finalidade de possibilitar o uso potencial de plataformas digitais para a realização de audiências de conciliação e de sessões de mediação.

A sociedade já vinha enfrentando diversos entraves no acesso à justiça, que se agravaram no contexto da pandemia. O “bloqueio” do acesso à justiça mostra-se como um cenário aterrador de privação de direitos para os cidadãos.

Foi assim que surgiu o Provimento nº 100 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 26 de maio de 2020 (CNJ, 2020) que dispôs sobre a possibilidade de lavratura de atos notariais eletrônicos, com a utilização da plataforma do e-Notariado, mantida pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal.

O Provimento nº 100 do CNJ viabilizou a lavratura de atos notariais (entre elas escrituras de divórcio e inventário) à distância, com a utilização de videoconferência, de forma menos burocracia, com menor tempo dispendido, maior economia e com a mesma segurança dos atos físicos, facilitando a vida dos usuários, devido ao aprimoramento dos recursos tecnológicos, que passou a permitir as assinaturas até mesmo por celular, de qualquer parte do mundo.

2.2 NECESSIDADE DE DESJUDICIALIZAR E DE RESSIGNIFICAR ESPAÇOS

Após a Emenda Constitucional nº 45/2004, houve maior adesão do Judiciário brasileiro à solução consensual, na medida em que se aumentou a consciência de que é uma via desejável, quando adequada para o caso concreto e, por consequência, diminui a sobrecarga da via judicial.

Desta forma, a desjudicialização tornou-se, desde então, um dos anseios do mundo jurídico, no sentido de facultar às partes a composição dos próprios conflitos, quando as próprias partes forem capazes e tratarem de direitos disponíveis, ou indisponíveis transigíveis, em vez de recorrerem à tramitação tradicional no âmbito dos Tribunais, de forma mais morosa.

A desjudicialização visa promover o deslocamento de demandas para outras vias de soluções de controvérsias, que eram atribuídas exclusivamente ao Poder Judiciário, valendo-se de diversas vias administrativas, incluindo as serventias extrajudiciais e outros órgãos. Não se trata de retirar casos do Judiciário, pois não se cogita a possibilidade de adentrar à via judicial, em virtude de haver outras possibilidades de garantia de acesso à justiça que são mais eficazes e céleres.

Isso implica o incentivo ao uso dos meios extrajudiciais adequados para a solução autônoma dos conflitos, com a participação ativa das partes na escolha dos melhores meios, bem como das soluções mais viáveis, a fim de se assegurar o pleno acesso a uma ordem jurídica justa, ou seja, uma solução efetiva, tempestiva e adequada, com vistas a substituir, segundo ensina Kazuo Watanabe (2005), a “cultura da sentença” (caráter adjudicatório da via judicial) pela “cultura da pacificação”.

Além de oferecer um tratamento adequado ao caso concreto, um dos grandes objetivos da desjudicialização é promover a celeridade na resolução de conflitos e contribuir para a redução da crescente demanda perante os Tribunais, que estão abarrotados, de forma a afastar destes as questões que possam ser resolvidas de forma consensual.

A crise da Justiça, para Ada Pelegrini Grinover (1998, p. 282), que tem como obstáculo a sua inacessibilidade, o alto custo e a morosidade, põe em destaque o primeiro objetivo almejado pelo renascer da conciliação extrajudicial: a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados de conciliação, ainda que facultativos.

No contexto que se desenhou no auge da pandemia, diante da dificuldade de o Judiciário atender, com celeridade, às demandas judiciais, bem como da necessidade de se encontrar soluções eficazes, o fenômeno da desjudicialização tornou-se uma necessidade.

Anteriormente à pandemia do Covid-19, pode-se destacar, dentre as normas que impulsionaram este fenômeno no Brasil, a Lei 11.441/2007, que possibilitou a realização de inventário, de partilha, de separação consensual e de divórcio nos Cartórios Extrajudiciais.

Conquanto não se configure explicitamente em ação de desjudicialização, a Resolução nº 125/2010 (Brasil, 2010) do Conselho Nacional de Justiça reforçou a consciência da multiplicidade de esforços em favor da solução adequada para o conflito, uma vez que foi publicada como política pública de estímulo à utilização de diversas vias para solução de controvérsias, como assegura

o art.1º “fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”. Neste sentido, a Resolução 125/2010 aborda, no seu texto, o tratamento adequado dos conflitos de interesse por meio da mediação, da conciliação e de outros métodos consensuais, além de criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que são, segundo o art. 8º, “[...] unidades do Poder Judiciário, **preferencialmente**, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão” (Brasil, 2010, grifo nosso).

Neste sentido, Brasil (2010) Resolução 125/2010 estabelece “preferencialmente” essas unidades como centros de mediação, de conciliação e de métodos consensuais de conflitos, mas não exclui outros espaços de cidadania (como as serventias) que podem utilizar esses mesmos mecanismos para a solução de controvérsias. Um pouco depois, em 2015, ocorre a concretização da mediação extrajudicial, como estímulo efetivo à desjudicialização, que foi regulamentada pela Lei 13.140/2015. Com isso, as serventias tornam-se, legalmente, espaços de acesso à justiça via utilização de meios adequados para tratar de conflitos.

Com a reforma do Código de Processo Civil (CPC), ocorrida em 2015, evidenciou-se também o estímulo ao uso de todas as ferramentas e métodos de solução de conflitos, para se obter um resultado consensual, pela autocomposição, demonstrando a concretização de uma nova perspectiva do exercício da cidadania.

Vale lembrar que o CPC também prevê a possibilidade de se praticar atos processuais de forma eletrônica, inserindo-se as videoconferências e demais recursos de sons e imagens em tempo real.

Destaca-se que, durante a fase crítica da pandemia do Covid-19, em que surgiram diversos obstáculos no tocante ao acesso à justiça pela via judicial, dentre eles a limitação do acesso físico aos órgãos dos Tribunais, foi necessário fomentar a utilização de outras vias extrajudiciais, destacando-se neste estudo as Serventias (“cartórios”), que continuaram a prestar os serviços considerados essenciais.

Em face do obstáculo relativo ao confinamento dos usuários dos serviços, foi necessário estimular o uso de tecnologia para atendimento à distância. Com isso, surgiu o Provimento nº 100 do CNJ, em 2020, que, além de prestigiar o uso da tecnologia para facilitar a vida da população, reforçou a ideia de que a desjudicialização pode e deve ser promovida em diversos casos concretos, principalmente em um momento de dificuldades de acesso às tradicionais vias.

Assim, alertou-se para a necessidade de desjudicializar e de ressignificar espaços, conscientizando a população no sentido de que a via judicial não é a única, nem sempre será a mais apropriada em determinados casos concretos. A grande questão é que a maior parte das pessoas ainda possui a falsa ideia de que a via judicial é mais segura, mais eficaz e, por vezes, acaba esperando anos por uma solução de um juiz, que, não raro, não satisfaz a nenhuma das partes.

Vale dizer, neste sentido, que, com a implementação do Provimento nº 100, é possível que

as partes promovam processos de inventários, partilhas de bens, divórcios e diversos outros atos notariais de forma eletrônica, sem ter que acessar a via judicial, sem sair de suas casas, com toda a segurança (fé-pública), rapidez, eficiência e economia que a via das Serventias Extrajudiciais pode oferecer.

Olhar para as serventias como um espaço de garantia de direitos de forma adequada, célere e justa é ressignificar um espaço que, antes, era conhecido tão somente como “cartórios”.

Por isso, mesmo no período da pós pandemia, os profissionais do Direito não devem medir esforços para ressignificar a si mesmos e ao sistema judiciário, aproveitando a estrutura legislativa em vigor e os instrumentos já disponíveis, para promover a adaptação adequada e a potencialização dessas normas, ajustando-as à nova realidade.

3 PROVIMENTO N° 100/2020 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: AMPLIAÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Em 26 de maio de 2020, a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) publicou o Provimento n° 100, com o intuito de estabelecer normas gerais sobre a possibilidade da prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do país.

Este Provimento permite a prática de atos notariais por meio eletrônico de qualquer parte do mundo, desde que atendidos os requisitos essenciais nele determinados.

Consoante o Artigo 3º do Provimento nº 100 (Brasil, 2020), são requisitos da prática do ato notarial eletrônico: a videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico; a concordância expressa pelas partes, com os termos do ato notarial eletrônico; a assinatura digital pelas partes, exclusivamente por meio da plataforma do e-Notariado; a assinatura do tabelião de notas com a utilização de certificado digital ICP-Brasil e o uso de formatos de documentos de longa duração com assinatura digital.

Logo se vê que é um meio seguro, já que as exigências normativas englobam todos os requisitos de assinatura e de manifestação clara de vontade das partes perante o Tabelião, da mesma forma que atos presenciais.

O Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal mantém um registro nacional único dos Certificados Digitais Notarizados e de biometria das partes que participam dos atos notariais eletrônicos lavrados nas Serventias Extrajudiciais por meio da plataforma do “E-notariado”.

Ficou instituído, deste modo, o Sistema de Atos Notariais Eletrônicos, E-Notariado, disponibilizado na internet pelo Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, que é uma plataforma digital dotada da infraestrutura tecnológica segura e necessária à atuação notarial eletrônica, sem ônus ou despesas para o Conselho Nacional de Justiça e demais órgãos ou entidades do Poder Público, e sem custo adicional às partes.

Os objetivos do sistema são: interligar os notários, permitindo a prática de atos notariais eletrônicos, o intercâmbio de documentos e o tráfego de informações e de dados; aprimorar

tecnologias e processos para viabilizar o serviço notarial em meio eletrônico; implantar, em âmbito nacional, um sistema padronizado de elaboração de atos notariais eletrônicos, possibilitando a solicitação de atos, certidões e a realização de convênios com interessados, além de implantar a Matrícula Notarial Eletrônica – MNE.

A instituição da Matrícula Notarial Eletrônica – MNE, que serve como chave de identificação individualizada, facilita a unicidade e a rastreabilidade da operação eletrônica praticada. O número da Matrícula Notarial Eletrônica integra o ato notarial eletrônico, devendo ser indicado em todas as cópias expedidas.

O E-Notariado deve oferecer acesso aos dados e às informações constantes de sua base de dados para o juízo competente responsável pela fiscalização da atividade extrajudicial, para as Corregedorias dos Estados e do Distrito Federal e para a Corregedoria Nacional de Justiça. O sistema contará com módulo de fiscalização e geração de relatórios (correição on-line), para efeito de contínuo acompanhamento, controle e fiscalização, da mesma forma que são fiscalizados os atos presenciais.

Para a assinatura de atos notariais eletrônicos, é imprescindível a realização de videoconferência notarial para captação do consentimento das partes sobre os termos do ato jurídico, além da utilização da assinatura digital das partes e do Tabelião por meio do certificado digital. Estas exigências tornam a plataforma um local seguro.

O notário fornecerá, gratuitamente, aos usuários do serviço notarial, certificado digital notarizado, para uso exclusivo e por tempo determinado, na plataforma do E-Notariado e demais plataformas autorizadas pelo Colégio Notarial Brasil – Conselho Federal. Importante salientar que, devido ao fato de este serviço de certificação ser gratuito, promove-se, assim, maior acessibilidade e adesão ao uso da plataforma (artigo 9º, § 4º, Provimento nº 100).

Essa plataforma do E-Notariado estará disponível 24 horas por dia, ininterruptamente, ressalvados os períodos de manutenção do sistema, deixando à disposição da população diversos atos e informações, sem intervalo, no melhor momento para as partes.

A impressão de cada ato notarial eletrônico conterá, em destaque, a chave de acesso e QR Code para fácil e rápida consulta e verificação da autenticidade do ato notarial na Internet (Art. 15, Provimento nº 100).

Os atos notariais eletrônicos reputam-se autênticos e detentores de fé pública, como previsto na legislação processual. Assim, eles produzirão todos os efeitos previstos no ordenamento jurídico quando observarem os requisitos necessários para a sua validade, estabelecidos em lei e neste provimento (Art. 16, Provimento nº 100).

Segundo o Artigo 6º do Provimento nº 100 do CNJ, a competência para a prática dos atos regulados, neste Provimento, é absoluta e observará a circunscrição territorial em que o tabelião recebeu sua delegação, nos termos do Art. 9º da Lei n. 8.935/1994.

Assim, ao tabelião de notas da circunscrição do imóvel ou do domicílio do adquirente compete, de forma remota e com exclusividade, lavrar as escrituras eletronicamente, por meio do E-Notariado. Quando houver um ou mais imóveis de diferentes circunscrições no mesmo ato

notarial, será competente para a prática de atos remotos o tabelião de quaisquer delas.

Esclarece-se que, estando o imóvel localizado no mesmo estado da federação do domicílio do adquirente, este poderá escolher qualquer tabelionato de notas da sua unidade federativa para a lavratura do ato.

Quando não envolver imóvel, caberá ao tabelião de notas da circunscrição do fato constatado ou, quando inaplicável este critério, ao tabelião do domicílio do requerente lavrar as atas notariais eletrônicas.

Para a lavratura de procuração pública eletrônica, a competência será do tabelião do domicílio do outorgante ou do local do imóvel (se for o caso de lavratura de procuração para alienar imóveis).

Na falta de comprovação do domicílio da pessoa física, será observado apenas o local do imóvel, podendo ser estabelecidos convênios com órgãos fiscais para que os notários identifiquem, de forma mais célere e segura, o domicílio das partes (Parágrafo único Art. 21, Provimento nº 100).

Outros atos eletrônicos poderão ser praticados com a utilização do sistema E-Notariado, observando-se as disposições gerais deste provimento. Assim, não se trata de um rol definitivo, mas sim de um rol passível de ampliação. Ademais, o Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal manterá o cadastro de todos os tabeliões de notas e pessoas com atribuição notarial em todo o território nacional que estão habilitados para a prática desses atos.

Os notários ficam obrigados a remeter ao Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, por sua Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados – CENSEC, os dados essenciais dos atos praticados que compõem o índice único, em periodicidade não superior a quinze dias.

A autenticidade dos atos notariais eletrônicos, que podem também ser híbridos (com uma das partes presencial e outra à distância), pode ser conferida pela internet por meio do E-Notariado e tais atos constituem instrumentos públicos para todos os efeitos legais perante instituições financeiras, registros públicos, juntas comerciais e DETRANS.

Importante ressaltar que os dados das partes poderão ser compartilhados somente entre notários e, exclusivamente para a prática de atos notariais, em estrito cumprimento à Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

Por fim, para maior segurança e garantia, o ato notarial eletrônico deverá ser lavrado com a indicação do selo eletrônico ou físico exigido pelas normas estaduais ou distrital. E serão considerados nulos os atos eletrônicos lavrados em desconformidade com esta exigência.

A questão da segurança tecnológica é uma realidade na plataforma do e-Notariado, visto que a tecnologia empregada é a “blockchain”, a qual é denominada, no escopo da atividade notarial, como “notarchain”. Quanto a isso, Renata Cortez Vieira Peixoto (2022) assegura que:

A notarchain funciona como uma base de dados distribuídos que guarda um registro de transações permanentes e a prova de violação, de modo que “o e-notariado é considerando um dos marcos da utilização dos meios informatizados pelos cartórios, visto que se adaptou a uma tecnologia de ponta e também bastante complexa (blockchain)” (Cyrino; Gomes, 2020). A tecnologia blockchain foi

então incorporada à atividade notarial e registral, ao invés de substituí-la.

Diante disso, todo e qualquer ato notarial de divórcio, de inventário, de compra e venda e os demais atos notariais podem ser realizados à distância, com segurança, rapidez e sem burocracia, estejam as partes onde estiverem, em qualquer lugar do mundo, em horários diversos, com a mesma segurança e agilidade dos atos realizados presencialmente, facilitando o acesso à justiça pela população brasileira.

4 ANÁLISE DOS DADOS DAS SERVENTIAS EXRAJUDICIAIS NOS RELATÓRIOS “CARTÓRIO EM NÚMEROS”

A Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG/BR) criou um relatório intitulado “Cartório em Números”, que reúne informações sobre uma série de atos de cidadania e atos patrimoniais, incluindo dados relativos aos atos notariais eletrônicos praticados em determinado período pelos Cartórios de todo o Brasil.

Esse relatório conta, até o momento, com três edições, nos anos de 2019, 2020 e 2021. Ele consiste no principal instrumento de concentração de dados dos cartórios extrajudiciais no Brasil. Em um único documento ele concentra dados gerais relativos aos serviços de todas as atribuições (registro civil, notas, registro de imóveis, registro de títulos e documentos e tabelionato de protestos).

O relatório “Cartório em Números” reforça o fato de que os mais de 13 mil cartórios espalhados pelos municípios brasileiros oferecem serviços de excelência, sem custar nada aos cofres públicos. Ao contrário, as serventias extrajudiciais passam taxas para o Estado e beneficiam diversos cidadãos do país, que registram atos e fatos desde o nascimento até a morte, sendo verdadeiros “ófícios da cidadania”.

Em síntese, esses relatórios trazem dados estatísticos sobre a capilaridade, a credibilidade e a produtividade das Serventias Extrajudiciais. Eles ficam sob responsabilidade da Associação dos Notários e Registradores do Brasil (ANOREG), de forma semelhante aos relatórios “Justiça em Números”, produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

Como já foi dito, com a pandemia, em 2020, os Cartórios tiveram que se reinventar, ampliando as formas de atendimento à população com a utilização do meio eletrônico. Escrituras divórcio, inventário, doação, compra e venda e outras passaram a ser realizadas também por meio digital, utilizando-se a videoconferência. Desta forma, os números relativos aos atos eletrônicos apenas surgiram após 2020.

Até o presente momento, foram elaboradas três edições dos relatórios “Cartório em Números”, nos anos de 2019, 2020 e 2021. Desses, apenas as edições dos anos de 2020 e 2021 contemplam dados relativos aos atos eletrônicos feitos pela plataforma do E-notariado, visto que o Provimento nº 100 do CNJ apenas foi implementado no ano de 2020. Assim, apenas as duas

últimas edições serão objeto de análise nesse estudo:

4.1 RELATÓRIO “CARTÓRIO EM NÚMEROS” DE 2020 E DE 2021

Inicialmente, cumpre observar que o Provimento nº 100 do CNJ foi publicado em maio de 2020, assim os dados aqui destacados se referem a atos notariais eletrônicos lavrados de maio a dezembro de 2020. Ressalta-se que, por ser novidade, e gerar desconfiança, os números foram começando de forma branda e crescendo gradativamente.

Foram lavrados 17,2 mil atos notariais eletrônicos via plataforma E-Notariado no ano de 2020. Destes, foram: 11,6 mil escrituras; 4,5 mil procurações; 1.000 documentos particulares e 400 mil cadastros.

A mudança de números foi extremamente significativa, pois até novembro de 2021, foram lavrados 184 mil Atos Notariais Eletrônicos. Dentre eles: 140,6 mil escrituras; 44,1 mil procurações e 2,5 mil Autoridades Notariais cadastradas. Ademais, foram emitidos 172,8 mil Certificados Notarizados; 53,5 milhões de CPF cadastrados; 248 mil validações de perfis pelo denatran e 61,3 mil certidões foram emitidas.

Em suma, a relação entre os anos de 2020 e 2021 é a seguinte: em julho de 2020, eram pouco mais de 2 mil atos lavrados e, em novembro de 2021, foram mais de 20 mil atos lavrados.

Percebe-se, diante dos números apresentados, que a quantidade de atos lavrados em 2021 foi dez vezes maior que a quantidade de atos lavrados no ano de 2020. Este número aumenta a cada dia, demonstrando que, mais que uma tendência ocasionada por uma circunstância atípica que foi a Covid-19, este é um caminho sem volta.

A facilidade que se criou, com a introdução do Provimento nº 100 do CNJ, no âmbito das serventias extrajudiciais, de os interessados poderem assinar os atos por videoconferência, em diversos horários, e por meio do próprio celular, com celeridade, segurança e eficiência, demonstrou ser uma experiência de sucesso, e hoje faz parte do cotidiano da população brasileira, de forma crescente e definitiva.

Observa-se que não há, na norma, qualquer referência à temporariedade do Provimento nº 100, isso leva à conclusão de que não foi uma norma temporária, apenas para suprir uma necessidade durante a fase crítica da pandemia, mas uma experiência a ser adotada no momento pós-pandêmico.

Em meio a uma vida agitada e globalizada da população, em que o tempo tem um enorme valor, o Provimento nº 100/2020 do CNJ veio ao encontro dos anseios dessas pessoas que precisam utilizar desses serviços e ver concluídos seus negócios jurídicos com uma celeridade cada vez maior.

Pelos números analisados nos relatórios “cartório em números” da ANOREG (2020), no período posterior à publicação do provimento 100/2020 do CNJ, percebe-se que o aumento foi gigantesco, em um curto período de tempo e continua crescendo a cada dia, de forma a auxiliar a população no acesso à justiça pela via extrajudicial, de forma digital, e, por consequência, tem

diminuído essa demanda na via judicial.

CONCLUSÃO

As serventias extrajudiciais adotaram, de forma efetiva, o modelo digital. Os atos notariais eletrônicos permitem o acesso à justiça de forma célere e segura, garantindo, assim, a cidadania e a promoção da desjudicialização. Destacam-se aqui atos como divórcios e inventários que podem ser lavrados de qualquer parte do mundo, até mesmo pelos celulares.

Utilizando-se de tecnologia avançada, com procedimentos descomplicados, os cartórios celebram negócios jurídicos e acordos dotados de fé-pública, de forma rápida, segura e econômica, por meio de videoconferência, com uso de certificados digitais.

O Provimento nº 100/2020 do CNJ abriu as portas para um novo cenário nos cartórios extrajudiciais, na medida em que permitiu a criação da plataforma do E-notariado, facilitando sobremaneira a vida dos advogados, profissionais do direito, mercado imobiliário e usuários dos serviços, além de fomentar o acesso à justiça de forma simplificada, em um período em que diversos obstáculos foram criados em face da pandemia do Covid-19.

O que se pode observar, nesta pesquisa, pelos dados coletados, é que este foi um projeto bem-sucedido, que agregou e facilitou a lavratura de atos notariais. Este novo formato que se desenhou, muito em virtude de uma necessidade momentânea, veio para ficar e cresce a cada dia. É um verdadeiro caminho sem volta no âmbito dos Cartórios.

A atividade notarial viveu, nos últimos dois anos e meio, um momento de transição, motivada pelos efeitos negativos da pandemia, e se viu obrigada a reagir de forma positiva, absorvendo boa parte dos serviços que estavam parados nos balcões. A publicação do Provimento nº 100 do CNJ veio de encontro com essa necessidade de ampliação de meios de acesso à justiça, a fim de promover a facilitação e modernização de atos notariais.

A vida moderna exige uma postura firme dos operadores do direito, dos órgãos do judiciário e dos órgãos do extrajudicial, no tocante à facilitação do acesso à justiça por veículos cada vez mais acessíveis, outrora inimagináveis, mas que hoje são uma realidade, com perspectiva de este rol crescer cada vez mais.

Por fim, importante salientar que o Provimento nº 100/2020 do CNJ é audacioso e revolucionário, que veio demarcar a utilização da tecnologia no âmbito nos serviços notariais, traduzindo em um grande avanço para facilitar a vida da população, onde quer que ela esteja, e utilizando um instrumento que cabe na “palma da mão”.

REFERÊNCIAS

AASP - ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. AASP e fundação arcadas divulgam pesquisa sobre prestação do serviço judiciário na pandemia. São Paulo: AASP,

set. 2020. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/aasp-e-fundacao-arcadas-divulgam-pesquisa-sobre-prestacao-do-servico-judiciario-na-pandemia/>. Acesso em: 4 dez. 2020.

ANOREG - ASSOCIAÇÃO DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartórios em números*. 2. ed. Brasília, DF: ANOREG/BR, 2020. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/11/Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2-edi%C3%A7%C3%A3o-2020.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2022.

ANOREG - ASSOCIAÇÃO DE NOTÁRIOS E REGISTRADORES DO BRASIL. *Cartórios em números*. 3. ed. Brasília, DF: ANOREG/BR, 2021. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2021/12/Anoreg_BR-Cart%C3%B3rios-em-N%C3%BAmeros-2021-3%C2%AA-Edi%C3%A7%C3%A3o-2020.pdf. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dPfigWLTIr4J:https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156&cd=12&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em: 22 nov. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Provimento nº 100 de 26 maio de 2020. Dispõe sobre a prática de atos notariais eletrônicos utilizando o sistema e-Notariado, cria a Matrícula Notarial Eletrônica-MNE e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3334>. Acesso em: 20 out. 2022.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GLOBAL ACCESS TO JUSTICE PROJECT. **Acesso à justiça: uma nova pesquisa global**. 2020. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/?lang=pt-br>. Acesso em: 10 out. 2022.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. 2. ed. Editora Juspodivm: Salvador, 2021.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A conciliação extrajudicial no quadro participativo. In: **GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 282-307

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. As novas tecnologias e a atividade notarial e registral no Brasil. **Inovação & Humanidades**, Palmas, v. 9, n. 19, set. 2022. Disponível em: <https://revista.inovacaoehumanidades.com.br/index.php/revista>

unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/7844. Acesso em: 10 jan. 2023.

SCHMIDT, Flávia; MELLO, Janine; CAVALCANTE, Pedro. **Nota técnica**: estratégias de coordenação governamental na crise da covid-19. Brasília, DF: Ipea. 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9828/1/NT_32_Diest_Estrat%c3%a9gias%20de%20coordena%c3%a7%c3%a3o%20governamental%20na%20crise%20da%20Covid_19.pdf. Acesso em: 2 dez. 2022.

SILVA, Plácido. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa, conceito atualizado de acesso à justiça**: processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**: Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover. São Paulo: DPJ Ed, 2005.

WHO - WORLD HEALTH ORGANIZATION. **WHO Coronavírus (COVID-19) – Dashboard**. Pesquisa por país, território ou área. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 4 dez. 2020.

Recebido em: 09/01/2023

Aceito em: 24/08/2023

A APLICAÇÃO DO DIREITO FRENTE AO AMPARO ASSISTENCIAL AO ESTRANGEIRO RESIDENTE NO BRASIL

LAW'S APPLICATION REGARDING SOCIAL ASSISTANCE FOR FOREIGNERS WITH FIXED RESIDENCE IN BRAZIL

Matheus de Moura Souza*
Raul Lopes de Araújo Neto**

*Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade Ademar Rosado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí. E-mail: mdemouraesouza@gmail.com

**Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor e Coordenador Adjunto do programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Piauí. Líder e Coordenador do grupo de pesquisa “O Estado: na efetividade dos direitos da Seguridade Social” da Universidade Federal do Piauí. Pesquisador convidado do programa “Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social” da Facultad de Derecho da Universidad de Salamanca - Espanha. Professor convidado dos cursos de pós-graduação em Direito da Escola Superior da Advocacia do Piauí, da Escola Superior da Magistratura do Estado do Piauí e da Fundação Escola do Ministério Públco do Estado do Mato Grosso. Membro da Academia Piauiense de Letras Jurídicas - Cadeira 23. Membro do conselho editorial e do corpo de avaliadores de diversas revistas especializadas. Membro da Assessoria Fiscal da INCUBA - Incubadora de Empresas de Base Tecnológica da UFPI. Membro da Comissão Permanente de Ética e Disciplina da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PI. Ex-Conselheiro Titular da 20ª Junta de Recursos da Previdência Social em Teresina-PI e Ex-diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Piauí. E-mail: raullopess@ufpi.edu.br

Como citar: SOUZA, Matheus de Moura; ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. A aplicação do direito frente ao amparo assistencial ao estrangeiro residente no Brasil. **Revista do Direito Públco**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 259, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.47313>

Resumo: A Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS regulamenta o benefício assistencial de prestação continuada (BPC), previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No artigo primeiro da LOAS, destaca-se a assistência social como “direito do cidadão”. Desta forma, considerando o conceito restritivo de cidadania e seus requisitos, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) indeferia os pedidos de concessão de benefícios assistenciais aos estrangeiros com residência fixa no país, com a justificativa de que o BPC é garantido apenas a cidadãos brasileiros. Assim, a metodologia do trabalho parte de uma propósito descritivo e qualitativo e por meio de um raciocínio lógico hipotético-dedutivo demonstrar que, contemplando os ditames do Estado Democrático de Direito, há uma interpretação do texto legal compatível com a Constituição, a partir da concepção de Ronald Dworkin de Direito como integridade na jurisdição constitucional, de modo que se possibilite o recebimento desse benefício pelo estrangeiro residente no Brasil.

Palavras-chave: assistência social; benefício assistencial; estrangeiro.

Abstract: The Organic Law of Social Assistance - LOAS regulates the assistance benefit of continuous provision (BPC), provided for in article 203, item V, of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil. In the first article of this law, social assistance is highlighted as a “citizen’s right”. In

this way, considering the restrictive concept of citizenship and its requirements, the National Institute of Social Security (INSS) rejected requests for the granting of assistance benefits to foreigners with permanent residence in the country, with the justification that the BPC is guaranteed only to Brazilian citizens. Thus, the methodology of the work starts from a descriptive and qualitative purpose and with a logical hypothetical-deductive reasoning demonstrates that, contemplating the dictates of the Democratic State of Law, there is an interpretation of the legal text compatible with the Constitution, from the conception of Ronald Dworkin of Law as integrity in the constitutional jurisdiction, so that it is possible to receive this benefit by the foreigner residing in Brazil.

Keywords: social assistance; financial support; foreigner.

INTRODUÇÃO

Segundo a Defensoria Pública da União, o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) vinha indeferindo os pedidos de concessão de benefícios assistenciais ao estrangeiro com residência fixa no país, com a justificativa de que eles eram garantidos apenas a cidadãos brasileiros. Este entendimento se baseava na regulamentação dada pela Lei 8.742/1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), acerca do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Além disso, o INSS alegava a inexistência de tratados internacionais que garantam a reciprocidade de pagamento de benefício assistencial a brasileiros residentes no exterior ou que assegurem o reembolso anual do que vier a ser gasto pelo Estado brasileiro.

De antemão ressalta-se que o BPC consiste no amparo assistencial garantido pela Constituição, em seu artigo 203, inciso V, tanto ao idoso quanto ao portador de deficiência carente, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência, ou de tê-la mantida por sua família, de acordo com o disposto em lei.

Neste contexto, emerge um relevante objeto de discussão, uma vez que alguns estrangeiros aqui domiciliados se encontram assistencialmente desemparados, configurando-se um panorama incoerente com a vertente axiológica basilar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Cumpre destacar que, desde maio de 2017, há uma nova Lei de Migração, substituindo o Estatuto do Estrangeiro (1980), o qual foi elaborado ainda na Ditadura Militar (1965-1985), quando, em cenário de Guerra Fria, se via o estrangeiro como potencial ameaça. Portanto, a nova lei atesta a tentativa do Estado brasileiro de adaptação ao quadro global de intensificação das relações internacionais e das correntes migratórias.

Frisa-se ainda que a Constituição de 1988, imbuída pelos movimentos pós-modernos, sobretudo pelo esforço de redemocratização nacional, traz a Seguridade Social como rede protetiva estatal mantenedora de direitos sociais considerados mínimos. Logo, alicerçando-se em ideais de justiça e bem-estar social, despertou-se um novo ideal de segurança jurídica, em que o sujeito de direitos é especialmente o escopo.

Contudo, a controvérsia surge exatamente na definição do sujeito detentor deste direito, no caso, a assistência social. De início, o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, lastreado pelo inciso I do art. 194 da CRFB/1988, garante amparo em situações de riscos e às pessoas em si, onde todas as pessoas, indistintamente, estarão investidas de direito público subjetivo constitucional à seguridade social.

Em contrapartida, o inciso III do referido artigo preceitua a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, transferindo ao legislador a prioridade na outorga das prestações, vez que a constituição já determinou os riscos sociais necessitados de atenção. Deste modo, entende-se que a lei pautará as demandas possíveis de serem atendidas.

A nacionalidade é pressuposto da cidadania, porquanto apenas titular de nacionalidade brasileira pode ser cidadão. Logo, pela ênfase do legislador ao regulamentar o mencionado direito como pertencente do cidadão, deu-se margem, neste âmbito, às negativas do INSS. Dessa forma,

considerando o conceito doutrinário de cidadania e seus requisitos, será abordado neste trabalho a possibilidade de concessão do Benefício de Prestação Continuada ao estrangeiro residente no Brasil.

Objetiva-se, portanto, demonstrar que, contemplando os ditames do Estado Democrático de Direito, há uma interpretação do texto legal compatível com a Constituição. Para isso, promove-se uma reflexão a partir da concepção de Ronald Dworkin de Direito como integridade na jurisdição constitucional, de modo que se possibilite o recebimento desse benefício pelo estrangeiro residente no Brasil.

Inicialmente, serão apresentados os princípios norteadores da Lei Maior, inclusive aqueles relacionados à Seguridade Social que também influenciam a Assistência Social. Na sequência o estudo apresentará uma nova percepção sobre a Constituição e sua influência na aplicação do Direito, com base em um estudo analítico-reflexivo da doutrina e da tese de repercussão geral firmada por unanimidade pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário 587970/SP.

1 A SEGURIDADE SOCIAL

Observando a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, verifica-se que o sistema atual da seguridade social brasileiro está previsto no Capítulo II, do Título VIII, que trata da Ordem Social. Essa posição sugere como base o trabalho, e como desígnios o bem-estar e a justiça social. Além disso, a definição de seguridade social está prevista no art. 194 da Carta Magna, que a descreve como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A Lei Maior traz consigo uma gama de princípios que atuam como diretrizes fundamentais ou básicas, norteadoras da criação e da aplicação do Direito, auxiliando na sua feitura, integração e interpretação. Ou seja, são preceitos que consubstanciam premissas elementares da nova ordem jurídica.

Entre os princípios gerais, Fábio Ibrahim (2019, p. 61-77) destaca, no âmbito da seguridade social, os da igualdade e da legalidade. Primeiramente, ressalta que se refere à igualdade material, em que os iguais são tratados de modo igual e os desiguais de modo desigual, dentro dos limites da sua desigualdade. Seu fundamento legal está no art. 5º, inciso I da CRFB/88. Em seguida, o doutrinador pontua o princípio da legalidade, que se fundamenta no inciso II do art. 5º da Carta Constitucional, o qual garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Portanto, qualquer nova obrigação no âmbito da seguridade social “poderá somente ser feita por meio de lei em sentido formal, isto é, aprovada pelo Congresso Nacional ou, excepcionalmente, por medida provisória”.

No tocante aos princípios próprios, a Constituição, ainda no art. 194, parágrafo único,

estabelece a competência do Poder Público de, nos termos da lei, organizar a seguridade social, baseado em objetivos. Conforme pontua Horvath Júnior (2012, p. 83), a doutrina é unânime em considerar tais objetivos como princípios aplicáveis a todas as relações jurídicas englobadas pelo sistema de seguridade social.

Consoante Ibrahim (2019, p. 61-77), o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, CRFB/88) estabelece que qualquer pessoa está sujeita à proteção social patrocinada pelo Estado. Contudo, Ivan Kertzman (2006, p. 4) pontua que a saúde e a assistência social estão disponíveis para quem delas necessitar; diferentemente da previdência social, vez que ela configura um regime contributivo de filiação obrigatória para aqueles que exercem atividade remunerada. No tocante à universalidade da cobertura, Kertzman enfatiza que tal princípio é aplicável a todos os ramos da seguridade social, porquanto a proteção da seguridade deve englobar todos os riscos sociais.

Portanto, depreende-se que o princípio da universalidade não procede isoladamente, implicando-se demais preceitos, como a seletividade e distributividade na proteção de benefícios e serviços (art. 194, parágrafo único, III, CRFB/88). Segundo Wagner Balera (2010, p. 110), a seletividade implica na escolha dos benefícios e serviços a serem fornecidos pela seguridade social, enquanto a distributividade orienta a atuação do sistema protetivo para quem mais necessitar, definindo o grau de proteção, conforme situações enquadradas em lei.

A solidariedade, por seu turno, é também um princípio securitário de grande importância, sobretudo na previdência social, fundamentado art. 3º, inciso I, da CRFB/88. Conforme Miguel Horvath Junior. (2012, p. 87), a solidariedade pressupõe a ação cooperativa da sociedade, apresentando-se, desta forma, como requisito essencial para a concretização do bem-estar social, e, consequentemente, para a redução das desigualdades sociais.

Nesse ponto, Fábio Ibrahim (2019, p. 68) apresenta a “regra da contrapartida” como limitadora do princípio da solidariedade, presente no art. 195, §5º da CRFB/88, o qual preceitua que “[...] nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total [...]”, pois, caso contrário, a prestação concedida será necessariamente inconstitucional.

2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social está prevista no artigo 203 da Constituição Federal de 1988, a qual define que a assistência será prestada a quem dela necessitar, sendo dispensada qualquer contribuição e tem por objetivo: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-

la provida por sua família, conforme dispuser a lei e a redução da vulnerabilidade socioeconômica de famílias em situação de pobreza ou de extrema pobreza.

Segundo Raul Lopes Araújo Neto (2022, p. 30), por força do artigo 194 da Constituição Federal de 1988, a assistência social encontra-se organicamente articulada à saúde e à previdência social para formar o sistema de seguridade social. Esta, por sua vez, revela-se, a partir da própria organização do texto constitucional, como a mais importante dimensão daquilo que o constituinte determinou ordem social, não definida no texto, mas identificada no art. 193 a partir de seus fundamentos: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça distributiva”.

Flávio Roberto Batista (2018, p. 28) destaca que “[...] decorre daí que a assistência social, como parte integrante da seguridade social e, por conseguinte, da ordem social, também deve, observar a determinação de que tenha por base o primado do trabalho [...].” Essa informação é bastante construtiva, já que o destinatário mais corriqueiro da assistência social é justamente aquele que esteja por qualquer motivo impossibilitado de trabalhar, ou de qualquer modo excluído do mercado de trabalho.

Segundo Ana Paul Raeffray (2011, p. 68), “[...] a assistência social limita-se a promover o mínimo necessário para o afastamento do risco social, diante do fato de que é oferecida a todos que dela necessitam, sem que se exija nenhuma espécie de contribuição, fundada que está no princípio da solidariedade [...]”.

Conforme já explicitado anteriormente, o INSS vinha indeferindo os pedidos de concessão de benefícios assistenciais a estrangeiro com residência fixa no país, fundamentado na justificativa de que eles eram garantidos apenas a cidadãos brasileiros. Este entendimento se baseia no artigo primeiro da Lei nº 8.742/93, o qual prescreve a assistência social como “direito do cidadão”.

Nesse caso, o termo “cidadão” é compreendido como quem exerce direitos políticos (direito de votar e ser votado), empreendendo um vínculo político subordinado aos nacionais. Nesse sentido, José Afonso da Silva (2013, p. 347) explica que a cidadania se adquire com a obtenção da qualidade de eleitor, que documentalmente se manifesta na posse do *título de eleitor* válido. O *eleitor* é cidadão, titular de cidadania, embora nem sempre possa exercer todos os direitos políticos. É que o gozo integral destes depende do preenchimento de condições que só gradativamente se incorporam no cidadão. Não nos parece que isso importe em graus de cidadania política. Esta é atributo jurídico-político que o nacional obtém desde o momento em que se torna eleitor.

De acordo com Carlos Gustavo Moimaz Marques (2012, p. 10), assentado nesse entendimento mais restritivo de “cidadão” como brasileiro nato ou naturalizado que o Decreto nº 1.744/1995 explicitou o impedimento ao estrangeiro de receber a prestação assistencial. Para o professor Diógenes Gasparini (2001, p. 114), “[...] é o ato administrativo normativo, editado, mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la”. Logo, ele é elaborado como complemento ao diploma legal, a fim de dar-lhe operacionalidade.

Posteriormente, o Decreto nº 6.214/2007, que revogou o Decreto nº 1.744/1995, manteve estabelecida a condição de brasileiro nato ou naturalizado que comprove domicílio e residência a fixa no país, para, deste modo, ter direito ao benefício assistencial.

Tem-se, então, um pretexto legalista no qual permeia, sobretudo, o princípio da seletividade e distributividade, uma vez que coube ao legislador escolher quem seriam os beneficiários e quais seriam as situações dignas de proteção. Como Tárrega e Gonçalves (2016) assinalam, os críticos à concessão aduzem que se opor a esta determinação legal equivaleria à vulnerabilidade da soberania do Estado, vez que se teria afrontado sua faculdade política de escolha, isto é, seu exercício do poder popular, o qual se materializa em escolhas políticas de ação e proteção.

De acordo com Luiz Rogério Damasceno e Theresa Rachel Correia (2016, p. 279), esse entendimento de limitação dos direitos sociais dos estrangeiros encontra guarida no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992), cujo artigo 2º, item 3 prevê que os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Além disso, Tárrega e Gonçalves (2016, p. 90) destacam a Convenção n. 102, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, relativa à fixação de normas mínimas de Seguridade Social para todos os países. A convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 269/2008 e utilizada como fundamento pelos opositores da proteção assistencial em questão.

Esses instrumentos internacionais, incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, resguardam o tratamento diferenciado entre nacionais e estrangeiros, revelando, por conseguinte, um lado da proteção ao estrangeiro em âmbito jurídico internacional. Soma-se ainda a ausência de acordos de reciprocidade entre o Brasil e outros Estados, de modo que se garanta a extensão da proteção assistencial ao brasileiro ou estrangeiro em outro território.

A impossibilidade de concessão do benefício de prestação continuada aos estrangeiros se fundamenta também no custo estatal dos direitos sociais. Como Maria Cristina Tárrega e Daniel Gonçalves (2016, p. 91-93) explicam, há um ideal de que a interdependência entre os Estados, ou seja, os acordos de reciprocidade são importantes, porque, em um contexto internacional, deve-se estabelecer um encargo a toda comunidade internacional, a fim de manter um equilíbrio atuarial e financeiro. Destarte, garante-se a viabilidade da execução dessa assistência, de modo que não se desvirtue o princípio básico da seguridade social, o da solidariedade (Brasil, 1988, art. 3º, inciso III).

Além isso, observa-se que o próprio constituinte estabeleceu um comando limitador, a regra da contrapartida, asseverando, assim, que a seguridade social não pode se dissociar do custo financeiro. Nesta senda, Wagner Balera (2010, p. 94) adverte que ninguém poderia supor que o ordenamento jurídico autorizasse o descompasso entre metas a serem atingidas e recursos disponíveis. Tal anomalia acabaria desnaturalizando o modelo que, mesmo em trânsito para fora superior da seguridade, não se pode furtar-se à estreita conotação que deve existir entre receita e

despesa, elementar para que qualquer seguro seja seguir.

Desta forma, cumpre analisar a viabilidade deste acréscimo de salvaguarda dos estrangeiros na extensa agenda de direitos sociais da República Federativa do Brasil, vez que o equacionamento de custos de seguridade de cada Estado-nação é um debate iminente. Isto posto, fomentou-se a discussão sobre a concessão do benefício assistencial aos estrangeiros residentes do Brasil, originando-se, nesse seguimento, vários novos litígios judiciais.

3 INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em 20 de abril de 2017, em decisão unânime, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que a condição de estrangeiro residente no Brasil não configura óbice para o recebimento do Benefício de Prestação Continuada. O Plenário negou provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 587970, em que o INSS questionava decisão da Primeira Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3^a Região, o qual o condenou à concessão de um salário-mínimo, conforme art. 203, inciso V, da CRFB/88, a uma italiana residente no país há 57 anos à época.

Esse entendimento deve ser aplicado pelas demais instâncias do Poder Judiciário, uma vez que o recurso extraordinário tem repercussão geral reconhecida. A tese de repercussão geral firmada é: “Os estrangeiros residentes no país são beneficiários da assistência social prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, uma vez atendidos os requisitos constitucionais e legais”.

Primeiramente, cumpre delimitar o que o ordenamento jurídico pátrio considera como “estrangeiro residente no país”. O ministro Luiz Fux no julgamento do RE 587970 ressaltou a minuciosa averiguação que procede a concessão dos vistos que permitem a residência regular no Brasil, vez que o estrangeiro deve comprovar suas condições de subsistência e moradia neste território, além de demonstrar que não é nocivo aos interesses da nação. Portanto, o ministro concluiu que esta demanda se cinge a estrangeiros que regularmente ingressaram em território nacional na categoria de visto especificada em lei que permita o estabelecimento de residência (vistos temporário, permanente, oficial ou diplomático) e estejam devidamente registrados perante as autoridades competentes.

Desta forma, constata-se que o impacto orçamentário a ser causado tende a não ser numericamente relevante, tendo em vista o filtro realizado ao se conceder vistos, que acaba reduzindo a probabilidade de que sejam admitidos estrangeiros em risco social elevado. Afinal, os não nacionais que migram para o Brasil em situação irregular permanecem inabilitados para receber os benefícios assistenciais, já que não se inserem nos ditames da categoria em questão. Nessa esteira, não mais prospera o argumento de que o caráter dessa decisão do Plenário incentivaria os estrangeiros de países vizinhos a migrar para o território brasileiro, em busca dos benefícios de

assistência social.

Além disso, nessa celeuma jurídica, todos os ministros da Suprema Corte ressaltaram a necessidade da preponderância da leitura constitucional, respaldada na força normativa da Lei Fundamental. De acordo com Luís Roberto Barroso (2015, p. 335), essa primazia decorre de um processo histórico de ascensão científica e institucional da Constituição, desprendendo-a de um enfoque restritamente político e da subordinação ao legislador infraconstitucional. Portanto, essa posição proeminente condiciona a validade e o sentido de todo o ordenamento jurídico, porquanto a Carta Magna seja unidade e harmonia. Assim, os atos do Poder Público em geral possuem uma presunção de constitucionalidade, baseada na legitimidade democrática dos agentes públicos eleitos, e, por conseguinte, alicerçada na independência e harmonia de todos os Poderes.

De fato, a atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, por sua vez, tanto normativa como concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. Para Barroso (2015, p. 335) o Poder Judiciário, portanto, não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final.

Assim, em um estado constitucional de direito, o autor entende que os três Poderes interpretam a Constituição. Ressalte-se, contudo, que o princípio da interpretação conforme a Constituição, impele juízes e tribunais a interpretarem a legislação infraconstitucional de maneira a concretizar, de modo mais adequado, os valores e fins constitucionais.

Barroso (2015, p. 337) defende que, como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserva a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, *infirma* uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e *afirma* outra, que compatibiliza a norma com a Constituição. Trata-se de uma atuação “corretiva”, que importa na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto.

Destarte, a interpretação em conformidade com Lei Maior se mostra pertinente, tendo em vista que o litígio em debate versa justamente sobre uma divergência semântica do texto da lei, vez que a amplitude do benefício assistencial, tal como regulamentado pela Lei 8.742/1993 e pelo Decreto nº 6.214/2007, é negada em razão da restrição do conceito de “cidadão”. Segundo os votos os eminentes ministros do STF, esse reducionismo afronta diretamente a força normativa da Constituição, seja por uma interpretação sistemática ou teleológica.

Nesse aspecto, o filósofo estadunidense Ronald Dworkin defende que a melhor interpretação geral do Direito é promovida a partir da acepção de Direito como integridade, vez que o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que,

por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. (Dworkin, 2007, p. 248).

O autor ainda pontua que a integridade consiste na existência de valores e princípios adotados por uma comunidade política, pautados nos critérios de justiça, equidade e do devido processo legal adjetivo, os quais devem ser levados em consideração pelas decisões judiciais, de maneira que torne o Direito um conjunto coerente de direitos e deveres. Tal compreensão, segundo o filósofo, favorece a ambição de ser uma “comunidade de princípios”, a qual aceita a integridade como virtude política.

Nesta senda, o professor norte-americano enfatiza a integridade na aplicação do Direito, baseando-se na ideia de “romance em cadeia”. Trata-se de um empreendimento coletivo, em que o magistrado figura como autor e crítico, já que ele, tal qual um romancista, redige um capítulo de uma obra já iniciada. Portanto, deve-se preocupar com a conexão do seu capítulo com o que já fora escrito e, concomitantemente, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade. Ademais, Dworkin (2007, p. 287) destaca que assim como, num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso por outro.

Para explicar essa complexa estrutura da interpretação jurídica, Ronald Dworkin adota a alegoria do “juiz Hércules”, um ser imaginário de capacidade e paciência sobre-humanas, além de criterioso e metódico, que aceita o direito como integridade. Consoante Caroline Ferri (2018, p. 1) observa, ele deve colocar a sua interpretação à prova, balizando se esta é suficiente para justificar as estruturas e decisões políticas anteriores de sua comunidade. Justifica-se, então, o nome de “Hércules”: “nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor”. Entretanto, o próprio filósofo afirma que um juiz verdadeiro só pode imitar Hércules até certo ponto.

Acerca disso, Wayne Morrison (2006, p. 509) interpreta que o magistrado, investido do poder hercúleo, analisa o litígio não só pelo regramento estabelecido, mas também sob (e por meio) do manto constitucional, de modo que se estabeleça sua convicção. Morrison, então, conjectura que o juiz Hércules é o juiz ideal, cujo intuito é manejar teorias políticas que sirvam de justificativas para o conjunto de regras constitucionais relevantes ao problema. Morrison também entende que “se duas ou mais teorias se ajustarem, mas apresentarem resultados antagônicos para o caso -, Hércules deve se voltar para o conjunto remanescente de regras, práticas e princípios constitucionais para criar uma teoria política para a Constituição como um todo”. Sobressairá a

teoria que represente as regras constitucionais como um conjunto unificado e coeso.

Consoante o filósofo discorre, a Constituição é o fundamento para a criação de outras leis, o que suscita do juiz Hércules uma interpretação fundamental que contemple a Carta Magna como um todo, ajustando-se às disposições basilares do poder político da comunidade, de maneira que as justifique. Deste modo, Dworkin (2007, p. 474) conclui que os juristas são sempre filósofos, vez que a justificativa deve ser extraída dos aspectos mais filosóficos da teoria política. Ademais, o professor norte-americano pondera que Hércules não é um historicista, tampouco tem estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de “direito natural”. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas às guisa da teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão.

Então, pela leitura do Acórdão da Suprema Corte acerca do Recurso Extraordinário 587970 em análise, os ministros aproximaram-se do dever hercúleo ao assentar a prevalência da leitura constitucional impugnada pelo recorrente (INSS), de maneira que se efetivassem os objetivos, regras e princípios constitucionais, norteadores do ordenamento jurídico, firmando, assim, a força normativa da Constituição, e, por conseguinte, a integridade constitucional. Nesta senda, colaciono a seguinte observação do ministro relator Marco Aurélio:

Mesmo considerada a interpretação feita pelos outros Poderes da República, o intérprete último da Constituição é o Supremo. Cumpre ao Tribunal sopesar, com base nos preceitos do Diploma Maior, as concretizações efetuadas pelo legislador. Nessa relação de tensão entre a normatividade constitucional, a infraconstitucional e a facticidade inerente ao fenômeno jurídico, incumbe-lhe dar prioridade à tarefa de resguardar a integridade da Lei Fundamental. Sem esse controle, prevaleceria a interpretação do texto constitucional conforme a lei, a demonstrar abandono da rigidez própria àquela.

Destarte, é necessário asseverar os preceitos basilares que guiarão de que modo deve ser percebida a cláusula constitucional de assistência social, e, consequentemente, a Lei Orgânica da Assistência Social. Segundo Eros Grau (2002, p. 44), “[...] a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição”. Para ele, um texto de direito desprendido do sistema jurídico não expressa significado algum.

Neste sentido, Tárrega e Gonçalves (2016, p. 88) ressaltam que, de acordo com os apologistas da concessão do BPC, “[...] a restrição trazida pelo Decreto n. 1.744/95, além de violar a Constituição da República, houve por desvirtuar *in totum* sua finalidade”, uma vez que esta regulamentação desrespeita os próprios direitos fundamentais, os quais atuam como ferramentas vinculantes da atividade legislativa, isto é, limites materiais no âmbito da atividade regulamentadora. Neste caso, a assistência social – cujo princípio condutor é o da universalidade – é desmerecido.

Quanto aos Decretos, estes não lhes cabem qualquer tipo de ampliação nem restrição do alcance da lei. O decreto regulamentador tem como limite a previsão legal. Naquilo que ultrapassar os limites da lei, o objeto de regulamentação é inválido. Caso o termo “cidadão” fosse utilizado em alusão ao brasileiro nato ou naturalizado em gozo dos direitos políticos, os menores de 16 anos de idade e os incapazes estariam excluídos da possibilidade de receber o benefício assistencial, circunstância que ultrapassaria os ditames legais.

Além disso, o tratamento isonômico entre estrangeiros residentes no país e nacionais quanto aos direitos e garantias fundamentais está resguardado pelo artigo 5º da Lei Maior, o que dispensa a exigência daqueles de serem naturalizados: “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”.

Consoante expôs o ministro Luiz Fux no RE 587970, soma-se a este argumento a interpretação literal do texto fundamental, da qual se averigua que, tanto no estabelecimento dos objetivos da seguridade social quanto nos princípios da assistência social, não há qualquer diferenciação entre estrangeiros e brasileiros. Percebe-se, como pontuou o ministro Marco Aurélio no RE 587970, que o constituinte é preciso quando pretendeu limitar eventual direito ou prerrogativa a brasileiro ou cidadão, como, por exemplo, os dispostos nos artigos 5º, inciso LXXXIII (“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular [...]”) e 87 (“os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos”), da CRFB/88 (Brasil, 1988).

O apoio ao não nacional pelo Estado brasileiro também está alçado, conforme Horvath Júnior (2012, p. 87), no princípio da solidariedade. Dessa forma, o acolhimento e assistência dos estrangeiros pelo Estado brasileiro pressupõe uma superação de um nacionalismo para, então, contemplar a presença e o papel do não nacional na comunidade. Sob esse prisma, o ministro relator Marco Aurélio no RE 587970 asseverou que a ideia maior de solidariedade social foi alçada à condição de princípio pela Lei Fundamental. Observem a ninguém ter sido oferecida a escolha de nascer nesta quadra e nesta sociedade, mas estamos todos unidos na construção de propósito comum. O estrangeiro residente no País, inserido na comunidade, participa do esforço mútuo. Esse laço de irmandade, fruto, para alguns, do fortuito e, para outros, do destino, faz-nos, de algum modo, responsáveis pelo bem de todos, inclusive daqueles que adotaram o Brasil como novo lar e fundaram seus alicerces pessoais e sociais nesta terra. Em verdade, ao lado dos povos indígenas, o País foi formado por imigrantes, em sua maioria europeus [e africanos], os quais fomentaram o desenvolvimento da nação e contribuíram sobremaneira para a criação e a consolidação da cultura brasileira. Incorporados foram a língua, a culinária, as tradições, os ritmos musicais, entre outros. Desde a criação da nação brasileira, a presença do estrangeiro [branco] no País foi incentivada e tolerada, não sendo coerente com a história estabelecer diferenciação tão somente pela nacionalidade, especialmente quando a dignidade está em cheque em momento de fragilidade do ser humano – idade avançada ou algum tipo de deficiência.

Nessa toada, o sociólogo jurídico Jürgen Habermas entende que somente uma cidadania

democrática, que não se restrinja a um sentido particularista, pode guiar para um “status de cidadão do mundo”. Assim, Habermas (1997, p. 304) explica que o direito democrático à autodeterminação inclui, sem dúvida alguma, o direito à preservação de uma cultura *política* própria, que forma um contexto concreto para os direitos dos cidadãos; porém ele não inclui o direito à autoafirmação de uma forma de vida *cultural* privilegiada. No quadro da constituição de um Estado democrático de direito, podem coexistir, em igualdade de direitos, variadas formas de vida. Elas devem, no entanto, entrelaçar-se no espaço de uma cultura política comum, a qual está aberta a impulsos oriundos de novas formas de vida.

Além disso, depreende-se que, a partir da concepção de integridade constitucional, o critério utilizado pela Lei Fundamental é o da territorialidade, e não o de nacionalidade. Logo, como vota o ministro Alexandre de Moraes no Recurso Extraordinário citado, é impertinente o questionamento quanto à existência de reciprocidade de igual cobertura assistencial por parte do Estado de origem do estrangeiro residente.

CONCLUSÃO

Na sociedade contemporânea, o dinamismo é fomentado pela globalização das tecnologias sociais, as quais impõem um ritmo que resvala na diferença temporal entre discurso falado e discurso escrito. Desse modo, põe-se em debate o papel do Direito, que pretende corresponder às expectativas e experiências da pós-modernidade, assim como também a sua eficiência. Urge, então, a necessidade de uma ciência jurídica que compreenda essa sociedade pós-moderna enérgica e plural.

Nesse sentido, demonstrou-se uma nova forma de conceber e ajustar o direito constitucional contemporâneo, em virtude de uma transformação no método de análise do texto constitucional e da sua influência no ordenamento jurídico. Essa transformação se resultou de uma revolução paradigmática profunda, marcada pelo constitucionalismo democrático do pós-guerra, desenvolvido em um âmbito filosófico pós-positivista, em que se frisava a força normativa da Constituição, a ampliação da jurisdição constitucional e uma nova hermenêutica.

Consequentemente, afetaram-se as premissas da interpretação convencional, inclusive quanto às possibilidades, às funções e aos limites da norma e do intérprete. O modelo restrito a regras e subsunção se mostrava insuficiente perante o processo civilizatório e os anseios daqueles que patrocinavam as causas da humanidade. Nesse diapasão, evidenciou-se a teoria do filósofo Ronald Dworkin, o qual apresenta, pela concepção de Direito como integridade, um modo de engendar a decisão judicial que contemple simultaneamente as questões da racionalidade do positivismo jurídico e da democracia, sem renunciar a um entendimento mais aberto da Constituição.

De acordo com Dworkin, a integridade consiste na existência de valores e princípios adotados por uma comunidade política, pautados nos critérios de justiça, equidade e do devido processo legal adjetivo, os quais devem ser levados em consideração pelas decisões judiciais,

tornando o Direito um conjunto coerente de direitos e deveres. Essa compreensão, segundo o filósofo, favorece a ambição de ser uma “comunidade de princípios”, a qual aceita a integridade como virtude política.

Além disso, conforme explana o filósofo, tendo em vista que a Constituição é a norma fundamental da qual erige outras leis, suscita-se do juiz uma habilidade hercúlea de interpretação que envolva a Carta Magna como um todo, ajustando-se às disposições basilares do poder político da comunidade, de modo que as justifique. Portanto, percebe-se que a resposta adequada e justa que se espera do Direito está calcada em premissas estabelecidas na Constituição da República e no Estado Democrático de Direito por ela legitimada.

Desse modo, os princípios e objetivos políticos possibilitam ao intérprete um exame coerente do Direito positivado, consoante à ideia de integridade. Por conseguinte, obtém-se uma aplicação do Direito preservada da discricionariedade, ou seja, garante-se a manutenção da “*autopoiesis* sistemática do direito”, resguardando a segurança jurídica.

Logo, o desate jurídico em debate, acerca da concessão do benefício de prestação continuada, conforme art. 203, V, da CRFB/88, aos estrangeiros residentes no país, não pode se submeter a uma interpretação reducionista, então sustentada pelo INSS. Considerando-se a necessidade de resguardar a integridade constitucional, é inadmissível a interpretação da Lei Maior à luz de uma lei infraconstitucional (a LOAS), no intuito de limitar o conceito de pessoa à acepção mais restritiva de cidadania, de maneira que se preterisse a proteção social dos não nacionais. Isso não só afronta à rigidez constitucional, como também a efetividade do caráter normativo do Diploma Maior, o qual precisa estar alicerçado no espírito da comunidade política.

Por seu turno, a Constituição da República preconiza preceitos relativos à erradicação da pobreza, à solidariedade social e à assistência aos desamparados (em caráter universal), garantindo, sobretudo, a igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no país. Ademais, destaca-se o compromisso assumido pelo Brasil por meio dos tratados internacionais de direitos humanos, em que se confirma a extensão da cobertura da assistência social, sem discriminação quanto à origem ou nacionalidade. Desse modo, por uma interpretação sistemática e teleológica da dicção do preceito constitucional do art. 203 da CRFB/88, infere-se seu alcance abrangente, o qual transcende o vínculo de nacionalidade.

Em suma, o termo “cidadão” no art. 1º da Lei Orgânica da Assistência Social deve ser compreendido como todo indivíduo integrado à sociedade, independentemente de serem nacionais e de exercerem direitos políticos. Preserva-se, assim, a essência do Estado Democrático de Direito, fundada no respeito à dignidade humana e na promoção da pluralidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO, Raul Lopes. **Teoria geral do direito previdenciário**. 2. ed. Teresina: Ediufpi. 2022.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BATISTA, Flávio Roberto. Uma contribuição ao estudo da assistência social à pessoa com deficiência: trabalho e eficiência no modo de produção capitalista. In: COSTA, José Ricardo Caetano; SERAU JÚNIOR, Marcos Aurélio. **Benefício assistencial**: teoria geral processo e custeio. São Paulo: LTr, 2018. p. 28-34.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 nov. 2018.

DAMASCENO, Luiz Rogério da Silva; CORREIA, Theresa Rachel Couto. Assistência social, direitos humanos e a concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao estrangeiro residente no país. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 36, n. 1, p. 273-293, 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/5874/4455>. Acesso em: 2 nov. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRI, Caroline Feliz Sarraf. Teoria da integridade: uma abordagem da sistematização de Ronald Dworkin. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 16, n. 111, 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13123. Acesso em: 13 nov. 2018.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Cidadania e identidade nacional. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 9. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 24. ed. Niterói: Impetus, 2019.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O direito do estrangeiro residente no país ao benefício assistencial de prestação continuada. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, Erechim, n. 12, 2012.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAEFFRAY, Ana Paula Oriola. **O bem-estar social e o direito de patentes nasegurade**

social. São Paulo: Conceito, 2011.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Concessão de benefício assistencial ao imigrante: uma análise crítica. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 32, n. 1, p. 81-104, 2016. Disponível em: <https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/12f83212fce118c529534812d708a46b.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2018.

Recebido em: 10/01/2023

Aceito em: 24/08/2023

DIATOPIC CONSTITUTIONALISM: OPENING TO GLOBAL CONSTITUTIONALISM

CONSTITUCIONALISMO DIATÓPICO: ABERTURA AO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Guilherme Camargo Massaú*

Como citar: MASSAÚ, Guilherme Camargo. Diatopic constitutionalism: opening to global constitutionalism. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 19, n. 1, p. 275, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.47470>

Abstract: The text aims at identifying the opening of a global constitutionalism education from evaluating fundaments of constitutional norms. At first, it was sought to establish a measure of formal similarity between the constitutional texts (rules and principles) of several states. Through expressions contained in constitutional texts it was possible to identify the formal elements which determine several constitutions. The selection of these expressions was carried out randomly, and its majority was broad. It has been demonstrated that there is, at least in textual context, a similarity of half of normative constitutional commands. The method used was analytical because it analyzed constitutional texts based on bibliographies.

Keywords: comparison; constitutionalism; diatopic; global.

Resumo: O texto visa identificar a abertura de uma educação constitucionalista global a partir da avaliação dos textos das normas constitucionais. No início, procurou-se estabelecer uma medida de semelhança formal entre os textos constitucionais (regras e princípios) de vários Estados. Através das expressões contidas nos textos constitucionais foi possível identificar os elementos formais que determinam várias constituições. A seleção destas expressões foi feita de forma aleatória, e, na sua maioria, trata de expressões amplas. Ficou demonstrado que existe, pelo menor no contexto textual, uma semelhança de metade dos comandos constitucionais normativos. O método utilizado foi analítico, porque foram analisados textos constitucionais com base em bibliografias.

Palavras-Chave: comparação; constitucionalismo; diatópico; global.

INTRODUCTION

The paper is focused on comparative law, but only regarding to constitutional texts¹. Therefore, it is a comparative study² that involves some legal devices from several constitutions. This is proposed as an expression form (among many possible ones) of *global constitutionalism*. Based on constitutional texts, a parameter is established to settle a formal similar degree between constitutions in the international community (Wellens, 2009, p. 7-8). The similarity of constitutional texts leads to the possibility that States behave with a certain level of similarity. Therewith would have constitutional powers because the Westphalian State still prevails in the international scenario.

The expression *diatopic constitutionalism* refers to the possibility of identifying similar legal norms among constitutions of the States in the international community (Häberle, 2013, p. 20). The result of applying similar legal norms leads to compatibility by means of how States behave in international scenarios. Thus, it is called *diatopic* that is differentiated or distributed geographically. In this study, the word *similarity* is used instead of equality. It must be considered its material aspects in the interpretation and application. That is recognized through the similarity only in the formal text. However, it is also necessary to highlight that it must be taken into consideration the material distinctions and their interpretations and realizations.

However, the constitutional text³ is the first point of interpretation of legal command that is the possibility to establish a dynamic of similarity between States in their international relations. Consequently, the similarity is projected through the text. It is concentrated on constitutional law expected, necessary and valid performance, which are reflected in international law⁴.

This happens because the constitutional norms impose actions and abstention to the inner environment of States that reflect externally. When the States perform the right of health care, human and fundamental rights are performed simultaneously. As a result, an idea of *diatopic constitutionalism*, whose objective is to reach a homogeneous international practice through current constitutional norms in different States is achieved.

The favorable aspects to this view are: 1) maintenance of Westphalian sovereignty, guiding principle of the international community and law; 2) normative power of constitution; 3) independence maintenance of the States; 4) constitutional realization in the sphere of international relations with regard to the execution of international treaties, conventions, and declarations. The unfavorable aspects are: a) maintenance of Westphalian sovereignty as a barrier to international integration; b) dependence on internal mechanisms to States for the realization of international norms; c) low interference of the international law in the national environment⁵.

It is highlighted in this Article that the analysis carried out was kept in the textual level by

1 See: Atilgan (2018, p. 178-181).

2 The comparison in this text is not correlated to identify common or outlying aspects among constitutional texts, just as it should be the comparative law study. See: Kotzur (2015, p. 359).

3 See: Häberle (2013, p. 31).

4 The reflection that the similarity among constitutional norms of various States may cause in international law is not the object of analysis in this text. However, the theme is relevant? due to the nature of the analysis proposed in the text.

5 See: Häberle (2013, p. 17).

the following obstacles: 1) difficulty in accessing data in each State due to language and information; 2) lack of knowledge of each legal system; 3) overwhelming information to be processed to reach to the knowledge of executing respective constitutional provisions.

1 THE WESTPHALIAN STATE AND THE INTERNATIONAL LAW

The contemporary situation of the relation between the States and the international order is the independence of the States. The sovereignty principle still prevails⁶. However, it is necessary to acknowledge the influence of globalization creating a certain degree of interdependence – in the States and international organizations, which stimulate them to adopt similar policies. This is reflected in the approved law norms by the States in the internal and external environment (international).

The Charter of the United Nations (Art. 1st, 2)⁷ gives priority to express the principle of independence of States. This means that each State sovereignty should be recognized and respected by its peers. If the fact and the law are there, the consequence is the prevalence of internal norms of the State, including those regarding international law accepted and incorporated by the State. There is an obstacle for the integration between the States, *e.g.*, in the European Union (EU) (Gutan, 2018, p. 104). It is emphasized that the notion of law and constitution is based on European law (Kotzur, 2019, p. 29-30). Many of the constitutions, if not all of them, existing in the international community suffered the influence of the European constitutions, in both form and substance which results in a generic grade of similarity between constitutional texts and institutions, which defines the power and limits of the governmental use of force. Moreover, substantive guarantees such as human rights, human dignity, equality, due process of law, democracy between other guarantees and institutions.

The conception of *multilevel constitutionalism* introduces the possibility of settling a multilevel network of norms able to keep accepted elements in the political and legal international environment, as in the case of modern constitutionalism. The critical issue is founded in the perspective in which the constitutions of States are the basic norm of legal systems. Consequently, on the one hand, if the independence of States would prevail, on the other hand, the independence is relativized be subordinate to constitutional, international or community norms, *e.g.*, in the EU case. The result would be the fact of constitutional norms (the national and citizens' interests) to stay subordinate to supranational order⁸.

However, in the case of the EU, the principle of subsidiarity sustains the relation between the States and the EU. Such principle would be found in the *Constitutional Treaty* and it is strengthened in the Treaty of Lisbon (Art. 3b) (Kiiver, 2008, p. 78). It aims to protect the decision-making capacity of the Member States and to legitimize the EU intervention in the insufficient

6 See: Crawford and Koskenniemi (2013, p. 119-124).

7 See: United Nations ([2020]).

8 See: Kotzur (2018, p. 32-33).

conditions in these Members to achieve the levels required by the EU. In the same sense, in terms of Human Rights protection, the Art. 35 of the European Convention on Human Rights set the principle of Subsidiarity (Fabbrini, 2015, p. 5) with as one of the conditions for admissibility of demands intended for Human Rights. Therefore, the European Court of Human Rights should analyze the case after exhausting all domestic judicial remedies⁹.

This strength principle refers to the degree of the sovereignty of Member in front of the EU, guaranteeing a safe place of autonomy for every Member in front of the EU (Fabbrini, 2015, p. 9-11). Therefore, it has to be acknowledged that the States have not ceded their autonomy to the EU at all, so much so that the Member States can leave, as it happened with the United Kingdom (the so-called *Brexit*). If the EU would have had the sovereignty, the uniting of the United Kingdom would depend exclusively on the EU or such dismemberment would not have been allowed. Thus, the Westphalian State still has strength in the case of the EU.

1.1 THE NATIONAL PREVALENCE

Sovereignty and independence are contemporary legal elements of States. Therefore, the States are like a single and indivisible entity for international law. The States decides about its internal problems and take part (Crawford; Koskenniemi, 2013, p. 121) – with other States – in decisions that lead to international commitments. Thus, in order to think about *global constitutionalism*, given the legal-political reality of the States, it should be taken a movement that starts internally and ends externally. Without this direction, structuring proposals for a homogeneous global order or an international constitution will be far from a future reality or feasibility.

The importance of constitutional parameters of political positions is taken on by States in the international environment [...]. The constitutional rules propitiation to establish normative connections with the international law (Dunoff; Trachtman, 2009, p. 10)¹⁰, and project a regular horizon among the States. By considering the hypothesis that, *prima facie*, e.g., the constitutional principles of international relations¹¹, we may be facing two-dimensional normative situations (or *dédoublement fonctionnel*) Scelle (1932, p. 54-56), that is, with strength that is both constitutional and international.

This means that the realization of the principles of the constitutional environment is the realization of international law. Standing against them means to violate these principles, therefore it is unconstitutional action. The fact of similar existence of constitutional norms (rules and principles) among the Constitutions of the international community enabled, embryonically, the conception of one face of *global constitutionalism*. The connection with international law tends to take place for existing similarity between constitutional and international law. In addition, the realtor and violating individual, for both international and national law, will be the State, but in

⁹ See: Council of Europe ([2023]).

¹⁰ See: Habermas (2004, p. 133-137).

¹¹ See: O'Donoghue (2014, p. 44-51).

their respective dimensions. It is highlighted that the mechanisms of law application¹² are different as well as the normative forces.

1.2 DIATOPIC CONSTITUTIONALISM

The named *diatopic constitutionalism*¹³ demonstrates the similarity and the equivalence of the constitutional norms in different States Häberle (2013, p. 30). Obviously, the similarity among constitutional texts does not mean efficiency and effectiveness. However, it reveals similarities in the existence level. The presupposition is the adoption and the effectiveness of the normativity, prevalence of the constitutional text, unity of constitution (and the legal system) and practical agreement principles Hesse (1993, p. 24-36). Thus, it is possible to deduce that the States which are similar in values tend to assume similar requirements among themselves and to be principles and rules with similar requirements Häberle (2013, p. 18). This pre-establishes an international community (apart from international law) formally, but not necessarily materially, to the extent that there is a similarity of law that establishes similar conduct among the States, which may have a practical reflection in the internal and external environment.

2 FORMAL SIMILARITIES AMONG CONSTITUTIONS

In this paper, a choice was made to construct a textual research to demonstrate similarities among the Constitutions of States. For so, keywords were selected to find in the constitutions our specific goals. Generic terms such as *tolerance*, *human rights*, *United Nation*, *human dignity*, and, specifically, *right to health care* were chosen. The *right to health care* was chosen randomly so that one right could have a stricter parameter in relation to the others. The language used for the search was English, the same as the database consulted. Therefore, it is maintained in the same language to name the searched States.

2.1 TOLERANCE, INTERNATIONAL RELATIONS, UNITED NATIONS AND HUMAN RIGHTS

The principle of tolerance was found expressly in 48¹⁴ out of 199 constitutions. However,

12 In this sense, the jurist (law applier) will have to be open to the cosmopolitan perspective, especially when it comes to defending freedom (Kotzur, 2019, p. 39).

13 *Diatopic constitutionalism* is not, nor is it intended to be, an offshoot of international law. It is a normative projection of similar value bases among States that, in a certain way, are reflected in the international community through the actions of States.

14 There are subsequent constitutions: *Albania* (1998), Preamble; *Andorra* (1993), Art. 1, 2; *Angola*, (2010), Preamble, Art. 22, 3, b; *Austria* (1920), A, Art. 14, 5A; *Benin* (1990), Art. 36; *Bhutan* (2008), Art. 3, 1, Art. 8, 3; *Bosnia and Herzegovina* (1995), Preamble; *Bulgaria* (1991), Preamble, Art. 31, 1; *Burkina Faso* (1991), Chapter of the transition, Art. 1; *Burundi* (2005), Preamble, Art. 67; *Cape Verde* (1980) Art. 77, 2, Art. 81, Art. 82; *Central African Republic* (2016), Preamble; *Congo* (Democratic Republic of the) (2005), Art. 66; *Congo* (2015), Art. 51; *Côte d'Ivoire* (2016), Preamble; *Ecuador* (2008), Art. 66, 8; *Egypt* (2014) Art. 19; *Eritrea* (2014), Art. 19; *Gambia* (1996), 216, 1; *Ghana* (1992), 35, 9; *Guinea* (2010), Art. 22; *Guyana* (1980), 212D, d; *Kosovo* (2008), Art. 548, 2; *Liberia* (1986), Preamble; *Malawi* (1994), 12, 2; *Maldives* (2008), 36, c, 67, b; *Mexico* (1917) Art. 123, A, XXII; *Moldova* (1994), Art. 31, 1; *Montenegro* (2007), Preamble; *Morocco* (2011) Preamble; *Mozambique* (2004) Art.

this principle might have a wider spectrum and it is implicitly present in other constitutions. The same research was carried out with the principles of international relations that resemble those contained in 4th Article¹⁵ of the Brazilian constitution. The principles were found expressly in 35 (including the Brazilian Constitution) out of 198 constitutions. In the same direction of constitutional opening to international scenarios, the keywords searched were United Nations and/or Human Rights. The same principles were found expressly in 114 of the 198 constitutions¹⁶.

11, Art. 12, 4, Art. 44, Art. 45, d; *Nepal* (2015), Preamble, Part. 4, 50, 2, 51, a, 2; *Niger* (2010) Art. 158; *Nigeria* (1999), 23; *Pakistan* (1973), Preamble, Annex; *Portugal* (1976), Art. 73, 2; *Romania* (1991), Art. 29, 2; *Rwanda* (2003), Preamble, Art. 46; *Serbia* (2006), Art. 81; *Seychelles* (1993), 49; *South Africa* (1996) Part. c, 185, 1, b; *South Sudan* (2011), 36, 2, c, 46, 2, b; *Sudan* (2005), Preamble, 23, 2, b, 156, a; *Swaziland* (2005), 58, 6; *Togo* (1992), Art. 48; *Tunisia* (2014), Art. 6, Art. 42; *Uganda* (1995), Political Objectives, III, III; *Zimbabwe* (2013), Preamble. The research was conducted in site <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>, on January 17 2020. The word *tolerance* was (searched).

15 There are subsequent constitutions: *Afghanistan* 2004 (Art. 8); *Algeria* 1989 (Art. 27, Art. 28); *Angola* 2010 (Art. 12, 1, 2 and 3); *Bangladesh* 1972 (Art. 25); *Belarus* 1994 (Art. 18); *Bhutan* 2008 (Art. 9, 24); *Bolivia* 2009 (art. 255); *Bosnia Herzegovina* 1995 (Preâmbulo, Art. II, 1, 2 and 8, and Art. III, 2, a); *Burkina Faso* 1991 (Preamble); *Cape Verde* 1980 (Art. 10); *Dominican Republic* 2015 (Art. 26); *Djibouti* 1992 (Art. 9 and Art. 22); *Ecuador* 2008 (art. 416); *Iraq* 2005 (Art. 8); *Ireland* 1937 (Art. 29, 1, 2 and 3); *Italy* 1947 (Art. 11); *Kazakhstan* 1995 (Art. 8); *Mozambique* 2004 (Art. 17, 1 and Art. 19); *Nicaragua* 1987 (Art. 5, 8); *Norway* 1814 (Art. 115); *Oman* 1996 (Art. 10); *Paraguay* 1992 (art. 143 and Art. 144); *Philippines* 1987 (Art. 2, sec 2); *Portugal* 1976 (Art. 7, 5 and 6); *South Sudan* 2011 (43); *Sudan* 2005 (art. 17); *Suriname* 1987 (Art. 7); *Taiwan* 1947 (Art. 141); *Togo* 1992 (Preamble); *Uganda* 1995 (XXVIII); *Uzbekistan* 1992 (Art. 17); *Venezuela* 1999 (Art. 152); *Vietnam* 1992 (Art. 12); *Zimbabwe* 2013 (Art. 12, 1, b and c, 2). It is used the site www.constituteproject.org to quote information from constitutions. The words *international relations* were searched.

16 The constitutions that include the expression United Nations and/or Human Rights are: *Afghanistan* 2004 (Art. 7, Art. 58); *Albania* 1998 (Art. 17, 2, Art. 121, b); *Angola* 2010 (Art. 12, 1, Art. 26, 2, Art. 71, 1); *Algeria* 1989 (Art. 31, Art. 198, Art. 199); *Andorra* 1993 (Art. 5); *Argentina* 1853 (Art. 75, 22, 23, 24); *Armenia* 1995 (Art. 61, 2, Art. 81, 1); *Austria* 1920 (Art. 148h, 3); *Azerbaijan* 1995 (Art. 71, Art. 95, 1, 6, Art. 109, 14); *Bangladesh* 1972 (25); *Benin* 1990 (Preamble, Art. 7, Art. 40); *Bolivia* 2009 (Art. 13, IV, Art. 14, III); *Bosnia and Herzegovina* 1995 (Preamble, Art. I, 1, Art. II, 1, 2, Annex I); *Brazil* 1988 (Art. 5, §3, Art. 4, II); *Burkina Faso* 1991 (Preamble); *Burundi* 2005 (Preamble, Art. 19, Art. 274); *Cambodia* 1993 (Art. 31, Art. 48); *Cameroon* 1972 (Preamble); *Cape Verde* 1980 (Art. 16, 3); *Central African Republic* 2016 (Preamble); *Colombia* 1991 (Art. 93, Art. 214, 2); *Comoros* 2001 (Preamble); *Congo [Democratic Republic]* 2005 (Preamble, Art. 45); *Congo* 2015 (Preamble, Art. 214, Art. 215, Art. 216); *Côte D'Ivoire* 2016 (Preamble, Art. 113); *Croatia* 1991 (Preamble, Art. 93); *Cuba* 2019 (Art. 16, c); *Djibouti* 1992 (Preamble); *Dominican Republic* 2015 (Art. 26, 3); *Ecuador* 2008 (Art. 11, 3, 7, Art. 57, Art. 93, Art. 156, Art. 157, Art. 384, Art. 416, 7, Art. 424, Art. 436, 5); *Egypt* 2014 (Preamble, Art. 99, Art. 214); *Equatorial Guinea* 1991 (Preamble); *Ethiopia* 1994 (Art. 10, Art. 13, 2, Art. 55, 14); *Fiji* 2013 (Preamble, 45, 115, 7); *Finland* 1999 (Section 1); *France* 1958 (Title XVII); *Gabon* 1991 (Preamble); *Germany* 1949 (Art. 16a, 2, 5) *Ghana* 1992 (40d, i, 70, 1, a, 71, c, 216); *Guatemala* 1985 (Art. 46, Art. 273, Art. 274, Art. 275); *Guinea* 2010 (Preamble, Art. 25, Art. 80, Art. 94, Art. 96, Art. 100, Art. 146); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 29, 2); *Guyana* 1980 (39, 2, 154A, 4, 5, 212G, a, 212H, 212J, 212N, 212O); *Haiti* 1987 (Preamble, Art. 19); *Honduras* 1982 (Art. 59); *Iraq* 2005 (Art. 102); *Kazakhstan* 1995 (Art. 12, 1, 2, 5); *Kenya* 2010 (59, 248, 2, a); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 10); *Kosovo* 2008 (Art. 17, 2, Art. 18, 2, Art. 21, 1, 2, 3, Art. 22, Art. 53); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 16, 1, Art. 20, Art. 40, 1, Art. 41, 2); *Latvia* 1922 (Art. 91); *Lebanon* 1926 (Preamble B); *Lesotho* 1993 (Chapter XIA); *Libya* 2011 (Art. 30, 2); *Macedonia* 1991 (Art. 10); *Madagascar* 2010 (Preamble); *Malawi* 1994 (Chapter XI, 170, 2); *Maldives* 2008 (Part. 4); *Mali* 1992 (Preamble); *Malta* 1964 (1, 3, b, i); *Mauritania* 1991 (Preamble); *Mexico* 1817 (Preamble, Art. 15, Art. 102, B, Art. 105, II, g, h, i); *Micronesia* 1978 (Art. XVI, 1); *Moldova* 1994 (Art. 4, 1); *Mongolia* 1992 (Art. 19, 1, 2); *Montenegro* 2007 (Art. 81, Art. 147, 3, Appendix, Art. 5); *Morocco* 2011 (Preamble, Art. 7, Art. 19, Art. 23, Art. 92, Art. 161, Art. 164, Art. 171); *Mozambique* 2004 (Art. 43); *Namibia* 1990 (Art. 146, 2, d); *Nepal* 2015 (51, b, 2, m, 1, 248, 249); *New Zealand* 1993 (Human Rights Act 1993); *Nicaragua* 1987 (Art. 46, Art. 93); *Niger* 2010 (Preamble, Art. 44); *Norway* 1814 (Art. 92); *Palestine* 2003 (Art. 10, Art. 31); *Panama* 1972 (Art. 129); *Papua New Guinea* 1975 (39, 3, b, c, d, e, 279, b); *Paraguay* 1992 (Art. 144, Art. 145); *Peru* 1993 (Fourth, Declaration the Democratic Constitution Congress); *Philippines* 1987 (Art. XII, sec 17, sec 18); *Portugal* 1976 (Art. 16, 2); *Romania* 1991 (Art. 20); *Russia* 1993 (Art. 17, Art. 18, Art. 85, 2); *Rwanda* 2003 (Art. 139, 1, a, 3, c); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 12, 2, Art. 18, 1); *Senegal* 2001 (Preamble); *Serbia* 2006 (Art. 20); *Seychelles* 1993 (49); *Slovakia* 1992 (Art. 86, d, Art. 134, 4); *Slovenia* 1991 (II Human Rights and Fundamental freedoms, Art. 47, Art. 68); *Somalia* 2012 (Art. 3, 4, Art. 41, Art. 111B); *South Africa* 1996 (181, 1, b, 2, 3, 4, 5, 184, 185, 3, 193, 1, 2, 4, a, 5, 194, 1, 2, b, 3); *South Sudan* 2011 (9, 4, 43, a, Chapter IV, 169, 4); *Spain* 1978 (Section 10, 2); *Sri Lanka* 1978 (41, B, schedule, e, 170, m); *Swaziland* 2005 (163, 163, 165, 166, 167, 236, d, 2); *Sweden* 1974 (Chapter 2, Art. 19); *Switzerland* 1999 (Art. 197, 1, 11); *Tanzania* 1977 (Chapter 6); *Thailand* 2017 (Part 6); *East Timor* 2002 (Preamble, Art. 23); *Togo* 1992 (Preamble, Art. 50, Art. 138, Title XV); *Tunisia* 2014 (Art. 82, Art. 125, Art. 128); *Turkmenistan* 2008 (Art. 2); *Tuvalu* 1986 (15, 5, c); *Uganda* 1995 (51); *Ukraine* 1996 (Art. 22, Art. 55); *United Arab Emirates* 1971 (Preamble, Art. 12); *United Kingdom* 1215 (Human Rights Act 1998; Northern Ireland Act 1998, 13, 4, b, Scotland Act 1998, 100, 126, Subheading 3); *Venezuela* 1999 (Art. 280; Art. 339); *Vietnam* 1992 (70, 14); *Yemen* 1991 (Art. 6); *Zimbabwe* 2013 (232, b, 237, 242, 243, 244). We used the site www.constituteproject.org to quote information from constitutions.

2.2 HUMAN DIGNITY AND INTERNATIONAL RELATIONS DISPOSITIONS ON CONSTITUTIONS

The principle of human dignity (or similar expressions) was found in 151¹⁷ of the 193 Constitutions. The majority of existing constitutions around the World have indicated human dignity as a value in constitutional law. The relation between national and international law involves the normalization process of the international relations of the States. Each constitutional State has rules and principles that organize the communication between international individuals. Therefore, the law regulates who has and the extension of competence the state and how and when

17 The constitutions are: *Afghanistan* (2004) Art. 6; *Albania* (1998) Preamble, Art. 3; *Andorra* (1993) Art. 4; *Angola* (2010) Preamble, Art. 1; *Antigua and Barbuda* (1981) Preamble; *Armenia* (1995) Art. 3, 1; *Azerbaijan* (1995) Art. 13, III, Art. 8, II, Art. 24, I, Art. 46, Art. 68, I; *Bahrain* (2002) Art. 18; *Bangladesh* (1972) 11; *Barbados* (1966) Preamble, a; *Belarus* (1994) Art. 25, Art. 42, Art. 53; *Belgium* (1831) Art. 23; *Belize* (1981) Preamble, a, 3 c; *Benin* (1990) Preamble; *Bhutan* (2008) Art. 9, 3; *Bolivia* (2009) Preamble, Art. 8, II, Art. 9, 2, Art. 21, 2, Art. 22, Art. 73, I; *Bosnia and Herzegovina* (1995) Preamble; *Bulgaria* (1991) Preamble, Art. 4, 2, Art. 6, 1; *Burkina Faso* (1991) Preamble; *Burundi* (2005) Art. 13, Art. 14, Art. 21, Art. 52; *Cambodia* (1993) Art. 38, 2; *Cape Verde* (1980) Art. 1, 1, Art. 226; *Central African Republic* (2016) Preamble; *Chad* (1996) Preamble; *Chile* (1980) Art. 1; *China* (1982) Art. 38; *Colombia* (1991) Art. 1, Art. 21, Art. 51, Art. 53, 5, Art. 70, 2; *Democratic Republic of the Congo* (2005) Art. 11, Art. 18, 5; *Côte D'Ivoire* (2016) Preamble, Art. 2, 3, Art. 7, 3; *Croatia* (1991) Art. 25, Art. 35; *Cuba* (1976) Preamble, Art. 9, a, 3, Art. 16, Art. 42, Art. 43; *Czech Republic* (1993) Preamble; *Dominica* (1978) Preamble, a; *Dominican Republic* (2015) Preamble, Art. 5, Art. 7, Art. 8, Art. 38; *Ecuador* (2008) Preamble, Art. 11, 7, Art. 84, Art. 158, 3; *Egypt* (2004) Preamble, Art. 51, Art. 55, Art. 56, Art. 78; *El Salvador* (1983) Art. 10, Art. 11, 2; *Equatorial Guinea* (1991) Art. 5, a, Art. 13, 1, a, Art. 14; *Eritrea* (1997) Preamble, Art. 2, 2, Art. 16; *Estonia* (1992) Art. 10; *Ethiopia* (1994) Art. 21, 1, Art. 24, 1, Art. 29, 6, Art. 30, 2, Art. 91, 1; *Fiji* (2013) Preamble, Art. 1, e, Art. 3, 1, Art. 7, 1, a, Art. 13, 1, j; *Finland* (1999) Section 1, 2, Section 7, 2, Section 9, 4; *Gambia* (1996) Art. 28, 1, Art. 31, 1, Art. 37, 8; *Georgia* (1995) Art. 17; *Germany* (1949) Art. 1, Abs. 1; *Ghana* (1992) Art. 15, 1, Art. 33, 5, Art. 35, 4; *Greece* (1975) Art. 7, 2, Art. 106, 2; *Grenada* (1973) Preamble, c; *Guatemala* (1985) Art. 4; *Guinea* (2010) Art. 5; *Guinea-Bissau* (1984) Art. 17, 1; *Haiti* (1987) Art. 44-1; *Honduras* (1982) Art. 59, 2, Art. 63, Art. 68, 3, Art. 76; *Hungary* (2011) Preamble, (Freedom and Responsibility) Art. II, Art. IX, 4, 5, Art. 37, 4; *India* (1949) Preamble, 39, F, 51A, e; *Indonesia* (1945) Art. 28G, Art. 28H, 3, Art. 32, 2; *Iran* (1979) Preamble – MassCommunicationMedia –, Art. 2, 6, Art. 22, Art. 121; *Iraq* (2005) Art. 37, First, A; *Ireland* (1937) Preamble; *Israel* (1958) Basic Law: Human Dignity and Liberty (1992) 1A, 2, Basic Law: The Government (2001) 39, d; *Italy* (1947) Art. 3, Art. 41, 2; *Jamaica* (1962) 13, 1, b, 14, 4; *Japan* (1946) Art. 24, 2; *Jordan* (1952) Art. 8, 2; *Kazakhstan* (1995) Art. 17; *Kenya* (2010) 10, 2, b, 19, 2, 20, 4, a, 24, 1, 28, 54, 1, a, 57, c, 244, d; *Republic of Korea* (1948) Art. 10, Art. 32, 3, Art. 36, 1; *Kosovo* (2008) Art. 23; *Kuwait* (1962) Preamble, Art. 29; *Kyrgyzstan* (2010) Art. 20, 4 (6), 5 (1), Art. 22, 2, Art. 29, 1, Art. 33, 5; *Latvia* (1922) Preamble, Art. 95; *Lybia* (2011) Art. 7; *Liechtenstein* (1921) Art. 27bis; *Lithuania* (1992) Art. 25, 3, *Macedonia* (1991) Art. 11; *Madagascar* (2010) Art. 17, Art. 29; *Malawi* (1994) 12, 1, d, 19, 42, 1, b, 2, g, iv; *Maldives* (2008) 57, 68; *Mauritania* (1991) Preamble; *Mexico* (1917) Art. 1, 5, Art. 3, II, c, Art. 25, 1; *Moldova* (1994) Art. 1, 3, Art. 9, 2, Art. 32, 2; *Monaco* (1962) Art. 20, 2; *Mongolia* (1992) Art. 16, 17, Art. 17, 2; *Montenegro* Art. 25, 3, Art. 27, 1, Art. 28, 1, Art. 31, 1, Art. 47, 2; *Morocco* (2011) Preamble, Art. 22, 2, Art. 161; *Mozambique* (2004) Art. 48, 6, Art. 119, 3, Art. 120, 1; *Myanmar* (2008) 44; *Namibia* (1990) Preamble, Art. 8, Art. 98, 1; *Nepal* (2015) 16, 1; *New Zealand* (1952) Bill of Rights Act (1990) 23, 5; *Nicaragua* (1987) Art. 5, Art. 6, Art. 33, 2, 2.1, Art. 82, 1; *Niger* (2010) Preamble, Art. 50, Art. 74, Art. 89, Art. 158, 1; *Nigeria* (1999) 17, 2, b, 21, a, 24, c, 34, 1; *Oman* (1996) Art. 31; *Pakistan* (1973) 11, 4, b, 14, 1; *Panama* (1972) Preamble, Art. 17, 2, Art. 122; *Papua New Guinea* (1975) Preamble, 36, 1, 37, 17, 39; *Peru* (1993) Art. 1, Art. 3, Art. 7, Art. 23, 3; *Philippines* (1987) Art. II, sec. 11, Art. XIII, sec. 1; *Poland* (1997) Preamble, Art. 30; *Portugal* (1976) Art. 1, Art. 59, 1, b, Art. 67, 2, e; *Romania* (1991) Art. 1, 3; *Russian* (1993) Art. 21, 1; *Rwanda* (2003) Art. 23, 1, Art. 38, 2; *Saint Kitts and Nevis* (1983) Preamble, a; *Saint Lucia* (1978) Preamble, e; *Saint Vincent and Grenadines* (1978) Preamble, c; *Sao Tome and Principe* (1975) Preamble; *Saudi Arabia* (1992) Art. 39; *Serbia* (2006) Art. 19, Art. 23, 1, Art. 28, 1, Art. 69; *Seychelles* (1993) Preamble, 16; *Sierra Leone* (1991) 8, 2, b, 13, e; *Slovakia* (1992) Art. 12, 1, Art. 19, 1; *Slovenia* (1991) Art. 21, Art. 34; *Solomon Island* (1978) Preamble; *Somalia* (2012) Art. 10; *South Africa* (1996) 1, a, 7, 1, 10, 35, 2, e, 36, 1, 39, 1, a; *South Sudan* (2011) Preamble, 1, 5, 11, 17, 1, g, 35, 2, 38, f, 169, 6; *Spain* (1978) Section 10, 1; *Sri Lanka* (1978) Preamble; *Sudan* (2005) 1, 2, 28, 45, 1; *Suriname* (1987) Art. 16, 3; *Swaziland* (2005) 18, 1, 30, 1, 57, 2, 60, 6; *Sweden* (1974) Art. 2; *Switzerland* (1999) Art. 7, Art. 118b, 1, Art. 119, 2, Art. 119e; *Syrian Arab Republic* (2012) Preamble, Art. 19, Art. 33, 1; *Taiwan* (1947) Art. 10, 6; *Tajikistan* (1994) Art. 5, e; *Tanzania* (1977) 9, a, f, 12, 2, 13, 6, d, 25, 1; *Thailand* (2017) Section 4, Section 26, Section 32; *East Timor* (2002) Art. 1, 1; *Togo* (1992) Preamble, Art. 11, 1, Art. 28, 3; *Trinidad and Tobago* (1976) Preamble; *Tunisia* (2014) Art. 23, Art. 30, 1, Art. 47, 1; *Turkey* (1982) Art. 17, 3; *Turkmenistan* (2008) Art. 4, 2, Art. 31, Art. 60; *Tuvalu* (1986) Preamble (6), 12, c, 15, 27, 3, f, 29, c; *Uganda* (1995) XVI, XXIV, 24, 35, 1; *Ukraine* (1996) Art. 3, Art. 21, 1, Art. 28, 1; *Uzbekistan* (1992) Art. 13, Art. 27, 1, Art. 34, 2, Art. 48; *Venezuela* (1999) Art. 3, Art. 46, Art. 47, Art. 55, Art. 80, Art. 81, Art. 332; *Vietnam* (1992) Art. 20, 1; *Yemen* (1991) Art. 48, a; *Zambia* (1991) Art. 8, d; *Zimbabwe* (2013) 3, 1, e, 16, 1, b, 50, 1, c, 5, d, 51, 56, 5, 62, 4, 80, 1, 86, 2, 3, b, 141, iv, Section 87, 4, 1, c.

it should behave externally.

To identify how many constitutions adopt rules and principles which discipline? the relation among the political-legal environment, domestic and foreign, 198 constitutions were analyzed, of which 173 have rules and principles concerning the legitimacy and competence of the representative of the State abroad and the process of internalization of international law. Most of the cases involve representatives of the legislative and executive branches of government. Thus, the mentioned articles refer specifically to these rules and principles¹⁸.

18 *Afghanistan* 2004 (Art. 64, 14 and 17, Art. 90, 5, Art. 97, Art. 121); *Albania* 1998 (Art. 5, Art. 29, Art. 92, dh, e, ë, Art. 109, 4, Art. 116, 1, b, Art. 117, 3, Art. 121, 1, Art. 122, Art. 123, Art. 131, a, b and c, Art. 171, 2, Art. 180, Art. B, 1 and 2); *Angola* 2010 (Art. 13, Art. 108, 4 and 5, Art. 121, Art. 134, 4, f, Art. 161, k and l, Art. 202, Art. 203, Art. 207, 1, Art. 209, 1, Art. 210, 1, Art. 211, Art. 227, b, Art. 228, 1, Art. 229, 1); *Algeria* 1989 (Art. 13, Art. 27, Art. 91, 9, Art. 111, Art. 149, Art. 190); *Andorra* 1993 (Art. 3, 3, Art. 64, Art. 65, Art. 66, Art. 67); *Antigua and Barbuda* 1981 (Art. 8, 3, b, Art. 89, 2, b); *Argentina* 1853 (Art. 75, 22, Art. 99, 11); *Armenia* 1995 (Art. 5, 3, Art. 13, Art. 19, 2, Art. 55, 2, Art. 76, Art. 81, 2, Art. 111, Art. 116, Art. 132, 1, 1, 2, 3, 2, Art. 169, 2, Art. 204, Art. 205); *Australia* 1901 (Art. 75, i); *Austria* 1920 (Art. 9, Art. 10, 1, 1a, 2, Art. 15a, 3, Art. 16, B [European Union], Art. 26a, Art. 50, Art. 50a, Art. 50b, Art. 50c, Art. 50d, Art. 65, Art. 66, 2, Art. 145); *Azerbaijan* 1995 (Art. 1, II, Art. 7, II, Art. 8, III, Art. 10, Art. 12, Art. 69, Art. 70, 1, Art. 94, 22, Art. 109, 15, 17, Art. 110, 1, Art. 130, III, 6, X, Art. 148, II, Art. 151, Art. 155); *Bahamas* 1973 (25, II, 113); *Bahrain* 2002 (Art. 37, Art. 40, Art. 50, Art. 57, a, Art. 121); *Bangladesh* 1972 (47, 3); *Barbados* 1966 (79A, 2, b, 79B, 79D, 1, 79E, 1); *Belarus* 1994 (Art. 8, Art. 10, Art. 21, Art. 61, Art. 79, Art. 97, 2, Art. 116); *Belgium* 1831 (Art. 8, Art. 34, Art. 46, 2, Art. 65, Art. 78, §1, 3, Art. 127, §1, 3, Art. 128, §1, Art. 130, §1, 4, 5, Title IV); *Belize* 1981 (Preamble, e, 10, 3, b, 61A, 2, a, 91, 1, 3, 107); *Benin* 1990 (Art. 40, Art. 144, Art. 145, Art. 146); *Bhutan* 2008 (Art. 9, 24, Art. 10, 25); *Bolivia* 2009 (Art. 29, I, Art. 172, 5, Art. 202, 9, Art. 256, Art. 257, Art. 258, Art. 259, Art. 260, Art. 265, Art. 266, Art. 377, I, Art. 410, II, 2); *Bosnia and Herzegovina* 1995 (Art. II, 7, 8, Art. III, 1, e, g, h, 2, b, c, 3, b, 4, b, d, Art. V, 3, d, Art. VIII, 1); *Botswana* 1966 (112, 2, a); *Brazil* 1988 (Art. 5, §2, §4, Art. 21, I, Art. 49, I, Art. 84, VII, VIII, Art. 102, I, e, III, b, Art. 105, II, c, III, a, Art. 109, II, III, V, §, Art. 142, X); *Brunei Darussalam* 1959 (42, 1, b); *Bulgaria* 1991 (Art. 4, 3, Art. 5, 4, Art. 18, 3, Art. 22, Art. 25, 4, Art. 85, 1, 2, 9, 3, Art. 98, 3, 6, Art. 100, 5, Art. 149, 1, 4, Art. 158, 2); *Burkina Faso* 1991 (Art. 55, Art. 148, Art. 149, Art. 150, Art. 151, Art. 155); *Burundi* 2005 (Art. 132, Art. 289, Art. 290, Art. 291, Art. 292, Art. 294, Art. 296); *Cambodia* 1993 (Art. 8, Art. 26, Art. 55, Art. 90); *Cameroon* 1972 (Art. 5, 2, Art. 36, 1, b, Art. 43, Art. 44, Art. 47, 1, 3); *Canada* 1867 (132); *Cape Verde* 1980 (Art. 6, 2, Art. 10, 5, 7, Art. 11, Art. 12, Art. 13, Art. 30, 7, Art. 148, Art. 190, Art. 216, 1, Art. 218, Art. 300, 2, Art. 301, 1); *Central African Republic* (Preamble, Art. 29, Art. 33, Art. 43, Art. 90, Art. 91, Art. 92, Art. 93, Art. 94); *Chile* 1980 (Art. 5, Art. 32, 8, 15, Art. 54, Twenty-Fourth); *China* 1982 (Art. 67, 14, 18, Art. 81, Art. 89, 9); *Colombia* 1991 (Art. 9, Art. 35, Art. 44, Art. 53, Art. 93, Art. 96, 2, c, Art. 101, Art. 129, Art. 150, 16, Art. 164, Art. 221, Art. 224, Art. 235, 5, Art. 241, 10); *Comoros* 2001 (Art. 10, Art. 12); *Congo [Democratic Republic]* 2005 (Art. 15, Art. 56, Art. 69, Art. 88, Art. 153, 10, Art. 202, 1, Art. 213, Art. 214, Art. 215, Art. 216, Art. 217); *Congo* 2015 (Art. 44, Art. 49, Art. 64, Art. 89, Art. 93, Art. 125, Art. 175, Art. 180, Art. 197, Art. 217, Art. 218, Art. 220, Art. 221, Art. 222, Art. 223, Art. 243); *Costa Rica* 1949 (Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 10, b, Art. 19, Art. 31, Art. 48, Art. 105, Art. 121, 4, Art. 140, 1, 10); *Côte D'Ivoire* 2016 (Art. 54, Art. 69, Art. 73, Art. 119, Art. 120, Art. 121, Art. 122, Art. 124, Art. 125, Art. 134); *Croatia* 1991 (Art. 2, Art. 7, Art. 9, Art. 31, Art. 33, Art. 59, Art. 115, Art. 128, Art. 132, Art. 133, Art. 134, Art. 135, Art. 141, a, b, c, d); *Cuba* 2019 (Art. 8, Art. 11, Art. 12, Art. 16, Art. 34, Art. 62, Art. 108, ñ, Art. 122, ñ, o, Art. 128, p, Art. 137 d); *Cyprus* 1960 (Art. 1A, Art. 11, 2, f, Art. 32, Art. 37, c, Art. 50, a, i, ii, iii, Art. 54, Art. 169, Art. 170, Art. 181, Art. 195, Art. 198, Annex I, II); *Czech Republic* 1993 (Art. 1, 2, Art. 10, Art. 10a, Art. 10b, Art. 33, Art. 39, 3, 4, Art. 43, 1, 2, 4, a, b, Art. 49, Art. 52, 2, Art. 63, 1, a, b, c, Art. 87, 2); *Denmark* 1953 (Part III, 19, 1, 20, 1, 42, 6, 87); *Djibouti* 1992 (Art. 9, Art. 22, Art. 39, Art. 62, Title VI, Art. 70); *Dominica* 1978 (12, 3, b, 20, 2, 42, 4, a, b, Schedule 3); *Dominican Republic* 2015 (Art. 9, Art. 11, Art. 20, §, Art. 25, 3, Art. 26, Art. 27, Art. 28, Art. 46, Art. 55, 4, Art. 61, 2, Art. 74, 3, Art. 80, 7, Art. 93, 1, 1, Art. 128, 1, d, j, 3, a, c, Art. 185, Art. 201, Art. 220); *Ecuador* 2008 (Art. 3, 1, Art. 4, Art. 10, Art. 41, Art. 58, Art. 84, Art. 120, 8, Art. 147, 1, 10, Art. 153, Art. 164, Art. 234, Art. 261, 9, Art. 403, Art. 416, 9, 10, 11, 13, Art. 417, Art. 418, Art. 419, Art. 420, Art. 421, Art. 422, Art. 423, Art. 425, Art. 426, Art. 428, Art. 438, 1); *Egypt* 2014 (93, 151, Art. 153); *El Salvador* 1983 (Art. 28, Art. 84, Art. 89, Art. 93, Art. 110, Art. 131, 7th, 29th, Art. 133, 5th, Art. 144, Art. 145, Art. 146, Art. 147, Art. 168 1st, 4th, 13th); *Equatorial Guinea* 1991 (Art. 8, Art. 41, I, Art. 81, a, Art. 102, g); *Eritrea* 1997 (Art. 32, 4, Art. 42, 6); *Estonia* 1992 (Art. 3, Art. 36, Art. 65, 4, 11, Art. 87, 4, Art. 106, Art. 120, Art. 121, Art. 122, Art. 123, Art. 128); *Ethiopia* 1994 (Art. 2, Art. 9, Art. 51, 8, Art. 55, 12, Art. 96, 2); *Fiji* 2013 (7, 1, b, 14, 1, a, 43, 1, a, ii, 51, 128); *Finland* 1999 (Sections 14, 50, 66, 93, 94, 95, 96, 97); *France* 1958 (Art. 5, Art. 11, Art. 16, Art. 52, Art. 53, Art. 53-1, Art. 53-2, Art. 54, Art. 55, Art. 88, Title XV); *Gabon* 1991 Art. 1, 9, Art. 21, Art. 26, Art. 84, Art. 87, Art. 113, Art. 114, Art. 115); *Gambia* 1996 (79); *Georgia* 1995 (Art. 2, Art. 6, 2, Art. 9, 2, Art. 13, 4, Art. 30, 3, Art. 38, Art. 43, 2, Art. 65, Art. 73, Art. 74, 2, Art. 89, 1, e, Art. 98, 1, 2, Art. 100, Art. 104-4, 1); *Germany* 1949 (Art. 23, 1, 1a, Art. 24, 1, Art. 25, Art. 26, Art. 32, 2, 3, Art. 59, Art. 73, 5, Art. 79, 1, Art. 80a, 3, Art. 96, 5, 2, Art. 100, 2, Art. 109, 5, Art. 115, a, 5, Art. 123, 2, Art. 143); *Ghana* 1992 (40, c, d, ii, iii, iv, v, 73, 75, 219, 2, b); *Guatemala* 1985 (Art. 27, Art. 171, 1, Art. 138, k, o, Art. 272, e); *Guinea* 2010 (Art. 51, Art. 93, Art. 97, Art. 149); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 18, 1, 2, Art. 28, Art. 29, 1, Art. 68, e, Art. 85, h, Art. 100, 1, f); *Guyana* 1980 (154A, 1, 2, 3, 6, 193, i, 205, 3, 212R, h, 212V, c, d, 212AA, c, Fourth schedule); *Haiti* 1987 (Art. 8-1, Art. 40, Art. 98-3, 3, Art. 139, Art. 139-1, Art. 140, Art. 276, Art. 276-1, Art. 276-2); *Honduras* 1982 (Art. 9, 3, Art. 12, Art. 13, Art. 15, Art. 16, Art. 17, Art. 18, Art. 19, Art. 20, Art. 21, Art. 24, 6, Art. 102, Art. 119, Art. 183, 1, Art. 205, 5, 11, 27, 30, Art. 218, 7, Art. 245, 1, 13,

14, 15, 44, Art. 274, Art. 313, 4, Art. 329, Art. 331, 3, Art. 313); *Hungary* 2011 (Art. E, Art. Q, Art. XXIII, Art. XXVIII, 4, 5, 6, Art. 1, d, Art. 8, 3, d, Art. 9, 4, a, b, 5, Art. 19, Art. 22, 1, Art. 24, 2, f, 3, c, Art. 32, 1, k, Art. 45, 1, 2, Art. 47, 3); *Iceland* 1944 (Art. 21); *India* 1949 (51, 253); *Indonesia* 1945 (Art. 11); *Iran* 1979 (Art. 77, Art. 125); *Iraq* 2005 (Art. 8, Art. 21, Third, Art. 61, Fourth, Art. 73, Second, Art. 80 Sixth, Art. 110, First); *Ireland* 1937 (Art. 29); *Italy* 1947 (Art. 10, Art. 11, Art. 35, Art. 72, Art. 75, Art. 80, Art. 87, Art. 117, Art. 120, Art. 122); *Japan* 1952 (Art. 21, 2, Art. 33, Art. 103); *Jordan* 1952 (Art. 21, 2, Art. 33, Art. 103); *Kazakhstan* 1995 (Art. 4, 1, 3, 4, Art. 5, 4, Art. 8, Art. 11, Art. 12, 4, Art. 44, 1, 11, Art. 53, 5, Art. 54, 1, 7, Art. 72, 1, 3, Art. 74, 1, Art. 76, 1, 2); *Kenya* 2010 (2, 5, 6); *Kiribati* 1979 (14, 3, b, 18, 3); *Korea* 1972 (Art. 15, Art. 91, 17, Art. 103, 4, Art. 116 11, 14, 19, Art. 125, 11); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 6, Art. 60, Art. 73, Art. 89, 3, Supplementary Provisions Art. 5); *Kosovo* 2008 (Art. 16, 3, Art. 17, 1, Art. 18, Art. 20, Art. 35, 4, Art. 58, 2, Art. 59, 10, 13, Art. 65, 4, Art. 84, 7, Art. 113, 3, 4, Art. 121, 2, Art. 122, 1, Art. 125, 3, Art. 145, Art. 146, Art. 147, Art. 153); *Kuwait* 1962 (Art. 70, Art. 177); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 6, 3, Art. 16, 2, Art. 19, Art. 50, 2, Art. 64, 6, 24, Art. 74, 2, 3, 5, 3, 4, 6, 1, Art. 89, 3, Art. 97, 6, 2); *Lao People's* 1991 (Art. 53, 11, Art. 70, 8); *Latvia* 1922 (Art. 3, Art. 41, Art. 68, Art. 73, Art. 79, Art. 89, Art. 98, Art. 101); *Lebanon* 1926 (Art. 52, Art. 65, 5); *Liberia* 1986 (Art. 2, 2, Art. 34, f, g, Art. 57); *Libya* 2011 (Art. 7, Art. 17); *Liechtenstein* 1921 (Art. 4, 2, Art. 8, 2, Art. 28, 2, Art. 31, 3, Art. 62, b, Art. 66bis, Art. 67, Art. 92, 2, 3, Art. 104, 2, Art. 107); *Lithuania* 1992 (Art. 10, Art. 13, Art. 67, 16, Art. 84, 2, 3, Art. 94, 6, Art. 105, 3, Art. 106, Art. 135, Art. 136, Art. 138, Art. 142, 4); *Luxembourg* 1868 (Art. 37, Art. 49bis, Art. 118); *Macedonia* 1991 (Art. 8, Art. 29, Art. 37, Art. 68, Art. 98, Art. 118, Art. 119, Art. 120, Art. 121); *Madagascar* 2010 (Art. 57, Art. 116, 1, Art. 137, Art. 138); *Malawi* 1994 (1, 11, 2, c, 13, 45, 4, a, 89, 1, f, 96, 1, f, 135, a, 160, d, 211); *Malaysia* 1957 (25, 2, b, 76, 1, a, b, c, 167, 7, 169, ninth schedule, List 1, 1); *Maldives* 2008 (59, b, 68, 93, a, 115k, 1, 2, 1, m, n); *Malta* 1964 (43, 1, 4, 65, 1); *Marshall Island* 1979 (Art. V, 1, d, 4); *Mauritania* 1991 (Art. 36, Art. 37, Art. 78, Art. 79, Art. 80); *Mauritius* 1968 (15, 3, b, 75, 7, 87); *Mexico* 1917 (Preamble, Art. 18, Art. 27, Art. 42, V, VI, Art. 73, XXXIX-P, Art. 76, I, Art. 89, X, Art. 103, I, Art. 104, II, Art. 105, II, b, Art. 117, 1, Art. 119, Art. 133); *Micronesia* 1978 (Art. IX, 2, b, 4); *Moldova* 1994 (Preamble, Art. 3, 2, Art. 4, 2, Art. 8, Art. 19, 2, 3, Art. 54, 2, Art. 66, g, Art. 86, Art. 128, 1, Art. 135, a); *Monaco* 1962 (Art. 1, Art. 14, Art. 68, Art. 70, Art. 77); *Mongolia* 1992 (Art. 10, Art. 18, 5, Art. 25, 1, 15, Art. 33, 1, 4, Art. 38, 2, 9, Art. 66, 2, 2, 4); *Montenegro* 2007 (Art. 9, Art. 12, Art. 15, Art. 17, Art. 56, Art. 81, Art. 82, 17, Art. 100, 4, Art. 118, Art. 129, Art. 145, Art. 149, 1, Art. 152, Appendix, Art. 12); *Morocco* 2011 (Preamble, Art. 11, Art. 16, Art. 19, Art. 30, Art. 42, Art. 55, Art. 92); *Mozambique* 2004 (Art. 18, Art. 161, b, Art. 162, b, Art. 179, 2, e); *Myanmar* 2008 (Chapter IV A, Part 12, 108, Chapter V, A, Part 3, 209, Chapter VI, B, Part 2, a, i, Chapter XV, 456, Schedule 1, 2, d, 11, k); *Namibia* 1990 (Art. 1, 4, Art. 32, 3, e, Art. 40, i, Art. 63, d, e, Art. 96, Art. 143, Art. 144, Art. 145, 1, a); *Nepal* 2015 (51, b, 3, 51, m, 2, 253, b, e, 256, 1, d, 278, 279, Schedule 5, 17); *Netherlands* 1815 (Art. 2, 3, Art. 73, 1, Art. 91, Art. 92, Art. 93, Art. 94, Art. 95, Art. 120); *Nicaragua* 1987 (Art. 5, Art. 9, Art. 10, Art. 16, 1, Art. 22, Art. 42, Art. 43, Art. 60, Art. 71, Art. 131, Art. 134, 1, d, Art. 138, 12, Art. 140, 4, Art. 147, 4, Art. 150, 8, Art. 152, 4, Art. 161, 7, Art. 171, 4, Art. 182); *Niger* 2010 (Art. 46, Art. 67, Art. 120, Art. 168, Art. 169, Art. 172); *Nigeria* 1999 (Part II, 12, 1, 2, 3, Chapter II, 19, d, C, 164, 1, 2, CC, 254C, 2); *Norway* 1814 (Art. 26, Art. 75, g); *Oman* 1996 (Art. 42, Art. 76, Art. 80); *Pakistan* 1973 (fourth schedule, Part 1, 3, 32); *Palau* 1981 (Art. II, section, 3, Art. VIII, section, 7, 2, 3, Art. IX, section 5, 7, 8, 9); *Palestine* 2003 (Art. 40); *Panama* 1972 (Art. 159, 3); *Papua New Guinea* 1975 (39, 3, i, 42, 1, ga, 51, 1, a, 117, 176, 3, b, 197, 3, 293, 327, 3, b); *Paraguay* 1992 (Art. 137, Art. 141, Art. 142, Art. 202, 9, Art. 238, 7); *Peru* 1993 (Art. 54, Art. 55, Art. 57, Art. 101, 4, Art. 118, 11, Art. 139, 8, Art. 205); *Philippines* 1987 (Art. VII, sec 21, Art. VIII, sec 4, 2, sec 5, 2, a); *Poland* 1997 Art. 9, Art. 25, 4, Art. 27, Art. 42, Art. 55, 2, 3, 4, Art. 56, 2, Art. 59, 4, Art. 87, 1, Art. 88, 3, Art. 90, Art. 91, Art. 116, Art. 117, Art. 133, 1, 1, 2, 3, 2, Art. 146, 4, 10); *Portugal* 1976 (Art. 7, Art. 8, Art. 135, Art. 161, i, Art. 277, 2); *Qatar* 2003 Art. 6, Art. 68, Art. 143); *Romania* 1991 (Art. 3, Art. 11, Art. 91, Art. 146, b, Art. 148, Art. 149); *Russia* 1993 (Art. 15, 4, Art. 46, 3, Art. 63, 1, Art. 69, Art. 83, 1, Art. 86, Art. 106, d, Art. 125, 2, d, 6); *Rwanda* 2003 (Art. 5, Art. 19, Art. 29, 4, 8, Art. 85, 3, Art. 86, 2, Art. 95, 3, Art. 98, Art. 108, Chapter X); *Saint Kitts and Nevis* 1983 (38, 3, b); *Saint Lucia* 1978 (41, 7, b, 87, 2, c, Schedule 3); *Saint Vincent and the Grenadines* 1979 (12, 3, b, 79, 2, c); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 4, 2, Art. 12, 1, 3, 4, Art. 13, Art. 17, 2, Art. 18, 2, Art. 71, 2, Art. 80, i, Art. 82, b, e, Art. 90, 2, e, Art. 97, d, j, Art. 111, e, Art. 144, 2, Art. 145, 1, Art. 146, 1, Art. 149, 3); *Saudi Arabia* 1992 (Art. 43, Art. 70, Art. 81); *Senegal* 2001 (Art. 9, Art. 52, Art. 92, Art. 95, Art. 96, Art. 97, Art. 98); *Serbia* 2006 (Art. 16, Art. 18, Art. 75, Art. 97, 1, Art. 99, 4, Art. 105, 15, 6, Art. 142, Art. 145, Art. 194); *Seychelles* 1993 (44, 2, 48, 64, 163, b, Schedule 5, 2, a); *Sierra Leone* 1991 (10, d, 26, 1, 40, 3, 4, d, h, 77, 1, n); *Singapore* 1963 (129, 5, a); *Slovakia* 1992 (Art. 1, 2, Art. 7, 2, 3, 4, 5, Art. 13, 1, b, Art. 67, 2, Art. 77, 1, Art. 84, 3, 4, Art. 86, b, k, Art. 87, 4, Art. 102, a, b, l, Art. 199, f, g, h, p, Art. 120, 2, Art. 125, 1, a, b, c, d, 3, 4, Art. 125a, Art. 127, Art. 129, 2, Art. 130, 1, g, Art. 133, Art. 144, Art. 145, 3, Art. 153, Art. 154c); *Slovenia* 1991 (Art. 3a, Art. 8, Art. 13, Art. 86, Art. 153, Art. 160); *Somalia* 2012 (Art. 7, 3, Art. 35, 13, Art. 36, 1, Art. 37, 2, Art. 40, 2, Art. 45, 3, b, Art. 53, 1, Art. 90, q, Art. 11c, 5, a, Art. 127, 1, f, Art. 140); *South Africa* 1996 (39, 1, b, 198, c, 199, 5, 200, 2, 231, 232, 233); *South Sudan* 2011 (9, 3, 37, 1, b, 43, e, 57, d, 86, 7, 101, p, 110, d, 135, 5, a, 157, 7, c, 193, 2, d, schedule A, 25, schedule C, 16); *Spain* 1978 (section 10, 1, section 93, section 94, section 95, section 96); *Sri Lanka* 1978 (33, 2, h, 157); *Suriname* 1987 (Art. 7, 2, 5, Art. 72, a, Art. 103, Art. 104); *Swaziland* 2005 (61, c, 191, 2, 237, 238); *Sweden* 1974 (Chapter 10, Art. 1, Art. 2, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 7, Art. 8, Art. 9, Art. 10, Art. 11, Art. 12, Art. 13, Art. 14, Chapter 15, Art. 9, Art. 13); *Switzerland* 199 (Art. 5, 4, Art. 56, Art. 121, a, 4, Art. 139, 3, Art. 141, 1, d, Art. 141a, Art. 147, Art. 166, Art. 172, Art. 184, Art. 186, 3, 4, Art. 189, b, Art. 190, Art. 193, 3, 4, Art. 194, 2, Transitional Provision to Art. 87, 2, f); *Syrian Arab Republic* 2012 (Preamble, Art. 75, 6, Art. 107, Art. 128, 7); *Taiwan* 1947 (Art. 38, Art. 63); *Tajikistan* 1994 (Art. 10, Art. 11, Art. 57, Art. 69); *Tanzania* (37, 8, 63, 3, e); *Thailand* 2017 (section 66, section 156, 14, section 178); *East Timor* (Art. 8, Art. 9, Art. 18, Art. 95, 3, f, Art. 115, 1, f, Art. 158, 1); *Togo* 1992 (Art. 137, Art. 139, Art. 140); *Tonga* 1875 (39, 90); *Trinidad and Tobago* 1976 (third schedule, 1); *Tunisia* 2014 (Art. 20, Art. 62, Art. 65, Art. 67, Art. 77, Art. 92, Art. 120); *Turkey* 1982 (Art. 15, Art. 16, Art. 42, Art. 69, Art. 87, Art. 90, Art. 92, Art. 104); *Turkmenistan* 2008 (Art. 9, Art. 11, Art. 68, Art. 71, 2, Art. 81, 10); *Tuvalu* 1986 (2, 3, 17, 2, 1, 18, 2, a, 32, b), *Uganda* 1995 (II, v, 119, 4, b, 5, 6, 123, 286); *Ukraine* 1996 (Art. 9, Art. 18, Art. 26, Art. 55, Art. 85, 14, 32, Art. 106, 3, 4, 5, Art. 124, Art. 151, Chapter XV, 14); *United Arab Emirates* 1971 (Art. 20, Art. 40, Art. 47, 4, Art. 60, 7, Art. 65, Art. 91, Art. 115, Art. 123, Art.

2.3 RIGHT TO HEALTH CARE

The objective is to ascertain the degree of similarity among the constitutions. Thus, the fundamental right is *right to health care*. It is found in 138 of the 193 Constitutions¹⁹. Consequently, it is evident that most constitutions explicitly address the *right to health*. Therefore, it does not mean that the others do not refer to this right in some way, but they do not explicitly contain this expression. It is complemented by the idea of *global constitutionalism* through the dimensions of *diatopic constitutionalism*, in the sense that a similar normative spectrum can be identified in the Constitutional texts, so that, internally, the normative requirements are also similar. Internally, in the case of similarity, the tendency is that it is reflected in the relations between the States by force of constitutional law. In this sense, sovereignty would have been maintained with the incidence

124, Art. 125, Art. 140, Art. 147, Art. 148); *United Kingdom* 1215 (Union with Ireland Act 1800, Article sixth, European Communities Act 1970, Northern Ireland Act 1998, 6, 2, c, d, 14, 5, a, 24, 1, a, b, 26, 27, Scotland Act 1998 29, 2, d, 35, 1, a, 57, 2, 58, 106, 4, 5, 6, 7, Constitution Reform Act 2005, 3, 8, b); *United States of America* 1789 (Art. I section 10, Art. III, section 2, Art. VI); *Uruguay* 1966 (Art. 6, Art. 46, Art. 85, 7, Art. 168, 20, Art. 239, 1); *Uzbekistan* 1992 (Preamble, Art. 17, Art. 23, Art. 78, 20, Art. 85, 6, Art. 86, 6, Art. 93, 4, 5, 6); *Vanuatu* 1980 (26); *Venezuela* 1999 (Art. 19, Art. 22, Art. 23, Art. 31, Art. 37, Art. 73, Art. 78, Art. 98, Art. 103, Art. 153, Art. 154, Art. 155, Art. 187, 18, Art. 236, 4); *Vietnam* 1992 (Art. 88, 6, Art. 96, 7, Art. 98, 5); *Yemen* 1991 (Art. 92, Art. 119, 12, Art. 125, 5, Art. 137, d); *Zambia* 1991 (Art. 4, 5, Art. 10, 4, Art. 63, 2, e, Art. 92, 2, b, c, Art. 114, 1, d, Art. 177, d, Art. 245, c); *Zimbabwe* 2013 (34, 36, 2, b, 43, 2, a, 46, 1, c, 100, 2, b, 110, 4, 165, 7, 204, 213, 3, a, b, e, 219, 2, c, 295, 2, 326, 327). We used the site www.constituteproject.org to quote information from constitutions.

19 *Afghanistan* 2004 (Art. 52); *Albania* 1998 (Art. 55); *Algeria* 1989 (Art. 66); *Andorra* 1993 (Art. 30); *Angola* 2010 (Art. 21, Art. 35, Art. 77, Art. 80); *Armenia* 1995 (Art. 85); *Azerbaijan* 1995 (Art. 41); *Bahrain* 2002 (Art. 8); *Bangladesh* 1972 (Art. 15, a, Art. 18, 1); *Belarus* 1994 (Art. 45); *Belgium* 1831 (Art. 23, 2); *Belize* 1981 (Preamble, e); *Benin* 1990 (Art. 8); *Bhutan* 2008 (Art. 9, 21); *Bolivia* 2009 (Art. 18, I, II, III, Art. 30, II, Art. 36, I); *Brazil* 1988 (Art. 6, Art. 196, Art. 197, Art. 198, I, II, III, §1º, §2º I, II, III, §3º I, II, III, IV, §4º, §5º, §6º); *Bulgaria* 1991 (Art. 52, 1, 2, 3, 4, 5); *Burkina Faso* 1991 (Art. 26); *Burundi* 2005 (Art. 55); *Cambodia* 1993 (Art. 72); *Cape Verde* 1980 (Art. 68, 1, 3); *Central African Republic* 2016 (Art. 8); *Chile* 1980 (Art. 19, 9); *Colombia* 1991 (Art. 49); *Congo (Democratic Republic of the)* 2005 (Art. 47); *Congo (Republic of the)* 2015 (Art. 36); *Côte d'Ivoire* 2016 (Art. 9); *Croatia* 1991 (Art. 58); *Cuba* 2019 (Art. 46, Art. 72); *Czech Republic* 1993 (Art. 31); *Dominican Republic* 2015 (Art. 61); *Ecuador* 2008 (Art. 3, Art. 32, Art. 37, Art. 39, Art. 42, Art. 43, Art. 45, Art. 46, Art. 47, Art. 50, Art. 51, Art. 358, Art. 359, Art. 360, Art. 361, Art. 362, Art. 363, Art. 364, Art. 365, Art. 366); *Egypt* 2014 (Art. 18); *El Salvador* 1983 (Art. 65, Art. 66); *Equatorial Guinea* 1991 (Art. 23); *Estonia* 1992 (Art. 28); *Ethiopia* 1994 (Art. 41, Art. 90); *Fiji* 2013 (Chap. 2, 38); *Finland* 1999 (Section 19); *France* 1958 (Preamble); *Gambia* 1996 (Chap. XX, 216, 4); *Georgia* 1995 (Art. 37); *Greece* 1975 (Art. 21); *Guatemala* 1985 (Art. 93, Art. 94); *Guinea* 2010 (Art. 15); *Guinea-Bissau* 1984 (Art. 15); *Guyana* 1980 (Art. 24); *Haiti* 1987 (Preamble, Art. 19); *Honduras* 1982 (Art. 145); *Hungary* 2011 (Art. XX); *India* 1949 (Part. IV, 47); *Indonesia* 1945 (Art. 28 H); *Iran* 1979 (Art. 3, Art. 29); *Iraq* 2005 (Art. 31, 1 e 2); *Italy* 1947 (Art. 32); *Japan* 1946 (Art. 25); *Kazakhstan* 1995 (Art. 29); *Kenya* 2010 (Cap. 4, Part 2, 43, 11, Part 3, 53, 1, 56); *Korea (Democratic People's Republic of)* 1972 (Art. 56, Art. 72); *Korea (Republic of)* 1948 (Art. 36); *Kosovo* 2008 (Art. 51); *Kuwait* 1962 (Art. 15); *Kyrgyzstan* 2010 (Art. 9, Art. 47); *Lao People's Democratic Republic* 1991 (Art. 25); *Latvia* 1922 (Art. 111); *Liberia* 1986 (Art. 8); *Libya* 2011 (Art. 8); *Liechtenstein* 1921 (Art. 18); *Lithuania* 1992 (Art. 53); *Luxembourg* 1868 (Art. 11); *Macedonia (Republic)* 1991 (Art. 39); *Madagascar* 2010 (Art. 19); *Malawi* 1994 (Art. 13); *Maldives* 2008 (Art. 23); *Mali* 1992 (Art. 17); *Marshall Islands* 1979 (Art. II, Sec. 15); *Mexico* 1917 (Art. 4); *Micronesia* 1978 (Art. XIII, sec. 1); *Moldova* 1994 (Art. 36, Art. 47); *Mongolia* 1992 (Art. 16); *Montenegro* 2007 (Art. 69); *Morocco* 2011 (Art. 31, Art. 71); *Mozambique* 2004 (Art. 89, Art. 116); *Myanmar* 2008 (Cap. VIII, 367); *Nepal* 2015 (Part. 335, Part. 451); *Netherlands* 1814 (Art. 22); *Nicaragua* 1987 (Art. 59, Art. 105); *Niger* 2010 (Art. 13); *Nigeria* 1999 (Chap. II, 17, 3, d); *Oman* 1996 (Art. 12); *Palau* 1981 (Art. VI); *Panama* 1972 (Art. 109, Art. 110); *Papua New Guinea* 1975 (Preamble); *Paraguay* 1992 (Art. 68, Art. 69); *Peru* 1993 (Art. 7, Art. 11); *Philippines* 1987 (Art. II, sec. 15, Art. XIII, sec. 11, Art. XIII, sec. 12, Art. XIII, sec. 13); *Poland* 1997 (Art. 68); *Portugal* 1976 (Art. 64); *Qatar* 2003 (Art. 23); *Romania* 1991 (Art. 34); *Russian Federation* 1993 (Art. 41); *Rwanda* 2003 (Art. 21); *Sao Tome and Principe* 1975 (Art. 50); *Saudi Arabia* 1992 (Art. 31); *Senegal* 2001 (Art. 8, Art. 17); *Serbia* 2006 (Art. 68); *Seychelles* 1993 (Art. 29); *Sierra Leone* 1991 (Chap. II); *Slovakia* 1992 (Art. 40); *Slovenia* 1991 (Art. 51); *Somalia* 2012 (Art. 27); *South Africa* 1996 (Art. 27); *South Sudan* 2011 (Part. 2, 31 anex.); *Spain* 1978 (Sec. 43); *Sudan* 2019 (Part. 1, Chap. II, 19); *Suriname* 1987 (Art. 24, Art. 36); *Swaziland* 2005 (Chap. V, 60); *Switzerland* 1999 (Art. 41); *Syrian Arab Republic* 2012 (Art. 22); *Taiwan* 1947 (Art. 157, add. Art. 10); *Tajikistan* 1994 (Art. 38, Art. 39); *Thailand* 2017 (Sec. 47, Sec. 55); *East Timor* 2002 (Art. 57); *Togo* 1992 (Art. 34); *Tunisia* 2014 (Art. 38); *Turkey* 1982 (Art. 56); *Turkmenistan* 2008 (Art. 52); *Uganda* 1995 (XIV); *Ukraine* 1996 (Art. 49); *United Arab Emirates* 1971 (Art. 19); *Uruguay* 1966 (Art. 44); *Uzbekistan* 1992 (Art. 40); *Venezuela* 1999 (Art. 83, Art. 84, Art. 85); *Vietnam* 1992 (Art. 38, Art. 58); *Yemen* 1991 (Art. 32, Art. 55); *Zimbabwe* 2013 (Chap. 2, 29, Cap. 4, Part. 2, 76).

of each State's Constitution, and the results of incidence of similar norms would be, in theory and abstractly, within a common normative spectrum.

The *diatopic constitutionalism* does not demand a law document nor any agency of power that overrides the independence and sovereignty of States, that is, it does not mean internalization, but interstate nationalization. It requires the legal-value convergence in the interpretation and the realization of similar constitutional texts. It could be carried out in three forms: 1) by decisions of national courts influenced by decisions of foreign courts; 2) by international treaties, covenants, declarations, and customs by which States are bound; 3) by decisions of international courts. Those three forms would conduct the application of the Constitution, to reduce disparities within constitutional normative-spectrum. As a result, based on constitutional force referring to each State, a praxis would be formed, with a relative degree of homogeneity, capable of establishing legal consensus on fundamental rights and guarantees, democratic rules, organizations, and separation of powers, among other legal institutes.

3 THE CONSTITUTIONAL INTEGRATION THROUGH LAW

The State of law is founded on the principle of rule of law. That principle is an essential paradigm for the effective division of powers, the democracy and the protection and the guarantee of fundamental rights (Kotzur, 2018, p. 34). Therefore, through law, the State is legitimated to act or omit. In terms of constitutional norms, there are rules and principles that open or close the legal system to the external environment. As some examples of constitutional opening norms, it could be mentioned the Art. 4, Art. 5, §2, §3, §4, of CRFB and as closing norms Art. 1, I, Art. 4, I, of CRFB.

The constitutional State respects and watches legal limits. In this point, formal projection among legal systems are in the inner and external environments. For instance, when the Brazilian State materializes the *right to health care*, simultaneously, it materializes the similar disposition of law that other States have too. For that matter, it does not have discordant actions among States because in the *right to health*, at least formally, 138 constitutions have the expression *right to health care*. The problem of can be a decisive factor to move away from the idea that there can be similar practices in the State actions. However, the material aspect is not the object of the present analysis.

4 CONSTITUTIONAL NORMS AMONG THE STATES

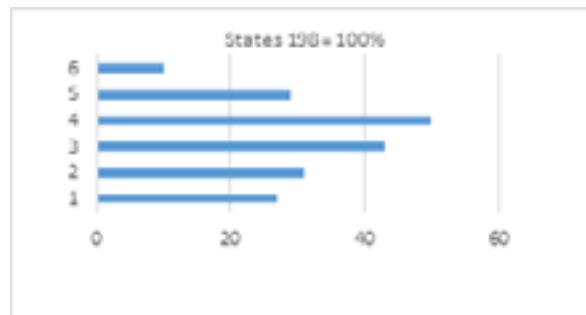
This topic reports the numbers that help to understand, partly, the legal approach among different States. The inference is that constitutions are the top of the legal system of the States and that the constitutional norms are supreme, in terms of normativity and binding, being there

interpreted in a unitary and systematic way. The initial idea is about differentiated effectiveness of constitutional norms, in other words, all norms have high or low normative density (Sarlet; Marinoni; Mitidiero, 2019, p. 190-192).

There were six guidelines for metric²⁰ construction. It is highlighted that the comparison is delimited to words of the text of legal dispositions, therefore it is not analyzing the respective interpretations, efficacy, and effectiveness. The guidelines are: (1) tolerance; (2) constitutional principles of international relations; (3) United Nations and/or Human Rights; (4) human dignity; (5) the regulatory norms of international relations; (6) right to health care. Before, it was reported the number of States that adopt each guideline²¹. At this stage, it highlights the similarity level among the searched constitutions, taking into consideration the guidelines used.

It is possible to presume that other constitutional guidelines can be factors of similarity among constitutions of the States. It establishes the measure in relation to quantity of disposition that are similar terms of theme and proposal. Therefore, there are six guidelines, and the quantity will determine the degree of similarity. The variation is one to six, varying from the weakest to the strongest degree, the middle one residing in three and four. The research demonstrated that twenty-seven States have one guideline of similarity; thirty-one States have two guidelines of similarity; forty-three States have four guidelines of similarity; twenty-nine States have five guidelines of similarity; ten States have all of them of similarity. The perspective is: eighty-nine States have four to six guidelines of similarity; one hundred and one States have one to three guidelines of similarity; eight States have no guideline of similarity with other States.

Figure 1 - factors of similarity



Source: Self-made.

Partial numbers show that formal similarity prevails among the constitutional provisions surveyed: fifty States have four similar guidelines out of six. Most States (one hundred and fifty-three) concentrate between two and five similar guidelines. However, when taking into account

20 The word metric is here?: "...using or relating to a system of measurement that uses metres, centimetres, litres, etc..." (Cambridge [...], [2021]).

21 The word parameter is used here in accordance with Cambridge Dictionary "...a set of facts or a fixed limit that establishes or limits how something can or must happen or be done...". (Cambridge [...], [2021]).<https://dictionary.cambridge.org>

the total of guidelines and States – more than half of similar guidelines in their constitutional norms, i.e., one hundred and one States have from one or three and eighty-nine States have among four and six similar guidelines.

The comparison numbers lean to the middle degree of similarity among the constitutions searched. Some elements can be added to this result: 1) there were six guidelines, in other words, there were just a few compared points; 2) some guidelines are generic, to the point of being implicitly treated, such as tolerance and the principles of international relations; 3) the comparison was based on the formal-textual aspect of constitutions searched. These elements can reduce the result of the comparison, to the extent that there are similarities in the material dimension of the constitutions or not. Thus, it can be said formally and textually, following the English translation of the constitutional texts and the chosen parameters, that the numbers indicate a low and middle degree of similarity between the constitutional texts of the international community.

CONCLUSION

Diatopic constitutionalism is a possible path to think about *global constitutionalism*. The highlighted characteristic is that one must think according to the Westphalian State, with sovereignty as the basic principle of international relations. There is still no way to think of a *global* or world (or *multilevel constitutionalism*) because it would have as much value as a declaration, a covenant, or a treaty. The path to be thought must be reversed, using the constitutional rule of law, the effectiveness of norms, and the that the Judiciary can exercise on the acts of the State, especially regarding the effectiveness of Constitutions.

In any case, it is up to the State to enforce the internal and external norms – which it ratifies – (international law) within its jurisdiction. This implies, e.g., enforcing human rights, i.e., promoting them within its sphere of sovereignty, and, within its possibilities, cooperating in the international environment. If a *global constitution* were instituted, the dynamics would be the same, but with the difficulty of overcoming the principle of sovereignty (and independence of States).

The similarity of the normative texts among the constitutions leads, at least formally, to the presupposition of a similar value-normative similarity that can guide the internal actions of States that, in an analogous sense, have an international impact. Thus, e.g., the realization of a fundamental right that is also considered as a human right is, therefore, simultaneously materialized. This impacts the international environment in such a way as to create a legal-valorative community of States that, within their scope of sovereignty, act in a similar manner and under the strength of the Constitution. However, for this to happen, it is necessary that the normative similarity goes beyond the normative texts and materializes into practical similarity.

REFERENCES

- ATILGAN, Aydin. **Global Constitutionalism**. Berlin: Springer, 2018.
- CAMBRIDGE dictionary online. Cambridge: Cambridge University Press, [2021]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org>. Acesso em: 6 dez. 2021.
- CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. **International law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. **Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance**. Cambridge: Cambridge Universitu Press, 2009.
- COUNCIL OF EUROPE. **European court of human rights**. Paris: Council of Europe, [2023]. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf. Acesso em: 9 jan. 2023.
- FABBRINI, Frederico. The margin of appreciation and the principle of subsidiarity: a comparison. **iCourts Working Paper Series**, Dinamarca, n. 15, p. 1-17, 2015.
- GUTAN, Manuel. Romanian tendential constitutionalism and the limits of European constitutional culture. In: BELOV, Martin. **Global constitutionalism and its challenges to westphalian constitutional law**. Oxford: Hart, 2018. p. 103-129.
- HÄBERLE, Peter. **Der kooperative verfassungsstaat**: aus kultur und als kultur. Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **Der gespaltene Westen**. Frankfurt am Main: Suhkamp, 2004.
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrechts der budensrepublik deutschland**. Heidelberg: Müller, 1993.
- KIIVER, Philipp. The national parliaments and the principle of subsidiarity. **Maastricht journal of European and comparative law**, Thousand Oaks, v. 15, p. 77-83, 2008.
- KOTZUR, Markus. Der jurist als weltbürger: überlegungen zu bildungsidealnen und ausbildungszielnen der juristenausbildung in zeiten der globalisierung. In: DURNER, Wolfgang; REIMER, Franz; DÖHMANN, Indra Specker; WALLRABENSTEIN Astrid. **Das sinnvoll Denkbare denken, das davon Machbare machen**. Berlin: Dunker & Humblot, 2019. p. 29-40.
- KOTZUR, Markus. Europe's unfinished community of law: legal challenges of the integration project. In: GRIMMEL, Adreas. **The crisis of the European Union**: challenges, analyses, solutions. Routledge: London, 2018. p. 26-40.
- KOTZUR, Markus. Verstehen durch Hinzudenken“ und/oder Ausweitung der Kampfzone“?. In: **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart**: Band. 63. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015. p. 355-365.
- O'DONOGHUE, Aoife. **Constitutionalism in global constitutionalisation**. Cambridge: Cambridge University, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SCELLE, Georges. **Précis de droit des gens**: principes et systématique. Paris: Dalloz, 1932.

UNITED NATIONS. **Charter of the United Nations**. Geneva: UN, [2020]. Disponível em: <https://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em: 19 abr. 2020.

WELLENS, Karel. Revisiting solidarity as a (Re-)emerging constitutional principle: some further reflections. In: RÜDIGER, Wolfrum; CHIE, Kojima. **Solidarity**: a structural principle of international law. Heidelberg: Springer, 2009. p. 3-38.

Recebido em: 05/02/2023

Aceito em: 23/06/2023

FILOSOFIA DO DIREITO, DE ALYSSON LEANDRO MASCARO

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Vitor Gabriel Garnica*

Como citar: GARNICA, Vitor Gabriel. Filosofia do direito, de Alysson Leandro Mascaro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 290, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.46204>

O livro *Filosofia do Direito* escrito por Alysson Leandro Mascaro apreende as problemáticas jurídicas, o objeto de conhecimento e as possíveis e numerosas interpretações da do direito por meio da história da filosofia. Dos antigos aos contemporâneos observa-se as múltiplas ideias, realizadas por meio do pensamento a compreender à realidade, dadas as especificidades do tempo e espaço dos filósofos de cada período para promover explicações, no campo do pensamento sobre os problemas da realidade.

A apresentação desta resenha tem por intuito esboçar a sistematização e a organização própria dada por Alysson Mascaro. Destinhar todas as ideias dos principais autores contidos na obra e as suas implicações para as visões de mundo devem ser lidas diretamente pelas palavras e exposição do autor, o que torna a apreensão do conhecimento filosófico mais rica, clara e instiga o leitor a compreender as continuidades e rupturas dos pensamentos filosóficos dentro do seu contexto histórico-social.

Filosofia do Direito é dividido em quinze capítulos. O primeiro ao terceiro há uma apresentação propedêutica da filosofia, filosofia do direito e a história da filosofia do direito. Os capítulos quatro e cinco analisam o surgimento da filosofia na Grécia com os pré-socráticos e finaliza numa análise mais pormenorizada do pensamento aristotélico. O capítulo seis trata sobre a filosofia do direito medieval. Do sétimo ao décimo primeiro são apresentados a filosofia do direito moderna, o contrato social, jusnaturalismo e autores essenciais para o pensamento atual, tais como Kant, Hegel e Marx. Por fim, dos capítulos doze ao quinze, o autor se debruça ao compreender a filosofia do direito contemporânea dividido em três grandes blocos: os juspositivistas, os não juspositivistas e as críticas.

A sistematização e o rigor de Alysson Mascaro ao conhecimento filosófico jurídico têm por base a história do pensamento da filosofia, no qual o recorte se dá na temática dos fenômenos jurídicos. Destaca-se a presença da elucidação de conceitos e termos importantes para entender especificamente alguns autores e a correlação da temática jurídica, por exemplo: o mundo das ideias (Platão), o justo e a justa-medida (Aristóteles), a fé e a razão para os medievais, o homem e a liberdade para os contratualistas, a razão prática e pura (Kant), a fenomenologia do espírito (Hegel), a práxis (Marx), a norma (Kelsen), tridimensionalidade (Reale), o Ser-aí (Heidegger), a

*Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina/PR. Advogado. E-mail: vitorgarnica@hotmail.com

hermenêutica (Gadamer), o decisionismo (Schmitt), a microfísica do poder (Foucault), hegemonia (Gramsci), forma-mercadoria (Pachukanis), etc. Todos estes conceitos e outros são analisados conjuntamente, o que possibilita o leitor comparar os diferentes autores de diferentes épocas em processos de continuidades e rupturas do pensamento filosófico por meio da análise da história da filosofia do direito.

Mascaro se utiliza da cronologia histórica para apresentar as filosofias do direito (plural, pois se trata de diversas concepções e visões da realidade) e os seus autores mais expoentes em cada época em uma grande primeira sistematização. Ao adentrar o período contemporâneo, de forma original, o autor divide os juspositivistas, os não-juspositivistas e os críticos do direito. Tal sistematização e científicidade do conhecimento jusfilosófico permite extrair da leitura as questões essenciais da filosofia, sujeito e objeto, e sua correlação aos fenômenos jurídicos (justo, indivíduo, coletivo, Estado, norma, poder, capitalismo).

O objeto e o problema do direito são dúvidas que permanecem na delimitação da ciência jurídica. Esta imprecisão persiste por justamente os fenômenos jurídicos serem encarados de distintas formas ao decorrer do processo histórico. Na filosofia do direito dos antigos (Platão e Aristóteles), o justo é a preocupação dos atenienses, este marcado por caráter social e político relacionado à *pólis*. Já nos medievais (Santo Agostinho e Tomás de Aquino), a filosofia do direito ganha contornos teleológicos, sendo a fé e a razão enquanto estruturas ontológicas no qual se impõe a lei divina e a lei dos homens. Na filosofia do direito moderna, o surgimento do Estado localiza o embate do indivíduo e o corpo social sob o contrato social e o individualismo em Hobbes, Locke e Rousseau. No final da Era Moderna, três grandes pensadores são analisados: Kant, Hegel e Marx. A leitura neste ponto revela essencial para a compreensão dos tempos contemporâneos, pois são determinantes para o pensamento atual. Em Kant, o subjetivismo toma contornos decisivos ao constituir o sujeito universal e, também, o direito enquanto extensão do racionalismo. O início do modo de produção capitalista é presente nas análises de Hegel e Marx. A dialética é o principal método de averiguação da realidade. Contudo, Hegel e Marx se divergem na apreensão da realidade. Enquanto Hegel é um idealista fenomênico, Marx é um materialista histórico. As implicações são as mais diversas. A leitura de *A Ideologia Alemã* de Marx é determinante para entender a diferença entre eles.

A Filosofia do Direito Contemporânea é construída sob o modo de produção capitalista e suas leituras implicam na legitimação do sistema capitalista (juspositivistas) ou na crítica da ordem estabelecida, seja relacionado à certas estruturas específicas da sociedade como o direito, política, instituições (não juspositivistas) ou, então, na crítica da totalidade do sistema de reprodução social (críticas). Esta divisão permite extrair da gênese às implicações de cada sistema de pensamento jusfilosófico.

Os positivistas são sistematizados em três classificações: i) o *ecletismo* representado por Miguel Reale e o Culturalismo Jurídico; ii) o *analítico-abstrato* e a teoria da norma pura em Kelsen e; iii) o ético e o agir comunicativo em Habermas. De maneira geral, defendem o direito aos moldes técnicos e estatais dados enquanto forma de apaziguar os conflitos sociais.

Os não juspositivistas também são divididos em três eixos: i) os existencialistas em Heidegger e Gadamer, o qual se agrupam por compreender o direito enquanto arte e não em técnica; ii) o decisionismo em Carl Schmitt, no qual o direito se revela na sua exceção, sendo o poder soberano o determinante para definir o direito e; iii) a microfísica do poder em Foucault, o qual caracteriza as relações microfísicas de poder enquanto determinantes a definir a estrutura social, inclusive, o direito. Em suma, os não juspositivistas conseguem ir além do *status quo*, do direito positivo e do contrato social no Estado enquanto algo justo. Instalam uma crítica à técnica, a autonomia do direito, ao saber. Contudo, limitam-se a certas instâncias da sociabilidade, não a aprofundando em sua totalidade.

As Filosofias do Direito Críticas revelam a preferência do autor ao compreender os fenômenos jurídicos, pois implicam a totalidade da reprodução social. Albergado de diversos autores da tradição marxista, apresenta a rachaduras e contradições do direito positivo e as limitações daqueles que ensejam a crítica ao direito sem pensar no capitalismo. Em Marx, Lenin e Pachukanis a compreensão do direito tem a marca da forma-mercadoria que regula as relações sociais. Já no marxismo ocidental há um deslocamento para a ocupação do Estado e o seu posterior fim. Em Althusser há um corte epistemológico no qual apresenta a radicalidade da práxis revolucionária sobre a totalidade do capitalismo e suas estruturas. Por fim, no Novo Marxismo é apresentado autores atuais e as discussões em torno da teoria do valor.

A leitura do livro a Filosofia do Direito é imprescindível para quem deseja aprofundar os seus conhecimentos sobre filosofia e direito. Alysson Mascaro sistematiza e organiza o pensamento de forma didática e projeta a construção de novos horizontes com base numa radical crítica ao direito. Pensar o direito e as suas operações vestidas de legitimação técnica devem ser superadas para realizar a justiça em seu maior grau de excelência contra as estruturas que espoliam o indivíduo e empobrecem as relações sociais.

Recebido em: 09/06/2022

Aceito em: 11/11/2022

SUSTENTABILIDADE: DIREITO AO FUTURO

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Ricardo Lebbos Favoreto*

Como citar: FAVORETO, Ricardo Lebos. Sustentabilidade: direito ao futuro. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 19, n. 1, p. 293, abr. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5433/1980-511X.2024.v19.n1.46296>

Os dez capítulos de “Sustentabilidade: direito ao futuro” expressam o pensamento do Professor Juarez Freitas sobre a sustentabilidade no sistema jurídico brasileiro. O autor fez carreira na cena acadêmica sulista, tendo atuado como professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Já há algum tempo, interessa-se pela sustentabilidade – ao lado de interpretação constitucional e Direito Administrativo, temática destacada em suas pesquisas. A obra resenhada é mostra disso. Publicada originariamente em 2011, encontra-se na quarta edição. No mesmo ano, recebeu a Medalha Pontes de Miranda, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas – uma obra inequivocamente relevante.

Guiando o leitor, já na página introdutória, apresenta o autor seu fio condutor:

[...] a sustentabilidade merece acolhida, antes de mais, como princípio constitucional que determina promover, a longo prazo, o desenvolvimento propício ao bem-estar pluridimensional (social, econômico, ético, ambiental e jurídico-político), com reconhecimento da titularidade de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras [...] (Freitas, 2019, p. 15).

Ao longo da obra, permanece o autor devotado ao propósito de demonstrar que a sustentabilidade, como colocado nas primeiras linhas do capítulo concludente, é “princípio constitucional que incide, de maneira vinculante, em todas províncias do sistema jurídico-político (não apenas na seara ambiental)” (Freitas, 2019, p. 337). O movimento retórico percorrido para tanto não é apressado: transcende a discussão arquetípica veiculada na avultosa literatura a enfocar a sustentabilidade (embora também a abranja, em muitos pontos). O resultado é um texto de 416 páginas, que se desenovela aos poucos e, frequentemente, revisita argumentos explorados em páginas anteriores, desenvolvendo-os sob novas luminescências. Cuida-se de arguição paulatina, manifestação de um intento cauteloso, que, cônscio da complexidade da temática arrostrada, evita apriorismos espontâneos.

A cadência geral do texto revela-se logo de início. Dedicam-se os quatro primeiros capítulos a minuciar a noção-base da obra, a sustentabilidade – o que entende o autor por sustentabilidade.

Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado em Administração pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Doutor em Administração pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Mestre em Administração pela UEL. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Pós-graduado em Filosofia Moderna e Contemporânea pela UEL. Pós-graduado em Filosofia Política e Jurídica pela UEL. Graduado em Direito

Intitulam-se eles: “Sustentabilidade: conceito” (1); “O que se entende por natureza multidimensional da sustentabilidade” (2); Choque de paradigmas: o novo paradigma da sustentabilidade *versus* o paradigma da insaciabilidade patológica” (3); “Nova agenda da sustentabilidade multidimensional” (4). Em poucas palavras (sem deixar de incorrer no risco de simplismo desmedido): representa a sustentabilidade guinada paradigmática, afigurando-se multidimensionalmente e em favor da vida, a enfocar o bem-estar de gerações presentes e futuras. Apenas após assentado o conceito (o que não se faz sem que se forneçam pelo percurso doses por vezes nada homeopáticas de antecipações), é que se adentra mais efetivamente na campanha jurídica, no capítulo quinto.

O capítulo em questão, intitulado “Sustentabilidade como valor constitucional”, é, na trama discursiva, fundamental. Em seus parágrafos, posiciona-se a sustentabilidade – a versão sua ostentada na primeira parte da obra – no direito brasileiro (mais amplamente, mesmo na sociedade brasileira). E confere-se a ela centralidade. Note-se: “*Sustentabilidade, no sistema brasileiro, é, entre valores, um valor de estatura constitucional. Mais: é ‘valor supremo’, assumida a releitura da Carta como instrumento de produção da homeostase biológica e social de longa duração*” (Freitas, 2019, p. 121). A sustentabilidade não apenas se encerra na Constituição, como afeta a leitura que dela se faz. Para o autor, consiste a sustentabilidade em “princípio ético-jurídico”, “valor constitucional supremo”, “objetivo fundamental da República” (Freitas, 2019, p. 125).

Os capítulos seguintes abordam a sustentabilidade sob vieses variados. Disserta-se sobre discurso, educação, política. Seguem intitulados: “Sustentabilidade: como vencer as falácia e as armadilhas argumentativas” (6); “Sustentabilidade e educação para o desenvolvimento que importa” (7); “Sustentabilidade e a indispensável superação dos vícios políticos” (8). O capítulo sexto oferta um instrumental crítico para se granjear lucidez na lida com a sustentabilidade – ideia complexa que é, amiúde vulnerável a erros lógicos e enganos psicológicos. O sétimo, enunciando que “[...] a sustentabilidade pressupõe a transformação de hábitos mentais, suscitada pela educação de qualidade” (Freitas, 2019, p. 185), aprovisiona uma proposta de educação para a sustentabilidade. O oitavo procede a um diagnóstico de disfunções comportamentais que obstaculizam a implementação do princípio da sustentabilidade.

Entranhandose pela província jurídica clássica, os capítulos nono e décimo alumiam, com a matriz da sustentabilidade, dois temas salientes: “Sustentabilidade e o novo Direito Administrativo” (9); “Sustentabilidade, responsabilidade do Estado e nova interpretação jurídica” (10). Trata-se dos dois mais extensos capítulos, correspondendo, juntos, a mais de um terço do espaço destinado aos dez. O Direito Administrativo, abordado no capítulo nono, constitui esfera tradicional do Direito, e, para o autor, “[...] no quadro das relações administrativas, em deferência ao princípio constitucional da sustentabilidade, importa realizar uma *robusta guinada de rota*” (Freitas, 2019, p. 219). Significa, nos termos do autor, um “novo direito”. Os efeitos do texto são instigantes: por que não estender as reflexões acerca do Direito Administrativo a outros ramos do Direito? É, pois, um capítulo que não se contém em suas páginas. O capítulo sequente desenrola-se na sua esteira,

pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Professor do Departamento de Administração da UEL, com atuação na graduação em Administração e no Programa de Pós-Graduação em Administração. E-mail: ricardo.favoreto@hotmail.com

especialmente no que diz respeito à responsabilidade do Estado – dada a indissociabilidade entre Estado e Administração Pública, e dado ser esta elemento-imã a convocar à realidade o Direito Administrativo.

O capítulo reproduz-se em torno da noção de “Estado Sustentável”, que determina responsabilidades e orienta a interpretação jurídica. Nos moldes postos pelo autor, “[...] o Estado existe para estimular condições institucionais apropriadas ao *bem-estar das gerações presentes sem sacrificar o bem-estar das gerações futuras*” (Freitas, 2019, p. 295, destaque no original). A sustentabilidade impulsiona a releitura da responsabilidade estatal, por ação ou omissão, por previdência ou reparação. Outrossim, redefine o modo de interpretar o Direito e de interpretar a partir do Direito: “[...] a Agenda da Sustentabilidade está implicitamente positivada, passando a ser o norte interpretativo, por excelência” (Freitas, 2019, p. 327). A sustentabilidade, em síntese, muda o jeito de pensar – e, por consequência, de praticar – o Direito.

A obra em tela postula, precipuamente, conversão paradigmática: conforme disposto em vários trechos, a substituição do modelo da insaciabilidade pelo da sustentabilidade. O título e as palavras finais do texto transmitem ao leitor a imagem anelar: “Sustentabilidade: direito ao futuro” (Freitas, 2019) e “[...] a escolha da sustentabilidade, antes de tudo, como oportunidade derradeira de assegurar, às gerações, o direito fundamental ao futuro” (Freitas, 2019, p. 346). Questão de futuro porque a vida, valorada como vida, desprende-se do presente e dos particularismos nele contidos. *Uma* vida ganha em valor quando *a* vida importa. Oportunidade porque quiçá se esteja diante de condições objetivas para o implemento da sustentabilidade – momento oportuno, destarte. E, além de adequado, premente. Muito do que se pode fazer deve-se fazer já.

A leitura da obra é altamente recomendável. A despeito do elevado volume de comunicação engendrado (também no campo jurídico), a sustentabilidade ainda é, no pensamento jurídico, algo por se incorporar. Cuidadoso com a descrição de contexto, apropriando-se de debatimentos jurídicos significativos, o texto inicia ou aprofunda o leitor na relação hoje incontornável entre Direito e sustentabilidade. Constitui um passo a mais na elevação, na cena brasileira, da sustentabilidade a princípio constitucional, cogente.

Recebido em: 26/06/2022

Aceito em: 11/11/2022