



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



Revista do  
**DIREITO PÚBLICO**

REITOR

Prof.<sup>o</sup>. Dr.<sup>o</sup>. Sérgio Carlos de Carvalho

VICE-REITOR

Prof. Dr. Décio Sabbatini Barbosa

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

Pró-Reitor: Prof. Dr. Amauri Alcindo Alfier

Diretora de Pós-Graduação: Prof.<sup>a</sup>. Silvia Marcia Ferreira Meletti

Diretor de Pesquisa: Prof. Eduardo José de Almeida Araujo

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS

Diretora: Prof.<sup>a</sup>. D.<sup>a</sup>. Tânia Lobo Muniz

Vice-Diretor: Prof. Daniel da Silva Barros

Chefe do Departamento de Direito Privado: Profa. D.<sup>a</sup>. Adiloar Franco Zemuner

Chefe do Departamento de Direito Público: Prof. Ms. Miguel Belinati Piccirillo

CURSO DE MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL

Coordenador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Vice-Coordenador: Prof.<sup>a</sup>. Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Catálogo elaborado 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, 2021-v.2 ; 29 cm.

Quadrimestral.

Descrição baseada em: v. 16, n. 3, set/dez. (2021).

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 (Rússia), 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

MESTRADO EM DIREITO  
NEGOCIAL

DEPARTAMENTO DE  
DIREITO PÚBLICO



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA



SSN 1980-511X (eletrônico)  
Revista do Direito Público da UEL  
Volume 16, número 3, dez. 2021

### **EDITORES RESPONSÁVEIS / EDITORS**

Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
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**

Adriana Campos	Minas Gerais
Álvaro Ricardo de Souza Cruz	Minas Gerais
Carlos Augusto de Assis	São Paulo
Daiane Moura de Aguiar	São Paulo
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira	Espírito Santo
Eduardo Tomasevicius Filho SP	São Paulo
Eloy Pereira Lemos Junior	Minas Gerais
Fernando Nogueira Martins Júnior	Minas Gerais
Gerson Amauri Calgaro	São Paulo
Gustavo da Gama Vital de Oliveira	Rio de Janeiro
José Eduardo Lourenço dos Santos	São Paulo
Juliane Caravieri Martins	Minas Gerais
Lier Pires Ferreira	São Paulo
Liliane Vieira Martins Leal	São Paulo
Nilo Batista	Rio de Janeiro
Nilson Tadeu Reis Campos Silva	Paraná
Roberto Estevão	São Paulo
Rogério Mollica	São Paulo
Silvio Carlos Alvares	São Paulo
Thais Bernardes Maganhini	Rondônia
Thami Covatti Piaia	Rio Grande do Sul

**ASSESSORIA TÉCNICA**  
**Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR)**

**Amanda Machado Sorgi, Ana Luiza Mendes Mendonça, Angela Maria Dalla Torre, Beatriz Scherpinski Fernandes, Bruna Faria, Claudia da Rocha, Flávia Osmarin Tosti Menegon, Gabriela Amorim Paviani, Isabela Nabas Schiavon, Laudicena Ribeiro, Mylena de Souza Santos, Rennan Herbert Mustafa, Vítor Gabriel Garnica e Yagho Willian Prenzler de Souza**

## SUMÁRIO | CONTENT

<b>EDITORIAL.....</b>	<b>8</b>
<b>UMA CRÍTICA AO SUJEITO COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL NA ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA À LUZ DA TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS DO NEGÓCIO JURÍDICO.....</b>	<b>10</b>
A CRITIQUE OF THE SUBJECT AS AN INDISPENSABLE ELEMENT IN THE STRUCTURE OF THE LEGAL RELATIONSHIP IN LIGHT OF THE TRANSITION OF PARADIGMS OF THE LEGAL BUSINESS	
<i>Daniela Braga Paiano e Adenir Theodoro Junior e Ana Luiza Mendes Mendonça</i>	
<b>DIGNIDADE HUMANA E MANIPULAÇÃO GENÉTICA: REFLEXÕES JUSFILOSÓFICAS ACERCA DA MODIFICAÇÃO DO GENOMA.....</b>	<b>27</b>
HUMAN DIGNITY AND GENETIC MANIPULATION: JUSPHILOSOPHICAL REFLECTIONS ABOUT GENOME MODIFICATION	
<i>Melissa Mayumi Suyama Ferrari e Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador</i>	
<b>A NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS COMO CONTRIBUTOS PARA O COMBATE ÀS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA....</b>	<b>44</b>
TAX NEUTRALITY AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AS CONTRIBUTIONS TO COMBAT VIOLATIONS OF THE ECONOMIC ORDER	
<i>Anna Karla da Silva Brisola e José da Silva Alves Júnior e Hertha Urquiza Baracho</i>	
<b>REGULAÇÃO, FAKE NEWS E O CONFLITO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO .....</b>	<b>60</b>
REGULATION, FAKE NEWS AND THE CONFLICT WITH THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION	
<i>Wellington Antonio Baldissera e Vinícius Borges Fortes</i>	
<b>A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NO ÂMBITO DAS EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS E A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA .....</b>	<b>83</b>
THE SEARCH FOR EFFICIENCY WITHIN LOCAL TAX IMPLEMENTATION AND TAX TRANSACTION	
<i>Bruno Bastos de Oliveira e Richard Bassan e Cristiana Carlos do Amaral Cantídio</i>	
<b>DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO E ACCOUNTABILITY NO PLANO LOCAL: ESTUDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS PIAUIENSES .....</b>	<b>101</b>
DEMOCRACY, DEVELOPMENT AND ACCOUNTABILITY OF LOCAL PLAN: STUDY ON THE ACCOUNTABILITY OF PIAUIENSES COUNTIES	
<i>Valter Rodrigues Carvalho e Cláudio Rêgo Carvalho</i>	
<b>INDISPENSABILIDADE DA TERRA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS .....</b>	<b>123</b>
THE INDISPENSABILITY OF LAND FOR THE REALIZATION OF THE HUMAN RIGHT TO FOOD OF INDIGENOUS PEOPLES	
<i>Gilberto Starck e Keberson Bresolin</i>	

**O LAND GRABBING E A ESTRANGEIRIZAÇÃO DAS PROPRIEDADES BRASILEIRAS E A LUTA CONTRA AS NOVAS FORMAS DE COLONIALISMO.....144**  
**LAND GRABBING AND THE STRANGERIZATION OF BRAZILIAN PROPERTIES AND THE FIGHT AGAINST NEW FORMS OF COLONIALISM**

*Daniela Richter e Karina Schuch Brunet e Odone Frederico Paul*

**CABO FRIO E AS POTENCIALIDADES DA REGIÃO LAGOS: DO PLANO DE DESENVOLVIMENTO INTEGRADO PARA O TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO INTERMUNICIPAL.....168**  
**THE MUNICIPALITY OF CABO FRIO AND THE POTENTIALITIES OF THE REGIÃO DOS LAGOS: FROM THE INTEGRATED DEVELOPMENT PLAN TO INTERMUNICIPAL COLLECTIVE PUBLIC TRANSPORT**

*Eric Santos Andrade e Emerson Affonso da Costa Moura*

**ALGOCRACIA S/A: O PODER DAS CORPORAÇÕES E SEUS ALGORITMOS NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS .....192**  
**ALGOCRACY S/A: THE POWER OF CORPORATIONS AND THEIR ALGORITHMS IN DEMOCRATIC SOCIETIES**

*Pedro Durão e Juliana Araujo Pinto*

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E A (I)LEGITIMIDADE DO ARTIGO 122: IMPLICAÇÕES DOGMÁTICAS DA AUTONOMIA NO DIREITO PENAL .....207**  
**THE (UN) CONSTITUTIONALITY AND (IL) LEGITIMACY OF THE ARTICLE: DOGMATIC IMPLICATIONS OF AUTONOMY IN CRIMINAL LAW**

*Luciano de Oliveira Souza Tourinho e Ana Paula Silva Sotero e Livia Cardoso Louzada*

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E OS REFLEXOS SOBRE A PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA: ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS .....227**  
**THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND REFLECTIONS ON HOMESTEAD: MATERIAL AND PROCESS ASPECTS**

*Jussara Borges Ferreira e Maria das Graças Macena Dias de Oliveira e Jefferson Patrik Germinari*

**RESENHA/ABSTRACT .....245**

**O FUTURO DA DEMOCRACIA: UMA DEFESA DAS REGRAS DO JOGO .....245**

*Patrícia Rodrigues da Silva*

**PACTO ANTENUPCIAL NA HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL.....248**

*Isabela Nabas Schiavon*

## EDITORIAL

Apresentamos a edição de dezembro de 2021 (v. 16, n. 3) da Revista do Direito Público.

Esta edição é constituída por textos elaborados por autores de nosso estado, Paraná, e de todo o Brasil, com temas relacionados ao direito civil e ao biodireito, ao direito econômico, às *fake news*, ao direito tributário, à *accountability* na administração pública, aos direitos dos povos indígenas e aos direitos humanos, ao direito urbanístico, às inovações tecnológicas, notadamente quanto aos algoritmos, ao direito penal e ao direito de família.

Quanto ao direito civil, o trabalho *“Uma crítica ao sujeito como elemento indispensável na estrutura da relação jurídica à luz da transição de paradigmas do negócio jurídico”*, analisa a estrutura da relação jurídica a partir do atual modelo de negócio jurídico, notadamente em relação à necessidade ou não da presença de sujeitos em caso tal.

Em seguida, o artigo *“Dignidade humana e manipulação genética: reflexões jusfilosóficas acerca da modificação do genoma”*, considera o biodireito e a bioética na tutela da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação perspectivada com a filosofia.

O estudo *“A neutralidade tributária e a responsabilidade social das empresas como contributos para o combate às infrações à ordem econômica”*, ao tratar de direito econômico, expõe a defesa da concorrência e a exigência de posturas éticas das empresas.

De outra banda, em direito público foi estudado o tema da *“Regulação, fake news e o conflito com o direito à liberdade de expressão”*, em que se aborda a necessidade de controle por parte do Estado, com o fim de conter a propagação de informações falsas na sociedade brasileira, especialmente por meio da internet.

Ademais, o trabalho *“A busca pela eficiência no âmbito das execuções fiscais municipais e a transação tributária”*, discute a possibilidade de transação em direito tributário, sobretudo no âmbito das execuções fiscais municipais como meio adequado de solução de conflitos de natureza tributária.

Seguidamente, o estudo de caso *“Democracia, desenvolvimento e accountability no plano local: estudo sobre as prestações de contas dos municípios piauienses”*, apresenta a prática de *accountability* pelos gestores públicos de alguns municípios do Piauí, no período de 2010 a 2013.

Por sua vez, ao tratar do direito indígena, o artigo *“A indispensabilidade da terra para a efetivação do direito humano ao alimento dos povos indígenas”*, examina o direito dos indígenas ao alimento e à terra no cenário brasileiro, com base em documentos internacionais e sua interface com a Constituição Federal de 1988.

Em direitos humanos, o artigo *“O land grabbing e a estrangeirização das propriedades brasileiras e a luta contra as novas formas de colonialismo”*, mostra uma perspectiva do tema em relação ao Brasil e à América Latina.

O estudo *“Cabo frio e as potencialidades da região lagos: do plano de desenvolvimento integrado para o transporte público coletivo intermunicipal”*, ao tratar de direito urbanístico, propõe a rediscussão do desenvolvimento do referido aglomerado urbano localizado no Rio de Janeiro.

Mais adiante, menciona o artigo *“Algocracia S/A: o poder das corporações e seus algoritmos nas sociedades democráticas”*, verificar o modo de gestão dos algoritmos, considerando as inovações tecnológicas disponíveis ao setor empresarial no âmbito da sociedade da informação e os respectivos valores democráticos.

Na seara do direito penal, o estudo *“A (in)constitucionalidade e a (i)legitimidade do artigo 122: implicações dogmáticas da autonomia no direito penal”*, cuida da insuficiência de fundamentos à alteração legislativa que modificou o crime de incitação ao suicídio e incluiu das condutas de induzir ou instigar a automutilação, notadamente em relação ao direito constitucional à autonomia daquele que pratica a autolesão, além de apontar outra solução.

Noutro flanco, na área do direito de família, o trabalho *“O princípio da boa-fé e os reflexos sobre a proteção ao bem de família: aspectos materiais e processuais”*, apresenta uma análise da proteção legal conferida, atualmente, tanto ao bem de família como ao mínimo existencial e seus reflexos jurisprudenciais.

Nesta edição, a revista conta ainda com duas resenhas, que analisam a obra *“O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo”*, de Norberto Bobbio e, ainda, o capítulo *“Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional”*, de Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira, da obra *“Direito Civil na Legalidade Constitucional: algumas aplicações”*, sob a coordenação de Joyceane Bezerra de Menezes, Maria Cristina de Cicco e Francisco Luciano Lima Rodrigues.

Esperamos que apreciem a leitura de nosso terceiro volume deste ano e que as pesquisas divulgadas aqui fomentem novos estudos.

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti  
Dezembro de 2021

**UMA CRÍTICA AO SUJEITO COMO ELEMENTO  
INDISPENSÁVEL NA ESTRUTURA DA RELAÇÃO JURÍDICA  
À LUZ DA TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS DO NEGÓCIO  
JURÍDICO**

A CRITIQUE OF THE SUBJECT AS AN INDISPENSABLE  
ELEMENT IN THE STRUCTURE OF THE LEGAL RELATIONSHIP  
IN LIGHT OF THE TRANSITION OF PARADIGMS OF THE  
LEGAL BUSINESS

\* Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), professora adjunta no departamento de Direito Privado e do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito na Universidade Estadual de Londrina (UEL).  
E-mail: danielapaiano@hotmail.com

\*\*Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Estado pela UEL. Graduado em Direito pela Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo - Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Graduado em Gestão Pública pela Universidade Metodista de São Paulo. Consultor Jurídico da Prefeitura do Município de Irapuru-SP e Coordenador/Professor no Instituto de Gestão e Aperfeiçoamento Profissional - IGAP.  
E-mail: jjunior.theo@gmail.com

\*\*\*Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela Faculdade LEGALE. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pesquisadora e bolsista CAPES. Advogada.  
E-mail: analuiza.mendonca20@gmail.com

**Daniela Braga Paiano\***  
**Adenir Theodoro Junior\*\***  
**Ana Luiza Mendes Mendonça\*\*\***

**Como citar:** PAIANO, Daniela Braga; THEODORO JUNIOR, Adenir; MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. Uma crítica ao sujeito como elemento indispensável na estrutura da relação jurídica à luz da transição de paradigmas do negócio jurídico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 10-26, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.10. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente artigo encerra uma análise estrutural da relação jurídica com base no atual modelo de negócio jurídico. Há um dissídio doutrinário a respeito da (im)prescindibilidade da presença de sujeitos numa relação para que esta possa ser considerada uma relação jurídica. De um lado, parte da doutrina advoga ser imprescindível, enquanto outra discorda, defendendo a ideia de que a relação jurídica pode traduzir-se tão somente numa relação de interesses, sem sujeitos. O negócio jurídico, como meio legítimo de criação de relações jurídicas, tem na vontade humana o seu impulso criador. Deste modo, o objeto de verificação do presente ensaio é a possibilidade de constituição de uma relação jurídica mesmo na ausência de vontade humana, ou seja, na ausência de sujeitos. Para o exame da hipótese acima, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, adotando-se como procedimento o bibliográfico. Ao final, conclui-se que inexistindo manifestação de vontade, inexistente será o negócio jurídico, de tal modo que impossibilita a existência de uma relação jurídica sem sujeito.

**Palavras-chave:** Ausência de sujeitos; Manifestação da vontade; Ordenamento de interesses; Relação jurídica; Transição de paradigmas.

**Abstract:** This article concludes a structural analysis of the legal relationship based on the current legal business model. There is a doctrinal disagreement regarding the (im)dispensability of the presence of subjects in a relationship for it to be considered a legal relationship. On one hand, part of the doctrine advocates that it is indispensable, while another disagrees, defending the idea that the legal relationship can be translated only as a relationship of interests, without subjects. The legal transaction, as a legitimate means of creating legal relations, has its creative impulse in the human will. Thus, the object of verification of this essay is the possibility of the constitution of a legal relationship even in the absence of human will, that is, in the absence of subjects. For the examination of the above hypothesis, the deductive approach is used, adopting the bibliographical procedure. At the end, it is concluded that if there is no manifestation of will, the legal transaction will not exist, in such a way that it is impossible to have a legal relationship without a subject.

**Key-words:** Absence of subjects; Manifestation of will; Ordering of interests; Legal relationship; Transition of paradigms.

## INTRODUÇÃO

A teoria geral da relação jurídica transita por inúmeras vertentes. Em seu aspecto estrutural, uma discussão recente atraiu os olhares dos operadores do Direito, colocando em xeque a possibilidade de se admitir uma relação jurídica sem a presença de sujeitos.

Historicamente, os componentes básicos elencados pela doutrina para a constituição de uma relação jurídica são: (a) sujeito; (b) objeto; (c) fato jurídico; e (d) garantia. Pietro Perlingieri, em sua obra *Perfis do Direito Civil*, trouxe um inovador posicionamento ao considerar não elementar a presença do sujeito ao cabo de constituir uma relação jurídica.

O objetivo da presente pesquisa é analisar de forma concatenada os posicionamentos favoráveis e desfavoráveis à tese engendrada por Perlingieri, traçando um paralelo com a transição de paradigmas experimentada pela teoria geral do negócio jurídico a partir do século XX.

O trabalho estuda, inicialmente, a transição de paradigmas, a fim de enfatizar a ideia de que o indivíduo sempre esteve presente nas discussões que versam sobre a relação jurídica negocial. Busca-se demonstrar o papel da autonomia do indivíduo na teoria geral do negócio jurídico ao longo da história, desde o paradigma clássico até o contemporâneo. Com isso, é possível vislumbrar que, historicamente, tanto o sujeito quanto a manifestação da sua vontade foram tratados como elementos indispensáveis de um negócio jurídico e, por consequência, de uma relação jurídica.

Após este destaque, analisa-se a crítica de Perlingieri aos que defendem ser imprescindível a presença dos sujeitos a fim de constituir uma relação jurídica. O jurista, embora tenha envidado um louvável esforço hermenêutico, com destacado rigor científico, não conseguiu desconstruir o entendimento tradicional que advoga a indispensabilidade da presença dos sujeitos. Ainda assim, trata-se de uma tese que merece ser analisada.

## 1 DA TRANSIÇÃO DE PARADIGMAS DO NEGÓCIO JURÍDICO

O negócio jurídico, enquanto instrumento legítimo de manifestação da vontade, tem na autonomia do indivíduo um de seus principais pilares. A visão historicamente incutida na teoria geral do negócio jurídico remetia, com forte influência do liberalismo, a uma ideia de que os sujeitos possuíam uma liberdade negocial ampla, capaz de os transformarem em verdadeiros legisladores de si mesmos.

O negócio jurídico, num viés morfológico, corresponde a “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide” (AZEVEDO, 2002, p. 16). Analisando a sua estrutura, BETTI (2008, p. 187) defende que ela “compreende tanto a forma como o conteúdo. Forma é o modo como o negócio é, quer dizer, como ele se apresenta em face dos outros na vida da relação; é a sua figura exterior”. O conteúdo, por sua vez, “é aquilo que o negócio é intrinsecamente considerado: a sua *fatispécie*

interior, que é, ao mesmo tempo, fórmula e ideia, palavra e significado: termos estes cuja conexão é tarefa da interpretação” (BETTI, 2008, p. 187).

Nos dizeres de Mota Pinto (2005, p. 379), “o que é verdadeiramente constitutivo do negócio é o comportamento declarativo – a existência de um comportamento que, exteriormente observado, apareça como manifestação de uma vontade de certos efeitos práticos sob a sanção do ordenamento jurídico”. Por outra roupagem, SERPA LOPES (1996, p. 422) sustenta que “o negócio jurídico cria-se pelas declarações de vontade destinadas a constituição, modificação ou término de uma relação jurídica”.

Nota-se um consenso entre os doutrinadores acima no que diz respeito à necessidade da existência de uma declaração de vontade para o surgimento de um negócio jurídico e, conseqüentemente, para a constituição, modificação ou término de uma relação jurídica. Por via reversa, tal concepção faz com que se inadmita a constituição de uma relação jurídica sem a presença de um sujeito, já que deste provém a declaração de vontade, e sem ela não há relação. Tal discussão, no entanto, atravessa uma série de questões importantes, a começar pela transição de paradigmas vivida pela teoria geral do negócio jurídico ao longo da história.

Sob a influência do liberalismo, os indivíduos podiam convencionar livremente as cláusulas negociais que melhor atendessem aos seus interesses, sem qualquer intervenção estatal. Para elucidar tal sistema, conhecido como paradigma clássico, Roppo (2009, p. 32-33) menciona a visão dos contratos erigida nos tempos de liberalismo:

Os princípios ideológicos a que nos referimos podem ser reconduzidos a uma única ideia: a ideia de liberdade de contratar. Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições; estas deviam apenas assinalar, por assim dizer, do exterior, as fronteiras, dentro das quais a liberdade contratual dos indivíduos podia expandir-se sem estorvos e sem controles: não concluir um certo contrato, não inserir nele uma certa cláusula. Inversamente, não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições: os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.

Segundo Soares e Passi (2017, p. 252), “a concepção liberal de liberdade faculta ao indivíduo a liberdade necessária para agir de acordo com seu interesse, para realizar suas escolhas da forma que convém, como um ser racional que age, tem vontade e pensa”. Com o avançar das décadas, notou-se que a tutela de uma liberdade irrestrita acabava ensejando situações indesejadas

no mundo jurídico, o que aviltou a necessidade de se produzir um novo modelo de negócio jurídico.

Foi então que, na aurora do século XX, com a derrocada do Estado Liberal, adveio uma nova concepção de negócio jurídico, não mais focada no patrimônio, mas no sujeito, tratando-o como o centro da relação jurídica (MARTINS; MARQUESI, 2016, p. 143). Nesse novo tempo, houve uma superação da “segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico” (SCHREIBER, 2016, p. 10).

As relações privadas não mais eram tratadas ao arpejo da ordem constitucional, ao revés, esta lhe servia de sustentáculo e parâmetro a definir o que era ou não constitucional. Em outras palavras,

O individualismo correlacionado ao patrimônio deixa de ser a única matéria prioritária desse ramo do direito, vez que a supremacia da nova ordem constitucional altera o eixo de equilíbrio das relações por ele reguladas, impondo uma visão social, e abandono da visão orientada a privilegiar a individualidade patrimonialista, com o intuito de preservar e de promover a dignidade da pessoa humana (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 8).

Esta é, estreme de dúvidas, uma das grandes marcas do Estado Social. A valorização do indivíduo como sujeito de direitos e não mais como um objeto, muitas vezes tratado com menos importância do que seu patrimônio, acaba por inaugurar um novo modelo de relação jurídica no território brasileiro.

Deste modo, Martins e Marquesi (2016, p. 146-147) ensinam que, ao conferir uma leitura mais humanitária ao negócio jurídico, com um viés social, se abandona a noção de autonomia da vontade, tendo em vista que a vontade do contratante prevalecia independente de outros fatores. Passa-se, então, à autonomia privada, sem excluir a da vontade, designando a esfera de poder que o particular possui para atuar no Direito Privado, além de delimitar sua autonomia ao se sujeitar aos limites impostos em favor da ordem pública.

Deve-se perceber, portanto, que a transição do paradigma clássico para o moderno envolve-se numa análise do poder que é atribuído ao indivíduo na relação jurídica negocial, isto é, se limitado ou ilimitado, restrito ou irrestrito. Há, estreme de dúvidas, uma preocupação com a ascensão do direito subjetivo, tão rejeitado em tempos de outrora pelas cártulas de leis.

Essa visão do direito privado submisso ao texto constitucional deu vida ao paradigma moderno do negócio jurídico. Ocorre que o Direito, em sua essência, caracteriza-se por uma transformação constante, de modo que determinadas situações jurídicas podem não encontrar uma norma correspondente no ordenamento jurídico. O que fazer nesses casos, em que no mundo dos fatos existem certas relações não chanceladas pelo mundo jurídico? A resposta a essa pergunta adentra no campo da autonomia do indivíduo. O advento do Estado Social alavancou a autonomia privada, mitigando a força antes atribuída à autonomia da vontade.

Segundo Lima, Santos e Marquesi (2018, p. 6), o surgimento do Estado Social trouxe enorme influência na teoria geral dos contratos, tendo em vista que a autonomia da vontade,

antes colocada num pedestal no Estado Liberal, passou a ser mitigada. Tal princípio passou a ser relativizado em virtude da intervenção cada vez maior do Estado nas relações particulares a fim de valorizar a liberdade material e buscar a devida proteção e equilíbrio entre as partes, de onde surge a figura da autonomia privada.

Nas lições de Branco (2011, p. 242), “tanto autonomia privada quanto autodeterminação podem ser consideradas direitos fundamentais que decorrem diretamente do mandamento do art. 5º, caput da Constituição Federal, ao assegurar essa condição para os direitos de liberdade”.

Apesar das importantes inovações, perceberam-se algumas lacunas na moderna dogmática civilista, denotando a insuficiência dos paradigmas clássico e moderno. Embora de grande valia, o equilíbrio das relações privadas à luz da nova ordem constitucional – que impõe uma visão social despida da individualidade patrimonialista – ainda restavam questões que padeciam de respaldo normativo, o que deu vida ao paradigma contemporâneo do negócio jurídico.

No topo da pirâmide das questões não normatizadas estão as situações jurídicas existenciais, “as quais não podem ser compreendidas em uma visão meramente moderna, ainda deveras patrimonialista” (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 10). De forma mais abrangente, diz-se:

[...] que no caso de negócios jurídicos existenciais, em que não há conteúdo econômico, como por exemplo, as diretivas antecipadas da vontade – que em muitas vezes pode até existir, mas o caráter econômico não é o mais relevante no contrato, e sim o caráter existencial – os paradigmas clássico e moderno não são suficientes para acolhê-los. Nestas circunstâncias, percebe-se a necessidade de um novo paradigma contratual para analisar os negócios jurídicos existenciais, no qual seja possível verificar a devida tutela dos interesses juridicamente relevantes que permeiam essas situações jurídicas (LIMA; SANTOS; MARQUESI, 2018, p. 11).

Defende-se atualmente, com maior veemência, a ideia de que o ordenamento não pode se manter omissivo no que toca à garantia de um mínimo existencial a cada cidadão, o que, segundo FACHIN (2006, p. 280), “não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso no mundo contemporâneo”. Isso significa a necessidade de um novo modelo de negócio jurídico, não mais puramente individualista, tampouco simplesmente submisso ao texto constitucional, mas “que atenda o respeito à individualidade, à identidade e à alteridade da pessoa humana, dentro do exercício da autonomia privada existencial ou autodeterminação” (AMARAL; HATOUM; HORITA, 2017, p. 280).

Com isso, avança-se em direção a um terreno pouco explorado pelo legislador, de modo que aos operadores do direito incumbe a tarefa de, à luz do respeito à autonomia privada existencial, garantir aos indivíduos o mínimo existencial, promovendo, assim, uma sociedade justa, livre e igual, conforme entabulado na Carta Constitucional.

Sobre o tema, Lêdo, Sabo e Amaral (2017, p. 13) afirmam que a dificuldade de tutelar as relações existenciais e de mensurar a intervenção estatal de particulares nos interesses existenciais da pessoa origina-se da ausência de regulamentação normativa existente nas relações jurídicas

clássicas, que possui como função limitar as negociações. Sustentam que, nesse cenário, a resposta seria a autodeterminação, uma vez que “A proteção objetiva de situações jurídicas existenciais, portanto, se opera por meio da liberdade do indivíduo considerar sua existência”.

Ainda, seguindo tal entendimento, percebe-se uma necessidade de readaptação da teoria geral do negócio jurídico, uma vez que:

Os negócios jurídicos contemporâneos, notadamente aqueles que envolvem direitos da personalidade – a exemplo, àquelas relacionadas à biotecnologia, no tocante à disposição de embriões e células tronco, procedimentos de inseminação e fertilização *in vitro*, a ortotanásia (analisada sob a figura do testamento vital); ou ainda, àquelas pertinentes ao campo da informática, representada pela figura da internet, que traduz uma proliferação de contratos que transcendem as possibilidades legais –; resulta em uma dificuldade da própria definição teórica de negócio jurídico.

A readaptação do instituto se faz necessária, sobretudo dos requisitos do negócio jurídico válido frente ao atual cenário da sociedade do conhecimento, em que autodeterminação ultrapassa qualquer barreira legal. Pretender a nulidade desses negócios jurídicos existenciais é inexequível, razão pela qual compreende-se pela importância de uma readequação do conceito, permitindo-se as novas práticas e assegurando-se a tutela e seleção dos interesses jurídicos relevantes envolvidos.

A proposta de novo conceito de negócio jurídico, portanto, por sua característica complexidade e mutabilidade, consiste em um conjunto de manifestações de vontade, exercidas no âmbito da autodeterminação da pessoa, com vistas a regular livremente direitos e interesses, de natureza patrimonial e existencial, desde que seus efeitos não contrariem a norma jurídica em sentido amplo, como também não violem outros direitos e interesses de igual relevância, obedecidos os critérios de seleção (LÊDO; SABO; AMARAL, 2017, p. 20).

Nesse avançar hermenêutico, abre-se espaço a um novo questionamento. Viu-se, até então, uma importante transição de paradigmas experimentada pela teoria geral do negócio jurídico. Em todas as fases de transição o indivíduo fez-se presente, de modo que o protagonismo maior das discussões sempre esteve envolto ao grau de autonomia que lhe é atribuído numa relação negocial.

Não se imagina, por outro lado, a existência de uma relação jurídica sem sujeito. Como dito anteriormente, a constituição de uma relação jurídica reclama uma ou mais declarações de vontade, sendo, como corolário lógico de tal exigência, imprescindível a presença humana para a consecução deste fim. Exemplificativamente, uma porta não pode constituir uma relação jurídica com outra porta, noutro giro, uma pessoa pode vender parte de seu terreno à outra, de modo que essa relação fática interessa ao mundo jurídico, caracterizando-se uma relação jurídica e sobre ela incidindo todos os dispositivos legais que lhe são aplicáveis.

Caminhando em sentido oposto à maioria dos juristas, Pietro Perlingieri levantou, em sua obra *Perfis do Direito Civil*, uma tese polêmica e um tanto conturbada acerca da estrutura da relação jurídica, defendendo ser prescindível a presença de sujeitos para que seja caracterizada uma relação jurídica. Sua tese, bem como as opiniões que lhe são contrárias, serão tratadas no item seguinte.

## 2 UMA CRÍTICA AO SUJEITO COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL DA RELAÇÃO JURÍDICA

Existem inúmeras vertentes possíveis quando se estuda a relação jurídica no plano teórico. No entanto, sem prejuízo dos demais segmentos, esta parte cuidará especificamente da sua estrutura, no que diz respeito aos sujeitos que nela atuam. Antes disso, importa saber o que se entende por relação jurídica, isto é, perquiri-la no plano conceitual.

Nos dizeres de Marcos Bernardes de Mello (2010, p. 184), relação jurídica é “[...] toda relação intersubjetiva sobre a qual a norma incidu, juridicizando-a, bem como aquela que nasce, já dentro do mundo do direito, como decorrência de fato jurídico”. Percebe-se que há uma transição de um fato alheio ao mundo jurídico para um fato que recebe a incidência de uma norma juridicizante.

Nas lições de Martins e Marcesi (2016, p. 61), é efeito decorrente da adequação de um determinado fato às previsões normativas do ordenamento à sua juridicidade e, em torno desse fato, adjetivado como jurídico, passam a transitar implicações consequenciais. Essas colocarão as pessoas em situações de vantagem ou de desvantagem, poder ou sujeição, dever ou permissão, de acordo com a previsão do ordenamento ou das normas que decorrem das opções que facultam a autonomia privada.

Quando se trata de relação jurídica, importante esclarecer que a vida social é composta de relações – em razão da constante interação entre pessoas – em interferência subjetiva, sendo que, nessas relações inter-humanas, há aquelas que resultam em direitos/deveres, pretensões/obrigações, ações/situações de acionado, exceções/situações de excetuado, enquanto outras relações não produzem consequência jurídica (MELLO, 2010, p. 183).

Aliás, “o ordenamento não é somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações: o ordenamento, no seu aspecto dinâmico, não é nada mais do que nascimento, atuação, modificação e extinção de relações jurídicas, isto é, o conjunto das suas vicissitudes” (PERLINGIERI, 1999, p. 113-114).

Neste contexto, verifica-se que existem relações inter-humanas no complexo social que interessam ao direito e outras que lhes são irrelevantes. As primeiras são as denominadas relações jurídicas, uma vez que estão no mundo jurídico, são criadas por fatos jurídicos e regidas por normas jurídicas que lhes atribuem a possibilidade de gerar consequências jurídicas (MELLO, 2010, p. 183-184).

Para Manuel de Andrade (1992, p. 2), o termo “relação jurídica” possui variados sentidos, a saber: (a) sentido mais amplo, sendo considerada toda a situação juridicamente relevante – que produz consequência jurídicas – e disciplinada pelo Direito; (b) acepção mais restrita, que considera relação jurídica como toda relação disciplinada pelo Direito quando tal disciplina reveste uma dada fisionomia típica, conforme a próxima definição; (c) *stricto sensu*, considerando a relação jurídica como “[...] relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma

pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.”

De acordo com Francesco Santoro-Passarelli (1967, p. 49), “a relação jurídica, estabelece, pode dizer-se, a posição de poder de uma pessoa e a correspectiva posição de dever de outras pessoas”. Este poder, citado pelo autor, é conhecido como direito subjetivo. Explica-se:

[...] a lei considera existente um direito subjectivo sempre que é reconhecido directamente ao indivíduo um poder para a realização de um interesse seu. Acolhida esta noção mais vasta, é claro, por outro lado, que a diversidade de conteúdo do direito subjectivo e da correlativa posição passiva há de determinar uma variedade de estrutura daquelas relações jurídicas em que a posição activa é constituída por um direito subjectivo. (SANTORO-PASSARELLI, 1967, p. 50)

O poder e o dever são estabelecidos pelo sistema jurídico com o fito de tutelar um interesse, por meio da relação jurídica e da atribuição de um poder da vontade ao sujeito ativo da relação que subordina o interesse do(s) sujeito(s) passivo(s) ao interesse do primeiro (SANTORO-PASSARELLI, 1967, p. 49).

Ademais, o conteúdo do poder e do respectivo dever são diferentes e, conseqüentemente, a estrutura das relações jurídicas também são diferentes, de modo que a figura típica da relação jurídica privada é aquela que o poder constitui um direito subjetivo (SANTORO-PASSARELLI, 1967, p. 49).

Manuel de Andrade (1992, p. 3) leciona que o direito subjetivo é a faculdade ou o poder atribuído pelo ordenamento jurídico a um sujeito de exigir ou pretender de outra pessoa certo comportamento positivo ou negativo, ou por um ato da sua vontade, havendo ou não formalidade, podendo haver integração posterior por decisão judicial para produção de efeitos jurídicos que serão impostos à outra pessoa.

Todavia, está correto pensar a relação jurídica como, necessariamente, uma relação de poder entre uma pessoa em face de um dever de outras pessoas? Metaforicamente, o sujeito estaria para a relação jurídica assim como o coração está para o ser humano? Para alguns, sim. Já para Pietro Perlingieri, não. O autor inicia seu raciocínio dizendo que:

A doutrina prevalente detém-se na relação entre sujeitos. A relação jurídica seria relação entre sujeitos regulada pela norma, isto é, pelo ordenamento no seu complexo. A opinião tem diversos méritos: estabelece a correlação entre termos homogêneos – sujeito e sujeito –, considera juridicamente relevante a correlação (*collegamento*) ou o conflito de interesses presentes na realidade social. Existem, todavia, hipóteses de relação que não têm sujeitos determinados ou individuados ou, às vezes, não tem sujeitos existentes de um ponto de vista jurídico-formal (PERLINGIERI, 1999, p. 114).

O início de sua assertiva é de conhecimento geral, isto é, desde a gênese da teoria geral do negócio jurídico, assim como da relação jurídica, sempre se partiu de uma relação fática entre

sujeitos que, ao se amoldar à determinada figura normativa, acabava se tornado uma relação jurídica. Não se cogitava, nos escritos doutrinários, uma relação jurídica em que inexistissem sujeitos, mas tão somente interesses.

Verifica-se que o autor acima citado encontrou o início de tal posicionamento com a doutrina tradicional, a qual propõe a noção de relação jurídica como a ligação entre sujeito e coisa, quando influenciada pela experiência romanista (PERLINGIERI, 2008, p. 729).

Outrossim, o autor também traz referências de que atualmente o sujeito não é essencial à existência da situação, como R. Orestano<sup>1</sup>, G. Ferri<sup>2</sup> e L. Cariota Ferrara<sup>3</sup> que abordam o tema de direito temporariamente sem titular, bem como na identificação de algumas hipóteses previstas na legislação em que existe uma ligação juridicamente relevante entre centros de interesses, mas, não existem dois sujeitos – ainda que excepcionalmente (PERLINGIERI, 2008, p. 732-733).

Diez-Picazo (1996, p. 55-56), por exemplo, conceitua relação jurídica como toda situação que, na vida social, se estabelece entre duas ou mais pessoas como canal ideal para a concretização de objetivos ou interesses dignos e merecedores de tutela, canal este disciplinado e organizado unitariamente pelo ordenamento jurídico. Para o autor, os sujeitos de qualquer relação jurídica são sempre as pessoas entre as quais a relação é travada ou estabelecida (DIEZ-PICAZO, 1996, p. 56).

Miranda (2000, p. 34) pontua que “todo negócio jurídico cria relação jurídica, constituindo, ou modificando, ou constituindo negativamente (extintividade) direitos, pretensões, ações ou exceções”. O mesmo autor, contudo, adverte que “não há negócio sem vontade de negócio” (MIRANDA, 2000, p. 33), logo, como já dissecado alhures, não haveria negócio jurídico sem um sujeito que pudesse exprimir sua vontade.

Para Andrade (1992, p. 19-24), os elementos indispensáveis à constituição de uma relação jurídica são: (a) os sujeitos; (b) o objeto; (c) o fato jurídico e (d) a garantia, sendo que esta última é conceituada como o “[...] conjunto de meios sancionatórios, a adotar pelo Estado, por intermédio dos seus tribunais, contra o sujeito do dever jurídico, quando ele não cumpre espontaneamente, observando o comportamento prescrito (ANDRADE, 1992, p. 25).

Cite-se, também, Mello (2010, p. 186-187), para quem “as relações jurídicas somente se estabelecem entre, no mínimo, dois sujeitos de direito”, de modo que a intersubjetividade se configura na posição de um sujeito em face de outro – e não ao seu lado – ligados em situação de reciprocidade de poder – que o autor coloca como direito – e sujeição ou oneração – o dever. Na visão do autor, a referida intersubjetividade constitui dado essencial para que uma relação jurídica exista, de modo que sua inexistência implica na impossibilidade de haver relação jurídica (MELLO, 2010, p. 187).

Ainda segundo o autor acima, a relação jurídica pode ser formada de duas maneiras: (a) entre dois sujeitos determinados ou determináveis (sujeito 1 – relação – sujeito 2), ou (b) entre um sujeito determinado ou determinável e o *alter* (sujeito 1 – relação – *alter* ou *alter* – relação – sujeito 2), de acordo com o direito e a pretensão que delas resultem sejam oponíveis a alguém

1 Em sua obra intitulada “*Diritti soggettivi*”.

2 No seu livro “*Delle successioni per causa di morte*”.

3 Em seu livro “*Le successioni per causa di morte*”, I, parte generale, Napoli, 1980.

especificamente ou a qualquer um: o *alter* – oponibilidade *erga omnes*. Assim,

As primeiras são chamadas de relações jurídicas de direito relativo, porque as pretensões que delas decorrem só obrigam alguém determinado ou determinável. As outras, diferentemente, são ditas de direito absoluto, uma vez que as pretensões delas derivadas vinculam todos de modo indistinto (= sujeitos passivos totais, conforme a terminologia de Pontes de Miranda). (MELLO, 2010, p. 187)

O rol de autores que desafiam a tese de Perlingieri é extenso, incluindo Ascensão (2002, p. 43), segundo o qual “a relação jurídica será intersubjetiva: estabelecer-se-á necessariamente entre pessoas”, isto é, “há, pois, a mútua referência de dois seres, e é nessa referência mútua que a relação consiste” (ASCENSÃO, 2002, p. 54).

Este dado, inegavelmente, realça o quão desafiadora é a tese levantada por Perlingieri, ao passo que, ainda que indiretamente, este ousa desconstruir uma concepção histórica e notadamente majoritária firmada acerca da estrutura da relação jurídica. Há que ser analisada com máxima cautela, sem desprezar a fidedignidade dos escritos que seguem uma linha diversa.

Para Perlingieri (1999, p. 115), “na relação jurídica a relação é entre situações subjetivas, ainda que confluentes na titularidade de um mesmo sujeito. [...] O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica”.

Percebe-se, de plano, um rompimento brutal com as ideias dos autores citados acima. Enquanto aqueles advogam a imprescindibilidade da presença de sujeitos para a constituição de uma relação jurídica, Perlingieri defende o contrário, direcionando os olhares não aos sujeitos, mas aos interesses que circundam a relação. Em sua visão,

[...] não é indispensável fazer referimento à noção de sujeito para individuar o núcleo da relação. Nele, o que é sempre presente é a ligação entre um interesse e um outro, entre uma situação, determinada ou determinável, e uma outra. É preferível, portanto, a doutrina que define a relação jurídica com relação entre situações subjetivas. A conclusão não é contraditada pela possibilidade de que as situações tenham uma infungibilidade subjetiva, isto é, devam pertencer ou *spettare* a determinados sujeitos (situações ditas *intuitu personae*) (PERLINGIERI, 1999, p. 115).

Segundo o autor, portanto, existe relação jurídica sem sujeito. Não é, como já mencionado acima, uma corrente aceita no meio doutrinário, vez que a própria essência da teoria geral da relação jurídica, bem como do negócio jurídico, reclama a manifestação de uma vontade humana, atraindo a imprescindibilidade da presença dos sujeitos. Com vistas a embasar seu posicionamento, Perlingieri (1999, p. 114) afirma que

[...] para excluir validade absoluta à concepção que se está examinando, é útil a individuação daquelas hipóteses que se encontram no ordenamento positivo,

nas quais existe uma relação entre centro de interesses determinados (portanto, relações e situações com estrutura interna), mas o sujeito titular de uma ou de ambas as situações não existe ainda. Se a atualidade do sujeito não é essencial à existência da situação, significa que pode existir uma relação juridicamente relevante entre dois ou mais centros de interesses sem que ela se traduza necessariamente em relação entre sujeitos.

É importante fazer uma interrupção para destacar o embasamento teórico do autor. Diferente de muitas teorias mirabolantes que nascem diuturnamente, sem qualquer respaldo doutrinário ou legal, a ideia jungida pelo autor parte de um raciocínio conciso e não vagamente fundamentado, valendo-se, inclusive, de hipóteses previstas no ordenamento jurídico ao fim de comprovar o que se pretende defender. Este rigor científico, sem adentrar ao mérito do acerto ou não da tese defendida pelo autor, acaba por dar confiabilidade ao seu posicionamento, de modo a fazer frente às demais teorias que circundam a estrutura da relação jurídica.

Dito isso, volvendo ao raciocínio do autor, este enumera algumas hipóteses, previstas em lei,

[...] nas quais existe uma relação juridicamente relevante entre centros de interesses mas, embora excepcionalmente, não existem dois sujeitos. Assim, na aceitação da herança com benefício de inventário (art. 484 ss. Cód. Civ.), os dois patrimônios, aquele do *de cuius* e aquele do aceitante, não se confundem, mas ficam distintos, permitindo aos credores do *de cuius* agredir o patrimônio hereditário. Pode acontecer que o mesmo herdeiro com benefício de inventário seja credor do defunto. A obrigação não se extingue (art. 1.253 Cód. Civ.) pelo fato que as duas qualidades de credor e devedor se reúnem em um só sujeito – o herdeiro –, mas continua a existir junto com as duas distintas responsabilidades patrimoniais. Seja a situação dita ativa, seja aquela dita passiva, ambas continuam a existir embora o titular seja o mesmo sujeito. Outra hipótese, ainda mais frequente na prática, é aquela dos títulos de crédito à ordem, que voltam, através de endosso, ao emitente: devedor (o emitente) e credor (o endossante) são o mesmo sujeito. A legislação especial sobre títulos de crédito permite que o mesmo título seja recolocado em circulação [...] o que significa que *médio tempore* a relação não se extinguiu (PERLINGIERI, 1999, p. 115).

Com base nestas hipóteses, o autor defende que a relação jurídica se perfaz através de situações subjetivas, não diretamente de uma relação entre sujeitos, ainda que aquelas se confluem na titularidade de um mesmo sujeito. O autor critica, ainda, a divisão da estrutura da relação jurídica em partes ativas e passivas.

Isso porque, no âmbito dos sujeitos da relação jurídica, comumente a doutrina divide-os em sujeito ativo e sujeito passivo. O primeiro é a pessoa a quem, em virtude da relação, são atribuídos cargos ativos de poder jurídico, ou seja, direitos subjetivos e faculdades. É considerado sujeito passivo aquele a quem é imposta uma posição passiva ou obrigação legal e contra a qual são conferidos os direitos ou poderes da outra pessoa (DIEZ-PICAZO, 1996, p. 56). Segundo PERLINGIERI (1999, p. 116):

Não se pode distinguir as situações subjetivas – a não ser em termos quantitativos – em ativas e passivas, já que aquelas ditas ativas compreendem também deveres e obrigações e aquelas ditas passivas contem frequentemente alguns direitos e poderes. A relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. É difícil imaginar direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, obrigações, isto é, posições que, analiticamente consideradas, podem ser definidas como passivas. A relação sob o perfil estrutural é a relação entre situações complexas, que pode ser ora simples correlação (*collegamento*) (assim, entre *potestà* e interesse legítimo), ora, e são as hipóteses mais frequentes no campo do direito civil, de contraposição e de conflito (assim, nas obrigações onde a situação debitória contrapõe-se àquela creditória).

Em outras palavras, aquele lado da relação que aparentemente está acima, isto é, possui o poder jurídico de exigir de outrem, por exemplo, o cumprimento de determinada obrigação, também assume deveres que não podem ser negligenciados. Daí que, para o autor, não é lícito taxar uma parte como ativa e a outra como passiva da relação jurídica, vez que ambas, simultaneamente, a depender do ângulo que se analisa a relação, poderão ser vistas como ativas ou passivas.

Há casos, segundo Perlingieri, em que a posição ativa e passiva da relação repousará sobre a mesma pessoa, conforme já citado anteriormente. Em sentido oposto, Marcos Bernardes de Mello (2010, p. 190) discorda do autor, sustentando ser inadmissível a existência de uma relação jurídica em que o mesmo sujeito esteja nos dois polos, sendo simultaneamente sujeito ativo e passivo, uma vez que o que se verifica no recorrente exemplo utilizado dos chamados “contratos consigo mesmo” é que existe mera aparência de que o mesmo sujeito esteja nos dois polos, quando, na realidade, há dois sujeitos de direito, sendo que um deles está representado pelo outro contratante, por meio de mandato, inexistindo os denominados “deveres consigo mesmo”.

Sobre a ideia de que a presença do sujeito na estrutura da relação jurídica é prescindível, MELLO (2010, p. 191-192) enxerga tal tese como um equívoco, uma vez que, como no caso da herança jacente, não há relação jurídica, haja vista que o polo ativo é formado pela própria herança. Assim o é, pois, enquanto persiste a jacência, não se conhece os sujeitos que serão titulares definitivos dos bens da herança, tratando-se, porém, de uma situação fática e transitória (MELLO, 2010, p. 192).

Embora pareça estar remando solitário em suas ideias, Perlingieri também possui alguns autores simpatizantes de seus pensamentos. Um deles, Amaral (2002, p. 161), sustenta que a relação jurídica é melhor visualizada como um vínculo entre situações jurídicas, ou entre centro de interesses determinados, de modo a superar o elemento pessoal que não estará necessariamente presente, citando-se como exemplo a hipótese de desaparecimento da pluralidade de sócios de uma sociedade e, após determinado período, não se restabelece tal pluralidade.

Apesar de discordar no que diz respeito à relação jurídica como um ordenamento de interesses e não uma relação entre sujeitos, José de Oliveira Ascensão une-se ao mencionado jurista quanto ao problema de se dividir a relação em posições ativas e passivas.

Para o autor é incorreto designar sempre os sujeitos como ativo e passivo, questionando quem é o sujeito ativo, por exemplo, na relação resultante da constituição de uma sociedade civil, ou em um contrato de troca, afirmando que tais designações são justificadas quando se trata de relação jurídica simples, “[...] mas que levam a uma distorção da visão natural quando se trata de relação jurídica complexa (ASCENSÃO, 2010, p. 43).

De forma mais direta, Paulo Lôbo analisa a crítica de Perlingieri e, ao final, a confronta com as suas ideias sob o manto da relação jurídica obrigacional:

Concordamos com a crítica essencial de Perlingieri ao individualismo e ao patrimonialismo que marcaram a elaboração teórica da relação jurídica, mas substituir os sujeitos formais, objeto da crítica, por situações jurídicas para as quais os sujeitos (inclusive concretos) são estranhos, resulta no mesmo dilema. Se o direito civil encaminha-se no sentido da repersonalização, de ter a pessoa e sua dignidade como primazias, não nos parece adequado pôr no lugar da pessoa seu hipotético centro de interesses. A relação jurídica obrigacional não é uma relação entre patrimônios, como também não é uma relação entre interesses, mas entre pessoas (físicas ou jurídicas) com todas suas vicissitudes concretas e existenciais, que o direito não pode desconsiderar (LÔBO, 2020, p. 61).

Trata-se, estreme de dúvidas, de uma das discussões mais interessantes acerca do aspecto estrutural da relação jurídica. Embora pouco explorada, é verdade, possui importantes reflexos práticos conforme citado acima, o que certamente renderá, nos próximos anos, muitos estudos ao seu respeito, e quiçá inaugurar um novo paradigma para a teoria geral do negócio jurídico, bem como da relação jurídica.

Nesse sentido, quanto às consequências práticas da teoria de Pietro Perlingieri, verifica-se que esta busca guarnecer situações jurídicas que, embora não sejam estruturalmente compostas por um liame entre sujeitos, merecem a tutela do ordenamento jurídico. O autor cita como exemplo a doação em favor de nascituros ou não concebidos, sustentando que “a partir do momento do fato doação até o possível futuro momento do nascimento do sujeito, existe já o interesse juridicamente tutelado, a situação da qual o donatário, ou de qualquer forma, o sujeito nascituro, será titular” (PERLINGIERI, 1999, p. 107), embora ainda inexista o sujeito titular do interesse.

Neste caso, “mesmo antes que o titular possa ser considerado sujeito em termos de lógica formal e de direito positivo, já existe uma tutela: o doador não poderá observar comportamentos que possam destruir o bem doado e os terceiros serão obrigados a respeitar esta situação de espera” (PERLINGIERI, 1999, p. 111).

O autor ainda cita, com base no Código Civil italiano, a figura da promessa de recompensa. Neste caso, o único sujeito presente, a princípio, é o promitente, pois o recompensado ainda é um sujeito indeterminado, ou seja, carente de individuação. Não obstante, pontua o PERLINGIERI (1999, p. 112) que “o promitente não pode revogar a sua declaração, retirar-se do compromisso assumido (art. 1.989 s. Cód. Civ.) e lesar o interesse de quem tenha iniciado a atividade, assumindo, a tal propósito, ingentes despesas. O titular do direito ao prêmio será individuado quando se

alcançar o resultado”.

Ou seja, ainda que inicialmente não tenha se verificado uma relação entre sujeitos, não a reconhecer no mundo jurídico poderia dar vazão à inúmeras problemáticas, motivo pelo qual acredita-se que o interesse do recompensado, ainda não individuado, merece ser tutelado, o que denota a possibilidade de uma relação jurídica sem o liame entre dois ou mais sujeitos.

Apesar do esforço de Perlingieri, o entendimento majoritário atual, no que diz respeito ao aspecto estrutural da relação jurídica, segue a linha da imprescindibilidade da presença dos sujeitos, inadmitindo-se a elasticidade hermenêutica que busca enxergar, num ordenamento de interesses, a possibilidade de constituição de uma relação jurídica, até mesmo pela já mencionada necessidade de manifestação da vontade do indivíduo.

## CONCLUSÃO

Ante as premissas supraditas, percebe-se uma constante evolução no que diz respeito à teoria geral do negócio jurídico. O negócio jurídico, como meio legítimo de criação de relações jurídicas, não pode ser examinado ao arrepio desta, muito menos das atuais discussões doutrinárias que a circundam.

A imagem atual do negócio jurídico destoa daquela cunhada no Estado Liberal, marcada por um protagonismo exacerbado da liberdade de contratar, em que os sujeitos eram tratados como verdadeiros legisladores de si mesmos. Sob a égide do Estado Social, instala-se um novo modelo de negócio jurídico, não mais puramente regido por normas de direito privado, mas submisso à nova ordem constitucional, que inaugura o chamado direito civil-constitucional. Tais modelos representam, respectivamente, os paradigmas clássico e moderno do negócio jurídico.

Com o avançar das décadas, tais paradigmas mostraram-se insuficientes à regulação de determinadas relações jurídicas, conhecidas como existenciais, de modo que, ante à omissão do ordenamento jurídico ao cabo de regulamentá-las, aos operadores do direito coube a tarefa de prestigiar a autonomia privada existencial e, com isso, não as deixar carentes de um respaldo jurídico.

Todavia, uma nova discussão acabou surgindo entre o fim do século XX e o início do século XXI. Enquanto a transição de paradigmas do negócio jurídico questionava a extensão da autonomia dos indivíduos, tal discussão analisava os casos em que inexistem indivíduos, isto é, a possibilidade de existir uma relação jurídica sem sujeito.

Tal teoria, levantada por Pietro Perlingieri, não foi bem aceita no meio doutrinário, haja vista desafiar a própria essência da relação jurídica, que vê na manifestação da vontade do indivíduo o seu impulso criador e, na sua ausência, tal criação acaba prejudicada. Em outras palavras, segundo a doutrina majoritária, se não há manifestação de vontade (ato inarredável ao indivíduo), não há falar em relação jurídica. Deste modo, perde espaço a ideia de que é possível a constituição de uma

relação jurídica sem sujeito.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O paradigma Pós-Moderno do Negócio Jurídico e a necessidade de uma nova concepção na contemporaneidade. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**: sujeitos e objetos. Coimbra: Almedina, 1992. v. 1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral: relações e situações jurídicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda Editora, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Autodeterminação e limitação negocial aos direitos da personalidade. In: XAVIER, Narciso Leandro e CASSEL, Douglas (org.). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2011.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**: introduccion teoria del contrato. 5. ed. Madri: Civitas, 1996. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. **Novo conceito de ato e negócio jurídico**. Curitiba: ESL, 1988.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/existencialidade-humana-o-negocio-juridico/>. Acesso em: 18 jul. 2021.

LIMA, Caroline Melchades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernando dos; MARQUESI, Roberto Wagner. Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em: 18 jul. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: obrigações. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 2.

MARTINS, Priscila Machado; MARQUESI, Roberto Wagner. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Negócios Jurídicos Existenciais. In: PONA, Éverton Willian; AMARAL,

Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; MARTINS, Priscila Machado (coord.). **Negócio jurídico e liberdade individuais**: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. t. 3.

MOTA PINTO, Carlos Aberto da. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Teoria geral do direito civil**. 8. ed. Coimbra: Atlântida, Coimbra, 1967. Nápoles: Eugenio Jovene, 1964.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1.

SOARES, Marcos Antônio Soares; PASSI, Renata Capriolli Zocatelli Queiroz. A superação do paradigma clássico do negócio jurídico: liberalismo e republicanismo. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 1, p.245-268, mar. 2017.

**Como citar**: PAIANO, Daniela Braga; THEODORO JUNIOR, Adenir; MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. Uma crítica ao sujeito como elemento indispensável na estrutura da relação jurídica à luz da transição de paradigmas do negócio jurídico. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 10-26, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.10. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 19/08/2021

Aprovado em: 14/10/2021

**DIGNIDADE HUMANA E MANIPULAÇÃO GENÉTICA:  
REFLEXÕES JUSFILOSÓFICAS ACERCA DA MODIFICAÇÃO  
DO GENOMA**

HUMAN DIGNITY AND GENETIC MANIPULATION:  
JUSPHILOSOPHICAL REFLECTIONS ABOUT GENOME  
MODIFICATION

**Melissa Mayumi Suyama Ferrari\***  
**Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador\*\***

**Comocitar:** FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Dignidade humana e manipulação genética: reflexões jusfilosóficas acerca da modificação do genoma. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 27-43, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.27. ISSN: 1980-511X

\* Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Pós-graduanda em Direito do Estado – Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Colaboradora nos projetos de pesquisa n. 11797 – “Negócios biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil” e n. 12475 – “Contratualização das relações familiares e das relações sucessórias”, ambos vinculados à Universidade Estadual de Londrina (UEL); Advogada. E-mail: melissa.ferrari@uel.br

\*\* Doutora em Direito Civil pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL); Docente do curso de Direito e do Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual de Londrina (UEL); Coordenadora do projeto de pesquisa n. 11797 – “Negócios biojurídicos: as tecnologias e o Direito Civil”, vinculado à Universidade Estadual de Londrina (UEL). E-mail: rita.tarifa@gmail.com

**Resumo:** Tendo em vista que o caráter axiológico do homem somado aos desdobramentos e avanços técnico-científicos dão azo a um questionamento ético, sobretudo considerando os acontecimentos históricos remetidos pelo Nazismo: a manipulação genética, embora cientificamente possível, é um caminho ético e seguro com vistas à preservação e persecução da dignidade humana? Desenvolve-se, assim, reflexões de cunho jusfilosófico no intuito de aferir as balizas da ciência médica em prol da conservação do decoro e da integridade do ser humano, analisando-se duas modalidades referentes à modificação no genoma – melhoramento genético e manipulação genética, e as variantes desta última, manipulação em células somáticas e manipulação em células germinativas. Para tanto, a metodologia fundamenta-se, precipuamente, na pesquisa bibliográfica e documental, bem como no exame legislativo. Ao final, conclui-se que a manipulação genética somática corresponde à manifestação da autodeterminação na constituição de uma vida digna, assegurada pela integridade física e psíquica do indivíduo, uma vez considerado que a ciência se encontra a serviço da humanidade na busca pela vida plena em detrimento da sobrevivência, de modo que a eugenia “negativa” vincula-se eticamente a um meio para vislumbrar o homem como um fim em si mesmo, restando-se desvinculada das perspectivas de superioridade racial.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana; Ética; Estado Democrático de Direito; História; Manipulação genética.

**Abstract:** Bearing in mind that the axiological character of man

added to developments and technical-scientific advances gives rise to an ethical questioning, especially considering the historical events referred to by Nazism: genetic manipulation, although scientifically possible, is an ethical and safe way with a view to preservation and pursuit of human dignity? Thus, reflections of a jusphilosophical nature are developed in order to gauge the beacons of medical science in favor of the preservation of the decorum and the integrity of the human being, analyzing two modalities related to the modification in the genome – genetic improvement and genetic manipulation, and variants of the latter, manipulation in somatic cells and manipulation in germ cells. To this end, the methodology is mainly based on bibliographic and documentary research, as well as on legislative examination. In the end, it is concluded that the somatic genetic manipulation corresponds to the manifestation of self-determination in the constitution of a dignified life, ensured by the physical and psychological integrity of the individual, since it is considered that science is at the service of humanity in the search for a full life in the detriment of survival, so that “negative” eugenics is ethically linked as a means to envision man as an end in itself, remaining unrelated to the perspectives of racial superiority.

**Keywords:** Dignity of human person; Ethic; Democratic state; History; Genetic manipulation.

## INTRODUÇÃO

Tendo em vista os acontecimentos ocorridos, principalmente, durante o Nazismo, vislumbra-se que a ética tem sua importância no contexto social uma vez que obsta a validação de práticas ilegítimas em nome da legalidade. Isso porque com o predomínio da técnica e da ciência, o positivismo levou à confusão entre a legalidade e a legitimidade, conferindo “amparo” às condutas misóginas e genocidas do Nazismo, em nome do que a “lei” permitia.

Assim, considerando que nem tudo que é realizável é ético, surge a problemática do presente trabalho: a manipulação genética, embora cientificamente possível, é um caminho ético e seguro com vistas à dignidade da pessoa humana?

Nessa lógica, justifica-se o estudo em razão do próprio momento em que se instaura. Partindo das recentes descobertas e inovações médico-científicas, a análise da medicina reprodutiva nunca se fez tão necessária sob ponto de vista ético e jurídico da manipulação genética, considerando as balizas incorporadas pela própria tutela da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, partindo de premissas gerais, sendo empregadas no caso concreto ao passo que a metodologia utilizada se fundamenta, precipuamente, na pesquisa bibliográfica e documental, tendo como principais referenciais teóricos: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador; Heloisa Helena Barboza; Selma Rodrigues Petterle e Jürgen Habermas. Outrossim, partilha de exame legislativo de dispositivos nacionais.

Dividido em três partes, o artigo ocupa-se, em um primeiro momento, da construção histórica e da distinção entre eugenia, eugénica e eugenismo, perpassando pela importância da perspectiva histórica a fim de possibilitar as reflexões de cunho jusfilosófico.

Em seguida, os princípios bioéticos e seus reflexos na manipulação genética são analisados, uma vez que servem de baliza para o comportamento humano na seara da biotecnologia, sendo eles: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça. Outrossim, passa a versar acerca das formas de intervenção no genoma: manipulação *versus* melhoramento.

Por derradeiro, no último tópico, valendo-se da visão de Habermas como principal aporte teórico, busca-se a desconstrução do espectro do eugenismo a partir da perspectiva ética e histórica do direito, analisando se a manipulação genética representa amparo ou prejuízo para a proteção da dignidade humana.

## 1 EUGENIA, EUGENÉTICA E EUGENISMO: CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E DIFERENCIAÇÃO

O caráter axiológico do homem somado aos desdobramentos e avanços técnico-científicos dão azo a um questionamento ético, sobretudo considerando os acontecimentos históricos remetidos pelo Nazismo: a manipulação genética, embora cientificamente possível, é um caminho ético e seguro com vistas à preservação e persecução da dignidade humana? Desenvolve-se, assim,

reflexões de cunho jusfilosófico no intuito de aferir as balizas da ciência médica em prol da conservação do decoro e da integridade do ser humano.

Nesse sentido, merece destaque a lição de Eduardo Bittar (2002, p. 97), segundo a qual “[...] o lugar de discussões ocupado pela bioética é insubstituível, assim como o é o espaço ocupado pela ética filosófica”. Embora a ética – como reflexão filosófica – tenha sido negligenciada e marginalizada com o racionalismo e utilitarismo imperante no século XX, tem-se que a “[...] ética e bioética convivem num mesmo espaço, sem se agredirem mutuamente, devendo a segunda [...] buscar acalento no seio da primeira [...], tudo no sentido de se fortalecer os conhecimentos [...]” (BITTAR, 2002, p. 97).

Salienta-se, nesse ínterim, que a compreensão do Direito somente é possível no contexto da civilização humana, e que a história possibilita a percepção do elaborar o Direito e as contribuições do passado para a construção do presente (GOMES, 2010, p. 156-157), de modo que, para possibilitar as reflexões de cunho jusfilosófico, é necessário realizar um levantamento histórico sobre o tema.

Ademais, a contextualização histórica é necessária tendo em vista a importância da visão panorâmica do fenômeno jurídico, alcançada e buscada pela Filosofia do Direito, uma vez que “há sempre uma resposta a problemas surgidos num determinado momento histórico” (COMPARATO, 2004, p. 5).

À vista disso, o século XIX restara marcado cientificamente pelo desenvolvimento de muitas teorias, dentre elas, os pensamentos evolucionistas e geneticistas arrazoados por Charles Darwin, Gregor Mendel, Matthias Schleiden e Theodor Schwann (TEIXEIRA; SILVA, 2017, p. 63-64), os quais deram azo à concepção eugênica, desenvolvida pelo cientista Francis Galton, concebida, *a priori*, como

Um programa de investigação científica, através de esforços conjugados provenientes da matemática, da estatística, da biologia e da antropologia com o firme propósito de fornecer uma teoria que compreendesse os mecanismos responsáveis pelo fenômeno da hereditariedade humana. (DEL CONT, 2013, p. 511)

Inspirado pelo livro “A origem das Espécies” de Charles Darwin, Galton buscou desenvolver um pensamento científico que obstasse a degeneração da espécie humana por meio de cruzamentos seletivos (TEIXEIRA; SILVA, 2017, p. 64), aplicando os pressupostos da seleção natural. Acreditava que as aptidões humanas estavam relacionadas à hereditariedade, sendo possível um aprimoramento genético dos “adequados”. Segundo o mesmo,

As aptidões naturais de um homem são derivadas por hereditariedade [...] assim como é fácil obter por meio de cuidadosa seleção uma raça de cães ou cavalos dotada de capacidade peculiar para correr ou qualquer outra capacidade específica, seria também perfeitamente possível produzir uma raça de homens altamente dotada promovendo casamentos criteriosos ao longo de várias gerações consecutivas. (GALTON, 1979)

Ocorre que essa ideia de melhoramento genético inaugurou um projeto de controle social, também calcado no eugenismo, que encontrou nos Estados Unidos da América seu berço e, na Alemanha seu incremento e vulgarização.

A Revolução Industrial e a migração para as vilas urbanas sucederam uma crescente criminalidade e marginalização social e, nesse contexto, o eugenismo se converteu em aspecto familiar dos norte-americanos, popularizando-se em concursos de “famílias mais aptas” e difundindo-se por meio de rádios, jornais e filmes.

A legalização da esterilização compulsória submetia cegos, epiléticos, surdos, deficientes mentais e desafortunados ao procedimento, “já que a pobreza tinha seu próprio diagnóstico médico: o pauperismo e, qualquer pessoa considerada um obstáculo para a sociedade estava em risco” (LANG-STANTON; JACKSON, 2017). Diante desse cenário, os movimentos eugênicos difundiam seu discurso de melhoramento de raça, pois acreditavam que o sucesso social tornava um indivíduo geneticamente melhor dotado, visto que

Nenhum tronco degenerado ou débil mental jamais poderá se tornar saudável e sólido pelos efeitos acumulados da educação, de boas leis e de um ambiente saudável. Isto equivaleria a apostarmos no meio ambiente em uma corrida em que a hereditariedade vence sem qualquer esforço. (PEARSON apud TEIXEIRA; SILVA, 2017, p. 64)

Finda a Primeira Guerra Mundial, a desestruturação econômica e urbana que assolou a Alemanha levou à aquiescência popular das ideias de “higienização racial” propagadas por Hitler, onde “o papel do mais forte era o de dominar e não de fundir-se com o mais fraco, sacrificando assim a sua própria grandeza” (HITLER apud BIZZO, 2013, p. 185-186). Com o holocausto nazista, o eugenismo tornou-se estigmatizado, difundindo a ideia de raça pura por todos os continentes.

No Brasil, a corrente do eugenismo teve origem em Raimundo Nina Rodrigues (LANG-STANTON; JACKSON, 2017), que eivado por um viés racista, propunha um melhoramento étnico, por meio da vedação à miscigenação entre brancos, negros e indígenas. As ideias segregacionistas foram institucionalizadas na América Latina, que sob uma roupagem de aprimoramento e progresso dos indivíduos, propagaram a discriminação e legitimaram atrocidades contra a dignidade e a integridade humana.

Com isso, verifica-se a importância da Constituição de 1988, que inaugura um novo conjunto de preocupações éticas, tendo em vista que a ordem jurídica constitucional possui o objetivo principal de alcançar a plenitude do convívio social pacífico, havendo normas jurídicas que são predispostas a produzir efeitos práticos sobre o comportamento e a conduta das pessoas (BITTAR, 2002, p. 99)

O preâmbulo da Constituição de 1988 afirma a instituição do Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício “[...] dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de

uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]” (BRASIL, 1988), protegendo a pessoa, independentemente de cor, etnia, religião e etc.

Feitas essas considerações, ao retomar o “eugenismo” percebe-se que o mesmo se consagra como ideia utópica e ideológica instituída sob a “convicção da possibilidade de substituição dos maus genes pelos bons, criando uma nova espécie de humanidade” (DINIZ, 2017, p. 626). Logo, o “espectro de eugenismo” (SCHRAMM, 1997, p. 2), ao ansiar por um ser humano “ideal”, coisifica-o, abrindo espaço para o ressurgimento de uma medicina desumanizada, fundada na pureza racial e no resgate histórico nazifascista.

O termo eugenia, por sua vez, corresponde à ciência que investiga o aperfeiçoamento da reprodução humana e o aprimoramento genético do homem, por meio de uma expressão genérica que pode ser bipartida em eugenia positiva e eugenia negativa (SCHRAMM, 1997, p. 2).

Em primeiro plano, por uma corrente defendida por Fermin Roland Schramm e Maria Helena Diniz, a eugenia positiva “consiste no conjunto de conhecimentos científicos e medidas higiênico-sanitárias” (DINIZ, 2017, p. 625) que auxiliam na minimização de genes patogênicos e na geração de descendentes saudáveis. A eugenia negativa, por seu turno, “tem por escopo não só prevenir o nascimento de pessoa com patologia congênita, mas evitar a transmissão do gene defeituoso” (DINIZ, 2017, p. 625), por meio da erradicação de seus portadores, seja pelo aborto eugênico, morte de neonatos ou eutanásia.

Ante ao exposto, enquanto a eugenia positiva, por tal entendimento, avulta a redução de patologias hereditárias, buscando a melhoria da “dotação genética do ser humano” (DINIZ, 2017, p. 626) mediante modificações terapêuticas em seu genótipo; a eugenia negativa reforça a ideia de seres humanos selecionados, a partir da transmissão das novas características moldadas pela ciência aos descendentes, conferindo abertura ao surgimento de sujeitos geneticamente modificados.

Desse modo, considerando o significado contido na pessoa humana,

Consequentemente, inadmissíveis devem ser, não apenas quaisquer tentativas de intervenção no patrimônio genético defeituoso como também manipulações genéticas que procurem alterar a identidade genético-pessoal do indivíduo para a produção de seres humanos selecionados. É imprescindível que a dignidade humana seja preservada em qualquer fase da vida, inclusive na fetal. (DINIZ, 2017, p. 626)

Por fim, a eugenética, expressão contemporânea do termo eugenia, representa uma “tecnociência nascida nos anos 70, do encontro entre genética, biologia molecular e engenharia genética” (SCHRAMM, 1997, p. 1). Subdivide-se, igualmente, em eugenética negativa e positiva, entretanto, com significação voltada não à perpetuação da modificação genética à prole eventual e futura, mas com enfoque na natureza da manipulação. Negativa, quando voltada a fins terapêuticos, preditivos de patologias e, positiva, quando ansiar melhoramento das aptidões humanas, como inteligência, memória, estatura, cor dos olhos, sexo ou “outros caracteres psicofísicos” (DINIZ, 2017, p. 626).

Ainda sobre tais distinções, faz-se mister salientar que a maioria dos doutrinadores, como Habermas, Selma Rodrigues Petterle, Fernando Mantivani e Carlos María Romeo Casabona não faz essa diferenciação, vez que se utilizam do termo “eugenia” como sinônimo de “eugenética” e, assim, a eugenia positiva e negativa teriam o mesmo significado de eugenética positiva e negativa. Portanto, a eugenia positiva corresponderia às alterações relacionadas à cor dos olhos, cabelo, estatura, por exemplo, ao passo que a eugenia negativa importaria na prevenção/tratamento de patologias.<sup>1</sup>

Por conseguinte, traça-se uma sólida linha de distinção entre os procedimentos autorizados e efetivados por intermédio da terapia genética da ideia de superioridade racial e melhoramento étnico, histórica e humanamente repudiada. Embora as expressões que nominam ambos os institutos partilhem de raiz comum,<sup>2</sup> a carga axiológica da eugenética distancia-a cada vez mais do eugenismo, por objetivar mediante intervenção terapêutica e preditiva, assegurar a dignidade e o melhor interesse dos pacientes. Outrossim, imperiosa é a diferenciação entre a manipulação e o melhoramento gênico; pois ainda que controverso os limites da programação genética, inclusive dentre os pesquisadores mais tradicionalistas, axiomática é a aceitação da eugenética negativa, considerando seus desígnios e sua eficiência. Logo,

Um provável cenário do desenvolvimento de médio prazo poderia se apresentar da seguinte forma: na população, na esfera pública da política e na esfera parlamentar, impõe-se inicialmente a ideia de que o recurso ao diagnóstico genético de pré-implantação deve ser considerado por si só como moralmente admissível ou juridicamente aceitável, se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças hereditárias graves que não poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão. (HABERMAS, 2004, p. 26)

A ciência insere-se na órbita jurídica como ferramenta auxiliadora do homem no exercício de sua dignidade, ao oportunizar técnicas de engenharia genética, métodos de reprodução assistida, terapias gênicas, conhecimento da identidade genética e tratamentos que aumentam a qualidade e prolongam o tempo de vida dos pacientes. Somente após compreender o caminho percorrido pelo sujeito, e inseri-lo no campo da dignidade e da autodeterminação, é possível interpretar a extensão do biodireito e sua confluência com a bioética. Estando a ciência a serviço do homem, e não o contrário, atestam-se os limites dos avanços biotecnológicos, vez que a humanidade intrínseca à natureza do ser deve corresponder ao objetivo máximo e único das pesquisas e procedimentos terapêuticos.

O imperativo técnico-científico vai, paulatinamente, cedendo espaço ao imperativo ético, emergindo novas ciências que têm como ponto central de reflexão a vida humana digna, personificando o progresso das descobertas, por analisar o homem como “um ‘eu’, dando valor fundamen-

---

1 No presente artigo, adota-se a corrente majoritária, de modo que eugenia negativa e eugenia positiva são termos utilizados como sinônimos, respectivamente, de eugenética negativa – termo vinculado a doenças/patologias - e eugenética positiva – termo vinculado às qualidades dos sujeitos.

2 Vem do grego *eugenés*, e significa “bem-nascido” (SCHRÄMM, 1997, p. 1)

tal à vida e à dignidade humana, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da pessoa, que sempre será um fim e nunca um meio para a obtenção de outras finalidades” (DINIZ, 2017, p. 30-31).

Diante do exposto, considerando a problemática do presente artigo – se a manipulação genética é ou não um caminho ético para a preservação e persecução da dignidade da pessoa humana – e tendo em vista já presenciada coisificação da vida, a exemplo do Nazismo, expor-se-ão, no tópico seguinte, os princípios bioéticos, utilizados como balizas para o comportamento ético na manipulação genética.

## 2 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS E SEUS REFLEXOS NA MANIPULAÇÃO GENÉTICA

A ameaça científica sobre a humanidade introduziu uma série de regramentos de conduta para a adequação do desenvolvimento e progresso à ética, obstando abusos do biopoder e a coisificação do indivíduo por meio da geneterapia e das novas técnicas farmacológicas e biomédicas.

Sendo assim, o termo “bioética” foi, pela primeira vez empregado no ano de 1971, na obra *Bioethics: bridge to the future*, cuja autoria atribui-se ao norte-americano Van Rensselder Potter, enquanto ciência da sobrevivência, traduzindo um compromisso com o equilíbrio e a manutenção da vida no planeta (DINIZ, 2017, p. 34). Entretanto, há que se ponderar que em período anterior, mesmo desvalida dessa terminologia, a “semente” da bioética já se fazia presente no “meio” nazista, durante a realização de experiências em seres humanos (FIGUEIREDO, 2018, p. 495), na descoberta da estrutura tridimensional do ácido desoxirribonucleico e na evidenciação da primeira molécula de DNA recombinante (SCHAKER, 2017).

Nos tempos atuais à bioética se prende um ressignificado, atribuído a partir da 2ª Edição de *Encyclopedia of bioethics*, 1995, como um “estudo interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das Ciências da Vida e da Saúde, a totalidade das condições necessárias a uma administração responsável da vida humana em geral e da pessoa humana em particular” (SAUWEN; HRYNIEWICS, 2000, p. 31), ou seja, relaciona-se à conduta médica, ante as descobertas científicas, na conservação das qualidades próprias e inatas ao homem.

No que se refere ao caráter principiológico da bioética, tem-se que a mesma passou a regulamentar-se, inicialmente, através de três princípios básicos – Belmont Report – quais sejam: (a) respeito pelas pessoas ou autonomia; (b) beneficência e (c) justiça (USA, 1979). Posteriormente a esses princípios fora acrescentada pela obra *Principles of Biomedical Ethics*, a não-maleficência, cuja qual passou figurar como quarto princípio (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 143-144).

O primeiro a ser apresentado é o princípio da autonomia, de caráter teleológico, que reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida e o respeito à sua intimidade, de modo que é requisitado do profissional da saúde o respeito da vontade do paciente. Decorrem desse princípio: a exigência do consentimento livre e informado e o modo de como tomar decisões de substituição quando o indivíduo não tiver autonomia suficiente (DINIZ, 2017, p. 39). Nesse sentido,

Não pode o médico, a título de exemplo, impor ao paciente uma transfusão de sangue se esta não é aceita por sua religião (Testemunhas de Jeová). Obrigar a pessoa a este procedimento pode lhe causar danos psicológicos levando-a inclusive a uma depressão e exclusão do seu círculo social. Se a tecnologia deve vir para aumentar a qualidade de vida dos seres humanos, não se pode ignorar a vontade do indivíduo de reger sua vida conforme sua tábua de valores. (PAIANO; ROCHA, 2007, p. 131)

Quanto ao princípio da beneficência, também de caráter teleológico, baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde só pode utilizar do tratamento para o bem daquele que está doente, e não para fazer o mal ou a injustiça. Requer o atendimento por parte do médico aos interesses dos sujeitos envolvidos, a fim de atingir seu bem-estar e, de consequência, evitando quaisquer danos (DINIZ, 2017, p. 39). Para Daury Cesar Fabríz (2003, p. 108), tal princípio deve servir como cenário para uma normatização jurídica cujo objetivo seja a possibilidade de sua compreensão em situações específicas, preceituando e assegurando direitos e deveres.

O princípio da não-maleficência, por sua vez, possui grande relação com o princípio anterior, eis que contém a obrigação de não provocar dano intencional pelos profissionais da saúde e decorre da máxima da ética médica: “*primum non nocere*” – primeiro, não prejudicar (DINIZ, 2017, p. 40). Conforme já citado, foi incluído posteriormente por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em 1979, e se difere do princípio da “beneficência” na medida em que visa não causar nenhum mal, enquanto este envolve ações de natureza positiva, como fazer o bem (BARBOZA, 2003, p. 55).

Por último, mas não menos importante, tem-se o princípio da justiça – desenvolvido com base na teoria sobre justiça social de Jonh Rawls – que demanda a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no tocante à prática médica, tendo em vista que os iguais deverão ser tratados igualmente (ESPOLADOR, 2010, p. 190). É expressão da justiça distributiva, exigindo um vínculo equânime nos benefícios, riscos e encargos à saúde do paciente (DINIZ, 2017, p. 40).

Não obstante os princípios acima elencados não constituam normas precisas ou hierarquizadas e, de modo proposital, seu conteúdo seja vago, em torno deles há um consenso, o que lhes confere observância significativa (BARBOZA, 2003, p. 56). Nesse sentido, Cláudia Loureiro (2009, p. 8) expõe que os princípios bioéticos têm o dever de traduzirem-se em normas aptas a reger toda a atividade de aplicação, subsunção, interpretação ou elaboração de leis acerca das questões bioéticas, sendo que a fonte para esses princípios e regras é a Constituição Federal.

Nesse mister, as balizas éticas incutidas nos procedimentos envolvendo manipulação genética – balizas bioéticas – se fazem cada vez mais essenciais, sobretudo em razão do espaço ocupado pela ciência e medicina na sociedade moderna.

Quanto maior é o poder de manipulação da vida humana, maior é a necessidade de se impor limites éticos e jurídicos. Os assuntos que envolvem a Biotecnologia devem ser estudados e positivados com base em princípios amplos (qualitativos

e limítrofes), abertos, não-absolutos, informados conjuntamente pelo Biodireito e pela Bioética para que reflexões críticas e respostas práticas sejam dadas em casos concretos, protegendo-se o bem estar coletivo, afastando-se o entendimento de que a ciência deve se pautar apenas por regras econômicas e mercadológicas, como dispõe o art. 6º da Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade. (ESPOLADOR, 2015, p. 72)

Feitas essas ponderações acerca dos princípios bioéticos a fim de ressaltar a proporção que os procedimentos envolvendo a manipulação de genes tem assumido, tem-se que os organismos vivos, em especial, seres humanos, apresentam características morfológicas, fisiológicas e comportamentais peculiares que, em regra, são sensorialmente visíveis<sup>3</sup> ou/e perceptíveis mediante testes especiais,<sup>4</sup> as quais denominam-se fenótipo. Esses traços extrínsecos originam-se da interação entre o meio de coexistência e a constituição genética dos homens e, não obstante “serem consideradas relativamente incólumes, ou não afetadas por condições ambientais normais, importante frisar que os genes estabelecem os limites dentro dos quais o ambiente pode modificar o fenótipo” (PETTERLE, 2007, p. 24-25).

Nesse contexto e, diante das preocupações relativas à identidade genética dos indivíduos, em 1990 iniciou-se, formalmente, nos Estados Unidos da América, o Projeto Genoma, que pretendia, em 15 anos “traçar a cartografia do código genético humano: conhecendo os genes, mapeando-os e associando-os a determinadas enfermidades” (PETTERLE, 2007, p. 27). O audacioso escopo desse projeto era a revelação das incógnitas humanas, propiciando um avanço na medicina e acarretando em uma maior e melhor qualidade de vida, minimizando o sofrimento humano e, atendendo o indiscutível anseio do homem, “o elixir da vida” (PETTERLE, 2007, p. 28).

Ocorre que essas discussões científicas em torno da constituição humana dão azo a dois caminhos opostos. O conhecimento do ser, se por um lado permite o avanço terapêutico em prol de tratamentos de maior eficiência, garantindo o bem-estar subjetivo, por outro, a detenção dessas informações inicia uma gananciosa corrida pelo monopólio genético, promovendo a “abertura de uma problemática ética e moral de grande magnitude, seja no plano individual, social ou político” (PETTERLE, 2007, p. 28). Logo, insere-se nas dubiedades humanas, “o desafio de também compreender o saber adquirido” (HONNEFELDER, 2003, p. 17).

Desse modo, acreditava-se que por meio desse Projeto, descobrir-se-ia o “santo graal” da ciência, mediante o sequenciamento do genoma, ao estabelecer a ordem das unidades químicas constitutivas do DNA.<sup>5</sup> Não que seja totalmente falaciosa, entretanto essa determinação tornou plausível um caminhar vagaroso, porém contínuo rumo ao tratamento de inúmeras patologias, mas de forma alguma representou uma súbita e milagrosa cura para todas as disfunções humanas. Isto porque,

3 Como cor dos olhos, dos cabelos, da pele.

4 Tipo sanguíneo, por exemplo.

5 Essas unidades químicas são adenina (A), guanina (G), timina (T) e citosina (C), as quais determinam as características de um organismo.

O desenvolvimento de uma pessoa caracteriza por uma sucessão contínua de eventos que ocorrem ao longo do tempo até a sua morte. O tipo de alimentação que recebe, o local onde vive, a família e o amor de que é objeto, os amigos, os sucessos, os fracassos, a sucessão de acontecimentos na sua vida, tudo isso tem importância na sua história e na maneira como vive e age. (ZATZ, 2007, p. 35)

Integrado à tríade “conhecer, prever e mudar”, as questões afetas ao genoma apontam para as técnicas de alteração do DNA fundadas na terapia gênica e no aconselhamento genético. Tais procedimentos ambicionam a prevenção de distúrbios e anomalias genéticas, combatendo, pontualmente, o fato causal, seja pela alteração em células germinativas ou pela manipulação de células somáticas.

Permite-se, portanto, traçar uma diferença entre procedimentos envolvendo a manipulação de genes, com o intuito de “prevenir” e/ou “tratar” patologias, de procedimentos que tencionam alterar “qualidades”, características humanas como estatura, cor dos olhos, cabelo, pele, etc. Enquanto aos primeiros adota-se a terminologia “manipulação genética”, à segunda é tida como “melhoramento genético”.

Diante dessa ressalva, no âmbito do “melhoramento genético” é possível a identificação de uma nova subdivisão, qualificada a depender da tipologia celular. Diante disso, a terapia gênica em células somáticas, por não perpetuar as alterações genéticas aos descendentes, é de modo razoável aceita, em sua grande maioria, pois, assim como as doenças são combatidas por intermédio de medicamentos, a manipulação desse tipo de célula comporta-se como um fármaco manejado sem desvios, contra a própria partícula.

No que concerne às células germinativas ou reprodutivas, em razão da alta capacidade de diferenciação, a sua utilização é coeficiente de grande discussão tanto na seara médica, quanto no campo jurídico e da pesquisa científica, desencadeando dois eixos de debate, “o primeiro centralizado nos efeitos dessas modificações nas gerações futuras, ainda desconhecidos e, o segundo, pelos estreitos vínculos dessa técnica com a eugenia” (PETTERLE, 2007, p. 35). Destarte,

A polêmica se estabelece porque a manipulação de células germinativas (gametas sexuais e células totipotentes dos embriões) interfere na constituição genética individual. A problemática que a terapia gênica em células germinativas suscita é bastante complexa porque, por vezes, não são muito claros os limites que separam a terapia gênica do melhoramento genético. (PETTERLE, 2007, p. 35)

Traçando um paralelo com os princípios bioéticos, defende-se o caráter “não ético” do melhoramento genético, sobretudo por representar uma espécie de “vitrine” humana, na qual os genitores poderiam “montar” as características de seus filhos a bel prazer, objetificando não apenas o ser humano, mas a própria vida e dignidade envolvida – eugénica positiva.

Quanto à manipulação genética de células germinativas, por seu turno, ao contrastar sobretudo com os princípios da beneficência e da não-maleficência, aponta-se para um campo duvidoso e incerto, vez que conforme aludido alhures, cada corpo reage e responde de maneira ímpar.

Apesar de muito comparado com uma máquina, as “engrenagens” biológicas não seguem padrões únicos e contínuos.

Isto posto, o tópico seguinte se encarregará de examinar a manipulação genética de células somáticas à luz da intersecção entre o direito, história e a ética.

### 3 DESCONSTRUÇÃO DO ESPECTRO DO EUGENISMO A PARTIR DA PERSPECTIVA ÉTICA E HISTÓRICA DO DIREITO

O direito não é uma ciência estática e tampouco isolada. A ética e a história possuem, assim, grande relevância na construção e análise jurídica dos institutos, de tal sorte que a manipulação genética não foge ao padrão dessa lógica.

Tendo como ponto de partida a lição de que o que é aceito pela razão e pelo senso comum tende a mudar ao longo do tempo, ao mesmo tempo que a condição humana e os desafios por ela apresentados (BAUMAN, 2011, p. 10), o que denota mais uma vez a importância da perspectiva histórica no estudo jusfilosófico sobre a manipulação genética, passa-se à discussão propriamente dita sobre esta se tratar ou não de um caminho ético e seguro para a dignidade da pessoa humana. Seria a manipulação genética uma porta que não deve ser aberta?<sup>6</sup>

O linde conceitual entre a diligência preditiva fundada na promoção de tratamentos de patologias em uma fase intrauterina ou embrionária e a autotransformação da espécie a partir de decisões eugênicas perpassa por uma seara de ordem político-legislativa (HABERMAS, 2004, p. 30). Desse modo, a manipulação genética pode caminhar para a emancipação do homem a partir de sua autodeterminação, desde que essa delimitação entre prevenção e eugenismo velado reste-se bem delineada (HABERMAS, 2004, p. 41).

Não se pode esquecer que a consciência ético-jurídica dos povos se viu tocada pela necessidade de construção de um novo paradigma do Estado em razão das atrocidades praticadas contra milhões de pessoas pelo Estado totalitário, principalmente durante o regime nazista (GOMES, 2010, p. 275).

Nesse sentido, ressalta-se que o formalismo jurídico pode se colocar a serviço de qualquer finalidade quando não está comprometido com valores éticos que respeitem a dignidade humana, como aconteceu durante o regime Nazista (GOMES, 2010, p. 280).

No que toca à manipulação genética, ocorre que em muitos cenários, uma programação genética eugênica encontra-se maquiada pela ciência, para ter sua prática ética e legislativamente aceita. Diversamente dos tempos passados em que o conteúdo de pureza racial era propagado por um único arquétipo de autoritarismo, o eugenismo “liberal” tem sido semeado pelo acesso às informações e tangível pelo incremento médico-científico. Sendo assim,

---

<sup>6</sup> De acordo com MARCHIONNI (2008, p. 40): “A biotecnologia, com sua capacidade de manusear a vida, pode, sim, melhorar a existência humana, mas pode também mudar a natureza humana e provocar a terra de Frankenstein. A sede humana de conhecimento e experimentação, a libido do saber, a ânsia de criar artificialmente a vida pretendem escancarar os mistérios. Existe uma porta que não se deve abrir?”

While old-fashioned authoritarian eugenicists sought to produce citizens out of a single centrally designed mould, the distinguishing mark of the new liberal eugenics is state neutrality. Access to information about the full range of genetic therapies will allow prospective parents to look to their own values in selecting improvements for future children. Authoritarian eugenicists would do away with ordinary procreative freedoms. Liberals instead propose radical extension of them. (AGAR, 1999, p. 137)<sup>7</sup>

Portando, na proporção em que o sujeito, “manipulado de forma eugênica, descobre seu corpo vivo também como algo fabricado, a perspectiva do participante da ‘vida vivida’ colide com a perspectiva reificante dos produtores ou artesões” (HABERMAS, 2004, p. 71), haja vista que, ao arbitrar sobre o conteúdo genético da prole, os genitores estabelecem parâmetros e listam expectativas, “sem, contudo, conceder ao seu destinatário, a possibilidade de uma reconsideração” (HABERMAS, 2004, p. 71)

A partir dessa compreensão do criado sobre o natural,

Quanto mais despreocupada for a intervenção na composição do genoma humano, tanto mais o estilo clínico do trato se aproxima do estilo biotécnico da intervenção e confunde-se a distinção intuitiva entre o que cresceu naturalmente e o que foi fabricado, entre o subjetivo e o objetivo – até atingir a auto referência da pessoa em sua existência corporal. (HABERMAS, 2004, p. 66)

Diante do exposto, os melhoramentos eugênicos obstaculizam a autonomia ética ao sujeitarem um indivíduo, desabastecido de consentimento livre e não viciado a projetos pré-determinados por terceiros, ainda que, seus responsáveis, impedindo a compreensão emancipada da sua própria essência. As práticas de aperfeiçoamento genético correspondem a um campo bastante longínquo da esfera de autoridade familiar, pois a determinação da composição biológica do ser em nada se relaciona à estrutura da autoridade parental. (HABERMAS, 2004, p. 69)<sup>8</sup>

Logo, a viabilidade trazida pela medicina contemporânea que resulta no “melhoramento” genético, por intermédio da seleção do sexo ou eleição de características qualitativas específicas, reflete na retirada da autonomia do homem e, em nada contribui para o desenvolvimento de sua identidade digna. Destarte, não há o que se falar em normatização da eugenia positiva ou, como alguns autores como Maria Helena Diniz, adeptos a uma classificação mais complexa, costumam conceituar por eugénica positiva, pois em uma sociedade “pluralista e democraticamente constituída, que concede a todo cidadão igual direito a uma conduta de vida autônoma, a seleção das disposições desejadas, a priori, não pode ser desatrelada do prejulgamento de determinados projetos de vida” (HABERMAS, 2004, p. 91)

7 Tradução livre: Enquanto eugenistas antiquados e autoritários procuravam produzir cidadãos a partir de um único modelo, a marca distintiva da nova eugenia liberal é a neutralidade do Estado. O acesso à informação sobre toda a série de terapias genéticas permite aos genitores que observem seus próprios valores ao selecionarem melhorias para os futuros filhos. Eugenistas autoritários suprimiriam as liberdades de procriação comuns. Já os liberais propõem a ampliação radical dessas liberdades.

8 Crítica trazida por Habermas, em relação a alguns pensadores que comparam as práticas eugênicas com a educação, dispondo que se os pais podem escolher como criarem seus filhos, a intervenção genética não seria menos legítima.

Por fim, diferentemente desse “melhoramento”, ao conceber que a liberdade eugênica dos pais não pode colidir com a autonomia ética dos filhos (HABERMAS, 2004, p. 69), tem-se que as práticas afetas à eugenia ou eugénica negativa, em nada se assemelham ao espectro do eugenismo. Seja sob a forma de um aconselhamento ou assumindo a roupagem de um diagnóstico, o tratamento terapêutico de uma disfunção, malformação ou patologia encontra-se plenamente desvinculado de toda e qualquer discriminação ou seleção racial.

Contudo, diante do caráter ético e histórico que se soma ao direito, apesar de desvincular a manipulação genética de práticas totalitárias – melhoramento genético –, a especificação da mesma a partir da tipologia celular tem o condão de aproximar ou distanciar os seres humanos de sua essência. Ao ser impossível – ao menos até o momento – prever o que a modificação em uma célula germinativa pode acarretar – transgenia – irrazoável se torna defender à luz da ética essa prática, especialmente por remeter, historicamente, pela ausência de certezas às experimentações nazistas.

Assim, a dignidade da pessoa humana, sua autodeterminação e integridade não apenas são conservadas a partir das terapias gênicas em células somáticas, mas são garantidas, de tal sorte que, sob o manto legislativo infraconstitucional e constitucional, ainda que de maneira esparsa e escassa, o ser humano tem em sua defesa o dever do Estado em promover o bem de todos, incluindo a saúde. Logo, guardada pela política pública, a medicina tem a seu favor o progresso científico, desde que o seu emprego não afaste o sujeito, eticamente, de sua humanidade.

Por conseguinte, o axioma da dignidade tem o árduo compromisso de acobertar, igualmente sob suas asas, o progresso em prol da saúde e os princípios éticos como forma de preservação do homem. Conclui-se, então, que os traços eugenéticos da programação genética não desnaturam as finalidades da terapia gênica nem a eiva dos pretextos para uma segregação racial. Pelo contrário, a manipulação em células somáticas não só auxilia, mas garante o exercício pleno da dignidade.

## CONCLUSÃO

Diante do vertiginoso progresso externado, especialmente, pelo ramo da medicina, torna-se realidade palpável ao homem a manipulação genética. Nesse diapasão, a Bioética insere-se no ordenamento, atuando na tutela da dignidade e da autodeterminação ao sustar eventuais desarranjos científicos. Por meio da interpretação da biotecnologia a partir da perspectiva ética e histórica do direito, é possível desvencilhar as terapias genéticas do espectro do eugenismo, galgando rumo à dignidade da pessoa humana e da autodeterminação.

Após a análise da carga histórica atrelada ao eugenismo – experiências Nazistas – e da abordagem principiológica conferida à bioética, no artigo se explorou duas modalidades atreladas à modificação no genoma, a saber: melhoramento genético, manipulação genética, bem como as variantes desta última: manipulação em células somáticas e manipulação em células germinativas.

Nessa esteira, no último item, validaram-se as incertezas envolvendo o manuseio de célu-

las germinativas e, as objeções ao “aperfeiçoamento genético” por representar um resgate velado dos ideais totalitários de melhoramento racial. A respeito das terapias gênicas em células somáticas, por seu turno, demonstrou-se que, que a medicina pode caminhar junto à ética e a história a fim de garantir o exercício pleno e máximo das potencialidades humanas, sem que isso recaia em uma robotização do ser humano.

Assim, a ciência encontra-se a serviço da humanidade na busca pela vida plena em detrimento da sobrevivência, de tal modo que a manipulação genética somática corresponde à manifestação da autodeterminação na constituição de uma vida digna, assegurada pela integridade física e psíquica do indivíduo. Logo, a eugenia “negativa” resta-se desvinculada das perspectivas de superioridade racial, acoplando-se eticamente a um meio para vislumbrar o homem como um fim em si mesmo.

## REFERÊNCIAS

AGAR, Nicholas. *Liberal Eugenics* In: SINGER, Peter; KUHSE, Helga (org.). **A companion to bioethics**. Oxford: Blackwell, 1999.

BARBOZA, Heloisa Helena. *Princípios do Biodireito*. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios da ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BIZZO, Nélío. **Meninos do Brasil: Ideias de reprodução, eugenia e cidadania na escola**. São Paulo: Editora do Brasil, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de ética jurídica: ética geral e profissional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 jan. 2021.

COMPARATO, Fabio Konder. O direito como parte da ética. In: ALVES, Alaôr Caffé; et. al. **O que é a filosofia do direito?** Barueri: Manole, 2004.

DEL CONT, Valdeir. O controle de características genéticas humanas através da institucionalização de práticas socioculturais eugênicas. **Scientiae Studia**, São Paulo, v. 11, n. 13, p. 511-530, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ss/v11n3/04.pdf>. Acesso em: 02

jan. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. **Manipulação genética humana: o controle jurídico da utilização de embriões em pesquisas científicas**. 2010. 251f. Tese (Doutorado em Direito das relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resqueti Tarifa. Alguns apontamentos sobre a lei de biossegurança nos negócios biojurídicos envolvendo a manipulação genética humana. *In*: ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger de; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. (org.) **Estudos em direito negocial: relações privadas e direitos humanos**. São Paulo: Boreal Editora, 2015.

FABRIZ, Daury Cesar. **Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FIGUEIREDO, Antônio Macena. Bioética: crítica ao principialismo, Constituição brasileira e princípio da dignidade humana. **Revista Bioética**, Brasília, v. 26, n. 4, p. 494-505, 2018. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/issue/view/67](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/issue/view/67). Acesso em: 28 dez. 2020.

GALTON, Francis. **Hereditary Genius: an inquiry into its laws and consequences**. Londres: Julian Friedmann, 1979.

GOMES, Sergio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HONNEFELDER, Ludger. Perspectivas da tecnologia genética: um desafio para a ética. *In*: SOUZA, Draiton Gonzaga de; ERDTMANN, Bernardo (org.). **Ética e genética II**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

LANG-STANTON, Peter; JACKSON Steven. Eugenia: como movimento para criar seres humanos ‘melhores’ nos EUA influenciou Hitler. **BBC News/Brasil**, Londres, 23 abr. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619>. Acesso em: 04 jan. 2021.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARCHIONNI, Antônio. **Ética: a arte do bom**. Petrópolis: Vozes, 2008.

PAIANO, Daniela Braga; ROCHA, Maurem da Silva. Biodireito e início da vida: crise de paradigmas no ordenamento jurídico brasileiro. **Intertemas**, Presidente Prudente, v. 12, p. 123-

140, 2007.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICS, Severo. **O Direito “in vitro” – Da bioética ao biodireito** – Temas Polêmicos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHAKER, Patrícia. **Tecnologia do DNA recombinante**: histórico, enzimas de restrição, vetores e eletroforese. 2017. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113623/mod\\_resource/content/1/Aula%204%20-%20Tecnologia%20DNA%20recombinante\\_enzimas%20de%20restri%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4113623/mod_resource/content/1/Aula%204%20-%20Tecnologia%20DNA%20recombinante_enzimas%20de%20restri%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 20 jan. 2021.

SCHRAMM, Fermin Roland. Eugenia, eugénica e o espectro do eugenismo: considerações atuais sobre biotecnociencia e bioética. **Revista Bioética**, Brasília, v. 5, n. 2, 1997. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/384](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/384). Acesso em: 08 jan. 2021.

TEIXEIRA, Izabel Mello; SILVA Edson Pereira. História da eugenia e ensino da genética. **História da ciência e ensino**: construindo interfaces, v. 15, p. 63-80, 2017. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/hcensino/article/viewFile/28063/22596>. Acesso em: 13 jan. 2021.

USA. Office For Human Research Protections. U.S. Department Of Health & Human Service. **The Belmont report**. 1979. Disponível em: <https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>. Acesso em: 08 dez. 2020.

ZATZ, Mayana. **Genética**: escolhas que nossos avós não faziam. São Paulo: Globo, 2011.

**Como citar**: FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. Dignidade humana e manipulação genética: reflexões jusfilosóficas acerca da modificação do genoma. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 27-43, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.27. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 23/08/2021

Aprovado em: 18/11/2021

**A NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA E A RESPONSABILIDADE  
SOCIAL DAS EMPRESAS COMO CONTRIBUTOS PARA O  
COMBATE ÀS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA**

TAX NEUTRALITY AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY  
AS CONTRIBUTIONS TO COMBAT VIOLATIONS OF THE  
ECONOMIC ORDER

**Anna Karla da Silva Brisola\***  
**José da Silva Alves Júnior\*\***  
**Hertha Urquiza Baracho\*\*\***

\*Advogada OAB/PB. Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.

E-mail: anna.k.brisola@gmail.com

\*\*Advogado. Pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela ESA/PB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.

E-mail: j.alves18@outlook.com

\*\*\*Pós-Doutorado na Università degli Studi di Firenze, UNIFI. Doutorado em Direito do pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Professora colaboradora na Universidade Federal da Paraíba, UFPB.

E-mail: herthaurquiza@gmail.com

**Como citar:** BRISOLA, Anna Karla da Silva; ALVES JUNIOR, José da Silva; BARACHO, Hertha Urquiza. A neutralidade tributária e a responsabilidade social das empresas como contributos para o combate às infrações à ordem econômica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 44-59, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.44. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** A ordem econômica e financeira na Constituição Federal de 1988 tem como um dos princípios basilares a livre concorrência. Contudo, apesar das diversas garantias no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, o mercado ainda enfrenta diversas condutas nocivas. Por tais razões, este artigo tem por objetivo de pesquisa a defesa da concorrência. Partindo dessa perspectiva, foi necessário fazer uma análise da ordem econômica e da atuação do Estado no domínio econômico, assim como observar a construção histórica da defesa da concorrência nas Constituições brasileiras. Como as infrações econômicas são uma realidade atual, foi preciso demonstrá-las junto com a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Por último, mas não menos imperioso, justificou-se a neutralidade tributária e a responsabilidade social das empresas como contributos na defesa da concorrência. Conclui-se que, a neutralidade tributária constitui um mecanismo de concretização da justiça social e de equilíbrio do mercado, enquanto a responsabilidade social auxilia a defesa da concorrência em razão de exigir das empresas uma postura ética. Desta forma, este artigo empregou como metodologia o método do positivismo-lógico, através de uma abordagem indutiva e da pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito Econômico; Defesa da Concorrência; Neutralidade Tributária; Responsabilidade Social das Empresas.

**Abstract:** The economic and financial order in the Federal Constitution of 1988 has as one of the basic principles free

competition. However, despite the various guarantees in the constitutional text and in infraconstitutional legislation, the market is still facing various harmful practices. For these reasons, this article aims to research the defense of competition. From this perspective, it was necessary to make an analysis of the economic order and the performance of the State in the economic domain, as well as to observe the historical construction of the defense of competition in the Brazilian Constitutions. As economic infractions are a current reality, it was necessary to demonstrate them along with the actions of the Administrative Council of Economic Defense (CADE). Last but not least, tax neutrality and corporate social responsibility were justified as contributions in the defense of competition. The basis for such results was based on bibliographical research and the method of inductive-deductive approach. It is concluded that tax neutrality is a mechanism for achieving social justice and market equilibrium, while social responsibility helps to defend competition by demanding from companies an ethical stance.

**Keywords:** Economic Law. Defense of Competition. Tax Neutrality. Corporate Social Responsibility.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal é a base do hodierno modelo de sistema econômico brasileiro. Consoante a doutrina majoritária, o Texto Político de 1988 instaurou, no título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, do art. 170 a 192, um sistema econômico capitalista fundado na propriedade privada cujo capital é fator preeminente dos sistemas de produção.

Todavia, malgrado seu cunho capitalista, o Estado Brasileiro – de caráter Regulador, preocupou-se com intensa participação estatal para salvaguardar proteção social e efetivar políticas públicas com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Ocorre que tais mecanismos não têm se mostrado suficientes para proteger o mercado das práticas abusivas e garantir uma justa concorrência, além de que, tais práticas impedem a concretização dos ditames constitucionais por parte do Estado.

Nesse diapasão, tem-se como problemática: como a neutralidade tributária e a responsabilidade social das empresas podem colaborar no combate às infrações à ordem econômica?

O presente artigo, fundamentado na revisão crítica da literatura, visa apontar as principais normas que salvaguardam a ordem econômica brasileira, bem como a atuação do Estado no domínio econômico para reprimir infrações à ordem econômica.

Preliminarmente, teceremos a linha histórica das Constituições brasileiras com o intuito de verificarmos, a partir do momento histórico-social em que foram produzidas, quais Constituições disciplinaram sobre o tema deste estudo. Ademais, abordaremos a sistemática Constitucional trazendo à discussão o entendimento doutrinário sobre os princípios da ordem econômica brasileira e sobre quais situações o Estado intervém para salvaguardar o bem-estar coletivo.

Diante do exposto, pretende-se examinar a neutralidade tributária e a responsabilidade social das empresas como instrumentos de uma ordem econômica pautada numa economia justa e participativa.

Para efetivar esse desígnio, utilizou-se o método positivismo lógico, com natureza predominantemente qualitativa, baseado em materiais bibliográficos e documentos legais.

## 1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As Constituições representam o momento histórico e social em que são organizadas. Ao realizarmos uma análise no histórico das Constituições brasileiras identificaremos, a partir de uma análise do momento político-social em que foram produzidos, quais movimentos influenciaram na sistematização dos Textos Constitucionais pátrio. O organismo Constitucional é, destarte, produto interno da sociedade.

Partindo-se desta premissa, no Brasil, a Carta Política de 1824 – outorgada por D. Pedro I e que concentrava todo o poder nas mãos do imperador –, não versou sobre um sistema econômico

ao passo que à época os textos constitucionais traduziam, apenas, as normas de organização do Estado. Todavia, a Constituição da Monarquia, conforme Figueiredo (2014, p. 91) se destacou como um dos primeiros textos constitucionais a versar sobre direitos fundamentais.

Conseqüentemente, em 1891, com o advento da Proclamação da República, promulgou-se a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Ademais, não diferente da Carta Imperial, o Texto Constitucional vigente não tratou da matéria econômica, sendo, assim, criticada pela omissão. Contudo, estabeleceu as primeiras medidas intervencionistas do Estado.

Em terceiro lugar, em 16 de julho de 1934, promulgou-se a segunda Constituição da República. O Texto Constitucional supracitado foi a primeiro a acautelar uma ordem econômica e social influenciada pelas Constituições do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919) que consubstanciaram um modelo de Estado Social. Estabeleceu um regime intervencionista permitindo ao Estado proteger os interesses coletivos em detrimento dos individuais.

Além disso, a Constituição de 1934 conforme seu preâmbulo constitucional tinha por escopo “organizar um Estado democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”.

Por conseguinte, em 1937, influenciada pela Constituição da Polônia, que se baseava nos movimentos nazistas e fascistas, outorgou-se a quarta Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Igualmente, a ordem econômica foi disciplinada sendo tratada, assim, em capítulo próprio.

Ocorre que, não diferente da Constituição que a antecedeu, a Carta Política de 1937 não trouxe inovações quanto ao tema, apenas ratificou o Estado como ente intervencionista e regulador.

A Constituição de 1946, por sua vez, resultante de uma Assembleia Nacional Constituinte, estabeleceu múltiplas modificações em relação à Carta Política de 1937. O enfoque, então, fundamenta-se nos princípios da justiça social com foco na liberdade de iniciativa e valorização da dignidade do labor humano.

Mais adiante, em 1967, sob o regime militar, instaura-se um novo Texto Constitucional ratificando o modelo intervencionista de Estado, pautado na ideia nacionalista, e direcionado ao desenvolvimento e segurança nacional. Reporta-se que o desenvolvimento econômico, juntamente com a justiça social – oriundo da Emenda Constitucional de 1969 – reafirma as conquistas jurídicas pretéritas.

Por fim, o Constituinte de 1988 instaurou um título próprio acerca da Ordem Econômica e Financeira fundamentando, em seu art. 170, que a ordem economia, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, com base nos ditames da justiça social.

## **2 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E ATUAÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

O alicerce da ordem econômica brasileira, atualmente, estrutura-se na Constituição

brasileira. Todavia, sua dimensão é produto de uma construção social que paulatinamente adquiriu extensão jurídica e firmou-se a partir da sistematização do tema em Constituições do mundo inteiro.

O Estado é uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, 1995, p. 101). Ademais, seu escopo social é caractere do Estado Moderno que surgiu como consequência das lutas contra o Estado Absoluto, se transpondo para afirmação dos direitos naturais da pessoa humana.

Destarte, com o processo de transformação do Estado, resultante de movimentos político-sociais, instaurou-se um processo de proteção social e repartição de renda, positivada nos Textos Constitucionais, no rol dos denominados direitos sociais. Figueiredo (2014, p. 68) preleciona:

Após a efetivação dos valores políticos idealizados como basilares do novo modelo de Estado, ao qual se denominou Liberal, ante o regime de garantia de liberdades individuais e proteção ao domínio privado, mister se fez garantir proteção aos segmentos sociais marginalizados, minoritários e, conseqüentemente, excluídos do processo de produção e repartição de riquezas.

Conseqüentemente, com o escopo de salvaguardar e efetuar políticas públicas fundadas no bem-estar social, o Estado, que existe para a consecução do bem comum, passou a intervir na ordem econômica. Hodiernamente, com a Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro – de caractere regulador – afastou o modelo absoluto de intervenção na economia atuando em situações que demonstrem imperativos à segurança nacional, de relevante interesse coletivo, além do monopólio constitucional, disciplinados nos art. 173 a 177 da CRFB/88.

Ademais, ordem econômica diz respeito ao conjunto de regras e princípios estabelecidos na Lei Maior que orientará a intervenção do Estado no domínio econômico. Segundo José Afonso da Silva (2001, p. 771), “a ordem econômica consiste na racionalização jurídica da vida econômica, com o fim de se garantir o desenvolvimento sustentável da Nação”.

Tavares (2006, p. 81), por sua vez, define como “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico”.

Além disso, a doutrina majoritária reconhece que a Constituição brasileira adotou o sistema econômico capitalista fundado na propriedade privada e cujo capital é fator preeminente dos sistemas de produção.

De tal leitura depreende-se a riqueza do dispositivo, que traz normas relativas ao fundamento e aos princípios da ordem econômica, além de servir como parâmetro para sua compreensão (FIQUEIREDO, 2014, p. 93). O supracitado artigo salvaguarda: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]”.

A valorização do trabalho, disciplinado no art. 170, caput, constitui fundamento da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1º, inc. IV da CF/88. Desse modo, entende-se que a valorização do trabalho representa um princípio do Estado brasileiro. Trata-se de uma forma de

garantir ao homem brasileiro uma vida digna, pautada na valorização de seu labor, podendo ser operacionalizada na efetivação de direitos sociais do trabalhador como o salário mínimo, férias, fundo de garantia por tempo de serviço, descanso remunerado etc.

A livre iniciativa integra o segundo fundamento da ordem econômica brasileira. Desde logo se reconhece a ideia de liberdade de empresa, de modo que veda ao Estado restringir o desempenho da atividade econômica, estabelecendo exceções para esta regra. Tavares (2006, p.83) defende que o fundamento da livre iniciativa possui uma conotação normativa positivada, que permite liberdade a qualquer pessoa, e um viés negativo, ao ponto que estabelece a não intervenção estatal.

Figueiredo (2014, p. 95) afirma que a noção de livre iniciativa expressa a liberdade de entrar, permanecer e sair do mercado sem interferências externas. Além disso, o parágrafo único do art. 170 materializa a livre iniciativa ao assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Ademais, faz-se mister elucidar que tais fundamentos têm por escopo assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Deve-se sublinhar, ainda, que a ordem econômica, fundamentada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, cujo escopo destina-se à existência digna apresenta, em nove incisos do art. 170 da CRFB, princípios basilares que servem de parâmetros para o efetivo funcionamento da ordem econômica.

O primeiro destes princípios diz respeito à soberania nacional, que representa similarmente um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. I da CF/88), bem como um dos elementos constitutivos do Estado. A soberania é “a capacidade de o Estado ser reconhecido como pessoa jurídica de direito público para a comunidade internacional” (FIGUEIREDO, 2014, p. 97).

Por conseguinte, tem-se a propriedade privada (inc. II) e a função social da propriedade (inc. III), como princípios orientadores da Ordem Econômica. Todavia, seus fundamentos estão expressos no rol dos direitos e garantias individuais que constituem cláusulas pétreas do Estado brasileiro.

O direito à propriedade constitui garantia real que permite ao agente usar, gozar ou mesmo dispor de um bem, tendo exclusividade. A propriedade privada, assim, vertida sob a ótica de princípio da ordem econômica, se insere no processo de produção, envolvendo a propriedade – dita dinâmica – dos bens de consumo e produção (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2006, p. 467).

Por outro lado, a função social da propriedade implica uma finalidade social – salvaguardada pelo Constituinte de 1988 – buscando impedir que o particular utilize a propriedade de modo desviado, prejudicando o meio social. Destarte, fundamenta-se conforme os parâmetros da justiça social. Figueiredo (2014, p. 99) declara:

Assim, a função social da propriedade cuida da socialização desses direitos individuais, de cunho privatista, na qual o uso e a fruição da propriedade privada passam a ser condicionados ao atendimento de um objetivo maior, previamente estipulado em lei, cuja inobservância legitima a interferência do Estado sob a esfera de domínio privado do proprietário, podendo acarretar, inclusive, a expropriação do bem.

Ademais, posteriormente, temos a livre concorrência como princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. IV). Araújo e Nunes Junior (2006, p. 469) defendem que seu escopo é fundar um mercado ideal, caracterizado pelo assim chamado “estado de concorrência”. Figueiredo (2014, p. 102), por sua vez, aduz que este é um dos fundamentos da economia liberal, sendo corolário da livre iniciativa.

Nessa seara, a doutrina majoritária tem defendido que o princípio da livre concorrência reporta-se a um desdobre do fundamento da livre iniciativa. Tal princípio tem por fim garantir o acesso e permanência de competidores na atividade mercantil, conferindo ao Estado a possibilidade de intervir na iniciativa dos agentes econômicos quando verificar a dominação do mercado por alguns desses agentes.

Conforme Tavares (2006, p.83) o princípio da livre concorrência possibilita a abertura jurídica aos particulares para competirem entre si. Todavia, devem observar a licitude do ato, objetivando o êxito econômico das leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.

Posteriormente, temos os princípios da defesa do consumidor (inc. V), a defesa do meio ambiente (inc. VI), a redução das desigualdades regionais e sociais (inc. VII) e a busca pelo pleno emprego (inc. VIII) como integrantes dessa ordem econômica dinâmica fundada na existência digna da pessoa humana. Finalmente, o constituinte de 1988 acautelou tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (inc. IX). Nesse sentido, Figueiredo (2014, p. 104) preleciona:

Com o avanço da globalização e das grandes empresas de capital transnacional, as técnicas de produção em massa passam por processos de mecanização e informatização exigindo muito menos quantidade de mão de obra, primando pela especialização de um número cada vez menor de trabalhadores para realização de suas atividades. A inovação tecnológica permitiu que tais atividades econômicas passassem a ser desenvolvidas por um número cada vez maior de empresas de médio e pequeno porte, detentoras do *know-how* de produção, aumentando a concorrência do mercado, em que pese não deterem poderio, nem capital econômico de grande porte. Daí a importância das empresas de médio e pequeno porte no atual mercado, como entidades concorrenciais, empregadoras e geradoras de renda.

Assim, faz-se necessário trazer à baila que o favorecimento aqui conferido não contraria a fundamentação da livre iniciativa e o princípio da defesa da concorrência, mas salvaguarda em termos concorrenciais as entidades de pequeno porte que não têm condições de competir de forma direta com empresas de grande porte.

### **3 INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA E A ATUAÇÃO DO CADE (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA)**

A defesa da concorrência tem como finalidade precípua combater atos ilegais, com o

objetivo de fraudar a procura e a oferta, consistindo essas práticas em abuso de poder ou atos de deslealdade (MASSO, 2016, p. 151). “Enquanto no primeiro caso se tutelam as estruturas de mercado competitivas e eficientes, no segundo caso o que se tutela é a lealdade dos concorrentes no desenvolvimento de atividade econômica” (MASSO, 2016, p. 156).

Segundo Figueiredo (2014, p. 269), a conduta de abusar do poder econômico é “todo ato de agente econômico que, valendo-se de sua condição de superioridade econômica, atua prejudicando a concorrência, o funcionamento do mercado ou, ainda, aumentando arbitrariamente seus lucros”.

“Desse modo, ultimamente a aplicação da vigente Lei de proteção da concorrência contra o abuso do poder econômico, chamada de antitruste (Lei nº 12.529/2011), e da lei que tutela as práticas leais de competição, chamada de Lei de propriedade industrial (Lei nº 9.279/1996)” (MASSO, 2016, p. 156). Considerando como bem tutelado na infração do abuso do poder econômico, a sistemática de mercado, contudo, influencia em todo o conjunto de princípios da ordem econômica (MASSO, 2016, p. 160).

A Lei Antitruste enumera no seu art. 31, como sujeito ativo dos delitos econômicos: as pessoas físicas, jurídicas de direito público ou privado, quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica. A responsabilidade é objetiva (ou seja, independente da demonstração de culpa), bem como solidária entre a empresa e seus agentes. Caracteriza o art. 36, da citada Lei, como núcleo do tipo de modo exemplificativo, as seguintes condutas:

- I - **limitar, falsear** ou de qualquer forma **prejudicar** a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - **dominar** mercado relevante de bens ou serviços;
- III - **umentar** arbitrariamente os lucros; e
- IV - **exercer** de forma abusiva posição dominante. (Grifos nossos)

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 173, §4º, expressa como abuso do poder econômico todo ato de dominação do mercado que vise à eliminação da concorrência e ao aumento injusto dos lucros. Tendo como consequência nesses casos, de acordo com a Lei de Proteção à Concorrência, a desconsideração da personalidade jurídica, também trazida pelo art. 50 do Código Civil brasileiro. A desconsideração da personalidade jurídica tem como penalidade aos seus sócios responder ilimitadamente e diretamente, deixando de haver o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas. Assim entendendo os Tribunais Superiores sobre o tema:

CIVILE PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VERIFICAÇÃO DE ABUSO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. OCULTAÇÃO DO PATRIMÔNIO PARA EVITAR A CONSTRICÇÃO DECORRENTE DAS EXECUÇÕES DOS CREDORES. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE SE PROCESSA POR MAIS DE DEZ ANOS. INDÍCIOS DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. APROPRIAÇÃO DOS PROVEITOS ECONÔMICOS DA EMPRESA PELOS SÓCIOS. AUSÊNCIA

DE QUALQUER ATIVO QUE POSSA SALDAR O VALOR DECORRENTE DE SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL QUE SE MOSTRA ADEQUADA AO CASO CONCRETO. PROCEDIMENTO QUE DEVERÁ OBSERVAR A SISTEMÁTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. **O Superior Tribunal de Justiça possui iterativa jurisprudência no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, devendo ser observada a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, enquanto não concorrer abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade ou confusão patrimonial por parte dos sócios.** 2. A execução não deve restar frustrada diante dos indícios de abuso da personalidade jurídica da empresa agravada, devendo-se possibilitar que o crédito do exequente seja saldado após a medida extrema da desconsideração da personalidade jurídica, que deverá observar o procedimento vigente, na sistemática do Novo Código Civil, com o devido processamento do incidente e possibilitando ao agravado o exercício do contraditório e da ampla defesa. 3. Precedentes do STJ (EREsp 1306553/SC, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 12/12/2014; AgRg no AREsp 621.926/RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 20/05/2015; AgRg no AREsp 402.622/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 12/05/2015) 4. Agravo de instrumento conhecido e provido. (TJ-RN - AI: 20160032673 RN, Relator: Desembargador Virgílio Macêdo Jr., Data de Julgamento: 09/05/2017, 2ª Câmara Cível) (grifo nosso) (RIO GRANDE DO NORTE, 2017)

Portanto, são consideradas como condutas abusivas a venda casada, a formação de cartel, os sistemas seletivos de distribuição e preços predatórios (FIGUEIREDO, 2014, p. 280). Já a concorrência desleal é qualquer ato que atinja outro concorrente, independentemente do poder econômico, sendo importante a lesão. “As ações criminais são privadas e deverão ser promovidas por intermédio de queixa-crime lesão” (MASSO, 2016, p. 226). Nesse caso, é a Lei de propriedade industrial que tipifica o núcleo desse tipo, estando elas expostas no art. 195:

- I - **publica**, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- II - **presta ou divulga**, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;
- III - **emprega** meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
- IV - **usa** expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;
- V - **usa**, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;
- VI - **substitui**, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;
- VII - **atribui-se**, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;
- VIII - **vende ou expõe ou oferece** à venda, em recipiente ou invólucro de outrem,

produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - **dá ou promete** dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - **recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita** promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - **divulga, explora ou utiliza-se**, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - **divulga, explora ou utiliza-se**, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude; ou

XIII - **vende, expõe ou oferece à venda produto**, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - **divulga, explora ou utiliza-se**, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa. (Grifos nossos)

Por fim, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) exerce poder de polícia, atuando na fiscalização e aplicação de sanções decorrentes de ilícitos administrativos cometidos na ordem econômica (FIGUEIREDO, 2014, p. 280). O CADE é um dos órgãos da composição do SBDC, com jurisdição em todo o território nacional, e vinculado ao Ministério da Justiça, tendo natureza de autarquia federal. Sendo seus órgãos, a atuação do Ministério Público Federal, seus recursos e competência de cada órgão delimitados pela Lei 12. 529/2011.

As penalidades impostas pelo CADE podem ser de naturezas ordinárias (art. 37 da Lei 12.529/2011) são as “aquelas, por sua vez, podem ser aplicadas de forma única ou diária”; a extraordinária, prevista no artigo 38, desta forma, se observa que podem ser aplicadas cumulativamente. (FIGUEIREDO, 2014, p. 281). Logo, conclui-se que o sistema da ordem econômica é bem estruturado, o que falta é fiscalização para coibir tais condutas nocivas.

#### **4 A IDEIA DE NEUTRALIDADE TRIBUTÁRIA COMO GARANTIA DA CONCORRÊNCIA**

A sistemática constitucional de 1988 prevê um aparato de direitos, em busca de concretizar o bem-estar e a paz social. Diante disso, a tributação interfere na ordem econômica, uma vez do

dever fundamental de pagar impostos por parte dos cidadãos, que ocorre o seu financiamento. Nabais (2005, p. 13), afirma que “o estado fiscal é assim, um estado limitado no que ao domínio *económico* concerne”. Desse modo, haveria uma relação sinalagmática de influências entre o ente estatal e a economia.

Porém, a tributação não pode ser demasiadamente concebida, mas pautar-se nos princípios da capacidade contributiva, igualdade, legalidade e tipicidade, para que não venha distorcer o sistema tributário e desvincular-se da teoria da tributação adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“Desde meados do século XX, a doutrina e a jurisprudência perceberam a importância do direito tributário no exercício de uma função interventiva na direção econômica e social, para além de sua tradicional função arrecadadora” (BONFIM, 2011, p. 14.)

Devido à interdisciplinaridade existente entre o direito econômico e o tributário, o princípio funcional da ordem econômica tornou-se imprescindível para analisar o cumprimento dos objetivos tributários. São esses princípios funcionais, a livre iniciativa, livre concorrência, mercado livre e abuso do poder econômico (BONFIM, 2011, p. 14).

Assim como a tributação constitui a maior ferramenta do Estado na intervenção do mercado, como forma de reprimir os abusos econômicos e afastar condutas que obstem ao cumprimento dos ditames da ordem econômica (VIDIGAL, 2015, p.172).

Por conseguinte, em busca de evitar distorções no mercado, decorrentes dos tributos, o legislador adotou três espécies de normas: as indutoras, as simplificadoras, as arrecadadoras e simplificadoras. As indutoras, como é o caso da função extrafiscal de alguns tributos, estimula ou desestimula comportamentos. As normas arrecadadoras criam casos de isenção ou de não incidência em determinadas situações. E por último, as normas simplificadas, como o próprio nome já diz, tornam mais fácil o recolhimento, por razões socioeconômicas. Portanto, percebe-se que esses tipos de normas podem cumular-se, por exemplo, uma mesma norma ser indutora e simplificada (BONFIM, 2011, p. 15).

Por essas razões, conclui-se que as normas indutoras são claramente norteadas pelo princípio da livre concorrência, ao mesmo tempo que em uma via de mão dupla, os tributos na dosagem certa favorecem o equilíbrio concorrencial, evitando lucros exorbitantes (BONFIM, 2011, p. 197).

Para isso, a abordagem da neutralidade tributária, atua de acordo com a função adotada pela tributação. Se trata de um tributo fiscal, a concorrência mantém-se neutra. Se extrafiscal, logo indutora, o princípio da concorrência atuará e impossibilitará uma neutralidade tributária (BONFIM, 2011, p. 198).

Desta forma, a neutralidade tributária quando adotada em tributos com finalidade fiscal, constitui uma das formas de concretização do princípio da concorrência, ajudando a evitar distorções de preços no mercado, maximizando o poder de compra dos consumidores e atraindo investidores para o Brasil (FARO; ROCHA, 2017).

Contudo, o que conceitua neutralidade tributária? Resumidamente, é o dever do Estado de ser imparcial em situações que causem equilíbrio à concorrência, levando igualdade ao sistema

concorrencial (LIMA, 2005, p. 61). De um modo mais completo, nas palavras de Lima (2005, p. 73):

A neutralidade tributária, desse modo, pode ser entendida, em primeiro plano, como um dever negativo, ou de omissão ao Estado, de não interferir na concorrência por meio da tributação, e, em segundo plano, como um dever positivo ou de ação, de prevenir ou restaurar, quando for o caso, a igualdade de condições na concorrência, quando esta se encontra ameaçada por ações de particulares ou outros fatores relevantes, sempre objetivando a preservação da igualdade de condições competitivas no mercado.

Verificando a necessidade dessa situação no ordenamento jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional 42/2003, introduziu o artigo 146-A, que assim dispõe: “lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. Lima (2005, p. 76) argumenta que a inclusão do presente artigo na Constituição inaugurou o princípio da neutralidade tributária que deve orientar todo o complexo tributário.

Alhures há autores, como por exemplo, Caliendo (2011, p.119-121; 123-124) que discordam desse pensamento, por entender que a neutralidade tributária é uma questão ultrapassada, que não carece de sentido no ordenamento jurídico brasileiro, porque foi superado pelo princípio da concorrência, e este sim, é o ponto de equilíbrio entre o Sistema Tributário e a Ordem Econômica e Financeira. Uma vez que a neutralidade tributária é entendida como uma mínima atuação do Estado no mercado e isso geraria uma ineficiência no sistema econômico, além de que não corresponderia aos ideais propostos pela Constituição de 1988 (CALIENDO, 2011, p. 125).

Como a neutralidade representaria uma inércia do Estado, seria a negação de todo o sistema constitucional, tendo em vista que seu próprio texto prever extrafiscalidade e métodos de combate as distorções de mercado (SILVA, 2017, p.27-28)

Entretanto, não se trata do entendimento expresso nesse artigo, como argumenta (SILVA, 2017, p.29):

Ao que pese a função instrumental da tributação ressaltada pelo artigo 146-A da Constituição tal instrumentalidade derivada desse artigo não implica à possibilidade de utilização dos tributos como meio de corrigir falhas concorrenciais estruturais, mas sim apenas aquelas decorrentes do próprio poder de tributar, sob pena de distorção ou sobreposição de funções ao que tange o papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A neutralidade tributária, quando aplicada no combate às práticas de tributação que geram concorrência desleal fortalecem ainda mais o princípio da concorrência. Caliendo (2011, p.127), discorrendo sobre a neutralidade fiscal sobre o consumo afirma:

Não podemos afirmar que existe um modelo geral de neutralidade, mas podemos corroborar a afirmação de que a tributação deve evitar gerar ineficiências no sistema, melhor dizendo, é vedado constitucionalmente, toda ação econômica que vise falsear, limitar ou prejudicar a livre concorrência de mercado.

Ávila (2015, p. 103), sustenta que “a neutralidade representa uma manifestação estipulada da própria igualdade na sua conexão com o princípio da liberdade de concorrência”. Para o autor, a neutralidade e igualdade não se diferenciam, consistindo apenas perspectiva daquela no que tange ao aspecto subjetivo e temporal.

Portanto, conforme já foi exposto, a tributação possui influência no mercado, inclusive o legislador veio a reconhecer isso através da inclusão do art. 146-A, para isso é preciso que o Estado se abstenha de realizar práticas nocivas a concorrência, abusando do seu poder e interferindo na negativamente na economia.

## 5 RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS COMO FORMA DE FAVORECER A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O contexto histórico no qual surge a busca pela Responsabilidade Social das Empresas transcende, a partir dos movimentos trabalhistas, a Revolução Industrial, a Constituição do México de 1917, eclodindo nos textos de Milton Friedman de 1962, que trouxeram, pela primeira vez, o tema. No entanto, a teoria do acionista, trazida por ele, entendia que a empresa seria socialmente responsável, se cumprisse o que estava na lei, concretizando seu objetivo, que seria gerar lucros, devendo o Estado, conforme os pensamentos de Adam Smith na sua obra *Capitalismo e Liberdade*, não regular o mercado, pois ele de forma livre acabaria por promover o bem-estar coletivo (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2012, p. 12).

Com o passar dos anos, diversas outras teorias surgiram com objetivo de combater e trazer mais novos bens jurídicos a serem tutelados. Por exemplo, a teoria das partes interessadas, que inclui a tutela do meio ambiente. Por fim, a teoria do contrato social, a partir do pacto que o povo decidiu submeter-se, deve a ele ser assegurado um conjunto de direitos, como a preocupação com as futuras gerações, da mesma maneira a perspectiva de justiça social, buscando diminuir as desigualdades sociais (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2012, p. 10; 24; 39; 41).

Diante disso, Carrol, conceitua a responsabilidade social das empresas pela compreensão das “expectativas econômicas, legais, éticas, discricionárias que a sociedade tem em relação às organizações em dado período. Posteriormente, Carrol substitui a palavra discricionárias por filantrópicas” (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2012, p. 53).

A responsabilidade social das empresas está intimamente incluída no ordenamento jurídico brasileiro, através do princípio da função social da propriedade, decorrendo deste, o princípio da função social da empresa, além de está fundamentada em outro supraprincípio como a dignidade da pessoa humana. Nessa seara, Grau (2010, p. 101) preleciona que:

A Constituição do Brasil de 1988 projeta um Estado desenvolvimento e forte, o qual necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os dispositivos definidos no art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se tenha por fim, a ordem econômica, assegurar a todos existência digna.

A função social da empresa argumenta que o papel da companhia representa não apenas alcançar lucros, fornecer empregos e ofertar bens e serviços, mas ainda, ela detém um fim social, um intuito maior, qual seja o de, em conjunto com o Estado, e observando as leis, os princípios éticos e morais, colaborar com o desenvolvimento da sociedade, do meio ambiente, e com o próprio país em que ela exerce suas atividades. “Concluindo, a responsabilidade social empresarial total impõe o cumprimento simultâneo das responsabilidades econômicas, legais, éticas e filantrópicas” (BARBIERI; CAJAZEIRA, 2012, p. 55).

Desta forma, um dos ideais trazidos por tal conceito, é o cumprimento dos princípios da ordem econômica, constituindo a responsabilidade social das empresas uma forte aliada para a defesa da concorrência, fazendo repensar um novo paradigma que as companhias devem seguir.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista de tecer a linha histórica da ordem econômica nas Constituições brasileiras, chegaram-se as seguintes conclusões: que ela é fruto das transformações histórico-sociais. A primeira Constituição a tratar sobre o tema foi a de 1934, influenciada por movimentos sociais, a Constituição do México de 1917 e a de Weimar de 1919. Na de 1937, a ordem econômica passou a ter um capítulo próprio, que antes não possuía, enquanto que a de 1946 trouxe nela os ideais de justiça social, liberdade de iniciativa e a dignidade do trabalho humano, buscando equilibrar a balança mercantilista. No entanto, com a de 1967, com a ditadura militar, teve um perfil mais desenvolvimentista. Enquanto que a Emenda Constitucional de 1969 veio reafirmando as conquistas jurídicas pretéritas. Por fim, a de 1988, fundamentou na valorização do trabalho, da livre iniciativa, com vistas a assegurar uma existência digna e pautada nos ditames da justiça social.

Diante da atual ordem econômica, as principais normas que a salvagam, é conforme a doutrina majoritária, pautada no sistema capitalista, em razão de privilegiar o direito de propriedade, a livre iniciativa, a livre concorrência e a soberania nacional. Por outro lado, com o objetivo de contrapor esses ideais e trazer um Estado do bem-estar social, preocupou-se com a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e tratamento favorecido as empresas de pequeno porte. Buscando assim, proteger o bem comum.

Com a finalidade de combater as infrações à ordem econômica, reprimindo condutas abusivas e desleais, o Estado intervém na economia, materializando-se na Lei nº 12.529/2011 (antitruste) e a Lei nº 9.279/1996 (propriedade industrial). A Lei antitruste, no seu art. 36, traz condutas que correspondem a uma responsabilidade objetiva para as pessoas físicas e jurídicas que realizem essas condutas danosas, para o mercado e a concretização dos ditames sociais. Dessa maneira, tendo por intuito enfrentar ainda mais essas condutas, trouxe a previsão no art. 50 do

Código Civil e art. 133 do Código de Processo Civil de 2015, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Bem como, também foi criado um Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para exercer o poder de polícia diante de condutas nocivas a mercancia.

Entretanto, não tem sido suficiente para reprimir de forma eficaz essas infrações à ordem econômica, principalmente aquelas induzidas pelo ente estatal através da tributação. Assim sendo, examinou a neutralidade tributária e responsabilidade social das empresas como instrumentos para a defesa da concorrência.

Devido a isso, entende-se que a neutralidade tributária é um mecanismo para diminuir as condutas lesivas, uma vez que muitos dos participantes ativos utilizam mecanismos ilícitos para consegui-la, por outro lado ajuda a concretizar os princípios da capacidade contributiva, isonomia e justiça social. Porém, não pode ser adotada de forma desenfreada, devido à sistemática constitucional e ao dever fundamental de pagar impostos, para a concretização de outros direitos e do financiamento do Estado.

Por outro lado, a responsabilidade social das empresas entraria em cena para retornar os conceitos éticos que o direito não alcança somente com a norma. Possibilitando o retorno da discussão sobre o direito estaria realmente dissociado da moral e da ética, ou se seriam imprescindíveis suas ferramentas para a execução do “espírito das leis”. Funciona, nesse liame, como ferramenta importantíssima para a adoção de práticas empresariais cooperantes a livre concorrência de mercado.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBIERI, José C.; CAJAZEIRA, Jorge E. R. **Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CALIENDO, Paulo. Princípio da livre concorrência em matéria tributária: conceito e aplicação. **Revista da FESDT**, Porto Alegre, n. 7, p. 115-132, jan/jun, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FARO, Maurício P.; ROCHA, André S. **Neutralidade tributária para consolidar a concorrência**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-21/neutralidade-tributaria-fator-fundamental-livre-concorrenca>. Acesso em: 15 maio 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Ricardo S. de Freitas. **Livre concorrência e o dever de neutralidade**. 2005. 143 f. Dissertação (Mestrado em direito) – Faculdade de Direito da Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico esquematizado**. 4. ed. São Paulo: Método, 2016.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista da AGU**, v. 1, n. 01, 30 jun. 2005. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/525> Acesso: 22 nov. 2021.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento com suspensividade: AI 20160032673 RN**. Disponível em: <https://tj-rn.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/457566081/agravo-de-instrumento-com-suspensividade-ai-20160032673-rn>. Acesso em: 23 maio 2015.

SILVA, Amanda Albano Souza da. **Os efeitos da tributação na ordem econômica: uma análise concorrencial**. 2017. 57 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

VIDIGAL, Carlos Linek. **Poder de tributar: seus efeitos sobre a concorrência**. 2015. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

**Como citar:** BRISOLA, Anna Karla da Silva; ALVES JUNIOR, José da Silva; BARACHO, Hertha Urquiza. A neutralidade tributária e a responsabilidade social das empresas como contributos para o combate às infrações à ordem econômica. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 44-59, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.44. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 20/12/2018

Aprovado em: 03/08/2020

## REGULAÇÃO, FAKE NEWS E O CONFLITO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

REGULATION, FAKE NEWS AND THE CONFLICT WITH THE  
RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION

Wellington Antonio Baldissera\*  
Vinícius Borges Fortes\*\*

\*Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim (2018). Mestrando em Direito pela Faculdade Meridional - IMED, na linha de pesquisa Efetividade Do Direito, da Democracia e da Sustentabilidade com bolsa na modalidade taxa CAPES/PROSUP. Pós-Graduando em Direito Administrativo pelo Complexo Educacional Renato Saraiva (CERS). Assessor Jurídico na área de Direito Público. Advogado.  
E-mail: wellington.baldissera@hotmail.com

\*\*Pós-Doutor em Direito pela VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica). Doutor em Direito pela UNESA/RJ, linha de pesquisa "Direitos Fundamentais e Novos Direitos", Mestre em Direito pela UCS/RS. Coordenador e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da IMED - Faculdade Meridional. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito e Desenvolvimento, certificado pela IMED e pelo CNPq. Pesquisador visitante na Universidad de Zaragoza (Espanha) (2014-2015). Professor visitante na VUB - Vrije Universiteit Brussel (Bélgica), no LSTS - Law, Science, Technology and Society Research Group no âmbito do projeto Brussels Privacy Hub (2016). Advogado com experiência nas áreas Direito e Novas Tecnologias, Direito do Trabalho e Direito Empresarial.  
E-mail: vinicius.fortes@imed.edu.br

**Como citar:** BALDISSERA, Wellington Antonio; FORTES, Vinícius Borges. Regulação, fake news e o conflito com o direito à liberdade de expressão. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 60-82, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.60. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** As mentiras sempre existiram, mas com a internet, a velocidade de propagação aumentou de forma exponencial, colocando em evidência as Fake News. Diante da relevância e da influência que esta prática pode causar na sociedade, nesse estudo será abordada a necessidade de o Estado estabelecer um controle sobre a divulgação de informações falsas, diante dos malefícios que podem causar. A dúvida que buscará ser esclarecida é sobre quais são as dificuldades existentes para se estabelecer uma regulação sobre a propagação de fake news no Brasil. O objetivo geral deste estudo é apresentar um panorama sobre a possibilidade de ser instituída pelo Estado, uma forma de regulação em face das Fake news, sendo o melhor meio para ser possível a instituição desta medida uma regulação repressiva, combatendo a desinformação, com mais informação. O método utilizado nesta pesquisa é o monográfico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

**Palavras-chave:** Informações falsas; agências de fact-checking; agências reguladoras; redes sociais; desinformação.

**Abstract:** Lies have always existed, but with the Internet, the speed of propagation has increased exponentially, putting in evidence the Fake News. Given the relevance and the influence that this practice can cause in society, this study will address the need for the State to establish control over the dissemination of false information, given the harm it can cause. The question that will be clarified is what are the difficulties to establish a regulation on the spread of fake news in Brazil. The general objective of this study is to present an overview of the possibility of being instituted by the State, a form of regulation against Fake news, being the best way to be possible the institution of this measure a repressive regulation, fighting disinformation, with more information. The method used in this research is monographic

and the research technique is bibliographic.

**Keywords:** False information; fact-checking agencies; regulatory agencies; social networks; misinformation.

## INTRODUÇÃO

A informação tem um papel preponderante na sociedade. As pessoas estão cada vez mais sedentas por conhecimento e por notícias sobre os mais variados temas, e o meio mais utilizado para saciar essa busca é a internet, colocando em segundo plano mídias tradicionais como o rádio, a televisão, os jornais e as revistas impressas.

Graças a essa nova perspectiva, atingiu-se um elevado patamar de globalização e informatização, em poucos segundos, na tela de um celular *smartphone*, é possível saber, no Brasil, qualquer acontecimento ocorrido no Japão, mesmo há milhares de quilômetros de distância. Em face disso, algumas questões merecem ser refletidas: com essa rapidez e facilidade de se obter informações através da internet, podemos confiar em tudo que lemos ou vemos? E como é possível controlar a fonte e a veracidade das notícias veiculadas na internet?

Todavia, é notório que não existe um controle efetivo no Brasil sobre a reprodução das *fake news*, isso se deve aos mais variados fatores, principalmente a dificuldade de ser estabelecido um conceito preciso sobre o que são e sobre como exercer uma regulação sem que exista um abuso no direito à liberdade de expressão, assim, o problema que se pretende responder com essa pesquisa é: quais são as dificuldades existentes para se estabelecer uma regulação sobre a propagação de *fake news* no Brasil?

Não é uma tarefa simples estabelecer um controle sobre a proliferação de *fake news* no Brasil, tanto diante dos conflitos entre direitos que podem decorrer dessa medida, como diante do grande número de cidadãos com acesso à internet, mas a hipótese que se pretende confirmar ao longo desta pesquisa é que a regulação das *fake news* pelo Estado é essencial para combater os malefícios que podem apresentar para a sociedade brasileira.

O objetivo geral do estudo em tela é apresentar um panorama sobre a possibilidade de ser instituída pelo Estado, uma forma de regulação em face das *Fake news*. Os objetivos específicos são: (i) conceituar o que é regulação e agências reguladoras; (ii) explicar sobre a regulação da internet no Brasil; (iii) definir as *Fake news*; (iv) explicar quais são as dificuldades de se estabelecer uma regulação estatal sobre as *Fake news*; (v) apresentar meios para combater a propagação das *Fake news*.

O método de abordagem utilizado, neste trabalho, foi o hipotético-dedutivo; o método de procedimento foi o comparativo; o tipo de pesquisa tem natureza qualitativo-exploratória, e as técnicas de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica.

## 1 ASPECTOS GERAIS DA REGULAÇÃO E DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Em síntese, a regulação pode ser entendida como um modelo de gestão específico definido, para controlar ou gerenciar determinada questão que seria de responsabilidade do governo do Estado, seja alguma área da economia, da saúde, das novas tecnologias ou incontáveis outras.

No Brasil, está intrinsecamente ligada com a ideia da Administração Pública, diante da existência de inúmeras agências regulatórias, e também, a sua utilização é uma medida que está relacionada diretamente com o princípio da eficiência do Estado.

Objetivando a finalidade específica de alcançar instrumentos de elevação e proteção da dignidade da pessoa humana, uma das funções do Estado é a de formular políticas públicas, por meio de dois tipos de ações que devem ser realizadas em conjunto para chegar ao propósito final, que seria regular a competitividade dos mercados e promover o bem comum da sociedade. (LEAL, 2014).

Essas medidas devem prezar pelo princípio da eficiência da Administração Pública, devendo o Estado, sempre buscar a melhor alternativa que resulte na menor onerosidade possível, para tratar das mais diversas demandas da sociedade. Este princípio pode ser conceituado da seguinte forma:

Assim, princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (MORAES, 1999, p. 30).

Diante do princípio supracitado, surge a ideia da regulação dos setores ou de determinadas questões de uma nação, considerando a dificuldade para o governo de um Estado conseguir atender todas as demandas com a devida atenção. O Estado possui um poder regulador, o qual lhe permite fiscalizar e controlar os serviços prestados por ele e por terceiros, inclusive com relação à economia, podendo optar pela criação de agências reguladoras responsáveis por serviços essenciais à sociedade, sendo um meio mais eficiente de realizar suas atribuições. Assim, convém expor o conceito do que seria a regulação:

[...]neste sentido, por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. (COSTA NETO, 2002, p. 14).

Em complemento ao conceito acima, vale frisar que “do ponto de vista político e econômico, regulação governamental significa a imposição de regras à ação de atores privados (eventualmente estatais), que atuam em determinados mercados. Essas regras podem ser determinadas por meio de atos normativos, sanções, supervisão ou, eventualmente, pela própria inação”. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 11).

Na Constituição Federal de 1988, em seu art. 174, caput, é reconhecido ao Estado, o papel de “agente normativo e regulador da atividade econômica”, estando assim, garantido pela legis-

lação o poder regulador do Estado, não havendo margens para questionamentos quanto a isso. (BRASIL, 1988).

Além de ser um meio mais eficiente para administrar determinados setores, a regulação surge diante da obscuridade das leis emitidas pelo Poder Legislativo, decorre da ambiguidade das normas de conduta que são necessárias para governar a vida econômica e social. (GUERRA, 2014).

Os principais objetivos que se busca por meio da regulação estatal de alguma atividade, são definir tarifas justas e razoáveis de energia e transporte, promover condições razoáveis à proteção da vida, saúde e segurança do trabalhador, a redução de custos de tomada de decisão e necessidade de assegurar a credibilidade dos compromissos de longo prazo dos contratos, além dos prazos políticos. (PECI, 2014, p. 50-51).

No nosso país existem 06 (seis) modelos de regulação que são utilizados, havendo a direta, que é a exercida diretamente pelos ministérios e secretarias; as autarquias comuns, que são vinculadas, porém não subordinadas aos ministérios, todavia, os agentes são nomeados pelos ministros e são cargos de livre exoneração; as agências executivas, que a única existente seria o Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia), que é uma autarquia com maior autonomia que as demais; as autarquias especiais, que são o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e o CVM (Comissão de Valores Mobiliários). Essas entidades não são subordinadas ao poder público central; possuem órgãos de direção colegiados, em que cada diretor recebe um mandato. Detêm autonomia administrativa, financeira e independência decisória; os conselhos profissionais, como por exemplo, o Conselho Regional de Medicina; ainda há a autorregulação exercida pela Ordem dos Advogados do Brasil, como entidade *sui generis*, ou seja, diante de sua natureza única. (GUERRA, 2014, p. 368-369)

Executar com perfeição a proposta apresentada pela regulação, não é uma tarefa simples, existindo várias nuances que devem ser observadas para que venha a ser realmente efetiva, devendo o Estado tomar certos cuidados, como se percebe neste comentário:

A noção de atividade regulatória numa perspectiva de “mediação ativa de interesses” envolve uma dupla atividade estatal. De um lado, o regulador tem de arbitrar interesses de atores sociais e econômicos fortes, como ocorre no equacionamento de conflitos envolvendo compartilhamento de infraestruturas ou interconexão de redes de suporte a serviços essenciais. Doutra borda, cumpre ao regulador induzir ou coordenar as atividades em cada segmento específico com vistas a proteger e implementar interesses de atores hipossuficientes. É o que tem lugar na defesa dos consumidores ou no atendimento de políticas públicas (universalização de serviços, redução de desigualdades sociais ou regionais, entre outros). (MARQUES NETO, 2002, p. 17).

A regulação possui um caráter social, pois como já dito anteriormente, ela deve buscar o bem-estar dos cidadãos, devendo assim, buscar e garantir a acessibilidade e a qualidade dos serviços públicos para toda a coletividade. Em face disso, cabe exhibir a constatação de Sundfeld (2014,

p.119):

Sem adentrar nas minúcias da lei, a verdade é que, com ela, pretende-se a universalização total do serviço de saneamento básico. Para alcançar essa meta, optou-se por obrigar os titulares do serviço a criarem agências reguladoras para o setor, de modo a impor deveres aos prestadores e a criar direitos para os consumidores e para os não consumidores, que possuem direito à expansão do serviço.

Com a menção, no trecho acima, sobre as agências reguladoras, convém apresentar o que seriam esses órgãos, que são pessoas jurídicas de Direito Público interno, normalmente são autarquias da administração indireta e, também possuem um regime jurídico especial, sendo interessante explicar algumas especificidades sobre o assunto em tela:

Paralelamente à disciplina legislativa e regulamentar, que reúne as normas e critérios ordenadores de cada um dos setores objeto de concessão de serviços públicos ao empresário privado, surgem os organismos constituídos pelo Poder Público, para normatizar, aplicar as normas legais, regulamentares e contratuais da atividade sob sua tutela, outorgar e rescindir os contratos de concessão, bem como fiscalizar os serviços concedidos, além de funcionar, em muitos casos, como instância decisória dos conflitos entre as empresas concessionárias e os usuários. (WALD; MORAES, 1999, p. 145).

De uma maneira bem sucinta, o conceito de agências reguladoras pode ser entendido, como coloca Grotti (2004, p. 70), “em sentido amplo, no direito brasileiro, agência reguladora é qualquer órgão da Administração Direta ou Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”.

Seu surgimento ocorreu, principalmente, pela enorme privatização das empresas estatais em nosso país, entre o final do século XX e início deste século. Considerando que o Estado ainda era responsável por alguns dos serviços que vieram a ser privatizados, acabou por criar agências reguladoras para estabelecer normas e diretrizes, além de fiscalizar a prestação de serviços por particulares.

Portanto, em um primeiro momento, as agências reguladoras surgiram em decorrência da desestatização de serviços públicos e exploração de determinadas atividades econômicas. No entanto, hoje elas não se limitam a ser um instrumento de desestatização, mas também regulam atividades da livre iniciativa privada com especial sensibilidade para a coletividade, como ocorre no modelo americano. (SAMPAIO, 2014, p. 318-319).

Existe a ressalva de que as atividades em que o Estado desempenha em conjunto com a iniciativa privada, também estão sujeitas às normas das agências reguladoras, como exemplo, é possível citar a educação, onde há existência de universidades tanto públicas, quanto particulares. No caso, uma autarquia do Estado, criada pelo próprio Estado, deve fiscalizar a atuação da inicia-

tiva privada e, também, do Estado, na área que for de sua incumbência.

Ao estabelecer as normas para a criação das agências reguladoras, o legislador brasileiro escolheu por definir que, atuariam como autarquias, pessoas jurídicas de direito público, que já estavam presentes dentro de nossa legislação, todavia, com o objetivo de diferenciá-las das autarquias que não possuíam poder de regulação, concedeu a elas, a qualidade de possuir um regime especial. Sobre este regime jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 178), diz:

(...) Anotou-se que as “agências reguladoras” são autarquias “sob regime especial”. Afinal, em que consistiriam seus regimes especiais? (...) Assim, a lei da ANATEL, em seu art. 8º, § 2º, apresenta como seus traços especificadores “independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. A lei da ANS, no art. 1º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime “autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”; a lei da ANVISA (dantes denominada ANVS), no seu art. 3º, parágrafo único, aponta como caracterizadores de tal regime “independência administrativa, a estabilidade de seus dirigentes e a autonomia financeira” e a lei criadora da ANTT e da ANTAQ indicam, no art. 21, § 2º, que o regime autárquico especial é caracterizado pela “independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes”.

No entanto, o próprio Mello (2013), menciona em sua obra que esta definição de regime especial, não implica em grandes diferenças do regime tradicional das outras autarquias, uma vez que todas as características ditas acima, são inerentes a todas as autarquias, o que muda é a intensidade em que essas características se apresentam.

Sobre a atuação das agências reguladoras no Brasil, cabem alguns apontamentos:

No Brasil, o sistema financeiro foi o primeiro a ganhar um órgão regulador bem-organizado. O Banco Central – a agência reguladora de maior tradição no Brasil – exerce um poder regulador exemplar, de modo a influenciar as práticas das demais agências existentes. E foi justamente em relação ao Banco Central, sobretudo ao longo das décadas de 1960 e 1970, que primeiro se discutiu sobre a validade ou a invalidade de um poder normativo exercido pela administração pública. Hoje em dia, ao contrário, as agências reguladoras editam normas sem que ninguém considere isso espantoso, apesar das críticas, inclusive no campo da constitucionalidade. (SUNDFELD, 2014, p. 120).

As agências reguladoras possuem um papel de grande importância na estrutura da sociedade brasileira atualmente. Assim, é difícil explicar todas as características delas, com precisão, em poucas páginas, mas pelo que foi exposto, fica clara a relevância que possuem na administração do nosso país.

As principais agências reguladoras existentes no Brasil, segundo informado no próprio site do governo brasileiro, em esfera federal são: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel),

Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), Agência Nacional do Petróleo (ANP), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), Agência Nacional do Cinema (Ancine), Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e o já mencionado Banco Central (Bacen).

Ainda, podem existir outros órgãos com funções reguladoras no âmbito estadual e municipal, sendo ligadas às respectivas esferas administrativas. Em qualquer dos níveis de organização do estado, elas dependem ou de uma secretaria ou de um ministério, de acordo com Peci (2014, p. 54):

Formalmente, estas dependem dos ministérios, os quais são responsáveis por formular políticas regulatórias. No entanto, ao longo dos anos, o corpo técnico das agências, o conhecimento especializado desses órgãos e o esvaziamento dos ministérios contribuíram para concentrar o processo de formulação e implementação de políticas regulatórias nas agências, abrindo espaço para questionamentos do modelo.

Normalmente, as agências reguladoras produzem as normas específicas sobre as matérias que lhe é competente, por meio de resoluções normativas, o que se relaciona com o que foi dito no início da pesquisa sobre a função da regulação em resolver as obscuridades existentes nas leis, ou até a omissão, considerando que as resoluções não necessitam de aprovação do poder legislativo, todavia, existe a possibilidade de existir regulação por meio de leis ou outros meios de direito público geral, mas as agências atuam por meio das resoluções.

Ainda existem outras possibilidades, por intermédio do direito administrativo, em sentido estrito, como os regulamentos administrativos, os contratos públicos, os processos administrativos e os atos administrativos.

## 2 A REGULAÇÃO DA INTERNET NO BRASIL

O mundo não é mais o mesmo que era por volta de 1970<sup>1</sup>, período onde a internet começou a dar os seus primeiros passos. O jeito de se comunicar, se relacionar com as pessoas, ler notícias, se divertir, trabalhar, enfim, a forma de viver, não é mais igual do que era no século passado (SILVA, 2019).

Durante a longínqua década dos anos 60, época em que The Beatles, Pink Floyd, The Rolling Stones e outras grandes bandas surgiram<sup>2</sup>, com suas músicas tocadas nas rádios do mundo todo, inclusive no Brasil, fazendo grande sucesso, que consegue ser mantido até os dias atuais.

1 Mais informações sobre o surgimento da internet em: SILVA, Werner Leonardo. **Internet foi criada em 1969 com o nome de “Arpanet” nos EUA**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

2 Mais informações sobre o cenário musical dos anos 60 em: PRANDO, Alisson. **Músicas dos Anos 60: o sucesso que balançou o mundo**. Disponível em: <https://www.uppermag.com/musicas-dos-anos-60/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

Durante os anos 60, ouvir frequentemente determinado grupo ou uma música específica a única opção era adquirir os discos de vinil.

A partir dos anos 2000, vários cantores passaram a fazer muito sucesso, como por exemplo, Sean Kingston, Soulja Boy, Justin Bieber, Shawn Mendes, The Weeknd, mas chegaram ao status que possuem, não devido, inicialmente às rádios, muito menos aos discos de vinil, que já se tornaram obsoletos, mas sim graças à internet e as mídias de compartilhamento, como SoundClick, Vine, MySpace, e principalmente, o YouTube, alguns nem atingindo grande representatividade com relação a venda de CDs, os sucessores dos discos de vinil<sup>3</sup>.

As músicas de qualquer um dos cantores citados acima, podem ser ouvidas a qualquer hora de forma gratuita, seja no YouTube, em streamings como o Spotify ou Deezer, ou em várias outras mídias, é possível fazer o download delas para ouvirmos em grande parte dos aparelhos eletrônicos. Tudo isso, devido ao advento da internet, que mudou o jeito de ouvirmos músicas, das pessoas atingirem o sucesso, enfim, mudou quase tudo.

Essa relação da evolução do cenário musical, no decorrer dos anos, com a utilização da internet, é apenas um meio de demonstrar como a nossa sociedade evoluiu em torno dessa tecnologia e das inovações decorrentes.

Outro exemplo dessa evolução são as produções cinematográficas, que inicialmente, era necessário ir ao cinema para ver os filmes, após chegaram a TV, foram lançados os filmes em fita VHS, seguindo-se dos DVDs, havendo um sucesso imenso com as famosas locadoras de DVDs, e hoje a maioria dos filmes, são vistos on-line ou obtidos por meio de download, nem sempre de forma legal, ou por meio de streamings, como o Netflix<sup>4</sup>.

Sobre essa nova faceta que passou a existir diante dos novos meios que surgiram, vale a menção deste comentário:

O uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), sobretudo a Internet, expandiu-se para os mais variados meios. Atualmente, são verdadeiras ferramentas para angariar notícias, entretenimento, e até mesmo para fomentar o acesso a informações prestadas pela Administração Pública, bem como para a prática da democracia e cidadania eletrônicas. As TIC formam uma ampla rede de comunicação entre os usuários, transpondo barreiras territoriais, espaciais e temporais, além de fixar verdadeiras relações com os mais diversos sujeitos em escala global. (OLIVEIRA; BARROS; GOULART, 2016, p. 89).

Com as situações expostas, se percebe a rápida evolução da internet, desde o seu surgimento e como os mais diversos setores, indústrias e áreas existentes em nosso meio, se adaptaram à demanda que ela solicitava. Entretanto, um dos pilares que mantém as estruturas do mundo civilizado, não foi capaz de acompanhar essa veloz mutação, ou seja, o direito não é capaz de acompa-

3 Outros exemplos de cantores e bandas descobertos na internet em: NATALO, Camila. **13 cantores e bandas que foram descobertos na internet**. Disponível em: <http://www.popcidade.com.br/2016/02/18/13-cantores-e-bandas-que-foram-descobertos-na-internet/>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

4 Mais informações sobre a evolução dos meios de acesso de obras audiovisuais em: **Do VHS ao streaming, conheça a evolução das tecnologias de armazenamento e compartilhamento de vídeo**. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=408271&noticia=do-vhs-ao-streaming-conheca-a-evolucao-das-tecnologias-de-armazenamento-e-compartilhamento-de-video>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

nhar a velocidade com que as demandas e conflitos decorrentes da internet suscitam.

Mesmo diante da grande importância que passou a ter, no Brasil, não foi criada nenhuma agência reguladora para tentar resolver os problemas que vieram junto com a popularização da internet. Na verdade, demorou algum tempo para que fossem estabelecidas leis específicas no Brasil, para tentar normatizar algumas das situações que vieram a ocorrer.

Vale a menção ao Projeto de Lei nº 53, a qual havia sido aprovado inicialmente pelas duas câmaras do Congresso Nacional, que originou a atual Lei 13.709 de 14 de Agosto de 2018, previa a criação de uma agência reguladora para o controle e fiscalização dos dados pessoais dos cidadãos brasileiros na internet, todavia, o Presidente da República que sancionou esta lei, Michel Temer, acabou por vetar essa iniciativa, alegando que a mesma não poderia ser realizada por meio de iniciativa do poder legislativo, necessitando de uma lei específica para sua criação (BRASIL, 2018).

Com o que foi colocado no parágrafo acima, se denota que os legisladores brasileiros perceberam a necessidade da criação de ser estabelecido um controle sobre o que acontece no mundo virtual, diante da relevância que passou a ter, e da influência que exerce na vida dos usuários da internet. Em muitos casos, os crimes cometidos por meio da internet já são previstos ou enquadrados em outros pré-existentes no Código Penal Brasileiro.

Realmente, não é uma tarefa simples realizar a regulação da internet do Brasil, considerando que é extremamente difícil fiscalizar o que ocorre no mundo virtual, pois somente estabelecer as normas, sem que exista o devido controle sobre seu cumprimento, seria não ter efetividade alguma. Além de que, seria necessário um alto investimento financeiro em aparelhos, softwares, capacitação e vários outros pontos que seriam necessários para ser efetiva essa sugestão.

Todavia, algumas medidas foram tomadas pelo Poder Legislativo do nosso país, considerando, que para o Poder Judiciário, já não era mais uma tarefa fácil resolver as demandas resultantes de conflitos cibernéticos, sem o auxílio de uma legislação sobre esse tema. No entanto, por mais que foram estabelecidas várias normas, é praticamente impossível conseguir abranger todos os fatos que podem vir a ocorrer na relação entre direito e internet.

Os primeiros passos foram dados, agora cabe aprimorar, e aumentar a abrangência destas leis que foram criadas. As leis mais notáveis que vieram a ser criadas foram a da Lei de Acesso à Informação (Lei nº. 12.527/2011), a Lei de Crimes Informáticos (Lei nº. 12/737/2012) e, se pode colocar como o destaque substancial dessas medidas que foram tomadas nos últimos anos, a instituição do Marco Civil da Internet sob a Lei nº. 12.965/2014 (BRASIL, 2014).

É válida a menção da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, a qual normatiza com especificidade a proteção de dados pessoais no Brasil, já que este é um dos maiores problemas existentes da sociedade informatizada, tratando sobre a maioria dos pontos necessários para existir o mínimo de proteção das informações do cidadão brasileiro, protegendo-as, inclusive, contra a transferência para outros países e o uso indevido dos dados por empresas privadas.

Com relação a Lei do Acesso à Informação, de forma resumida, pode ser entendida desta forma:

A Lei de Acesso à Informação determina que o tratamento das informações pessoais detidas por entidades e instituições nela abrangidas seja realizado de modo transparente, respeitando o direito fundamental à proteção da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, o que, nos fundamentos defendidos nesta obra, corresponde à proteção do direito fundamental à privacidade. A lei impõe restrições substanciais de acesso a informações pessoais, como o acesso restrito às informações, pelo prazo máximo de cem anos, a agentes públicos autorizados, bem como a possibilidade de acesso ou divulgação a terceiros, mediante prévio consentimento do titular das informações, exceto nos casos previstos no regulamento (FORTES, 2016, p. 118).

Sobre a chamada Lei de Crimes Informáticos, que foi vulgarmente denominada pelo povo como Lei Carolina Dieckman, em face de que no ano que a lei entrou em vigor, a atriz teve várias fotos íntimas divulgadas na internet, obtidas através de invasão de alguns de seus aparelhos eletrônicos pessoais, conforme notícia divulgada no site do Tribunal de Justiça de Mato Grosso.

Diante desse fato, que atingiu notoriedade nacional, deixou clara a necessidade de uma tipificação penal específica para esse tipo de crime, o que foi feito com a criação da Lei 12.737/2012, que inseriu no Código Penal, o artigo 154-A, disciplinando esta matéria, sendo o seu teor:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 2012).

O Marco Civil da Internet foi a grande revolução que ocorreu em nosso país na relação entre direito e internet, foi a primeira legislação específica criada para disciplinar essa matéria, abrangendo vários aspectos que estavam omissos anteriormente nas normas existentes, estabelecendo um caminho para ser seguido pelos aplicadores do direito nos conflitos resultantes da informatização de nosso país.

O “Marco Civil da Internet” no Brasil, como se sabe, é a Lei que regula o uso da Internet no Brasil, por meio da previsão de princípios e estabelecimento de garantias aos usuários. O texto trata de temas como neutralidade da rede, privacidade e retenção de dados, impondo obrigações para os provedores de serviços de internet. (TEIXEIRA, 2016).

A iniciativa da criação do Marco Civil da Internet no ano de 2009, também chamada de Constituição da Internet Brasileira, se deu em face da divulgação de atos de espionagem por meios eletrônicos feitos, pelo governo dos Estados Unidos da América, tanto no Brasil como em outros países, assim, foi percebida a urgência do tema.

Os princípios que norteiam esta lei são a neutralidade, a privacidade e o registro de acessos. O primeiro seria a proibição da venda de pacotes e planos de internet, limitados pelo conteúdo ou

origem do que se quer acessar ou usufruir, ou com preferência de um conteúdo sobre outro em decorrência do valor pago. (BRASIL, 2018).

A privacidade que é mencionada nesta lei, segue as diretrizes já estabelecidas e garantidas pela Constituição Federal, onde é considerada um dos direitos fundamentais, apenas tendo uma legislação expressa sobre a privacidade das informações, com foco na internet. E os registros de acesso diz respeito aos rastros que são deixados quando alguém acessa a rede, sendo seu armazenamento de responsabilidade dos provedores do serviço, pelo prazo mínimo de um ano. (BRASIL, 2018).

Além das informações aqui mencionadas, o Marco Civil disciplinou uma infinidade de tópicos sobre a internet em nosso país, que é praticamente impossível serem abordados, de maneira precisa, em um estudo de poucas páginas, em que não é o foco principal, todavia, com o exposto ficou clara a importância que a criação desta legislação tem em nosso ordenamento.

Criar uma agência reguladora da internet no Brasil é uma tarefa muito difícil, a melhor solução é o que se está tentando fazer, que é estabelecer normas por meio de leis, todavia, haverá, ainda, inúmeras lacunas que serão notadas quando feito a aplicação das leis existentes, e a grande dificuldade que existe é a fiscalização com relação às normas estabelecidas para verificar sua efetividade, algo que seria mais palpável por meio de uma agência regulatória.

### **3 AS POSSIBILIDADES DE REGULAÇÃO DAS *FAKE NEWS* NO DIREITO BRASILEIRO**

A facilitação do acesso às tecnologias, apesar de apresentar inúmeros benefícios, e ser de extrema importância para o desenvolvimento de uma sociedade, também traz consigo alguns problemas que passam a ser enfrentados pelo direito, inclusive o brasileiro. Além de que, utilizada indevidamente, imprudentemente e equivocadamente, as tecnologias podem apresentar sérios percalços para a promoção de uma democracia efetiva.

Hoje a internet é o maior meio de divulgação de notícias existente, estando à frente da mídia impressa, do rádio e da televisão, sendo que qualquer um, sem uma fonte confiável, pode escrever algo e espalhar na rede e, em várias vezes, a mentira é tão bem elaborada que muitos acreditam nela, sendo até a fonte de informação inventada.

Cabe esclarecer que a mentira, a invenção, a informação manipulada ou mal-intencionada, sempre fez parte da sociedade, porém, o que mudou foi a maneira e a velocidade como se espalham, e diante disso, os efeitos que passam a exercer na sociedade e na democracia de um Estado.

Conforme pontua D'Ancona (2017, p. 19), entramos em um novo panorama onde os combates políticos e intelectuais estão enfraquecendo a democracia e as ortodoxias diante de uma nova face de um populismo ameaçador. A emoção é colocada acima da razão, a diversidade fica em segundo plano para o nativismo, e a liberdade é substituída por um movimento em busca da autocracia. A política deixou de ser uma exposição de ideias e de propostas, para dar lugar a algo que não soma mais nada para o fortalecimento da democracia. A ciência, que já salvou tantas vidas,

realizou tantas descobertas e sempre teve grande relevância, começou a sofrer com suspeitas, e até ser desprezada, sendo contraposta por ideias esdrúxulas.

A mentira sempre existiu, porém, o que mudou com o acesso massivo da população às tecnologias derivadas da internet, como redes sociais, aplicativos de mensagens, portais de notícias eletrônicos e outros, foi a velocidade com que as informações se propagam, tanto as verídicas e pertinentes para a promoção da democracia, tanto quanto as enganosas ou manipuladas.

Para tanto, é necessário que se faça uma breve alusão do que consiste o termo democracia, tendo como foco a democracia representativa, expressão esta que, segundo Nadia Urbinati, seria uma forma de governo original, porém, não idêntica à democracia eleitoral, sendo a democracia direta uma forma de política mais democrática, e a representação, uma espécie de alternativa, *second best*. A autora ainda argumenta que a relação entre representante e representado é algo não-político, supondo que os eleitores julgam as qualidades pessoais de seus candidatos e não suas pautas, ideias políticas e projetos de governo.

Além do mais, vale ressaltar a ideia que Urbinati possui em relação ao direito voto, sinônimo da democracia e da reivindicação popular, segundo ela:

o direito a voto faz mais do que somente “evitar a guerra civil”. O direito a voto engendra uma vida política rica, que promove agendas políticas concorrentes e condiciona a vontade dos legisladores de uma forma constante, não apenas no dia da eleição. Ele encoraja o desenvolvimento amplo de formas extra eleitorais de ação política, embora sem a garantia de que a influência política será distribuída igualmente e se tornará autorizada. Além do mais, ele realça o paradoxo da visão instrumentalista da representação, a qual, por um lado, refere-se à opinião do povo como a fonte de legitimidade e, por outro, sustenta que os representantes tomam decisões boas e racionais conforme se protegem de uma “opinião popular sempre manipulável”. (URBINATI, 2006, p. 204)

Antes de iniciar o próximo ponto do presente artigo, é preciso se ter em mente que os sistemas de crenças e mesmo valores já rotulados, estruturam a barganha e o raciocínio estratégico, de forma que, por mais que os eleitores tentem veemente pensar de forma meticulosa acerca de seus candidatos e suas pautas, eles acabam votando “contra” ou “a favor de” de ideias, quando votam em um candidato individual e é por isso que o uso e compartilhamento massivo das redes de informação, em especial quando se trata das *fake News*, é tem tão relevante, tendo em vista que essa disseminação em massa pode manipular e alterar resultados que irão afetar centenas de milhares de pessoas (URBINATI, 2006).

Para propiciar o melhor entendimento dos apontamentos, que serão realizados nesta pesquisa, obviamente se torna necessário estabelecer os conceitos que serão aplicados para o principal objeto do estudo, ou seja, as *fake news*, que podem ser entendidas como “notícias falsas, em que as falsidades aparecem por intenção deliberada, e não por acidente ou erro.”<sup>5</sup> (LEVINSON, 2017, p. 11). Outra definição plausível seria de que são “notícias intencionalmente e comprovadamente

---

5 Tradução livre.

falsas, podendo enganar os leitores”<sup>6</sup>. (ALLCOTT; GENTZKOW, 2017, p. 213-214).

Esse tema, inicialmente, entrou em evidência nos Estados Unidos com as eleições presidenciais americanas no ano de 2016, onde se elegeu Donald Trump. Este pleito ficou extremamente marcado por polêmicas sobre *fake news*, tanto do lado do presidente eleito, quanto da sua adversária Hilary Clinton.

Segundo informações divulgadas no portal eletrônico do jornal BBC Brasil, um dos maiores escândalos que surgiram nesse período seria a influência de veículos de comunicação russos, principalmente utilizando-se de programas que enviavam mensagens automáticas por meio de perfis genéricos ou até falsos, disseminando *fake news*, com o intuito de tentar manipular os resultados das eleições americanas. Os meios mais utilizados e que atingiam maior alcance eram as redes sociais Twitter e Facebook, além do mecanismo de pesquisa do Google (SENRA, 2017)<sup>7</sup>.

É interessante apresentar uma definição mais ampla. Gross (2018, p. 157), explica que as *fake news* são uma espécie de novo conteúdo que é produzido intencionalmente em decorrência do modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo online. No caso, fornece para aqueles que acessam a rede, o que eles querem ler, mesmo que a informação não seja verdadeira, levando os produtores do conteúdo falso a atingir os objetivos almejados, normalmente políticos ou financeiros.

Gross (2018, p. 157) complementa afirmando que o objetivo principal da produção desses conteúdos é explorar as circunstâncias que existem no universo online, que seriam o anonimato, a rapidez com que a informação pode ser disseminada, as fontes de informação fragmentadas e de difícil verificação, além da atenção que consegue obter dos usuários da internet, apelando ao lado emocional e ao sensacionalismo.

Ainda em consonância com a autora supracitada, os principais fins que são visados pelos criadores e/ou divulgadores das *fake news* são obter vantagens financeiras e ou políticas com o seu auxílio, como exemplo, cita o caso de jovens que viviam na Macedônia, que perceberam a possibilidade de auferir lucros financeiros com a viralização de notícias falsas com relação à política norte-americana, não tendo interesse nenhum no resultado final, mas apenas na quantidade de acesso obtidos que poderiam reverter em valores monetários para eles.

A exposição mais complexa do que é *fake news* é extremamente importante, pois, como coloca Rais (2018b, p. 106), traduzir literalmente as *fake news* como notícias falsas, não resolve o problema no campo jurídico, considerando que a mentira não é um objeto central do direito. Diante disso, se apresenta a relevância dessa pesquisa, em tentar trazer uma definição útil para ser utilizada nos conflitos levados ao judiciário, principalmente.

Outro apontamento interessante realizado por Rais (2018b, p. 107) é: “A polissemia aplicada à expressão *fake news* confunde ainda mais o seu sentido e alcance, ora indicada como se fosse uma notícia falsa, ora como se fosse uma notícia fraudulenta, ora como se fosse uma reportagem deficiente ou parcial, ou, ainda, uma agressão a alguém ou a alguma ideologia”.

6 Tradução livre.

7 Notícia completa em: SENRA, Ricardo. **Candidatos brasileiros poderão ser punidos se usarem robôs para ‘fake news’ em 2018**. Publicada em 6 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41881703>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

As *fake news* ferem alguns dos direitos que são garantidos pela nossa legislação, como a honra e o direito à privacidade, diante disso, tal apontamento nos leva a um debate interessante: em que hipótese um possível controle sobre as notícias que venham a ser vinculadas na internet, feriria o direito à liberdade de expressão ou o direito da população à informação?

A dificuldade em estabelecer uma regulação sobre as *fake news*, surge no momento em que é difícil separar, com exatidão, o que são realmente notícias falsas, sem embasamento algum, de opiniões próprias, interpretações, em alguns casos, até há confusão com notícias verídicas, mas colocadas de uma forma duvidosa ou com a intenção de influenciar o leitor, além das sátiras, paródias, teorias da conspiração.

Uma questão que precisa ser mencionada, é que existe uma diferença entre os conceitos de *fake news* e de desinformação, que precisarão ser levados em consideração, uma vez que ocorrem inúmeras confusões entre ambos. Conforme Rais (2018a, p. 150), um relatório produzido pelo High Level Group -HLEG (Grupo independente de Alto Nível sobre as notícias falsas e a desinformação online) da União Europeia, definiu desinformação como sendo “todas as formas de informações falsas, imprecisas ou enganadoras criadas, apresentadas e promovidas para causar prejuízo de maneira proposital ou para fins lucrativos”.

No caso, o que se entende da definição acima, é que as *fake news* estão inseridas dentro da ideia da desinformação, todavia, não são seu único componente, se levando em conta que uma notícia, realmente verdadeira, com fontes confiáveis, dependendo do espaço ou tempo que seja compartilhada, pode adotar uma conotação diferente do seu intento inicial, ou certos trechos de falas de uma pessoa, podem ser recolocados de uma forma prejudicial à sua imagem quando mudados de contexto.

Ainda, as sátiras, brincadeiras e os famigerados memes<sup>8</sup>; podem ser compartilhados com o objetivo de ludibriar quem as lê, e por alguns, o compartilhamento ocorre por simples desconhecimento e falta de análise.

A pós-verdade é outra definição que precisa ser apresentada para evitar confusões com relação a definição de *fake news*, conforme D’Ancona (2018, p. 20), o Oxford Dictionaries escolheu este termo como a palavra do ano de 2016, definindo-a como a “circunstância em que os fatos objetivos são menos influentes em formar a opinião pública do que os apelos à emoção e à crença pessoal.”

Retornando mais especificamente para o objeto central desta pesquisa, outros exemplos de *fake news*, de grandes proporções e reconhecidos mundialmente, ocorridos nos Estados Unidos, preponderantemente no período eleitoral de 2016 foram a afirmação de que Obama tinha proibido o juramento de lealdade à bandeira nas escolas; de que o Papa Francisco estaria apoiando Donald Trump nas eleições; espalhou-se, também, que Trump estaria oferecendo passagens somente de ida gratuitas para a África e o México para aqueles que não quisessem permanecer nos Estados

---

8 O termo é bastante conhecido e utilizado no “mundo da internet”, referindo-se ao fenômeno de “viralização” de uma informação, ou seja, qualquer vídeo, imagem, frase, ideia, música e etc, que se espalhe entre vários usuários rapidamente, alcançando muita popularidade. MEME. Disponível em: <https://www.significados.com.br/meme/>. Acesso em: 6 fev. 2019.

Unidos; e de que o Líder do Estado Islâmico teria pedido aos cidadãos norte-americanos para que votassem em Hilary Clinton (D'ANCONA, 2018, p. 55).

No Brasil, nas eleições presidenciais, que ocorreram no ano de 2018, houve uma onda de *fake news*, que fez parte do período eleitoral, onde muitas informações foram manipuladas ou aumentadas, com o intuito de causar prejuízos para os principais candidatos que disputavam o pleito, pois, “as pessoas estão muito expostas às afirmações falsas que constroem uma ‘ilusão de verdade’, em que uma informação imprecisa se torna mais familiar e ao longo do tempo, pode ser vista como verdade.” (SPINELLI; SANTOS, p. 770, 2018).

Imaginando o que estava por ocorrer, foram feitas algumas tentativas para tentar penalizar criminalmente a divulgação de notícias falsas, já até sendo realizado um projeto de lei que não obteve aprovação até este momento (SENADO FEDERAL, 2017). Todavia, não foi aprovado até o momento das eleições presidenciais, deixando assim, vários dilemas para a resolução do poder judiciário.

Porém, é possível compreender porque não houve a aprovação de tal projeto, considerando todas as problemáticas que se apresentam para estabelecer uma regulação sobre as *fake news*, levando em conta que vários outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade de expressão, acabam entrando em conflito, podendo, numa definição equivocada ou imprecisa, criar inúmeros dilemas para o direito brasileiro.

Um dos meios mais eficientes para combater a propagação das *fake news*, são as chamadas agências de *fact-checking*, ou na tradução mais próxima, as agências de checagem de fatos. Seu objetivo é verificar as fontes das notícias, a veracidade dos fatos apresentados e, também, em menor escala, se não houve manipulação em como é informado os acontecimentos. Essa prática já é comum em vários outros países, e há pouco tempo, chegou com força no nosso país. (SPINELLI; SANTOS, 2018).

“No Brasil, três agências são certificadas pelo IFCN (International Fact-checking Network): Lupa, Truco e Aos Fatos. As instituições credenciadas devem estabelecer compromissos com apartidarismo e equidade, transparência das fontes e de financiamento da organização, detalhes sobre métodos utilizados e correções francas e amplas.” (SPINELLI; SANTOS, 2018, p. 771).

Vários veículos de comunicação, de alcance nacional, utilizam dos serviços prestados por essa agência, como a revista *Época*, os jornais *Folhas de São Paulo* e *O Globo*, o canal de notícias *Globo News*, a *UOL*, *Buzzfedd* e vários outros, em consonância com o informado por Spinelli e Santos (2018). Sobre o modo de operação das agências de *fact-checking*, cabe ressaltar:

O que faz do fact-checking uma prática relevante ao jornalismo na era da pós-verdade é a preocupação com a transparência e credibilidade. Os métodos de checagem não mudam muito entre as agências, mas todas explicam como chegaram à conclusão sobre a veracidade das informações publicadas, destacando as fontes originais de informação com links e referências. Outro ponto importante para assegurar a qualidade é a busca pela diversidade de personalidades checadas e uma política clara de erros. As agências não checam opiniões e previsões, além de tópicos de pouca relevância para o debate público, como vícios de linguagem,

questões de foro íntimo e afins. Assim como as demais plataformas verificadas pela IFCN a partir de seu código de boas práticas, os métodos de checagem são públicos. (SPINELLI; SANTOS, 2018, p. 773).

Esse é um dos meios mais eficientes para combater essa prática maléfica para a sociedade, porém não há como penalizar aquele que inventou a notícia falsa e sendo ainda mais difícil, impor sanções para aqueles que somente compartilharam, considerando que não existe uma legislação vigente específica sobre a matéria no Brasil, além da dificuldade de torná-la efetiva caso passasse a existir.

Existem algumas possibilidades para tentar amenizar essa disseminação em massa de *fake-news* no Brasil, todas usando do conceito aplicado pelas agências de *fact-checking*, talvez sendo possível a criação de uma agência reguladora das *fake news* pelo próprio governo, ou um apoio do governo para as agências de *fact-checking* para um trabalho em conjunto, ou então, tentar estabelecer normas específicas para esse tema por meio de lei.

O que não pode se manter, é incumbir o do Poder Judiciário de resolver os conflitos suscitados, sem uma legislação para se embasar, como foi com as demandas que envolviam a internet no passado. Não há como resolver todos os conflitos perfeitamente, com base em analogias e princípios, sem que venham a existir divergências entre os tribunais existentes no território brasileiro, podendo implicar, na pior das hipóteses, em algumas decisões, até a prática do ativismo<sup>9</sup> pelos magistrados, diante da omissão do poder legislativo.

A liberdade de expressão e o direito à informação são dois dos direitos garantidos pela Constituição, assim é preciso conseguir estabelecer um limite entre a garantia desses direitos e a repressão contra as *fake news*. Sobre isso, vale apresentar a seguinte reflexão que demonstra a análise que deve ser feita pelos legisladores e aplicadores do direito sobre as *fake news*:

A liberdade de expressão não é um direito absoluto, nem ilimitado. Nenhum direito fundamental o é. Como diria Justice Oliver Wendell Holmes, a liberdade de expressão não protege alguém que grite “fogo!” falsamente no interior de um teatro lotado. Assim, em caso de conflito, ela poderá, eventualmente, ceder lugar em favor de outros bens e valores constitucionalmente protegidos. (KOATZ, 2011, p. 401).

O direito à informação, previsto no artigo XXXIII da Constituição Federal de 1988, prevê que todos os cidadãos possuem o direito de receber dos órgãos públicos, informações de seu interesse pessoal e/ou coletivo, sob pena de responsabilidade, com a ressalva daquelas informações cuja o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Para tanto, deve-se destacar que o acesso à informação está concatenado diretamente com o pleno exercício dos direitos sociais e individuais e com o exercício digno da democracia, tendo a garantia do direito à informação de qualidade, papel essencial no que concerne a proteção e o desenvolvimento de toda a coletividade.

<sup>9</sup> O ativismo judicial é “um fenômeno pós-moderno caracterizado pela forte atuação do Poder Judiciário nas relações sociais, de forma a regular políticas públicas e intervir em aspectos da vida privada dos indivíduos”. (CARMO; MESSIAS, p. 196, 2017).

Diante dos comentários acima, fica perceptível a existência de uma linha tênue entre o combate as *fake news* e o direito à liberdade de expressão, que é um dos maiores dilemas existente nessas demandas, uma vez que o direito de proibir a divulgação de certos conteúdos, sites, matérias e afins, com o intuito de evitar a proliferação de *fake news*, em determinadas situações pode vir a invadir o direito à liberdade de expressão.

Assim, a criação de uma agência reguladora de *fake news*, poderia levar à uma melhor preparação do governo para lidar com essa temática, talvez com o auxílio das agências de *fact-checking*, ou o próprio Estado passando a agir como fiscalizador, para conseguir estabelecer o que é uma informação sem fundamento de uma simples opinião ou exposição é um dos dilemas a ser enfrentados.

Um bom exemplo de atuação do Estado no combate as *fake news* já realizado, é na área da saúde, onde, seja com intenção maliciosa, ou simplesmente diante da confusão com os costumes e os hábitos populares são propagadas informações falsas sobre curas, tratamentos, doenças e afins. O nível de preocupação que atingiu este tipo de atitude, levou o Ministério da Saúde do Brasil a criar uma seção, em seu site<sup>10</sup>, especificamente para verificar e analisar a veracidade das notícias divulgadas, tanto nas redes sociais, quanto em portais de notícias.

Alguns bons exemplos que são apresentados no site, os quais foram identificadas como informações falsas, são com relação a vacinas que causam autismo, sobre a possibilidade do chá de graviolas curar o câncer, o comprimido de Paracetamol que contém o vírus Machupo e inúmeras outras afirmações desmentidas, a partir de fatos verídicos expostos pelo Ministério da Saúde, publicamente.

A medida acima se mostra interessante, uma vez que apresenta resultados, mas atua de forma repressiva, com o objetivo de atenuar os efeitos, e não de maneira preventiva, que poderia incorrer em censura, considerando a possibilidade de existir um desrespeito ao direito à liberdade de expressão.

Costa Neto (2017, p. 37), apresenta o direito à liberdade de expressão em sua dimensão negativa, ou seja, ele a define como o “direito de expressar-se sem obstáculos ou restrições.” Inclusive, aponta que os maiores obstáculos ao direito anteriormente citado, seriam “a censura, sanções penais, cíveis ou administrativas, ameaças de violência, restrições legais, queimas de livros, softwares de bloqueio de páginas na internet, etc.”

Para tanto, o caminho que deve ser tomado para evitar ao máximo a possível ocorrência de censura e da proibição da exposição de ideias pessoais, é a existência de um controle repressivo, não preventivo, pois, permitir que o Estado controle previamente os conteúdos que serão divulgados, seja na internet, jornal, rádio ou televisão, colocaria um poder excessivo do Estado sobre os veículos de comunicação.

Por isso, o melhor meio de combater a desinformação é com informação, ou seja, Maranhão e Campos (2018, p. 218/219), expõem que qualquer mecanismo que seja por meio da exclusão ou retirada de conteúdo ou perfis pode afetar o direito à liberdade de expressão, então, o melhor cami-

10 <http://portalms.saude.gov.br/fakenews>

nho deve ser combater os males causados pela divulgação fraudulenta, com informações verídicas e esclarecer os fatos para os usuários que acessarem a falsa notícia.

Conforme apontam os autores acima, o ideal é que o próprio conteúdo lesivo, após verificada a sua falsidade, indique o conteúdo esclarecedor de forma destacada, indicando ao leitor as informações verdadeiras e desmentindo os dados errôneos. Esta medida funcionaria perfeitamente em portais eletrônicos e redes sociais, sendo o caminho mais adequado.

Além dos apontamentos realizados acima, outra questão relevante é com relação a definição do como devem ser compreendidas as *fake news*, devendo ficar claro como devem ser interpretadas pelos tribunais para evitar a ocorrência de insegurança jurídica.

No melhor dos cenários, essa definição não deve ser deixada para ser resolvida quando o conflito estiver chegado ao poder judiciário, o ideal seria que já existissem parâmetros anteriores para analisar estas demandas, não ficando a critério do magistrado as definições técnicas, ou seja, definir se é verídica ou não a informação, bem como se as fontes são confiáveis ou são fictícias.

## CONCLUSÃO

Não é uma tarefa simples conseguir estabelecer um controle sobre as *fake news* no atual cenário do direito brasileiro, diante da imensidão que é a internet, onde muitas vezes é difícil encontrar vestígios de quem foi o criador ou daqueles que compartilharam, até pela grande proporção que a propagação dessas informações sem fundamentos ou distorcidas podem atingir.

Esse é um fato novo que merece a atenção do direito brasileiro diante da sua relevância e dos conflitos e influências que pode causar na nossa sociedade. Algumas medidas foram propostas pelas câmaras federais do poder legislativo de nosso país, porém ainda contém omissões e obscuridades sobre essa matéria, mas já seria um início para tentar regular esse tema, haja vista que não há nada específico sobre.

No cenário atual, a regulação por meio da legislação é o caminho mais palpável, todavia é de difícil fiscalização e execução, onde talvez, a possibilidade da criação de uma agência reguladora cumpriria melhor a tarefa, mesmo diante das dificuldades existentes, ou como alternativa, seria o apoio do Estado para as agências de *fact-checking* já estabelecidas, como uma forma de evitar danos decorrentes das *fake news*, as quais já se demonstraram prejudiciais tanto para a política, democracia e até à saúde.

Considerando que a problemática apresentada ao início desta pesquisa foi respondida da melhor forma possível, e que o objetivo geral, bem como os específicos foram cumpridos, além da hipótese ter sido confirmada, uma vez que se denota que observados certos requisitos, a regulação do Estado sobre as *fake news*, principalmente de forma repressiva, é a melhor medida para combater os males que dela decorrem.

## REFERÊNCIAS

- ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. Social Media and *Fake news* in the 2016 Election. **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, p. 211-236, spring 2017. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.31.2.211>. Acesso em: 31 jan. 2019.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da república, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 6 jan. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm). Acesso em: 25 jul. 2018.
- BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm). Acesso em: 21 jan. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Brasília: Presidência da república, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm). Acesso em: 22 jan. 2019.
- BRASIL. Portal do Governo Federal do Brasil. **Agências reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- CARMO, Valter Moura do; MESSIAS, Ewerton Ricardo. Pós-modernidade e principiologia jurídica: O ativismo judicial e sua validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 189-205, set./dez., 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2163/1404>. Acesso em: 6 jan. 2019.
- COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- D'ANCONA, Matthew. **Pós-verdade: A nova guerra contra os fatos em tempos de Fake news**. Barueri: Faro Editorial, 2018.
- DO VHS ao streaming, conheça a evolução das tecnologias de armazenamento e compartilhamento de vídeo. **Olhar Direto**, Cuiabá, 9 out. 2015. Disponível em: <http://www.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?id=408271&noticia=do-vhs-ao-streaming-conheca-a-evolucao-das-tecnologias-de-armazenamento-e-compartilhamento-de-video>. Acesso em: 04 de fevereiro de 2019.

FORTES, Vinícius Borges. **Os direitos de privacidade e a proteção de dados pessoais na internet**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GROSS, Clarissa Piterman. Fake news e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. *In*: RAIS, Diogo (org.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências reguladoras. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, v. 10, 2004. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/398/265>. Acesso em: 31/07/2018.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (IDEC). **Defesa do consumidor, participação social e ferramentas para a cidadania: um banco de dados para o monitoramento da regulação**. São Paulo: IDEC, 2011. Disponível em: <https://idec.org.br/file/22486/download?token=SSVXpCj6>. Acesso em: 31 jan. 2019.

KOATZ, Rafael Lorenzo- Fernandez. As liberdades de expressão e de imprensa da jurisprudência do STF. *In*: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro, Lumen Juris 2011. Disponível em: [https://www.academia.edu/16893547/As\\_liberdades\\_de\\_express%C3%A3o\\_e\\_de\\_imprensa\\_na\\_jurisprud%C3%Aancia\\_do\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal](https://www.academia.edu/16893547/As_liberdades_de_express%C3%A3o_e_de_imprensa_na_jurisprud%C3%Aancia_do_Supremo_Tribunal_Federal). Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

LEAL, Carlos Ivan Simonsen. Prefácio. *In*: GUERRA, Sérgio (org.) **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

LEVINSON, Paul. **Fake news in real context**. Connected Editions. Edição do Kindle, 2017.

MARANHÃO, Juliano; CAMPOS, Ricardo. Fake news e autorregulação regulada das redes sociais no Brasil: fundamentos constitucionais. *In*: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MEME. *In*: SIGNIFICADOS. Disponível em: <https://www.significados.com.br/meme/>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NATALO, Camila. **13 cantores e bandas que foram descobertos na internet**. Disponível em:

<http://www.popcidade.com.br/2016/02/18/13-cantores-e-bandas-que-foram-descobertos-na-internet/>. Acesso em: 4 fev. 2019.

MARQUES, NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista Direito Administrativo**, Rio De Janeiro, v. 228, 2002. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em: 31 jan. 2019.

MEME. *In*: SIGNIFICADOS. Disponível em: <https://www.significados.com.br/meme/>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2019.

OLIVEIRA, Rafael Santos de; BARROS, Bruno Mello Corrêa de; GOULART, Gil Monteiro. As tecnologias da informação e comunicação na (des)construção das relações humanas contemporâneas: implicações do uso do aplicativo Tinder. **Revista Brasileira de Direito**, Passo fundo, v. 12, n. 1, p. 88-99, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/919/840>. Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

PECI, Alketa. Regulação e Administração pública. *In*: GUERA, Sérgio Guerra. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

PRANDO, Alisson. **Músicas dos anos 60: o sucesso que balançou o mundo**. Disponível em: <https://www.uppermag.com/musicas-dos-anos-60/>. Acesso em: 4 fev. 2019.

RAIS, Diogo. Desinformação no contexto democrático. *In*: Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (coord.). **Fake news e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018a.

RAIS, Diogo. Fake news e eleições. *In*: FAKE NEWS: a conexão entre a desinformação e o direito. Coordenador: Diogo Rais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018b.

SAMPAIO. Patrícia Regina. Georges Abboud; Nelson Nery Jr. e Ricardo Campos. *In*: GUERRA, Sérgio. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Org. Sérgio Guerra. – Rio de Janeiro: FGV, 2014.

SENADO FEDERAL. **Projeto de lei nº 53**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Iniciativa: Deputado Federal Milton Monti (PR/SP). Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7738646&disposition=inline>. Acesso em: 20 de janeiro de 2019.

SENRA, Ricardo. Candidatos brasileiros poderão ser punidos se usarem robôs para ‘fake news’ em 2018. **BBC NEWS Brasil**, 6 nov. 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41881703>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

SILVA, Werner Leonardo. Internet foi criada em 1969 com o nome de “Arpanet” nos EUA. **FOLHA DE SÃO PAULO**, São Paulo, 12 ago. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u34809.shtml>. Acesso em 04 de fevereiro de 2019.

SPINELLI, Egle Müller; SANTOS, Jéssica de Almeida. Jornalismo na era da Pós-verdade:

fact-checking como ferramenta de combate às fake news. **Revista Observatório**, Palmas, v. 4, n. 3, p. 759-782, maio. 2018. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/4629> Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Marco civil da Internet**. Leya. 2016. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/Marco\\_Civil\\_da\\_Internet.html?id=JwADDAAAQBAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books/about/Marco_Civil_da_Internet.html?id=JwADDAAAQBAJ&redir_esc=y). Acesso em: 22 de janeiro de 2019.

URBINATI, Nadia. **Democracia representativa: princípios e genealogia**, Chicago: University of Chicago Press, 2006.

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de. Agências reguladoras. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n. 141 jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/457/r141-12.pdf?sequence=4> Acesso em: 31 de janeiro de 2019.

**Como citar:** BALDISSERA, Wellington Antonio; FORTES, Vinícius Borges. Regulação, fake news e o conflito com o direito à liberdade de expressão. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 60-82, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.60. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 06/02/2019

Acesso em: 10/07/2021

## A BUSCA PELA EFICIÊNCIA NO ÂMBITO DAS EXECUÇÕES FISCAIS MUNICIPAIS E A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA

THE SEARCH FOR EFFICIENCY WITHIN LOCAL TAX IMPLEMENTATION AND TAX TRANSACTION

Bruno Bastos de Oliveira\*

Richard Bassan\*\*

Cristiana Carlos do Amaral Cantídio\*\*\*

\*Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNIMAR - Mestrado e Doutorado. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).  
E-mail: bbastos.adv@gmail.com

\*\*Mestre em Direito na Universidade de Marília (UNIMAR). Pós graduado em finanças, investimentos e banking pela PUC do Rio Grande do Sul- PUCRS, pós graduado em direito ambiental com qualificação para o exercício do magistério superior pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado - ESPGE e pós graduado em direito privado pela Universidade para o desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP.  
E-mail: richardbassan@adv.oabsp.org.br

\*\*\*Doutoranda em Direito na Universidade de Marília (UNIMAR).  
E-mail: criscantidio@hotmail.com

**Como citar:** OLIVEIRA, Bruno Bastos de; BASSAN, Richard; CANTÍDIO, Cristiana Carlos do Amaral. A busca pela eficiência no âmbito das execuções fiscais municipais e a transação tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 83-100, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.83. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Discute-se a utilização do instituto da transação em matéria tributária como meio adequado para a eficiência arrecadatória no âmbito das execuções fiscais municipais e a consequente desobstrução do Judiciário brasileiro. A problematização repousa na demora da reintegração dos créditos tributários pelos métodos usuais aplicados nos processos executivos e a obstrução que o volume de demandas causa no âmbito do Judiciário. O problema apresentado será enfrentando a partir da análise da originalidade e legitimidade social tributária, a forma de gestão do tributo com vistas à otimização das relações entre o contribuinte e o fisco, assim como a aplicabilidade da transação tributária como forma adequada de solução de conflitos e controvérsias no âmbito fiscal. Utilizando-se de pesquisa exploratória, bibliográfica, qualitativa e quantitativa, o objeto de investigação reside na análise dos aspectos legais acerca da transação tributária, os princípios norteadores do processo fiscal administrativo fazendário, enfatizando-se a atuação legislativa e executiva no plano municipal. Conclui-se que a transação tributária mostra-se como adequação na eficiência do cobrança, aumento da arrecadação e consequente desobstrução do Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** Direito Tributário; Transação tributária; Execução fiscal; Contribuinte; Município.

**Abstract:** We discuss the use of the transaction institute in tax matters as a suitable means for efficient collection in the scope of municipal tax executions and the consequent unblocking of the Brazilian Judiciary. The problem lies in the delay in the reinstatement of tax credits by the usual methods applied in

the executive processes and the obstruction that the volume of claims causes to the Judiciary. The problem will be faced from the analysis of the originality and social legitimacy of the tax, the form of tax management with a view to optimizing relations between the taxpayer and the tax authorities, as well as the applicability of the tax transaction as an appropriate way to solve conflicts and controversies in the tax field. Using an exploratory, bibliographical, qualitative and quantitative research, the object of the investigation lies in the analysis of the legal aspects of the tax transaction, the guiding principles of the tax administrative process, emphasizing the legislative and executive action at the municipal level. It is concluded that the tax transaction shows itself as an adequacy in the efficiency of the collection, increase in revenue and consequent unobstructing of the Brazilian Judiciary.

**Keywords:** Tax Law; Tax Transaction; Tax Enforcement; Taxpayer; Municipality.

## INTRODUÇÃO

Verifica-se, na esfera do Direito Tributário brasileiro contemporâneo, instituto relevante e polêmico, a transação em matéria tributária. O ponto crucial dos embates sobre a temática é a possibilidade, por meio de acordo entre partes, de alcançar a extinção de demandas entre o contribuinte e os Fiscos. As inovações trazidas pelo instituto da transação têm ganhado espaço, tornando-se objeto de Projeto de Lei Geral de Transação em matéria tributária que tramita no Congresso Nacional, projeto de Lei nº 5.082/2009.

O presente artigo busca estudar o instituto da transação em matéria tributária como um meio adequado para a eficiência arrecadatória no âmbito das execuções fiscais, em especial no âmbito municipal, e consequente desobstrução do Judiciário brasileiro.

Entende-se que a temática envolvendo o instituto da transação tributária está permeada por fatores intrínsecos e extrínsecos que norteiam sua necessidade, fatores esses como a superlotação de processos executivos fiscais no âmbito do Poder Judiciário e, a falta de efetividade e celeridade na apreciação dos mesmos. Neste cenário, o aspecto da celeridade judicial constitui-se um dos maiores desafios e preocupações atuais na seara do Direito Tributário.

Urge a necessidade de aplicação e implementação de métodos adequados para dirimir e solucionar as controvérsias na esfera dos conflitos fiscais, métodos esses como, a mediação em âmbito tributário, a conciliação de conflitos, a arbitragem tributária e a transação tributária, este último objeto do presente estudo. Busca-se compreender através deste instituto as nuances, com vistas a entender a relação que se estabelece entre o contribuinte e o fisco e sua contribuição como meio adequado para a eficiência arrecadatória no âmbito das execuções fiscais.

O estudo da transação em matéria tributária é imprescindível para a compreensão do cenário contemporâneo das execuções fiscais tributárias e as relações que se estabelecem entre fisco e contribuinte.

Para delimitar e apresentar com eficiência e clareza os objetivos e resultados do presente artigo de pesquisa, estrutura-se em cinco tópicos, sendo no primeiro a estrutura atual das execuções fiscais, no segundo o déficit de arrecadação e ineficiência nos municípios, no terceiro a estrutura do Poder Judiciário e alta litigiosidade fiscal, no quarto a análise dos números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) sobre os processos fiscais e no quinto e último o instituto da transação em matéria tributária como meio legal em busca da eficiência arrecadatória no plano municipal e consequente desobstrução do Poder Judiciário.

Utilizando-se de pesquisa exploratória, bibliográfica, qualitativa e quantitativa, os capítulos aqui apresentados contemplam as principais indagações exploradas no decorrer do estudo permitindo-se, com o desfecho, a confirmação da hipótese no que tange a possibilidade do instituto da transação em matéria tributária ser meio adequado para a eficiência arrecadatória no âmbito das execuções fiscais municipais.

## 1 ESTRUTURA ATUAL DAS EXECUÇÕES FISCAIS

A estruturação atual dos processos de execuções fiscais no Brasil apresenta nítida ineficácia, ou seja, nota-se imensa lentidão no decurso processual, que ocorre devido ao grande e oneroso investimento público na tentativa de resgatar os ativos fiscais. Percebe-se a falta de veracidade na equidade entre os indivíduos inseridos nos processos judiciais de cunho fiscal, ou seja, tal realidade se concretiza devido às vantagens que a legislação fiscal delega à Fazenda Pública, contudo, mesmo com inúmeros privilégios inerentes à Fazenda Pública, ainda assim, os processos de execuções fiscais necessitam de celeridade e efetividade (CUNHA, 2016, p. 27).

Denota-se que o poder executivo quando emite título executivo próprio e simplificado – Certidão de Dívida Ativa; coloca-se em significativa superioridade em detrimento ao sujeito passivo da execução, como exemplo a não demonstração de cálculos uniformes com informações precisas, diferenciando-se dos títulos executivos da esfera civil (SCHERER, 2015, p. 2).

A certidão de dívida ativa representa uma obrigação líquida, certa e exigível, créditos esses definidos na forma da lei. Portanto, quando ocorre a inscrição o crédito anteriormente exigível torna-se título exequível, caracterizando uma diferenciação da condição inicial do título. Referida certidão, portanto, é um título de caráter formal, cuja formalização do título de crédito se dá pela ação do poder público de maneira unilateral, desta forma, fundamenta e apresenta os elementos principais, faz a atualização monetária, a correção de juros, das multas, mora e outros encargos devidos (CUNHA, 2016, p. 29).

Sobre a ineficiência na cobrança da dívida ativa destaca-se o ensinamento do doutrinador Gustavo Caldas Guimarães de Campos (2019, p. 73):

A ineficiência na cobrança da dívida ativa ocorre em virtude da baixa qualidade do bem penhorado, a ausência total de garantias ou até mesmo a falta de informação confiável sobre o patrimônio do devedor. No que se refere à substituição de bens ofertados garantidores da execução, a critério do poder público pode o executado, a qualquer momento, ser instado a realizar a troca do bem, ao passo que, o mesmo benefício não é disponível ao devedor, fazendo apenas passar pelo crivo fazendário.

À Fazenda Pública ainda é atribuída a utilização de medidas antecipadas de créditos realocados na ação de execução, o que ocorre com o intuito de se resguardar de possíveis danos, como o desvio de personalidade jurídica ou abuso de poder, como também salvaguardar e abranger os grupos econômicos que respondem solidariamente pelo débito de característica funcional. Observa-se, portanto, a existência de alegações tendenciosas, advindas do Poder Executivo, argumentos, esses, que justificam transformar a execução fiscal em um padrão expropriatório administrativo (SCHERER, 2015, p. 3).

Corroborando-se que apesar das tentativas aplicadas para mudar a forma como a execução fiscal vem sendo administrada na atualidade, na tentativa de torná-la mais eficiente, restam claras as dificuldades que o Poder Judiciário vem administrando em decorrência do gradativo aumento

das execuções fiscais não concluídas, tentativas infrutíferas de localizar o legítimo devedor, os bens levados a penhora e, também, devido às inúmeras ocorrências de desconstituições irregulares de empresas, as insolvências civis, entre outras limitações.

Neste contexto, importante se faz o entendimento de José Renato Nalini (2019, p. 1):

Todos os anos o Governo, suas Autarquias e Fundações – aí compreendidas União, Estados e Municípios – arremessam à Justiça milhões de CDAs – Certidões de Dívida Ativa, que darão origem a execuções fiscais. O Judiciário se conforma com a situação esdrúxula. Aceita ser cobrador de dívida. Mesmo sabendo que não tem estrutura, pessoal nem gestão eficiente para fazer funcionar um setor nevrálgico. Todos têm interesse em que os devedores recolham ao Erário o devido. Se eles se recusarem a pagar, o ônus de sustentar a máquina – sempre perdulária e quase sempre ineficiente – recairá sobre os demais.

Nota-se, portanto, um cenário obscuro nas execuções fiscais no Brasil, com acúmulo de processos nas varas responsáveis, falta de infraestrutura, como recursos de pessoal, materiais, entre outras ferramentas tecnológicas que impedem o atendimento dos processos demandados, sendo as circunstâncias mencionadas grande óbice enfrentado para satisfazer os créditos **públicos**. Acentua-se ainda a questão das prescrições fiscais preconizadas na legislação tributária que se tornam obstáculos importantes ao sistema de créditos em geral (SCHERER, 2015, p. 3).

Com efeito, percebe-se que a execução fiscal enfrenta relevantes prejuízos que são absorvidos não apenas pelo ente tributante, mas também pelo Poder Judiciário e pelos próprios contribuintes. Portanto, diante do cenário apresentado no tópico em comento, passa-se a analisar na sequência os déficits arrecadatários e ineficiência nos municípios.

## 2 DÉFICIT DE ARRECADAÇÃO E INEFICIÊNCIA NOS MUNICÍPIOS

A administração tributária está organizada conforme disciplina a Constituição Federativa do Brasil de 1988, distribuído funções e competências aos Estados da federação por meio de suas Constituições Estaduais e aos Municípios por meio de sua Lei Orgânica. Portanto, esta estrutura constitucional permite que cada esfera governamental organize sua administração de forma independente, como na esfera federal tem-se o Ministério da Fazenda e a Receita Federal, na estadual a Secretaria da Fazenda e nos municípios, as Secretarias de Finanças (BRASIL, 1988).

O papel do município na administração pública brasileira está relacionado a atender as peculiaridades que envolvem o poder local e, com o advento da Constituição Federal de 1988, tornou-se unidade política dotada de autonomia para gerir os as demandas e serviços públicos dentro de sua jurisdição. Neste encadeamento, verifica-se a denominada descentralização do poder público administrativo, o que proporcionou aos municípios mudanças significativas em suas contas, ou seja, a majoração da participação municipal na arrecadação da tributação nacional, passando ainda os municípios a assumirem a incumbência da garantia dos serviços básicos destinados à

sociedade local, como saúde, educação, habitação e assistência social, entre outras (BRASIL, 2019).

Revela-se que as novas prerrogativas atribuídas aos municípios culminaram com o aumento de despesas dos mesmos. Vale ressaltar que os municípios não estavam condicionados a esforços com vistas ao aumento da eficácia arrecadatória de tributos e com as consequentes despesas que passaram a crescer. Dentro do cenário apresentado os municípios passaram a gastar suas receitas em volumes mais elevados comparados com suas arrecadações. Portanto, o comportamento apresentado desencadeou o aumento de dívidas, ocasionando escassez nas finanças e descontrole no orçamento fiscal.

Em detrimento das dificuldades apresentadas e com o intuito de diminuir o déficit público e conter as finanças dos municípios, a União promulgou a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF; introduzindo normas para conduzir as tomadas de decisões dos entes públicos, normas essas norteadoras para o cumprimento de preceitos legais para a devida condução dos recursos públicos (CAMPELLO; MATIAS, 2014, p. 413).

Compreende-se que os fundamentos que norteiam a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF; objetivam ajudar o administrador municipal a equilibrar permanentemente suas contas públicas, possibilitando a organização orçamentária de forma sensata, com o devido respeito ao princípio orçamentário do equilíbrio, com vistas a garantir recursos para financiar todo o aparato administrativo garantindo, assim o desenvolvimento dos programas sociais voltados a garantir as necessidades básicas do cidadão (BRASIL, 2019).

Evidencia-se que os municípios brasileiros se encontram com elevado déficit de arrecadação fiscal, observando-se, ainda um aumento significativo da dependência municipal relacionado a recursos de advindos de outros entes governamentais para promoção de suas políticas públicas. Ou seja, os meios e estratégias de arrecadação tributária se mostram insuficientes em grande parte dos municípios que, ainda possuem elevada carga tributária, gastos imensos com despesas de pessoal, entre outras, que impossibilitam os municípios honrarem seus compromissos em curto prazo (BOLFE; SOUZA, 2019, p. 6).

Frisa-se sobre esta temática os ensinamentos de Zuccolotto, Ribeiro e Abrantes (2019, p. 13):

O comprometimento dos recursos públicos é, em maioria das vezes, creditado à má gestão. Os prefeitos não se utilizam do planejamento, as peças orçamentárias quase sempre representam apenas procedimentos formais e legais. Como as despesas apresentam um crescimento muito superior ao das receitas, os municípios geralmente apresentam déficits. Uma alternativa para solucionar este problema é expandir seu potencial de arrecadação para que não fiquem tão dependentes de outras esferas de governo. Expandir sua arrecadação não quer dizer aumentar a carga tributária onerando o bolso do contribuinte e sim melhorar os seus mecanismos de arrecadação. Assim, os municípios promoverão seu ajuste fiscal e poderão financiar suas políticas municipais com autonomia financeira.

Constata-se na atualidade que a problemática fiscal existente nas contas públicas no Brasil vem se acentuando demasiadamente, devido ao número crescente das dívidas públicas dos municípios, esse aumento do déficit no orçamento advém das disparidades existentes entre as receitas e as despesas dos Municípios. Portanto, o déficit do setor público municipal reflete seu entrave estrutural, permeado pelas dificuldades criadas pela administração pública em decorrência do acúmulo dos desequilíbrios fiscais produzidos no decorrer dos anos como resultado do endividamento público dos municípios (ALVES, 2017, p. 55).

No contexto contemporâneo da estrutura tributária brasileira municipal, há uma base de tributos altamente regressiva, ou seja, grande parte dos tributos arrecadados tem seu alicerce fiscal recaindo sobre a circulação de bens e consumo, gerando conseqüentemente encargos que são repassados aos consumidores e contribuintes (ALBUQUERQUE, 2016, p. 32).

Com relação ao tema importante se faz sobrelevar os ensinamentos de Cunha Junior et al (2019, p. 1):

Para sair dessa situação e criar espaço fiscal para realizar investimentos, as Administrações Públicas Municipais precisam adotar medidas para ampliar a arrecadação, reduzir despesas e melhorar a qualidade e a eficiência do gasto público, evitando-se, contudo, majorar ou criar tributos e contribuições ou cortar programas públicos de grande impacto social por meio da vinculação de receitas e despesa pública no estabelecimento dos mínimos constitucionais

Ultima-se neste encadeamento com o entendimento de que a administração pública municipal carece urgentemente controlar sua base fiscal, afigurando-se que tal postura envolve melhorias na racionalização dos procedimentos de recolhimento dos seus tributos, como por exemplo, o instituto da transação, visando-se a busca pela eficiência tributária e conseqüentemente a recuperação e o aumento da arrecadação.

A partir da problemática até aqui analisada, passa-se ao estudo da estruturação do Poder Judiciário e a alta litigiosidade fiscal.

### **3 ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E ALTA LITIGIOSIDADE FISCAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS NÚMEROS DO CNJ**

A estruturação do Poder Judiciário está disciplinada na Carta Magna do Brasil de 1988, atribuindo aos tribunais o poder de eleger os órgãos diretivos sob sua administração, elaborando seus regimentos internos, organizando suas secretarias, serviços auxiliares e os juízos subordinados a sua jurisdição, na criação e administração de cargos da magistratura e respectiva carreira, assim como, prover todas as necessidades referentes à administração da Justiça, entre outras (BRASIL, 2019).

Entende-se que para a efetivação do princípio da proteção judicial de forma concreta há a

implicação da justiça aplicada de forma eficiente e célere, esse entendimento relaciona-se com os preceitos de acesso à justiça, preconizados na Carta Magna do Brasil de 1988; com a introdução do inciso LXXVII, do artigo 5º; efetuada por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004; que instituiu a Reforma do Judiciário, a saber: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 2019).

Ademais, o acesso à justiça se relaciona efetivamente com a consolidação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Mas não basta somente a possibilidade de buscar o Judiciário, mas sim à efetiva recepção de uma solução ao conflito. Nesse sentido Daiane Schwabe Minelli e Sergio Alves Gomes (2019, p. 151) mencionam:

O caminho para a consolidação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana passa, principalmente, pelo efetivo acesso à justiça, que possa proporcionar a concretização dos direitos fundamentais que integram aquele núcleo mínimo de existência digna de todos os seres humanos.

O primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal encontra-se estruturado conforme preceitua a Lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966; disciplinando que no Distrito Federal e em cada Estado da Federação será instituída uma seção judiciária. Contudo, cada seção, constituída por varas federais, terá suas sedes nas unidades federativas, ou seja, em suas capitais, na falta, portanto, de varas federais nas respectivas comarcas fica a cargo dos juízes estaduais a competência para apreciar e julgar os processos a eles correspondentes. Entretanto, nas varas federais, seus juízes federais atuaram processaram e julgaram a maioria dos processos e ações de responsabilidade da Justiça Federal (BRASIL, 1966).

O primeiro grau do Poder Judiciário está estruturado em 15.398 unidades judiciárias - um aumento de 20 unidades em relação ao ano anterior. Esse quantitativo é subdividido em 10.989 varas estaduais, trabalhistas e federais (71%); 1.606 (10,4%) juizados especiais; 2.771 (18%) zonas eleitorais; 13 auditorias militares estaduais; e 19 auditorias militares da União. A maioria das unidades judiciárias pertence à Justiça Estadual, que possui 10.035 varas e juizados especiais e 2.697 comarcas (48,4% dos municípios brasileiros são sede da Justiça Estadual). A Justiça do Trabalho está sediada em 624 municípios (11,2% dos municípios) e a Justiça Federal em 279 (5% dos municípios) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 18).

Repara-se que os Tribunais Superiores brasileiros constituem-se órgãos supremos das esferas judiciárias, atuam em processos de competência originária, como também, efetuam as revisões das ações decididas nas instâncias de 1º ou 2º graus. Importante frisar que a atuação é realizada por colegiados, ou seja, por magistrados intitulados Ministros. Os Tribunais Superiores do Brasil são os seguintes: Superior Tribunal de Justiça - STJ, Superior Tribunal Militar - STM, Tribunal Superior Eleitoral - TSE e o Tribunal Superior do Trabalho – TST (CONSELHO

NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 16).

O Poder Judiciário contava com um acervo de 80,1 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano de 2017, sendo que mais da metade desses processos (53%) se referia à fase de execução. Os dados mostram que, apesar de ingressar no Poder Judiciário duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo, a execução é 34,6% maior. Na execução, as curvas de processos baixados e novos seguem quase paralelas durante os nove anos da série histórica. Já no conhecimento, as curvas se mantiveram semelhantes até 2014, com um descolamento a partir de 2015. Os casos pendentes na fase de execução apresentam aumentos regulares, numa clara tendência de crescimento do estoque. Já os casos pendentes na fase de conhecimento oscilam mais, tendo havido incremento do estoque em 2015 e 2016, e queda em 2017 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 120).

Observa-se que é neste ambiente que o sistema de tributação brasileiro contemporâneo, especialmente no plano municipal, traz carga excessiva ao Poder Judiciário, o que se evidencia segundo dados apresentados pelo CNJ; apresentado em seu Relatório Justiça em Números 2018, incluindo-se os dados dos processos de execuções fiscais. Com efeito, a alta litigiosidade verificada nos números, as ações tributárias intermináveis, trazem consequências desastrosas para o crescimento da economia brasileira, o que incentiva a sonegação fiscal, a exclusão, o crescimento do desemprego e o consequente aumento do déficit previdenciário.

Em razão desta contextura, imprescindível se faz a análise dos números do CNJ; relacionados aos processos de execução fiscal, o que se fará no tópico a seguir.

Importante salientar a institucionalização do CNJ; por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 2004; imprescindível órgão do Poder Judiciário brasileiro, responsável por controlar e supervisionar administrativamente e financeiramente as atuações do Poder Judiciário, fazendo parte se sua composição magistrados, representantes da advocacia e da sociedade civil, integrantes do Ministério Público, entre outros (BRASIL, 2019).

Ressalta-se que o CNJ; juntamente com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA; com o intuito de aprimorar os processos de cobranças da dívida ativa fiscal, estabeleceram parceria buscando a mensuração das execuções fiscais anualmente processadas no país, tal intento, advém por meio de projeto de pesquisa, com apresentação de relatório anual, tendo como premissa dimensionar de forma efetiva as relações de tempo e custo relacionados aos trâmites dos processos de execução fiscal junto ao Poder Judiciário Nacional.

Os indicadores apresentados nesta edição do Relatório Justiça em Números sumarizam os principais resultados alcançados pelo Poder Judiciário em 2017, possibilitando a identificação de avanços, como o aumento do volume de processos decididos (baixados) e a redução do estoque processual na fase de conhecimento, assim como dos gargalos que permanecem, a exemplo da morosidade na fase de execução (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 198).

Vislumbra-se, segundo os dados do relatório Justiça em Números 2018: ano-base 2017 do CNJ, durante o ano de 2017; estavam em trâmite no judiciário brasileiro 80,1 milhões de processos pendentes de baixa no final do ano em análise, contudo, mais da metade desses processos, ou seja, (53%) refere-se à fase de execução. A pesquisa retrata dados estatísticos que evidenciam as ações que ingressaram no Poder Judiciário, ocorrendo duas vezes mais ações na fase de conhecimento do que na de execução, contudo, as ações na fase de execução são 34,6% maiores (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 120). Nesta conexão, frisam-se os números estatísticos do relatório do CNJ:

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 74% do estoque em execução. Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes, e congestionamento de 92% em 2017 - a maior taxa entre os tipos de processos constantes nesse Relatório. O impacto da execução é significativo principalmente nos segmentos da Justiça Estadual e Federal, correspondendo, respectivamente, a 55%, 50%, e 44% do acervo total de cada ramo.

Corroborar-se com a premissa de que, a fase de execução chega a absorver mais de 60% do acervo processual. Observa-se que os índices na fase de execução são superiores a fase de conhecimento na maioria dos casos. Portanto, ao se verificar os índices de congestionamento no conhecimento e na execução no 1º grau, se tem as taxas na execução fiscal são maiores em quantidade (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 121, 125).

Importante a análise da tabela abaixo para a confirmação dos dados anteriormente aferidos, a saber:

Tabela 4: Taxa de congestionamento por tipo de processo, ano 2017

Classificação	Taxa de Congestionamento
Conhecimento Criminal	73,0%
Conhecimento Não-Criminal	60,5%
Total Conhecimento	62,5%
Execução Fiscal	91,7%
Execução Extrajudicial não fiscal	85,0%
Execução Judicial Não-Criminal	70,7%
Execução Penal Não-Privativa de Liberdade	67,0%
Execução Penal Privativa de Liberdade	93,5%
Total Execução	86,4%
Total Geral	72,1%

**Fonte:** Relatório Justiça em Números 2018, p. 125.

Verifica-se que no decorrer da história as execuções fiscais têm sido indicadas como elemento determinante da morosidade das ações no judiciário brasileiro. Importante frisar que o as

ações executivas fiscais vêm a juízo após inúmeros intentos de recuperação do crédito tributário, ou seja, após diversas tentativas frustradas na esfera administrativa, acarretando a inscrição em dívida ativa. Diante do exposto, o processo judicial passa a se replicar por infinitas e repetidas fases de insucessos, como providenciar a localização do devedor ou patrimônio com capacidade de atender o crédito tributário, cuja postura acarreta ao Poder Judiciário a obrigatoriedade de administrar e julgar os títulos de dívidas antigas e, conseqüentemente, com ínfima viabilidade de recuperá-las (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 125).

Os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 74% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 91,7%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2017, apenas oito foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia nove pontos percentuais, passando de 72% para 63% em 2017. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 14%; a Justiça do Trabalho, 0,31%, e a Justiça Eleitoral apenas 0,01%. A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal (94%), seguida da Justiça Estadual (91%) e da Justiça do Trabalho (87%). A menor é a da Justiça Eleitoral (74%). O tempo de giro do acervo desses processos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 125).

Do que se nota e se extrai das informações e dos resultados da pesquisa em comento auferida pelo CNJ; sobre a realidade da morosidade na resolução das ações de execuções fiscais, mostra-se imprescindível o reexame da concepção do executivo fiscal, ou seja, torna-se imperioso a busca por melhores formas de efetivação dessas ações por meio de medidas alternativas, sendo uma delas o objeto do presente estudo, a qual será abordada abaixo.

#### **4 A TRANSAÇÃO TRIBUTÁRIA: MAIS QUE UMA POSSIBILIDADE, UMA NECESSIDADE**

O instituto da transação tributária encontra previsão no Projeto de Lei Geral de Transação em matéria tributária que tramita no Congresso Nacional, a saber: o Projeto de Lei nº 5.082/2009; e também está fundamentado de forma subsidiária nos artigos 840 e 850 do Código Civil de 2012 – CC, que dispõem: Art. 840. “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”; Art. 850. “É nula a transação a respeito do litígio decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores, ou quando, por título ulteriormente descoberto, se verificar que nenhum deles tinha direito sobre o objeto da transação”; Frisa-se, ainda o disposto no artigo 171 do CTN:

Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário. Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso (BRASIL, 2009).

Trata-se de uma das formas de solução de conflitos possibilitando o fim do litígio entre as partes mediante pacto bilateral e consensual mútuo. Portanto, importante salientar os ensinamentos da doutrinadora Priscila de Mendonça, (2013, p. 134), a saber: “Para que exista uma transação, necessário se faz que haja a predisposição de solução de um conflito prévio entre as partes, o que não impede haver uma demanda judicial em curso, mas que se tenha o desejo de concluí-la da melhor forma possível”.

Ao se tratar de direitos relacionados ao patrimônio e sua conseqüente indisponibilidade, a aplicação ou a adesão ao instituto da transação tributária na esfera do Direito Público é pouco conhecida e utilizada, em detrimento da moderação tradicionalista de conceber o direito público, portanto, o Poder Público renuncia valores em acordo diante da falta de clareza e insegurança no momento da transação, ou seja, recorre o fisco a observância a Lei de Responsabilidade Fiscal – LEF; referendando o ajuste de renunciar receitas. (BRASIL, 2019).

Corroborar-se com a premissa de que as formas de recuperação de créditos tributários por meio de parcelamento ocasionam a denominada obrigação parcial do crédito, sendo admitido por meio de transação tributária, contudo, o acordo em comento deve estar previsto em lei que permita sua aplicabilidade e concessão, como fundamentam os artigos 156, inciso III e 171 e parágrafo único, do Código Tributário Nacional – CTN.

Fábio Grillo (2019, p. 103) afirma que “com o marco de uma autorização legislação específica haverá a possibilidade de se cogitar o instituto da transação em matéria tributária, com requisitos e condições que concretizem a solução consensual”.

Com efeito, a utilização do instituto da transação tributária possuindo o subsídio legislativo não há motivos para ser negada, mostrando-se um importante método de solução de conflitos controversias em âmbito tributário, ou seja, diante da inexistência de dispositivos de lei ao conceituar tributo, impedindo a aplicação da transação como meio de solucionar os litígios fiscais, frisa-se o artigo 3º, do CTN; a saber: Art. 3º “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 2019).

Sob a premissa argumentativa de que o instituto da transação infringiria o princípio da indisponibilidade do interesse público, a concepção de tributo elencado no Código Tributário Nacional – CTN e, ainda afetaria a legalidade tributária, há aqueles que declaram-se contrários a criação do instituto da transação. Contudo, há adeptos em contrário que argumentam a possibilidade legítima, legal e dentro dos preceitos constitucionais que capacitam a transação entre a Fazenda Pública e o contribuinte, constituindo-se o instituto da transação um meio de solucionar conflitos, acelerar a solução dos litígios fiscais, gera menor custo benefício para o fisco e, ainda harmonizar

o convívio com os contribuintes (MENDONÇA, 2013, p. 140).

Importante se faz salientar as possibilidades elencadas no Código Tributário Nacional – CTN; sobre as possibilidades de se suspender e extinguir o crédito tributário, para tanto, elenca-se o disposto nos artigos, 151 e 156 do CTN; a saber: Art. 151. “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: (...)”; Art. 156. “Extinguem o crédito tributário: III - a transação; (...)” (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, entende-se que a transação tributária ocorrendo após a composição do crédito tributário, não necessariamente proporcionará a extinção do crédito tributário, vez que outro prazo poderá ser concedido para quitação do tributo, extinguindo-se, desta feita, o crédito tributário. Verifica-se, portanto, haverá a extinção da lide que ditará a maneira de compensação da dívida pelo contribuinte, por meio da transação tributária, que já encontra respaldo legal em diversos diplomas legislativos, como já arguido no presente estudo, incluindo o CTN (MACHADO, 2008, p. 117).

Imprescindível se faz a análise dos estágios da receita pública dos municípios, que consiste no recebimento pelo município dos tributos, multas e demais créditos a ele devidos. Tais recebimentos são efetuados pelos agentes de arrecadação, que recebem os recursos dos contribuintes e os entregam ao Tesouro Público. A arrecadação, portanto, se dá no momento em que os contribuintes comparecem perante os agentes arrecadadores a fim de liquidarem suas obrigações para com o município. Contudo, a realidade arrecadatória fiscal é deficitária, nos moldes já discutidos nesse estudo, carecendo, portanto, de estratégias na condução dos litígios tributários (JESUS, 2010, p. 14).

Percebe-se que o panorama vivenciado pelo administrador local, do município, é bastante precário relacionado aos incentivos e à eficiência na arrecadação de seus tributos. Ou seja, verifica-se grande inabilidade em âmbito local para a obtenção de impostos, isso ocorre porque os municípios possuem base tributária restrita, por negligência ou incapacidade de gestão, o que demanda grande esforço no empreendimento arrecadatório (JESUS, 2010, p. 14-15).

Com a premissa que nos diferentes âmbitos do poder público nacional, a implementação de projetos, com vistas, ao incentivo no adimplemento de tributos vem se intensificando e, possibilitando o poder público, em suas esferas, Federal, Estadual e Municipal, concederem relevantes reduções dos encargos tributários, moras e juros, incentivando os contribuintes com dívidas e obrigações fiscais pendentes efetuarem sua quitação (GODOI, 2015, p. 139).

A jurisprudência, a exemplo o Superior Tribunal de Justiça – STJ; vem entendendo e sentenciando os litígios fiscais, mantendo a primazia do interesse público, aplicando e respeitando o instituto da transação tributária, assim como, outros meios de solucionar os conflitos, na esfera de sua competência, como se descreve a seguir:

PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA PRETÉRITA ALEGADA COMO MATÉRIA DE DEFESA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 16, § 3º, DA LEF, C/C; ARTIGOS 66, DA LEI 8.383/91, 73 E 74, DA LEI 9.430/96. 1. A compensação tributária

adquire a natureza de direito subjetivo do contribuinte (oponível em sede de embargos à execução fiscal), em havendo a concomitância de três elementos essenciais: (i) a existência de crédito tributário, como produto do ato administrativo do lançamento ou do ato-norma do contribuinte que constitui o crédito tributário; (ii) a existência de débito do fisco, como resultado: (a) de ato administrativo de invalidação do lançamento tributário, (b) de decisão administrativa, (c) de decisão judicial, ou (d) de ato do próprio administrado, quando autorizado em lei, cabendo à Administração Tributária a fiscalização e ulterior homologação do débito do fisco apurado pelo contribuinte; e (iii) a existência de lei específica, editada pelo ente competente, que autorize a compensação, ex vi do artigo 170, do CTN. 2. Deveras, o § 3º, do artigo 16, da Lei 6.830/80, proscree, de modo expresso, a alegação do direito de compensação do contribuinte em sede de embargos do executado. 3. O advento da Lei 8.383/91 (que autorizou a compensação entre tributos da mesma espécie, sem exigir prévia autorização da Secretaria da Receita Federal) superou o aludido óbice legal, momento a partir do qual passou a ser admissível, no âmbito de embargos à execução fiscal, a alegação de extinção (parcial ou integral) do crédito tributário em razão de compensação já efetuada (encartada em crédito líquido e certo apurado pelo próprio contribuinte, como sói ser o resultante de declaração de inconstitucionalidade da exação), sem prejuízo do exercício, pela Fazenda Pública, do seu poder-dever de apurar a regularidade da operação compensatória (Precedentes do STJ: EREsp 438.396/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 09.08.2006, DJ 28.08.2006; REsp 438.396/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04.11.2008, DJe 01.12.2008). 4. A alegação da extinção da execução fiscal ou da necessidade de dedução de valores pela compensação total ou parcial, respectivamente, impõe que esta já tenha sido efetuada à época do ajuizamento do executivo fiscal, atingindo a liquidez e a certeza do título executivo, o que se dessume da interpretação conjunta dos artigos 170, do CTN, e 16, § 3º, da LEF, sendo certo que, ainda que se trate de execução fundada em título judicial, os embargos do devedor podem versar sobre causa extintiva da obrigação (artigo 714 VI, do CPC). 5. Ademais, há previsão expressa na Lei 8.397/92, no sentido de que: “O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente ação judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento, cautelar fiscal, acolher a alegação de pagamento, de compensação, de **transação**, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida.” (artigo 15). 6. Consequentemente, a compensação efetuada pelo contribuinte, antes do ajuizamento do feito executivo, pode figurar como fundamento de defesa dos embargos à execução fiscal, a fim de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário. 7. In casu, o contribuinte, em sede de embargos à execução fiscal, alegou a inexigibilidade do crédito tributário, em virtude de compensação sponte própria efetuada ante o pagamento indevido de CSSL (artigo 8º, da Lei 7.689/88) declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido ajuizada ação ordinária para ver reconhecido seu direito à liquidação da obrigação tributária por meio da compensação efetuada. Destarte, a indevida rejeição da compensação como matéria de defesa arguível em sede de embargos à execução fiscal, conjugada ao julgamento antecipado

da lide, resultou em prematura extinção da ação antiexacional, razão pela qual merece prosperar a pretensão recursal. 10. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (BRASIL, 2019).

Percebe-se, portanto, que a transação tributária como meio de solução de litígios fiscais, ou seja, para a recuperação do crédito tributário já está sendo praticado pela administração pública da União, Estados e Municípios, fato estes comprovados por meio das decisões reiteradas do Poder Judiciário em suas diferentes instâncias.

Sobre a transação tributária, como método adequado de solução de litígios processuais tributários, importante se faz destacar os ensinamentos de Priscila de Mendonça (2013, p. 142):

A transação em matéria tributária não só estimula o diálogo entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica tributária, mas também permite que a tributação se dê de forma participativa, o que por certo confere segurança, confiabilidade e também reciprocidade nas relações tributárias, as quais são complexas e nada cordiais pela visão do contribuinte. Tudo, sempre, em respeito à legalidade e a tipicidade tributárias.

Deste modo, acredita-se que o instituto da transação tributária tem o condão de aproximar as partes litigantes à autocomposição mútua e bilateral, com o objetivo de harmonizar as relações entre contribuinte e o fisco, simplificando e ajustando os resultados das demandas e processos de execução fiscal, como meio adequado para a eficiência arrecadatória no âmbito das execuções fiscais municipais, resultando por consequência na desobstrução do judiciário brasileiro, cumprindo, portanto, seu caráter primordial como método participativo de solução de controvérsias e aceleração das soluções nos conflitos de natureza tributária fiscal.

## CONCLUSÃO

A União, os Estados e Municípios necessitam da geração de receitas para que possam, através do gerenciamento desses recursos, administrar a manutenção de suas esferas, para que cumpram com suas responsabilidades constitucionais perante o cidadão. Para tanto, a imposição da cobrança tributária caracteriza-se em apropriar-se dos bens dos contribuintes para atender as mencionadas necessidades do poder público. Diante do cenário apresentado, o que se observa é a elevada litigiosidade de processos de execução fiscais em todas as esferas do Poder Judiciário brasileiro, o que acarreta uma morosidade excessiva e, conseqüente déficit na arrecadação e na prestação jurisdicional.

O CNJ vem trazendo novas estratégias ao Poder Judiciário brasileiro, com vistas a concretizar e viabilizar o preceito constitucional de uma prestação jurisdicional efetiva e célere. Ressalta-se, ainda, a busca por estímulos para a solução dos litígios por meio extrajudicial diante do gritante número, como verificado nesse estudo, tendo o Poder Judiciário finalizado o ano de

2017 com 80,1 milhões de processos tramitando em suas instâncias, a espera de solução.

Portanto, urge o estabelecimento de medidas que modernizem o Poder Judiciário, para que se garanta sua premissa constitucional de efetividade e celeridade, permitindo os desentranços do desenvolvimento econômico para crescimento da nação.

Nesse contexto conclui-se que a transação em matéria tributária, como método adequado de soluções de conflitos na seara dos processos de ações tributárias, constitui-se uma das medidas capazes de resolver, ou ao menos amenizar, os litígios fiscais tributários. Citado instituto da transação está fundamentado no ordenamento jurídico pátrio, permitindo a solução de forma adequada e célere dos litígios.

O Código Tributário Nacional elencou o instituto da transação tributária como forma de extinção do crédito tributário, relacionando-a no artigo 156 e regularizando-a no artigo 171. Verifica-se, contudo, que a legislação em comento não determinou a ocasião em que deve se dar a extinção, se a mesma deve ocorrer no momento da celebração da transação, ou quando do adimplemento do acordo e ressarcimento do crédito. Entende-se que a oficialização da transação revoga o crédito tributário, contudo, apenas em relação à parcela que as partes acordaram ao firmarem a transação. Conclui-se ainda que a transação tributária é compatível com obrigação do lançamento, conforme fundamenta o artigo 142, Parágrafo único, do CTN; também é conciliável com a cobrança por atividade vinculada, como disciplina o artigo 3º, do CTN.

Tem-se a certeza de que estímulos e iniciativas urgem ser concretizadas e difundidas para que haja efetiva reformulação do padrão litigioso tributário, iniciativas como a transação, com capacidade de melhorar e aumentar a arrecadação e por consequência desobstruir o Judiciário brasileiro. Para tanto, é imprescindível investimentos para prevenir e evitar demandas judiciais, mostrando-se imperioso empregar métodos adequados de solução de conflitos e, nesse sentido, o Poder Público tem o papel primordial de promover a redução do seu grau de litígio concordando com os êxitos dos contribuintes.

Permanecendo-se o sistema contencioso tributário brasileiro nos moldes atuais, ignorando os meios adequados consensuais que estão a sua disposição, a exemplo da transação, certamente se continuará observando um Judiciário sobrecarregado, lento, instável e permeado de incertezas e insegurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Claudiano Manoel de. **Gestão de finanças públicas**. 2. ed. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2016.

ALVES, Silvio Rodrigues. O desafio do déficit público. *In*: LOZARDO, Ernesto (org). **Déficit público brasileiro: política econômica e ajuste estrutural**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 24 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966**. Organiza a justiça federal de primeira instância, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1966. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L5010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5010.htm). Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.082/2009**. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Finanças e Tributação – CFT. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 0004367-48.2005.4.03.9999 SP 2007/0275039-9**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.O+TRIBUT%C1RIA&repetitivos=REPETITIVOS&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BOLFE, Camila; SOUZA, Daniel Augusto. **Política fiscal sob a ótica tributária: correntes ideológicas e o cenário brasileiro**. Disponível em: [http://www.apec.unesc.net/V\\_EEC/sesoes\\_tematicas](http://www.apec.unesc.net/V_EEC/sesoes_tematicas). Acesso em: 25 jul. 2019.

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. **Execução fiscal e efetividade: análise do modelo brasileiro à luz do sistema português**. São Paulo: QuartierLatin, 2009. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-Dir-Bras](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Bras). Acesso em: 23 jul. 2019.

CAMPELLO, Carlos Alberto Barreto.; MATIAS, Alberto Borges. **Administração financeira municipal**. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA JUNIOR, Luis Arnaldo Pereira et al. IX CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 9., 2016, Brasília. **Crise fiscal do estado brasileiro: saídas pela via da gestão**. Brasília, 2016. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2016/06/Painel-45-01.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Justiça em números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2019.

JESUS, Maria Elizabeth de. **Tributação no Brasil: em busca da justiça fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GODOI, Marciano Seabra de. **Sobre a possibilidade de a fazenda pública reverter, em juízo, decisões definitivas dos conselhos de contribuintes**. São Paulo: Dialética, 2015.

GRILLO, Fábio Artigas. **Transação e a justiça tributária**. 2012, 321 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos\\_2006/Rev-Dir-Bras\\_v.19\\_n.8.08.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos_2006/Rev-Dir-Bras_v.19_n.8.08.pdf). Acesso em: 28 jul. 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. **Transação e arbitragem no âmbito tributário**. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo O. de; GUIMARÃES, Vasco Branco (org.). *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. São Paulo: São Paulo: Fórum, 2008.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. **Transação e arbitragem nas controvérsias tributárias**. 2013. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/publico/dissertacao\\_mestrado\\_final\\_Priscila\\_Faricelli\\_de\\_Mendonca.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-12022014-135619/publico/dissertacao_mestrado_final_Priscila_Faricelli_de_Mendonca.pdf). Acesso em: 28. jul. 2019.

NALINI, José Renato. **Execução não é solução!**. Disponível em: <http://renatonalini.wordpress.com/2012/03/18/execucao-nao-e-a-solucao>. Acesso em: 24 jul. 2019.

MINELLI, Daiane; GOMES, Sergio Alves. A desjudicialização e os meios alternativos de resolução de conflitos sob a égide do pós-positivismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 14, n. 2, p. 151-167, ago. 2019. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/36711>. Acesso em: 13 set. 2019.

SCHERER, Tiago. Execução fiscal: novas perspectivas. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 64, fev. 2015. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.js.br/artigos/edicao064/tiago\\_scherer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.js.br/artigos/edicao064/tiago_scherer.html). Acesso em: 23 jul. 2019.

ZUCCOLOTTO, Robson. RIBEIRO, Clarice Pereira de Paiva. ABRANTES, Luiz Antônio. O comportamento das finanças públicas municipais nas capitais dos estados brasileiros. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CUSTOS, 15., Curitiba, 2008. **Anais [...]**. Disponível em: <http://eduem.uem.br/ojs/index.php/Enfoque/article/download/8081/4615>. Acesso em: 25 jul. 2019.

**Como citar:** OLIVEIRA, Bruno Bastos de; BASSAN, Richard; CANTÍDIO, Cristiana Carlos do Amaral. A busca pela eficiência no âmbito das execuções fiscais municipais a a transação tributária. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 83-100, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.83. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 18/09/2019

Aprovado em: 24/08/2020

**DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO E ACCOUNTABILITY  
NO PLANO LOCAL: ESTUDO SOBRE AS PRESTAÇÕES DE  
CONTAS DOS MUNICÍPIOS PIAUIENSES**

DEMOCRACY, DEVELOPMENT AND ACCOUNTABILITY  
OF LOCAL PLAN: STUDY ON THE ACCOUNTABILITY OF  
PIAUIENSES COUNTIES

**Valter Rodrigues Carvalho\***  
**Cláudio Rêgo Carvalho\*\***

**Como citar:** CARVALHO, Valter Rodrigues. CARVALHO, Cláudio Rêgo. Democracia, desenvolvimento e accountability no plano local: estudo sobre as prestações de contas dos municípios piauienses. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 101-122, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.101. ISSN: 1980-511X

\*Doutor e mestre em ciência política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharelado em direito pela Universidade de Mogi das Cruzes em São Paulo. Professor e dos cursos de especialização em direito público e gestão pública na Universidade Cruzeiro do Sul.  
E-mail: valter.carvalhosp@gmail.com

\*\*Bacharel em Contabilidade pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI, licenciado em Pedagogia (2009) e Mestre em Ciência Política (2018), pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Funcionário concursado do Instituto Federal do Piauí – IFPI.  
E-mail: klaudioconta@gmail.com

**Resumo:** Este artigo busca observar a associação entre os fatores socioeconômicos e a prática de *accountability* dos gestores públicos piauienses nos anos de 2010 a 2013. É um estudo de caso sobre alguns municípios selecionados e analisados através de pesquisa qualitativa e quantitativa. Foi possível evidenciar que os municípios com maiores IDHMs mostraram práticas de *accountability societal* mais robustas devido ao maior pluralismo social e organizacional e capacidades estatais. A partir da aprovação/reprovação das contas de gestão, os municípios de maior IDHM demonstraram maior *accountability societal*. Concluímos que um controle do tipo *alarme de incêndio* – pressão social vinda da sociedade – evitou que o controle fosse apenas do tipo *patrulha de polícia* – *accountability horizontal* realizada pelo TCE-PI –, resultando em prestações de contas regularizadas e de acordo com as regras da boa gestão pública.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento e democracia; Representação e *accountability*; Cultura política e democracia.

**Abstract:** This study examines the association of socioeconomic factors and the practice of accountability of public managers in Piauí in the years 2010 to 2013. This paper is also a case study on some selected municipalities utilizing qualitative and quantitative research. It concludes that municipalities with higher HDHMs showed more robust societal accountability practices due to greater social and organizational pluralism and state capabilities. Based on the approval/rejection of management accounts, the municipalities with higher HDIM showed more societal accountability. We conclude that a fire alarm type control - social

pressure from society - avoided the use of police type control - horizontal accountability performed by the TCE-PI -, resulting in regularized accounts rendered and in accordance with the rules of good public management.

**Keywords:** Development and democracy. Representation and accountability. Political culture and democracy.

## INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo verificar a associação entre fatores socioeconômicos dos municípios do estado do Piauí e a prática de *accountability* dos gestores públicos nos anos de 2010 a 2013. Foram tomados como dados quantitativos o resultado dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Contas das contas de gestão.

A metodologia empregada é de natureza mista – quantitativa e qualitativa –, aplicada ao estudo de caso – os municípios selecionados. As deliberações do TCE-PI foram organizadas nas categorias contas de gestão julgadas “Regular” e “Irregular”. Assim, é por meio da presença de *accountability horizontal* – aprovação das contas – que vamos aferir se há maior ou menor *accountability societal* e se, por sua vez, há relação com o nível do IDHM dos municípios.

Nossa hipótese é que quanto maior o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelas variáveis IDHM Geral, Renda per capita, IDHM Longevidade, nível de escolaridade dos adultos e do fluxo de escolaridade infanto-juvenil, mais robusta deve ser a *accountability societal* dos gestores municipais.

O artigo está organizado em cinco partes. Na primeira parte faremos análise do conceito de *accountability* na literatura internacional. Na segunda parte analisa-se a literatura sobre desenvolvimento e democracia. A terceira parte é dedicada à definição da metodologia e abrangência da amostra da pesquisa. Na quarta parte discutimos os resultados da pesquisa. Na quinta parte, conclui-se com um balanço dos achados e indicamos possíveis caminhos para novas pesquisas.

## 1 DELEGAÇÃO, PROBLEMAS DE AGÊNCIA E ACCOUNTABILITY EM REGIMES DEMOCRÁTICOS

O conceito de *accountability*, na tradução do inglês, significa responsabilização – objetiva e subjetiva – ou controle, transparência, prestação de contas etc. (PINHO; SACRAMENTO, 2009). O conceito está intrinsecamente relacionado à transparência, que diz respeito à necessidade de publicidade dos atos daqueles a quem o povo delega poder – a exemplo do que se estabelece entre os cidadãos e seus representantes eleitos (O’DONNELL, 1998; MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006).

A responsabilização de governantes em regimes democráticos dá-se de duas formas: a) *Accountability horizontal*, que é exercida entre agências estatais; e b) *accountability vertical*, exercida de modo ascendente – da sociedade para o Estado. A *accountability vertical* se desdobra em outra forma, que é a *societal* – participação social, por meio de ONGs, pressões midiáticas, como o jornalismo de denúncia.

O ato de delegação de poder, base da representação democrática, está sempre às voltas

com problemas de agência – uso do poder delegado em proveito próprio (WILLIAMSON, 1989; PRZEWORSKI, 1998). Os problemas de agência se expressam no que a literatura convencionou chamar de “*comportamento oportunista*” do agente (WILLIAMSON, 1989). Trata-se de desvios da finalidade do cargo ou função delegada em proveito próprio ou de quem o agente tenha interesse em beneficiar. Em outras palavras, mesmo os regimes democráticos, que contêm as instituições essenciais – liberdade de expressão, organização, eleições livres, periódicas e competitivas etc. –, capazes de responsabilizá-los, não se mostram suficientemente efetivos na tarefa de evitar os desvios (O’DONNELL, 1998; MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006). Isso se deve ao fato de que o principal (a exemplo dos eleitores) se encontra em uma situação de assimetria de informação em relação ao agente (a exemplo dos representantes), o que torna aquele vítima do “comportamento oportunista” (WILLIAMSON, 1989; MANIN; PRZEWORSKI; STOKES; 2006). É por essa razão que se instituíram as formas de accountability, que são de duas espécies: *accountability vertical* e *horizontal*.

1) *Accountability vertical* - Essa forma de controle dá-se no contexto de regime político pluralista, o qual pode ser definido como “[...] um sistema [...] de controle político no qual os funcionários do mais alto escalão no governo do Estado são induzidos a modificar sua conduta a fim de vencer eleições quando em competição com outros candidatos, partidos e grupo” (DAHL, 2012, p. 346-347). Assim, as eleições se convertem na principal estrutura de incentivos da qual advém a responsabilização – ato de punir ou premiar – dos que detêm delegação de poder – os representantes (MANIN; PRZEWORSKI; STOKES, 2006; PRZEWORSKI, 1998). De acordo com Manin, Przeworski e Stokes (2006), a accountability vertical, na sua forma mais notável – as eleições –, mostra-se mais efetiva quando as políticas públicas implementadas pelos representantes forem capazes de mudar a vida – em termos de Bem Estar – dos cidadãos/eleitores. Assim, ela é capaz de premiá-los com a reeleição. Ao contrário, se isso não for perceptível pelo cidadão/eleitor, será este punido pela não reeleição.

2) *Accountability horizontal e enforcement* - Essa forma de controle tem sua razão de ser devido às deficiências dos controles verticais apontados acima. O’Donnell (1998) apontou as deficiências da accountability vertical, já que os mecanismos eleitorais evidenciaram grande fragilidade, pelo menos nas novas democracias, para tornar responsivos os governantes pelos governados. Para sanar essas fragilidades é que a literatura especializada sugere a incorporação da democracia eleitoral às instituições de controles horizontais que realizem a *accountability* entre agências estatais (O’DONNELL, 1998; MAIWARING, 2003; ELSTER, 1999). O’Donnell (1998) denominou que *accountability horizontal* é a institucionalização de órgãos ou agência estatais para realizar tarefas de controle de ações dos governantes e de outras agências estatais. Nesses termos, “a accountability horizontal efetiva não é produto de agências isoladas, mas de redes de agências que têm em seu cume [...] tribunais [...] comprometidos com essa accountability” (O’DONNELL, 1998, p. 53).

O debate sobre *accountability*, sobre sua forma horizontal, avançou muito nos últimos anos. O estudo inaugural de O’Donnell (1998) dedicou atenção à necessidade de órgãos de

controle e fiscalização resumirem o controle à tomada e justificativa de prestações de contas dos governantes e demais agentes públicos. Não propôs que estes tenham poderes para impor sanções a governos e agentes públicos por desvios e violações das normas e obrigações de governos e agentes públicos (MAIWARING, 2003); ELSTER, 1999). Assim, Mainwaring (2003) e Elster (1999) revisaram de forma crítica as concepções de O'Donnell com um enfoque que privilegiou a capacidade das instituições de *accountability horizontal* imporem sanções aos infratores das leis no exercício do governo. A *accountability horizontal* não pode se limitar à simples tarefa de tomar e justificar prestações de contas dos governos e agentes governamentais. Estes órgãos devem possuir capacidades legais e institucionais – *enforcement* – de impor penalidades diretas ou indiretamente aos violadores das leis, responsabilidades estatais e governamentais (ELSTER, 1999).

3) *Accountability societal e controle do tipo alarme de incêndio*. A *accountability societal* representa uma subespécie da *accountability vertical* – eleições livres, competitivas e periódicas. Diferentemente das eleições, é um controle permanente (SMULOVITZ; PERUZZOTTI, 2003). São controles sociais que reduzem a distância entre governantes e governados. Assim, “[...] eles são capazes de responder rapidamente à opinião pública, testar as consequências do abandono de certos programas e promessas, reverter o curso da ação quando necessário e tentar persuadir o público através de palavras e atos” (ARATO, 2002, p. 97). A participação social serve apenas para informação e preparação dos representados, serve para informar os representantes eleitos quanto ao estado de espírito dos eleitores.

A *accountability societal* é uma forma de responsabilização do tipo “*mecanismo de alarme de incêndio*”, que é exercido pelos cidadãos em relação à classe política ou da classe em relação à burocracia (SMULOVITZ ; PERUZZOTTI, 2003). O controle do tipo *alarme de incêndio* é mais eficiente do que o tipo *patrulha de polícia* (KIEWIET; McCUBBINS, 1991). A vantagem do controle do tipo *alarme de incêndio* é que, além de rápido e barato, é realizado *ex ante*, o que evita prosseguir nas falhas e desvios. O controle *patrulha de polícia* – considerado custoso – é realizado *ex post* (depois das decisões tomadas), o que não possibilita antecipar-se aos erros e desvios.

Por fim, a *accountability societal* é importante para a sinalização dos *déficits de transparência* das institucionais estatais formais ao fornecer “[...] fontes de informação autônomas, que servem para suprir vazios informativos estatais ou mesmo para desafiar as cifras ou dados oficiais” (SMULOVITZ; PERUZZOTTI, 2003, p. 7). Com isso, pode levar a “*sanções simbólicas*” aos agentes públicos que se desviam da lei, como, por exemplo, derrota eleitoral, renúncia de cargos públicos, sanções judiciais ou ostracismo público.

## 2 DESENVOLVIMENTO, DEMOCRACIA E ACCOUTABLITY SOCIETAL

O debate sobre desenvolvimento econômico e democracia já é longo e eivado de muita controvérsia. Os teóricos da modernização (LIPSET, 1967; MOORE JUNIOR, 1975; HUNTINGTON, 1975) sustentaram haver uma relação positiva entre desenvolvimento econômico

e a existência e estabilidade de regimes democráticos. Em outros termos, o sucesso da democracia está condicionado ao desenvolvimento, pois o sucesso econômico é a chave para a transformação de sociedades tracionais em sociedades modernizadas, abrindo assim o caminho para a modernização e a democracia (LIPSET, 1967). Lipset (1967, p. 49-50), em uma ilustrativa passagem, diz: “talvez a generalização mais comum [...] seja a de que a democracia está relacionada com a situação de desenvolvimento econômico. Quanto mais próspera for uma nação, tanto maiores são as probabilidades de que ela sustenta a democracia”. Ou seja, em chave aristotélica, “uma sociedade dividida entre uma grande massa pobre e uma pequena elite favorecida resultará numa oligarquia [...] ou em tirania” (LIPSET, 1967, p. 49-50). Em outras palavras, a existência da democracia aumenta em uma relação direta com o nível de modernização e desenvolvimento das sociedades.

A teoria da modernização de Lipset (1967) propôs que a estabilidade da democracia depende da existência de uma grande classe média. Assim, “uma numerosa classe média tempera o conflito, ao premiar os partidos moderados e democráticos, e ao punir os grupos extremistas” (LIPSET, 1967 p. 66). Depreende da análise do autor que uma grande classe média elevaria sua renda e grau de instrução a ponto de adotar uma visão mais longa e gradualista em termos de perspectivas e concepções políticas.

A estabilidade da democracia depende desse cruzamento de interesses inconsistentes ideologicamente, de modo que “[...] as probabilidades de democracia estável são incentivadas na medida em que os grupos e indivíduos têm um certo número de filiações entrecruzadas e politicamente relevantes” (LIPSET, 1967, p. 90). Assim, quem quer que queira fundar democracias deve, antes de tudo, promover o desenvolvimento econômico. Segundo Huntington (1975), o desenvolvimento acarreta transformações nas sociedades tradicionais, que são a diferenciação e autonomização das esferas sociais.

Embora goze de certo consenso – mesmo entre aqueles que não associam a democracia, necessariamente, à existência de desenvolvimento econômico (DAHL, 2005) –, a relação entre democracia e desenvolvimento não é tão evidente e linear, como apontaram os teóricos da modernização.

Importa ressaltar ainda que a modernização da qual lança mão Lipset (1967) é um dos tipos possíveis, não o único. Moore Junior (1975) chamou atenção para a existência de ao menos três vias para a modernização: a) a via da revolução burguesa, nos Estados Unidos e a Inglaterra, que abriram caminho para a industrialização; b) a via para a modernização aberta pelo fascismo no século XX, na Alemanha e Japão; c) por último, a via comunista, cujos exemplos foram Rússia e a China. O estudo de Lipset (1967) está limitado aos casos de modernização pela via da revolução burguesa. Na verdade, este caminho, para ser aberto, dependeu da correlação de forças entre burguesia e nobreza (MOORE JUNIOR, 1975, p. 579). Onde a burguesia encontrou força suficiente para mudar de forma violenta a ordem tradicional, ela o fez, instaurando a democracia (Inglaterra, França e Estados Unidos).

Nos anos de 1970, Huntington (1975) reavalia a teoria da modernização e sua relação com a democracia, propondo alternativa. O autoritarismo que emerge nesses países resulta da

desagregação da ordem tradicional pela modernização social, que gera instabilidade política porque leva à entrada nas massas na política. “A urbanização e os meios de massa provocam um incremento das aspirações e expectativas, as quais, se satisfeitas, galvanizam os indivíduos e os grupos para a política” (HUNTINGTON, 1975, p. 60). A tendência é que os líderes atendam às demandas e aspirações das massas, comprometendo a modernização e ensejando colapso da democracia.

Na década de 70 do século passado, Dahl (2005) abriu caminho para liberar a esfera política das amarras da teoria da modernização. Reconhecem e salientam a autonomia das instituições ao isolar a estrutura social e suas características da esfera política. A teoria da modernização é criticada por seu cunho histórico-estrutural e linear, em que “homens são presos de decisões tomadas no passado [...]. Regimes políticos não são matérias de escolha” (LIMONGI, 2005, p. 17). Assim, Dahl (2005) elegeu como preocupação principal evidenciar os efeitos do acesso dos recursos sociais, econômicos e de coerção sobre a democracia – base do pluralismo. É a existência de diversos poderes sociais independentes, pluralismo societal, que possibilita a manutenção da democracia. Em outros termos, é do pluralismo societal e não, necessariamente, do processo de desenvolvimento e modernização que depende a instauração e estabilidade da democracia. Os próprios exemplos estudados por Lipset (1967) já eram de países pluralistas no século XIX – EUA, Canadá, Nova Zelândia, Suécia etc.

Dahl elege como variável independente a igualdade/desigualdade na distribuição de recursos de poder como premissa de sustentação da democracia. É que “nos sistemas políticos competitivos [*pluralistas*] dispõem de menos recursos para coagir sua população [...]” (DAHL, 2005, p. 101). A democracia não depende de predisposição dos atores em aceitá-la e promovê-la, mas dos custos da coerção sobre a oposição. Isso porque, dentre os atributos das Poliarquias, “[...] incluem uma ordem social mais ou menos pluralista e uma diversidade de limitações constitucionais efetivas à coerção governamental” (DAHL, 2005, p. 101). Isso destoa dos regimes hegemônicos (com domínio de grupos isolados), que independe do nível de desenvolvimento, porque estes apresentam “[...] ordens sociais centralmente controladas, têm à sua disposição meios muito mais abrangentes de coerção, que podem empregar para eliminar a manifestação de insatisfação” (DAHL, 2005, p. 101).

Portanto, se a premissa básica é a de que os grupos políticos, tanto governo quanto oposição, preferem coagir seus adversários a tolerá-los, então a questão básica desloca-se para os custos da coerção. É o cálculo de custos e benefício que leva à aceitação do outro. Se a repressão se mostrar mais vantajosa que a transigência, tanto governo quanto oposição preferirão recorrer à força. A democracia, portanto, é sustentada a partir do equilíbrio de forças pluralistas resultante de uma relativa igualdade dos recursos de poder.

### 3 METODOLOGIA E PROCEDIMENTOS DE PESQUISA

O artigo analisa a associação entre fatores socioeconômicos dos municípios piauienses com a prática de *accountability* dos gestores públicos nos anos de 2010 a 2013, a partir do resultado das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas. Trata-se de um estudo de caso. Nesse plano, buscou-se uma metodologia que dê embasamento teórico ao tema, de modo que os objetivos de pesquisa possam ser alcançados.

#### 3.1 METODOLOGIA

A metodologia utilizada é de natureza mista – quantitativa e qualitativa – e descritiva, aplicada ao estudo de caso. Assim o método de investigação, no estudo de caso, limita-se a uma ou poucas unidades de análise, no sentido de se obter uma compreensão mais precisa do fenômeno em tela (VERGARA, 2009). Por meio do estudo de caso, é possível explorar determinado evento ou atividade com detalhe, em que os casos são relacionados pelo tempo e atividade, reunindo informações melhor detalhadas, fazendo uso de variados instrumentos de coleta de dados, durante um maior período (CRESWELL, 2010). De acordo Creswell (2010), a metodologia mista é a abordagem que se vale dos pontos fortes dos métodos quantitativos e qualitativos que, a depender da questão de pesquisa, ora atribui mais peso a um do que a outro, ora iniciando-se com um e concluindo-se com outro.

Os resultados contidos nas deliberações do TCE-PI foram organizados em duas categorias, para efeito de unidades de análise, nas quais são identificadas as situações *contas de gestão* julgadas: Regular e Irregular.

#### 3.2 MUNICÍPIOS DA AMOSTRA

O Estado do Piauí possui 224 municípios, dos quais cento e oitenta e cinco (82,59%), localizam-se no semiárido, região de curta estação chuvosa e longo período de seca, fator desfavorável ao desenvolvimento socioeconômico (SUDENE - Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste, 2017).

Na amostra do estudo foram selecionados 48 municípios (21,4%). Por sua vez, a análise recaiu sobre 382 (trezentas e oitenta e duas) prestações de contas entre os anos 2010 a 2013 (Quadro 1). Uma deliberação do TCE-PI (acórdão) referente ao município de Uruçuí ficou de fora, tendo em vista que a prestação de contas desse município em 2013 foi sobrestada. O recorte temporal de 2010 a 2013 se justifica por duas razões: a) os processos de prestação de contas dos municípios piauienses são apresentados e disponibilizados em formato digital a partir de 2010; b) somente em 2013 é que os processos já estavam transitados em julgado – não cabendo mais recursos.

**Quadro 1** – Municípios da amostra

TERRITÓRIOS DE DESENVOLVIMENTO	DE	MUNICÍPIOS MAIOR IDHM	MUNICÍPIOS MENOR IDHM
PLANÍCIE LITORÂNEA		Parnaíba e Buriti dos Lopes	Caxingó e Cocal
COCAIS		Piripiri e Esperantina	Joca Marques e Milton Brandão
CARNAUBAIS		Campo Maior e Castelo do Piauí	Assunção e Novo Santo Antônio
ENTRE RIOS		Teresina e Água Branca	Pau D'Arco do Piauí e Miguel Alves
VALE DO SAMBITO		Valença do Piauí e Ipiranga do Piauí	Lagoa do Sítio e Novo Oriente
VALE DO RIO GUARIBAS		Picos e Bocaina	Vera Mendes e Paquetá
VALE DO CANINDÉ		Oeiras e Simplício Mendes	São Fe <sup>o</sup> de Assis e Floresta
SERRA DA CAPIVARA		São Raimundo Nonato e São João	Lagoa do Barro e Guaribas
VALE DOS RIOS PIAUÍ E ITAUEIRAS		Floriano e Itaueira	Tamboril do Piauí e Brejo do Piauí
TABULEIROS DO ALTO PARNAÍBA		Guadalupe e Uruçuí	Sebastião Leal e Porto Alegre
CHAPADA DAS MANGABEIRAS		Bom Jesus e Corrente	Sebastião Barros e Riacho Frio
CHAPADA VALE DO RIO ITAIM		Paulistana e Caldeirão Grande do Piauí	Betânia e Queimada Nova

Fonte: Elaborado pelos autores, a partir de dados do Relatório da CEPRO (2016)

Por fim, a seleção da amostra dos municípios foi realizada tomando por base o IDHM (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal), coletado no banco de dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a partir do censo demográfico realizado em 2010, sendo metade da amostra de municípios de maior IDHM e metade de menor IDHM.

### 3.3 VARIÁVEIS DA PESQUISA

Foram selecionadas algumas variáveis que apresentam características pertinentes às unidades de análise (Quadro 2). Para associação entre a variável dependente – *resultado das deliberações do TCE-PI* – e as variáveis independentes relacionadas à dimensão socioeconômica dos municípios piauienses, visando a evidenciar a maior a menor incidência de *accountability*, foram aplicados testes estatísticos.

**Quadro 2** – Síntese das variáveis

Dimensão da	Tipo de Variável	Variável	Descrição da variável
	Dependente	Regulares/Irregulares	Variável que se refere ao resultado das deliberações do TCE-PI expresso nos acórdãos expedidos pela referida Corte de Contas

Socioeconômica	Independente	IDHM Geral	Variável que expressa o nível de desenvolvimento humano em um determinado município, composto pelos indicadores socioeconômicos de renda, longevidade e educação, medido em escala numérica que vai de 0 a 1.
	Independente	IDH-M Renda	Variável socioeconômica que expressa o desenvolvimento humano em um município a partir da média da renda <i>per capita</i> dos cidadãos, medido em escala numérica que vão de 0 a 1.
	Independente	IDH-M Longevidade	Variável socioeconômica que expressa o desenvolvimento humano em um município a partir da expectativa de vida dos cidadãos que nascem em um determinado município, medido em escalas numéricas que vão de 0 a 1.
	Independente	IDH-M Educação	Variável socioeconômica que expressa o desenvolvimento humano em um município a partir do nível de escolaridade dos adultos e do fluxo escolar infanto-juvenil, medido em escalas numéricas que vão de 0 a 1.

**Fonte:** Elaborado pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013).

A variável dependente “resultado das deliberações do TCE-PI” foi operacionalizada na pesquisa como *proxy* para a prática de *accountability* dos gestores dos municípios. Trata-se de uma variável de natureza qualitativa, classificada nesta pesquisa nas categorias: “Regulares” ou “Irregulares” para as *contas de gestão*.

Quanto às variáveis independentes, compõem a dimensão socioeconômica dos municípios e são representados pelo IDHM Geral e pelos indicadores: IDH-M Renda, IDH-M Longevidade e IDH-M Educação. Esses indicadores são variáveis quantitativas medidos em escala numérica de 0 a 1 – 1 é o mais elevado nível de desenvolvimento. Trata-se de indicadores do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), colhidos no banco de dados do IBGE (censo do ano de 2010). No tocante a indicador, Jannuzzi (2012) afirma que “corresponde ao grau de proximidade entre o conceito e a medida, isto é, a sua capacidade de refletir, de fato, o conceito abstrato a que se propõe substituir ou operacionalizar”. Em outros termos, “[...] um indicador confiável sempre exibirá a mesma cifra se a dimensão da realidade empírica a que ele se refere permanecer estática” (JANNUZZI, 2012, p. 33).

Para medir associação entre as variáveis que compõem a dimensão socioeconômica dos municípios e as deliberações do TCE-PI, aplicamos testes estatísticos no *Software SPSS* versão 20. Por meio do *Teste U Mann-Whitney* mediu-se a associação entre as unidades de análise e as variáveis quantitativas: IDHM Geral, IDHM educação, IDHM longevidade e IDHM renda.

Por sua vez, a regra de decisão se baseia no *p-valor*, de maneira que se *p-valor* < 0,05 existe diferenças significativas entre os valores dos dois grupos para variável em questão. Porém, se *p-valor* > 0,05, conclui-se que os dois grupos não diferem significativamente para a variável em análise. Em todos os testes estatísticos utilizou-se o nível de 5% de significância (AGRESTI; FINLAY, 2012).

### 3.4 HIPÓTESE DA PESQUISA

Para medir a associação entre a variável dependente “resultado das deliberações do TCE-PI” quanto às contas de gestão e as variáveis independentes relacionadas à dimensão socioeconômica, foi levantada a seguinte hipótese: quanto maior o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelas variáveis IDHM Geral, Renda per capita, IDHM Longevidade, nível de escolaridade dos adultos e do fluxo de escolaridade infanto-juvenil, mais robusta se apresenta a *accountability* societal dos gestores municipais.

## 4 RESULTADOS DA PESQUISA

Neste capítulo faremos a análise dos resultados das deliberações das contas de gestão. Na primeira parte, analisamos os aspectos qualitativos em termos dos percentuais e, posteriormente, aplica-se o *Teste U de Mann-Whitney*. Na segunda parte realiza-se uma discussão analítica sobre os resultados.

### 4.1 ANÁLISE DAS DELIBERAÇÕES DAS CONTAS DE GESTÃO

Na Tabela 1 temos os resultados (%) das decisões do TCE-PI relativas ao julgamento das contas de gestão de 2010 a 2013. A análise tem por base pesquisar 191 (cento e noventa e um) acórdãos. Como se pode observar, apenas 10 (dez) acórdãos no período com julgamento contêm decisão das contas de gestão “Regulares”, sendo a maior no exercício financeiro de 2011 – quatro casos.

Nos casos de julgamentos “Regulares com ressalvas”, foram detectados 115 (cento e quinze) de acórdãos que manifestam este tipo de decisão. Isso corresponde à grande maioria dos julgamentos proferidos pelo TCE-PI no tocante às contas de gestão – 40 (quarenta) ocorrências.

No tocante aos julgamentos das contas de gestão na situação “Irregulares”, foram encontrados 66 (sessenta e seis) acórdãos sobre este tipo de situação, sendo que a maior ocorreu no exercício financeiro de 2010 – 23 (vinte e três) ocorrências.

**Quadro 3** – Resultado das Contas de Gestão expresso nos acórdãos de 2010 a 2013

Julgamento do TCE-PI	2010		2011		2012		2013	
	n	%	n	%	n	%	n	%
<b>Regulares</b>	2	4,18%	4	8,33%	2	4,18%	2	4,26%
<b>Regulares com ressalvas</b>	23	47,91%	27	56,25%	25	52,07%	40	85,10%
<b>Irregulares</b>	23	47,91%	17	35,42%	21	43,75%	5	10,64%
<b>Total</b>	48	100,00%	48	100,00%	48	100,00%	47	100,00%

Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013)

É possível constatar que no período em análise houve uma evolução crescente do julgamento das contas de gestão como “Regulares”. No ano de 2010 os acórdãos foram da ordem de 52,09% de contas “Regulares”. Em 2013 atingiu o patamar percentual de 89,36% das contas de gestão julgadas como “Regulares”.

No sentido oposto, as contas de gestão julgadas “Irregulares” mostram tendência de evolução decrescente. No ano de 2010 a frequência percentual de casos julgados como “Irregulares” foi de 47,91%. Nos exercícios financeiros seguintes houve um declínio significativamente das irregularidades, 10,64% em 2013, o mais baixo do período.

#### 4.2 DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E PRÁTICAS DE *ACCOUNTABILITY*

A relação entre IDHM e práticas de *accountability* será mensurada mediante aplicação do *Teste U de Mann-Whitney* – índice quantitativo – e iniciamos pelo IDHM Geral.

a) *IDHM Geral* – Como podemos observar (Tabela 2), no período em tela, o IDHM Geral tende a ser maior em média para o grupo de municípios com contas de gestão “Regular”, sendo diferença estatisticamente significativa nos anos de 2010 e 2011. Assim, o IDHM Geral é uma variável que incrementa significativamente com prática de *accountability*. Reforça a hipótese ainda a medição realizada pelo *Teste U de Mann-Whitney*, que apresenta o *p-valor* < 0,05 nos dois exercícios financeiros supracitados.

**Tabela 1** – Medidas descritivas e *Teste U de Mann-Whitney* para o IDHM Geral nas contas de gestão e práticas de *accountability* – 2010 a 2013

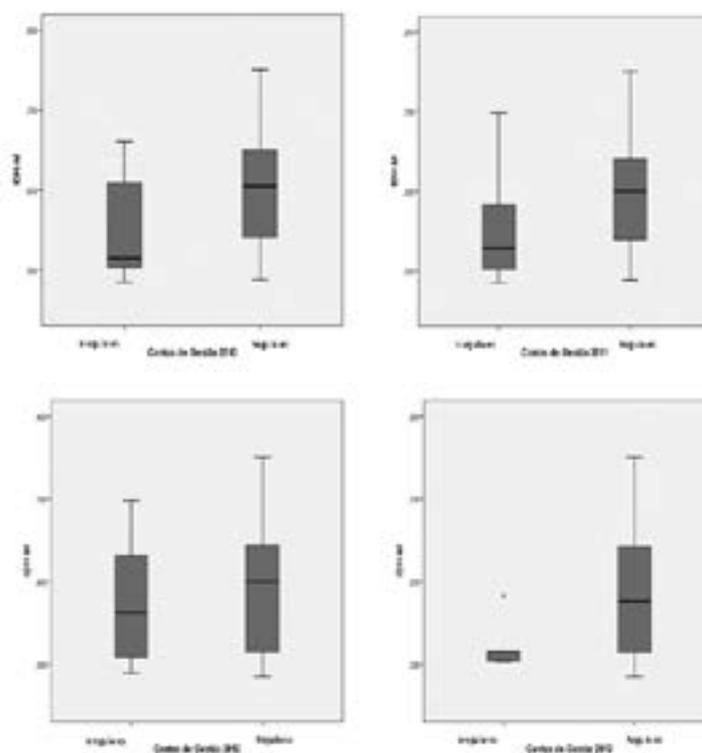
IDHM Geral	Contas de Gestão 2010		Contas de Gestão 2011		Contas de Gestão 2012		Contas de Gestão 2013	
	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares
N	23	25	17	31	21	27	5	42
Média	0,552	0,605	0,552	0,594	0,566	0,590	0,524	0,585
Sd	0,061	0,069	0,065	0,069	0,062	0,075	0,033	0,071
CV (%)	11,1%	11,4%	11,9%	11,6%	11,0%	12,8%	6,4%	12,2%
Mediana	0,515	0,605	0,528	0,600	0,562	0,600	0,515	0,576
Min	0,485	0,488	0,485	0,488	0,489	0,485	0,503	0,485
Max	0,661	0,751	0,698	0,751	0,698	0,751	0,583	0,751
<i>p-valor</i> *	0,011		0,028		0,313		0,103	

Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

\**Teste U de Mann-Whitney*, nível de 5% de significância.

Ressalta-se, ainda, que nos grupos de municípios com contas “regulares” e contas “Irregulares” ocorre uma proximidade do IDHM Geral mínimo e máximo, assim como o coeficiente de variação (CV) está abaixo de 15%. Há uma dispersão ou variabilidade muito baixa; em outros termos, um indicativo de alta homogeneidade deste indicador de desenvolvimento humano dos municípios em cada grupo (Tabela 2).

**Figura 1** – Box plot para comparação da média IDHM Geral entre os municípios com as contas de gestão “Regulares” e “Irregulares” – 2010 a 2013



**Fonte:** Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

A fim de tornar mais clara a associação estatisticamente significativa entre estas variáveis em análise pode-se observar no *Box plot* que o período de 2010 a 2013 revela forte tendência de que os municípios com as contas de gestão julgadas como “Regulares” possuem maior IDHM Geral.

Portanto, confirma-se a hipótese 1, que pressupõe o seguinte: quanto maior o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelo IDHM Geral, mais robusta será a prática de *accountability* dos gestores municipais.

b) *IDHM Renda Per Capita* – Em todo o período, o IDHM Renda tende a ser maior para o grupo de municípios com contas de gestão julgadas como “Regulares” – diferença estatisticamente significativa em 2010 e 2011. Assim, infere-se que o indicador socioeconômico IDHM Renda interferiu de forma significativa na boa gestão fiscal. O indicador é uma variável que se relaciona significativamente com prática de *accountability* dos gestores dos municípios no período em análise. A medição realizada a partir do *Teste U de Mann-Whitney* apresenta o *p-valor* < 0,05 nos referidos exercícios, o que reforça a hipótese.

**Tabela 2** – Medidas descritivas e *Teste U de Mann-Whitney* para o *IDHM Renda Per Capita* nas contas de gestão e práticas de *accountability* – de 2010 a 2013

IDHM Renda	Contas de Gestão 2010		Contas de Gestão 2011		Contas de Gestão 2012		Contas de Gestão 2013	
	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares
N	23	25	17	31	21	27	5	42

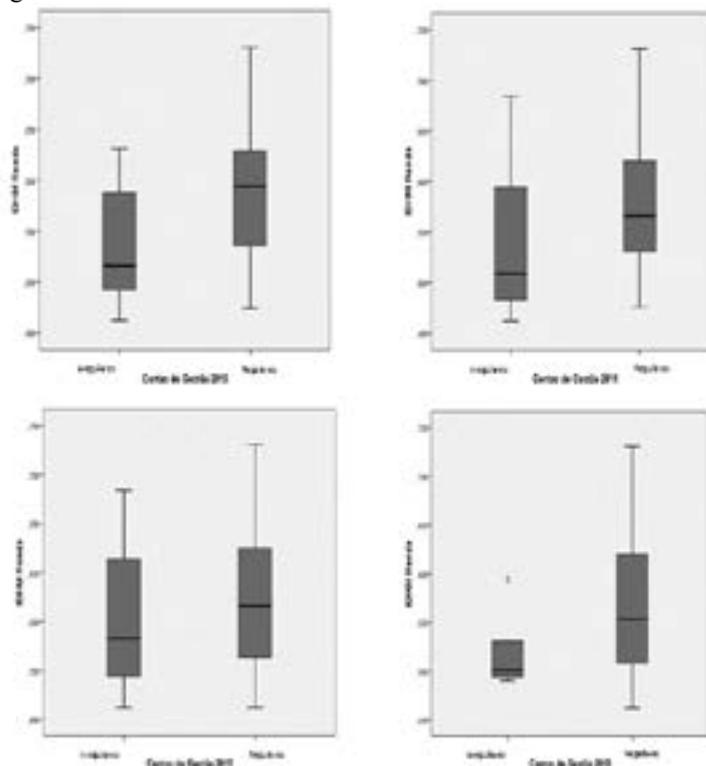
<b>Média</b>	0,536	0,584	0,533	0,577	0,547	0,572	0,522	0,565
<b>Sd</b>	0,056	0,070	0,067	0,064	0,062	0,071	0,043	0,069
<b>CV (%)</b>	10,5%	12,0%	12,5%	11,1%	11,3%	12,5%	8,3%	12,3%
<b>Mediana</b>	0,516	0,594	0,509	0,566	0,533	0,566	0,501	0,554
<b>Min</b>	0,462	0,474	0,462	0,476	0,462	0,462	0,490	0,462
<b>Max</b>	0,631	0,731	0,684	0,731	0,684	0,731	0,594	0,731
<b>p-valor*</b>	0,023		0,016		0,240		0,190	

Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

\*Teste *U de Mann-Whitney*, nível de 5% de significância

Como se pode observar (Tabela 3), nos grupos de municípios com contas “regulares” e contas “Irregulares” ocorre uma proximidade do IDHM Geral mínimo e máximo, assim como o coeficiente de variação (CV) está abaixo de 15%. Observa-se uma dispersão ou variabilidade muito baixa; em outros termos, um indicativo de alta homogeneidade deste indicador de desenvolvimento humano dos municípios em cada grupo.

Figura 2 – Box plot para a comparação da média do IDHM Renda entre os municípios com as contas de gestão como “Regulares” e “Irregulares” – 2010 a 2013



Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

Para tornar mais clara a associação estatisticamente significativa entre essas variáveis em análise, podemos observar no *Box plot* que o período estudado (2010 a 2013) revela forte tendência de que os municípios com as contas de gestão julgadas como “Regulares” atestam a presença de maior IDHM Geral.

Portanto, conclui-se a confirmação da hipótese, que pressupõe o seguinte: quanto maior

o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelo IDHM Renda, mais robusta será a prática de *accountability* dos gestores municipais.

c) *IDH Longevidade* – Observa-se que no período em estudo, o IDHM Longevidade tende a ser maior para o grupo de municípios com contas de gestão julgadas como “Regulares”. Assim, o indicador socioeconômico IDHM Longevidade interferiu de forma significativa no resultado das contas de gestão, sendo a diferença estatisticamente significativa em 2010, 2011 e 2013. O IDHM Longevidade é uma importante variável que se relaciona significativamente com a prática de *accountability* dos gestores dos municípios piauienses. Reforça a hipótese a medição realizada a partir do *Teste U de Mann-Whitney*, que apresenta o *p-valor* < 0,05 nos referidos exercícios financeiros.

**Tabela 3** – Medidas descritivas e *Teste U de Mann-Whitney* para o IDHM Longevidade nas contas de gestão e práticas de *accountability* – de 2010 a 2013

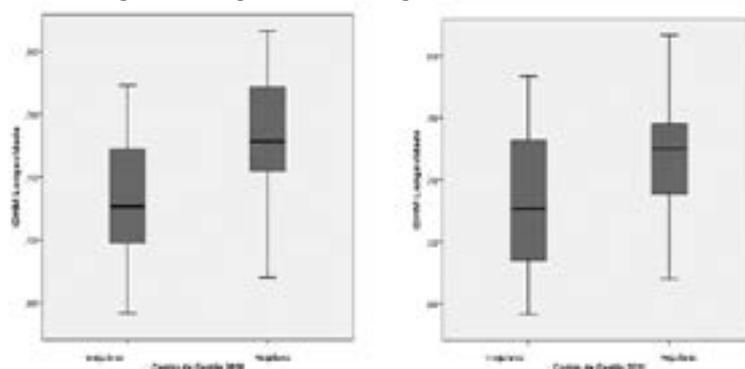
I D H M Long.	Contas de Gestão 2010		Contas de Gestão 2011		Contas de Gestão 2012		Contas de Gestão 2013	
	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares
N	23	25	17	31	21	27	5	42
Média	0,739	0,767	0,738	0,762	0,743	0,762	0,724	0,756
Sd	0,031	0,030	0,036	0,029	0,034	0,031	0,026	0,033
CV (%)	4,2%	4,0%	4,8%	3,9%	4,6%	4,1%	3,6%	4,3%
Mediana	0,736	0,767	0,736	0,765	0,744	0,767	0,726	0,762
Min	0,685	0,702	0,685	0,702	0,685	0,702	0,685	0,685
Max	0,794	0,820	0,800	0,820	0,800	0,820	0,758	0,820
<i>p-valor</i> *	0,005		0,034		0,086		0,025	

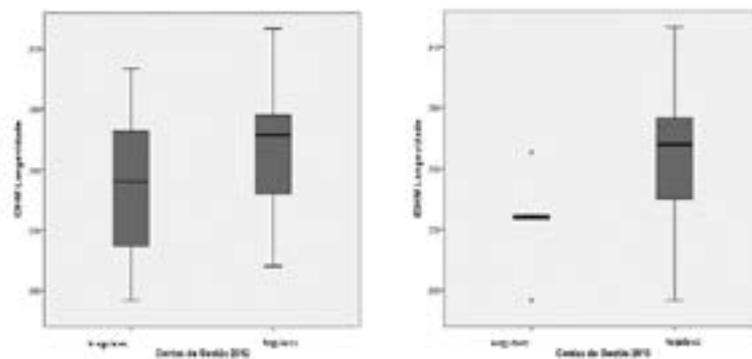
Fonte: Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

\**Teste U de Mann-Whitney*, nível de 5% de significância.

Além do mais, cabe salientar que em todos os anos, para os grupos de municípios com contas “Regulares” e contas “Irregulares”, ocorre uma proximidade do IDHM Longevidade mínimo e máximo, perceber-se que o coeficiente de variação (CV) está abaixo de 15%. Há uma dispersão ou variabilidade muito baixa. Ou seja, forte indicativo de alta homogeneidade dessa variável socioeconômica dos municípios piauienses (Tabela 3).

**Figura 3** – Box plot para a comparação da média do IDHM Longevidade entre os municípios com as contas de gestão “Regulares” e “Irregulares” – 2010 a 2013





**Fonte:** Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

Para ilustrar de forma mais nítida a associação estatisticamente significativa entre essas variáveis em análise, podemos observar (Figura 3) que ao longo do período ocorre uma forte tendência de os municípios com as contas de gestão julgadas como “Regulares” possuírem maior IDHM Longevidade.

Portanto, confirma-se a hipótese 3, que pressupõe o seguinte: quanto maior o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelo IDHM Longevidade, mais robusta será a prática de *accountability* dos gestores municipais.

d) IDHM Educação – No período em tela, o IDHM Educação tende a ser maior para os municípios com contas de gestão julgadas como “Regulares”. A diferença é estatisticamente significativa nos de 2010 e 2013. Podemos inferir que o indicador socioeconômico IDHM Educação é uma variável que influi no resultado das contas de gestão, mais acentuadamente em 2012 e 2013. Para reforçar esse quadro de significância, a medição realizada a partir do *Teste U de Mann-Whitney* evidencia o *p-valor* < 0,05 nos exercícios financeiros de 2010 e 2013.

**Tabela 4** – Medidas descritivas e *Teste U de Mann-Whitney* para o IDHM Longevidade nas contas de gestão e práticas de *accountability* – de 2010 a 2013

IDHM Educação	Contas de Gestão 2010		Contas de Gestão 2011		Contas de Gestão 2012		Contas de Gestão 2013	
	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares	Irregulares	Regulares
N	23	25	17	31	21	27	5	42
Média	0,443	0,497	0,430	0,494	0,466	0,475	0,382	0,481
Sd	0,102	0,097	0,088	0,104	0,097	0,108	0,045	0,103
CV (%)	23,0%	19,6%	20,5%	21,0%	20,7%	22,7%	11,7%	21,5%
Mediana	0,394	0,497	0,392	0,497	0,452	0,473	0,368	0,473
Min	0,334	0,329	0,334	0,329	0,334	0,329	0,353	0,329
Max	0,702	0,707	0,621	0,707	0,702	0,707	0,460	0,707
<i>p-valor</i> *	0,049		0,058		0,876		0,025	

**Fonte:** Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013)

\**Teste U de Mann-Whitney*, nível de 5% de significância

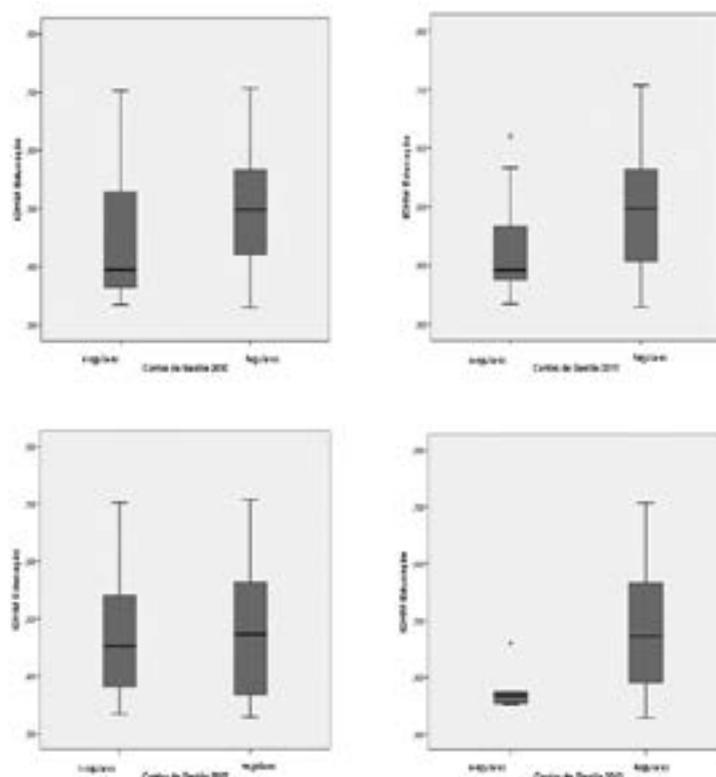
Convém destacar que, nos grupos de municípios com contas “Regulares” e contas “Irregulares”, ocorre um intervalo maior do IDHM Educação mínimo e máximo, sendo que o

coeficiente de variação (CV) está acima de 15%. Temos uma dispersão ou variabilidade baixa, indicando menor homogeneidade deste índice socioeconômico dos municípios piauienses em cada grupo (Tabela 4).

A fim de evidenciar melhor este quadro de associação estatisticamente significativo entre as variáveis em análise, podemos observar que ao longo do período de 2010 a 2013 ocorre uma forte tendência de os municípios com as contas de gestão julgadas como “Regulares” possuírem maior IDHM Educação.

Desse modo, confirmamos a Hipótese 4 desta pesquisa, que pressupõe: quanto maior o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelo IDHM Educação, mais robusta será a prática de *accountability* dos gestores municipais.

**Figura 4** – Box plot para a comparação da média do IDHM Educação entre os municípios com as contas de gestão como “Regulares” e “Irregulares” – 2010 a 2013



**Fonte:** Elaborada pelos autores, a partir de dados do TCE-PI (2010-2013) e PNUD; IPEA; FJP (2013).

### 4.3 DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Vimos na análise dos dados ser possível afirmar que há evolução crescente da *accountability societal* – evidenciada pelos julgamentos das contas de gestão como “Regulares”. No ano de 2010 os acórdãos do TCE-PI sobre contas de gestão “Regulares” foram da ordem de 52,09%. No ano seguinte, 2013, atingiram o percentual de 89,36% das contas julgadas na categoria “Regulares”. Já as contas de gestão julgadas “Irregulares” tiveram evolução decrescente. Em 2010 o percentual de casos julgados como “Irregulares” foi de 47,91%. Nos anos seguintes observa-se um declínio

significativamente das irregularidades, chegando a 10,64% em 2013 – o mais baixo do período.

Na análise quantitativa, a relação entre IDHM e a prática de *accountability societal* foi mensurada mediante aplicação do *Teste U de Mann-Whitney*. Assim, o IDHM Geral evidenciou ser variável que incrementa significativamente a prática de *accountability societal*. A medição realizada pelo Teste U de Mann-Whitney apresenta o p-valor  $< 0,05$  nos dois exercícios financeiros supracitados.

As variáveis *IDHM Educação*, *IDHM Renda*, *IDHM Longevidade*, que compõem o *IDHM Geral*, mostraram significância estatística. Em outras palavras, *quanto maior o desenvolvimento socioeconômico em um município, medido pelos IDHM Educação, IDHM Renda, IDHM Longevidade, mais robusta é a prática de accountability societal dos gestores municipais*. Porém, uma discussão qualitativa é necessária a essa altura para esclarecer melhor as conclusões a que chegamos.

Em primeiro lugar, um dado importante a ser trazido é que mesmo as eleições de 2012 – que trouxe grande renovação dos prefeitos – não mudaram a tendência de incremento da *accountability societal*. Assim, 31 dos 48 municípios do estudo tiveram alternância de partidos na eleição de 2012. Isso equivale a um índice de renovação de 65% dos gestores dos municípios piauienses (TRE-PI). Quando a alternância de partido na gestão municipal não altera o compromisso com a saúde fiscal dos municípios é um sinal forte de *accountability societal* e de capacidade fiscal e estatal – veremos isso mais adiante.

A alternância de poder em regimes democráticos é a razão da aceitação da democracia pelos atores que dela participam (DAHL, 2005; PRZEWORSKI; CHEIBUB; LIMONGI, 2003). Logo, na linha desenvolvida por Dahl (2005), não são quaisquer pré-disposições culturalistas ou socioeconômicas que fazem nascer e perdurar a democracia – não necessariamente –, mas o cálculo de custo/benefício dos atores políticos. Assim, a busca da saúde fiscal dos municípios obedece ao mesmo primado da aceitação dos resultados das eleições em uma concepção de democracia cujo cálculo racional tem temporalidade ilimitada (PRZEWORSKI; 1994). No longo prazo, “[...] se existir uma possibilidade de ganhar as eleições futuras e os benefícios esperados destas vitórias forem grandes o suficiente, os perdedores preferirão aceitar o veredito das urnas” (PRZEWORSKI; CHEIBUB; LIMONGI, 2003, p. 20). Isso constitui um forte incentivo para o gestor municipal manter a saúde fiscal do município – pois poderá vir a ser o governante na gestão seguinte.

Em segundo lugar, de uma perspectiva técnica, em relação às irregularidades nas contas de gestão observou-se que o *Atraso/não envio de Prestação de Contas*, *Falta/falhas nos Processos de Licitação* e *Falhas e/ou não Celebração de Contratos/Convênios* foram as principais irregularidades em todo o período. Tomando como base de cálculo os 191 acordos, nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013, o *Atraso/não envio de Prestação de Contas* foi responsável por 24%, 21%, 20% e 17% das irregularidades, respectivamente. Nos mesmo período, *Falta/falhas nos Processos de Licitação* corresponderam a 21%, 21%, 23% e 19% das irregularidades, respectivamente. Já em relação às *Falhas e/ou não Celebração de Contratos/Convênios*, as irregularidades foram de 16%, 3,6%,

1,6% e 2,09%, respectivamente.

O que esses números significam? Na verdade, nota-se ausência de capacidades estatais para cumprir as tarefas básicas da administração pública nos municípios de menor IDHM. A gestão pública, para ser efetiva, necessita de *capacidades burocráticas estatais* (EVANS, 2004; FIANI, 2014). As capacidades estatais estão ligadas a uma burocracia profissionalizada – cujo recrutamento é feito por concurso de mérito. Assim, apenas em estado/municípios com certo desenvolvimento se pode perceber a presença de uma burocracia profissionalizada – recrutada por mérito e cujas compensações se darão ao longo da carreira (EVANS, 2004). Desse modo, a eficácia das políticas públicas implementadas por uma administração resulta da existência de *capacidades estatais* – política e técnico-administrativa – e dos mecanismos de coordenação e monitoramento que os arranjos institucionais contêm (FIANI, 2014), de modo que a ausência de capacidades estatais desses pequenos e pobres municípios explica em grande medida as irregularidades nas prestações de contas – inclusive erros primários.

Em terceiro lugar, de uma perspectiva socioeconômica, as causas mais recorrentes de irregularidades das contas de gestão nos anos de 2010, 2011, 2012 e 2013 foram: *Inadimplência junto à ELETROBRAS e à AGESPISA* – com 21,5%, 16,7%, 6,8% e 9,4%, respectivamente; *Emissão indevida de Cheques sem fundos* – com 11,5%, 5,7%, 6,8% e 0,0%; e *Falhas e/ou ausência de Empenho/liquidação de despesa e Pagamentos em atraso com Juros* – com 10,5%, 3,1%, 7,8% e 6,3%.

O que nos revela esses dados? Mais uma vez temos uma situação que reforça a ausência de capacidades estatais dos municípios pobres de fazerem frente às responsabilidades. Observa-se (a partir 1994) uma reversão da descentralização federativa quanto às receitas fiscais dos entes federados. O federalismo no Brasil sofreu mudanças importantes nestes governos (ARRETCHE, 2000; ALMEIDA, 2005). A recentralização levou ampliação das receitas da União a partir da criação de fontes de receitas fiscais não repartidas com estados e municípios – as contribuições sociais (ALMEIDA, 2005). As chamadas contribuições sociais cresceram bastante e recuperaram os recursos perdidos pela União nos anos da transição. Porém, estados e municípios acabaram em crise por conta das perdas de recursos que sofreram neste processo. A recentralização das receitas tributárias na União foi seguida por uma forte descentralização na prestação de serviços públicos. Assim, a União repassou os custos da gestão de serviços públicos para as esferas locais ao mesmo tempo em que ficou com a maior parte das receitas (ARRETCHE, 2000; WAGNER, 2006). Para Wagner (2006), a descentralização de atribuições e competências pela gestão de serviços públicos – em um País imenso –, com estados e municípios diferentes em termos de capacidades de recursos financeiros e técnico-administrativas, acaba levando a carências e serviços públicos de qualidade ruim.

Portanto, isso explica em parte por que municípios pobres – de menor IDHM – têm suas contas julgadas irregulares – devido à falta de pagamentos, cheques sem fundo, pagamento com atraso etc. Por outro lado, a crise financeira – que se inicia no ano de 2013 e dura até a atualidade – se encarrega de agravar a saúde fiscal dos municípios brasileiros.

Terceiro, é plausível afirmar que os municípios com maiores IDHMs demonstram maior *accountability societal* porque há maior pluralismo social e organizacional. Uma pergunta se faz necessária a essa altura: porque medir *accountability societal* lançando mão de dados que pertencem à *accountability vertical*? Na verdade, entendemos ser mais provável que em municípios com IDHMs mais elevados se encontrem o pluralismo social e organizacional necessários ao exercício da *accountability societal*. Isso quer dizer um controle do tipo *alarme de incêndio* que previne que o controle seja apenas do tipo *patrulha de polícia* – *accountability horizontal* realizada pelo TCE-PI. Nesse sentido, embora a teoria da modernização tenha se equivocado ao associar democracia e desenvolvimento, certo nível de desenvolvimento é necessário para forjar e sustentar práticas democráticas (DAHL, 2005; PRZEWORSKI; CHEIBUB; LIMONGI, 2003; PRZEWORSKI et al, 1997). De acordo com Dahl (2005), “as desigualdades extremas na distribuição de recursos-chaves como renda, riqueza, *status*, saber e façanhas militares equivalem a desigualdades extremas em recursos políticos” (DAHL, 2005, p. 92). Isso, por sua vez, propicia o aparecimento e manutenção de regimes hegemônicos – contrários ao pluralismo. Segundo estudo empírico de Przeworski et al (1997), “[...] a expectativa de vida da democracia em países com a desigualdade em redução era de 84 anos, ao passo que a expectativa de vida de democracias com uma desigualdade de renda ascendente era aproximadamente de 22 anos [...]” (PRZEWORSKI et al, 1997, p. 120). Ou seja, mesmo que haja desigualdades, é preciso que essas se mostrem em declínio ao longo do tempo para que as democracias sejam mais duráveis dure no tempo.

Por fim, em consonância com o pluralismo social e organizacional de Dahl (2005), é provável que os municípios com maiores IDHMs ostentem maior associativismo, alternância de poder, estrutura profissional das burocracias, uma imprensa mais plural e abundante e, como corolário, uma sociedade civil mais robusta e atuante. Nessas condições, a *accountability societal* atua como mecanismo de alarme de incêndio, permitindo que os gestores se antecipem às exigências de transparência, obedeçam às exigências de prestações de contas adequadas e de acordo com os controles horizontais – exercidos entre agências estatais.

## REFERÊNCIAS

AGRESTI, Alan; FINLAY, Barbara. **Métodos estatísticos para ciências sociais**. 4. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Recentralizando a federação? **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 24, p. 29-40, jun. 2005.

ARATO, Andrew. Representação, soberania popular e accountability. **Lua Nova**, São Paulo, n. 55/56, p. 85-103, 2002.

ARRETCHE, Marta. **Estado federativo e políticas sociais**: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: Fapesp, 2000.

CRESWELL, John W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DAHL, Robert. **Poliarquia: governo e oposição**. São Paulo: Editora da USP, 2005.

ELSTER, Jon. Accountability in athenian politics. *In*: PRZEWORSKI, Adam; SOTOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (ed.). **Democracy, accountability and representation**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

EVANS, Peter. **Autonomia e parceria: estados e transformação industrial**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2004.

FIANI, Ronaldo. Arranjos institucionais e desenvolvimento: o papel da coordenação em estruturas híbridas. *In*: PIRES, Roberto Rocha; GOMIDE, Alexandre de Ávila. **Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas**. Brasília: IPEA, 2014.

HUNTINGTON, Samuel. **A ordem política nas sociedades em mudança**. São Paulo: Editora da USP, 1975.

JANNUZZI, Paulo M. **Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações**. 5. ed. Campinas: Alínea, 2012.

KIEWIET, D. Roderick; MCCUBBINS, Mathew D. **The logic of delegation: congressional, parties and the appropriations process**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1991.

LIMONGI, Fernando. Prefácio. *In*: DAHL, Robert. **Poliarquia: governo e oposição**. São Paulo: Editora USP, 2005.

LIPSET, Seymour Martin. **Homem político**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MAINWARING, Scott. Introduction: democratic accountability in Latin America. *In*: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. (ed.). **Democratic accountability in Latin America**. New York: Oxford University Press Inc., 2003.

MANIN, Bernard; PRZWORSKI, Adam; STOKES, Susan. Eleições e representação. **Revista Lua Nova**, n. 67, p. 105-138, 2006.

MOORE JUNIOR, Barrington. **As origens sociais da ditadura e da democracia**. Portugal: Editora Cosmos, 1975.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, São Paulo, CEDEC, n. 44, p. 27-54, 1998.

- PINHO, José Antônio G; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.
- PRZEWORSKI, Adam. **Democracia e mercado**. Rio de Janeiro: Editora Relume-Dumará, 1994.
- PRZEWORSKI, Adam. Sobre o desenho do Estado: uma perspectiva agente x principal. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (org.). **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro, FGV, 1998.
- PRZEWORSKI, Adam et al. O que mantém as democracias? **Lua Nova**, São Paulo, n. 40/41, p. 113-135, 1997.
- PRZEWORSKI, Adam; CHEIBUB, José Antônio; LIMONGI, Fernando. Democracia e cultura: uma visão não culturalista. **Lua Nova**, São Paulo, n. 58, p. 9-35, 2003.
- SMULOVITZ, Catalina; PERUZZOTTI, Enrique. Societal and horizontal controls: two cases of a fruitful relationship. *In*: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher (ed.). **Democratic accountability in latin american**. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- VERGARA, Sylvia C. **Projetos e relatórios de pesquisa em administração**. São Paulo: editora Atlas, 2009.
- WAGNER, Gastão. Efeitos perversos da descentralização do Sistema Único de Saúde do Brasil. *In*: FLEURY, Sônia (org.). **Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- WILLIAMSON, Oliver. **Las instituciones económicas del capitalismo**. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Como citar:** CARVALHO, Valter Rodrigues. CARVALHO, Cláudio Rêgo. Democracia, desenvolvimento e accountability no plano local: estudo sobre as prestações de contas dos municípios piauienses. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 101-122, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.101. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 25/10/2019

Aprovado em: 10/07/2021

## INDISPENSABILIDADE DA TERRA PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS

THE INDISPENSABILITY OF LAND FOR THE REALIZATION OF THE HUMAN RIGHT TO FOOD OF INDIGENOUS PEOPLES

Gilberto Starck\*  
Keberson Bresolin\*\*

**Como citar:** STARCK, Gilberto; BRESOLIN, Keberson. A indispensabilidade da terra para a efetivação do direito humano ao alimento dos povos indígenas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 123-143, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.123. ISSN: 1980-511X

\*Especialista em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialista em Filosofia na Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. Cursando licenciatura em Filosofia na Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER.  
E-mail: starckadvogado@gmail.com

\*\*Professor na Universidade Federal de Pelotas – Ufpel. Pós-doutor na Eberhard Karls Universität Tübingen. Doutor e mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas – Ufpel.  
E-mail: keberon.bresolin@gmail.com

**Resumo:** o presente artigo pretende discutir o direito ao alimento dos povos indígenas. O estudo foi realizado por meio de revisão bibliográfica e jurisprudencial, partindo-se da previsão contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e da edição da emenda constitucional 64/2010, a qual acrescentou o direito à alimentação ao texto constitucional. A pesquisa está dividida em duas partes. Pretende-se analisar, brevemente e primeiramente, a extensão do direito ao alimento. Em seguida, em que medida o direito ao alimento para os povos indígenas, depende do acesso à terra. Para tanto, será vista a situação atual dos povos indígenas no Brasil e porque esse cenário se reflete na efetivação do direito ao alimento.

**Palavras-chave:** Direito humano ao alimento; Direito à terra; Povos indígenas.

**Abstract:** The present article intends to discuss the indigenous peoples' right to food. The study was carried out through bibliographic and jurisprudential revision, based on the provision contained in the UN Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) and the edition of constitutional amendment 64/2010, which added the right to food to the constitutional text. The research is divided into two parts. It is intended to analyze, briefly and first, the extension of the right to food. Then, to what extent the right to food for indigenous peoples depends on access to land. Therefore, the current situation of indigenous peoples in Brazil will be seen and why this scenario is reflected in the realization of the right to food.

**Keywords:** Human right to food; Right to land; Indian people.

## INTRODUÇÃO

A preocupação com o tema da insegurança alimentar teve início após o término das duas grandes Guerras Mundiais, momento em que milhões de pessoas morreram por fome no mundo (AÇÃO BRASILEIRA PELA NUTRIÇÃO E DIREITOS HUMANOS, 2013). A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento internacional a mencionar o direito ao alimento como sendo digno de proteção e atenção por parte da sociedade mundial (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Em seguida, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (BRASIL, 1992), no art. 11º, estabeleceu como função dos Estados que ratificaram o Pacto a adoção de medidas para pôr fim à fome, por meio de ações sustentáveis e concretas (BRASIL, 1992). O Comentário Geral n. 12 do DESC de 1999 é um marco importante no processo de exigibilidade do direito humano ao alimento. Pelo documento, os Estados devem garantir o acesso à alimentação adequada de forma progressiva em âmbito interno (FIAN BRASIL, 2016).

Desde a edição da emenda constitucional 64/2010, o direito ao alimento passou a figurar no rol de direitos constitucionalmente protegidos. Importante lembrar que, a Constituição Federal de 1988 estabelece que, além do rol de direitos fundamentais do art. 5º, também, são direitos tutelados, os previstos em Pactos e Convenções de direitos humanos, os decorrentes do regime e dos princípios (BRASIL, 1988).

O direito ao alimento é considerado um direito humano básico porque a partir dele outros direitos como saúde, cultura e educação poderão ser alcançados. Trata-se de uma “forte aproximação com outros direitos fundamentais, como o direito à vida e à saúde ao lançar a premissa de que o direito à alimentação se converte (ou traduz) em vida e saúde” (CARVALHO, 2012, p. 184). Por isso, “é de importância crucial para a fruição de todos os direitos” (BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1992) e está diretamente relacionado com a dignidade humana e à justiça social (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1999).

Como parte do considerado mínimo para que haja existência (LEIVAS, 2006, p. 89) o direito à alimentação adquiriu destaque principalmente após o processo de internacionalização dos direitos humanos. A DUDH inovou ao estabelecer os chamados direitos difusos ou transindividuais, fruto de um “forte processo de ampliação e generalização da defesa e da promoção dos direitos humanos” (BRASIL, 2013b).

O presente trabalho analisará a essencialidade da terra para a efetivação do direito ao alimento dos povos indígenas. Primeiramente, se analisará a extensão do direito ao alimento. Em seguida, verificar-se-á a indispensabilidade da terra quando busca-se garantir esse direito em relação aos povos indígenas, num processo que perpassa o enfrentamento da demora e não demarcação das terras indígenas.

## 1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO HUMANO AO ALIMENTO

Como dito, a preocupação com a chamada insegurança alimentar iniciou após a Segunda Guerra Mundial (SILVA, 2014). Josué de Castro (1984, p. 21) afirma que, após esse período de grave desrespeito aos direitos humanos, que resultou na morte de cerca de doze milhões de pessoas por fome, a civilização ocidental começa a tratar o problema dentro de sua extensão.

Abandona-se a preocupação puramente no sentido de que:

A produção, a distribuição e o consumo dos produtos alimentares continuassem a se processar indefinidamente como fenômenos exclusivamente econômicos — dirigidos e estimulados dentro dos seus interesses econômicos — e não como fatos intimamente ligados aos interesses da saúde pública.

Aqui, já se percebe que o enfrentamento da fome e a consequente garantia do direito humano ao alimento dependem de mudanças estruturais, para além da distribuição de renda para compra de alimentos. A situação dos povos indígenas, por exemplo, exige a tomada de decisões e escolha de políticas públicas que mexam com problemas históricos como a falta de demarcação das terras tradicionais e a efetivação de outros direitos dos povos indígenas.

Num primeiro momento, a fome foi tratada apenas como a falta de alimento, principalmente nos países pobres. Devido a isso, foram adotadas medidas visando o aumento na produção de alimentos como única solução para enfrentar o problema. No entanto, a produção de alimentos cresceu e a fome não diminuiu (BRASIL, 2017).

Constatou-se que a produção de alimentos era suficiente e que o problema da insegurança alimentar possui relação com fatores como má distribuição de renda e de terra, com a pobreza e com a dificuldade de acesso físico dos alimentos, ou seja, o poder de compra (BRASIL, 2013b). Note-se que a necessidade da terra figura entre os fatores que impedem que a fome diminua e, se trate do problema na sua extensão.

Segundo Hoffmann (1995, p. 159), o acesso ao alimento está diretamente ligado com a distribuição de renda, só com a disposição de valores as pessoas poderão comprar alimentos.

Trata-se de um processo histórico, que nem sempre foi assim: nas primeiras sociedades a busca pelo alimento era algo natural, com a caça, a pesca, a coleta de frutos e a plantação. Só a partir do desenvolvimento das sociedades e do modelo capitalista é que a renda passou a ser importante e a busca pelo alimento tornou-se um processo mercantil. O acesso ao alimento passou a depender de preço e do quanto de renda o cidadão dispõe (GAMBA; MONTAL, 2009, p. 58).

Por essa razão, os principais projetos desenvolvidos pelo Governo Federal no combate à fome, principalmente após 2002, focaram na garantia da produção de alimentos através do fortalecimento agricultura familiar (do já existente PRONAF) e na distribuição de renda entre a população de baixa renda (Bolsa Família) (MALUF, 2006). Esses programas têm o objetivo de garantir que a quantidade de alimentos produzida seja suficiente para o abastecimento e distribuição de renda entre os grupos sociais mais pobres.

Hoffmann (1995) aponta que, a quantidade de alimentos produzida no País é suficiente para garantir o abastecimento da população. O problema encontra-se no acesso ao alimento. Logo, são necessárias medidas para garantir renda entre as parcelas mais pobres da sociedade e, ao mesmo tempo, desenvolvimento econômico dos grupos sociais mais vulneráveis. O autor menciona que somente a melhoria na qualidade de vida desses grupos tornarão o emprego e o alimento possíveis, num círculo que proporciona a melhoria de vida e a diminuição da fome (HOFFMANN, 1995, p. 170).

O Relatório Anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito Humano à Alimentação Adequada considera que a alimentação é uma necessidade vital para o ser humano e reflete um processo biológico cultural de valores e costumes. Explica que o direito humano ao alimento possui duas dimensões: estar livre da fome e da desnutrição e ter acesso à alimentação adequada. Na primeira, a preocupação é estar livre da fome e das doenças, enquanto a segunda relaciona-se com a ingestão de alimentos saudáveis (BRASIL, 2015).

Conforme Valente (2002), o direito à alimentação adequada visa garantir a todas as pessoas o acesso “aos recursos e aos meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis que possibilitem uma alimentação de acordo com os hábitos e práticas alimentares de sua cultura, de sua região e de sua origem étnica”.

Desse modo, a terra é essencial na efetivação do direito ao alimento dos povos indígenas porque só em seus territórios os indígenas podem desenvolver seus modos de ser e estar no mundo. Só em suas terras podem desenvolver a caça, o plantio e acessar a água, conforme seus costumes, como refere a Convenção 169 da OIT (BRASIL, 2004).

Em 2002, o Relator Especial da ONU definiu o direito ao alimento como sendo “um direito humano inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras, a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes (MALUF, 2006).

Da mesma forma, o Comentário n. 12 do DESC, estabelece que o direito à alimentação depende da disponibilidade de alimento, em quantidade e qualidade adequadas e, também, da acessibilidade física e econômica. Os alimentos precisam ser acessíveis de maneira que o custo com a alimentação não comprometa a fruição de outros direitos (FIAN BRASIL, 2016).

Se considera que o direito ao alimento está garantido quando se tem um cenário de segurança alimentar em que todas as pessoas possuem acesso ao alimento para desenvolver-se com qualidade de vida (BRASIL, 2013b).

A FAO, Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação, considera que segurança alimentar é “a garantia, a todos, de condições de acesso a alimentos básicos de qualidade, em quantidade suficiente, de modo permanente e sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996). Sendo que o alimento é o meio pelo qual o ser humano poderá manter-se saudável, longe da desnutrição e livre de doenças como desnutrição crônica e retardo no crescimento (HOFFMANN, 1995, p. 159).

Conti (2009, p. 16) afirma que tratar do direito humano ao alimento exige falar-se em

pobreza, fome, desnutrição e insegurança alimentar. A primeira relaciona-se com a falta de condições econômicas para adquirir os meios básicos para a sobrevivência. A segunda ocorre quando o ser humano não faz a ingestão de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para que seu organismo consiga realizar as atividades físicas normalmente. A desnutrição é ocasionada pela não ingestão de alimentos em quantidade adequada. Por fim, a insegurança alimentar está relacionada com a preocupação em conseguir alimentos suficientes.

Ainda, de acordo com o autor, considera-se que uma pessoa se alimenta adequadamente a partir do momento “que ela possui o acesso diário a alimentos em quantidade e qualidade suficiente para atender às necessidades nutricionais básicas de sua vida e saúde” (CONTI, 2009, p. 16). E concluí dizendo que:

O alimento gradualmente adquire sua dimensão humana à medida que é transformado em gente saudável e cidadã, gente bem alimentada e nutrida, gente que se torna sujeito de direitos (...). Ele, ao possuir as condições econômicas de acesso aos alimentos, e as condições socioculturais de ingeri-los adequadamente, cria e recria continuamente as condições de sua sociabilidade e de sua existência (CONTI, 2009, p. 16).

Assim, o direito ao alimento exige tanto quantidade suficiente, como também, valor nutritivo adequado para que o cidadão viva com saúde. Só então, poderá desenvolver suas atividades e usufruir dos demais direitos, visto que a alimentação é necessidade primária, sem a qual outros direitos não poderão ser alcançados.

## **2 A TERRA E O DIREITO HUMANO AO ALIMENTO DOS POVOS INDÍGENAS**

No Brasil pouca terra é demarcada, em razão disso, milhares de índios vivem em constantes conflitos fundiários com não índios, obrigados a viver em condições de vulnerabilidade, diante da falta de demarcação das terras tradicionais. Mesmo os índios que estão nas suas terras não possuem segurança jurídica para usufruir dos territórios que lhes pertencem (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO, 2017).

Para agravar a situação, durante o julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em 2009, o Supremo Tribunal Federal fixou dezenove condicionantes para que seja considerada terra indígena para fins de demarcação. Na ementa do Voto figurou a tese do marco temporal, segundo a qual, é necessário provar que os índios ocupavam a terra que desejam demarcar na data da Promulgação da Constituição Federal de 1988, a saber, 05 de outubro de 1988, ou, que se prove o esbulho renitente (BRASIL, 2009).

Em 2012, na decisão dos embargos declaratórios foi determinado que as condições não são obrigatórias aos casos futuros, devendo o Juiz analisar cada caso. Porém, a tese do marco temporal vem sendo utilizado, tanto pelo Supremo Tribunal Federal como nos Tribunais inferiores com vistas a anular demarcação de terra indígenas já finda ou como argumento para não reconhecimento

(BRASIL, 2013d).

Assim, se criou mais um entrave para a efetivação do direito à terra que, conseqüentemente, afeta o direito ao alimento. A tese agrava a situação porque muitos índios são obrigados a deixar suas terras e a viver em beiras de estradas, em situação de extrema vulnerabilidade social, sem acesso a direitos primários, como o alimento. A Constituição Federal não traz nenhuma obrigatoriedade quanto à prova de marco de ocupação para fins de demarcação. Pela Constituição, em se provando as condições de fato deve o Estado demarcar a terra indígena (SILVA, 2016).

O posicionamento adotado pelo Supremo também não leva em consideração a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte estabeleceu que a terra é essencial para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. Os Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos precisam adotar medidas internas para efetivar o direito à terra dos povos indígenas. Como visto, o marco temporal visa justamente o oposto. No Caso Paraguai x Comunidade indígena Sawhoyamaya, membros da Comunidade indígena mencionam a falta de alimentos diante da expulsão e impedimento de retorno às terras que anteriormente habitavam (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

No julgamento do Caso Yakye vs. Paraguai, a Corte determinou que a demora na adoção de medidas internas que visam o reconhecimento e a demarcação das terras indígenas ocasionam violação ao direito à vida, longe de seus territórios as Comunidades indígenas estão privadas do acesso a recursos mínimos para sobreviver, como o alimento, e expostas à pobreza e à doença. Com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, o direito de continuar índio depende das ações do Estado. A Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a terra é essencial para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas (BRASIL. Ministério da Justiça, 2014).

A fome é um problema antigo em nosso País. Em 1996, durante a Cúpula Mundial da Alimentação foram lançados a Declaração de Roma sobre a Segurança Alimentar Mundial e o Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (ALENCAR, 2001). Entre os compromissos assumidos pelos países, entre os quais o Brasil, estão, a erradicação da fome, a adoção de um processo justo de distribuição de renda e a implementação de medidas para garantir o acesso físico de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para garantir a qualidade de vida dos cidadãos (BRASIL, 2013b).

Em 2002, os países reafirmaram os objetivos da Cúpula de 1996 e o Brasil estipulou uma série de ações que de forma progressiva deviam ser adotadas para garantir o direito ao alimento e a segurança alimentar (ALENCAR, 2001). A implementação do Programa Fome Zero, em 2003, foi umas das primeiras medidas adotada pelo Governo com colaboração da FAO para pôr fim à fome em nosso País (TUBINO, 2003, p. 260).

Apesar dos esforços governamentais, o Brasil ainda possui problemas com a falta de alimentos porque se está consumindo menos alimentos do que determinam as regras de saúde alimentar (BRASIL, 2009). O problema não pode ser visto somente pela prática de políticas públicas afirmativas que enfrentem o problema de forma rasa e momentaneamente.

Há uma relação com outros setores, como economia e reforma agrária, que precisam funcionar juntos para que o problema seja enfrentado. Nesse sentido, a garantia da terra é essencial no enfrentamento do problema da fome. A partir da terra, comunidades quilombolas, indígenas, integrantes do Movimento Sem-Terra poderão cultivar os alimentos que necessitam.

O Brasil avançou no combate à insegurança alimentar, os casos de desnutrição crônica, fome e extrema pobreza reduziram nos últimos anos (BRASIL, 2014). A implementação de programas sociais como o Bolsa Família e criação do Sistema Nacional de Segurança alimentar e Nutricional colaboraram para reduzir os índices da pobreza extrema e, conseqüentemente, a fome (BRASIL, 2015).

Porém, dados do IBGE, através do Relatório Síntese de indicadores sociais de 2017, revelam que ocorreu aumento da miséria e da fome no País, motivado principalmente pela desaceleração dos postos de trabalho, queda no consumo das famílias, precarização das condições de emprego, etc. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2017).

José Graziano da Silva (2003, p. 55) explica que as medidas emergenciais adotadas pelo Governo Federal nos últimos anos não solucionaram o problema. São necessárias medidas que estimulem o desenvolvimento local e sustentável aliado ao equilíbrio de renda e de oportunidades. É preciso “reforçar a responsabilidade do Estado na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais e do direito à inclusão social, bem como na pobreza como violação de direitos humanos” (PIOVESAN, 2003, p. 144).

No Brasil, a fome está diretamente relacionada com a má distribuição dos alimentos e com a desigualdade de obtenção de renda do que com a produção (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2013). Dados do IBGE apontam que a fome é maior entre a população negra, parda, entre os nordestinos e entre a população com menos escolaridade (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2017). Trata-se de uma “situação histórica de insegurança alimentar: milhões de brasileiros não tem acesso a uma alimentação adequada, regular e digna” (SILVA, 2003, p. 55).

Segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal, a agricultura familiar é responsável pela maior parte da produção de alimento em nosso País. Por essa razão, nos últimos anos, uma grande parcela de recurso foi destinada para programas de fortalecimento e fomento da produção familiar como o PRONAF, PAA, PROGER, entre outros (BRASIL, 2013b). Note-se que são programas de incentivo que se relacionam com o direito à terra, considerando que incentivam os pequenos produtores a permanecer no campo.

Apesar desses programas sociais e das estratégias para a implementação da segurança alimentar e nutricional no Brasil, a incidência de insegurança alimentar ainda está presente nos grupos considerados vulneráveis. Os povos indígenas, quilombolas, pessoas de baixa renda e na linha da pobreza são os grupos mais atingidos pela fome em nosso país (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2008).

## 2.1 A NECESSIDADE DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Em relação aos povos indígenas e aos quilombolas, a insegurança alimentar relaciona-se diretamente com a defesa do meio ambiente, com a preservação de seus territórios e a falta de água (PEREIRA, 2012). O Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome traçou projetos específicos para esses grupos. Os povos e Comunidades Tradicionais participam de “Projetos específicos para a estruturação da produção familiar e comercialização, que auxiliam as famílias a produzirem alimentos de qualidade, com regularidade e em quantidade suficiente para seu autoconsumo e geração de excedentes” (BRASIL, 2021).

Nas comunidades tradicionais, a judicialização do direito ao território interfere diretamente na efetivação do direito ao alimento tendo em vista que o acesso às terras é “imprescindível para a consecução de outros direitos humanos, como à cultura, moradia, alimentação adequada, saúde e educação” (FRIGO; PRIOSTE; ESCRIVÃO FILHO, 2010, p. 214). Dessa maneira, a Secretária de Direitos Humanos reconhece que a demarcação e o reconhecimento das terras são prioridades para que o direito ao alimento seja efetivado entre as populações tradicionais (BRASIL, 2013c).

A terra é essencial ao índio e o Estado possui o dever de, comprovadas as situações de fato, reconhecer as terras indígenas (BRASIL, 2018). Quando se omite ou demora no reconhecimento não há efetivação do direito ao alimento também. A linha histórica de violações de direitos dos povos indígenas no Brasil demonstra que pouco tem sido feito em relação ao reconhecimento das terras indígenas.

Os índios brasileiros sofrem constantes violações de direitos humanos desde o início do processo de colonização pelos europeus. Hoje em dia, a demora e a insegurança jurídica impedem que usufruam do direito que lhes garante a Constituição Federal de 1988. Em vista disso, muitas comunidades vivem hoje em beiras de estradas, em péssimas condições de higiene, sem alimento, saneamento, água, impedidos de realizar seus ritos, suas curas e seus modos tradicionais de vida, porque não estão sobre as suas terras (LIEBGOTT, 2018).

Além do aspecto histórico, como a má distribuição de terras, problemas econômicos, que resultam na alta no preço dos alimentos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA, 2015), também, colaboram para o crescimento da insegurança alimentar em nosso País. Nesse sentido, o direito humano ao alimento depende da adoção de medidas que alterem as bases das relações econômicas da sociedade brasileira para acabar com as condições estruturais geradoras das desigualdades e da injustiça social (CARVALHO FILHO, 1995).

Apesar de a terra ser essencial para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, em 60% dos territórios não há nenhum tipo de processo de demarcação em andamento (SITUAÇÃO..., 2021). Sendo assim, o Estado Brasileiro não está cumprindo com os compromissos assumidos quando da ratificação do PIDESC, entre eles, o dever de garantia do direito humano ao alimento.

A Carta das Mulheres Indígenas ao Estado Brasileiro, do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, menciona as ameaças ao direito ao alimento desses povos, a necessidade

de estratégias de atuação do Estado para garantir a terra. O grupo considera que a segurança alimentar perpassa o território, saúde, educação, hábitos alimentares e a qualidade dos alimentos. Reafirmam a importância do meio ambiente e dos seus territórios para a garantia de alimento com qualidade. Retratam as mudanças alimentares que incluiu alimentos não utilizados anteriormente como o açúcar na dieta dos membros da Comunidade (BRASIL, 2004). Ainda, que o plano de ação do Governo oferece cestas básicas com alimentos industrializados, desestimulando a continuação das práticas tradicionais e aumentando o quadro de doenças. Por isso, consideram como essenciais ações com vistas à demarcação de terras indígenas e políticas públicas voltadas para a continuação e fortalecimento da cultura e práticas alimentares tradicionais (BRASIL, 2013a).

Como aponta Souza (2009), trata-se das mesmas preocupações dos Mbyá-Guarani da Região Sul do País. Grande parte desse povo vive em assentamentos em beiras de estradas, sofrem com o desmatamento e com o uso excessivo de agrotóxicos. Os últimos anos foram difíceis em relação aos processos demarcatórios. Principalmente pela forte cultura colonial presente no Rio Grande do Sul e dos processos históricos de disputa pela terra e das regiões pluviais. Os guaranis se deslocaram muitas vezes, como ritual e em busca de alimentos. As tentativas de implementação de políticas públicas, no entanto, não fogem do já conhecido paternalismo.

Conforme Tempass (2008), dentro das Comunidades indígenas Mbyá-Guarani, a busca pelo alimento tem um protagonismo feminino e se dá em pequenos grupos, com organização própria. O alimento possui uma dimensão comunitária e pertence a todos. Em momento de escassez alimentar, alguns grupos chegam a passar fome. Do mesmo modo, a preparação da terra se dá em conjunto. A terra é essencial e as condições ecológicas influenciam na quantidade de alimento obtida. Os alimentos possuem uma dimensão espiritual e necessitam da terra para existirem, como exemplo o consumo de grãos. A apropriação das terras pelos brancos impede o plantio de alimentos e a caça. Retira-se o direito de cultivar seus costumes alimentares

O fato é que diante das poucas políticas demarcatórias de terras tradicionais indígenas, se alterou a forma como se busca o alimento. A forma tradicional de se cultivar alimentos, que envolve a cultura e o respeito aos rituais para os deuses, se transformou e atualmente, para sobreviver, os índios precisam comprar fiado, trocado ou escondido. Abandona-se a ideia tradicional de se alimentar em conjunto, em abundância, os alimentos não precisam mais vir da terra já que são comprados no mercado e industrializados (TESTA, 2014).

Nota-se aqui, que ao não efetivar o direito à terra, também, não se pode cultivar as formas tradicionais de alimentação, ou seja, perde-se uma cultura pela assimilação dos modos de se obter alimentos dos não índios. Dessa maneira, o direito ao alimento do índio envolve, também, os direitos contidos na Convenção 169 da OIT, de autodeterminação, de culto às culturas, o modo de ser e estar neste mundo.

## 2.2 O ENFRENTAMENTO DA FOME NOS ÚLTIMOS ANOS

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), a fome voltou a crescer no

mundo. Com base no estudo “The State of Food Security and Nutrition in the World 2017” , a Organização, menciona que em 2016, 815 milhões de pessoas sofreram com má alimentação no mundo, principalmente em virtude da desaceleração econômica e da fragilidade ambiental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017).

Ao mesmo tempo, milhões de brasileiros encontram-se em situação de insegurança alimentar, como é o caso dos povos indígenas. Esses povos possuem uma relação diferenciada com a terra porque nela está a sobrevivência física e cultural desses povos. Para Bragato (2016) a restrição e o confinamento dos índios em reservas os impedem de desenvolver seus modos tradicionais de vida e de produção de alimentos. Essa é a situação dos índios Guarani Kaiowá no Mato Grosso do Sul, os quais lutam pelos seus territórios tradicionais, diante da ineficiência de medidas por parte do Estado brasileiro e o estabelecimento da tese do marco temporal (SANTOS, 2015),

Pela Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, proclamada em 2007:

Os povos indígenas têm direito as terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido. 2. Os povos indígenas têm direitos a possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma de tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma. 3. Os Estados assegurarão o reconhecimento e proteção jurídica dessas terras, territórios e recursos. O referido reconhecimento respeitará devidamente os costumes, as tradições e os sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007).

Em se tratando de povos indígenas, o alimento relaciona-se com a proteção do meio ambiente, com as unidades de conservação e o desenvolvimento sustentável. Há, desse modo, exigência de meios que permitam o acesso ao alimento, moradia, com respeito ao modo tradicional de vida desses povos (SANTILLI, 2005).

O Relatório “América Latina e o Caribe – Panorama da segurança alimentar e nutricional” produzido pela FAO, Organização Pan-Americana da Saúde e OMS, menciona que nos últimos anos houve aumento da área agrícola na América Latina e Caribe, também, houve diminuição da área coberta pelas florestas e o aumento dos desastres naturais, o que representa uma ameaça para a efetivação do direito humano ao alimento. Ainda, pelo Documento, fatores como o preço dos alimentos e o contexto econômico condicionam a efetivação do direito humano ao alimento (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA, 2017).

A terra garante que o índio possa produzir seus alimentos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2007), consiga caçar, tenha acesso à água, consiga realizar seus rituais de cura. É, assim, essencial para que o índio tenha o que comer.

É exatamente isso que aponta o estudo feito pela Fian Brasil. A garantia do alimento no

Brasil depende do enfrentamento da questão da reforma agrária, da garantia dos territórios aos índios e comunidades quilombolas, o fortalecimento da agricultura familiar, etc. Justamente o oposto do que vem acontecendo atualmente e que é causa da falta ou má alimentação: apoio ao agronegócio; uso de agrotóxicos, má distribuição das terras, falta de incentivos a hábitos alimentares saudáveis, mercantilização da terra (FIAN BRASIL, 2017).

O Relatório enumera ainda que a melhora na efetivação do direito humano ao alimento dos povos indígenas iniciada em 2006 com a política de SAN, se desfez a partir da entrada do novo Governo em 2016. Em razão disso, grupos como os índios estão entre os mais afetados pela insegurança alimentar (FIAN BRASIL, 2017).

A alimentação e a nutrição dos povos indígenas dependem do acesso à terra. A FIAN – Organização pelo Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas, destaca a inconstitucionalidade do marco temporal e o caso dos povos indígenas no Mato Grosso do Sul:

Em 2005, por exemplo, a morte por desnutrição de mais de 20 crianças em apenas duas aldeias (Bororó e Jaguapiru), no Mato Grosso do Sul, chamou a atenção da imprensa nacional e colocou a exigência de medidas do Estado brasileiro para reverter este quadro, especialmente no que se refere à garantia de territórios e acesso a recursos naturais necessários à sobrevivência física e cultural dos Guarani e Kaiowá. Em 2010, sem avançar com a demarcação das terras indígenas pelo governo federal, a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) confirmou o alarmante índice de 32,11 mortes de crianças menores de 1 ano de idade para cada 1000 nascimentos nas aldeias indígenas do município de Dourados (MS), sendo que a média nacional era de 19 mortes para cada 1000 nascimentos (FIAN BRASIL, 2017).

O estudo organizado pela FIAN sobre a situação da alimentação dos povos indígenas Guarani Kaiowá no Mato Grosso aponta a responsabilidade do Estado de respeitar, proteger, promover e prover os direitos dos povos indígenas. Ainda, mostra que o aumento desenfreado do latifundiário e das monoculturas têm aumentado os conflitos por terras entre índios e não índios. Relata a situação grave em que esses povos se encontram, os entraves jurídicos para a garantia da terra e o aumento no número de suicídios. O Documento apresenta uma série de violações aos direitos dos povos indígenas, entre essas, do direito ao alimento que perpassa desde o acesso à terra ao agronegócio e o uso excessivo de agrotóxicos que comprometem a produção e o acesso a alimentos saudáveis (FIAN BRASIL, 2016).

O documento Atlas do Agronegócio de 2018 indica que os reflexos da colonização estão na distribuição da terra em nosso País. Segundo o documento, 51,19% das terras agrícolas brasileiras estão em poder de 1% dos proprietários rurais. É um problema que se estende desde a Lei de Terras, de 1850. O estudo revela problemas como a enorme produção de alimentos geneticamente modificados, a concentração da produção e da distribuição de alimentos. Em relação aos povos indígenas, a criação do marco temporal que impede que os índios usufruam com segurança de seus territórios tradicionais (SANTOS; VERENA, 2018).

Em 2016, uma comitiva do CONSEA identificou um quadro de violência, mortes, preconceito e violações de direitos humanos na comunidade Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul. Além disso, constatou que esse povo vivia em condições de insegurança alimentar e

nutricional, motivado principalmente pela falta de políticas públicas estatais adequadas (BRASIL, 2016).

### 2.3 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO AO ALIMENTO

No tocante à exigibilidade do direito humano ao alimento, pode-se requer administrativamente, politicamente, quase judicialmente e judicialmente (AÇÃO BRASILEIRA PELA NUTRIÇÃO E DIREITOS HUMANOS, 2013). A respeito desse último, em 2013, o Ministério Público Federal interpôs Ação Civil Pública em face da União, Fundação Nacional de Saúde – FUNASA e da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, para assegurar direitos fundamentais básicos como o alimento às famílias de índios da tribo Maxakalis, no Estado de Minas Gerais. Em sede de apelação, o Tribunal Regional Federal da Primeira Região reconheceu a falta de um projeto econômico de autosustentação para o desenvolvimento dessa comunidade tradicional e condenou os apelados a implementar “projeto econômico e social de autosustentação nos territórios habitados pelos índios Maxakalis, bem como, forneçam, mensalmente, cestas básicas de alimentos às respectivas famílias indígenas” (BRASIL, 2013e).

Como visto, diante de uma situação de comprovada violação de direitos humanos de povos indígenas, entre as quais a falta de alimento, o Judiciário atuou, exigindo medidas efetivas do Estado com vistas a mudar esse cenário e proteger os direitos dos índios da tribo Maxakalis.

Ainda sobre a judicialização do direito ao alimento, a Índia mostra-se um exemplo de como a judicialização pode desencadear ações concretas por parte do Estado no combate à fome.

A Suprema Corte Indiana, por meio de pedido formulado via Ação Civil Pública, considerou que o direito ao alimento está relacionado com a dignidade e a manutenção da vida. Por esse motivo, emitiu orientações ao Estado Indiano para que, diante da grave crise de alimentos, fosse criado programas sociais com a finalidade de erradicar a fome no País. Entre as medidas adotadas pelo Estado estão a prestação de alimentos aos grupos em maior risco, previamente mapeados, a realização de parcerias entre o terceiro setor e ações conjuntas entre os Ministérios da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Desenvolvimento de Mulheres de Crianças (PINHEIRO; THOMAS, 2012).

Assim, desde o início dos anos 2001, o Judiciário Indiano vem emitindo importantes decisões desde que a demanda pelo direito ao alimento chegou à Corte Suprema Indiana. Em 2002, foi proferida decisão em que responsabiliza os secretários-chefes dos Estados pelas mortes por fome no País. A fim de acabar com a fome, a Índia cadastrou as pessoas em situação de risco e, posteriormente, forneceu uma espécie de cartão refeição para os grupos em situação de insegurança alimentar para que pudessem comprar alimentos com desconto. Além disso, foram criados grupos de comissionários para acompanhar o andamento das medidas nos estados indianos (ÍNDIA, 2002).

Em nova ordem emitida em 2006 na Ação Civil nº 196 de 2001, a Corte determinou que o Estado indiano deveria instituir um sistema público de distribuição de alimentos, com prioridade

para aldeias e grupos em maior vulnerabilidade (ÍNDIA, 2006).

Na Ação Civil levada à Suprema Corte Indiana em 2001, a Corte se manifestou no sentido de que a fome é um grave problema social, apesar de haver abundância de alimentos. O que se assemelha com o caso brasileiro: há alimentos suficientes, mas não há distribuição equânime entre a população.

Da mesma forma, determinou que os grupos mais vulneráveis fossem mapeados e cadastrados para recebimento do cartão refeição (Antyodaya), com concessão de desconto na compra de cereais. Como plano de enfrentamento da fome foi implantado o plano de refeição do meio dia nas escolas indianas, o qual fornece alimentação aos alunos indianos seguindo uma dieta adequada de calorias (ÍNDIA, 2001).

Em se tratando da efetivação do direito ao alimento dos povos indígenas, a terra é essencial porque “a garantia do direito humano à alimentação e à nutrição adequadas desses povos tem como principal pré-requisito o direito a seus territórios ancestrais, pois é através da terra que garantem sua subsistência e seu modo de ser tradicional” (FIAN BRASIL, 2017).

De acordo com as Diretrizes Voluntárias sobre a Governança Responsável, os Estados precisam:

Esforçar-se para assegurar a governança fundiária responsável, porque a terra e os recursos pesqueiros e florestais são fundamentais para a consecução dos direitos humanos, da segurança alimentar, da erradicação da pobreza, dos meios de subsistência sustentáveis, da estabilidade social, da segurança da habitação, do desenvolvimento rural e do crescimento social e econômico (DIRETRIZES..., 2015).

No mesmo sentido, as diretrizes voluntárias para a efetivação do direito ao alimento da FAO, estabelece a necessidade da terra, de reforma agrária que contemple a produção e o acesso de alimentos, reforçar o acesso dos menos favorecidos à terra e a utilização sustentável da terra. Menciona que se deve dar atenção às comunidades indígenas em relação ao uso da terra e dos recursos genéticos para a alimentação e a agricultura (FIAN BRASIL, 2016).

Num momento em que o Judiciário brasileiro insiste em exigir a comprovação de um marco temporal inexistente para reconhecimento e demarcação de terras indígenas e que o Congresso Nacional segue tentando a aprovação da PEC 215, se tem um desafio a enfrentar: garantir que o índio brasileiro sobreviva física e culturalmente, com terra e alimento.

## CONCLUSÃO

No Brasil, pouca terra é demarcada. Onde houve demarcação, vive-se em estado de insegurança, na medida em que os conflitos por terra envolvendo índios e não índios são recorrentes. Trata-se de um problema histórico, iniciado com o processo de colonização pelos países europeus

e que se agravou no período da ditadura militar quando, em nome do desenvolvimento econômico e da expansão, muitos índios foram expulsos de suas terras.

Considerando que a terra é essencial para a sobrevivência física e cultural dos povos indígenas e que somente quando estão em seus territórios possuem acesso aos alimentos, verifica-se dependência entre a efetivação do direito à terra e do alimento, haja vista que há índio morrendo por fome no País.

Não garantir terra significa não garantir o direito humano ao alimento.

O Estado precisa adotar medidas para efetivar o direito à terra dos povos indígenas. Também, deve garantir que o direito ao alimento seja concretizado e acabe com o estado de vulnerabilidade social em que essas comunidades se encontram, tanto as que vivem em conflitos e que estão sobre as suas terras, quanto as que foram expulsas e estão vivendo em beiras de estradas.

É um problema complexo que demanda estudo sobre as situações que levaram a esse cenário. Ao mesmo tempo em que sejam vistas as relações históricas que ocasionaram a vulnerabilidade atual dos povos indígenas, também, se faz necessário tratar problemas atuais. Como exemplo, a tese do marco temporal, a qual, praticamente anula as chances de se demarcar terras indígenas e, conseqüentemente, efetivar o direito humano ao alimento.

Se há índio longe de suas terras, há índio em estado de insegurança alimentar. Em vista disso, mais do que garantir o alimento, a efetivação do direito à terra envolve direitos culturais dos povos indígenas, os quais são essenciais para a sobrevivência física e cultural desses povos.

O direito ao alimento tem tanto a dimensão de manter a sobrevivência física dos povos indígenas, como também, possui um aspecto de manutenção dos direitos culturais porque reflete processos específicos do modo de ser dos índios. Para tanto, cumpre tratar de problemas históricos como o reconhecimento dos direitos desses povos e a distribuição da terra.

## REFERÊNCIAS

AÇÃO BRASILEIRA PELA NUTRIÇÃO E DIREITOS HUMANOS. **O Direito humano à alimentação adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional.**

Brasília: ABRANH, 2013. Disponível em: <http://www.nutricao.ufsc.br/files/2013/11/ApostilaABRANDHModulo1.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

ALENCAR, Álvaro Gurgel de. Do conceito estratégico de segurança alimentar ao plano de ação da FAO para combater a fome. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 44, n. 1, p. 137-144, jun. 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbpi/a/TwYTSm8zRGc8zNcLw4NZJjv/?lang=pt>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos territoriais indígenas e prevenção de atrocidades no Brasil: o papel do Supremo Tribunal Federal discutido em *Amicus Curiae*. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: anuário do programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 53 - 68.

BRASIL. Ministério da Saúde. Brasil assume compromisso para melhorar nutrição. **ACT Promoção da Saúde**. São Paulo, 20 nov. 2014. Disponível em: <https://actbr.org.br/post/brasil-assume-compromisso-para-melhorar-nutricao/15783/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Articulação Nacional de Agroecologia. **Carta das mulheres indígenas ao estado brasileiro**. Brasília; CONSEA, 2013a. Disponível em: <https://agroecologia.org.br/wp-content/uploads/2013/12/carta-das-mulheres-indigenas-1.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **Princípios e diretrizes de uma política de segurança alimentar e nutricional**. Brasília: CONSEA, 2004. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca\\_Alimentar\\_II/textos\\_referencia\\_2\\_conferencia\\_seguranca\\_alimentar.pdf](https://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/conferencias/Seguranca_Alimentar_II/textos_referencia_2_conferencia_seguranca_alimentar.pdf). Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 29 mar. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Cidadania. **Direito à alimentação**. Brasília: Ministério da cidadania, 2021. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/direito-a-alimentacao/povos-e-comunidades-tradicionais>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. **Alimentação e nutrição no Brasil**. Brasília: UNB, 2009. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=610-alimentacao-e-nutricao-no-brasil&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=610-alimentacao-e-nutricao-no-brasil&Itemid=30192). Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Secretaria Nacional de Justiça. Comissão de Anistia. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Política nacional de alimentação e nutrição**. Brasília: ministério da saúde, 2013b. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_nacional\\_alimentacao\\_nutricao.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_alimentacao_nutricao.pdf). Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%20C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. **Relatório anual da Comissão Especial de Monitoramento de Violação do Direito**

**Humano à Alimentação Adequada.** Brasília, 2015. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/mdscomunicacao/relatrio-fao-o-estado-da-insegurana-alimentar-no-mundo-2015>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à alimentação adequada.** Brasília: SDHP/PR, 2013c. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225425POR.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de declaração na petição 3.388-4.** Embargos de declaração. Ação popular. Embargos de demarcação da terra indígena raposa serra do sol. Relator (a): Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 23/10/2013. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2013d. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Inteiro%20Teor%20do%20Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20-%20PET%203388%20-%20Embargos.pdf>. Acesso em 29 mar. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.338-4.** Relatora: Min. Ayres Britto, julgado em 19 de março de 2009. DECISAO: (Ref. às Petições 33070 e 34231) O Ministério Público Federal e a União ingressam nos autos desta ação popular com petições (nºs 33070 e 34231, respectivamente) versantes sobre a execução do que foi decidido por este Supremo Tribunal na sessão plenária de 19/03/2009. Relator: Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 9/04/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=603021&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20Pet%20/%203388>. Acesso em 29 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Processo nº 2007.38.13.001679-7.** Constitucional. Ação civil pública. Políticas públicas. Implementação de projeto econômico de auto-sustentação nos territórios habitados pelos índios maxakalis. Fornecimento de cestas-básicas de alimentos às respectivas famílias indígenas, até que se implemente o aludido projeto. Possibilidade. Prevalência do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana. Legitimidade da funasa para figurar no pólo passivo da presente relação processual. Relator: Des. Fed. Souza prudente, 2 dez. 2013. Brasília: Tribunal Regional Federal, 2013e. Disponível em: [http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=13e86714907c5117b925b23cd96a0a7f&trf1\\_captcha=68vr&enviar=Pesquisar&proc=16793320074013813&secao=TRF](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=13e86714907c5117b925b23cd96a0a7f&trf1_captcha=68vr&enviar=Pesquisar&proc=16793320074013813&secao=TRF). Acesso em: 24 set. 2018.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico– internacional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 7, n. 2, p. 181-224, maio/ago. 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/11174/11280>. Acesso em: 24 set. 2018.

CARVALHO FILHO, José Juliano de. A produção de alimentos e o problema da segurança alimentar. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 9, n. 2, ago. 1995. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40141995000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141995000200008). Acesso em: 25 set. 2018.

CASTRO, Josué de. **Geografia da fome**. 10. ed. Rio de Janeiro: Antares, 1984. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/23242230/Josue-de-Castro-Geografia-da-Fome#scribd>. Acesso em: 24

set. 2018.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil**: dados de 2017. Brasília: CIMI, Disponível em: [https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas\\_2017-Cimi.pdf](https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf). Acesso em: 24 out. 2018.

CONTI, Irio Luiz. **Segurança alimentar e nutricional**: noções básicas. Passo Fundo: IFIBE, 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. 2006. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf). Acesso em: 28 mar. 2018.

DIRETRIZES voluntárias sobre a governança responsável da terra, dos recursos pesqueiros e florestais no contexto da segurança alimentar nacional. Brasília: Ideal, 2015. Disponível em: <https://biowit.files.wordpress.com/2010/11/diretrizes-web.pdf>. Acesso em: 23 de nov. 2021.

FIAN BRASIL. **Da democratização ao golpe**: avanços e retrocessos na garantia do direito humano à alimentação e à nutrição adequadas no Brasil. Disponível em: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Publica%C3%A7%C3%A3o-Completa-Informe-Dhana.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

FIAN BRASIL. **O Direito humano à alimentação adequada e à nutrição do povo Guarani e Kaiowá**: um enfoque holístico. Disponível em: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/Fian-Portugues-WEB-Single-Pages-Small.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

FIAN BRASIL. Organização pelo Direito Humano à Alimentação e à Nutrição Adequadas. **Comentário Geral número 12. O direito humano à alimentação (art. 11)**. Disponível em: <https://fianbrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/09/Coment%C3%A1rio-Geral-12.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

FRIGO, Darci; PRIOSTE, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (org). **Justiça e direitos humanos**: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba: Terra de Direitos, 2010.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. MONTAL, Zélia Maria Cardoso. **O direito humano à alimentação adequada**: revisitando o pensamento de Josué de Castro. Revista Jurídica da Previdência, Brasília, v. 11, n. 95, p. 58-82, out.2009/jan.2010. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/226/215>. Acesso em: 24 set. 2018.

ÍNDIA. **Interim Order de 29 de outubro de 2002 sobre o writ petition (civil) nº 196 de 2001**. Disponível em: <http://www.righttofoodindia.org/orders/interimorders.html#top>. Acesso em: 09 out. 2018.

ÍNDIA. **Interim Order de 13 de dezembro de 2006 sobre o writ petition (civil) nº 196 de 2001**. Disponível em: <http://www.righttofoodindia.org/orders/interimorders.html#top>. Acesso

em: 09 out. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa suplementar de segurança alimentar PNAD 2013**: a percepção das famílias em relação ao acesso aos alimentos. Rio de Janeiro: IBGE, 2014. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/0000020112412112014243818986695.pdf>. Acesso em 24 set. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro: IBGE, 2017. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Políticas sociais**: acompanhamento e análise. Brasília: IPEA, 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/bps.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os direitos humanos dos povos indígenas: os povos Guarani, Kaingang e Charrua e a contínua luta pela garantia de seus direitos. *In*: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Relatório azul 2011**. p. 281-308. Disponível em: [http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp\\_m505/CCDH/RelAzul/reazul\\_2011.pdf](http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/CCDH/RelAzul/reazul_2011.pdf). Acesso em: 23 nov. 2021.

MAIS de um bilhão de pessoas no passam fome no mundo, diz ONU. **BBC News Brasil**, Brasília, 2009. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/lg/noticias/2009/10/091014\\_fomerelatorioonufn.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/lg/noticias/2009/10/091014_fomerelatorioonufn.shtml). Acesso em: 24 set. 2018.

MALUF, Renato S. **Segurança alimentar e fome no Brasil -10 anos da cúpula mundial de alimentação**. Rio de Janeiro: Ceresan, 2006. Disponível em: <http://www.bvsde.ops-oms.org/texcom/nutricion/relatoriotecnico2.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Após uma década de queda, fome volta a crescer no mundo**. 18 set. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-apos-uma-decada-de-queda-fome-volta-a-crescer-no-mundo/>. Acesso em: 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos (CESCR). **Comentário geral número 12 O direito humano à alimentação (art.11)**. [Genebra]: ONU, 1999. Disponível em: <http://www.sesc.com.br/mesabrasil/doc/Direito%20humano%20%C3%A0%20Alimenta%C3%A7%C3%A3o-Seguran%C3%A7a-alimentar.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Cúpula Mundial de Alimentação. **Declaração de Roma sobre a segurança alimentar mundial e plano de ação da cúpula mundial da alimentação**. [Genebra]: ONU, 1996. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/FAO-Food-and-Agriculture-Organization-of-the-United->

Nations-Organiza%C3%A7%C3%A3o-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-para-a-Alimenta%C3%A7%C3%A3o-e-a-Agricultura/cupula-mundial-de-alimentacao-declaracao-de-roma-sobre-a-seguranca-alimentar-mundial-a-plano-de-acao-da-cupula-mundial-da-al.html. Acesso em: 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** [Genebra]: ONU, 1948. Disponível em: [http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao\\_universal\\_dos\\_direitos\\_do\\_homem.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/declaracao_universal_dos_direitos_do_homem.pdf). Acesso em: 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas**. [Genebra]: ONU, 2007. Disponível em : [https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB\\_institucional/DECLARACAO\\_DAS\\_NACOES\\_UNIDAS\\_SOBRE\\_OS\\_DIREITOS\\_DOS\\_POVOS\\_INDIGENAS.pdf](https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/DECLARACAO_DAS_NACOES_UNIDAS_SOBRE_OS_DIREITOS_DOS_POVOS_INDIGENAS.pdf). Acesso: em: 26 dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA (FAO). **América Latina e o Caribe – Panorama da segurança alimentar e nutricional: sistemas alimentares sustentáveis para acabar com a fome e a má nutrição 2016**. Santiago: FAO; OPAS, 2017. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i6977o.pdf>. Acesso em: 24 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA (FAO). **Mau tempo faz subir os preços dos alimentos em outubro**. Roma, 5 dez. 2015. Disponível em: <http://www.fao.org/news/story/pt/item/342513/icode/>. Acesso em: 26 dez. 2018.

PEREIRA, Ana Lúcia. **Famílias quilombolas: história, resistência e luta contra a vulnerabilidade social, insegurança alimentar e nutricional na comunidade Mumbuca – Estado do Tocantins**. 2012. 3009 f. Tese (Doutorado em sociologia) - Universidade Estadual Paulista, Araraquara, 2012. Disponível em: [http://base.repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/106244/pereira\\_al\\_dr\\_arafcl.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://base.repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/106244/pereira_al_dr_arafcl.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 24 set. 2018.

PINHEIRO, Elysângela Sousa; THOMAS, Shaji. **Alimentação como direito social na Índia e no Brasil: breve análise comparativa**. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/120>. Acesso em: 09 out. 2018.

PIOVESAN, FLÁVIA. Pobreza como violação de direitos humanos. *In*: NOLETO, Marlova Jovchelovitch; WERTHEIN, Jorge. (org.). **Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social**. Brasília: UNESCO, 2003

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalíssimo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005. Disponível em: [http://www.ethno-terroirs.cnrs.fr/gestion/applis/apetit/fichiers/UNIVERSIDADEDEBRASILIA-SANTILLI\\_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf](http://www.ethno-terroirs.cnrs.fr/gestion/applis/apetit/fichiers/UNIVERSIDADEDEBRASILIA-SANTILLI_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf). Acesso em: 26 set. 2018.

SANTOS, João vitor. Genocídios dos povos indígenas. **Revista Instituto Humanitas Unisinos**, São Leopoldo, v. 15, n. 478, 2015. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao478.pdf>. Acesso em: 26 set. 2018.

SANTOS, Maureen; GLASS, Verena. **Atlas do agronegócio 2018**. Fatos e números sobre as

corporações que controlam o que comemos. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2018. Disponível em: [https://br.boell.org/sites/default/files/atlas\\_agro\\_final\\_06-09.pdf](https://br.boell.org/sites/default/files/atlas_agro_final_06-09.pdf). Acesso em: 23 nov. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Parecer sobre marco temporal e renitente esbulho**. São Paulo, 2016. Disponível em: [https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal\\_.pdf](https://mobilizacaonacionalindigena.files.wordpress.com/2016/05/parecer-josc3a9-afonso-marco-temporal_.pdf). Acesso em 29 mar. 2018.

SILVA, José Graziano da. O combate à fome no Brasil. *In*: NOLETO, Marlova Jovchelovitch; WERTHEIN, Jorge. (org.). **Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social**. Brasília: UNESCO, 2003.

SILVA, Sandro Pereira. **A trajetória histórica da segurança alimentar e nutricional na agenda política nacional: projetos, descontinuidades e consolidação**. Rio de Janeiro: IPEA, 2014. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3019/1/TD\\_1953.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3019/1/TD_1953.pdf). Acesso em: 23 nov. 2021.

SITUAÇÃO atual das terras indígenas. **Terras indígenas no Brasil**. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/>. Acesso em: 23 nov. 2021.

SOUZA, José Otávio Catafesto de. Os Mbyá-Guarani e os impasses das políticas indigenistas no sul do Brasil. *In*: REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DO MERCOSUL “DIVERSIDADE E PODER NA AMÉRICA LATINA”, 8., 2009, Buenos Aires. **Anais [...]**. Buenos Aires, 2009. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/327925395/3textosouza-Catafesto-os-Mbya-Guarani>. Acesso em: 26 set. 2018.

TEMPASS, Martín César. Comida e gênero entre os Mbyá-Guarani. **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v. 19, n. 1, p. 287-309, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/nequem/article/view/2112/1733>. Acesso em: 26 set. 2018.

TESTA, Adriana Queiroz. **Caminhos de saberes Guarani Mbya: modos de criar, crescer e comunicar**. 2014. 307 f. Tese (Doutorado em Antropologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2014. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-01062015-173729/pt-br.php>. Acesso em: 26 set. 2018.

TUBINO, José. A contribuição da FAO para o combate à fome. *In*: NOLETO, Marlova Jovchelovitch. WERTHEIN, Jorge. (org.). **Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social**. Brasília: UNESCO, 2003.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Direito humano à alimentação: desafios e conquistas**. São Paulo: Cortez, 2002. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/Direito\\_humano\\_%C3%A0\\_alimenta%C3%A7%C3%A3o.html?hl=pt-BR&id=w4BFAAAAYAAJ](https://books.google.com.br/books/about/Direito_humano_%C3%A0_alimenta%C3%A7%C3%A3o.html?hl=pt-BR&id=w4BFAAAAYAAJ). Acesso em: 24 set. 2018.

**Como citar:** STARCK, Gilberto; BRESOLIN, Keberson. A indispensabilidade da terra para a efetivação do direito humano ao alimento dos povos indígenas. **Revista do Direito Público**,

Londrina, v. 16, n. 3, p. 123-143, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.123.  
ISSN: 1980-511X

Recebido em: 12/11/2019

Aprovado em: 01/09/2020

**O LAND GRABBING E A ESTRANGEIRIZAÇÃO DAS  
PROPRIEDADES BRASILEIRAS E A LUTA CONTRA AS  
NOVAS FORMAS DE COLONIALISMO**

LAND GRABBING AND THE STRANGERIZATION OF  
BRAZILIAN PROPERTIES AND THE FIGHT AGAINST NEW  
FORMS OF COLONIALISM

**Daniela Richter\***  
**Karina Schuch Brunet\*\***  
**Odone Frederico Paul\*\*\***

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Especialista em Direito Constitucional, com ênfase em Direito Municipal, pela Universidade Luterana do Brasil (2005), Mestrado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2006). Atualmente é professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, Coordenadora do Grupo de Estudos de Direito e Consumo Sustentável -GEDCS da UFSM.

E-mail: daniela.richter@ufsm.br

\*\*Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria (1995), graduação em Letras Portugêses Inglês pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras Imaculada Conceição (1994) e mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2001). Atualmente é sócia - Brunet Advogados Associados e docente do Curso de Direito da Antônio Meneghetti Faculdade.

E-mail: knbrunet@hotmail.com

\*\*\*Advogado Graduado pela Faculdade Metodista Centenário de Santa Maria-RS.

E-mail: odonefp@yahoo.com.br

**Como citar:** RICHTER, Daniela; BRUNET, Karina Schuch; PAUL, Odone Frederico. O land grabbing e a estrangeirização das propriedades brasileiras e a luta contra as novas formas de colonialismo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 144-167, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.144. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente trabalho versa sobre o land grabbing e a estrangeirização das propriedades brasileiras por meio de um olhar pluralista e intercultural dos direitos humanos na luta contra as novas formas de colonialismo. Quer justamente analisar se esse fenômeno pode ser considerado uma nova forma de colonialismo no Brasil e na América Latina. E, desse modo, se seriam os direitos humanos uma saída contra hegemônica de poder na sua perspectiva pluralista e intercultural. Possui como objetivo descrever a luta pela terra como direito humano no Brasil, perpassando pelas formas de como os estrangeiros podem realizar a aquisição territorial e sobre os modos de colonização existentes. Objetiva, ademais, analisar o land grabbing com um olhar crítico, a fim de descrevê-lo não apenas como um procedimento de aquisição de terras, mas como forma de exploração e de poder quando utilizados por grandes grupos econômicos, para ao final, ponderar e enfrentar a possibilidade dos direitos humanos ser, ou não, uma resposta contra hegemônica de poder. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, e de procedimento monográfico, utilizando-se da técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos; Colonialismo; Estrangeirização de terras brasileiras; Land Grabbing; Pluralismo.

**Abstract:** The present work deals with land grabbing and the foreignization of Brazilian properties through a pluralist and intercultural view of human rights in the fight against new forms

of colonialism. It intends to analyze whether this phenomenon can be considered a new form of colonialism in Brazil and Latin America. And, in this way, if human rights would be a counter-hegemonic way out of power in its pluralistic and intercultural perspective. It aims to describe the struggle for land as a human right in Brazil, going through the ways in which foreigners can acquire land and the existing modes of colonization. It also aims to analyze land grabbing with a critical eye, in order to describe it not only as a procedure of land acquisition, but also as a form of exploitation and power when used by large economic groups. To do so, the deductive method of approach is used, as well as the monographic procedure, using the bibliographical research technique.

**Keywords:** Human rights. Colonialism. Estrangeirization of Brazilian lands. Land Grabbing. Pluralism.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a análise do *land grabbing* e a estrangeirização das propriedades brasileiras por meio de um olhar pluralista e intercultural dos direitos humanos na luta contra as novas formas de colonialismo. Trata-se de tema atual e relevante, desconhecido por muitos e que têm gerado muitas polêmicas. Quer analisar se o fenômeno conhecido como *land grabbing* pode ser considerado uma nova forma de colonialismo no Brasil. E, desse modo, se seriam os direitos humanos uma saída contra hegemônica de poder na sua perspectiva pluralista e intercultural. Objetiva, primeiramente, descrever a luta pela terra como direito humano no Brasil, perpassando pelas formas de como os estrangeiros podem realizar a aquisição territorial e sobre os modos de colonização existentes.

Para tanto, far-se-á a descrição do referido processo a fim de descrevê-lo não apenas como um procedimento de aquisição de terras, mas como forma de exploração e de poder quando utilizados por grandes grupos econômicos. Ao final, busca-se ponderar e enfrentar a possibilidade dos direitos humanos ser, ou não, uma resposta contra hegemônica de poder.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, visto que a pesquisa partirá de uma análise geral do acesso à terra ao caso específico da aquisição de terras por estrangeiros e o fenômeno do *land grabbing*. Logo, a fim de responder o problema que norteia a presente pesquisa, partir-se-á de um panorama geral para, ao fim, analisar tais preceitos a partir de um caso específico. Quanto ao método de procedimento, utiliza-se o monográfico, que consiste no estudo de determinados indivíduos com o intuito de obter generalidades, o qual será empregado em virtude da análise dos obstáculos enfrentados na concretização dos direitos humanos como uma resposta contra hegemônica de poder. Quanto à técnica de pesquisa, tem-se a utilização da bibliográfica, tendo em vista a análise dos documentos e doutrinas existentes a respeito da temática. É o que se passa a demonstrar.

## 1 A LUTA PELA TERRA COMO DIREITO HUMANO NO BRASIL: ANÁLISE DAS FORMAS DE AQUISIÇÃO PELOS ESTRANGEIROS

Inicialmente, é importante dizer que se fará uma breve conceituação de direitos humanos e de sua importância, para, após, trabalhar o seu desdobramento enquanto acesso à terra.

Quanto à concepção de Direitos Humanos, pode-se afirmar que é a partir do segundo pós-guerra que surgem os primeiros movimentos em sua defesa, num cenário de total reconstrução. “A criação das Nações Unidas simboliza o surgimento de uma nova ordem internacional e inaugura um novo modelo de conduta nas relações internacionais” (GOTTI; RICARDO, 2002, p. 313). Nessa órbita, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem como marco desse processo. Tal declaração definiu “um padrão comum de realização para todos os povos e nações, os Direitos Humanos e liberdades fundamentais” (ALVES, 1994, p. 46).

Efetivamente, portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem produziu imediatos e incontestáveis resultados positivos de ordem prática na vida de todos os povos, tendo em vista, sobretudo, a multiplicação de Declarações, Tratados e Convenções posteriores a ela e, sem dúvida, ademais, pela influência exercida diretamente nas Constituições e no direito interno de muitos Estados.

Pérez Luño (2005, p. 27) traça uma distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Para ele, resumidamente, pode-se dizer que Direitos Humanos são aqueles ínsitos a todas as pessoas, enquanto que os Direitos fundamentais são os Direitos Humanos positivados, ou seja, os direitos inerentes ao ser humano e escritos na Constituição. Para Bobbio (1992, p. 17) a grande parte das definições “são tautológicas”. Veja-se: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, ou “[...] direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Cita adiante outra definição do gênero: “[...] direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização” (BOBBIO, 1992, p. 17).

Analisando outros conceitos a respeito do tema, tem-se a semelhança entre Direitos Humanos e direitos naturais, já que para os jusnaturalistas a teoria daqueles direitos seria um prolongamento dos direitos naturais. Enquanto que os positivistas negam tal relação e apregoam uma verdadeira ruptura entre os termos. A doutrina tradicional seguida, por exemplo, por Thomas Paine, considera que os Direitos Humanos são uma união entre os direitos naturais (que cada ser humano possui pelo simples fato de existir) e os direitos civis (aqueles que as pessoas possuem por viverem em sociedade) (PÉREZ LUÑO, 2005, p. 32).

Já Bobbio (1992, p. 16), nesse sentido, menciona que isso é uma ilusão dos jusnaturalistas “[...] que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem”. Ilusão porque esta natureza é “[...] frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis”<sup>1</sup>.

Ademais, Luño (2005) menciona a diferença entre Direitos Humanos e direitos subjetivos, já que estes podem desaparecer em razão da prescrição, por exemplo, enquanto que aqueles são inalienáveis e imprescritíveis. Cita a crise da teoria dos direitos subjetivos por guardar eterna relação com as novas condições econômicas que são imprescindíveis para o desenvolvimento do capitalismo. Pelas razões expostas ele também relata que o uso de outra expressão comumente utilizada, direitos individuais, deve ser igualmente rechaçada, já que conduz a um individualismo e as interações humanas requerem exigências sociais que são compatíveis com a sociedade atual.

Bobbio (1992, p. 19), por sua vez, expressa ainda a dificuldade de enfrentamento preciso do uso das definições “tautológicas” citadas acima, uma vez que existe uma dificuldade desconsiderada por muitos que é a “[...] ideologia assumida pelo intérprete”, já que o que é necessário para o “aperfeiçoamento da pessoa humana” requer uma interpretação de caráter subjetivo. Ademais, menciona que “[...] os Direitos Humanos constituem uma classe variável”, já que se modificam

---

1 Cita Kant para quem tais direitos seriam reduzidos apenas à liberdade.

com as transformações históricas, o “[...] que prova que não existem direitos fundamentais por natureza”. Ressalta “[...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas”.

Sobre os direitos fundamentais, Bobbio (1992, p. 21) afirma que eles não são ilimitados, pois muitos entram em concorrência entre si o que os faz concluir de que os direitos têm eficácia diversa e, por isso, recebem fundamentos diferentes que nem sempre serão absolutos. Para exemplificar a questão, cita-se o exemplo mencionado pelo autor de que o direito a não ser escravizado e a não ser torturado implica automaticamente na exclusão do direito de possuir escravos. Não se pode, pois, afirmar um novo direito, sem suprimir ou relativizar algum outro já existente. Eles podem ser “fundamentais, sim, mas sujeitos a restrições – não podem ter um fundamento absoluto, que não permitisse dar uma justificação válida para a sua restrição”.

A propósito, sobre a dificuldade de conceituação de Direitos Humanos, Fernández-Largo (2001, p. 19)

El conglomerado de exigencias y enunciados jurídicos que denominamos como derechos humanos no es algo homogéneo ni inalterable históricamente, sino algo fluido y no expresado siempre en los mismos términos, ya que han sido enunciados desde una concepción política de la sociedad y de lo que es el derecho. No hay un concepción doctrinal que los prolonga. Por ello, no podemos contentarnos con buscar un término de común acepción para designarlos [...]<sup>2</sup>.

Nesse sentido, também é o posicionamento de Piovesan (2004, p. 46), quando diz que “[...] a definição de Direitos Humanos aponta uma pluralidade de significados” e que é justamente essa “pluralidade” que caracteriza a sua concepção contemporânea. Annoni (2008, p. 17) relata que há uma “[...] subjetividade impregnada na expressão Direitos Humanos” que “não pode ser medida”. E, para tentar explicá-la “esbarra-se em novas questões [...] o que significa dizer ‘*inerentes ao ser humano*’? ou: o que são direitos reconhecidos pela ‘*Lei Fundamental*?’ [...] quais são ‘*aqueles necessários ao desenvolvimento digno*’”. Em resposta ela responde que eles “[...] são aqueles essenciais ao desenvolvimento digno da pessoa humana, que devem ser reconhecidos pela Lei Fundamental e garantidos pelo Estado dentro e fora de suas fronteiras”.

Feito isso, passa-se para análise do acesso à terra enquanto direito humano, já que universalmente reconhecido na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, o direito à toda pessoa individual ou coletivamente ao direito à propriedade. Isso está previsto no artigo 17 da referida declaração que, ressalta, ainda, que ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua propriedade.

Em âmbito interno, no Brasil, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata do direito à propriedade como um direito e garantia individual. No artigo 5º, inciso XXII, assegura o “direito à propriedade”, no XXIII, condicionando tal direito a sua função social. Especificamente, ao caso de aquisição de propriedades por estrangeiros, assegura no artigo 190,

2 Tradução livre: Um conjunto de enunciados e exigências legais que chamamos Direitos Humanos não é algo historicamente homogêneo e imutável, mas algo fluido e nem sempre expressa o mesmo significado desde uma visão política da sociedade, ou do que é o direito. Não há um conceito doutrinário que seja único. Portanto, não podemos nos contentar com um termo comum para designá-lo.

que lei regulará e limitará a aquisição por pessoa física ou jurídica estrangeira (BRASIL, 1988).

Analisando as formas de aquisição de propriedades, tem-se que o colonialismo foi uma das características principais do século XVI, até os anos 50 e 60 do século XX. Ele é definido como “[...] um processo de ocupação de um país por estrangeiros, que estão decididos a incorporá-lo no seu próprio país, ou simplesmente a manter sua dominação indefinidamente” (SENGHOR, 1979, p. 9). O autor coloca que o colonialismo é “[...] pois a exploração de povos submetidos pelos seus conquistadores” (SENGHOR, 1979, p. 9).

O fato é que após os anos 40 mudou-se o centro da acumulação do capital, da empresa agrária para a empresa industrial. Nesse caso, o Estado criou novos mecanismos que levava a industrialização. Para Lopes (1981, p. 24) são dois processos os responsáveis por essa mudança. O primeiro, para a acumulação industrial associado ao desenvolvimento extensivo (agricultura de abastecimento urbano e os serviços), o segundo, com a acumulação de capitais centrada no centro-sul.

A um outro nível pode-se definir o neocolonialismo como:

[...] fenômeno histórico caracterizado pelo domínio ou influência que as grandes potências exercem sobre os países descolonizados. Constitui uma manifestação nova de imperialismo, na medida em que um Estado tenta controlar os destinos de outro para assegurar a exploração de seus recursos econômicos e a sua fidelidade diplomática. (SENGHOR, 1979, p. 21)

Para este autor essa nova forma alcança dimensões universais após a segunda Guerra Mundial e se resume a dois traços essenciais, quais sejam, “[...] manutenção dos países de Terceiro Mundo como fornecedores de matérias-primas” e a “[...] luta pela hegemonia entre as grandes potências”. (SENGHOR, 1979, p. 22). Mais adiante vai afirmar que ele vem sendo justificado com a ajuda que os países em vias de desenvolvimento necessitam para superar o atraso e as estruturas deficitárias deixados pelo colonizador.

De acordo com Ianni<sup>3</sup> (1974, p. 85) os fatos mais recentes da história econômica do capitalismo mundial mostram que não “[...] é possível compreender como opera o imperialismo enquanto não se explica a vinculação do aparelho estatal do país subordinado às decisões, acordos e órgãos multilaterais, por meio dos quais boa parte das relações econômicas imperialistas se efetivam”<sup>4</sup>.

Portanto, percebe-se que a terra, nos últimos anos, foi transformada em mercadoria e que os arranjos jurídicos se transformaram. Na visão de Ianni (1979, p. 154) ela ganha uma nova roupagem social e outra dimensão histórica, na qual a propriedade legal predomina sobre a ocupação e a posse:

3 Relevante esclarecer, aqui, que o autor Otávio Ianni ainda é referência doutrinária quando se fala das questões de imperialismo, acesso à terra, globalização e colonialismo, embora seus escritos sejam dos anos 70. A sua sensibilidade crítica e aprofundamento teórico são “atemporâneos”.

4 Alguns governos começaram a realizar nacionalizações de recursos minerais e empresas, bem como intensificaram a participação estatal nas atividades econômicas. Os mais importantes, citados por Ianni (1974, p. 89) foram Cárdenas, Vargas e Peron.

Em pouco tempo, também a terra passa a ser mercadora, ganha preço; isto é, apropriada de modo privado e sob nenhuma outra forma. A terra passa a ser objeto e meio de produção de valores de troca. É inserida nas relações capitalistas de produção como um elemento das condições de produção controladas pela empresa privada. Pouco a pouco, ou se súbito, conforme o caso, a terra deixa de ser apenas, ou principalmente, objeto e meio de produção de valores de uso. O poder estatal aparece, de forma cada vez mais ostensiva e permanente, como um poder maior destinado a favorecer e acelerar o processo de privatização da terra, nos moldes exigidos pela empresa privada de grande porte, segundo a lógica de acumulação capitalista (IANNI, 1979, p. 154)

Nesse sentido, o autor relata que essa transformação não é pacífica, já que a metamorfose da terra envolve tanto a violência dos homens com a natureza quanto entre os homens entre si, já que essa expansão traz em si uma explosão de conflitos entre posseiros, fazendeiros e grileiros.

Na maioria dos casos a história mostra que tais conflitos foram compostos não só de fazendeiros e de grileiros, como também de empresas que realizavam aquisições de propriedades, inclusive estrangeiros, foco do presente trabalho. Assim, encontram-se registros da obra de Veloso (1968, p. 42) que no relatório de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) de 1968, já se questionava sobre a venda de terras a estrangeiros. O deputado Haroldo Veloso nesse relatório descrevia as formas mais comuns de aquisição de propriedade, dizendo que normalmente havia a presença de um nacional para intermediar tal compra.

a) compra a antigos proprietários ou posseiros

Nestes processo, um intermediário entra, em contacto, com o proprietário ou posseiro de determinado lugar, de interesse de um grupo, e propõe a compra da mesma.

De um modo geral, o proprietário ou posseiro, sem recursos para explorar suas terras, com dificuldades em obter financiamento, e premido pelos impostos, principalmente os do IBRA, aceita com prazer a proposta, sempre feita com dinheiro à vista.

Este processo é repetido com todos os elementos da zona visada, que assim passa a ser propriedade de um grupo estrangeiro, apesar de muitas vezes, enquanto interessar, as terras ainda serem mantidas em nome dos antigos proprietários, o que dificulta em muito o levantamento de área do território nacional em mão de estrangeiros (VELOSO, 1968, p. 42)

Em ato contínuo, retrata como segunda forma comum a requisição de terras devolutas aos governos estaduais, em que um intermediário, nacional, com a conivência de funcionários dos departamentos de Terras requeria em nome de várias pessoas um grande lote de terras, de modo a adquirir toda uma zona cobijada, que após a obtenção do título de propriedade, passavam por vendas reais ou simuladas as propriedades para pessoas ou grupos nacionais ou estrangeiros interessados na compra daquela área. Isso explica porque muitas terras devolutas passaram a se transformar em vários latifúndios. A CPI exemplifica que esse processo foi largamente utilizado no Mato Grosso, Pará e Amazonas (VELOSO, 1968, p. 43).

A terceira forma relatada por esse relatório é a grilagem. “Por intermédio deste processo, todos os tipos de fraudes são aplicados, desde escrituras falsificadas, aparentando documentos antigos, até títulos definitivos de compra de terras devolutas, também falsos” (VELOSO, 1968, p. 43)

Ianni (1979, p. 167) retrata que a grilagem é a forma mais importante das modalidades de aquisição de terras. “A grilagem atinge tanto as terras devolutas, isto é, do poder público, como terras ocupadas, nas quais posseiros recentes ou antigos têm a cultura efetiva e morada habitual”. Para ele

Com frequência terras ocupadas são consideradas como devolutas, definição essa que permite aos grileiros e empresários, ou seus prepostos, classificar os posseiros como estranhos, recentes, invasores no lugar. Na grande maioria dos casos de grilagem, nos quais mesclam-se a falsificação de documentos, evidências e testemunhas com a violência privada, são os posseiros as vítimas principais (IANNI, 1979, p. 167)

Percebe-se dos relatos acima de que a grilagem é uma forma de aquisição que é articulada com os interesses do empresário, que é apoiado, muitas vezes, por interesses políticos e econômicos. Para Ianni, em suma, é violência. “Seja nos métodos – que podem, porém, ser extremamente sutis e, até ‘legais’ na aparência – seja nas consequências”. Elas podem ser tanto no trabalhador ou no proprietário, nas migrações forçadas, espancamentos, prisões, etc. (IANNI, 1979, p. 172).

Nessa conjuntura, pode-se afirmar que todo processo histórico de aquisição de terras no Brasil foi um processo que sofreu contratemplos, que revela uma estrutura de dependência como algo que define sua essência. Ianni (1974, p. 128) traz uma explicação interessante do porque que a dependência estrutural implica na formação de grupos sociais parasitários:

[...] a classe dominante, na sociedade dependente, parece sempre ambígua, ideologicamente descaracterizada, incapaz de formular projetos próprios além do nível conjuntural. Por isso que ela está sempre apta e disposta a submeter-se à liderança política, econômica, militar e intelectual dos governantes dos Estados Unidos. (IANNI, 1974, p. 128)

Segundo o autor, o problema é que os países da América Latina como um todo nunca conseguiram se libertar ou superar a “[...] contradição entre sociedade nacional, por um lado, e economia dependente, por outro” (IANNI, 1974, p. 128), sendo, por isso, instáveis, e, por vezes, ditatoriais sempre que se configura uma real possibilidade de mudança das estruturas de poder. Assim, a “[...] crescente transnacionalização da economia não só reorienta como reduz a capacidade decisória do governo nacional” (IANNI, 1997, p. 17).

A título de exemplo, vê-se o caso da Colômbia em que Velasco (2013, p. 310-311) analisando o assunto sob a ótica de variáveis endógenas (*gobierno corporativo, participación en bolsa de valores y capacidad de veto de compradores internacionales*) e exógenas (“*informalidad*

*de la propiedad rural y tradición del inmueble*”) na adoção de princípios, legitimidade e responsabilidade social na aquisição de terras por estrangeiros, concluiu o quanto esses fatores podem ser afetados e influenciados na promoção de direitos humanos. Cita-se o exemplo narrado de que quando não se impõe limites de tamanho e o perfil do adquirente, que isso pode acarretar a compra por pessoas oportunistas para uma venda posterior por um preço bem mais alto. Da mesma forma, quando a empresa não implementa um modelo de governo corporativo, ela não sente “aversão ao risco” por desprezar direitos humanos durante a sua prática de aquisição de terras.

Em praticamente todas as esferas da vida social e econômica há a influência e os estímulos das organizações internacionais e, é nesse contexto, que se deve entender o fenômeno do *land grabbing*, pois na medida em que se aprofundam as discussões fica claro que, conforme o nível de dependência estrutural, verifica-se uma complementação das sociedades capitalistas, já que em geral os processos econômicos e políticos que operam no centro do sistema capitalista têm uma força dominante. É o que se passa a discutir na sequência.

## 2 O FENÔMENO DO *LAND GRABBING*: LIMITES E ALCANCE

Tendo sido realizado os apontamentos iniciais a respeito da caracterização da evolução da aquisição do direito à propriedade, passa-se, especificamente a análise do fenômeno do *land grabbing*. Antes de tudo, é preciso que se esclareça que o termo referido é conhecido no meio internacional como a aquisição de terras por estrangeiros nos países periféricos, especialmente, nos países latino-americanos e africanos. No Brasil, também, tem o sentido de grilagem de terras, mas via de regra, segue o primeiro significado.

A questão é, pois, o fato de diversas organizações, dentre elas o Banco Mundial (Bird), que tem admitido a grande demanda por terras e tem sido visto, nelas uma grande “oportunidade de negócios”. Contudo, não se trata apenas de uma simples aquisição de terras por meio de contratos de compra e venda, mas sim aquilo que vem junto com as referidas aquisições, pois é preciso que sejam compreendidos os processos históricos que permeiam o acesso à terra, em especial na América Latina.

Castro e Igreja (2017, p. 167) ressaltam que de maneira geral, “[...] as corporações transnacionais (com origem nos Estados Unidos, Canadá, Espanha, Portugal, Itália e outros) são titulares de glebas ou de volumosos investimentos em terras na América Latina”.

Destacam, ainda que

A estrangeirização de terras na América Latina e Caribe é uma questão geopolítica. Para além da tradicional discussão sobre soberania nacional, coloca em evidência um fenômeno caracterizado por aquisições progressivas, baseadas na “apropriação do controle” das terras e territórios (“*land grabbing*”) pelo capital internacional. Esse fenômeno não é inédito, mas sim um novo ciclo de expansão do capital, que

tem resultado no aumento dos conflitos territoriais e fundiários e elevação dos preços das terras. Apesar de raízes coloniais, há aspectos de novidade, pois se descortinam a financeirização da terra, a valorização de glebas para a produção do complexo global de agrocombustíveis e outras nuances. (CASTRO; IGREJA, 2017, p. 167)

Apresentado o conceito, ainda que de forma breve, passa-se a desdobrar a previsão legal existente com o intuito de frear a aquisição de terras por estrangeiros no Brasil. Dessa forma, no Brasil, além do referido artigo 190 da CF, já se tinha a Lei nº 5.709/71 que regulava e estabelecia os limites e os requisitos para a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros. Foi promulgada no período ditatorial com o intuito de controlar e limitar a aquisição de terras por pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras com ou sem residência ou sede no Brasil.

O art. 3º da Lei nº 5.709/71<sup>5</sup> traz que as pessoas físicas estrangeiras poderão adquirir imóveis de até três módulos de exploração sem a necessidade de autorização do INCRA (art. 7º, §1º do Decreto 74.695/74). Importante esclarecer que o módulo de exploração indefinido (MEI) mencionado no destacado artigo é fixado pelo INCRA, de acordo com critérios definidos em regulamento, para cada região específica do território nacional. A aquisição de três a cinquenta MEI necessita de uma autorização do INCRA para o devido procedimento de transmissão do imóvel (escritura e registro). Aliás, independentemente do tamanho do imóvel, se ele estiver em área de segurança nacional, além da referida autorização, será imprescindível a autorização do Conselho de Defesa Nacional (art. 7º, da lei nº 5.709/71). Por fim, sendo caso de compra ou arrendamento de área superior a cem MEI, é indispensável, ainda, a autorização do Congresso Nacional (art. 23, §2º da Lei nº 8.629/93) (BRASIL, 1993).

Destaca-se que os mesmos limites são exigidos para a aquisição de terras por pessoas jurídicas estrangeiras, no entanto, é ainda preciso que ela detenha autorização para funcionamento no país. Se não houver tal autorização, não será possível a compra.

O art. 11 da referida Lei exige a comunicação trimestral ao INCRA e à Corregedoria de Justiça do respectivo Estado, de todos os imóveis rurais adquiridos por estrangeiros nesse período. Porém, ao que parece, em estudo preliminar, isso não foi regulado a contento. (BRASIL, 1971)

A Lei em comento (5709/71) limitou a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros e empresas nacionais controladas por estrangeiros em 25% (vinte e cinco por cento) da superfície do município. Igualmente, a soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem e, as pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) da citada superfície a aquisição por pessoas de uma mesma nacionalidade, conforme dispõe o artigo 12 e os seus parágrafos. (BRASIL, 1971).

Ao revés, ficam excluídas dessa situação (artigo 12, §2º, da Lei 5709/71) os imóveis inferiores a 3 (três) módulos; aqueles que foram objeto de compra e venda, e/ou de promessa de

5 “Art. 3º - A aquisição de imóvel rural por pessoa física estrangeira não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua.

compra e venda cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969. Além disso, está excluído o caso de o adquirente ter filho brasileiro ou que seja casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens. (BRASIL, 1971).

Outro ponto em destaque desta Lei é o fato de que o § 3º do artigo 12, traz uma norma aberta e discricionária do que seria “prioritário”, já que o Presidente da República “[...] poderá, mediante decreto, autorizar a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País”. (BRASIL 1971)

Sauer (2010, p. 80) aponta a existência de divulgação de notícias e reportagens por jornais brasileiros que supostamente comprovam que várias dessas aquisições não são registradas de acordo com o comando legal acima descrito.

Ainda merece relevo a previsão de nulidade absoluta da transmissão de imóveis rurais a estrangeiros, sem a observância do previsto na lei em comento, conforme o artigo 15<sup>6</sup>. Desse modo, uma vez reconhecida a nulidade, via processo judicial, caberá ao estrangeiro adquirente buscar a reparação com a devida ação competente para reaver o montante pago pelo imóvel.

Assim, apresentadas as premissas que envolvem o tema, passa-se a análise das questões relativas aos direitos humanos como resposta contra hegemônica do poder de aquisição de terras e do desenvolvimento do capitalismo, no intuito maior de responder a problemática interposta.

### **3 OS DIREITOS HUMANOS COMO RESPOSTA CONTRA-HEGEMÔNICA DO PODER DE AQUISIÇÃO DE TERRAS E DO DESENVOLVIMENTO DO CAPITALISMO**

Neste íterim é importante apresentar os direitos humanos, outrora definidos no tópico inaugural como uma possível resposta aos conflitos de relacionamento e às múltiplas necessidades humanas, de forma a descrevê-los numa visão emancipatória de direitos, nas palavras de Wolkmer (2015, p. 257) “[...] numa dimensão de resistência, de liberação e de interculturalidade”. Em síntese, pretende-se debater os direitos humanos a partir de uma perspectiva local e intercultural, trazendo as lutas históricas sob a análise de um novo diálogo, tentando desconstruir o olhar eurocêntrico a eles apontados.

Já foi demonstrado que a internacionalização dos direitos humanos foi pensada de forma que trouxe uma certa harmonização dos interesses particulares de cada Estado, o que auxiliou justamente na construção de uma proteção e de uma teoria internacional dos direitos humanos

---

§ 1º - Quando se tratar de imóvel com área não superior a 3 (três) módulos, a aquisição será livre, independentemente de qualquer autorização ou licença, ressalvadas as exigências gerais determinadas em lei.

§ 2º - O Poder Executivo baixará normas para a aquisição de área compreendida entre 3 (três) e 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida.

§ 3º - O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá aumentar o limite fixado neste artigo”.

6 “Art. 15 - A aquisição de imóvel rural, que viole as prescrições desta Lei, é nula de pleno direito. O tabelião que lavrar a escritura e o oficial de registro que a transcrever responderão civilmente pelos danos que causarem aos contratantes, sem prejuízo da responsabilidade criminal por prevaricação ou falsidade ideológica. O alienante está obrigado a restituir ao adquirente o preço do imóvel”.

baseada no princípio da dignidade humana de uma forma universal. No entanto, em nome da soberania dos Estados e da autodeterminação dos povos alguns paradoxos foram estabelecidos, como por exemplo, a globalização e o pensamento neoliberal e, isso, algumas vezes passa a ser uma desculpa para legitimação de violações aos Direitos Humanos.

Para Wolkmer (2017, p. 288) “[...] por essas razões, os direitos humanos compreendidos na atual conjuntura eurocêntrica não possuem caráter universal e sim relativo, pois não alcançam todos os seres humanos [...]”. Em suas exatas palavras (WOLKMER, 2017, p. 289)

Não obstante, a maior questão que afronta o caráter universal dos direitos humanos são os efeitos da globalização e do pensamento neoliberal, a lógica de mercado atual, a atuação das empresas multinacionais, a posição das instituições financeiras, dentre outras, buscam um desenvolvimento estritamente econômico que não observa os direitos historicamente construídos para a proteção e bem estar do ser humano com uma vida digna.

Pode-se afirmar que a globalização acaba por sobrepor valores, haja vista que os interesses econômicos na maioria das vezes é maior do que a valorização e o culto aos direitos humanos. Isso, por si só, já leva ao repensar do Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos. E, é nessa seara que se pode discutir uma abordagem latino-americana de maneira a não incentivar novas formas de colonização. “Na verdade, um pensamento contra-hegemônico de resistência que surja de espaços dependentes e sonogados torna-se manifestação apta a instrumentalizar a força de uma crítica inconformista e transgressora [...]” (WOLKMER, 2015, p. 245) justamente para colaborar no repensar de velhas formas de poder.

O contexto histórico eurocêntrico dos direitos humanos revela uma categoria de direitos liberal burguesa. Nesse cenário, direitos humanos são para os colonizadores e não para colonizados. Os Direitos Humanos foram fundados para o homem branco, europeu e burguês. Um discurso que contém em si uma ideologia da exclusão não pode servir para um sistema universal de direitos humanos. (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017, p. 297)

Assim, o pensamento crítico recebe a grande função de revelar a conscientização daquilo que foi posto como uma verdade universal. E, no que tange ao presente trabalho, quer-se verificar se a possibilidade do *land grabbing* constituir-se, ou não, em uma nova forma de pensamento subalterno. É preciso, pois, resgatar

[...] a razão de ser de uma forma teórica e prática de Direito mais comprometida com os processos de descolonização de sociedades como a latino-americana está na transgressão ao convencional instituído e injusto, na possibilidade de se revelar como recurso estratégico de resistência às diversas modalidades de colonialismos (acadêmico, cultural e institucional) e de contribuir, responsavelmente, para a construção criativa e empírica de uma sociedade mais comprometida com valores nascidos de práticas sociais emancipadoras. (WOLKMER, 2015, p. 254-255)

É certo que ao analisar o caso do presente artigo, o que chama a atenção é o fato de na América-latina haver um grande número de situações de estrangeirização de terras sejam privadas, sejam de espaços de usos coletivos ou de povos tradicionais. “Os territórios dos indígenas e dos pastores, por exemplo, são frequentemente enquadrados na polêmica definição de áreas subutilizadas ou improdutivas” (CASTRO; IGREJA, 2017, p. 167). Salientam os autores que tal identificação e mapeamento são realizados por “[...] levantamentos estatísticos, cartográficos e imagens de satélite que capturam as características físicas, mas não as relações sociais que ocorrem nesses espaços”. Portanto, resgatando uma visão muito rasa dos verdadeiros valores envolvidos, considerando “[...] a terra e a propriedade como ‘coisas’ desprovidas de dimensão social” e, por outro lado, vendendo uma visão de que o uso intensivo das terras é sinônimo de progresso e desenvolvimento.

Além disso, a estrangeirização de terras, como já dito anteriormente, se coloca como questão geopolítica que ultrapassa não só os riscos à soberania nacional, mas que põe em destaque um fenômeno caracterizado por “[...] aquisições progressivas, que avançam sobre biomas estratégicos, como Cerrado e Amazônia, relacionando-se com a cultura de *commodities* e repercutindo, diretamente, no aumento do preço das glebas e no encarecimento das políticas públicas de acesso à terra” (CASTRO; IGREJA, 2017, p. 168)

Wolkmer e Lippstein (2017, p. 298) afirmam

Nesse sentido, pode-se vislumbrar, a partir da literatura intelectual latino-americana e de alguns adeptos europeus à esta corrente, que as formas hegemônicas e monoculturais do saber possuem por objetivo final o monopólio do poder como instrumento para a exploração. A importação de ideologias, filosofias e modos de saber são práticas de colonização com outras roupagens das que praticadas no período imperial, mas mesmo assim com finalidades de dominação semelhantes. Essa forma de percepção ocorre com a compreensão dos Direitos Humanos enquanto única visão legítima, a visão eurocêntrica como uma verdade universal.

Desse modo, já é passada a hora de se questionar se a permissão da estrangeirização não constitui, de fato, uma nova forma de colonialismo, pelos argumentos expostos por Wolkmer? É de lembrar que este autor há tempos defende um pluralismo jurídico e uma teoria crítica do direito que para ele se refere a um “[...] profundo exercício reflexivo de questionar o que se encontra normatizado e oficialmente consagrado (no plano do conhecimento, do discurso e do comportamento) em uma determinada formação social [...]”, bem como argumenta “[...] a possibilidade de conceber outras formas não alienantes, diferenciadas e pluralistas da prática jurídica” (WOLKMER, 2003, p. 13-14).

Rubio (2013, p. 57) analisando a ideia de Wolkmer diz que o pluralismo jurídico liberal burguês de outrora (século XX) está sendo novamente introduzido na sociedade capitalista como uma nova tática. Segundo ele as principais tendências são:

[...] a descentralização administrativa, a integração dos mercados, a globalização

e a acumulação flexível do capital, a formação de blocos econômicos, as políticas de privatização e de ajuste estrutural, o direcionamento informal dos serviços e da regularização social supranacional.

Concretamente, percebe-se que o autor (Rubio descrevendo a teoria de Wolkmer) não quer contrariar o Estado, mas quer questionar “[...] principalmente de sua não observação e, especialmente nas sociedades periféricas, para a sua insuficiência e, em não raras vezes, pela sua ausência” (RUBIO, 2013, p. 60). Sua crítica mais veemente é contra o formalismo ditado e defendido de forma absoluta “[...] sem considerar o contexto social, econômico e cultural a que se encontram” (RUBIO, 2013, p. 60).

Então, retomando o questionamento proposto, percebe-se que a estrangeirização de terras nacionais pode ser considerada uma nova forma de colonização. Da maneira como está posta a compra de terras por estrangeiros, é possível que ocorram problemas quanto à soberania e um consequente aumento na desigualdade social, por limitar o acesso de produtores brasileiros aos imóveis rurais, haja vista a previsão expressa do artigo 190 da CF/88 e a falta de fiscalização dos instrumentos previstos pela Lei 5.709/71 idealizada em outra realidade social.

Já foi apresentado acima que os cartórios de registros de imóveis podem negar o acesso de estrangeiros a aquisição de títulos e que a Lei em comento trouxe o reconhecimento da nulidade da transação caso os requisitos legais não estejam presentes. O grande problema é que ela – lei – precisa ser atualizada as atuais conjunturas sociais e econômicas e, que os próprios defensores confundem-se em orientações. Basta lembrar que em 1998 a Advocacia-Geral da União (AGU) interpretou que empresas nacionais e estrangeiras não poderiam ser tratadas de maneira diferente, liberando a compra. O jornal Estadão, por meio de seus responsáveis Borges e Castro (2017) divulgou o alerta:

Em 2010, por exemplo, o Chongqing Grain Group, da China, anunciou a disposição de aplicar US\$ 300 milhões na compra de 100 mil hectares no oeste da Bahia, para produzir soja. Em alguns setores, a crítica era de que negócios desse tipo envolvem o controle de grandes áreas por grupos subordinados à estratégia de uma potência estrangeira, que poderia nem sempre seguir a lógica do Estado brasileiro.

Diante disso um novo parecer da AGU restabeleceu as restrições para esse tipo de aquisição, proibindo que grupos internacionais obtenham o controle de propriedades agrícolas. Em 2012, o Projeto de Lei 4059<sup>7</sup> foi apresentado no Congresso modificando a restrição. Hoje, encontra-se em apenso ao Projeto de Lei 2289/2007, tendo como última atividade legislativa em 16/09/2015 em que se aprovou regime de urgência para o seu trâmite<sup>8</sup>. De lá para cá, pode-se

7 Esta Lei regulamenta o art. 190 da Constituição Federal, altera o art. 1º da Lei nº. 4.131, de 3 de setembro de 1962, o art. 1º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972 e o art. 6º da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 e fixa outras providências, com o objetivo de disciplinar a aquisição, o arrendamento e o cadastro de imóvel rural em todo o território nacional por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras, sendo estas aquelas constituídas e estabelecidas fora do território nacional.

8 Dados atualizados até o dia 07 de abril de 2018 com pesquisa no site da Câmara. Disponível em: <http://www.>

visualizar que o mesmo entrou por diversas vezes em pauta, porém nunca foi apreciado, sendo arquivado e desarquivado com o passar do tempo. No momento, a situação atual é de espera pela criação de Comissão Temporária pela Mesa da Câmara<sup>9</sup>.

Em síntese, no Brasil, as pessoas jurídicas podem adquirir até 3 módulos rurais de forma livre, sem necessidade de autorização, enquanto que as pessoas físicas ficam dispensadas de tal autorização até 20 módulos rurais. Nos demais casos, tem-se restrições à aquisição de terras por estrangeiros. Pelo Projeto de Lei 4059/12, não poderão comprar terras rurais no Brasil, ainda que indiretamente: fundos soberanos constituídos por outros países; organizações não governamentais ou fundações particulares com sede no exterior, sendo proibido, ademais o arrendamento de imóvel rural a estrangeiros e a venda ou doação a estrangeiros de terras da União, dos estados ou dos municípios. O que chama atenção é que continuam autorizadas a comprar imóveis rurais companhias de capital aberto, cuja consequência prática, é de que o investidor estrangeiro, sob a forma de uma empresa nacional de capital estrangeiro, terá o mesmo tratamento que uma empresa brasileira (SOUZA, 2016).

Percebe-se que a situação ainda não foi modificada. Encontram-se especulações de substitutos ao referido projeto, mas nada de concreto. Zaia (2017) trouxe a notícia de que a Casa Civil havia finalizado um projeto de lei que liberaria a compra e o arrendamento de terras por empresas com controle estrangeiro, “[...] sem estipular limite de área como sempre defenderam o setor florestal e a bancada ruralista no Congresso”. No entanto, a proposta também traria a proibição a empresas e/ou cidadãos estrangeiros que “[...] detenham ou arrendem, juntos, mais do que 25% do território de um município”, proibindo, ademais que “[...] companhias ou pessoas estrangeiras da mesma nacionalidade sejam proprietárias de terras que somem mais de 40% do território de uma cidade” (ZAIA, 2017).

Alfonsin (2016), analisando os projetos de lei em comento diz que se forem aprovados serão um “[...] esbulho territorial incentivado por outros países [...]”; “[...] são colonialistas e realizam o crime de lesa-pátria, por desvelar a traição e o roubo da soberania [...]”, criticando igualmente que os grupos transnacionais escondem os seus efeitos sociais e ambientais, denotando, na prática, que o poder econômico estará acima da legislação brasileira.

Enquanto isso, as *tradings* internacionais vêm dominando, ao longo dos últimos anos a produção de grãos no Brasil, sem qualquer entrave ou monitoramento de suas atuações. Basta ver as atuações da sul-coreana CJ CheilJedang e da chinesa Cofco International que negociam commodities no Brasil há anos. Elas compram, armazenam, transportam, negociam e processam alimentos como milho, soja e trigo, dentre outros. Outras vezes, utilizam-se de cédula de produto rural, que vincula o financiamento à entrega ao credor da produção futura dos produtores rurais, justamente para garantir esse controle (FREITAS, 2017)<sup>10</sup>.

[camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548018](http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548018).

<sup>9</sup> Dados atualizados em 08 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=373948>. Acesso em: 08 maio 2020.

<sup>10</sup> Cita-se, ademais ACJ, que tem sede em Seul, espera duplicar o volume negociado de grãos para 20 milhões de toneladas no médio e longo prazos de 10 milhões de toneladas esperados para a safra 2017-2018. Na safra 2016-2017, a empresa vendeu cerca de 6 milhões a 8 milhões de toneladas. Todo o volume foi destinado à Ásia e cerca de metade foi produzida no Brasil. (FREITAS, 2017)

De acordo com Pinto Neto (2017, p. 66)

Percebe-se que a presença estrangeira no início do século XXI traz especificidades, que são relevantes e não podem ser ignoradas. Através da apresentação do estado da arte das pesquisas sobre a estrangeirização de terras, contata-se que o fenômeno tem a relevância, pois causa e acirra uma série de impactos aos sujeitos coletivos de direito do campo - como ampliação da desterritorialização do campesinato e o aumento no preço das terras-, e à sociedade de modo geral, como a ameaça a soberania alimentar e territorial.

Vê-se, pois, que a presença estrangeira no Brasil é historicamente construída sob o viés exploratório e, dessa forma constitui-se enquanto elemento da própria formação histórica e cultural do país. No entanto, é um “[...] processo que exige maiores reflexões sobre a construção de mercados globalizados que impactam o campo, na concentração de terras e no acirramento das disputas territoriais feitas de forma global”. (PINTO NETO, 2017, p. 66)

É importante, pois, nesse cenário, aplicabilidade do reconhecimento dos direitos humanos de uma forma pluralista e emancipadora, como aduz Wolkmer, para que se possa reconhecer, de fato, os direitos humanos e fundamentais de acesso à propriedade e a sua garantia com dignidade, e respeito à soberania nacional.

De acordo com Wolkmer (2013, p. 41)

Diante do declínio das práticas tradicionais de representação política, da escassa eficácia das estruturas judiciais e estatais em responder à pluralidade de demandas e conflitos, do crescente aumento de bolsões de miséria e das novas relações colonizadoras de países ricos com nações em desenvolvimento, abre-se a discussão para a consciente busca de alternativas capazes de desencadear diretrizes, práticas e regulações voltadas para o reconhecimento à diferença (singular e coletiva) de uma vida humana com maior identidade, autonomia e dignidade.

Para tanto, o aporte teórico de Wolkmer aponta o uso de cinco campos de efetividade, a saber: emergência de novos sujeitos coletivos e a satisfação de necessidades humanas fundamentais, reordenação política do espaço público, a ética da alteridade e os valores universais dos processos de racionalização.

No que tange aos novos sujeitos coletivos, o autor menciona os denominados novos movimentos sociais, que na visão de Gohn (2013, p. 14) “[...] representam forças sociais organizadas que aglutinam as pessoas não como força-tarefa, de ordem numérica, mas como campo de atividade e de experimentação social, e essas atividades são fontes geradoras de criatividade e inovações socioculturais”. Wolkmer (1994, p. 210) põe em relevo a característica de sujeitos ativos, atuantes, participativos, autônomos, de maneira que suas atuações contribuam para um ambiente democrático e participativo. Naturalmente para o tema em questão poder-se-ia citar o despertar dos próprios produtores rurais, os congressistas que defendem a causa e, até mesmo, as

organizações não governamentais, de modo a fazer respeitar o interesse do grupo e o respeito aos direitos humanos e fundamentais.

Sobre o segundo ponto, qual seja, a satisfação de necessidades humanas fundamentais, o autor (WOLKMER, 1994, p. 216) apresenta o ideal de que o ordenamento jurídico deve fazer a regulamentação e, refrear o impulso que envolve as intenções de aquisições de bens. Inclui dentro desse conceito de necessidades àquelas sociais, materiais, existenciais de vida, meios de subsistência, culturais, dentre outras, argumentando que toda nova história nasce de uma sociedade insatisfeita elaborada pelas interações dos indivíduos. Vê-se, nesse caso, o aumento crescente da exploração por Empresas *Tradings* que têm o papel de intermediar a negociação entre produtores e compradores nacionais e internacionais, muitas vezes, deixando o produtor em condições de não negociar em razão das artimanhas de entrega e captação do produto, como já referido acima.

Quanto à reordenação política do espaço público, Rubio (2013, p. 63) analisando a obra de Wolkmer aponta que, na visão deste, o caminho seria a democracia, a descentralização e a participação. “A liberdade não há que ser limitada, mas potencializada. É uma herança ilustrada que está presente. O direito a ter direitos e a possibilidade de desfrutá-los necessita do apoio de um processo democrático e participativo [...]”. Nessa luta de acesso à terra, visualizam-se inúmeros casos de violência e abuso no campo<sup>11</sup>, muitos com grande destaque internacional, como o caso Chico Mendes, o massacre de Eldorado dos Carajás, o assassinato da irmã Dorothy Stang, dentre outros<sup>12</sup>.

Com propriedade escreve Reis (2012)

A história da formulação da terra como um direito humano é muito rica, pois se parte de uma interpretação marxista da realidade e de uma visão religiosa da relação entre homem e terra e, a partir da experiência dos movimentos sociais na demanda por terras e das alianças forjadas com redes transnacionais e organizações internacionais, se constrói não só a demanda por um novo direito humano, mas também por uma reinterpretação dos direitos humanos como um todo, tendo por base uma crítica do individualismo.

A luta não é fácil e muito há de ser feito no que tange aos processos de regularização fundiária no Brasil e do direito humano do acesso à terra e a moradia, mas fica a esperança de que a melhor regulamentação da aquisição de terras por pessoas e empresas estrangeiras já seja um pequeno passo para evitar os casos de grilagem, de *land grabbing* e de abusos contra os possuidores.

O quarto elemento citado por Wolkmer (2015, p. 211) diz respeito a ética da alteridade,

<sup>11</sup> Entre 1997 e 2009, do total de 42 denúncias consideradas admissíveis de acordo com os relatórios anuais da CIDH, dezesseis estavam diretamente relacionadas à questão da terra e à violência no campo: assassinatos de líderes sindicais rurais, assassinatos em evacuação de terras, grampos nos telefones de lideranças rurais, grilagem, invasão de terras indígenas, desrespeito a terras quilombolas e uma referente à guerrilha do Araguaia. Nas decisões de mérito publicadas ao longo desse período, assim como no acordo amigável referente a denúncias de trabalho escravo, o órgão reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro nas violações, recomendou ao Brasil investimentos na investigação, punição e indenização das vítimas e suas famílias, além de ressaltar a importância da busca de mecanismos pacíficos de solução para o problema de terra e de medidas visando maior eficiência na atuação das forças policiais e do Judiciário. (REIS, 2012).

<sup>12</sup> Mais recentemente o termo é utilizado nas acusações contra Bernardo de Mello Paz o idealizador do Instituto Inhotim, maior museu a céu aberto da América Latina, como um dos crimes por ele cometidos. (LARA, 2018)

com base nos pensamentos de Dussel. Cita que ela é uma “[...] ética antropológica da solidariedade, que parte das necessidades dos segmentos humanos marginalizados e se propõe a gerar uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos oprimidos, injustiçados, expropriados e excluídos”. E, segue o autor, escrevendo que

[...] por ter de refletir os valores emancipatórios de novas identidades coletivas que vão afirmando e expressando uma práxis concreta comprometida com a dignidade do ‘outro’, encontra seus subsídios teóricos não só nas práticas sociais cotidianas e nas necessidades reais, mas igualmente em seus pressupostos epistemológicos da chamada vertente latino-americana da ‘filosofia da Libertação’. (WOLKMER, 2015, p. 211)

Aliás, é importante concebê-la não apenas em uma perspectiva individualista, do simples ver-se no “outro”, mas de ver o “outro” na sua essência, com todas as suas distinções e, mesmo assim, manter o respeito e a aceitação de suas diferenças. Derrida (1994, p. 51), expressa que “[...] não há diferença sem alteridade, não há alteridade sem singularidade, não há singularidade sem aqui-e-agora”. No mesmo sentido, Pereira (2010, p. 18) fala que “[...] o reconhecimento da diferença é a condição fundamental para o rompimento do caráter apropriativo da racionalidade que tende a reduzir o outro ao mesmo, padronizando, igualizando”, isto é, “[...] toda essa combustão de opostos traz a complexidade da violência ao mundo moderno. Existe uma relação simétrica entre a violência e o encobrimento da alteridade” (PEREIRA, 2010, p. 18). Assim, vê-se que tais apontamentos são essenciais para a compreensão de alteridade e para o enfrentamento do problema que norteia a presente pesquisa, pois não se está a renunciar os preceitos universais, mas acredita-se veementemente que é preciso reafirmar a historicidade do tema no Brasil, de modo a se redefinir novos valores.

O último ponto necessário para Wolkmer, enquanto ideia emancipadora, aduz que a realidade da vida constitui o ponto concreto de partida, pois da conflituosidade do dia-a-dia nascem pluralidades de ações humanas que requerem interação e participação dos cidadãos e dos novos movimentos sociais, como dito alhures.

O grau de significação não está somente na competência do discurso crítico que dessacraliza o formalismo instrumental normativista, por demais comprometido com os mitos ideológicos e com as relações de colonialidade de poder, mas, igualmente, no compromisso pedagógico da “crítica jurídica” com a criação de um espaço alternativo de mudanças, delineado pela discussão e pela participação, gerador de um Direito verdadeiramente justo. (WOLKMER, 2015, p. 273)

Nesse sentir, Castilho (2018, p. 173) ressalta que a “[...] crítica aos processos políticos, culturais e intelectuais que encobrem os mecanismos desiguais de construção do valor social condiz com o desvelamento da proposta do pensamento descolonial”. Por isso, Herrera Flores (2009, p. 229-230) trabalha com a proposta de que o único caráter universalizante para o discurso de direitos humanos é a capacidade criativa e a forma de se recriar mundos e ações condizentes da

vida com dignidade. Em suas palavras:

E, ao final, confluímos num conceito que podemos resumir na seguinte frase: os direitos humanos são o conjunto de processos pela luta pela dignidade humana. Dignidade que se baseia mais no valor de uso (necessidades e capacidades de fazer) que no valor de troca (expectativas contínuas de acumulação). Dignidade que se baseia na luta contra o acesso desigual aos bens que veio imposta pelos processos de divisão capitalista do fazer.

De acordo com sua literatura Castilho (2018, p. 238) resume que “[...] o acesso à terra ou à moradia não pode ser reduzido à forma de satisfação dominante e juridicamente sancionada pelo direito positivo convencionalmente promulgado”. Assim, a proposição de uma teoria crítica dos direitos humanos revela consigo a “[...] importância de uma construção de um multiculturalismo crítico que supere as políticas de discriminação positiva que, quando absolutizadas, patologizam o diferente e o obrigam a aceitar acriticamente o padrão universal” (CASTILHO, 2018, p. 260).

Ainda que se admitam, pois, a venda de terra para pessoas e empresas estrangeiras, não se pode mais negar o caráter crescente que o tema suscita no que tange à perda de soberania e a influência de tradings estrangeiras no Brasil. Conquanto, torna-se imprescindível um novo projeto de Lei ético e libertador, viabilizando, de fato, o acesso à terra como um direito humano, com visão descolonial e com uma perspectiva crítica, anti-imperialista e repleta de caráter transformador.

Ao que se percebe na visão de Galeano (2018, p. 18):

É a América Latina, a região das veias abertas. Do descobrimento aos nossos dias, tudo sempre se transformou em capital europeu ou, mais tarde, norte-americano, e como tal se acumulou e se acumula nos distantes centros do poder. Tudo, a terra, seus frutos e suas profundezas ricas em minerais, os homens e sua capacidade de trabalho e de consumo, os recursos naturais e os recursos humanos. O modo de produção e a estrutura de classes de cada lugar foram sucessivamente determinados, do exterior, por sua incorporação à engrenagem universal do capitalismo.

Para ele, pois, o atraso e a miséria da América Latina são o resultado do seu fracasso já que se especializou em perder recursos naturais. Mas, por outro lado, revela que o campo “[...] não é tão só uma sementeira de pobreza: é também uma sementeira de rebeliões, embora as agudas tensões sociais amiúde se ocultem, as mascaradas pela aparente resignação das massas”. (GALEANO, 2018, p. 183)

Portanto, parece, num primeiro nível, que as reivindicações realizadas contribuem para o processo da estrangeirização de terras no Brasil e que os representantes do setor do agronegócio tendem a atuar de forma ilegítima, já que não congregam aquelas solicitações realizadas pelos movimentos sociais, buscando alterar a legislação sem garantir direitos de fato. Por isso, é urgente o reconhecimento dos direitos humanos enquanto crítica emancipadora, eis que o assunto gera impactos na soberania alimentar, no aumento do preço das terras, na expansão das fronteiras

agrícolas e na concentração de terras, dentre outros fatos que ainda merecem discussão ao nível de conclusão.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto até então, é possível constatar que o mundo hodierno ostenta uma dicotomia em que, ao passo que há grandiosa evolução nas tecnologias, na veiculação e disseminação de informações e nos bens de serviço, ainda existem pessoas em situações degradantes de violações maciças a direitos humanos básicos, geradas por intolerância, por violência, pelo preconceito, pela falta de empatia e pela busca incessante do lucro.

O tema apresentado foi demarcado ao longo de três pontos durante os quais a necessidade da difusão dos direitos humanos assumiu diversos contornos. Nesse sentido, os apontamentos iniciais prestaram-se a descrever a luta pela terra como direito humano no Brasil, momento em que se analisaram as formas de aquisição de terras pelos estrangeiros. Demonstrou-se que o fenômeno do colonialismo no continente latino-americano, em especial, no Brasil, foi construído sob a base do abuso e da selvageria social. Após, apresentou-se o fenômeno do *land grabbing*, seus limites e seu alcance.

Ao final e, em resposta ao questionamento proposto, descreveu-se os direitos humanos como resposta contra hegemônica do poder de aquisição de terras e do desenvolvimento do capitalismo na sua perspectiva crítica e pluralista. Desse modo, o fenômeno da estrangeirização de terras não pode ser enquadrado como um novo fato da questão agrária, uma vez que investimentos e apropriação de terras por pessoas estrangeiras decorre do próprio processo de colonização. No entanto, a forma com ele tem se dado, despertando interesses internacionais, tem contribuído para a maior dependência econômica do Brasil às potências internacionais, seja pelas permissões de monopólios de exploração, seja pelo aumento da terra, seja, ainda, pela exploração dos camponeses vulneráveis.

Portanto, o fenômeno do *land grabbing* pode sim ser visto não só como uma nova forma de violação dos direitos humanos, mas também de uma nova forma de colonialismo ou de neocolonialismo, já que muitas vezes tratam de casos em que posseiros habitantes dos locais há décadas são retirados para dar lugar aos estrangeiros, sem falar nos problemas ambientais, na busca incessante por água e, pelo descaso do INCRA que sequer possui controle e dados atualizados sobre a quantidade de estrangeiros nessa condição, o que contribui sobremaneira, inclusive, para o desrespeito à soberania nacional.

Por isso, percebe-se a premente urgência de se trabalhar com outras vias, outros paradigmas, como por exemplo, o constitucionalismo latino-americano, pois entende-se que *land grabbing* assume, na atualidade, o papel de uma nova forma de colonialismo. Assim sendo, os pressupostos de interculturalidade e pluralismo, presentes no constitucionalismo latino-americano pode fazer frente a essa devasta realizada, uma vez que trabalha com o pressuposto de valorização

do ser, do respeito à cultura e ao local e da responsabilização social.

## REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques. O Brasil roubado por latifundiários. *In: Combate Racismo Ambiental*, 29 fev. 2016. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2016/02/29/o-brasil-roubado-por-latifundiarios-vem-ai-mais-um-crime-desse-tipo-por-jacques-tavora-alfonsin/>. Acesso em: 21 abr. 2018.

ALVES, José Augusto Lindrgen. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ANNONI, Danielle. Perspectiva histórica dos direitos humanos e os novos direitos. *In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Coord.) Novos direitos: conquistas e desafios*. Curitiba: Juruá, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES, André; CASTRO, Fabrício de. Governo finaliza projeto que libera a venda de terras a estrangeiros. *In: Estadão*, São Paulo, 17 de fev. 2017. *Economia & Negócios*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-finaliza-projeto-que-libera-a-venda-de-terras-a-estrangeiros,70001669078>. Acesso em: 05 mai 2018.

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

BRASIL. Lei n 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a Aquisição de Imóvel Rural por Estrangeiro Residente no País ou Pessoa Jurídica Estrangeira Autorizada a Funcionar no Brasil, e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 out. 1971. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm) Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 fev. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm). Acesso em 14 out. 2017.

CASTILHO, Natália Martinuzzi. **Reinventando os direitos humanos a partir do Sul: Herrera Flores e a crítica descolonial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CASTRO, Luís Felipe Perdigão de; IGREJA, Rebecca Lemos. Estrangeirização de terras na perspectiva das formas de colonialidade no agro latino-americano. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 11, n. 2, p. 164-179. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/24798>. Acesso em: 12 out. 2017.

DERRIDA, Jacques. **Espectros de Marx**: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova Internacional. Rio de Janeiro: Relume, 1994.

FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Teoría de los derechos humanos**: conocer para practicar. San Esteban: Edibesa, 2001.

FREITAS, Tatiana. Trading coreana enfrenta gigantes agrícolas no Brasil. **UOL**. 5 out. 2017. Economia. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2017/10/05/trading-coreana-enfrenta-gigantes-agricolas-no-brasil.htm>. Acesso em 07 abr. 2018.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Porto Alegre: L&PM POCKET, 2018.

GOHN, Maria da Gloria. **Movimentos sociais no início do século XXI**: antigos e novos atores sociais. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

GOTTI, Alessandra Passos; RICARDO, Carolina de Mattos. Direitos humanos como sustentáculo do Mercosul. *In*: PIOVESAN, Flávia. (coord.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**: desafios do direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 307-334.

HERRERA FLORES, Joaquim. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

IANNI, Octavio. A política mudou de lugar. *In*: DOWBOR, Lalislau; IANNI, Otavio; RESENDE, Paulo Edgar A. **Desafios da globalização**. Rio de Janeiro: Vozes, 1997, p. 17-27.

IANNI, Octávio. **Imperialismo na América Latina**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.

IANNI, Octávio. **A luta pela terra**: história social da terra e da luta pela terra numa área da Amazônia. Petrópolis: Vozes, 1979.

LARA, Bruna de. De grilagem a trabalho infantil: surgem novos crimes de Bernardo paz, idealizador do Inhotim. **THE INTERCEPT BRASIL**. 8 de jul. 2018. Disponível em: <https://theintercept.com/2018/06/08/crimes-bernardo-paz-do-inhotim/>. Acesso em: 10 jun. 2018.

LOPES, Juarez Rubens Bramdão. **Do latifúndio à empresa**: Unidade e diversidade do capitalismo no campo. São Paulo: Vozes, 1981.

PINTO NETO, Geraldo Miranda. **A solução é alugar o brasil?** um estudo da atuação dos representantes do agronegócio na disputa normativa sobre a estrangeirização de terras no Brasil. 2017. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília. 2017.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. Direitos humanos e transnacionalização: a questão dos apátridas pelo olhar da alteridade. 2010. *In*: REUNIÃO DO GRUPO DE ESTUDOS SOBRE INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO (IDEJUST), 2,

2010, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: IRI/USP, 2010. Disponível em: <https://idejust.files.wordpress.com/2010/04/ii-idejust-pereira.pdf>. Acesso em: 09 de abr 2018.

**PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. *In*: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REIS, Rossana Rocha. O direito à terra como um direito humano: a luta pela reforma agrária e o movimento de direitos humanos no Brasil. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, São Paulo, n. 86, p. 89-112, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452012000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452012000200004). Acesso em: 10 abr. 2018.

RUBIO, David Sanches. Pluralismo jurídico e emancipação social. *In*: Wolkmer, Antônio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M. (orgs). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade.** São Paulo: Saraiva: 2013. p. 51-66.

SAUER, Sérgio. Demanda mundial por terras: “*land grabbing*” ou oportunidade de negócios no Brasil? *In*: **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 72-88, jan./jun. 2010.

SENGHOR, Léopold Sédar. **Colonialismo e neocolonialismo.** Lisboa: Heraclio Fournier, 1979.

SOUZA, Murilo. Debatedores divergem sobre projeto que regula compra de terras por estrangeiros. **Câmara dos Deputados.** Brasília, 14 jul. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/AGROPECUARIA/512537-DEBATEDORES-DIVERGEM-SOBRE-PROJETO-QUE-REGULA-COMPRA-DE-TERRAS-POR-ESTRANGEIROS.html>. Acesso em: 17 maio 2018.

VELASCO, Juan David. Negociando la tierra: empresas extranjeras, minería a gran escala y derechos humanos en Colombia. *In*: **Estudio Sociojurídico**, Bogotá, v.16, n. 1, p. 289-314, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/esj16.1.2014.07/2383>. Acesso em: 21 abr 2018.

VELOSO, Haroldo. **A venda de terras:** relatório da comissão parlamentar de inquérito. CNDDA: Rio de Janeiro, 1968.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: nuevo marco emancipatório em América Latina. *In*: VILLEGAS, Maurício García; RODRIGUES, César (orgs). **Derecho y sociedad**

**em América Latina:** um debate sobre los studios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA/Universidad Nacional Colombia, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: um espaço de resistência na construção dos direitos humanos. In: \_\_\_\_; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (orgs). **Pluralismo jurídico:** os novos caminhos da contemporaneidade. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 37-50.

WOLKMER, Antônio Carlos; LIPPSTEIN, Daniela. Por uma educação latino-americana em direitos humanos: pensamento jurídico crítico contra hegemônico. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais.** Vitória, v. 18, n. 1, p. 283-301, jan./abr. 2017.

ZAIA, Cristiano. Casa Civil quer venda de terra a estrangeiro sem limite de área. **Valor Econômico.** Rio de Janeiro, 6. abr. 2017. Agronegócio. Disponível em: <http://www.valor.com.br/agro/4928916/casa-civil-quer-venda-de-terra-estrangeiro-sem-limite-de-area>. Acesso em: 07 abr. 2018.

**Como citar:** RICHTER, Daniela; BRUNET, Karina Schuch; PAUL, Odone Frederico. O land grabbing e a estrangeirização das propriedades brasileiras e a luta contra as novas formas de colonialismo. **Revista do Direito Público,** Londrina, v. 16, n. 3, p. 144-167, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.144. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 28/01/2020

Aprovado em: 17/05/2020

**CABO FRIO E AS POTENCIALIDADES DA REGIÃO LAGOS:  
DO PLANO DE DESENVOLVIMENTO INTEGRADO PARA O  
TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO INTERMUNICIPAL**

THE MUNICIPALITY OF CABO FRIO AND THE POTENTIALITIES  
OF THE REGIÃO DOS LAGOS: FROM THE INTEGRATED  
DEVELOPMENT PLAN TO INTERMUNICIPAL COLLECTIVE PUBLIC  
TRANSPORT

**Eric Santos Andrade\***

**Emerson Affonso da Costa Moura\*\***

\*Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Rede de Pesquisa Interinstitucional em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RPIDC/UERJ) e do Laboratório de Estudos de Direito Administrativo Comparado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (LEDAC/UNIRIO). Membro da Comissão de Direito Administrativo e de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDARJ). Advogado. E-mail: ericsantos13@gmail.com

\*\*Professor Convidado do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica (PUC-RJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Escola de Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO) e da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Constitucional e Especialista em Direito Administrativo da Universidade Federal Fluminense (UFF). Vice-presidente da Comissão de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Idealizador, Fundador, e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). E-mail: emersonacmoura@yahoo.com.br

**Como citar:** ANDRADE, Eric Santos; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Cabo Frio e as potencialidades da Região Lagos: do plano de desenvolvimento integrado para o transporte público coletivo intermunicipal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 168-191, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.168. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente estudo tem como proposta a rediscussão do desenvolvimento político e urbano da microrregião dos Lagos do Estado do Rio de Janeiro, qualificado como um aglomerado urbano. Essa classificação tem suma importância no que tange à discussão da melhoria dos transportes públicos intermunicipais, no que diz respeito às necessidades inerentes e as peculiares da região industrial, assim como da prestação de múltiplos serviços locais. Assim, levanta-se a questão do desenvolvimento urbanístico do município de Cabo Frio e, ao final, faz-se uma correlação com a necessidade de um plano integrado frente ao último estudo desenvolvido pelo IBGE, que qualifica os municípios ao redor de Cabo Frio como um crescente centro de cultura política de interesse comum.

**Palavras-chave:** Plano de desenvolvimento integrado; Transporte intermunicipal; Regiões metropolitanas; Administração pública municipal.

**Abstract:** The present study proposes to rediscuss the political and urban development of the micro região dos lagos (lake region) in the State of Rio de Janeiro, qualified as an urban agglomeration. This classification is extremely important when it comes to the discussion of improving inter-municipal public transport, with regard to the inherent and peculiar needs of the industrial region, as well as the provision of multiple local services. Thus, the issue of urban development in the municipality of Cabo Frio is raised and, at the end, there is a correlation with the need for an integrated plan in view of the last study developed by IBGE, which qualifies

the municipalities around Cabo Frio as a growing center of political culture of common interest.

**Keywords:** Integrated development plan; Intermunicipal transport; Metropolitan regions; municipal public administration.

## INTRODUÇÃO

Com a Constituição de 1988 a remodelagem do desenho federativo brasileiro traz novos sentidos à repartição de competências institucionais. Nele, ascende os entes municipais, reconhecidos como entes federativos e dotados de autonomia político-administrativo. Esse novo desenho institucional tem a visão de que em cima da proposta de desconcentração da figura do Estado unitário, visto que segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 87) o Estado é uno e indivisível, mas que está separado em poderes, composto por entes autônomos com o objetivo final de conseguir dar efetividade à gestão de pessoas, bens e serviços, conforme sejam os interesses que os definem: se federal, regional ou local. Dessa maneira, os municípios possuem importante papel de destaque frente à administração dos interesses locais, consoante está prevista na Constituição Federal.

Todavia, a realidade administrativa avança cada vez mais, emergindo novas questões que tem demandado ações cooperativas entre os entes federados. Percebeu-se que devido a globalização intensa e o avanço tecnológico as cidades tem se aproximado e compartilhado mais e mais de suas vivências locais, ao ponto de surgirem questões que extrapolam os limites dos interesses locais apenas de um único município.

A ideia de regionalização vem não no sentido de contrariar ou enfraquecer a divisão institucional da Administração Direta, no que diz respeito à gestão de bens, serviços e de pessoas em obediências à lei e conforme a prossecução do interesse público, mas sim fortalece a compreensão de que a autonomia constitucionalmente reconhecida aos entes está envolto precipuamente da necessidade de cooperação institucional, o que irá justificar, em outras palavras, um plano de desenvolvimento integrado.

Nesse contexto, é promulgada a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole e cuida de delimitar conceitos sobre o que se entenderá sobre região metropolitana, função compartilhada de serviços de comum interesse, governança interfederativa, plano de desenvolvimento urbano integrado etc.

Acontece que mesmo se tratando de contextos urbanos-administrativos que envolvem interesses de uma determinada região, composto por vários municípios que não necessariamente representam todo o Estado, tem-se apercebido por meio de estudo do IBGE que as potencialidades de desenvolvimento integrado de certos locais do país não são devidamente explorados, afinal, o seu reconhecimento e sua disciplina parte em um primeiro momento da sua criação legal pelo Estado federativos, conforme competência reconhecida pela Constituição no seu art. 15, §3º.

A proposta do presente trabalho é de delimitar como que é reconhecida essa potencialidade interfederativa a partir do estudo da Micro Região dos Lagos no Rio de Janeiro, tendo como centro o município de Cabo Frio. Pergunta-se em que medida a aplicação da gestão interfederativa, valendo-se do plano de desenvolvimento integrado naquela região contribui para um crescimento regional, ao ponto de suprir também a necessidades de municípios menores e distritos que estão crescendo e dependem economicamente de políticas públicas dos municípios maiores. Se

propõe também esclarecer como que a ideia de cooperação interfederativa por meio da disciplina legislativa consegue fazer força para evitar que haja desproporções na interferência dos demais entes federados que, por vezes, acabam administrando questões de interesse regional que não deveria lhes ser devido, dado a peculiaridade da potencialidade de gestão interfederativa local.

Para tanto, o objeto da presente pesquisa se limitará sobre a principal potencialidade que envolve toda a Região dos Lagos – o transporte público coletivo intermunicipal. Será discriminado todas as suas peculiaridades e dificuldades, a fim de trazer ao leitor esclarecimento sobre como que vem acontecendo a gestão do transporte público coletivo intermunicipal naquela região e como que essa forma, desprovida da ideia de gestão interfederativa, acaba estagnando toda a desenvoltura potencial de uma verdadeira microrregião. Ainda, será discutido em que medida a legislação tem os instrumentos necessários para munir os entes federados de meios capazes de explorar ao máximo suas funções públicas e serviços de interesse comum (FPICs).

Dessa maneira, será utilizado preferencialmente de estudo comparativo bibliográfico com a análise legislativa vigente. Parte-se da hipótese que a Região dos Lagos atualmente possui um dos maiores índices potenciais de gestão interfederativa do país, ao ponto de que a tomada de decisões políticas municipais interfere, embora indiretamente, na gestão político-administrativa dos demais entes. Não ao ponto de haver usurpação de competência e violação do pacto federativo horizontal, mas sim na proporção de que as funções públicas e serviços daqueles entes que estão quase que na sua totalidade interligados, sejam por questões culturais, geográficas e históricas, como se verá a diante.

## 1 CABO FRIO: UM VERDADEIRO AGLOMERADO URBANO FLUMINENSE

Rediscute-se as potencialidades socioespaciais e políticas dos municípios que compõe a microrregião fluminense, institucionalizada pelo Estado do Rio de Janeiro. A Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997, dispõe sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, bem como sobre o que se entenderá por microrregião dos lagos, definindo as funções públicas e serviços de interesse comum (FPICs).

A Lei Complementar terá sua redação posteriormente alterada pela lei complementar nº 133, de 15 de dezembro de 2019, que delimita com maior precisão os municípios componentes da Região dos Lagos. A microrregião é formada pelos municípios de Cabo Frio, Araruama, Armação de Búzios, Arraial do Cabo, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Saquarema e Silva Jardim. Todos estes entes municipais foram postos juntos tendo em vista a possibilidade de planejamento e execução das FPICs, segundo a legislação<sup>1</sup>.

O desenvolvimento socioespacial e econômico da microrregião lagos era fato evidente, muito antes da sua institucionalização em 1997. Porém, somente a partir da Constituição Federal

<sup>1</sup> Para mais informações ver: art. 2º da Lei Complementar nº 133, de 15 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/820932/lei-complementar-133-09>. Acesso em: 17 fev.2020. (RIO DE JANEIRO, 2009a).

de 1988 que, pela primeira vez, o Estado do Rio de Janeiro utilizou-se da sua nova competência constitucional para instituir formalmente a microrregião dos Lagos<sup>2</sup>. Por meio da Lei Complementar nº 87/97, posteriormente modificada pela LC nº 105/02, criou-se o Conselho Deliberativo da microrregião dos Lagos (CDML). Trata-se de órgão formado por 16 membros que são submetidos primeiramente à Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (ALERJ) e nomeados pelo Governador, com mandato de 02 (dois) anos<sup>3</sup>.

No que tange à Microrregião dos Lagos fica em maior evidência a cidade de Cabo Frio que desenvolveu-se de forma progressiva desde 1990, ao ponto de ser levada em consideração como um centro de aglomeração urbana. É um período onde os *royalties* do petróleo estão em alta no mercado internacional. Desta última vez, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2015, p. 68) tem atentado ao processo de urbanização brasileiro, que tem cada vez mais tomado grandes proporções, e chegou a classificar o município de Cabo Frio como uma das novas aglomerações urbanas, embora não metropolitana, que devem ser melhor acompanhada de perto.

Segundo a pesquisa técnica, Cabo Frio tem reflexos de novos processos de divisão técnica e territorial de trabalho. Seu maior efeito acaba sendo a atração de relações mais complexas entre os municípios vizinhos, sejam eles contínuos ou não. O que chama atenção é o fato de possuir característica de nítido processo de metropolização, o que é possível no atual contexto do Rio de Janeiro onde não mais necessariamente ter-se-á uma região metropolitana com uma única metrópole figurando como possível polo no contexto estadual (TERRA; SOUZA, 2017, p. 818).

O Estatuto da MetrÓpole possui os critérios intrínsecos e extrínsecos para a formalização de novas Regiões Metropolitanas (RM) no país. Dentre os requisitos, as RM deverão apresentar relevantes demandas socioeconômicas e políticas, bem como possua influência nacional ou regional figurando, no mínimo, como área de influência, segundo os dados a serem definidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2015, p. 69)<sup>4</sup>.

A proposta é de apresentar a Microrregião dos Lagos como potência socioeconômica e política, que está pretendendo preencher aos requisitos da institucionalização de uma nova RM do Rio de Janeiro. Portanto, se faz importante fazer uma análise do seu contexto juspolítico e econômico a partir dos estudos recentes do IBGE intitulado de Arranjos Populacionais e Concentrações Urbanas do Brasil. Este estudo técnico tem alvo na identificação de novas aglomerações urbanas em potencial no país<sup>5</sup>. Antes de adentrar-se especificamente nas considerações técnicas ou limitações

2 Para mais informações ver: art. 25, §3º da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 fev. 2020. (BRASIL, 1988).

3 Para mais informações ver: art. 3º da Lei Complementar nº 105, de 04 de julho de 2002, que dispõe sobre alteração da lei complementar nº 87, de 17 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/87467/lei-complementar-105-02>. Acesso em: 19 fev. 2020. (RIO DE JANEIRO, 2002).

4 Para mais informações ver: art. 2º, inciso V da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da MetrÓpole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 28 fev.2020. (BRASIL, 2015).

5 Segundo a pesquisa os arranjos populacionais, os de localização litorânea voltada para atividades turísticas e de veraneio constituem um modelo de urbanização próprio. Comumente, nota-se que as áreas urbanizadas são contíguas ou muito próximas umas das outras e que acompanham a orla marítima. Essa característica é reforçada quando se observam os dados, pois, dos 49 municípios envolvidos, apenas cinco não possuem contiguidade (3 km ou menos) de suas manchas urbanizadas principais em relação aos demais municípios. Tal característica, porém, nem sempre é acompanhada por movimentos pendulares intensos para trabalho e estudo. São arranjos que expandiram seus

desta será rediscutido o desenvolvimento do município de Cabo Frio e seus entornos.

CF se mostrou como um dos municípios de grande relevância nacional, no que tange ao desenvolvimento regional. Os repasses de royalties de petróleo agregados ao orçamento municipal o colocam em posição de destaque entre as cidades consideradas de médio porte. A Agência Nacional de Petróleo (ANP) considerou Municípios ricos na Microrregião dos Lagos no ano de 2014 aqueles que recebem monta não inferior a R\$ 45 milhões de reais, dentre os quais Cabo Frio despontou com valor real final de R\$ 208,6 milhões.

**Tabela 1** – Royalties em reais (corrigido pelo IGP-DI)

MUNICÍPIO/ESTADO	ANO	VALOR CORRENTE	VALOR REAL
CABO FRIO/ RJ	2014	R\$ 197.868.413,00	R\$ 208.604.428,73
ARMAÇÃO DE BÚZIOS/ RJ	2014	R\$ 72.488.760,97	R\$ 76.416.833,93
ARARUAMA/ RJ	2014	R\$ 10.872.449,73	R\$ 11.458.352,90
IGUABA GRANDE/ RJ	2014	R\$ 7.438.701,85	R\$ 7.839.569,98
SÃO PEDRO DA ALDEIA/ RJ	2014	R\$ 10.300.006,78	R\$ 10.855.065,03
SAQUAREMA/ RJ	2014	R\$ 15.815.871,44	R\$ 16.602.454,85
ARRAIAL DO CABO/ RJ	2014	R\$ 45.041.384,09	R\$ 47.487.896,22

**Fonte:** Distribuição Royalties (AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLIO, 2020).

No ano de 2018 o total percebido pelo município de Cabo Frio não foi tão diferente da capital, sendo R\$ 152,7 milhões contra 175,1 milhões. Portanto, partir-se do pressuposto que CF pode ser considerado o município com mais recursos da Microrregião dos Lagos e que chama atenção por se encontrar geograficamente no epicentro do desenvolvimento da região. A sua categorização de polo regional começa no final da década de 1990.

A crítica ao estudo técnico do IBGE está na ausência da fundamentação teórica e histórica do município, necessários na compreensão do seu real enquadramento como aglomeração urbana. Pelo instituto a reclassificação de CF leva em consideração apenas dois aspectos: 1) densidade demográfica e 2) proximidade física dos centros populacionais (PINHEIRO, 2016, p. 17-18). Sem essa devida análise, não se vislumbra a amplitude das FPICs daquela região, muito menos as demandas dos municípios as redondezas, que clamam por novas estratégias de arranjos regionais cada vez mais eficientes e modernos.

Não se tem um conceito delimitado de aglomeração urbana, sendo verdadeiro ponto comum trabalhado por diversos ramos do conhecimento: como a geografia, a demografia etc. Com o Estatuto da Cidade, no âmbito jurídico, o termo ganha delimitações legais, sendo a unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de dois ou mais municípios limítrofes, que possuem uma complementariedade funcional entre si (ambiental, geográfica, política e socioeconômica)<sup>6</sup>. Dessa maneira, a compreensão de aglomeração urbana está além da ideia trazida pelo IBGE que

tecidos urbanos para atender à demanda de veraneio de grandes metrópoles próximas. Cabo Frio/RJ juntamente com Araruama/RJ formam o segundo maior conjunto, com 464 236 pessoas, seguido do Arranjo Populacional de “Caraguatatuba - Ubatuba – São Sebastião/SP”, com 281 779 pessoas.

<sup>6</sup> art. 2º, inciso I da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 28 fev. 2020. (BRASIL, 2015).

prima por aspectos puramente geográficos de densidade populacional, isto é, técnicos.

O município de CF, o sétimo mais antigo do Brasil, teve desde seus primórdios de colonização a produção voltada para o sal, algumas variedades de passeios turísticos e, a partir da década de 80, é que o contexto produtivo sofre mudanças significativas. Nesse mesmo íterim, CF tem sua densidade demográfica progressivamente aumentada, chegando a sofrer o processo de *periurbanização* (TERRA; SOUZA, 2017, p. 812-813). Este fenômeno trouxe novos olhares sobre a cidade, não se limitando mais a um centro urbano, mas surge uma complexização das relações urbanísticas ao seu derredor e incorre nos fluxos intra e interurbanos com os municípios vizinhos em uma teia de interdependência política e econômica (PINHEIRO, 2016, p. 50).

Fala-se de um processo histórico que favorecem o reconhecimento de forma mais assídua da Microrregião dos Lagos, principalmente considerando os arredores de CF, como verdadeira aglomeração urbana. O município de CF não mais consegue se ater no planejamento urbano apenas de suas estruturas internas, mas acompanha um verdadeiro planejamento regional (intraurbana e interurbana).

CF se tornou o polo regional da Lagos devido as suas características socioeconômicas e seu posicionamento geográfico. O município faz limites com os municípios de Arraial do Cabo, Armação de Búzios, São Pedro da Aldeia, e o distrito de Tamoios. O município sempre se mostrou bastante atrativo perante os olhos da Coroa Portuguesa e dos demais estrangeiros, pois ofertava uma localização estratégica para a navegação, abrigo de embarcações contra ventanias e marés, e facilidade de extração de pau-brasil nas matas (PINHEIRO, 2016, p. 57).

O primeiro planejamento urbano do município vem com os projetos do engenheiro Major Bellegard a partir de 1822. O projeto estava voltado para construção do farol na ilha de CF e a regularização das ruas principais. A economia do município estava na agricultura, fomentada pela cultura da escravatura. Após a sua abolição restou apenas a exploração comercial do sal e a sua industrialização. Procurando outras atividades lucrativas o município começou a desenvolver os polos de turismo e na implantação da estrada de ferro (PINHEIRO, 2016, p. 60).

Surge então no século XIX a primeira política de mobilidade com a construção da nova ferrovia Niterói-Cabo Frio. Concomitantemente, foi inaugurada a Rodovia Amaral Peixoto, com objetivo de facilitar o escoamento dos produtos de sal com destino principalmente ao município do Rio de Janeiro (MONIÉ, 2003, p. 55). No ano de 1943, o Governo do Rio de Janeiro elaborou o primeiro plano de urbanização das cidades fluminenses, apresentado no escritório Coimbra Bueno.

**Foto 1** – Plano de urbanização de Cabo Frio e de zoneamento<sup>7</sup>

**Fonte:** (Fundação Getúlio Vargas, 2009).

Tratava-se de plano onde, pelos técnicos da época, já se levava em consideração os municípios limítrofes e suas potencialidades econômicas e turísticas. Neste mesmo, ano o Governo de Getúlio Vargas, foi criada a Companhia Nacional de Álcalis, localizada no município vizinho Arraial do Cabo, que naquele período fazia parte do distrito de CF. Tamanha empreitada à nível nacional trouxe uma explosão no desenvolvimento urbano e social para aquela região. Em 1960, CF ganha duas novas grandes usinas de beneficiamento de sal que já abasteciam todo o país (PINHEIRO, 2016, p. 63).

O turismo foi fator preponderante também na expansão territorial e econômica do município. Conhecida internacionalmente por suas belezas naturais e praias cristalinas, a circulação de pessoas explodiu consideravelmente com a inauguração da Ponte Rio-Niterói, no ano de 1974. Assim, a nova condição de circulação trouxe uma demanda comum para o município de CF e arredores – *mobilidade urbana* (PINHEIRO, 2016, p. 66).

A participação dos municípios na repartição dos *royalties* de petróleo, segundo o IBGE, trouxe para os municípios da região litorânea do Rio de Janeiro um movimento migratório intenso, em razão da busca por trabalho.

A descentralização-administrativa que vingou a partir da Constituição Federal de 1988 destacou um novo modelo gerencial da coisa pública no país. Tanto os Estado quanto os Municípios ganharam maior autonomia para a formalização de regiões de desenvolvimento conjuntivo – Regiões Metropolitanas, aglomerados urbanos e Microrregiões (CORDEIRO, 2016, p. 87).

O objetivo é trazer para o nível federativo uma nova política legislativa que efetivasse melhorias no que tange à gestão de políticas urbanas de comum interesse, dada uma regionalidade com características socioeconômicas e política própria reconhecidas. Nesse âmbito, a competência

<sup>7</sup> Disponível no acervo público da Fundação Getúlio Vargas (2009).

para formalização passou a ser dos Estados. A nível estadual, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 1989 (CE-RJ) prevê que a criação se dará por meio de lei complementar. Deve ser observado que a formalização visa precipuamente assegurar a concretização de políticas públicas urbanas de interesse comum da região<sup>8</sup>.

A LC nº 87/97, que além de institucionalizar a RM do Rio de Janeiro e da Microrregião dos Lagos (aqui contemplado CF), trouxe uma estrutura legal e uma gestão interfederativa que nunca foram efetivadas. A legislação não delimitava com certeza técnica o que seria considerado Região Metropolitana ou aglomerado urbano ou Microrregião. Dessa maneira, tecer-se-á no próximo tópico como se deu as bases da gestão interfederativa (horizontal e vertical) na região Lagos e suas dificuldades.

## 2 DA POSSIBILIDADE DE GESTÃO INTERFEDERATIVA NA REGIÃO DOS LAGOS

Tema que tem trazido bastante discussão, no quesito cooperação interfederativa, tem sido a gestão dos interesses comuns de uma determinada região, onde há interesses e demandas socioeconômica comuns. Em nome do progresso e da modernidade, a proposta do novo regime interfederativo com a Constituição Federal não foi apenas de descentralizar as influências políticas dos entes, mas de atribuir aos entes, nos seus mais diversos níveis federativos, uma maior autonomia e liberdade em suas escolhas políticas.

Glauber Cordeiro, no seu estudo acerca das Regiões Metropolitanas e o papel dos parlamentos metropolitanos na governança interfederativa, traz uma noção diferenciada sobre a visão do papel desempenhado por cada ente federativo. Para o autor, não é digno sustentar que cada ente está equilibrado, seja no sistema vertical ou seja no horizontal. A União acabou detendo para si a maior parte dos instrumentos capazes de gerar receitas, enquanto que aos municípios foi deixada a mais árdua das tarefas: cuidar do interesse local e ainda contar com recursos para atender as demandas internas. Se já não bastasse haver esta tarefa complexa, a possibilidade de constituir uma Região Metropolitana ou um Aglomerado urbano pode se apresentar como um ponto positivo ou negativo (CORDEIRO, 2016, p. 38-40).

Positivo porque a cooperação na gestão de FPICs contribui para aqueles municípios menores conseguirem se desenvolver e comporem uma malha urbana contínua progressista. Contudo, pode ser extremamente negativo sob a ótica que os municípios com maior influência acabam vindo a exercer uma gestão monopolizada, voltando os interesses da gestão interfederativa para os seus próprios particulares.

Diante dessa nova perspectiva que recai sobre a Microrregião dos Lagos há um entendimento maior a qual nós aqui nos filiamos que é a da consolidação de uma gestão empresarial do ente municipal. Explica-se melhor: os gestores municipais necessitam encontrar soluções alternativas para contornar estes obstáculos econômico-financeiros. O primeiro, se mantém inerte

<sup>8</sup> RIO DE JANEIRO. Art. 75 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (1989). Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70450>. Acesso em: 4 mar. 2020. (RIO DE JANEIRO, 1989).

e permanecem na perspectiva arriscada de contar com os recursos extras junto aos entes estaduais e à União para atenderem as demandas populares. A segunda alternativa seria os gestores assumirem uma posição proativa frente a busca de alternativas de gerar receitas e conseguir desenvolver novos contextos administrativos que tragam uma dinamização e maior eficiência na prestação das políticas públicas municipais<sup>9</sup>.

É considerado que a gestão interfederativa vem com essa proposta de tornar os coparticipantes das Regiões Metropolitanas verdadeiros empreendedores, sem que percam seu caráter público (CORDEIRO, 2016, p. 112). A necessidade populacional força cada vez mais os gestores a buscar investir nas suas potencialidades. A Microrregião dos Lagos tem cada vez mais demandado políticas de mobilidade urbana, isso em razão da prática do turismo, transporte de cargas de diversos produtos (petroquímicos, salinos, etc.) além de contemplar uma massa de trabalhadores que trabalham nas indústrias ou que residem na região e laboram em outros municípios vizinhos. A demanda pelo transporte rodoviário superou o ferroviário ao ponto de que é de interesse comum de toda microrregião a oferta regular e eficiente do transporte rodoviário intermunicipal.

A possibilidade de formalizar essa interação entre os entes, de fato, já existia antes mesmo da Constituição Federal de 1988. Contudo, pode ser considerada o marco histórico da era da gestão pública empreendedora como meio de consecução dos interesses públicos locais. A tendência é de cada vez mais o gestor, principalmente o municipal, criar estratégias empreendedoras para atrair o empresário e formar as parcerias ou captar atenção dos demais entes públicos e criar um sistema de cooperação, como, por exemplo, os consórcios públicos e as regiões metropolitanas (CORDEIRO, 2016, p. 44-46)<sup>10</sup>.

Apesar de haver uma legislação genérica e abstrata, não há no Estado do Rio de Janeiro nenhuma aglomeração urbana formalmente reconhecida. Acredita-se que ainda persistem muitas dúvidas técnicas acerca da conceituação de termos próprios entre RM, aglomerações urbanas e Microrregiões, principalmente na visão do corpo legislativo estadual (CORDEIRO, 2016, p. 39-40). O que para o presente estudo não chega a ser relevante, pois uma vez que a região, juntada pelas demandas de interesse comum, consigam atender as suas perspectivas, o conceito certo de cada termo está em segundo plano. Tanto o planejamento regional quanto a gestão, nestes casos, almejam atender aos interesses públicos intermunicipais. Este fato tem sido cada vez mais relevante para a desenvoltura de novos processos de urbanização dos municípios da Microrregião Lagos (PINHEIRO, 2016, p. 102).

A pesquisa do IBGE sobre o município de CF possuir a potencialidade de um Aglomerado Urbano não é de todo errado, pois como visto, possui não apenas similitudes demográficas, mas também é preciso levar em consideração as peculiaridades históricas, urbanísticas e econômicas da

<sup>9</sup> A conjuntura da pretensão do constituinte (art. 25, §3º da CFRB/88) com a do legislador (Estatuto da Metrópole) é nitidamente de trazer uma nova concepção jurídica acerca da gestão interfederativa sob os moldes do modelo neoliberal. A ideia é de atribuir a gestão um viés essencialmente de efetividade administrativa, tudo isso por meio do planejamento, estabelecimento de metas e resultados. Essa estruturação visa ao final a concretização do interesse público, em especial, do interesse público local. É denominado de *gestão pública gerencial*.

<sup>10</sup> Não há sombras de dúvidas que cada vez mais o processo administrativo municipal contemporâneo tem obrigado os gestores a desburocratizarem suas ações próprias, sob pena de caírem na ineficiência das políticas sociais.

região. Eventual caracterização de aglomeração urbana na Região dos Lagos depende, portanto, mais de uma institucionalização formal do que factual (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Agglomeração ou concentração urbana é formada por municípios ou arranjos populacionais que tem uma margem superior a 100 mil habitantes, sendo que será considerado de médio porte quando detiver uma população acima de 100 até 750 mil habitantes. Os municípios de grande porte são aqueles que contam com uma população superior a 750 mil habitantes. Note que os critérios do IBGE são nitidamente técnicos e consideração relevante apenas a densidade demográfica<sup>11</sup>. Discorda-se de forma parcial desse entendimento, como visto anteriormente, a consolidação de uma região para fins de desenvolvimento de interesses comuns leva tem outros pressupostos também indispensáveis, como o contexto econômico, social e político.

Dessa maneira, um reconhecimento de CF e municípios arredores como aglomerado urbano chama atenção para a institucionalização de um planejamento regional mais adequado. Como já explicitado, a lei complementar n° 87 não traz até hoje resultados significativos para a Região dos Lagos, limitando a expectativa de uma gestão cooperativa eficaz que está limitada apenas no papel.

Um grande benefício à região seria a potencializar seus interesses com arranjos institucionais consorciados, isso envolvendo a sociedade civil, institucionalização de órgãos deliberativos e consultivos a nível regional, maior troca de experiências entre as câmaras municipais que trariam discussões acerca de demandas públicas de interesses comuns. Isso demonstraria aspectos diversos da gestão pública, como por exemplo o transporte público, saneamento básico, coleta de lixo etc. (MONIÉ, 2003, p. 60).

Com a promulgação do Estatuto da Metrópole a situação da gestão dos territórios metropolitanos no Brasil passa a ter maior relevância. Até então muito se fazia confusão sobre os dispositivos genéricos constitucionais e faltava conteúdo mais técnico no sentido de deliberar a gestão intergovernamental com apoio de instrumentos regionais, como por exemplo o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI)<sup>12</sup>.

Dentre duas diretrizes o parágrafo único do art. 2° diz que caberá ao colegiado da Microrregião instituída decidir sobre a adoção do PDUI ou quaisquer outras matérias que tenham impacto na região. A LC n° 105 do ano de 2002 teria institucionalizado o Conselho Deliberativo da Microrregião dos Lagos (CDML), mas sem nenhum resultado prático efetivo voltado ao atendimento dos interesses comuns da Microrregião.

O Estatuto já traz uma imagem de Microrregião como uma facilidade de promoção de consórcios públicos entre os entes municipais envolvidos<sup>13</sup>. O que já é diferente quando se trata de

11 Para mais dados e informações acessar o site: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/cabo-frio/pesquisa/23/25207?tipo=ranking>.

12 art. 9°, inciso I da Lei n° 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 15 mar. 2020. (BRASIL, 2015).

13 art. 14, §3° da Lei n° 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei n° 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 19 mar. 2020. (BRASIL, 2015).

RM ou aglomerados urbanos. Estes já contam com uma visão mais especializada pela legislação, pois sua formalização visa integrar uma organização para o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comuns<sup>14</sup>, as microrregiões não foram aqui incluídas.

Trata-se de um ponto importante a ser debatido sobre o modo de visualizar o município de CF e a Região dos Lagos ao se querer tratar de governança interfederativa, o que ainda é muito debilitado nesta região. Legalmente, não se tem uma formalização do compartilhamento de responsabilidades e ações entre os entes da federação em termos de organização, planejamento e execução de FPICs (PINHEIRO, 2016, p. 104).

Talvez o maior desafio que os gestores públicos enfrentam atualmente, em nível de planejamento regional, seja o da governabilidade de regiões metropolitanas, aglomerados urbanos ou microrregiões. Isso se deve ao padrão ainda fragmentado que acaba sendo a praxe entre os municípios pertencentes a estas regiões de comum interesse. A ausência de uma formalização da governança federativa na Microrregião Lagos evidencia que mesmo os municípios dispostos em um contexto de compartilhamento de interesses ainda estejam contando com políticas públicas pontuais e fragmentadas. A situação contribui para o crescimento da lógica competitiva quando poderiam haver forças para o desenvolvimento regional equânime (CORDEIRO, 2016, p. 89).

Ao se considerar que a aglomeração urbana de CF pode lançar mão dos instrumentos dispostos no Estatuto da Cidade, de forma a racionalizar toda a gestão que é precária em toda a Microrregião Lagos, muitos problemas públicos comuns poderiam ser facilmente solucionados, como é o caso do transporte público intermunicipal que tem sido um dos gravames sociais da comunidade da Região dos Lagos. São diversos os fatores que fogem da realidade vivenciada pela sociedade bem como falta uma gestão mais equilibrada, capaz de implantar uma política mais condizente com a realidade da região (PINHEIRO, 2016, p. 105).

Há ainda especulações sobre a possibilidade dos aglomerados urbanos do norte do Estado do Rio de Janeiro estarem em um processo incipiente de metropolização. Isso porque suas taxas de crescimento, em relação ao crescimento urbano do Estado, têm chamado atenção. Entender se essa possível região metropolitana corresponderá a finalidade do Estatuto da Metrópole é interessante aqui considerar, pois não há dúvidas quanto a existência de interesses comuns, o que se pergunta é se será efetivo, visto que a formalização da Microrregião não rompeu com a fragmentarização das políticas, nem da falta de transparência e nem dos meios participativos dos diversos organismos sociais (TERRA; SOUZA, 2017, p. 831).

É o caso do consórcio intermunicipal Lagos São João, que é composto pelos prefeitos da Microrregião dos Lagos. A ideia é de trazer uma gestão cooperativa entre os seus associados, entidades da sociedade civil e empresas voltada para o meio ambiente. Visando dar maior efetividade a tutela da rica fauna e flora da região, sua formalização se deu em 1999 com auxílio da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável do Rio de Janeiro. A iniciativa chamou tanta atenção que hoje conta com a participação de outros municípios de outras regiões do

<sup>14</sup> art. 3º, caput da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 19 mar. 2020. (BRASIL, 2015).

Rio como Rio das Ostras, Rio Bonito, Silva Jardim e Cachoeira de Macacú<sup>15</sup>.

Dentre seus instrumentos o que mais teve repercussão foi a elaboração do Plano de Bacia. Trata-se da gestão interfederativa de recursos hídricos com propostas voltadas a identificação de ações, programas, projetos, obras e investimentos prioritários nas bacias hidrográficas e fontes hídricas da Região dos Lagos.

Além disso, mesmo ciente que há debilidade de uma gestão plenamente interfederativa na região, ainda assim a fragmentarização das ações tem se mostrado insuficientes. É o caso da criação do consórcio intermunicipal de Esporte da Região dos Lagos<sup>16</sup> que sequer chegou a ter uma viabilidade prática. Outra política pública de interesse bastante comum não apenas na região, mas em toda baixada fluminense é a saúde. Sabe-se que a precariedade de infraestrutura tem obrigado as pessoas a procurarem serviços de saúde na RM do Rio de Janeiro. Criou-se em 2009 o consórcio intermunicipal de saúde da baixada litorânea (CISBALI)<sup>17</sup> que envolve a maioria dos municípios da região dos lagos e da região costa do sol.

Nas demais áreas, a Região dos Lagos tem alguns pontos relevantes a serem aqui também considerados. Nela o setor com maior participação no Valor Adicionado Bruto (VAB) ainda é o industrial, com cerca de 52,4%, e se difere do restante do Estado do Rio de Janeiro, onde predomina os serviços comerciais (51,2%), conforme os dados do observatório de gestão do SEBRAE-RJ que se propôs a montar um painel regional da Microrregião dos Lagos. Ainda assim, CF concentra 33% dos centros comerciais formais de toda região e mais da metade das empresas operantes (PAINEL..., 2016).

O município de CF apresentou o maior PIB (Produto Interno Bruto) dentre todos os demais municípios da Microrregião Lagos em 2015, com quase R\$ 17 bilhões. É o responsável por 54% de todo PIB da região.

Em contrapartida, verificou-se que a região carece de medidas e instrumentos que visem a eficiência de políticas públicas voltadas a áreas urbanas. Isso porque como dito antes suas ações tem sido ainda isoladas, deixando de lado uma possível gestão intergovernamental mais estruturada. O TCE chega a fazer algumas notas no ano de 2014, atestou que todos os municípios da Região Lagos apresentaram despesas acima das receitas arrecadadas. CF está no 1º lugar do ranking com uma receita média declarada de R\$ 884 milhões contra R\$ 931 milhões de despesas, contando com uma autonomia financeira de apenas 32% (PAINEL..., 2016, p. 11).

Considerando o motivo trabalho um fator determinante, o aglomerado urbano de CF abrange considerável fluxo pendular de deslocamento urbano entre os municípios da região e

15 CABO FRIO. Lei municipal nº 1.492, de 14 de dezembro de 1999, que dispõe sobre a autorização da participação do município de Cabo Frio na constituição do Consórcio Intermunicipal para Gestão Ambiental das Bacias da Região dos Lagos. Disponível em: [http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/12454/LEI\\_1492\\_1999\\_0000001.pdf](http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/12454/LEI_1492_1999_0000001.pdf). Acesso em: 27 mar 2020. (CABO FRIO, 1999).

16 CABO FRIO. Lei municipal nº 2.208, de 05 de agosto de 2009, que dispõe sobre a autorização a participação do município de Cabo Frio na constituição do consórcio intermunicipal de esporte-região dos lagos, e dá outras providências. Disponível em: [http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/15758/LEI\\_2208\\_2009\\_0000001.pdf](http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/15758/LEI_2208_2009_0000001.pdf). Acesso em: 27 mar. 2020. (CABO FRIO, 2009).

17 Com ratificação pela lei municipal de Cabo Frio nº 2.547, de 20 de janeiro de 2014, que ratifica o protocolo de intenções firmado pelo município de Cabo Frio para constituição do consórcio intermunicipal de saúde da baixada litorânea - CISBALI, nos termos e condições que menciona. Disponível em: [http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/17411/LEI\\_2547\\_2014\\_0000001.pdf](http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/17411/LEI_2547_2014_0000001.pdf). Acesso em: 2 abr. 2020. (CABO FRIO, 2014).

até mesmo à RM do Rio de Janeiro. O que se observa é que essa pendularidade é estrita, ou seja, por conta da proximidade física entre os municípios. Levando em consideração a distância entre os centros urbanos, de Cabo Frio até Armação de Búzios temos não mais de 20 km, até Arraial do Cabo são 12 km, até São Pedro da Aldeia são 12 km, até Iguaba Grande são 26 km e até Araruama são 40 km (AZEVEDO; LOBO, 2015, p. 45-78). Será uma discussão a ser aprofundada no próximo tópico.

### **3 DA POLÍTICA DE MOBILIDADE URBANA: TRANSPORTE PÚBLICO INTERMUNICIPAL NA MICRORREGIÃO DOS LAGOS**

#### **3.1 DA POLÍTICA DE TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL NA REGIÃO DOS LAGOS**

Não há dúvidas de que dentre as FPICs de todas as regiões metropolitanas no país a mobilidade urbana é reconhecida como sendo um dos seus eixos principais<sup>18</sup>. Mais ainda, a mobilidade urbana sempre foi demasiadamente importante na caracterização da Microrregião dos Lagos. Exponencial imprescindível já que, dentre as principais atividades econômicas ali desenvolvidas, estão o turismo, indústria e a locomoção de trabalhadores urbanos.

Todavia, o transporte urbano intermunicipal dentro da Microrregião dos Lagos sempre fora um grande desafio para a população. Um dos maiores conluios empresariais de transporte dominam até hoje a região. Duas são as empresas de ônibus, as únicas responsáveis pela execução da política pública de mobilidade urbana intermunicipal pública, mas também são as duas únicas que monopolizam toda a atividade.

A viação Salineira (também conhecida como Viação SMS – Salineira, Montes Brancos e São Pedro da Aldeia) e a auto viação 1001 são as duas empresas que oferecem o transporte público intermunicipal. Somente a Salineira é a que, além de ter linhas intermunicipais, também possui linhas municipais nas cidades de Cabo Frio, São Pedro da Aldeia e Araruama. Para fins de dar melhor recorte à discussão para aprofundar nas problemáticas existentes dentro da região dos Lagos, o presente estudo se concentrará na Viação Salineira.

Qual a problemática aqui debatida? A do abuso do aumento das tarifas de ônibus intermunicipais e qual sua relação com o plano de desenvolvimento integrado para a região no que tange aos transportes públicos intermunicipais. Tem-se o conhecimento de que esse aumento cada vez mais é reconhecido como abusivo pela população. Um círculo vicioso que não tem fim por uma série de fatores, dentre eles a perda na concorrência do transporte público pelo privado. Isso se agrava mais ainda quando se está diante de serviços públicos prestados sem a devida qualidade e eficiência que delas se espera.

---

<sup>18</sup> O Estatuto da Metrópole tutelou um caso específico aonde se tem duas cidades gêmeas localizadas nas fronteiras com outros países. Nesse viés é dever da União garantir a mobilidade urbana, enquanto FPIC voltado ao desenvolvimento urbano. Vide: art. 16 da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 15abr. 2020. BRASIL, 2015).

Para melhor ilustrar o aumento das tarifas decorrem da correlação que existe entre o custeio dos insumos, o número de passageiros efetivamente pagantes e a concorrência. Como na Microrregião dos Lagos não há uma concorrência para a empresa Viação Salineira, então sobre a esta lidar com a concorrência do transporte privado. A ausência do elemento concorrência, no campo da econômica, automaticamente reflete um serviço de péssima qualidade, prestado de qualquer maneira.

Não obstante, o caráter desafiador está na consecução de uma política pública de longo prazo sem drásticas alterações para o transporte coletivo urbano, seja ele municipal ou intermunicipal. As novas dinâmicas que nascem da sociedade necessariamente terão reflexo nas tarifas de ônibus. Nesse sentido é que se pretende aqui discutir a possibilidade de gesticular essa demanda sob a ótica de uma governança interfederativa na Microrregião dos Lagos.

No Estado do Rio de Janeiro foi instituída uma autarquia estadual, vinculada à Secretaria de Estado de Transportes, que possuirá competências para fazer concessões, dar permissão, autorização, planejamento, coordenação, fiscalização, inspeção, vistoria e administração dos serviços intermunicipais de transporte de passageiros. A DETRO (Departamento de Transportes Rodoviários) cuida da fiscalização de aproximadamente 90 empresas de ônibus que operam em mais de 1.200 linhas<sup>19</sup>.

O DETRO tem sido o órgão executor responsável pela fiscalização e implementação do transporte coletivo urbano intermunicipal também da Região Lagos. Fazendo uma comparação nestes últimos 10 anos em 2009 o valor da tarifa de ônibus intermunicipal que faz conexão com os municípios de Cabo Frio, Armação de Búzios, Arraial do Cabo, São Pedro da Aldeia, Iguaba Grande e Araruama era de R\$ 3,15 (três reais e quinze centavos)<sup>20</sup>. Em 2019 o mesmo itinerário acima descrito sofreu diversos reajustes tarifários, chegando à monta atual de R\$ 5,40 (cinco reais e quarenta centavos)<sup>21</sup>. Dentro destes últimos 10 anos o coeficiente de reajuste tarifário foi não menos que 0,7142.

Depreende-se que os coeficientes tarifários das linhas e seções do sistema de transporte coletivo rodoviário intermunicipal acabam recebendo um tratamento diferenciado pela DETRO quando se trata de serviços prestados dentro da RM do Rio de Janeiro e dos serviços rodoviários não metropolitanos. De fato, essa distinção acaba corroborando para a vulneração da população de outras regiões fora da metropolitana, como é o caso da Região Lagos. Afinal, a Microrregião possui peculiaridades que a distinguem completamente das diretrizes perseguidas pela autarquia que generaliza as demandas metropolitanas para o resto dos municípios.

Essa falta de estudo técnico tem propiciado um retardamento da política urbana coletiva

19 RIO DE JANEIRO. Lei Estadual nº 1.221, de 6 de novembro de 1987, que dispõe sobre a criação do departamento de transportes do Estado do Rio de Janeiro – DETRO/RJ e da outras providências. Disponível em: <https://gov.rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90993/lei-1221-87>. Acesso em: 15 abr. 2020. (RIO DE JANEIRO, 1987).

20 Portaria DETRO/PRES. Nº 915, de 12 de dezembro de 2008. Dispõe sobre a autorização de novas tarifas para o sistema de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.detro.rj.gov.br/uploads/portarias/Portaria%20915-08%20-%20Reajuste%20tarifario.pdf>. Acesso em: 17abr. 2020. (RIO DE JANEIRO, 2008).

21 Portaria DETRO/PRES. Nº 1448, de 6 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre autorização de novas tarifas para o sistema de transporte rodoviário coletivo intermunicipal de passageiros no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.detro.rj.gov.br/uploads/portarias/Portaria%201448.pdf>. Acesso em: 15/04/2020. (RIO DE JANEIRO, 2019b).

intermunicipal. No dia 16 de novembro de 2015 aconteceu na escola municipal Professor Edilson Duarte, em Cabo Frio, audiência pública nº 01/15, promovido pela DETRO, com objetivo de colher um *feedback* populacional para construção dos futuros editais de licitação para concessão de serviços públicos de exploração de transporte rodoviário intermunicipal coletivo pelos próximos 20 anos.

Uma das teclas mais batidas nesta audiência foi se a empresa vencedora apresentaria planilha de valores de tarifas diferenciadas para as linhas que tenham menor quilometragem do que as demais<sup>22</sup>. Diferentemente da RM do Rio de Janeiro que contam com uma gama de empresas concorrentes, a Microrregião dos Lagos sempre esteve servida apenas dos serviços da viação Salineira. Seus itinerários obedecem às disposições intermunicipais da DETRO, ainda que a quilometragem entre os municípios seja inferior à da RM do Rio.

A título exemplificativo, o ônibus que faz integração entre os municípios de Cabo Frio e São Pedro da Aldeia tem tarifa de R\$ 5,40. A mesma tarifa é cobrada em outra linha que faz a integração entre Cabo Frio e Saquarema. A diferença em quilômetros partindo de Cabo Frio entre os municípios de São Pedro da Aldeia e Saquarema é de 51 km. Em outras palavras, é dizer que existe uma disparidade entre os reais custos de insumos necessários (diesel, pneus, óleo, manutenção, etc.) em relação ao valor que é cobrado na tarifa. Os municípios mais próximos de Cabo Frio possuem uma distância de não mais que 12 km, menos de 15 minutos de viagem. Todavia, a divisão limítrofe municipal estaria legitimando a Viação Salineira a tabelar uma tarifa desproporcional nos moldes metropolitanos.

Sendo a única empresa de transporte que ali domina a região a população não tem outra escolha, senão render-se aos constantes reajustes tarifários que destoam da realidade da região. O que fica evidente é que dentre a institucionalização da DETRO não se tem uma distribuição igualitária dos coeficientes tarifários, sem que se leve em conta os moldes metropolitanos do Rio de Janeiro. Questiona-se como solução uma possível institucionalização de um órgão próprio capaz de gerir uma política urbana coletiva intermunicipal que efetivamente atenda as necessidades da Região dos Lagos.

A ausência de concorrência e a precarização do serviço prestado acabam fomentando o desenvolvimento do mercado informal do transporte privado. A própria falta de fiscalização do DETRO é prova do crescimento informal da operação de vans e automóveis de passeio na região. A ineficiência fiscalizatória contribui para a oneração do serviço público de interesse comum, na medida em que a redução do número de passageiros resulta na perda do retorno aguardado pela empresa. É inegável que a necessidade de circular dentro da região é de suma importância para o desenvolvimento urbano e econômico, de modo que a sociedade acaba encontrando outras formas, embora informais, para servir de uma política pública de natureza interfederativa comum.

Um dos grandes feitos que facilitou a vida dos cidadãos da RM do Rio de Janeiro foi a promulgação da Lei que institui o bilhete único nos serviços de transporte coletivo intermunicipal. O benefício de um valor único ainda é restrito a RM e não se aplica as demais regiões fluminenses<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Para mais informações acessar o DO nº 214, p. 29, de 24 de novembro de 2015 (RIO DE JANEIRO, 2015).

<sup>23</sup> RIO DE JANEIRO. Art. 1º da Lei Estadual nº 5.628, de 29 de dezembro de 2009, que institui o bilhete

A gestão dos interesses metropolitanos prevalece sobre os interesses das demais regiões, ao ponto de evidenciarmos aqui um certo desleixo político institucional.

Acredita-se que nessa medida, dada a tamanha relevância que a região dos lagos tem tomado, principalmente quando falamos na possibilidade de institucionalização de um aglomerado urbano, para solucionar estas questões que envolvem os interesses comuns dos municípios vizinhos seria interessante investir em uma gestão interfederativa própria. Não existe também por parte da DETRO um fomento que viabilize a competitividade dentro da prestação de serviços urbanos coletivos intermunicipais na microrregião dos Lagos, pois com ela a população terá serviços de maior qualidade sendo prestados. Outro agravante está na inefetividade das diretrizes políticas até então já constatados pela execução do DETRO quando consideramos que as concessões tem duração de longo prazo de 20 anos.

É imprescindível haver uma remodelagem do cenário político e interfederativo da Microrregião dos Lagos, para que de fato possa existir um plano de desenvolvimento urbano integrado capaz de atender as demandas comuns da Região dos Lagos. Algumas propostas serão aqui apresentadas com fins de buscar outras alternativas capazes de corroborar com a estimulação tanto da empresa para prestar serviços de qualidade por uma tarifa mais justa como também modernizar o serviço de transporte intermunicipal, de um modo mais condizente com a realidade local.

### **3.2 DA POSSIBILIDADE DE DESENVOLVIMENTO DE UM PLANO DE DESENVOLVIMENTO URBANO INTEGRADO PARA O TRANSPORTE INTERMUNICIPAL**

O Estatuto da Metrópole dispõe que será um dos instrumentos à disposição das RM e dos aglomerados urbanos a elaboração de um Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI) que, por sua vez, caracteriza uma gestão plena interfederativa com fins de estabelecer as diretrizes gerais de políticas públicas de comum interesse<sup>24</sup>. É inegável que a região dos lagos que ali se concentram verdadeiro aglomerado urbano ao redor de CF torna viável pensarmos em um processo constante de organização e planejamento, voltado a viabilização econômica e social de demandas econômicas e sociais comuns da região que estejam direta ou indiretamente ligadas a estruturação de uma regionalização política, como é o caso do transporte urbano coletivo intermunicipal.

O compartilhamento de responsabilidades e a pesquisa para obtenção de recursos tem se mostrado cada vez mais o melhor caminho para a Região dos Lagos pensar em uma alternativa de alterar positivamente o seu atual quadro de mobilidade urbana pública intermunicipal depreciada (CORDEIRO, 2016, p. 176). A desconstituição de um monopólio empresarial precisa ser não uma alternativa, mas uma decisão incisiva com fito de melhorar a própria qualidade da prestação de

---

único nos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na região metropolitana do estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/69d90307244602bb032567e800668618/76de911502259106832576a10060ff9f?OpenDocument>. Acesso em: 15 abr. 2020. (RIO DE JANEIRO, 2009b).

24 . art. 2º, inciso VI da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, que institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 29 abr. 2020. RIO DE JANEIRO, 2015).

serviços pelas viações de ônibus. Isso fará com que os próprios municípios venham a homogeneizar suas legislações de modo que a suas peculiaridades regionais sobressairão as adequações legislativas e políticas que a DETRO faz do contexto metropolitano para todas as demais regiões fluminenses.

Isso fará com que a própria região passe a administrar seus próprios interesses. A precarização do serviço prestado pela Viação Salineira fomenta o mercado informal de transporte privado ofertados por automóveis de passeios. Não é difícil encontrar diversos grupos em redes sociais que foram criados com esse propósito. Uma gestão interfederativa própria da região será capaz de propiciar a própria sociedade uma participação democrática. A ausência de fiscalização, que é uma ação demasiadamente deficiente por parte da DETRO na Região Lagos, pode voltar a atender as expectativas da razoabilidade e eficiência.

A institucionalização de uma entidade autárquica própria demandaria antes a criação de um aglomerado urbano ou de uma RM de Cabo Frio. Todavia, não descartamos que um órgão gestor da execução das diretrizes dos planos de desenvolvimento urbano integrado seria um importante viés para melhorar a qualidade dos serviços de transporte público na região. Necessário seria a criação de um parlamento especial regional para que houvesse essa troca de experiências entre as câmaras municipais dos entes participantes. Da mesma forma, o gestor regional ficaria incumbido de planejar ações empreendedoras. A captação de recursos e a criação de um fundo é imprescindível para a efetividade das propostas do plano de desenvolvimento. Certo que o órgão executor deverá não apenas contar com agentes técnicos, mas obrigatoriamente abrir portas as demais entidades sociais organizadas.

Uma das colunas basilares do constante reajuste tarifário vem da ausência da participação social. A DETRO disponibiliza apenas a realização de uma única audiência pública promovida nas regiões fora da RM do Rio de Janeiro. Significa dizer que desde sua institucionalização há uma desproporcionalidade política institucional para com as demais regiões fora da RM. É o que se explica quando tais órgãos sequer viabilizam os contratos de concessão, como é o caso da concessão à Viação Salineira.

Sem esse controle regional os reajustes acabam sendo feitos sem levar em consideração as reais demandas regionais, mas acabam reajustando apenas em cima das necessidades apresentadas pelas empresas de transporte. A DETRO tem disponibilizado planilhas tarifárias das empresas para justificar os reajustes anuais, mas essa prestação de contas é recente somente começou a partir de 2018. É possível verificar que a discriminação leva em consideração dois tipos de critérios: 1) o que seriam despesas mínimas para a prestação de serviços pelas empresas dentro da região metropolitana; e 2) o que seriam despesas mínimas para prestação dos serviços pelas empresas fora da região metropolitana<sup>25</sup>. O segundo critério acaba sendo servido de parâmetros amplos e abstratos para que se adequem as demandas regionais fora da RM. Contudo, sabe-se que essa não é a melhor alternativa de equilibrar os interesses sociais regionais e os interesses econômicos das viações de ônibus.

A solução possível pela institucionalização de um órgão interfederativo próprio da Região

---

<sup>25</sup> Para mais informações ver as planilhas tarifárias da DETRO/RJ do ano de 2019: (RIO DE JANEIRO, 2019a).

dos Lagos acaba sendo, por um outro viés, um desafogamento da centralização das competências da DETRO, que certamente seria mais eficiente se voltado apenas aos interesses da RM do Rio enquanto que fiscalizasse apenas as demais regiões a fora. A Política Nacional de Mobilidade Urbana<sup>26</sup> dispõe sobre outra alternativa acerca da precarização dos serviços de transporte urbano coletivo intermunicipal muito pouco explorado. Trata-se do financiamento por meio de recursos alternativos que visam o barateamento da tarifa e evitar o engessamento do setor público provenientes da União desde que preenchidas as diretrizes da PNMU.

Não se pode olvidar que uma das principais peculiaridades dos municípios que compõe a Região dos Lagos está na proximidade entre os municípios, ao ponto de que quilometragem deve ser preponderante na hora do tabelamento de preços que, inclusive, devem obrigatoriamente constarem nos editais de licitações. A viação Salineira utiliza-se do tabelamento único, isto é, a fixação de tarifas não mutáveis para uma mesma linha. A empresa leva em conta para o tabelamento apenas o critério da ultrapassagem dos limites intermunicipais.

Tem sido uma debilidade grande para a Região dos Lagos, pois que a ausência de fiscalização do tabelamento dos preços pelo critério da intermunicipalidade acaba extrapolando o binômio insumos x consumo, ou seja, não se tem, de fato, uma justiça social regional vigente.

Para além das soluções políticas faz-se necessário haver soluções econômicas e de fontes de financiamento que garantam o amplo acesso público aos serviços de transporte público intermunicipal. Chamamos atenção para a alternativa de revisões das políticas de estacionamento da cidade e/ou implementação de pedágios urbanos em vias para desestimular o transporte privado em detrimento da melhora da qualidade do transporte público (CARVALHO, 2016a, p. 24-27).

Neste caso pode os municípios instituírem um fundo específico para depositar os recursos advindos da exploração dos estacionamentos públicos. Trata-se de meio alternativo de verba que pode auxiliar muito na subsidiação das tarifas de ônibus. Tanto o estacionamento público quanto a implantação do pedágio são espécie de cobrança pelo uso do espaço público urbano. Certamente será um modelo de financiamento da executoriedade e manutenção do sistema de transporte público coletivo intermunicipal dentro da região, isso levando em consideração a necessidade de mobilidade constante entre os municípios vizinhos (característica importante dentro da Região dos Lagos) (CARVALHO, 2016b, p. 19-21).

Em outro viés, a política de gestão de estacionamento públicos e de pedágios serve como verdadeiro instrumento de desestímulo para o crescimento progressivo do uso de automóveis particulares, o que implica consequentemente em uma busca pelo melhoramento do serviço público de transporte. Como por exemplo: a implementação de tarifas em pontos estratégicos como faculdades, praias, shoppings e centros comerciais, podem favorecer a utilização do transporte público (GOMIDE; MORATO, 2011, p. 48-50). A implementação de pedágios não deixa de ser medida que diminui a escolha dos usuários pelo transporte privado. Assim, buscarão outros meios, como o transporte público intermunicipal.

<sup>26</sup> Art. 16 da Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que institui as diretrizes da Política nacional de Mobilidade Urbana e da outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm). Acesso em: 3 maio 2020 (BRASIL, 2012).

Há outro instrumento econômico perfeitamente adaptável para dentro de um modelo de governança interfederativa tem ligação com condução de subsídios provenientes da contribuição de intervenção no domínio econômico (CIDE - COMBUSTÍVEL) para o transporte público coletivo intermunicipal na região lagos. Há discussão acerca da chamada CIDE Municipal – PEC 159/2007. Por anos no país as políticas incentivaram a aquisição e o uso de veículos de passeio. Em contraponto, deixou-se de lado medida que obrigassem os empresários a trazer melhorias e uma constante eficiência e modernização dos serviços de transportes públicos, assim como um encarecimento das suas tarifas. Tamanho desequilíbrio econômico incorre no fomento do transporte ilegal, um dos núcleos da queda do número de usuários de ônibus.

A CIDE municipal se trata de uma contribuição direcionada para os usuários de transporte individual motorizado (automóveis e motocicletas) incidindo sobre a gasolina, o etanol e o gás natural veicular (GNV), este último bastante comum na Região dos Lagos. A criação de um fundo regional facilitaria o custeio de parte das operações de transporte público coletivo intermunicipal, contribuindo para uma redução significativa das tarifas (FREITAS, 2013, p. 379-392). Os benefícios são diversos, como: a redução de congestionamentos intermunicipais, melhorias na prestação de serviços de transporte, redução das tarifas cobradas, alívio dos orçamentos municipais e valorização de uma justiça social sobre o direito de mobilidade e circulação.

E, finalmente, uma vantagem considerável da Região dos Lagos está na participação que tem todos os municípios sobre os *royalties* de petróleo. Dados fornecidos pela Agência Nacional do Petróleo relevam que somente no ano de 2018<sup>27</sup> a Região dos Lagos teve um acúmulo de R\$ 456 milhões. Os municípios da região possuem um exponencial considerável dentro da participação dos *royalties* de petróleo. Caso interessante de abordarmos nesta discussão é a o do município de Maricá/RJ que é o único município brasileiro que conta com mais de 100 mil habitantes e que oferece ônibus com tarifa zero. Apesar de se tratar de ônibus municipal, o modelo pode ser aplicado sob a ótica regional, pois financia as tarifas de ônibus com a fundação da Empresa Pública de Transportes (EPT) que instituiu o passe livre para todos. Foi possível graças parte dos recursos recebidos da distribuição dos *royalties*<sup>28</sup>.

## CONCLUSÃO

É inegável que a Região dos Lagos, levando em consideração as potencialidades políticas, econômicas e sociais de Cabo Frio, exprimem uma relevante pertinência na ideia de institucionalização de um aglomerado urbano. Até então viu-se que a dinamização regional da Microrregião dos Lagos não trouxe de fato benefícios condizentes com a efetivação das FPICs.

Nesse âmbito, se torna interessante a retomada de dados que esclarecessem os exponenciais regionais presentes sob a ótica do Estatuto da Metrópole e do viés cooperativo da Constituição Federal de 1988. Dado maior grau de importância e autonomia aos entes municipais, abre-se novas

<sup>27</sup> Para mais informações, ver: Agência Nacional de Petróleo (2015).

<sup>28</sup> Para mais informações, ver: Agenda Ambiental na Administração Pública (2019).

portas através da governança interfederativa com fito de trazer um desenvolvimento para além do âmbito local, porém sem retirar o destaque ou a autonomia dos entes municipais.

Destaca-se o nascimento de uma nova figura: o gestor municipal. A partir deste recente cenário político institucional os agentes municipais necessariamente devem se qualificar como verdadeiros empreendedores e procurar meios alternativos de captação de recursos, utilizando os pontos fortes de cada localidade como o turismo, indústria, agricultura, etc.

Dentro da Região dos Lagos o transporte público coletivo intermunicipal é mais que uma demanda comum, é um fator preponderante e importante para garantia do desenvolvimento regional. Torna-se discutível a oferta do serviço de forma esparsa e incondizente com as reais necessidades sociais e econômicas da região. O órgão responsável DETRO vem faltando com a fiscalização e a execução necessária que garantem a prestação de um serviço de transporte intermunicipal de melhor qualidade.

Pensar em meios alternativos que privilegiem uma gestão mais interfederativa e cooperacional é um meio eficaz sob a ótica constitucional de assegurar a concretização das propostas de demandas de interesse comum. A presente discussão tratou de elucidar a importância regional da Microrregião dos Lagos e a sua relevância, não apenas para dentro do âmbito nacional, mas também para aquilo que está fora da RM do Rio de Janeiro, principalmente sob a ótica da política de transporte público coletivo intermunicipal.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS.

**Royalties.** Brasília: ANP, 2020. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/royalties-e-outras-participacoes/royalties>. Acesso em: 10 jun. 2019.

AGENDA AMBIENTAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - A3P. TRANSPORTE público gratuito em Maricá. Brasília: A3P, [2019?]. Disponível em: <https://a3p.eco.br/produto/transporte-publico-gratuito-em-marica/>. Acesso em: 27 jun. 2019.

AZEVEDO, Sergio; LOBO, Yolanda. O processo de fusão e o novo Estado do Rio de Janeiro: a questão institucional. *In*: RIBEIRO, Luis Cesar de Queiroz (org.). **Rio de Janeiro: transformações na ordem urbana.** Rio de Janeiro: Letra Capital; Observatório das Metrôpoles, 2015. p. 43-78. (Coleção Metrôpoles: Território, coesão social e governança democrática).

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e

6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm). Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015**. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113089.htm). Acesso em: 12 maio 2019.

CABO FRIO. **Lei municipal nº 1.492, de 14 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre a autorização da participação do município de Cabo Frio na constituição do Consórcio Intermunicipal para Gestão Ambiental das Bacias da Região dos Lagos. Cabo Frio: 1999. Disponível em: [http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/12454/LEI\\_1492\\_1999\\_0000001.pdf](http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/12454/LEI_1492_1999_0000001.pdf). Acesso em: 27 mar. 2020.

CABO FRIO. **Lei municipal nº 2.208, de 05 de agosto de 2009**. Autoriza a participação do município de Cabo Frio na constituição do consórcio intermunicipal de esporte-região dos lagos, e dá outras providências. Cabo Frio: 2009. Disponível em: [http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/15758/LEI\\_2208\\_2009\\_0000001.pdf](http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/15758/LEI_2208_2009_0000001.pdf). Acesso em: 15 mar. 2020.

CABO FRIO. **Lei municipal nº 2.547, de 20 de janeiro de 2014**. Ratifica o protocolo de intenções firmado pelo município de Cabo Frio para constituição do consórcio intermunicipal de saúde da baixada litorânea - CISBALI, nos termos e condições que menciona. Disponível em: [http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/17411/LEI\\_2547\\_2014\\_0000001.pdf](http://cabofrio.legislativomunicipal.com/arquivos/17411/LEI_2547_2014_0000001.pdf). Acesso em: 2 abr. 2020.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. **Aspectos regulatórios e conceituais das políticas tarifárias dos sistemas de transporte público urbano no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016a.

CARVALHO, Carlos Henrique Ribeiro de. **Desafios da mobilidade urbana no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016b.

CORDEIRO, Glauber de Lucena. **Regiões metropolitanas: o papel dos parlamentos metropolitanos na governança interfederativa do Estatuto das metrópoles (lei nº 13.089/15)**. Rio de Janeiro Lumen Juris, 2016.

FREITAS, André Luís Policani. Assessing the quality of intercity road transportation of passengers: an exploratory study in Brazil. **Transportation Research Part A- Policy and Practice**, New York, v. 49, p. 379-392, mar. 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Plano Amaral Peixoto de urbanização das cidades fluminenses etapa inicial**. 2009. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/arquivo-pessoal/AVAP/audiovisual/plano-amaral-peixoto-de-urbanizacao-das-cidades-fluminensesetapa-inicial>. Acesso em: 11 jun. 2019.

GOMIDE, Alexandre de Ávila; MORATO, Renato. **Instrumentos de desestímulo ao uso do transporte individual motorizado: lições e recomendações**. São Paulo: Instituto de Energia e

Meio Ambiente, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Arranjos populacionais e concentrações urbanas do Brasil**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Cabo Frio**: censo-sinopse. 2010. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rj/cabo-frio/pesquisa/23/25207?tipo=ranking>. Acesso em: 21 jun. 2019.

MONIÉ, Frédéric. Petróleo, industrialização e organização do espaço regional. *In*: PIQUET, Rosélia (org.). **Petróleo, royalties e região**. Rio de Janeiro: Garamond, 2003. p. 257-285.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Forense, 2014.

PAINEL regional: região dos Lagos. Rio de Janeiro: Sebrae, 2016. Disponível em: [https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RJ/Anexos/SebraePainel\\_RegiaoLagos.pdf](https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RJ/Anexos/SebraePainel_RegiaoLagos.pdf). Acesso em: 13 jun. 2019.

PINHEIRO, Olavo Pereira. **Do processo de reestruturação socioespacial no município de Cabo Frio dos anos 1990-2010**: o polo de uma nova aglomeração urbana? 2016. 117 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento e Gestão de Cidades) - Universidade Candido Mendes – UCAM, Campos dos Goytacazes, 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Departamento de Transportes Rodoviários. **Planilha de cálculo de reajuste tarifário**. Rio de Janeiro: DETRO, 2019a. Disponível em: <http://www.detro.rj.gov.br/uploads/arquivos/planilha2019.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

RIO DE JANEIRO (Município). **Lei Complementar n. 105, de 04 de julho de 2002**. Altera a lei complementar n.º. 87, de 16 de dezembro de 1997, com a nova redação dada pela lei complementar n.º. 97, de 02 de outubro de 2001, e a lei complementar n.º. 89, de 17 de julho de 1998, e dá outras providências, na forma que menciona. Rio de Janeiro: Gabinete do Prefeito, 2002. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/87467/lei-complementar-105-02>. Acesso em: 12 abr. 2019.

RIO DE JANEIRO (Município). **Lei Complementar n.º 133, de 15 de dezembro de 2009**. Institui a operação urbana consorciada parque natural municipal da barra da tijuca, estabelece diretrizes urbanísticas para a área de abrangência delimitada na operação, permite a transferência de potencial construtivo, institui conselho consultivo e dá outras providências. Rio de Janeiro: Gabinete do Prefeito, 2009a. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/rj/r/rio-de-janeiro/lei-complementar/2013/13/133/lei-complementar-n-133-2013-institui-a-operacao-urbana-consorciada-parque-natural-municipal-da-barra-da-tijuca-estabelece-diretrizes-urbanisticas-para-a-area-de-abrangencia-delimitada-na-operacao-permite-a-transferencia-de-potencial-construtivo-institui-conselho-consultivo-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 12 maio 2019.

RIO DE JANEIRO (Município). **Lei n.º 1.221, de 6 de novembro de 1987**. Cria o departamento de transportes rodoviários do Estado do Rio de Janeiro - DETRO/RJ e dá outras providências.

Rio de Janeiro: Gabinete do Prefeito, 1987. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/90993/lei-1221-87>. Acesso em: 14 abr. 2019.

RIO DE JANEIRO (Município). **Lei nº 5.628, de 29 de dezembro de 2009**. Institui o bilhete único nos serviços de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro: Gabinete do Prefeito, 2009b. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/820940/lei-5628-09>. Acesso em: 13 maio 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Transportes. Atas das sessões públicas. **Diário Oficial do Estado**, Rio de Janeiro, ano 41, n. 214, p. 29-30, 2015. Disponível em: [http://www.detro.rj.gov.br/uploads/audiencias/Ata\\_da\\_Audiencia\\_Macae\\_Cabo\\_Frio\\_e\\_Teresopolis\\_CCF27112015.pdf](http://www.detro.rj.gov.br/uploads/audiencias/Ata_da_Audiencia_Macae_Cabo_Frio_e_Teresopolis_CCF27112015.pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Transportes. **Portaria DETRO/PRES. N.º 1448 de 06 de fevereiro de 2019**. Rio de Janeiro: DETRO, 2019b. Disponível em: <http://www.detro.rj.gov.br/uploads/portarias/portaria1448.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2019.

RIO DE JANEIRO (Estado). Secretaria de Estado de Transporte. **Portaria nº 915**, de 12 de dezembro de 2008. Autoriza novas tarifas para o sistema de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros no estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DETRO, 2008. Disponível em: <http://www.detro.rj.gov.br/uploads/portarias/Portaria%20915-08%20-%20Reajuste%20tarifário.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2020.

TERRA, Denise Cunha Tavares; SOUZA, Joseane de. Rio de Janeiro: Rumo a uma nova região metropolitana? **Cadernos Metropole**, São Paulo, v. 19, n. 40, p. 801-826, set./dez. 2017.

**Como citar:** ANDRADE, Eric Santos; MOURA, Emerson Affonso da Costa. Cabo Frio e as potencialidades da Região Lagos: do plano de desenvolvimento integrado para o transporte público coletivo intermunicipal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 168-191, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.168. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 26/06/2020

Aprovado em: 23/02/2021

## ALGOCRACIA S/A: O PODER DAS CORPORAÇÕES E SEUS ALGORITMOS NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

ALGOCRACY S/A: THE POWER OF CORPORATIONS AND THEIR ALGORITHMS IN DEMOCRATIC SOCIETIES

Pedro Durão\*  
Juliana Araujo Pinto\*\*

\*Pós-Doutor em Direito (Universidad de Salamanca – España). Doutor e Mestre em Direito (UBA/UFPE). Procurador do Estado (PGE/SE – Brasil). Especialista em Docência do Ensino Superior (UCAM/RJ). Graduado em Direito (UCSAL) e Ciências Contábeis (Cairu-Salvador). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe - PRODIR. Professor convidado da Escola Judicial do Estado de Sergipe (EJUSE), da Escola Superior de Governo e Administração Pública (ESGAP) e da Fundação de Apoio à Pesquisa e Extensão.  
E-mail: pedro.durao@apese.org.br

\*\*Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Sergipe – UFS/SE. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Graduada em Direito pela Universidade Tiradentes. Advogada.  
E-mail: julianaaraujopinto@hotmail.com

**Como citar:** DURÃO, Pedro; PINTO, Juliana Araujo. Algorocracia S/A: O Poder Das Corporações E Seus Algoritmos Nas Sociedades Democráticas. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 16, n. 3, p. 192-206, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.192. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** Com a globalização e o surgimento de novas tecnologias de informação, o fortalecimento do setor empresarial reforçou a inter-relação entre a captura de poder econômico e político das corporações na agenda do século XXI. Logo, o presente artigo propõe verificar os desdobramentos da gestão algorítmica operada pelas corporações e suas implicações no debate público. A metodologia utilizada, de abordagem descritiva, implicou na revisão bibliográfica e documental disponível. Por fim, depreende-se que, no atual paradigma de responsabilidades compartilhadas, garantir a transparência no meio digital, realizar parcerias público-privadas e manter uma dinâmica de diversidade social de mídia no ciberespaço são fundamentais para o funcionamento democrático da sociedade e para a edificação da cidadania empresarial.

**Palavras-chave:** Algoritmos; Corporações; Democracia; Dados; Tecnologias. Transparência.

**Abstract:** With globalization and the emergence of new information technologies, the strengthening of the business sector reinforced the interrelationship between the capture of economic and political power of corporations on the agenda of the 21st century. Therefore, this article proposes to verify the developments of the algorithmic management operated by the corporations and their implications in the public debate. The methodology used, with a deductive approach, implied the bibliographic and documentary review available. Finally, it appears that, in the current paradigm of shared responsibilities, guaranteeing transparency in the digital environment, making public-private partnerships and dynamics of social media diversity in cyberspace is fundamental for the democratic

functioning of society and for the construction of society corporate citizenship.

**Keywords:** Algorithms. Corporations. Democracy. Data. Technologies. Transparency.

## INTRODUÇÃO

Historicamente, os atos de trocas e circulações de bens e serviços impulsionaram as relações econômicas, sociais e jurídicas. A própria construção do poder do Estado foi acompanhada pela elevada concentração de capital em todo o globo. Em razão do intenso processo globalizador, do avanço tecnológico e do rompimento de fronteiras comerciais e geográficas, as empresas se tornaram agentes de transformação da sociedade, não só pelo poderio econômico que as detém, como também pela influência que assumem no estímulo à competitividade, na revolução da indústria, na criação de empregos e geração de renda.

Entretanto, através da formação de lobbies, de acordos milionários no Judiciário e do controle do poder midiático, as corporações passaram a exercer influência significativa no processo econômico e político, ditando as regras do jogo democrático de acordo com seus interesses comerciais e com o fluxo de mercado, sob a égide de um novo sistema de governança, denominado de *Corporotocracy*. Com a expansão dos algoritmos, a Corporocracia deu lugar à Algorocracia, ameaçando a sociedade democrática com o poder de filtragem, predileção de hábitos de navegação e cruzamento de informações dos sistemas algoritmos, a serviço das plataformas de tecnologia.

Dessa maneira, o presente trabalho tem como escopo analisar as funções das empresas, principalmente das gigantes de tecnologia na democracia digital, bem como examinar a real relevância dos algoritmos nos processos de tomada de decisão e escolha política, decorrentes da habilidade da gestão algorítmica em organizar, classificar, filtrar e prever comportamentos e ações humanas em sociedade. Ademais, pretende contribuir para com a conscientização da responsabilidade social corporativa e do exercício da função social da empresa.

Para se chegar ao objetivo proposto, optou-se pela metodologia de pesquisa qualitativa e bibliográfica para promover a análise do assunto proposto, lastreada nos ensinamentos do cientista social e especialista em tecnopolítica Sérgio Amadeu da Silveira, bem como a vasta literatura nacional e estrangeira, artigos e revistas digitais, documentos oficiais, notícias e dados quantitativos incorporados à temática em apreço.

Logo, com o fito de problematizar e refletir sobre o papel do setor empresarial e suas novas ferramentas de tecnologia nas sociedades democráticas, o presente trabalho foi dividido em três seções. A primeira delas traçará um paralelo entre Corporocracia e Algorocracia, destacando o poder de influência política e econômica dos conglomerados empresariais. Em seguida, buscará discorrer acerca do funcionamento do sistema algorítmico e discutir como a filtragem seletiva dos algoritmos implicam nos debates democráticos e na modulação da opinião pública. Ao final, a terceira seção se encarregará de destacar a responsabilidade das plataformas de tecnologia acerca dos conteúdos veiculados no ciberespaço e o papel destas na democracia.

## 1 DA CORPOCRACIA À ALGOCRACIA: O PAPEL DAS GRANDES EMPRESAS NA DEMOCRACIA DIGITAL

Desde a formação das primeiras civilizações, as relações de poder econômico e poder político sempre estiveram entrelaçadas. Ao longo dos paradigmas de Estado, é possível identificar o jogo dos atores econômicos sobre o processo político, com o intuito de favorecer seus interesses privados. Inserido nesse contexto, a construção do Estado Liberal adveio da luta da burguesia contra o absolutismo e o legado do domínio feudal. Pautado no liberalismo de mercado e da não intervenção estatal, o Estado Liberal eclodiu a conquista por direitos civis e políticos, tais como direito à vida, à propriedade e às liberdades clássicas, dentre estas as de iniciativa e de concorrência.

Como bem pontuado por Soares (2001, p. 269), “o laço que vinculava as funções estatais às leis gerais, protegia o sistema de liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado”. Segundo o autor, as liberdades e igualdades coadunadas ao Estado eram meramente formais, posto que atendiam apenas aos ensejos da classe burguesa, através do mecanismo do *laissez faire*, traduzido como um dos principais ideais da economia de mercado, sem que houvesse interferência do governo nas relações privadas.

A crise do Estado Liberal<sup>1</sup> fez com que o ente estatal marcasse maior presença nas relações individuais em razão do interesse público, criando, assim um novo ciclo, denominado de Estado Social, pelo qual prevalecia a proteção de direitos sociais, econômicos e culturais. Na medida em que se asseguravam prestações positivas de direitos, fundadas na isonomia material, aumentavam-se as funções da máquina estatal, ocasionando o seu inchaço.

A política assistencialista e os gastos públicos produzidos por esta, combinados com a crescente expansão da economia capitalista contribuíram para o declínio do *Welfare State* e o surgimento de novos anseios sociais. Com o avanço da marcha globalizadora e a introdução de novas tecnologias, inaugura-se um novo paradigma, o de Estado Democrático de Direito, apoiado na redefinição dos princípios dos Estado Liberal e Social, no sistema de garantias fundamentais e na participação da sociedade no poder, como característica da democracia (SOARES, 2001, p. 307).

Nesse aspecto, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 assevera que os representantes da nação brasileira foram convocados para instituir o Estado Democrático de Direito, sob o qual todo o poder emana do povo<sup>2</sup>, consoante preconiza o art. 1º, parágrafo único da CF/88. Apesar do ideário de sistema de governo em prol do coletivo e de busca pela concretização do interesse público, a democracia encontra obstáculo na força da economia capitalista contemporânea e de

1 Mário Lúcio Quintão Soares afirma que a classe burguesa acabou por danificar os pilares do Estado Liberal, diante das contradições impostas com o excesso de liberdades e a ausência de proteção a direitos fundamentais básicos. Segundo o professor, a classe burguesa, na busca pelo lucro, “desrespeitou as regras de mercado e eliminou a livre concorrência e a livre iniciativa, concentrando riquezas e acentuando os desníveis sociais (...) surgiram segmentos proletários que, vítimas da miséria e da exclusão social, e gradativamente instruídos por concepções socialistas, adquiriram consciência desta espoliação” (SOARES, 2001, p. 127-128).

2 Aqui compreendido pela ideia de democracia participativa, de legitimação da população não só para garantia de interesses individuais, mas em prol da coletividade, sobretudo quando se trata do ambiente virtual. Nesse diapasão, em discurso proferido no dia 26 de outubro de 1998, Friederich Müller destacou a noção de povo como questão fundamental à democracia, posto que a participação da população nos assuntos de interesse público forma a base jurídica do próprio Estado Democrático de Direito (MÜLLER, 2003, p. 131).

seus representantes econômicos, que invertem a ordem estatal, priorizando o interesse privado, bem como transferindo o poder das mãos do povo para as mãos do mercado. (BRASIL, 1988).

O poder desproporcional de influência das grandes empresas no sistema político deu origem à Corporocracia ou *Corporotocracy*, termo utilizado pelos militantes do Movimento *Occupy Wall Street*<sup>3</sup>, realizado em 17 de setembro de 2011, na cidade de Manhattan. Manifestações como esta demonstram a crise da representação política e a complexidade da interação entre Estados e corporações, onde o setor empresarial captura a esfera pública e controlam o jogo democrático, através do processo de privatização da democracia, conforme sintetizam Berrón e Gonzáles (2016, n. 8):

É um jogo desigual, que se traduz em: a) crescente privatização da democracia – ou seja, um cenário no qual, graças a diversas formas de influência, empresários controlam mecanismos centrais da dinâmica democrática (eleições, trabalho parlamentar, programas, obras, poder judiciário etc.) – que, por sua vez, resulta em b) políticas públicas, leis e acordos internacionais que favorecem os interesses econômicos das grandes corporações transnacionais e redundam em c) maior concentração econômica, que produz d) atores econômicos cada vez mais poderosos em relação às outras esferas da sociedade, cuja existência resulta em e) sociedades mais pobres, tanto em termos econômicos quanto de soberania.

Enquanto que a captura política se dá a partir do influxo desmedido dos atores corporativos em detrimento aos atores sociais nos processos de escolha e tomada de decisão, a captura econômica se realiza através da apropriação de parcela desproporcional das riquezas sociais ou dos bens comuns (BERRÓN E GONZÁLES, 2016, p. 17-19). Em ambos os casos, os mecanismos de captura promovem a supremacia do interesse privado sobre o interesse público e a ampliação dos níveis de desigualdades socioeconômicas, desembocando, ao fim, no enfraquecimento da democracia.

Concomitantemente ao fenômeno da Corporocracia, a nova era democrática, denominada democracia digital enfrenta um novo paradigma: a Algorocracia. Nos ensinamentos de Danaher (2016, p. 3), a referida expressão é utilizada com o fito de descrever um sistema de base algorítmica cuja função permite a coleta, a disposição e organização de dados sobre os quais as decisões são tomadas. Para o autor, apesar das qualidades inovadoras dos algoritmos, o uso do sufixo de origem grega *cracia* confere à Algorocracia uma conotação negativa, sobretudo diante da ameaça do referido sistema de governança particular, visto que “os algoritmos estruturam e restringem as maneiras como os humanos dentro desses sistemas interagem uns com os outros, os dados mais relevantes e a comunidade mais ampla afetados por esse sistema” (DANAHER, 2016, p. 3).

Partindo-se da lógica do lucro em redes, isto é, de quanto mais usuários, melhor a performance da empresa, o mercado de dados fatura o equivalente ao Produto Interno Bruto (PIB) de uma série de países, inclusive europeus (69..., 2018)<sup>4</sup>. De acordo com Galindo (2017) o fluxo

<sup>3</sup> O protesto pacífico lutava contra as desigualdades e o poder desmedido das grandes corporações sobre o governo norte-americano (KANECK, 2012, p. 8). In: *Occupy Wall Street: A movement in the making*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/232739499.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

<sup>4</sup> A respeito disso, de acordo com pesquisa realizada pela ONG britânica “*Global Justice Now*”, publicada em 17

de dados hoje representa um dos principais ativos de gigantes da tecnologia, devido à extensa capacidade de armazenamento de informações e da habilidade dos algoritmos em traçar perfis comportamentais no ciberespaço, tornando-se, inclusive, o petróleo da era digital<sup>5</sup>.

Com a pandemia do novo coronavírus, diversas organizações centralizaram seus dados em grandes corporações a fim de garantir o prosseguimento de suas atividades, a exemplo de universidades públicas e privadas espalhadas pelo país, que em parceria com as empresas de tecnologia, como a *Google for Education*, concentram dados de alunos, professores e bases de pesquisa para executar tarefas, ministrar aulas e compartilhar materiais, mobilizando, cada vez mais, o mercado da economia informacional. Todavia, tal sistema de dataficação, baseada no *behaviorismo* e na gestão algorítmica dos dados, pode afetar o debate público e desvirtuar a democracia, como será apresentado a seguir.

## 2 UMA ANÁLISE DA CURADORIA ALGORÍTMICA E SEUS EFEITOS NO DISCURSO PÚBLICO NA ERA DIGITAL

Os algoritmos estão invadindo o cotidiano da sociedade digital, seja nos *softwares*, seja nas máquinas e robôs, seja no GPS do carro, seja nas redes sociais da Internet. Contudo, inicialmente, é necessário contextualizar a onipresença e a expansão dos algoritmos ou denominados “códigos invisíveis”, como bem destaca o especialista em tecnopolítica Sérgio Amadeu da Silveira. Segundo o autor (2019, p. 17) o termo algoritmo tem origem na palavra grega *arithmós*, que significa número, justificando sua relação com a matemática, e podendo ser conceituado como conjunto de regras encadeadas de forma lógica e inequívoca para solucionar determinado problema, ou simplesmente, uma “sequência de etapas bem definidas para solução abstrata do problema” (SILVEIRA, 2019, p. 18).

Uma das características da curadoria algorítmica é a habilidade no processamento automatizado de dados. Ao armazenar esses dados, a gestão algorítmica molda comportamentos dos usuários em rede, selecionando, filtrando e organizando as informações no ambiente online, a fim de atender as necessidades individuais, através de uma análise preditiva dos interesses dos usuários (STARK et al, p. 10). Entretanto, é nesta personalização de conteúdo em que reside o principal problema, uma vez que as empresas privadas da Internet, impulsionadas pela lógica do lucro em rede anteriormente mencionada, disponibilizam, classificam e veiculam as informações e notícias, com base nas diretrizes econômicas e na popularidade, atendendo aos desejos do mercado

---

de outubro de 2018, das 100 maiores economias do mundo, 69 são empresas e apenas 31 são países, superando o PIB de diversas nações. Na tabela ora analisada, comparando as cifras econômicas das corporações com a renda orçamentária dos países, a Apple, por exemplo, ocuparia a 29ª posição, com uma receita de US\$ 229.234.000,00, ao passo que a Suíça seguiria com a 30ª posição, com receita de US\$ 223.500.000,00. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>. Acesso em: 13 abr. 2020.

5 Tradução da expressão *the oil of the digital* utilizada pela revista americana *The Economist* para definir o ativo essencial de gigantes da tecnologia, tais como Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 29 jan. 2021.

publicitário.

O resultado da atividade algorítmica de filtragem resulta na formação de bolhas de filtro<sup>6</sup> e câmaras de eco<sup>7</sup>, criando aos indivíduos uma imagem distorcida da realidade (SILVEIRA, 2019, p. 78; STARK et al, 2020, p. 15). Em ambas as situações, os usuários, quando expostos apenas a pontos de vistas similares ou notícias personalizadas, afastam-se de discussões relevantes da sociedade. Em um ambiente onde se prioriza número de cliques e conteúdos replicados, o sistema de algoritmos, baseados no comportamento, acabam por empobrecer a diversidade cultural e a pluralidade dos debates e polarizar a sociedade.

No atual cenário de crise sanitária, a rápida propagação de *fake news* e circulação de mensagens imprecisas pelas redes e plataformas sociais contribuíram para com o negacionismo da doença e a descredibilidade da ciência, mesmo diante de um momento histórico na revolução do conhecimento científico, com a descoberta de vacinas em menos de um ano de pandemia. Assim, resta demonstrado como a disseminação do vírus da desinformação e a atuação dos algoritmos impactam o processo de formação de opinião, ocasionando a fragmentação do discurso público.

Nesse sentido, o professor Sérgio Amadeu da Silveira vem desenvolvendo uma série de estudos voltados aos impactos da curadoria algorítmica na participação política e nos rumos da democracia na era digital, que culminaram na publicação do *e-book Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas*. Na obra, Silveira (2019, p. 51) aponta três hipóteses sobre como a tecnologia de algoritmos pode afetar a sociedade democrática. A primeira delas decorre da análise preditiva e da filtragem seletiva do sistema algorítmico, visto que a customização de conteúdos pode restringir discursos em redes, limitados às bolhas de filtro e câmaras de eco, alterando até mesmo as circunstâncias de disputas numa democracia, a qual carece de condições mínimas de equidade para garantir o equilíbrio das forças políticas e a pluralidade dos debates.

A segunda diz respeito à modulação algorítmica do processo de formação da opinião pública e de escolhas. Contudo, faz-se mister salientar que, diferentemente da noção clássica de manipulação, baseada no controle das sociedades de massa, o conceito de modulação aqui proposto pelo cientista político para compreender a atividade algorítmica está intrinsecamente relacionada à concentração ou dispersão de conteúdos em rede para captar a atenção, bem como o modo pelo qual as grandes plataformas operadas por algoritmos selecionam o que pode ser visualizado e o que há de relevante de acordo com as preferências de cada usuário (SILVEIRA, 2019, p. 56-57).

A terceira hipótese suscitada pelo professor (2019, p. 60) versa sobre a vigilância pervasiva de consumidores e cidadãos. Além dos governos, as corporações e plataformas de tecnologia detêm nas suas bases algorítmicas mecanismos de decodificação que visam aprender os comportamentos dos consumidores, oferecer produtos e serviços que melhor lhe convêm e até antever gostos e preferências. Ocorre que, a dependência do ser humano à máquina e o controle pervasivo dessas empresas sobre a população pode afetar a democracia, na medida em que o setor empresarial

<sup>6</sup> O referido termo foi utilizado pela primeira vez pela ativista da Internet Eli Parisier, na obra *The Filter Bubble: What the Internet is Hiding from You* (STARK et al, 2020, p. 14).

<sup>7</sup> Ao contrário das bolhas de filtro, nas câmaras de eco os indivíduos não estão sozinhos, mas expostos em grupo de opiniões semelhantes (STARK et al, 2020, p. 14).

captura o poder por intermédio do controle organizado de informações, moldando as atitudes, atitudes e visões políticas (DOWBOR, 2016, p. 28).

Apesar da expansão dos algoritmos em diversos segmentos do cotidiano, tais como na produção jornalística, nos setores de logística e na gestão de plataformas online de sites de relacionamento, a sociedade se tornou refém da ofuscação algorítmica operada por empresas, através de um mecanismo invisível e teoricamente neutro. É nesse contexto de formação de nova ordem econômica que surge o capitalismo de vigilância como, fenômeno de “monitoramento automatizado das experiências privadas, realizados por algoritmos inteligentes com a intenção de induzir consumos e comportamentos” (VELOSO, 2020, p. 7).

O capitalismo de vigilância traz complexas questões sociais acerca de valores democráticos. De um lado, encontra-se a liberdade de acesso ilimitada a dados da população, do outro, a falta de privacidade dos consumidores (SILVEIRA, 2019, p. 78; ZUBOFF, 2019, p. 354). Diante desse campo de batalha, qual limite entre o público e o privado na democracia digital? Como proteger os dados pessoais de usuários interconectados pela vigilância oculta de gigantes da tecnologia?

### **3 A RESPONSABILIDADE DO SISTEMA CORPORATIVO E OS VALORES DEMOCRÁTICOS NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO**

Como proposto na seção anterior, a gestão algorítmica das plataformas digitais pode interferir na formação da opinião pública e colocar em risco a democracia, devido a filtragem e análise de predileção do sistema, que acaba isolando grupos e excluindo participantes do debate democrático. O maior perigo desse modelo é que, amparado na ideia de neutralidade e imparcialidade algorítmica, cidadãos desinformados são persuadidos e o nível de privacidade é colocado em cheque, em razão do elevado poder de conhecimento e acesso de dados de gigantes da tecnologia como Google, Facebook, Amazon, abalando a teoria democrática.

No tocante ao estremecimento das bases democráticas, aduz Silveira:

A teoria democrática nunca considerou recomendável a opacidade e a invisibilidade para governos e estruturas de grande poder, principalmente as privadas, que submetem o interesse público à finalidade lucrativa. É impossível considerar democrática a operação oculta dos algoritmos na distribuição de conteúdos nas redes sociais online. Ao contrário, a modulação algorítmica da opinião pública é um grande perigo para a democracia.” (SILVEIRA, 2019, p. 78).

Por vezes, a atuação desses conglomerados empresariais, extraindo dados, monitorando o acesso às redes, modulando preferências, gostos e discursos, sem explicar, ao certo, a real intenção de toda essa política de invasão à privacidade atingem uma sério de direitos e garantias fundamentais. Sem contar os efeitos da polarização e da fragmentação de debate político ocasionadas pela curadoria algorítmica, que personalizam as informações e inibem a formação de opinião de

usuário em rede, dentro de bolhas de filtro ou de grupos específicos (STARK et al, 2020, p. 15-16).

Somado a isso, os conflitos gerados pela vasta desinformação e pela hibridização de conteúdos distorcem a realidade dos fatos e contribuem para o crescente do índice de casos de incivildade nas redes e para disseminação de discursos de ódio, que atropelam as normas de comunicação saudável, alimentando as ofensas no ciberespaço e violando direitos fundamentais dos indivíduos. Corroborando tal argumento, é possível identificar no mercado algoritmos racistas<sup>8</sup> que fomentam práticas discriminatórias nas redes sociais.

Na contramão das campanhas de ódio orquestradas na Internet, a Alemanha adotou uma política regulatória para conter a alastramento de conteúdos ofensivos nas redes, por intermédio da aprovação da *German Network Enforcement Act – GNEA*, lei alemã de combate a discursos de ódio e incitação da violência, que através de parcerias com Youtube, Facebook, Twitter bloqueiam ou removem conteúdos ilegais. Nessa linha, de acordo com os dados obtidos pela *AlgorithmWatch* em Berlim, cerca de 700.000 mil postagens foram retiradas do ar pelas empresas parceiras da GNEA (STARK et al, 2020, p. 7).

A preocupação central reside no embate da censura injustificada com as restrições à liberdade de expressão no espaço virtual, especialmente porque a tarefa de aplicar leis de contenção e repressão de discursos de ódio e discriminatório está sendo transferida para grandes empresas, operadoras das plataformas digitais. Para Sarlet (2018) a criação de um mecanismo de controle preventivo e não sancionatório que não implique em censura privada injustificada nem silenciamento da liberdade de expressão nas redes sociais é essencial para o equilíbrio de valores fundamentais.

A regulação de dados e conteúdos entre o poder público e o privado também repercute a respeito dos limites do poder corporativo em excluir determinado conteúdo e/ou usuário. Na expectativa de “fazer valer a lei e a Constituição”, as plataformas de tecnologia saíram bloqueando discursos de diferentes ideologias, censurando de forma injustificada movimentos sociais e removendo usuários sem explicação plausível. No tocante a temática, Silveira enfatiza que não se deve comemorar essa troca de papéis, visto que “as sociedades democráticas precisam supervisionar as plataformas, em vez de ser controladas por elas (...) não podem estar acima da Constituição, não podem praticar o despotismo digital” (SILVEIRA, 2021).

Sob essa perspectiva, o direito à liberdade de expressão, à intimidade e privacidade, à segurança e à diversidade social de mídias recobrem, ainda que de forma implícita, o texto constitucional brasileiro, exercendo influência direta nas relações privadas, e conseqüentemente, nas relações empresariais, que passaram a ser interpretadas sob a ótica da Constituição, dotada de força normativa, resultado do fenômeno da Constitucionalização do Direito.

Diante deste novo paradigma, os demais ramos do devem ser compreendidos e interpretados sob as lentes da Carta Magna, de modo a realizar os valores nela consagrados, conforme assevera Barroso (2005, p. 16). De acordo com o autor, diante da irradiação de princípios e valores

<sup>8</sup> Segunda o Organização das Nações Unidas (ONU), a inteligência artificial pode agravar práticas discriminatórias através do uso indevido de algoritmos, sobretudo quando são usados como ferramenta de prevenção e vigilância da polícia, reforçando o preconceito. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/celina/onu-algoritmos-racistas-aumentam-discriminacao-racial-por-servicos-de-seguranca-24768880>. Acesso em: 30 jan. 2021.

fundamentais no sistema jurídico contemporâneo, as normas constitucionais repercutem não só entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, como também nas relações de direito privado, entre os particulares.

O Direito Empresarial, como ramo autônomo de direito privado também se submete ao filtro das normas constitucionais, em decorrência da força normativa da Constituição e da nova dogmática de interpretação constitucional, frutos do Neoconstitucionalismo. E um dos aspectos abordados pela constitucionalização do direito é a chamada aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, na tentativa de igualar as relações de poder e garantir determinado equilíbrio entre as partes, principalmente nas tratativas comerciais.

Diferentemente da visão clássica do direito empresarial de busca única e exclusiva pelo lucro, a tutela da empresa é hoje analisada sob uma nova perspectiva, diretamente influenciada pela constitucionalização do direito privado. Hodiernamente, a atividade empresarial necessita estar em conformidade com os princípios constitucionais sedimentados explícita ou implicitamente, tanto no campo do interesse privado quanto no campo do interesse coletivo, a fim de estimular o desenvolvimento harmonioso e equilibrado em comunidade.

Desse modo, é possível observar, ao longo do texto constitucional, diversos princípios aplicáveis às relações empresariais, seja pela livre iniciativa e livre concorrência, seja pela função social da empresa, seja pela boa fé nas relações empresariais, seja pela cooperação para com o desenvolvimento humano sustentável no âmbito corporativo. Além disso, o próprio Supremo Tribunal Federal reforça o posicionamento de que o rol de direitos fundamentais<sup>9</sup> previstos no art. 5º, *caput*, da CF/88, também se estende às pessoas jurídicas, incluindo as empresas

Assim como o direito à privacidade, à segurança e à liberdade no ciberespaço estão implicitamente inseridos no rol de garantias fundamentais do art. 5º, da CF/88 a partir da interpretação da dignidade humana, o exercício da função social da empresa, também deriva da função social da propriedade. Inserida nos artigos 5º, XXIII e 170, III da Constituição Federal de 1988, nasce como forma de subordinar os valores constitucionais e os direitos fundamentais à atividade empreendedora, conforme observa Gladston Mamede:

O princípio da função social da empresa conduz o enfoque da livre iniciativa não por sua expressão egoísta, como trabalho de um ser humano em benefício de suas próprias metas, mas como iniciativa que, não obstante individual, cumpre um papel na sociedade. A iniciativa individual, portanto, deve ser valorizada e protegida por todos os seus Poderes e órgãos, já que funciona a favor da sociedade. Mas, para além do titular da atividade negocial, o princípio também exige a atenção à atividade em si, percebendo-a como unidade de uma estrutura, um sistema no qual todas as atividades se combinam a bem da sociedade (MAMEDE, 2016, p.47).

Dessa maneira, o interesse econômico, e conseqüentemente, os lucros da empresa, devem

<sup>9</sup> De acordo com Flávia Piovesan, a grande inovação do texto constitucional de 1988 foi de incluir no catálogo de direitos fundamentais, além de direitos civis e políticos, direitos sociais, econômicos e culturais, ao mesmo tempo em que estendeu a titularidade de direitos diante do surgimento de novos sujeitos. (PIOVESAN, 2015, p.111).

ser combinados com a proteção e promoção da coletividade, aqui compreendida através dos consumidores, dos funcionários, do meio ambiente e de todos aqueles que dependem da sociedade empresária para o seu sustento. Logo, a atuação responsável e a proteção de direitos fundamentais no ambiente corporativo contribuem de forma relevante no processo de desenvolvimento econômico, social e ambiental.

Em razão disso, como rota de fuga às pressões sociais no ciberespaço, a responsabilidade social corporativa parte de uma base estratégica da empresa, de comprometimento dos empresários para com o desenvolvimento econômico, social e sustentável (MELO NETO; FRÓES, 1999, p. 38), envolvendo todos os *stakeholders*<sup>10</sup> e fomentando, assim, a cidadania, que vai além da extensão das liberdades civis e sociais, como também das liberdades econômicas e de participação.

Nessa toada, a cidadania empresarial vai transformando a empresa em agente econômico e social, contribuindo, em escala global, com investimentos em bem-estar para os seus funcionários, clientes, fornecedores e parceiros, bem como toda a comunidade. Tal postura de empresa cidadã é muito cobrada, tanto pelo Estado quanto pela própria sociedade, através de um mercado de consumo contemporâneo exigente e consciente<sup>11</sup>, partindo da Corporocracia à Cooperocracia.

Cumprido ressaltar que o funcionamento da democracia depende não só das instituições democráticas, como também da participação coletiva de todos os setores da sociedade, sobretudo das empresas. Isso porque uma democracia saudável carece de um ambiente de discussão de questões políticas relevantes, posto que o desenvolvimento das liberdades de informação e de formação de opinião dependem de debates abertos e discussões públicas que possam ajudar as pessoas no processo de escolhas bem fundamentadas e mudar a realidade social onde vivem (SEN, 2000, p. 97).

A própria noção de democracia e de modelo constitucional no ambiente digital precisam ser ressignificados. Ainda que se crie uma declaração universal de direitos ou uma constituição digital, de caráter transnacional, que reforcem as já conquistadas ao longo dos paradigmas de Estado, o grande ensinamento que fica para a sociedade é que da mesma forma que se inventou a curadoria algorítmica e o processamento automatizado de dados, que modulam comportamentos e escolhas políticas, é preciso desenvolver sistemas de autocontrole dessas máquinas, para que elas funcionem como instrumento de defesa da espécie humana, e não ferramenta de ataque (SAMPAIO, 2020, p. 66).

Seguindo esta perspectiva, o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD) vem desenvolvendo, em colaboração com o Instituto Alan Turing no Reino Unido, um modelo computacional que auxilia formuladores de políticas públicas na solução de problemas relacionados à fome, à desigualdade de gênero, à gestão orçamentária, além da busca de caminhos possíveis e exequíveis para a concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU.

A ferramenta de inteligência artificial, denominada *Policy Priority Inference* (PPI) (THE

<sup>10</sup> A respeito, o termo *stakeholder* pode ser designado para qualquer pessoa, parceiro, entidade, organização que seja parte interessada direta ou indiretamente na atuação da empresa.

<sup>11</sup> De acordo com a pesquisa elaborada em 2018 pelo Akatu, 38% dos consumidores adotaram hábitos de consumo mais sustentáveis, ao passo que 59% dos entrevistados creem que as empresas devem agir além do que está prescrito em leis para o benefício da coletividade, demonstrando como o mercado de consumo valoriza o compromisso com a responsabilidade social corporativa. (INSTITUTO AKATU, 2018).

ALAN TURING INSITUTE, 2021)<sup>12</sup> é operada por algoritmos que simulam um “governo virtual”, possibilita o apoio a países, especialmente aqueles menos desenvolvidos<sup>13</sup>, a definir as prioridades de governo, elevar a eficácia dos gastos públicos e acelerar o cumprimento das metas definidas na Agenda 2030, através da combinação de teoria econômica, ciências de redes, economia comportamental e modelagem baseada em agentes, demonstrando, assim, como a tecnologia de IA pode ajudar organizações, governos e comunidades no processo de tomada de decisões e os impactos na distribuição de recursos nas áreas de saúde, educação e infraestrutura.

Isto posto, ante os novos desafios da tecnologia de algoritmos e do atual cenário de responsabilidades compartilhadas, é necessária a atuação conjunta e transparente das instituições políticas estatais e atores privados da sociedade, principalmente do setor empresarial, para enfrentar a realidade virtual vigente e a estabilidade das relações por ela erigidas, de modo a assegurar os valores democráticos e a proteção de direitos e garantias fundamentais no ciberespaço.

## CONCLUSÃO

Com os avanços tecnológicos, o fenômeno da intensa globalização, o rompimento de fronteiras comerciais e inovações no mercado de consumo, o setor empresarial demonstrou, mais uma vez, o comando desproporcional que exerce no sistema político. Ao longo do trabalho, restou evidenciado o papel de influência das corporações na esfera econômica e política, que por diversas vezes, preconizam interesses próprios em detrimento aos interesses do Estado ou da coletividade.

Além da Corporocracia, uma nova ordem de governança se instaurou com a expansão dos sistemas algorítmicos, a denominada Algocracia, transferindo uma parcela de poder das mãos do povo para as mãos dos gigantes da tecnologia operados por algoritmos. Esse sistema de codificação de dados tem a habilidade de traçar perfis, discursos e mensagens personalizados, ameaçando e enfraquecendo a democracia na era digital.

Dentre algumas estratégias formuladas para conter a ameaça algorítmica nas sociedades democráticas destacam-se a criação de mecanismo de cooperação e mediação entre atores públicos e privados, através de modelos de parceria para investigação e regulação do *modus operandi* dos algoritmos e seus efeitos na comunidade, bem como fluxo transparente e acessível de informações e dados veiculados.

O déficit de transparência digital apenas reforça o risco dos algoritmos nos ambientes democráticos, ainda que estejam se desenvolvendo, posto que a coleta e o uso indiscriminado de

<sup>12</sup> Instituto nacional de dados e inteligência artificial do Reino Unido, o *Alan Turing Institute* desenvolveu o método computacional PPI com o propósito de fornecer aconselhamento governamental às estruturas públicas sobre as prioridades e necessidades políticas de determinada comunidade, para alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. In: ALAN TURING INSITUTE. Disponível em: <https://www.turing.ac.uk/research/research-projects/policy-priority-inference>. Acesso em: 31 jan. 2021.

<sup>13</sup> A abordagem em PPI foi utilizada em estudos de caso na América Latina (Uruguai, Colômbia e México), no intuito de garantir a eficácia do desenvolvimento sustentável, sobretudo no atual período pandêmico, no qual recursos foram redistribuídos e os sistemas sobrecarregados. Inserido nesse contexto, o PPI pode ser aplicado para melhor direcionamento de políticas públicas. In: UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. Disponível em: <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/presscenter/pressreleases/2020/supercharging-sustainable-development-with-a-new-policy-priority.html>. Acesso em: 31 jan. 2021.

dados pessoais combinados com a vigilância pervasiva e seletiva daquilo que o usuário deseja ler, ouvir ou assistir concorrem para a polarização da opinião pública e para distorção da realidade.

Por conseguinte, o reconhecimento da responsabilidade social corporativa e da necessidade da inclusão de diversidade digital, da governança democrática e da participação civil da Internet contribuem para construção da cidadania empresarial e humana, online e off-line, cada vez mais fragmentadas e plurais.

## REFERÊNCIAS

**69 of the richest 100 entities on the planet are corporations, not governments.** *In*: GLOBAL JUSTICE NOW. United Kingdom, 17 out. 2018. Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/2018/oct/17/69-richest-100-entities-planet-are-corporations-not-governments-figures-show>. Acesso em: 13 abr. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 05 abr. 2020.

DANAHER, John. A threat of algocracy: reality, resistance and accommodation. **Philosophy & Technology**, Switzerland, v. 29, n. 3, p. 245-268, jan. 2016. Disponível em: <https://philpapers.org/archive/DANTTO-13.pdf>. Acesso em: 28 out. 2020.

DOWBOR, Ladislau. Corporações e poder político: notas do front. *In*: BERRÓN, Gonzalo; GONZÁLES, Luz (org.). **A privatização da democracia: um catálogo da captura corporativa no Brasil**. São Paulo: IIEP; Vigência, 2016. Disponível em: [http://www.vigencia.org/wp-content/uploads/2016/08/Vige%CC%82ncia\\_Cata%CC%81logo\\_FINAL-1.pdf](http://www.vigencia.org/wp-content/uploads/2016/08/Vige%CC%82ncia_Cata%CC%81logo_FINAL-1.pdf). Acesso em: 15 jan. 2021.

GALINDO, Cristina. Quando as empresas são mais poderosas que os países. **El País**, Economia, 07 nov. 2017. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366\\_037336.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/03/economia/1509714366_037336.html). Acesso em: 15 jan. 2021.

INSTITUTO AKATU. **Panorama do consumo consciente no Brasil: desafios, barreiras e motivações.** *In*: BERRÓN, Gonzalo; GONZÁLES, Luz (org.). São Paulo: IIEP; Vigência, 2018. Disponível em: [https://www.akatu.org.br/arquivos/Pesquisa\\_akatu\\_apresentacao.pdf](https://www.akatu.org.br/arquivos/Pesquisa_akatu_apresentacao.pdf). Acesso em: 10 maio 2020.

MELO NETO, Francisco; FRÓES, César. **Responsabilidade social e cidadania empresarial.**

São Paulo: Qualitymark, 1999.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. 3 ed. São Paulo: MaxLiminad, 2003.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A declaração universal dos direitos humanos nos espaços digitais: uma necessidade em tempos cibernéticos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, Curitiba, v. 4, n. 61, p. 30-39, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4451>. Acesso em: 28 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão, regulação e discurso de ódio - O caso GNEA. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-23/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-regulacao-discurso-odio-gnea>. Acesso em: 26 out. 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. **Democracia e os códigos invisíveis**: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas. São Paulo: SESC, 2019.

SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Empresas de tecnologia têm o direito de excluir usuários de suas redes sociais? NÃO. **Folha de São Paulo**, Opinião, 23 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2021/01/empresas-de-tecnologia-tem-o-direito-de-excluir-usuarios-de-suas-redes-sociais-nao.shtml>. Acesso em: 24 jan. 2021.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado**: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STARK, Birgit et al. **Are algorithms a threat to democracy? the rise of intermediaries**: A challenge for a public discourse. Berlim: AlgorithmWatch, 2020. Disponível em: <https://algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2020/05/Governing-Platforms-communications-study-Stark-May-2020-AlgorithmWatch.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

THE ALAN TURING INSTITUTE. **Polyce priority inference**. London, 2021. Disponível em: <https://www.turing.ac.uk/research/research-projects/policy-priority-inference>. Acesso em: 31 jan. 2021.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAM. **Supercharging sustainable development with a new policy Priority tool from the Turing backed by UNPD**. Disponível em: <https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/presscenter/pressreleases/2020/supercharging-sustainable-development-with-a-new-policy-priority.html>. Acesso em: 31 jan. 2021.

VELOSO, Adriana Meireles. **Algoritmos, privacidade e democracia ou como o privado nunca foi tão político como no século XXI**. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2020. 181 f. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39182/1/2020\\_AdrianaVelosoMeireles.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/39182/1/2020_AdrianaVelosoMeireles.pdf). Acesso em: 22 out. 2020.

ZUBOFF, Shoshana. **The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power.** Londres: Profile Books, 2019.

**Como citar:** DURÃO, Pedro; PINTO, Juliana Araujo. Algorracia S/A: O Poder Das Corporações E Seus Algoritmos Nas Sociedades Democráticas. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 192-206, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.192. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 21/03/2021

Aprovado em: 11/10/2021

\*Pós-doutor em Direitos Humanos (Direitos Sociais) pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor Adjunto de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito da Execução Penal na Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Diretor Geral da Faculdade Santo Agostinho de Itabuna.  
E-mail: luciano.tourinho.jus@gmail.com

\*\*Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasil de Ensino - IBRA. Especialista em Criminologia pela Faculdade de Paraíso do Norte - FAPAN/UNIBF. Pós-graduanda em Direitos Fundamentais e Justiça, com ênfase na linha de Justiça Restaurativa e Teorias Contemporâneas do Direito Penal pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Professora de Direito Penal e Jurisdição Constitucional da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista - FASAVIC.  
E-mail: anapaula\_sotero@hotmail.com

\*\*\*Graduanda em Direito. Integrante da Diretoria de Pesquisa e de Simulações do Instituto de Ciências Penais - ICP Jovem. Diretora de Pesquisa e Extensão do Núcleo em Direito, Inovação e Negócios - NEDIN. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Penal - FGV. Integrante de Iniciação Científica, vinculada ao Grupo de Estudos em Ciências Criminais - GeCrim.  
E-mail: czlivia@outlook.com

## A (IN)CONSTITUCIONALIDADE E A (I)LEGITIMIDADE DO ARTIGO 122: IMPLICAÇÕES DOGMÁTICAS DA AUTONOMIA NO DIREITO PENAL

THE (UN) CONSTITUTIONALITY AND (IL) LEGITIMACY OF THE ARTICLE: DOGMATIC IMPLICATIONS OF AUTONOMY IN CRIMINAL LAW

Luciano de Oliveira Souza Tourinho\*  
Ana Paula Silva Sotero\*\*  
Lívia Cardoso Louzada\*\*\*

**Como citar:** TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula Silva; LOUZADA, Lívia Cardoso. A (in) constitucionalidade e a (i) legitimidade do artigo 122: implicações dogmáticas da autonomia no direito penal. *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 16, n. 3, p. 207-226, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.207. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente artigo objetiva examinar a (in) constitucionalidade e a (i) legitimidade do art. 122 do Código Penal, recentemente alterado pela Lei 13.968/19, que tipifica a participação no suicídio e na automutilação de outrem. O problema se encontra no conflito entre o interesse estatal na proteção dos bens jurídicos vida e integridade física e o legítimo interesse no respeito à autonomia daquele que pratica a autolesão. A solução para tal situação mostra-se controversa e extremamente relevante, precisamente ao direito penal. A pergunta a que se direciona a pesquisa é se pode o direito penal cominar responsabilidade àquele que auxilia, instiga ou induz outrem ao cometimento de suicídio ou automutilação. A partir desse questionamento, por meio do método exploratório e da abordagem lógico-dedutiva, expõe-se a insuficiência dos fundamentos que supostamente legitimam a criminalização da participação em suicídio e automutilações e, simultaneamente, projeta-se uma proposta de tratamento adequado às condutas descritas no tipo em exame.

**Palavras-Chave:** Paternalismo; Autodeterminação; *Ultima ratio*; Vitimodogmática.

**Abstract:** This article aims to examine the (un)constitutionality and the (il)legitimacy of the article 122 of the Criminal Code, recently amended by the Law nº 13.968/19, which typifies the participation in the suicide or self-mutilation of someone else. The problem lies in the conflict between the state's interest in

protecting the juridical assets of life and physical integrity and the legitimate interest in respecting the autonomy of those who practice self-harm. The solution to this situation is controversial and extremely relevant, precisely for the Criminal Law. The question to which the research is directed to is whether the Criminal Law can hold responsible those who assist, instigate or induct someone else to commit suicide or self-mutilation. From this question, using the exploratory method and logical-deductive approach, the insufficiency of the foundations that supposedly legitimize the criminalization of the participation in suicide or self-mutilation is exposed and, simultaneously, a proposal of adequate treatment to the behaviors described in the type under examination is projected.

**Keywords:** Paternalism; Self-determination; *Ultima ratio*; Victimodogmatic.

## INTRODUÇÃO

Na legislação penal pátria, o suicídio, caracterizado pela ação voluntária de um indivíduo em tirar a própria vida, não é punido. No entanto, a *contrario sensu* da legislação estrangeira, a exemplo da alemã, no Brasil, a conduta de induzir, instigar ou auxiliar no suicídio de outrem é tipificada pelo art. 122 do Código Penal<sup>1</sup>. Argumenta-se na doutrina nacional que a ninguém é dado o direito de contribuir com o suicídio de outrem, sob a justificativa de que a vida é bem jurídico indisponível, inalienável e irrenunciável por parte do indivíduo<sup>2</sup>.

Após a alteração promovida com o advento da Lei 13.968/19, a participação em automutilações foi acrescida ao tipo penal em exame. Ao passo que o artigo art. 122 exigia para a consumação do delito o resultado morte ou lesão corporal de natureza grave, a nova redação transformou o tipo em crime meramente formal. Tomando em consideração tal premissa, no cenário atual, aquele que auxilia, instiga ou induz o suicídio ou a automutilação de outrem, ainda que não haja resultado, comete o delito em comento. Assim, por exemplo, se Y emprestar sua corda para que X cometa suicídio, mas esse desistir do ato minutos depois, o crime já estará consumado.

Pouco se discute no Brasil a respeito dos reflexos jurídico-penais da referida tipificação, cujo fundamento, ao menos numa primeira análise, parece se sustentar em um paternalismo duro, visto que imputa responsabilidade a terceiro por condutas praticadas e queridas pelo titular do bem jurídico protegido pela norma penal, visando o seu bem-estar<sup>3</sup>.

Ocorre que, com a evolução do sistema constitucional e tendo como base um Estado Democrático e Liberal, a autonomia e, conseqüentemente, a autodeterminação, passaram a ser fortemente valorizadas, fato que conduziu significativas transformações relativas aos fundamentos e limitações das intervenções estatais na esfera individual e afastou a legitimidade das normas penais paternalistas.

Diante desse cenário, o problema que circunda o art. 122, praticamente não debatido pela doutrina brasileira, encontra-se no confronto entre duas orientações: uma perspectiva de índole paternalista, voltada para a proteção dos bens jurídicos vida e integridade física, ainda que contra a vontade do titular; e outra assentada no respeito à autonomia individual.

Agregadas essas considerações, cumpre indicar que o presente artigo tem como finalidade examinar a (in)constitucionalidade dos delitos descritos no art. 122 e, simultaneamente, investigar a (i)legitimidade dessa intervenção penal. Por fim, pretende-se apresentar uma proposta de tratamento dogmático adequado às condutas descritas no tipo penal em estudo. Assim, a pergunta aqui a ser respondida é a seguinte: pode o direito penal cominar responsabilidade àquele que auxilia, instiga ou induz outrem ao cometimento de suicídio ou automutilação?

1 “Art. 122. Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça:  
Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

2 Nessa linha, cf. Hungria (1958, p.226); Nucci (2019, p.164); Bitencourt (2020, p.476).

3 O paternalismo duro ou rígido caracteriza-se pela proteção dos bens jurídicos contra a vontade do seu titular, visando o seu “bem estar”, enquanto o paternalismo indireto trata-se de proibição dirigida a terceiro que lesiona determinado bem jurídico com o consentimento do seu titular (MARTINELLI; SCHMITT, 2020, p.150).

A presente pesquisa se utilizou de uma metodologia exploratória e bibliográfica, a partir da análise de cultores da área criminal, e de uma abordagem lógico-dedutiva, a fim de estabelecer os limites da atuação estatal diante de condutas realizadas e queridas pela própria “vítima”. Refere-se, assim, ao exame sobre a possibilidade de se atribuir dogmaticamente uma valoração da conduta do ofendido no momento de apreciação da tipicidade.

Para desenvolver os objetivos traçados, inicialmente, com o intuito de investigar o fundamento do tipo penal em comento e suas eventuais problemáticas, pontua-se breves considerações às intervenções paternalistas no direito penal e levanta-se eventuais contrapontos com o direito à autodeterminação (I); posteriormente, investiga-se a legitimidade das intervenções penais com base nos princípios constitucionalmente instituídos (II); depois, tece-se críticas ao art. 122, confrontando o modelo tradicional paternalista, a fim de estabelecer os limites da norma jurídico-penal frente à autodeterminação (III); e, por fim, apresenta-se uma proposta de tratamento dogmático adequado, assentada no respeito à autonomia (IV).

## 1 O CONFRONTO ENTRE AS INTERVENÇÕES JURÍDICO-PENAIIS PATERNALISTAS E O DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

É incontroverso que o ordenamento jurídico brasileiro assegura o direito constitucional à vida, à integridade física e à saúde, no entanto, discute-se no domínio doutrinário a legitimidade das intervenções penais que visam à proteção desses bens jurídicos diante da sua disponibilidade. Aqui se ergue a dicotomia entre uma perspectiva tradicional, pautada em valores morais de uma ética paternalista, e a ideia de respeito à autodeterminação que, por sua vez, denota como substrato, especialmente num cenário pós-constituição de 1988, o direito à liberdade, à vida digna e à pluralidade.

O termo paternalismo exprime a intervenção sobre a liberdade de outrem com vistas ao seu próprio bem-estar (DWORKIN, 2012, p. 9). É dizer, o paternalista é aquele que trata como criança um adulto capaz e responsável com a convicção de que sabe o que é melhor para esse, ainda que, para isso, sejam desprezadas as vontades e, conseqüentemente, a autodeterminação desse indivíduo (ESTELLITA, 2007, p. 334).

O paternalismo pode estar presente tanto na relação entre indivíduos quanto na imposição de proibições pelo Estado. Esse último, foco desta investigação, é chamado de paternalismo legal e solidifica-se por meio de normas que determinam ao indivíduo padrões de conduta autoprotetivos (SIQUEIRA, 2019, p. 47). O paternalismo legal subdivide-se no chamado *hard paternalism* ou presumidamente censurável e no *soft paternalism* ou presumidamente não censurável (ESTELLITA, 2007, p. 334).

Em face de proibições norteadas por um paternalismo leve ou moderado (*soft paternalism*) as intervenções do Estado na esfera individual são legitimadas perante um déficit de autonomia do sujeito protegido (SCHÜNEMANN, 2013, p. 91). Seriam os casos, por exemplo, de perturbação

psíquica, coação ou menoridade do afetado. Nessas situações, haveria uma legítima autorização para a limitação de liberdade dos indivíduos por parte do Estado, visto que não seria possível respeitar a autonomia daquele que não possui irrestrita capacidade de atuar autonomamente (SIQUEIRA, 2019, p. 47).

Diante do controverso tema da participação em suicídio, poderiam se encaixar no referido contexto as intervenções que visam proteger o indivíduo do chamado “suicídio apelativo”, ou seja, das situações em que o indivíduo não tem o propósito de morrer, mas sim de realizar um apelo aos demais (SCHÜNEMANN, 2013, p. 92). No entanto, como será demonstrado no decorrer deste estudo, sendo possível constatar que a vontade do sujeito em tirar a própria vida é verdadeiramente autônoma e inequívoca, não será possível falar em *soft paternalism*.

Noutro plano, ao se adotar um paternalismo duro (*hard paternalism*), impõe-se a proteção de indivíduos capazes às suas próprias escolhas, tomadas consciente e voluntariamente, visando o seu bem-estar (GRECO; KASECKER, 2018, p. 136). Para a efetivação desse objetivo, ignora-se a vontade livre e informada do sujeito capaz, impondo, por meio de comportamentos positivos ou negativos, condutas autoprotetivas (MARTINELLI, 2015, p. 13).

O paternalismo jurídico subdivide-se, ainda, em indireto ou direto. Este diz respeito a proibições de condutas autolesivas, como, por exemplo, os tipos penais que proíbem o porte de drogas para uso pessoal e as normas de segurança relativas ao uso obrigatório de capacete e cinto de segurança, enquanto aquele se relaciona com proibições que visam proteger os indivíduos de lesões externas por eles consentidas (SCHÜNEMANN, 2013, p. 91), tais como a criminalização da participação em suicídio.

Para as correntes paternalistas, justifica-se a intervenção na liberdade de sujeitos autônomos na indisponibilidade dos bens jurídicos (SANTIAGO NINO, 2007, p. 211). Implica dizer que, segundo essa lógica, caso o bem jurídico protegido seja considerado indisponível, haverá legitimidade nas intervenções do Estado, ainda que contra a vontade do afetado.

De outro modo, em relação aos bens jurídicos disponíveis, os indivíduos, desde que dotados de autonomia, poderão abrir mão da proteção estatal, incidindo, portanto, somente um paternalismo leve ou moderado. Assim, ao se tratar de bens jurídicos disponíveis, apenas nos casos em que haja déficits de autonomia será permitida a intervenção estatal na proteção de determinado bem jurídico sem a autorização do seu titular (MARTINELLI, 2010, p. 116).

A partir dessas características apresentadas, não restam dúvidas de que a tradicional legislação penal, precisamente em seu art. 122, autoriza uma intervenção verdadeiramente paternalista (*hard paternalism*), porque impõe a proteção quase absoluta à vida e à integridade física, descartando a vontade autônoma do titular de promover uma autolesão, implicando na responsabilização penal de um terceiro que meramente contribui.

Convém mencionar que é necessário que sejam levados a sério os custos dessa criminalização, pois não se pode ignorar o fato de que, mesmo havendo relevante interesse na proteção dos aludidos bens jurídicos pelo Estado, esses nem sempre estão em primeiro plano na visão do indivíduo (SIQUEIRA, 2019, p. 42).

Emerge-se, assim, o confronto entre duas orientações: uma de índole paternalista, que visa à proteção absoluta dos bens jurídicos individuais em prol do seu bem-estar, contra a vontade do beneficiário; e outra disciplinada pelo respeito à autodeterminação. Nessa linha, há de se averiguar qual a diretriz que melhor se adequa às máximas constitucionais, assim como ao próprio direito penal<sup>4</sup>.

### 1.1 AUTONOMIA COMO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

A autonomia está diretamente relacionada à elaboração de uma teoria legitimadora do direito penal em face das normas democrático-liberais (SANTIN, 2020, p. 69). Pela orientação atual, a decisão autônoma é aquela que expressa genuinamente a vontade de seu titular (MINAHIM, 2015, p. 42), fator essencial à manutenção de uma sociedade diversificada e capaz de garantir as liberdades individuais daqueles que a ela pertencem.

Nesse alinhamento, a autonomia confere ao indivíduo o poder de decidir por si próprio, a partir dos seus princípios e desejos pessoais (SIQUEIRA, 2019, p. 68). No plano jurídico, a autonomia representa o “direito de viver segundo a própria concepção de uma vida boa” (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649) e de hierarquizar e ponderar os próprios valores. Como é de se antever, isso importa na admissão de um direito à autodeterminação, isto é, o direito de controlar questões que lhe são privadas e que não afetam direitos alheios, tais como a destinação do seu próprio corpo (HILGENDORF, 2019, p. 40).

Se tal premissa for assumida como válida, não será possível afirmar, levando em consideração razões meramente religiosas ou morais, que quem atenta contra a própria vida ou a própria integridade física carece de autonomia. O reconhecimento do direito à autodeterminação pelo direito implica, justamente, em respeitar as escolhas livres e autorreferenciais, ainda que essas destoem da aprovação de uma maioria.

Cumprido destacar que, para a correta compreensão da autonomia como direito, a pergunta a ser enfrentada deve ser formulada nos seguintes termos: em que consiste uma decisão verdadeiramente autônoma?

Em primeiro lugar, como pressuposto essencial ao exercício da autonomia, tem-se a capacidade, entendida como “grau mínimo de habilidade exigido para ser considerado competente para tomar decisões autônomas” (SIQUEIRA, 2019, p. 73). Com efeito, decisões tidas como “ruins” ou que possivelmente representem um perigo à saúde daquele que delibera não descaracterizam a capacidade, afinal o sujeito autônomo detém aptidão para hierarquizar os seus bens jurídicos da maneira que bem entender. O direito à autonomia é, portanto, também o direito a decidir irracionalmente (SIQUEIRA, 2019, p. 75).

Exige-se, ainda, para configuração de uma decisão autônoma, que a decisão seja

---

<sup>4</sup> A dogmática jurídico-penal, enquanto responsável por esclarecer os pressupostos substanciais de uma aplicação da *lex lata*, deve examinar o sentido e o contexto de fundamentação da lei penal, relacionando-as, por meio de um sistema coerente, aos preceitos fundamentais do ordenamento jurídico. Assim, ao se verificar um confronto entre duas ou mais teorias, prefere-se aquela que melhor corresponde aos critérios dos cânones interpretativos e aos paradigmas fundamentais. (KINDHÄUSER, 2020, p.28-29).

suficientemente informada (MINAHIM, 2015, p.40), pois, na situação em que o indivíduo desconheça os riscos de sua conduta, não há como afirmar que há exercício de sua autonomia (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 104). Ademais, é preciso que a decisão seja tomada de forma livre, isto é, afastada de qualquer coação ou de vícios de vontade (HILGENDORF, 2019, p. 49; SANTIN, 2020, p. 68).

E aqui, já de saída, é preciso estabelecer a vinculação da autonomia com a liberdade e a responsabilidade, visto que seu reconhecimento fixa não apenas um direito, como também um ônus, ou seja, a responsabilidade do sujeito autônomo por suas condutas e decisões (SIQUEIRA, 2019, p. 64). O indivíduo que, tendo a competência para tomar suas próprias decisões e a capacidade de hierarquizar os seus valores, dá aos seus bens jurídicos sua própria destinação, denota também a responsabilidade direta por essas escolhas.

Não há dúvidas quanto à responsabilização do sujeito cujas condutas afetam os bens jurídicos de outrem. No entanto, tratando-se de decisões autorreferenciais, questiona-se: seria adequado atribuir responsabilidade a alguém que meramente contribui com as condutas queridas e realizadas por um indivíduo dotado de autonomia?

Antes de responder os questionamentos sobreditos, é preciso verificar se houve adoção da autodeterminação como direito no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne aos mandamentos constitucionais, a fim de decifrar a seguinte indagação: é possível enunciar a existência de um princípio constitucional da autonomia?

## 1.2 O DIREITO CONSTITUCIONAL À AUTODETERMINAÇÃO

Ainda que a autonomia não tenha sido reconhecida expressamente pela Constituição de 1988 em sua redação, o direito à autodeterminação assenta-se como uma expressão indissociável dos princípios e fundamentos constitucionais vinculados estritamente ao Estado Democrático em que se inserem (MINAHIM, 2015, p. 35), tais como a liberdade, dignidade humana e o pluralismo, consubstanciados, respectivamente, no art. 5º, caput e art. 1º, III e V, ambos da CF/88 (BRASIL, 1988).

No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, nos quais o princípio unificador é o alicerce dos direitos fundamentais (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 236) colocando o indivíduo em posição de centralidade no ordenamento jurídico (SIQUEIRA, 2020, p. 24).

Immanuel Kant (2005, p. 74), em sua obra, já manifestava que a autonomia compreende o fundamento da dignidade da natureza humana, bem como de toda sua natureza racional, o que nos permite indagar se, sendo a autonomia uma condição intrínseca ao homem, poderia então ser reconhecida como uma dimensão direta e necessária do direito fundamental à dignidade humana?

Nessa esteira, desenvolvem-se as modernas concepções sobre a dignidade humana, no sentido de que, sendo essa um valor intrínseco de todos os seres humanos, ela estaria essencialmente relacionada à autonomia de cada indivíduo (BARROSO, 2013, p. 132). Em outras palavras, a

dignidade humana está intrinsecamente ligada à autonomia individual, visto que esta confere aos sujeitos o poder de eleger seus próprios projetos de vida conforme os seus valores, desejos, ideais e, conseqüentemente, com a sua própria concepção de vida digna.

Como consequência, não é legítimo a sociedade ou ao Estado, orientados por valores externos, impor determinado estilo de vida, pois “se a dignidade é da pessoa humana, e não da sociedade ou de terceiros, a autonomia se torna um pressuposto do seu verdadeiro reconhecimento” (SIQUEIRA, 2020, p. 24). Afinal, quem melhor para dizer o que é uma vida digna para si do que o próprio indivíduo?

A autonomia e, conseqüentemente, a autodeterminação são, portanto, condições inerentes à dignidade humana, uma vez que a vida, conforme os padrões civilizatórios vigentes num sistema democrático, somente seria digna se ajustada a uma maior liberdade dos sujeitos a viverem de acordo com a própria concepção de dignidade, isto é, livres em suas escolhas e vontades personalíssimas e autorreferenciais.

Nesse mesmo sentido, também não há como observar a máxima da dignidade humana sem reconhecer um pluralismo que pressupõe, naturalmente, a convivência pacífica entre projetos de vida diferentes (BARROSO; MARTEL, 2010, p. 336). Isso porque não existe apenas um modelo de dignidade, mas sim diferentes concepções baseadas nos valores pessoais de cada indivíduo, as quais devem ser igualmente asseguradas.

A perspectiva apresentada corresponde ainda com o contexto de ruptura de um modelo ditatorial intervencionista em que a Constituição de 1988 foi instituída, o que fortalece a ideia de que impor determinado estilo de vida ou impedir alguém de atuar conforme os seus desejos e valores pessoais é negar-lhe não só a autonomia, mas a sua dignidade (SIQUEIRA, 2020, p. 25).

Ademais, a autonomia caracteriza-se também como uma expressão intrínseca do direito fundamental à liberdade (MINAHIM, 2015, p. 28), cujo conteúdo compreende a vedação de interferências na esfera da subjetividade alheia e a proteção das liberdades humanas em seu sentido de livre formação, manifestação, desenvolvimento e expansão (SIQUEIRA, 2020, p. 77).

Partindo desse pressuposto, não é possível garantir um direito fundamental de liberdade sem admitir a autodeterminação dos indivíduos sobre o seu próprio corpo, bem como sua autonomia para realizar suas escolhas a partir das suas próprias convicções e de desenvolver-se livremente, de acordo com os seus valores pessoais<sup>5</sup>. Trata-se de assegurar o direito de determinar autorresponsavelmente o seu próprio destino, o seu corpo, a sua mente e, conseqüentemente, de escolher a forma que irá viver ou morrer (SANTIN, 2020, p. 70).

Dessa forma, não há outra saída que não seja reconhecer a autonomia como uma das dimensões constitucionais do direito fundamental à liberdade, à pluralidade e à dignidade da pessoa humana. Isto posto, levanta-se o seguinte questionamento: as intervenções jurídico-penais paternalistas, isto é, que ignoram a vontade autônoma do beneficiário, são legítimas? Em outras palavras, o art. 122 do Código Penal, ao tipificar conduta daquele que somente contribui com uma autolesão, é constitucional?

<sup>5</sup> Negar a autonomia de um indivíduo é, portanto, negar a sua liberdade e, conseqüentemente, “retirar a vontade que lhe é intrínseca como ser racional e o reduzir à condição de mero objeto, anulando-o”. (SANTIN, 2020, p.70).

O principal argumento utilizado para legitimar um modelo paternalista e, desse modo, possibilitar tipificações como aquela disposta no referido artigo, trata-se da idealização de um direito absoluto à vida, por, teoricamente, se tratar de um bem jurídico indisponível. Aqui se elevam as seguintes indagações: existem bens jurídicos indisponíveis diante da autonomia de seu titular? Quais os limites da atuação do direito penal diante das escolhas autônomas e autorreferenciais dos seus tutelados?

O primeiro questionamento será respondido, posteriormente, no decorrer da apresentação da proposta dogmática (item 4) deste artigo. Contudo, agora, convém averiguar as bases da legitimação da tutela penal no Estado Democrático de Direito, a fim de estabelecer os limites das intervenções jurídico-penais na esfera privada.

## 2 A LEGITIMAÇÃO DAS INTERVENÇÕES JURÍDICO-PENAIIS NA ESFERA INDIVIDUAL

Superadas as questões quanto à consolidação de um direito constitucional à autonomia no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário compreender os fundamentos e limitações das intervenções do direito penal na esfera pessoal dos cidadãos, especialmente no contexto das autolesões.

No Estado democrático-liberal, o direito penal, enquanto instrumento mais agressivo de restrição da liberdade, tem a sua atuação condicionada aos valores e máximas instituídos constitucionalmente (KINDHÄUSER, 2020, p. 32). A tutela penal deve ser restrita, proporcional e subsidiária, de modo a configurar a *ultima ratio* na proteção de bens jurídicos (SCHÜNEMANN, 2013, p. 89), conservando, assim, uma função eminentemente preventiva.

Em razão desse caráter subsidiário, a liberdade dos indivíduos só pode ser restringida na exata medida necessária (ROXIN, 2002, p. 82), ocasião em que se proíbe ações que lesionam ou colocam em perigo bens jurídicos relevantes (KINDHÄUSER, 2020, p. 44).

Além disso, os limites impostos ao legislador na formulação dos tipos penais precisam ser racionalizados a partir das condições que fundamentam o seu poder punitivo dentro de um Estado Democrático (SCHÜNEMANN, 2013, p. 75), uma vez que “a segurança por meio do Estado e segurança contra o Estado limitam-se reciprocamente” (KINDHÄUSER, 2020, p. 43).

Dessa necessidade de limitar a atuação do direito penal é que se desenvolve a máxima da *ultima ratio* que, em poucas palavras, pressupõe uma ponderação, orientada pelos fins político-criminais (GRECO, 2000, p. 126), entre a necessidade de proteção dos bens jurídicos e a adequação de tal proteção ao direito penal pelo legislador (SCHÜNEMANN, 2013, p. 79).

Nessa perspectiva, o legislador, ao criminalizar determinada conduta, precisa atentar-se a uma rede de categorias, tais como a espécie do bem jurídico protegido, sua estrutura e, ainda, ao papel empenhado pela vítima (SCHÜNEMANN, 2013, p. 86).

No que se refere à espécie do bem jurídico protegido, tem-se que, ao se tratar de bens

jurídicos individuais, tais como a vida, a saúde ou a integridade física, as intervenções jurídico-penais, para que sejam legitimadas, precisam garantir o livre desenvolvimento dos indivíduos pelo Estado (KINDHÄUSER, 2020, p. 44). Isto é, não basta a mera proteção dos bens jurídicos de ataques externos, tal proteção deve se alinhar às vontades do indivíduo protegido pela norma penal.

Por tal razão, vê-se que uma das clássicas expressões do paternalismo duro é, justamente, a estratégia de esconder o paternalismo por meio da criação superficial de bens jurídicos aparentes (SCHÜNEMANN, 2013, p. 96). Implica dizer: aplica-se a errônea aglomeração de bens individuais como pseudo-justificação de incabíveis antecipações do direito penal (SCHÜNEMANN, 2013, p. 101), ignorando a autonomia do titular em prol de uma suposta proteção de bens jurídicos “coletivos”.

Um exemplo disso seria a “saúde pública”, classificada pela doutrina como um bem jurídico coletivo, no entanto, aquela nada mais é do que a soma das saúdes de cada cidadão, isto é, trata-se, na verdade, de um bem individual (SCHÜNEMANN, 2013, p. 81). Assim, quando o indivíduo autônomo decide, por exemplo, autolesionar-se, as intervenções jurídico-penais que visem protegê-lo contra a sua vontade, sob a justificativa de proteção da “saúde pública”, na realidade, não se legitimam.

Em outras palavras, sendo um bem jurídico individual, a proteção da saúde pelo direito penal deve estar alinhada à autodeterminação do seu titular, pois a liberdade sobre o próprio corpo não pode ser “esmagada em nome de vagas entidades plurais, como bem comum, interesses comuns ou a vontade geral” (MINAHIM, 2015, p. 59).

Em relação à última categoria que deve ser observada pelo legislador durante a criminalização de uma conduta, qual seja, o papel empenhado pela vítima, desenvolve-se a chamada vitimodogmática, que, como máxima de interpretação, confere limitações à atuação do direito penal e indica não ser possível proteger um bem jurídico contra a vontade autônoma de seu titular (SCHÜNEMANN, 2013, p. 87).

Por meio dessa ótica, confere-se à vítima maior relevância no plano da dogmática jurídico-penal. Noutros termos, implica dizer que “nos casos em que a vítima está em condições de autoprotoger-se e essa autoproteção pode dela ser exigida, faltaria a necessidade, segundo o princípio da *ultima ratio*, de fazer uso do direito penal” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 12).

Nesse alinhamento, vê-se que as normas penais fundadas em um paternalismo duro – visando o bem estar do beneficiário e contra a sua vontade – não se legitimam diante de um Estado Democrático-liberal. Desse modo, alicerçar responsabilidade penal em um indivíduo que meramente contribui com condutas autolesivas de terceiros é atuar em flagrante descompasso com as máximas que norteiam, fundamentam e legitimam o direito penal.

### 3 CRÍTICAS AO ART. 122: SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE E A ILEGITIMIDADE DAS INTERVENÇÕES PENAIS DIANTE DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

Na doutrina tradicional, argumenta-se que a vida é um bem jurídico indisponível e irrenunciável<sup>6</sup>. Tende-se, assim, à concepção de que a vida tem proteção absoluta no ordenamento brasileiro<sup>7</sup>. No entanto, ao passo que as discussões sobre autonomia, especialmente num cenário pós-constituição de 1988, ganham espaço, especialmente no plano jurídico-penal, é possível constatar que, na verdade, não se levam a sério os custos da perspectiva tradicionalmente adotada.

O direito constitucional à autonomia confere ao indivíduo o direito de viver conforme a sua própria concepção de vida boa (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649) e de hierarquizar os seus próprios valores individuais (GRECO; KASECKER, 2018, p. 136). Assim, ainda que o direito à vida pressuponha um dever do Estado de proteger o cidadão contra agressões externas, aquele não impõe ao indivíduo um dever de viver (SIQUEIRA; KASECKER, 2019, p. 2), pois, do contrário, as intervenções estatais recairiam em verdadeiras imposições paternalistas, ilegítimas no contexto jurídico-penal.

Conforme as observações já pontuadas neste estudo, o direito penal se ocupa da proteção dos bens jurídicos relevantes, mas não da proteção a qualquer custo, devendo, segundo a máxima da *ultima ratio*, limitar-se às situações em que a vítima carece de proteção estatal. Se tais premissas são assumidas como válidas, não há razões para criminalizar a conduta de alguém que meramente contribui com o suicídio querido e realizado pela “vítima”.

No que concerne à integridade física, alguns manuais traduzem-na como parcialmente disponível pelos bons costumes (BITENCOURT, 2016, p. 214). Com efeito, para a correta compreensão do dispositivo em comento, é de se questionar: qual o conteúdo jurídico da *cláusula dos bons costumes*?

Os argumentos proferidos pela maior parte da doutrina podem ser resumidos em dois critérios essenciais: a gravidade e a irreversibilidade da lesão (SIQUEIRA, 2019, p. 400). Esses, no entanto, mostram-se inadequados e incoerentes, pois existem diversas situações em que a lesão, apesar de grave e irreversível, é permitida, como, por exemplo, as cirurgias que envolvem a redesignação sexual.

Parte da literatura, por outro lado, considera que a *cláusula dos bons costumes* deve ser compreendida como uma cláusula de ponderação e, dessa forma, para avaliar a legitimidade das intervenções do direito penal na proteção da integridade física, seria necessário sopesar as vantagens e desvantagens da referida conduta no caso concreto (SIQUEIRA, 2019, p. 404).

No entanto, tal argumento também não merece prosperar, pois a autonomia não pode ser submetida a argumentos de instrumentalização ou de ponderação (SANTIN, 2020, p. 69). A autonomia é, justamente, o direito de ponderar, isto é, o direito de hierarquizar os seus próprios valores, de viver conforme a sua própria concepção de vida digna e, conseqüentemente, decidir a

<sup>6</sup> Nesse entendimento, cf. Hungria (1958, p.226); Bitencourt (2020, p.476); Nucci (2019, p.164).

<sup>7</sup> Na mesma linha, cf. Figueiredo (2007, p.479); Minahim (2008, p.226); Prado (2013, p.457).

respeito da destinação do seu próprio corpo (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649).

Com efeito, constata-se que nenhuma posição desenvolvida pela doutrina consegue alcançar um critério homogêneo e determinado (SIQUEIRA, 2019, p. 407). Ademais, justificar uma disponibilidade parcial da integridade física sob o argumento dos bons costumes é, na verdade, desrespeitar e negar a autonomia do indivíduo e, conseqüentemente, a sua autodeterminação.

Neste limite, outro tanto de argumentos político-criminais poderiam ser ventilados, mas todos conduziram à seguinte conclusão: as justificativas de imputação das condutas previstas no art. 122 do Código Penal confirmam intervenções estatais que viabilizam um moralismo jurídico-penal infundado e uma imposição de valores hegemônicos à indivíduos dotados de autonomia (SARMENTO, 2016, p. 160).

Luís Greco e Alaor Leite (2011, p. 10) ensinam que um tipo penal tem sua legitimidade condicionada a certos quesitos. São estes: (i) a proteção de um bem jurídico penalmente relevante; (ii) a não intervenção do Estado na esfera privada e na autonomia dos seus tutelados; e, por fim, (iii) a tipificação praticável em sentido amplo. Assim, é possível observar que o art. 122 é alheio ao cumprimento da segunda exigência, vez que despreza totalmente o arbítrio daquele que renuncia, livremente, à proteção dos próprios bens jurídicos.

Como já adiantado, não raramente fala-se em ponderação dos interesses fundamentais. Contudo, parece pouco sustentável suceder a ponderação entre vida e/ou integridade física e o direito de autodeterminação, pois, afinal, o que é autonomia senão o direito de ponderar? No Estado liberal, a autonomia assegura aos indivíduos o direito de viver conforme os seus próprios projetos de vida, nesse limite, ponderar a autonomia, por meio de valorações externas ao sujeito é, na verdade, transformá-la em heteronomia (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 655).

Como possivelmente já percebido pelo leitor, nota-se na doutrina nacional uma dificuldade injustificada em reconhecer de forma plena o direito à autodeterminação<sup>8</sup>. Dentre as poucas tentativas de se admitir o respeito à autonomia individual diante de um conflito com a vida, por exemplo, argumenta-se que seria possível auxiliar aquele que deseja morrer quando estiver gravemente enfermo, sob a justificativa de que o Estado não pode forçar alguém a viver com dor e angústia ou a lutar contra uma doença (NUCCI, 2019, p. 170).

Essa não nos parece a decisão mais acertada, afinal, se a autonomia pressupõe o direito a hierarquizar valores segundo seus próprios critérios e determinar o seu próprio destino, como seria possível legitimar uma sobreposição de valores por parte do Estado? É dizer, respeitar a autonomia de um sujeito enfermo que decide dar fim à sua vida e de alguém totalmente saudável que, por suas razões, decide não mais viver, não apresenta, no campo prático e teórico, qualquer diferença (SANTIN, 2020, p. 70).

Arigor, verifica-se que a reforma consumada em 2019 é ainda mais inacreditável: participação em automutilações é o mais alto grau do paternalismo, o que apenas se agrava diante da supressão da materialidade da conduta típica, agora perfectibilizada diante da irrazoável existência de um

<sup>8</sup> Há quem justifique a indisponibilidade dos bens jurídicos individuais nas situações em que a lesão ao bem jurídico é capaz de gerar a perda futura da autonomia individual, o que fundamentaria, por exemplo, a indisponibilidade da vida pelo titular. Nesse sentido, Cf. Martinelli (2010, p. 253-261).

“resultado” puramente formal. Nesse cenário, numa situação na qual, por exemplo, X dispara ao seu amigo a simples frase “se mate”, o tipo já estará consumado.

Justifica-se o tipo em exame em um dever social ou moral como se isso, por si só, satisfizesse aos critérios de uma dogmática penal pretensamente racional. Mas e quanto ao dever jurídico? É certo que uma vez reconhecido o direito à autonomia, havendo demonstração clara e inequívoca da vontade e da liberdade de pessoa capaz no momento da tomada de decisão, esta deve ser respeitada, não havendo, portanto, razões para criminalizar a conduta de quem meramente contribui para uma autolesão.

Aqui não se ignora o fato de que o suicídio e a automutilação, muitas das vezes, está vinculado a determinadas alterações psicológicas ou psíquicas, que podem ou não gerar uma incapacidade. Convém ressaltar, no entanto, que nos casos de dúvida, isto é, quando não há certeza da liberdade da vontade do agente, legitimam-se as intervenções fundadas no paternalismo moderado.

Assim, por exemplo, se Y encontra X desmaiado ao lado de uma cartela vazia de remédio e não há meios para auferir a sua autonomia no momento da tomada de decisão, considera-se o *consentimento presumido* de X em preservar a sua vida e, portanto, deve Y socorrê-lo (ANDRADE, 2020, p. 73). No entanto, na situação em que há comprovação da autonomia do sujeito, como no caso em que X é encontrado em contexto semelhante ao anteriormente descrito, no entanto, ao lado de documentos que atestem sua capacidade e sua vontade autônoma em cometer o suicídio, tal decisão deve ser respeitada.

Nesse limite, nos casos em que não há como auferir a autonomia e a vontade do sujeito ou na situação em que realmente haja uma vítima, isto é, uma pessoa que não está apta a tomar uma decisão livre, a exemplo de uma criança ou um adulto em situação de incapacidade, pode-se falar em autoria mediata. A questão, assim, seria resolvida no domínio do homicídio ou lesão corporal, sendo desnecessário o art. 122.

Ademais, olvida a doutrina paternalista que o direito penal dirige suas proibições àqueles que estão em condições fáticas de lesionar bens jurídicos (SCHÜNEMANN, 2013, p. 12), possuindo, assim, o domínio sobre o fundamento do resultado, o que não ocorre no contexto da participação em suicídio, visto que o indivíduo penalizado meramente auxilia, instiga ou induz a autolesão de um terceiro.

E são precisamente esses fatores que fazem com que, levando-se a sério o respeito à autonomia individual e, conseqüentemente, a autorresponsabilidade dos indivíduos que, dotados de autonomia, praticam uma autolesão, o art. 122 releva-se totalmente incompatível com o sistema constitucional democrático-liberal vigente. Além disso, é possível também perceber um nível de antecipação da tutela penal excessiva e de paternalismo que não faz qualquer sentido e que não corresponde aos fins político-criminais do direito penal.

O direito penal deve atuar como a *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos, logo, deve o legislador, durante o processo de criminalização de determinada conduta, se atentar a certas categoriais, tais como a espécie do bem jurídico protegido, pois ao se tratar de bem jurídico individual, o livre desenvolvimento dos indivíduos deve ser garantido (KINDHÄUSER, 2020,

p. 44) e deve observar, ainda, o papel empenhado pela vítima, pois quando essa não carece de proteção, como nas situações examinadas neste estudo, justifica-se o recuo da tutela penal.

À vista disso, fica fácil situar o claro horizonte em que se insere a legitimidade normas jurídico-penais no contexto das autolesões: as proibições penais só serão legitimadas a partir do momento em que cumprirem o seu papel de proteção dos danos a terceiros, respeitando, sobretudo, a autodeterminação do sujeito protegido.

Não há, portanto, que se falar em proteção de ilegítimos bens jurídicos pelo direito penal, instrumento sensível que, nesse contexto, passaria a interferir desnecessariamente na esfera privada e personalíssima dos sujeitos dotados de autonomia. Sintetizando: a tutela penal será necessária e adequada ao proibir somente condutas que lesionam ou exponham a perigo o bem jurídico do ofendido contra a sua própria vontade (SIQUEIRA, 2016, p. 143).

Isto posto, partindo do pressuposto da concretização do direito constitucional à autonomia, bem como dos pressupostos de legitimação da proteção dos bens jurídicos por meio direito penal, chega-se a única conclusão possível: o art. 122 do Código Penal é inegavelmente ilegítimo e inconstitucional.

Parte-se, agora, para considerações dogmáticas que, ao menos a princípio, parecem resolver mais satisfatoriamente casos penais envolvendo contribuição em suicídio ou automutilação.

#### **4 PROPOSTA DE TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL: AS IMPLICAÇÕES DOGMÁTICAS DA AUTONOMIA NA PARTICIPAÇÃO NO SUICÍDIO E NA AUTOMUTILAÇÃO**

No domínio da concepção doutrinária tradicional, as intervenções jurídico-penais paternalistas – contra a vontade do beneficiário e visando o seu bem-estar - legitimam-se na proteção de bens jurídicos indisponíveis (MINAHIM 2015, p. 59). Esses, segundo uma orientação objetiva, são estabelecidos previamente, de acordo com os interesses da coletividade (SANTIAGO NINO, 2007, p. 211).

Nessa linha, alegava Hungria (1958, p. 269) que “só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico renunciável ou disponível, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos restritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça”. Em outras palavras, a autonomia individual, conforme a perspectiva tradicional, só deve ser respeitada nos casos em que o bem jurídico afetado seja considerado disponível.

A possibilidade de disposição desses bens não raramente é justificada nos interesses da sociedade, considerando que o bem jurídico é indisponível na medida de sua essencialidade à natureza humana (MINAHIM, 2008, p. 227). Sem nenhum esforço argumentativo é possível perceber que os critérios de definição da indisponibilidade dos bens jurídicos são imprecisos e vazios, possibilitando responsabilizações arbitrárias, pautadas em argumentos meramente morais.

A despeito de ter conquistado a predileção da maioria da doutrina, o reconhecimento de

bens jurídicos indisponíveis viola frontalmente o direito constitucional à autonomia, uma vez que essa não pode se vincular a argumentos de ponderação (SIQUEIRA, 2019, p. 405). A autonomia consagra-se pelo poder conferido ao indivíduo de traçar seus próprios projetos de vida, tomando suas próprias decisões autorreferenciais, isto é, o direito de hierarquizar valores conforme seus próprios valores pessoais e de autodeterminação sobre o seu próprio corpo (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 649).

A liberdade individual pode ser limitada em razão da liberdade de outrem, isto é, nas situações em que a conduta de alguém lesiona ou põe em perigo os bens jurídicos terceiros ou os chamados bens jurídicos coletivos, contudo, tal limitação não pode ocorrer quando se trata da disposição sobre o próprio corpo, pois a autonomia é um valor imponderável (SANTIN, 2020, p. 69).

Nesse sentido, Janice Santin (2020, p. 69) ensina que “a sujeição da vontade do indivíduo por meio da dominação de seu corpo retira seu direito à autodeterminação”, afinal, ponderar a autonomia nada mais é do que transformá-la em heteronomia, ou seja, negá-la (SIQUEIRA, 2019, p.81). A autonomia não pode ser considerada a partir de valorações externas, respaldadas em interesses e expectativas da sociedade (SANTOS; MARTINELLI, 2017, p. 190), mas sim da perspectiva do próprio indivíduo.

A imposição de projetos de vidas coletivos assentados na ideia de bem comum corresponde, em verdade, ao marco dos regimes totalitários (MINAHIM, 2015, p. 36). Nesses, determinados estilos de vida eram coercitivamente compelidos aos indivíduos pelo Estado (SCHÜNEMANN, 2013, p. 71), o que não corresponde com o modelo democrático-liberal estabelecido na Constituição atual.

No contexto de um Estado liberal, Greco e Siqueira (2017, p. 652) defendem que a autonomia deve ser compreendida como um *meta-valor* e, por isso, não pode ser ponderada ou submetida à instrumentalização. Os referidos autores fundamentam tal proposição no fato de que a autonomia é, por excelência, o direito de ponderar, sendo assim, encontra-se em um plano superior aos demais bens jurídicos, visto que confere ao indivíduo a liberdade de ação para decidir sobre a destinação dos referidos bens (SANTIN, 2020, p. 70).

Nessa linha, Siqueira (2019, p. 93) desenvolve a tese de que os bens jurídicos individuais devem ser observados a partir da autonomia do seu titular. Em outros termos, significa dizer que, segundo a autora, além do próprio bem individual, inclui-se na tipicidade a autonomia do seu titular para designar como se dará a sua destinação.

No domínio do direito penal, a consequência disso se dá no fato de que o Estado somente estará autorizado a proibir condutas capazes de lesionar ou de expor a perigo o bem jurídico afetado contra a vontade do titular. Caso um sujeito autônomo pratique uma autolesão ou, ainda, consinta em uma heterolesão, não é possível aplicar uma responsabilização jurídico-criminal a terceiros que eventualmente o auxiliie.

Entende-se, portanto, que “o exercício do direito de disposição do próprio bem jurídico por parte do seu titular afasta a sua possível lesão, impedindo a consecução do tipo” (ZIPF apud

SIQUEIRA, 2019, p. 185). Assim, as condutas de quem auxilia na autolesão de terceiro ou, ainda, pratica uma lesão consentida por outrem, são, na verdade, atípicas, pois os bens jurídicos do afetado não serão violados, mas sim, reforçados, havendo a concretização da real expressão da liberdade e da autodeterminação do indivíduo em relação ao seu próprio corpo (SIQUEIRA, 2019, p. 192).

As futuras e necessárias repercussões são mais que evidentes e a razão é simples: não há necessidade de intervenção penal quando o titular do bem jurídico abre mão de sua proteção, afinal, a vítima de crime é, senão, aquela cujos bens jurídicos estão sendo ameaçados ou lesionados (GRECO, 2005, p. 62).

Para sintetizar, na situação em que o indivíduo meramente contribui com a autolesão de um terceiro, aquele não pode ser responsabilizado. A autonomia do sujeito que escolhe livremente dispor de sua vida deve ser respeitada, afinal, a própria noção de bem jurídico compreende a garantia do livre desenvolvimento humano (HILGENDORF, 2019, p. 43), que só pode ser alcançado quando há liberdade de autodeterminação pelo seu titular.

Se tais premissas são assumidas como válidas, somente nas situações em que haja um déficit de autonomia o direito penal estará apto a intervir (MARTINELLI, 2010, p. 70). Nessas situações, considera-se uma autoria mediata do agente que contribui com o suicídio ou a automutilação, aplicando, portanto, um paternalismo jurídico leve ou moderado. Reitera-se, ainda, que, por se tratar de autoria mediata, a questão seria resolvida no domínio do homicídio ou lesão corporal, sendo desnecessário o art. 122.

Por outro lado, nas situações em que o sujeito é dotado de autonomia, suas escolhas autorreferenciais devem ser respeitadas. Com isso é possível concluir que a autonomia é, na verdade, o limite da disponibilidade dos bens jurídicos pelo seu titular.

Diante do exposto, demonstra-se a necessidade de repensar o processo de criação do conjunto normativo jurídico-penal brasileiro, especialmente no que concerne ao art. 122 do Código Penal, recentemente alterado pela Lei 13.968/19, que tipifica o induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio e/ou às automutilações.

Como já demonstrado, o tipo supracitado é inegavelmente inconstitucional, em vista do evidente confronto com a autonomia individual e, ainda, mostra-se ilegítimo, diante das máximas que legitimam e limitam a atuação do direito penal.

Aqui, já de saída, frisa-se que a proposta de tratamento dogmático às contribuições em suicídio e em automutilações realizada no presente artigo fundou-se no propósito de que as referidas condutas recebam o tratamento adequado, a fim de preservar o núcleo essencial de liberdade individual e combater intervenções penais arbitrárias e desproporcionais.

## CONCLUSÃO

Chegando ao final, conclui-se que o art. 122 do Código Penal, ao tipificar as condutas de induzir, instigar e auxiliar o cometimento de suicídio ou automutilações, viola o direito

constitucional à autonomia. Trocando em miúdos, autoriza uma intervenção ilegítima, exclusivamente paternalista, ao alicerçar a responsabilidade penal em uma autodeterminação de indivíduos capazes de hierarquizar os seus próprios valores e tomar suas próprias decisões autorreferenciais.

Além de confrontar os preceitos constitucionais de liberdade, dignidade humana e pluralidade, nos quais se engloba o direito à autonomia, a tipificação examinada viabiliza um moralismo jurídico-penal infundado, carente de razões, e, ainda, totalmente incompatível com um direito penal subsidiário, proporcional e racional.

O problema se agrava com a alteração conduzida pela Lei 13.968/19 que, além de acrescentar a conduta de participação em automutilações, retira o resultado morte ou lesão corporal do tipo, configurando o mais alto grau de paternalismo jurídico.

A doutrina se equivoca ao fundamentar a legitimidade do referido tipo na ponderação dos interesses fundamentais, afinal, a máxima da autonomia confere, justamente, o direito de ponderar e hierarquizar bens jurídicos ao seu titular. Dessa forma, não cabe ao Estado, com base em valorações externas, decidir sobre a autodestinação dos bens jurídicos dos seus tutelados.

A conduta autolesiva, portanto, deve ser respeitada diante da autonomia do sujeito que a realiza, ainda que suas escolhas, sob a ótica externa, não pareçam as mais prudentes ou racionais, afinal, o direito à autonomia é também o direito de tomar decisões tidas como ruins ou irracionais. Nesse sentido, se há demonstração clara e inequívoca da vontade e da liberdade de pessoa capaz no momento da tomada de decisão, deve essa ser respeitada.

Nos casos em que realmente existe uma vítima, ou seja, criança, adultos em situação de incapacidade ou pessoa que não toma uma decisão verdadeiramente livre e informada ao cometer suicídio ou automutilação, o sujeito ativo não responde pelo art. 122, mas sim por outros tipos penais, tais como homicídio ou lesão corporal, em razão do déficit de autonomia do ofendido.

Por fim, propõe-se que a disponibilidade dos bens jurídicos seja compreendida como consequência indissociável ao reconhecimento do direito à autodeterminação. Assim, não há o que se falar em responsabilização daquele que meramente contribui auxiliando, instigando ou induzindo ao cometimento de suicídio ou de automutilação por um sujeito dotado de autonomia.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. O consentimento penal médico: o consentimento presumido. *In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (org.). Direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

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, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade

e autonomia individual no final da vida. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, dez. 2010. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Principles of biomedical ethics**. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 2.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição de República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 abr. 2020.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 4, n. 6, p. 7-25, jul./dez. 2012.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 56, p. 333-341, jul./set. 2007.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 32, p. 120-159, 2000.

GRECO, Luís. **Um panorama da teoria da imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Direito penal e doping. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 219, p. 11-12, fev. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/329>. Acesso em: 15 ago. 2020.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico. In: COSTA, Faria, *et al.* (coords). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade**. Coimbra: Studia, 2017, pp. 643-669.

HILGENDORF, Eric. **Introdução ao direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2005.

KINDHÄUSER, Urs. **Dogmática penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**, 2010. 297 f. Tese (Doutorado

em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites na intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais.** São Paulo: LiberArs, 2015.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT, Leonardo de Bem. **Direito Penal parte geral: lições fundamentais.** 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. O consentimento do ofendido em face dos bens jurídicos indisponíveis. **Revista de Ciências Jurídicas**, Belo Horizonte, v. 6, n. 1, p. 217-236, jan./jun. 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal.** São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: 3. ed.** Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal: tradução dos §§ 7 e 11, n. 1/119, de Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. ed,** München, Beck, 1997. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTIN, Janice. **Dever de esclarecimento médico no direito penal: a concretização do consentimento com base na autonomia do paciente.** São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SANTOS, Humberto Souza; MARTINELLI, João Paulo Orsini. O paternalismo jurídico-penal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 186-223, jul./dec. 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia,** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Ética e derechos humanos.** Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

SIQUEIRA, Flávia. **O princípio da confiança no direito penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Flávia. O paradigma de respeito à autonomia do paciente e suas implicações no direito penal da medicina: em especial sobre a ilegitimidade das intervenções médicas arbitrárias. *In: ESTELLITA, Heloisa; SIQUEIRA, Flávia (Org.). Direito penal da medicina.* São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SIQUEIRA, Flávia; KASECKER, Izabele. Recusa de transfusão de sangue em pacientes menores de idade. **O Jota**. 10 jun. 2019. Penal em foco. Disponível em: [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/recusa-de-transfusao-de-sangue-em-pacientes-menores-de-idade-10062019) Acesso em: 03 abr. 2020.

**Como citar:** TOURINHO, Luciano de Oliveira Souza; SOTERO, Ana Paula Silva; LOUZADA, Livia Cardoso. A (in)constitucionalidade e a (i)legitimidade do artigo 122: implicações dogmáticas da autonomia no direito penal. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 207-226, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.207. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 24/05/2021

Aprovado em: 14/10/2021

**O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E OS REFLEXOS SOBRE A  
PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA: ASPECTOS MATERIAIS E  
PROCESSUAIS**

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND REFLECTIONS ON  
HOMESTEAD: MATERIAL AND PROCESS ASPECTS

**Jussara Borges Ferreira\***  
**Maria das Graças Macena Dias de Oliveira\*\***  
**Jefferson Patrik Germinari\*\*\***

**Como citar:** FERREIRA, Jussara Borges; OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias de; GERMINARI, Jefferson Patrik. O princípio da boa-fé e os reflexos sobre a proteção ao bem de família: aspectos materiais e processuais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 227-244, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.227. ISSN: 1980-511X

**Resumo:** O presente artigo tem por objetivo analisar a proteção jurídica dada ao bem de família no ordenamento jurídico atual, especialmente, a partir da interpretação constitucional à dignidade da pessoa humana relacionada com a Lei. 8009/90, do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da função social dos contratos. Avaliar o critério de destinação do bem relacionado à proteção da tutela do mínimo existencial, mostra-se fundamental para correta interpretação do instituto jurídico mencionado, especialmente a partir do enfoque nos aspectos materiais e processuais. Utilizando pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa, conclui-se que os recentes entendimentos jurisprudenciais que afastaram a proteção ao bem de família, em decorrência de violação da boa-fé objetiva - princípio jurídico do direito civil contratual -, há possibilidade de abalo considerável do sistema de proteção jurídica ao mínimo existencial e à perspectiva de concretização da função social dos contratos.

**Palavras-chave:** Bem de família; Boa-fé objetiva; Dignidade da pessoa humana.

**Abstract:** This article aims to analyze the legal protection given to the homestead in the current legal system, especially from the constitutional interpretation to the dignity of the human person related to Law. 8009/90, the principle of objective good faith and the principle of the social function of contracts. Evaluating the criterion of destination of the good, related to the protection of the existential minimum guardianship, is fundamental for the correct interpretation of the mentioned legal institute, especially from the focus on the material and procedural aspects. Using

\*Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Professora permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR e do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR/PR. Advogada.  
E-mail: jussara@bflaw.adv.br

\*\* Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília - PPGD UNIMAR.  
E-mail: mariamacenaadv@gmail.com

\*\*\*Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília - PPGD UNIMAR.  
E-mail: jgerminari@tjisp.jus.br

exploratory, bibliographical and qualitative research, it can be concluded that recent jurisprudential understandings that departed from the protection of homestead due to violation of objective good faith, the legal principle of contractual civil law, there is a possibility of considerable disruption to system of legal protection to the minimum existential and the perspective of accomplishing the social function of the contracts.

**Keywords:** Homestead. Objective good faith. Dignity of the human person.

## INTRODUÇÃO

A proteção jurídica ao bem de família, dotando-o de impenhorabilidade e inalienabilidade é assunto que, frequentemente, é abordado pela doutrina e pelos tribunais, através de interpretações concebidas a partir de critérios jurídicos que muitas vezes podem ser efetivamente questionados.

Com o objetivo de propor reflexões críticas, o presente artigo tem como objetivo analisar a proteção ao bem de família a partir de um prisma constitucional, passando a enfrentar as controvérsias em relação à flexibilização em decorrência da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, passando pela análise da legislação infraconstitucional, de direito material e processual.

Assim, na primeira seção, será abordada a proteção ao bem de família, a partir da exposição e fundamentação acerca de seu caráter constitucional, chegando-se até a regulamentação dada pela Lei n. 8.009/90. Na segunda seção, o enfoque recai sobre o princípio da boa-fé e sua irradiação no sistema jurídico como um todo, tratando dos aspectos constitucionais, do tratamento dado pela legislação civil e finalmente pela legislação processual civil vigente desde o ano de 2015. Por fim, na terceira seção, será analisada a interpretação do princípio da boa-fé e os impactos na proteção ao bem de família, especialmente após as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Utilizando-se de pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa, através do método dedutivo, busca-se verificar se a opção realizada pelo Poder Judiciário em flexibilizar a proteção ao bem de família se coloca como mitigação a preceitos constitucionais, podendo trazer efeitos danosos às relações contratuais estabelecidas e consequentes violações à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil.

## 1 PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

Busca-se aqui a localização da proteção ao bem de família dentro da ordem jurídica interna, partindo-se da análise do contexto constitucional vigente, para então ingressar na égide da Lei n. 8.009/90, responsável pela regulamentação infraconstitucional da proteção ao bem de família.

### 1.1 CARÁTER CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AO BEM DE FAMÍLIA

Como ensinam Maristela Aparecida Dutra e Fernanda Aparecida Borges de Andrade (2017, p. 246), o instituto do bem de família tem origem nos Estados Unidos, no começo do século XIX, a partir da promulgação da lei *Homestead Exemption Act*, em decorrência de profunda crise econômica que refletia fortemente na questão habitacional.

Segundo Limongi França (1988, p. 117), apresentando conceito histórico, “bem de família é o imóvel urbano ou rural destinado pelo chefe de família, ou com o consentimento deste mediante escritura pública, a servir como domicílio da sociedade doméstica, com a cláusula de impenhorabilidade”. O bem de família “[...] tem por escopo assegurar um lar à família ou meios

para o seu sustento, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas condominiais” (DINIZ, 2019, p. 202).

Para abordar a questão da impenhorabilidade do bem de família, é imprescindível a análise sistemática do aparato constitucional trazido da Constituição Federal (CF) de 1988, especialmente, a partir da consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República<sup>1</sup>, além de trazer previsões semelhantes na parte dos objetivos fundamentais<sup>2</sup>, assegurando mecanismos capazes de efetivação dessa dignidade, mesmo sem a verificação, no texto constitucional, de princípio que estabeleça critérios objetivos sobre o mínimo existencial.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

Aliado ao texto constitucional vigente, é possível buscar na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>3</sup>, a designação de elemento normativo internacional de proteção à dignidade da pessoa humana, identificado no sentido de que essa dignidade se refere a um nível mínimo de subsistência.

Assim, é possível incluir a proteção jurídica concedida ao bem imóvel considerado bem de família, tornando-o impenhorável, com a clara ideia de efetivação de proteção ao direito fundamental mínimo de moradia. Torna-se pertinente entender que a impenhorabilidade que aqui se menciona decorre da destinação do bem imóvel, sendo evidentemente desnecessária a declaração em escritura pública de Registro de Imóveis.

Trata-se de identificação do bem imóvel a partir de elementos ligados à existência, criando-se, assim, o elo com a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual, em que pese estar prevista em lei federal, é evidente que a proteção ao bem de família tem viés

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

III. a dignidade da pessoa humana

2 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3 Art. 25.

I) Todo o homem 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, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

II) A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social

claramente constitucional.

Teresa Negreiros entende que, na classificação dos bens, o elemento inovador é precisamente a destinação existencial que, em contraposição à destinação patrimonial, eleva a pessoa, isto é, as necessidades humanas mais elementares, a ponto de referência para a individualização de espécies diversas de bens. O impacto deste enfoque existencial é particularmente nítido a respeito do bem de família (NEGREIROS, 2006, p. 433).

A partir do que foi apresentando, facilmente identifica-se a necessidade de moradia às necessidades mais básicas do ser humano, motivo pelo qual a ordem jurídica posta, tratou de proteger o único bem imóvel de determinada pessoa, utilizado como essencial à moradia familiar, com cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade. Essas não constituem um fim em si próprio, mas sim, uma forma de garantir a residência do proprietário de um único imóvel, tornando-se a residência da família.

A proteção à família não reside no âmbito da vontade individual, mas no que concerne aos interesses não-patrimoniais, quando em choque com os interesses patrimoniais. Assim, há que se dispensar qualquer ato ou formalidade para a instituição do bem de família. Percebe-se que os critérios de interpretação das disposições de bem de família seguem uma análise de avaliação das reais necessidades pessoais.

Observa-se que o conteúdo do bem de família regulado pela lei supramencionada é mais abrangente e flexível do que o adotado pelo Código Civil, ou seja, embora pautado na defesa da moradia, não ignora outras necessidades dos seres humanos. A extensão do âmbito do bem de família tem sido progressivamente ampliada em relação às pessoas que possam ser beneficiadas. Trata-se de instrumento de garantia ao direito constitucional de moradia.

Considerando a relevância constitucional da proteção ao bem de família e também o fato de que sua relativização encontra respaldo justamente na interpretação do princípio da boa-fé, optou-se neste trabalho tratar deste princípio de forma independente, em tópico próprio, dando-se assim o rigor metodológico necessário que o problema exige.

## 1.2 REGULAMENTAÇÃO DADA PELA LEI 8.009/90

A par dos preceitos constitucionais vigentes a partir de 1988, nos quais se fundam a proteção ao bem de família, foi promulgada em 1990 a Lei n. 8.009, fruto da conversão da Medida Provisória 143/90, tratando a mesma do bem de família involuntário, ou seja, aquele assim considerado por determinação legal, independentemente da manifestação da vontade. Trata-se de imposição estatal, ganhando, assim, *status* de norma de ordem pública, com elementos axiológicos bastante claros: a defesa do direito de moradia e a proteção ao núcleo familiar, nos dizeres de Luiz Edson Fachin (2001, p. 164), “orienta-se pelo interesse social de assegurar uma sobrevivência digna aos membros da família, realizando, em última instância, a dignidade humana”.

A partir de uma comparação com o conceito histórico sobre bem de família, o conceito atual de bem de família está previsto no art. 1º da Lei 8.008/90, que dispõe:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados (BRASIL, 1990).

Importante a compatibilização do texto acima com a expressão entidade familiar que consta dos §§ 3º e 4º do art. 226 da Constituição de 1988, no sentido de que a constituição do bem de família pode se dar por qualquer das formas de constituição da própria família, especialmente em um momento em que, tais conceitos são cada vez mais entendidos de forma ampla e abstrata.

Importante destacar que, a Lei 8.009/90 trata do bem de família involuntário ou legal, ao passo que o Código Civil vigente, nos seus artigos 1.711<sup>4</sup> a 1.722, trata do bem de família voluntário, aquele que é constituído por livre manifestação de vontade das partes, dependendo do preenchimento de alguns requisitos legais, quais sejam: o instituidor do bem de família deve ser proprietário do bem; deve haver destinação específica para moradia da família; e, por fim, o instituidor deve ser solvente. Cumpre ressaltar que tal modalidade se perfaz através de Escritura Pública registrada em Cartório.

A Medida Provisória e, posteriormente, sua conversão em lei, é fruto de um momento delicado pelo qual atravessava o país no fim dos anos 80 e início da década de 90, com grande crise econômica e alta inflação, razões pelas quais se fazia necessária a criação de instrumentos jurídicos claros que dessem ao cidadão a proteção à moradia, como forma de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da Constituição de 1988.

Do conteúdo da Lei 8.009/90, para configuração do bem de família e consequente impenhorabilidade, necessária a observância de requisitos como propriedade do bem e a destinação específica. Importante destacar que, para caracterização de bem de família, não há nenhuma limitação legal em relação ao valor ou extensão do bem, sendo a impenhorabilidade oponível em qualquer processo de execução.

Necessário ressaltar que a própria lei dispõe sobre algumas exceções à impenhorabilidade:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I – Revogado

4 Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

- II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;
  - III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;
  - IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;
  - V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
  - VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.
  - VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.
- (BRASIL, 1990)

Parece evidente que a Lei 8.009/90 não teve a intenção de estimular a má-fé do devedor, imputando um escudo de proteção que impeça efetivamente a satisfação do credor. A despeito disso, é nítido o caráter social que a lei assume, coadunando-se, perfeitamente, com a Constituição de 1988, na perspectiva da proteção da família e da moradia.

Assim, é possível considerar que a lei mencionada é um mecanismo efetivo para “[...] garantir as condições mínimas de sobrevivência digna a salvo da execução por dívidas, avolumadas, em grande parte, não pela voracidade consumista do devedor, mas pelos tormentos e desastres de uma economia cronicamente conturbada como é a de nosso país”. (CZAJKOWSKI, 2002, p. 18).

A despeito de todos os contornos delineados até o presente momento, necessário destacar que a proteção ao bem de família vem sendo objeto de vasta discussão doutrinária e jurisprudencial, sendo possível relativização do instituto sempre pautada numa análise a partir do princípio da boa-fé, motivo pelo qual se mostra fundamental a abordagem específica sobre, como tal princípio se irradia no sistema jurídico vigente.

## **2 A IRRADIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NO SISTEMA JURÍDICO**

A postura crítico-reflexiva sobre a flexibilização da impenhorabilidade do bem de família, da forma como vem sendo tratada pelas decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessário estreitar a atenção sobre o princípio da boa-fé, vez ser esse o vetor principiológico de maior importância para a discussão que ora se apresenta.

### **2.1 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E SUA IRRADIAÇÃO NO DIREITO CIVIL**

É fato que a Constituição Federal de 1988 é eminentemente principiológica, repleta de valores éticos e, daí é possível vislumbrar que o princípio da boa-fé objetiva é sim corolário

constitucional, existindo grande dificuldade de se estabelecer um mecanismo interpretativo concreto e eficaz sobre o que vem a ser boa-fé.

Há certo consenso em afirmar que a boa-fé se origina no direito romano, na caracterização da “*bona fides*” e da “*fides bona*” (PEIXOTO, 2003, p. 142). O entendimento sobre o que vem a ser boa-fé vai seguindo os contornos de cada época da história da humanidade, a depender do centro de força e poder de cada época.

Para o propósito do presente trabalho, pertinente se ater à ideia de boa-fé na Idade Moderna, especialmente a partir da ascensão burguesa no contexto da Revolução Francesa, com a centralização no indivíduo, a partir das concepções de liberdade, igualdade e fraternidade, passando a serem incorporados elementos relativos à autonomia da vontade e ao distanciamento do Estado das interferências nos pactos privados.

Afirma Rosenvald (2005, p. 77), que “do ideário clássico da Revolução Francesa, “liberdade, igualdade e fraternidade”, a burguesia se apossou dos dois primeiros valores e comodamente se esqueceu do dever de solidariedade”.

Esse contexto influenciou as Constituições pelo mundo afora, sendo o âmbito nacional marcado pela tendência teórica de dicotomia absoluta entre o público e o privado, assumindo o Código Civil de 1916, claramente de valores liberais, individuais e egoístas, relevante preponderância no que tange ao retardamento da expansão da boa-fé objetiva.

Nota-se que, somente com a Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a promulgação do Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé começa a balizar a, até então, absoluta autonomia da vontade, refletida na liberdade de contratar. Neste momento, no Brasil, começa a ruir a concepção dura do *pacta sunt servanda*.

A constitucionalização do Direito, faz com que se espalhe por todo o ordenamento jurídico concepções calcadas na centralização da dignidade da pessoa humana, fazendo com que ramos, tradicionalmente classificados como sendo de direito privado, fossem objeto de grande ressignificação, aqui destacando o Direito Civil e o Direito Processual Civil. Luis Roberto Barroso defende a ideia no sentido de que “essa constitucionalização, potencializada pelo contexto filosófico do pós-positivismo – centralidade da ideia de dignidade humana e dos direitos fundamentais [...], tem tornado o debate jurídico atual extremamente rico e instigante” (BARROSO, 2009, p. 86).

A boa-fé passa, assim, a ser analisada a partir de diversas perspectivas, caracterizando-se como princípio constitucional implícito, norte ético que informa todo o ordenamento jurídico.

A partir das disposições constitucionais e infraconstitucionais (Código Civil de 2002), afirma-se que há a divisão da boa-fé em dois prismas: subjetiva e objetiva. Para Judith Martins (2000, p. 16), a boa-fé subjetiva é fundada na concepção na qual o sujeito desconhece o caráter ilícito de sua conduta, enquanto na objetiva há a consideração de que o sujeito não se encontra protegido por eventual erro ou desconhecimento sobre a inadequação de seu comportamento.

A boa-fé objetiva se justifica na necessidade coletiva de as pessoas pautarem suas condutas em conformidade com a honestidade e retidão, concretizando, reflexamente, os princípios constitucionais implícitos e explícitos que se ligam à dignidade da pessoa humana, solidariedade

e justiça social. Segundo Paulo Lobo (2018), a boa-fé, como princípio fundamental do direito civil, deve contemplar três dimensões: critério essencial de interpretação normativa e negócios jurídicos; limitação da autonomia privada; e dever geral de conduta obrigacional. Nesse contexto, o Código Civil de 2002 acabou por incorporar a boa-fé objetiva em alguns dispositivos, tais como o artigos, 113<sup>5</sup>, 187<sup>6</sup> e 422<sup>7</sup>.

No diploma civil vigente a “boa-fé deixa o campo das ideias, da intenção – boa-fé subjetiva –, e ingressa no campo dos atos, das práticas de lealdade – boa-fé objetiva” (TARTUCE, 2005, p. 1). É por isso que, para o presente trabalho, ao se referir ao princípio da boa-fé, está-se a mencionar a boa-fé objetiva, inserta na norma infraconstitucional a partir da perspectiva constitucional vigente, conforme anteriormente assentado.

Não é possível restringir o princípio da boa-fé aos particulares. Os magistrados, responsáveis diretos e últimos pela a interpretação e aplicação das normas aos fatos concretos, também são destinatários do princípio. O Código Civil de 2002 confere ao magistrado, tanto o poder de suprir eventuais lacunas legislativas, como também de resolver a partir de uma perspectiva de conformidade com valores éticos.

## 2.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Analisado o princípio da boa-fé objetiva a partir do texto constitucional e do diploma civil promulgado em 2002, cumpre neste momento vislumbrar de que forma tal princípio foi tratado pelo Código de Processo Civil, especialmente no momento de alteração profunda no sistema processual, com a entrada em vigor do diploma processual de 2015.

A partir da constitucionalização das mais importantes garantias processuais, houve a construção de um modelo de processo pautado a partir do princípio do devido processo legal, responsável por conduzir as partes à efetiva entrega da tutela jurisdicional por parte do Estado-juiz. Nelson Nery Junior (2016, p. 106) afirma que “o princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do *devido processo legal*, expressão oriunda da inglesa *due process of law*”.

Trata-se assim do princípio dos princípios, insculpido no art. 5º, LIV da Constituição Federal, ao prever que ninguém deve ser privado de sua liberdade ou bens sem o devido processo legal, comportando-se a ordem constitucional e a seara processual em constante processo de troca:

5 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:

I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;

II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;

III - corresponder à boa-fé;

IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e

V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

6 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

7 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

In our world of ever-growing complexity, fundamental procedural principles and rights – often of constitutional origin and nature – have gained a leading role since they are such an essential and necessary condition for the exercise of other fundamental rights. Their growing constitutional and/or fundamental nature can be acknowledged with satisfaction. Procedure has become a “noble subject matter”<sup>8</sup> (FERRAND, 2004, p. 58)

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao tratar, em capítulo próprio, intitulado de “Normas Fundamentais do Processo Civil”, de uma série de comandos com alto grau de fundamentabilidade e, que, a partir da ideia de devido processo legal, trazem para o contexto normativo infraconstitucional, claro alinhamento com a Constituição de 1988, acrescentando-se algumas normas fundamentais que se coadunam com o processo civil contemporâneo.

Destaca-se a previsão expressamente trazida no art. 5º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), dispondo que “aquele que, de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Tem-se aí a lealdade processual, com amparo constitucional no princípio do devido processo legal, tal como observado anteriormente.

É evidente que, a obrigação de agir de maneira leal e ética, é direcionada a todos os sujeitos da relação jurídica processual, ou seja, partes, juiz, auxiliares etc., uma vez que o objetivo elementar está voltado à entrega da tutela jurisdicional mais efetiva e justa possível.

A questão que se coloca neste momento é a de identificar se o diploma processual se refere à boa-fé objetiva ou subjetiva, nos termos do que foi explanado no tópico anterior. Enfrentar tal questão exige examinar a relação processual como sendo uma relação jurídica, na qual é imposto aos sujeitos o dever de se comportar de maneira proba e ética, razão por que defende-se a ideia de que o CPC trata de boa-fé objetiva.

Nesse sentido, o Enunciado n. 374, do Fórum Permanente de Processualistas Civil, dispõe que o art. 5º prevê a boa-fé objetiva. Nessa linha, a tríplice função da boa-fé objetiva delineada no tópico anterior – interpretativa, integrativa e limitadora – aplica-se perfeitamente ao processo civil (ENUNCIADOS..., 2019).

A análise da boa-fé no contexto do processo civil se mostra fundamental, uma vez que a flexibilização da proteção legal destinada ao bem de família só pode ocorrer a partir da existência de um processo judicial, onde sejam resguardados todos os direitos fundamentais dos sujeitos processuais. Assim, a concepção e a interpretação do princípio da boa-fé, tanto no âmbito material quanto no processual, impactam definitivamente na proteção ao bem de família, tal qual será demonstrado a seguir.

---

8 Em nosso mundo de complexidade sempre crescente, os princípios e direitos processuais fundamentais - muitas vezes de origem e natureza constitucional - ganharam um papel de liderança por serem uma condição tão essencial e necessária para o exercício de outros direitos fundamentais. Sua crescente natureza constitucional e/ou fundamental pode ser reconhecida com satisfação. O procedimento tornou-se uma “matéria nobre” (tradução nossa)

### 3 A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA BOA-FÉ E OS IMPACTOS NA PROTEÇÃO AO BEM FAMÍLIA

Há significativa relevância de reconhecimento do grau de importância dos princípios para um sistema jurídico pautado na supremacia constitucional, sendo evidente a força normativa que a Constituição Federal de 1988 possui.

A Constituição principiológica faz todo o sentido, na medida em que estes comandos deixam de ser considerados meras diretrizes contemplativas e passam a ser considerados vetores de aplicação e efetivação das normas constitucionais. Assim, é preciso reconhecer aos princípios o alto grau de fundamentabilidade que os mesmos possuem, na medida em que se revelam parâmetro normativo para todo o conjunto normativo que compõe o sistema.

Falar de princípio como norma é, justamente, revelar a necessidade de ser encontrado um parâmetro interpretativo adequado, uma vez que norma é parte de um texto interpretado (CANOTILHO, 2004, p. 214). Assim, no presente trabalho, entende-se princípio como norma jurídica, especificamente como *mandamentos de otimização*, ou seja, normas que devem ser realizadas na maior medida possível (ALEXY, 2001, p. 86). Tal visão é fundamental para que o princípio da boa-fé possa ser devidamente analisado no contexto de flexibilização da impenhorabilidade do bem de família.

A atividade interpretativa, hermenêutica, direcionada para os princípios constitucionais, é fundamental para que os preceitos basilares sejam efetivados na máxima essência possível. O grande desafio que se apresenta repousa, justamente, na importância da atividade jurisdicional, ao interpretar os textos normativos à luz dos preceitos constitucionais. O que mais à frente será abordado é, justamente, sobre a interpretação que os tribunais vêm dando acerca da impenhorabilidade do bem de família, à luz do princípio da boa-fé.

O desafio do Direito na atualidade dentre outros, está vinculado à questão hermenêutica. Para Heidegger a hermenêutica nada mais é do que o “estudo do compreender”. A definição é simples, mas extremamente valiosa, na medida que a essência da atividade hermenêutica repousa na necessidade de “descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja o discurso” (HEIDEGGER, 2005, p. 200).

O equilíbrio interpretativo se faz necessário, conforme menciona Rafael de Lazari:

O fenômeno constitucionalista não está livre de equívocos, contudo, e prova disso é a necessidade de se readequar alguns excessos do neoconstitucionalismo [...]. Por tal razão, correntes buscam alternativas para o futuro, dentre as quais se destaca o “constitucionalismo do futuro” (ou “constitucionalismo vindouro”), desenvolvido por José Roberto Dromi, e suas sete premissas fundamentais: *verdade, solidariedade, consenso, continuidade, participação, integração e universalização*. (LAZARI, 2016, p. 80)

Entende-se aqui que a melhor interpretação da norma jurídica se realiza quando há possibilidade plena de concretização dos fins e preceitos previstos na Constituição Federal, dentro

da lógica da supremacia constitucional. Assim, os institutos de direito civil e processual civil, por exemplo, devem ser interpretados a partir da Constituição, até mesmo pelo fato de que os preceitos constitucionais estão refletidos de maneira muito intensa nesses diplomas normativos infraconstitucionais.

Teresa Negreiros afirma que “a releitura da dogmática civil à luz da Constituição, com base na sua funcionalização à promoção dos valores existenciais, sugere que a utilidade dos bens seja igualmente considerada em função da sua utilidade para a pessoa que deles necessita” (NEGREIROS, 2006, p. 383).

Sendo o princípio da boa-fé objetiva considerado princípio constitucional, é papel do Poder Judiciário a aplicação do mesmo, tanto numa perspectiva de direito material como também de direito processual, tal como foi assentado anteriormente em decorrência das previsões expressas contidas no Código Civil e no Código de Processo Civil.

Especificamente, sobre a impenhorabilidade do bem de família, faz-se necessário atentar para o art. 833<sup>9</sup> do Código de Processo Civil vigente; dispositivo responsável por elencar algumas situações em que a responsabilidade patrimonial encontra óbices para ser efetivada, isso porque a mesma tem uma baliza evidentemente clara: o princípio da dignidade da pessoa humana. É por tal razão que a execução, e sua consequente responsabilidade patrimonial, não pode aniquilar as capacidades econômicas de próprio sustento do executado, nem deixar o mesmo carente de um direito básico: o de moradia.

José Miguel Garcia Medina (2015, p. 736) lembra que as medidas executivas previstas na legislação processual devem ser interpretadas justamente conforme a Constituição Federal, a partir do princípio da proporcionalidade.

A questão que se apresenta relevante trata de considerar que o conjunto de situações abrangidas pela proteção patrimonial constante do art. 833 do CPC não deve ser tratado de maneira absoluta, tal como observam André Medeiros Toledo e Elias Marques de Medeiros Neto ao afirmarem que:

9 Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

Vê-se, diante de todo o plexo protetivo do art. 833 do CPC/15, que as hipóteses de impenhorabilidade são consentâneas com o princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, tais cláusulas não tendem a serem absolutas. Pelo contrário: a sua relativização, a depender do caso sob exame, deve ser realçada, à medida que a dignidade resguardada e protegida pelo sistema processual-constitucional não se limita ao executado. (TOLEDO; MEDEIROS NETO, 2018, p. 3)

Se a impenhorabilidade prevista no art. 833 do CPC/15 não é absoluta, poder-se-ia afirmar que a impenhorabilidade do bem de família, previsto em legislação específica (Lei. 8009/90), também não guarda característica de o ser, podendo ser flexibilizada, a partir do caso concretamente sob análise. Essa foi a defesa construída ao longo dos anos na doutrina e que começou a ganhar espaço no âmbito dos tribunais brasileiros recentemente.

Ocorre que, ao longo do tempo, verifica-se uma série de mudanças interpretativas sobre o instituto do bem de família, sendo que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, julgando o Resp. 1.559.348 (BRASIL, 2019a), entendeu pela inaplicabilidade da impenhorabilidade do bem de família no caso de violação do princípio da boa-fé objetiva.

O ministro Luís Felipe Salomão, relator do recurso mencionado, afirmou não se admitir a proteção irrestrita do bem de família caso essa tutela significar o “alijamento da garantia após o inadimplemento do débito, contrariando a ética e a boa-fé, indispensáveis em todas as relações negociais” (BRASIL, 2019a). Acrescentando ainda o relator que:

O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário devem ser reprimidos, tornando ineficaz a norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico. (BRASIL, 2019a)

O caso em julgamento revelava situação em que devedores fizeram a opção livre de dar seu único imóvel em garantia, não existindo provas de que tenha ocorrido algum vício de consentimento, motivo pelo qual o princípio da boa-fé contratual impõe aos contratantes o dever de honrar com o pactuado.

Importante lembrar que a proteção legal do bem de família é matéria de ordem pública, ou seja, irrenunciável. Ainda assim, no julgamento citado, o Superior Tribunal de Justiça caminhou no sentido de que a regra da impenhorabilidade não se aplica para situações em que resta configurado o abuso do direito de propriedade. No caso concreto, o abuso de direito estaria configurado na medida em que houve a livre indicação do imóvel único como garantia, ou seja, impondo a boa-fé contratual a necessidade de respeito ao pactuado.

Seguindo a mesma linha, mais recentemente, em novembro de 2019, novamente o Superior Tribunal de Justiça voltou a enfrentar a questão da impenhorabilidade do bem de família, tendo-a afastado por entender que haveria ocorrido violação da boa-fé objetiva. Esse foi o entendimento da Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial n. 1.782.227 (BRASIL, 2019b). Eis a ementa do julgado:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA DO CUMPRIMENTO DE ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. POSSIBILIDADE. CONDOTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação de execução de título executivo extrajudicial – nota promissória. 2. Ação ajuizada em 11/06/2010. Recurso especial concluso ao gabinete em 07/05/2018. Julgamento: CPC/2015. 3. O propósito recursal é dizer se é válido o oferecimento de bem de família como garantia ao cumprimento de acordo pactuado e homologado judicialmente nos autos de ação de execução por quantia certa. 4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais. 7. Recurso especial conhecido e não provido.

Parece evidente que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando linha interpretativa no sentido de, utilizando-se da técnica de ponderação, analisar o caso concreto para verificar eventual violação ao princípio da boa-fé objetiva, especialmente no que tange aos contratos.

#### 4 PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO

Parece haver acentuado risco na interpretação e posicionamento acima exposto, especialmente em se considerando que os contratos devem ser pautados em outro princípio, qual seja, o da função social. As recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, sob o argumento interpretativo de eventual violação ao princípio da boa-fé contratual, parecem ressuscitar o caráter prevalecente da autonomia da vontade e liberdade contratual sobre a função social.

Nessa perspectiva, importante destacar noção sobre o paradigma da essencialidade, perfeitamente aplicado à questão da penhora do bem de família, com vistas a afastar ou não a impenhorabilidade. Sobre o tema, Jussara Nasser Ferreira e Larissa Costa (2018, p. 250) destacam que o paradigma da essencialidade “encontra fundamento na tutela da dignidade da pessoa humana, impondo também à teoria contratual o reconhecimento de interesses extrapatrimoniais nas relações contratuais”.

Frise-se, também, Luciano Timm, ao afirmar:

O novo Código Civil brasileiro (NCC), que foi publicado em 2002 e entrou em vigor em 2003, introduziu significativas inovações no Direito Privado no Brasil. Inovações não do ponto de vista quantitativo (número de artigos), mas, sim,

modificações qualitativas (no conteúdo das normas). Sem dúvida, a cláusula mais controvertida é a que consta no artigo 421, que assim dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. (TIMM, 2009, p. 2)

Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio Campello (2016, p. 120) ressaltam que “a Constituição Federal de 1988 materializa a noção de limitação da iniciativa privada e da propriedade[...]”. Nota-se, assim, que a partir do recente entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, a impenhorabilidade do bem de família não se apresenta como cláusula absoluta, devendo ceder espaço para uma das cláusulas gerais do Direito Civil, qual seja a boa-fé objetiva nos contratos, relativizando-se até mesmo a ideia de função social do contrato, paradigma constitucional e legal vigente.

## CONCLUSÃO

O problema enfrentado na presente pesquisa coloca em discussão preceitos constitucionais de extrema relevância. Discute-se dignidade da pessoa humana, direito à moradia, função social dos contratos e boa-fé objetiva, sendo que todos esses valores refletem diretamente na construção do sistema jurídico como um todo.

A proteção ao bem de família, além de tratamento dado pelo legislador infraconstitucional, encontra resguardo essencialmente no contexto constitucional vigente, especialmente no que tange à proteção da dignidade da pessoa humana e na efetivação do direito constitucional de moradia. Importante destacar que é com base nessa perspectiva que o próprio conceito de bem de família passou por transformações ao longo do tempo, na busca da maior efetivação possível.

Há flexibilização à proteção do bem de família na medida em que o Superior Tribunal de Justiça afastou a impenhorabilidade em razão de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais, revela opção interpretativa que desconsidera a fundamento constitucional do instituto que protege os bens imóveis em razão de sua essencialidade. Argumenta-se que, estariam sendo privilegiados outros valores constitucionais e infraconstitucionais, na medida em que a boa-fé objetiva se apresenta tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil como norma fundamental.

Verifica-se que, tal como acontece com o direito, amoldando-se cotidianamente ao fito de se dar guarida aos apelos denotados nas relações sociais, a norma jurídica é dinâmica, transformando-se na medida em que peculiaridades lhes são apresentadas, absorvendo vasta gama de valores e princípios ao alcance da pretensa Justiça.

Apesar desta peculiaridade se portar hígida, justificável e típica, há de asseverar que os posicionamentos judiciais podem se revelar preocupantes na medida em que se opta por interpretações fortemente discutíveis, ponderando pela prevalência de um princípio constitucional como o da boa-fé sobre o princípio fundamental da Constituição, qual seja o da dignidade da

pessoa humana, em nítida afronta ao direito fundamental de proteção à moradia.

Conclui-se que a atividade interpretativa direcionada para os princípios constitucionais é fundamental para que os preceitos basilares sejam efetivados na máxima essência possível. O grande desafio é encontrar um adequado ajuste interpretativo sobre a questão da impenhorabilidade do bem de família, sopesando-se, evidentemente, toda e qualquer **valoração**, desde que se produzam normas jurídicas capazes de refletir no seio das intransigências sociais a necessária segurança jurídica, extraindo-se, em potencialidade, o que melhor se tem de base principiológica à razão de suas correspondentes atribuições.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos humanos**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2001.

BRASIL. [**Constituição Federal (1988)**]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01 de ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm). Acesso em: 01 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4 Turma). **Recurso Especial 1.559.348**. Acórdão publicado em 05 de agosto de 2019a. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777349&num\\_registro=201502459832&data=20190805&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1777349&num_registro=201502459832&data=20190805&formato=PDF). Acesso em: 05 de ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3 Turma). **Recurso Especial 1.782.227**. Acórdão publicado em 29 de agosto de 2019b. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100313417&num\\_registro=201800958190&data=20190829&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=100313417&num_registro=201800958190&data=20190829&tipo=5&formato=PDF). Acesso em: 26 nov. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**: comentários à 65 Lei 8.009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v.5.

DUTRA, Maristela Aparecida; BORGES, Fernanda Aparecida. Impenhorabilidade do bem de família. **Revista Jurídica do UNIARAXÁ**, Araxá, v. 21, n. 20, p. 245-268, ago. 2017.

Disponível em: Acesso em: 27 nov. 2019.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ENUNCIADOS do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis- Carta de Florianópolis. Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FERRAND, Frédérique. Ideological background of the constitution, constitutional rules and civil procedure. *In: INTERNATIONAL ASSOCIATION OF PROCEDURAL LAW SEOUL CONFERENCE*, 2014. Seul: IAPL, 2014.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; COSTA, Larissa Aparecida. Contratos privados de assistência à saúde: paradigma da essencialidade. **Prisma Jurídico**. São Paulo, v. 17, n. 1, p. 227-254, 2018. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=8144&path%5B%5D=3815>. Acesso em: 20 nov. 2019.

FRANÇA, Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: parte II. 13. ed. São Paulo: Vozes, 2005.

LAZARI, Rafael de. A hermenêutica e o futuro do constitucionalismo. *In: MARGRAF, Rafael de Lazari; LAZARI, Rafael de (org.). Hermenêutica constitucional: desafios para uma interpretação efetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOBO, Paulo. **Boa-fé entre o princípio jurídico e o dever geral de conduta obrigacional**. GENJURIDICO, São Paulo, 28 fev. 2018. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2018/02/26/boa-fe-do-administrado-e-do-administrador-como-fator-limitativo-da-discrecionalidade-administrativa/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 140-171, jan-mar 2003.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. 1. ed. Saraiva, 2005.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaiquer Bósio. Função social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n. 1, p. 119-143, abr. 2016. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/303292332\\_Funcao\\_social\\_e\\_solidaria\\_da\\_empresa\\_na\\_dinamica\\_da\\_sociedade\\_de\\_consumo](https://www.researchgate.net/publication/303292332_Funcao_social_e_solidaria_da_empresa_na_dinamica_da_sociedade_de_consumo). Acesso em: 20 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARTUCE, Flávio. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM, 5, 2005, Belo Horizonte. **Anais [...]**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/48.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. **Revista da AMDE**, v. 2, [s.l.], p. 1-40, 2009. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>. Acesso em: 26 de jul. 2019.

TOLEDO, André Medeiros; MEDEIROS NETO, Elias Marques. Proposta de uma possível relativização da impenhorabilidade do bem de família, **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 19. n. 2., maio/ago. 2018, p. 1-47. Disponível em: [www.redp.uerj.br](http://www.redp.uerj.br). Acesso em: 20 nov. 2019.

**Como citar:** FERREIRA, Jussara Borges; OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias de; GERMINARI, Jefferson Patrik. O princípio da boa-fé e os reflexos sobre a proteção ao bem de família: aspectos materiais e processuais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p.227-244, dez. 2021. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2021v16n3p.227. ISSN: 1980-511X

Recebido em: 13/07/2020

Aprovado em: 10/03/2021

## O FUTURO DA DEMOCRACIA: UMA DEFESA DAS REGRAS DO JOGO

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

**Patrícia Rodrigues da Silva<sup>1</sup>**

A obra *Futuro da Democracia* estruturada a partir de ensaios objetiva elaborar contribuições teóricas e uma crítica aos dogmatismos reacionários acerca da democracia e da prática democrática, a partir do viés da liberdade e justiça social. Inicialmente proferida em uma conferência em novembro de 1983 no Palácio das Cortes em Madrid, o texto foi revisto e ampliado. Bobbio, sem prever os anacronismos e antinomias possíveis, discorre sobre as transformações da democracia e seus contrastes sob a forma de “promessas não cumpridas” da teoria democrática e os conceitos de democracia ideal em contraponto a democracia real.

O discurso ensejador da teoria democrática buscava romper o paradigma excludente da política, visando a ampliação de direitos e oportunidade de escolhas para todos, garantindo a coerência com a legalidade e o ordenamento jurídico vigente, através de regras fundamentais que, sobretudo, estabelece como os agentes políticos atuarão.

Considerando os aspectos intrínsecos da formação das sociedades, Bobbio as classifica em duas formas: centrípeta e centrífuga. Aqui, afirma como democracia ideal o modelo de sociedade centrípeta, a qual há maior diálogo popular com o poder político, o qual emana de um único centro de poder. Contudo, a práxis política, reiterando o pragmatismo de Jean-Jacques Rousseau, articula a sociedade a partir de diversos eixos de poder, caracterizando a sociedade centrífuga, que recebe outros adjetivos como policêntrica ou poliárquica. Logo, a prática democrática enfatiza o pluralismo.

A consecução da base da democracia moderna surge apoiado em uma concepção individualista sob influência da teoria contratualista, da economia política e da filosofia utilitarista. Nesse sentido, a teoria democrática reforça a percepção de grupo na relação com o Estado. Através da formulação de um contrato surge a sociedade civil, contrato social, este, que legitima o poder político e marca a transição das sociedades arcaicas para as sociedades evoluídas, em outros termos, nasce o direito privado.

Em contraposição a democracia Ateniense, direta, mas, que envolvia apenas uma parte da população, as democracias modernas são essencialmente representativas. Trata-se do compromisso histórico do representante buscar os interesses da nação (através do sufrágio universal, da formação dos partidos de massa, etc.) como um imperativo categórico.

Bobbio, em sua análise considera uma relação intrínseca ao estudo da democracia, a percepção do liberalismo. Refere-se ao liberalismo como pressuposto histórico e jurídico do

<sup>1</sup> Graduada em Bacharelado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás). E-mail: patriciasilvarm@gmail.com

Estado Democrático de Direito, pois, assumira outrora as responsabilidades e funções que o estado não conseguiu mais executar. Nesse ponto, admite-se o estado de interdependência entre os dois institutos, ao preceituar o liberalismo como necessário para garantir certas liberdades para o exercício da democracia; e a democracia como viabilizadora no plano legal das liberdades.

A obra, ainda, aponta outros impasses da democracia: a persistência do Poder Oligárquico. A crítica não é dirigida as elites em si como as responsáveis pelas autocracias, sustenta a ampliação das elites para que concorram entre si pela conquista do poder político.

Não obstante, é apresentada uma visão holística de democracia. Estado, Sociedade e Direito devem funcionar de modo a permitir o desenvolvimento completo do ideal de cidadania, não limitando a democracia apenas ao espaço político – refere-se ao resgate de valores como tolerância, não violência e irmandade em espaços diversos.

O cientista político, Norberto Bobbio, reforça a necessidade de transparência do poder. Constitui umas das regras da democracia, a viabilidade de confiança nos agentes políticos que representa os cidadãos, evitando-se poderes ilimitados e o arbítrio estatal.

Desse modo, aprofunda a problemática na existência de “poderes invisíveis”, tais quais exercidos por poderosos grupos de interesse, não aparecem de forma óbvia, mas controlam a atuação dos representantes eleitos. Convém falar de uma discussão atual na política brasileira que é a temática do financiamento de campanha nas eleições, o qual visa regulamentar essa prática dos “poderes invisíveis”, leia-se influência do poder econômico. Assim, torna-se questionável se realmente são os interesses coletivos que são representados e, caso a discussão não seja proposta de maneira correta, seria cabível falar em fracasso das propostas da teoria democrática.

Por fim, a formulação da cultura política e a luta por viabilizar a democracia, conduz a discussão ao papel transformador da educação. Na democracia ideal, indivíduos com acesso a educação se tornam aptos a participar e compreender seu papel social e quais são seus direitos. Contudo, ao afastar o indivíduo do processo democrático, a democracia real, conduz ao desinteresse político e, não raro, a busca incessante para satisfação de interesses pessoais – criam-se ignorantes e se traça o caminho para as trevas.

Bobbio previamente atribuiu o fracasso da teoria democrática ao momento histórico vivido, pois seria incapaz de fazer previsões e as análises partem de sociedades muito menos complexas. O propósito do estudo reside na contribuição ao debate **público**, oferecendo uma visão lúcida sobre equilíbrio entre liberdade e justiça social.

A visão processualista da democracia ocupa-se de uma atitude diante a vida, o qual legitima e limita o poder político para se evitar arbítrios e a formação de autocracias. A escolha pela democracia constitui um projeto político e opção existencial, pois, em que pese suas contradições, garante prerrogativas básicas como a liberdade, pluripartidarismo, eleições periódicas, sufrágio universal, prevalência de decisões que preze o coletivo, livre debate de ideias, ou seja, a prevalência dos direitos fundamentais.

Como citar: SILVA, Patrícia Rodrigues da. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras

do jogo. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 245-247, dez. 2021. Resenha da obra de: BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

## RESENHAS | REVIEWS

**PACTO ANTENUPCIAL NA HERMENÊUTICA CIVIL-CONSTITUCIONAL**

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. *In*: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). **Direito civil na legalidade constitucional: algumas aplicações**. Indaiatuba: Foco, 2021.

**Isabela Nabas Schiavon<sup>1</sup>**

Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira apresentam uma discussão sobre os limites da intervenção estatal na família que implicam em reduzir a forma como cada família deseja desenvolver as suas aspirações comuns e realização conjugal. Todavia, apontam que por intermédio dos princípios constitucionais é possível realizar uma releitura das balizas de ingerência do Estado nas relações familiares.

As autoras buscam investigar o pacto antenupcial como instrumento capaz de pactuar não somente questões patrimoniais, mas também sobre conteúdo existencial relacionado à entidade familiar, possibilitando o exercício da autonomia privada.

Abordam a compreensão civil-constitucional nas relações familiares, lembrando as transformações havidas no interior da família. A família entrou em crise com as transformações sociais ocorridas por volta do século XX, como por exemplo a revolução feminista e a inserção da mulher no mercado de trabalho. Houve uma evolução da família instituição para a família voltada para a centralidade da pessoa humana, tendo como função principal a realização existencial dos seus membros.

Nessa conjuntura da nova hermenêutica constitucional é que a autonomia privada emergiu como forma do indivíduo expressar sua liberdade sobre a maneira como deseja realizar o seu projeto de vida no âmbito familiar. O casamento deixa de ser visto como uma formalidade apta a legitimar as relações afetivas e passa a ser entendido como espaço de realização de comunhão de vida, assim como a união estável, reconhecida como entidade familiar pela Constituição.

Essa transformação na forma como a família é entendida pelo ordenamento jurídico sob a ótica civil-constitucional origina a necessidade de que seja assegurada a autonomia privada tanto nas escolhas patrimoniais, quanto existenciais do casal com o intuito de comunhão de vida, sem a interferência do legislador infraconstitucional.

Conforme as autoras, o pacto antenupcial é o instrumento negocial que precede o casamento, pelo qual o casal, no âmbito da sua liberdade e nos limites legais, pode pactuar sobre a sua comunhão de vida, criando um estatuto patrimonial em comum, esbarrando, ainda que indiretamente, na seara existencial.

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduanda em Direito Aplicado pela Escola de Magistratura do Paraná (EMAP/PR). Pesquisadora no Projeto de Pesquisa Contratualização das Relações Familiares e das Relações Sucessórias. Advogada. E-mail: isabelanschiavon@hotmail.com

Perpassam, pelas características do pacto antenupcial, aduzindo sobre a sua forma prescrita em lei, qual seja a escritura pública, com efeitos *erga omnes*, e sobre a sua função de formalizar a escolha por um regime de bens diverso do regime legal, sendo possível, inclusive a criação de um novo regime de bens pelo casal. Ademais, aduzem, as autoras sobre situação de nulidade e ineficácia do pacto antenupcial, passando a investigar as possibilidades e os limites da autonomia privada no pacto, tendo como perspectiva a situação jurídica no caso concreto à luz da hermenêutica constitucional.

As questões controvertidas sobre o pacto vão colidir com a eficácia do pacto antenupcial ajustado e não seguido do casamento, todavia permanecendo o casal em união estável, caso em que, pela interpretação estrita do artigo 1.653 do Código Civil, seria considerado ineficaz. Porém, as autoras trazem como argumentos favoráveis a eficácia a vontade exteriorizada pelo casal derivada da autonomia privada, havendo posterior formação de família, ainda que não formal, bem como que, nos termos dos artigos 112 e 170 do Código Civil, privilegia-se a intenção consubstanciada na declaração de vontade e há a possibilidade de conversão de um negócio jurídico em outro quando presentes os requisitos.

Da leitura do artigo, observam-se decisões judiciais que conferem eficácia à vontade manifestada pelo casal somente na certidão de casamento, no caso de pacto antenupcial ausente, trazendo a argumentação no sentido de considerar eficaz o regime registrado em certidão de casamento com vistas à garantia da autonomia privada por meio da vontade manifestada pelas partes desde que condizente com o comportamento dos cônjuges entre eles e perante terceiros. No que tange às cláusulas que preveem modificações no regime após certo lapso de tempo, observam que o sistema jurídico apenas admite mediante autorização judicial com pedido motivado, ressalvados os direitos de terceiros.

No que tange às questões controvertidas sobre aspectos patrimoniais no pacto antenupcial, Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira asseveram que na eleição de separação obrigatória de bens para os casamentos de septuagenários é possível que se afaste a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal ao se estipular o regime de separação convencional de bens no pacto antenupcial ou no contrato de convivência, todavia os efeitos desse regime somente incidem em caso de divórcio, não se aplicando pra fins sucessórios.

Ainda sobre questões patrimoniais no pacto, as autoras abordam sobre a retroatividade das disposições patrimoniais restritivas e sobre situações de nulidade do pacto em havendo contravenção à disposição absoluta de lei, nesse sentido, não sendo possível que se transacione sobre direitos da personalidade do cônjuge e nem sobre situações jurídicas fundamentadas na solidariedade social. Sobre as cláusulas sucessórias no pacto antenupcial, sustentam que não podem contrariar disposição legal sob pena de nulidade.

Em relação às disposições existenciais no pacto antenupcial, as autoras, trazem possibilidades e limites, afirmando que o pacto antenupcial se configura como um negócio jurídico dúplice que com alicerce na autonomia privada tem sua função voltada para a situação concreta e a casuística, com vistas tanto à tutela do livre desenvolvimento da personalidade, em seu aspecto

existencial, quanto à garantia da livre iniciativa, em seu aspecto patrimonial.

Em notas conclusivas, Ana Carla Harmatiuk Matos e Ana Carolina Brochado Teixeira sustentam que a inauguração da hermenêutica constitucional, tendo a pessoa humana como centralidade no ordenamento jurídico, ampliou os espaços de liberdade para realização mútua do casal, com escopo na igualdade e na solidariedade familiar; que o pacto antenupcial é o instrumento jurídico que melhor possibilita a exteriorização do projeto familiar em sua realização patrimonial e pessoal; que as controvérsias no pacto devem ser solucionadas em observando a realidade concreta que se apresenta; por fim, que privatização da família e a limitação da intervenção do Estado nas relações familiares tornou o pacto antenupcial em um importante instrumento para autodeterminação da vida privada.

Como citar: SCHIAVON, Isabel Nabas. Pacto antenupcial na hermenêutica civil-constitucional. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 16, n. 3, p. 248-250, dez. 2021. Resenha da obra de: MENEZES, Joyceane Bezerra de; CICCIO, Maria Cristina de; RODRIGUES, Francisco Luciano Lima (coord.). **Direito civil na legalidade constitucional**: algumas aplicações. Indaiatuba: Foco, 2021.