

Edição comemorativa dos
6 anos da ACLJA



REVISTA DA ACADEMIA DE CIÊNCIAS E LETRAS JURÍDICAS DO AMAZONAS

ORGANIZADOR:

Júlio Antonio Lopes

AUTORES ACADÊMICOS

Bernardo Cabral, Márcio André Lopes Cavalcante, Júlio Antonio Lopes, Sálvia Haddad, Pontes Filho, Flávio Pascarelli, Lúcia Viana, Gaitano Antonaccio, Maria do Carmos Seffair Lins de Albuquerque, Samuel Hanan, Edmilson Barreiros da Costa Júnior e Mario de Mello.

AUTORES CONVIDADOS:

Néfi Cordeiro, Renan Thamay, Marckjones Santana Gomes, Túlio Macedo Rosa e Silva, Roberto Victor Pereira Ribeiro, Rodrigo Reis Ribeiro Bastos, André Augusto Malcher Meira, Laura Maria Santiago, Júlio Antonio de Jorge Lopes Filho, Myriam Benarrós, João Baptista Optiz Neto, João Baptista Optiz Júnior, Aldryn Amaral de Souza e Flávia Christiane de Alcântara Figueira.

Nº 02/2023



REVISTA DA ACADEMIA DE CIÊNCIAS E LETRAS JURÍDICAS DO AMAZONAS

©Copyrigh: ©aclja

Coordenação editorial: Júlio Antonio Lopes

Capa e projeto gráfico: Carlos Melo

FICHA CATALOGRÁFICA

L864

Lopes, Julio Antonio

Revista da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), 2023, Manaus -AM.

N.02'.il;

ISBN: 978-659943632 - 1

1. Direito

CDU – 340.07



DIRETORIA

José Bernardo Cabral

Patrono

José Roberto Tadros

Presidente

Júlio Antonio de Jorge Lopes

Vice-Presidente

Gaitano Laertes Pereira Antonaccio

Secretário-Geral

Lúcia Maria Corrêa Viana

Tesoureira

CONSELHO FISCAL

Titulares

**Marinildes Costeira de Mendonça Lima, Alcemir Pessoa Figliuolo e
Lafayette Carneiro Vieira**

Suplentes

**Luziane Figueiredo, Mário Jumbo Miranda Aufiero e Helso do Carmo
Ribeiro Filho**

UMA PALAVRA NECESSÁRIA

É com muita alegria que apresentamos a edição de nº02 da Revista da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), a qual, nos seus seis anos de existência e com todas as dificuldades naturais das agremiações literárias pelo restante do país, possui uma produção intelectual robusta.

Basta dar uma olhada na página aclja.com para verificar tal fato. Ali estão expostas, para manuseio e download gratuitos, diversos exemplares digitais de obras que levam o selo do Silogeu ou que, de autoria de nossos confrades e congreiras, foram disponibilizados generosamente ao público em geral. Esta iniciativa de nossa Academia, inclusive, mereceu registro elogioso do professor Wladimir Passos de Freitas em artigo publicado este ano no site Conjur, intitulado “A propósito da relevância das academias de letras jurídicas do Brasil”. De fato e sem nenhuma favor, a Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas é um estrela que brilha nos cenários local e, sobretudo, nacional.

Ao longo dessa jornada, perdemos três de nossos mais eminentes membros efetivos, o doutor Adalberto Carim Antonio, que ocupava a cadeira de nº13; a desembargadora Liana Mendonça de Souza, titular da cadeira de nº 30: e o desembargador Alcemir Figliuolo. Todos deixaram legados inestimáveis, motivo pelo qual são merecedores de um lugar de honra no panteão de nossa história. Adalberto, um Quixote da causa ambiental, com a criação da primeira Vara do Meio Ambiente e Questões Agrárias (VEMAQA) do país. Liana, por sua luta indormida em favor dos direitos das mulheres, o que lhe levou a ser a primeira amazonense a presidir nacionalmente a Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ), além, é claro, de dirigir, também, a representação regional da mesma entidade, ocasião em que adquiriu sede própria. E Alcemir, que presidiu com brilho tanto o TJAM quanto o TRE-AM e que deixou um exemplo de benquerer e muita devoção ao direito. A eles ficam o nosso reconhecimento, o nosso agradecimento pelo convívio amigo e inspirador, bem como as nossas preces. Foi um privilégio e uma honra ser seus contemporâneos, amigos e companheiros de Academia.

Ganhamos, também, o reforço de quatro grandes nomes da intelectualidade amazonense: o do conselheiro Mario de Mello, ex-Presidente do TCE-AM e atual Coordenador-Geral da Escola de Contas Públicas, o da professora Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque, reitora da Faculdade Santa Teresa, uma devotada cultora da educação e do direito; o do professor Samuel Assayag Hanan, o qual, dentre tantos qualificativos, foi vice-governador do Amazonas, chegando a exercer o governo do estado por mais de um ano, profundo conhecedor dos assuntos da região; e a doutora Maria Creuza Costa de Seixas, magistrada e ex-presidente da Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ-AM). Todos enriquecem os nossos quadros na condição de Sócios Honorários. Acrescemos, ainda, a esta galeria, o nome do maestro Wanderlan Paulino da Silva, um dos autores e grande entusiasta da construção de nosso hino, como Sócio Benemérito.

Este segundo número de nossa Revista, por sua vez, marcando as comemorações de nosso aniversário, vem recheada de excelentes textos da lavra de nossos acadêmicos e de autores convidados, incluindo um trabalho de nosso patrono Bernardo Cabral que, perto de completar 92 anos de idade, será homenageado pelo Conselho Federal da OAB, hoje presidido pelo nosso confrade José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral, com a maior comenda da instituição, a Medalha Rui Barbosa, motivo de orgulho para seus confrades, congreiras, para a classe dos advogados e para todo o Amazonas.

SUMÁRIO

J. BERNARDO CABRAL Doutrinas políticas contemporâneas	10
MÁRCIO ANDRÉ LOPES CAVALCANTE Breves comentários à Lei 14.181/2021 (Lei de Combate ao Superendividamento)...	23
JÚLIO ANTONIO LOPES Aspectos positivos do combate à pandemia de covid-19	38
SÁLVIA HADDAD Extubação paliativa: Análise sobre a (i)licitude da conduta no ordenamento jurídico brasileiro	46
MARCKJONES SANTANA GOMES e TÚLIO MACEDO ROSA E SILVA (autor convidado) Análise da direito à liberdade sindical face à reforma trabalhista.....	63
PONTES FILHO Soberania e logospirataria na Amazônia brasileira	83
LAURA MARIA SANTIAGO LUCAS Desigualdade de gênero na composição dos Conselhos de Administração. Uma violação aos direitos humanos das mulheres	96
ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO Momentos em que Jesus Cristo atuou como advogado	116
JÚLIO ANTONIO DE JORGE LOPES FILHO Moradores de rua em Manaus e o direito à cidadania	120
RENNAN THAMAY O Controle de Constitucionalidade Abstrato como Processo Objetivo	133
FLÁVIO HUMBERTO PASCARELLI LOPES / RODRIGO REIS RIBEIRO BASTOS A recursividade na metodologia da pesquisa científica	149
LÚCIA MARIA CORRÊA VIANA Discurso de Posse na Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica (ABMCJ-AM)	165

ANDRÉ AUGUSTO MALCHER MEIRA E FLÁVIA CHRISTIANE DE ALCÂNTARA FIGUEIRA Shareting e suas repercussões jurídicas	171
ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO Exceções de impedimento e suspeição: em favor da imparcialidade do magistrado..	186
MARIA DO CARMO SEFFAIR LINS DE ALBUQUERQUE E MYRIAM BENARRÓS A contribuição do direito canônico na formação do processo civil brasileiro	197
JOÃO BAPTISTA OPTIZ NETO, JOÃO BAPTISTA OPTIZ JÚNIOR E LÚCIA MARIA CORRÊA VIANA Covid-19 como doença ocupacional	213
LÚCIA MARIA CORRÊA VIANA E ALDRYN AMARAL DE SOUZA Dialética da constituição parcial: Pressupostos para uma mudança constitucional em um futuro pós-pandêmico	223
EDMILSON BARREIROS DA COSTA JÚNIOR E NÉFI CORDEIRO Notas sobre o devido processo legal informacional e a proteção de dados pessoais na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal	244
GAITANO LAERTES PEREIRA ANTONACCIO Zona Franca de Manaus – Herança positiva do Governo Militar	264
SAMUEL HANAN Amazonas perde expressão econômica e a população empobrece – Um grito de alerta	267
MARIO DE MELLO Cidade Sustentável e Coadministração	270
REVISTA JUSTIÇA & CIDADANIA Entrevista com o Relator-Geral da Constituição Cidadã, Senador Bernardo Cabral, por ocasião do aniversário de 33 anos da Lei Maior do País	274



J. Bernardo Cabral

Patrono/Cadeira de nº01

DOCTRINAS POLÍTICAS CONTEMPORÂNEAS

J. Bernardo Cabral¹

É com grande satisfação que compareço, pessoalmente, a este Congresso, promovido pela Academia Brasileira de Direito, a convite muito honroso do meu dileto Amigo e estimado Prof. Dr. André Malcher Meira, e, de pronto, desejo ressaltar aos ilustres presentes a esta Solenidade, o quanto me agrada falar para tão seletto auditório sobre o tema por mim escolhido: - Doutrinas Políticas Contemporâneas.

A escolha me pareceu oportuna por tentar ampliar nossa visão sobre valores, conceitos, questões que marcaram profundamente o nosso século e, em particular, o nosso país.

Neste momento de crise, quando as perspectivas do País tornam-se incertas, é, sem dúvida, fundamental rememorar, ainda que de forma condensada, a grande polêmica que atravessou o século XX, travada entre as principais doutrinas políticas da modernidade: de um lado, o Socialismo, tanto na sua vertente totalitária, quanto na democrática, esta última mais conhecida como Social-Democracia; de outro lado, o Liberalismo, surgido a partir das experiências de resistência aos regimes absolutistas, que chega a esta virada de milênio dotado de renovada legitimidade, conferida pela eficácia demonstrada no trato das grandes questões sociais e econômicas do nosso tempo.

Abordarei, em primeiro lugar, alguns pontos da história e da doutrina do Socialismo, na sua vertente comunista, que, no século passado, chegou a gerir os destinos de uma significativa parcela da população mundial.

Em seguida, examinarei o desempenho daqueles que se empenharam na realização das metas socialistas por meios exclusivamente democráticos, ou seja, a denominada Social-Democracia, corrente que obteve um sucesso significativo na maior parte dos países da Europa Ocidental, associando à sua gestão o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social.

Finalmente, discutirei a Doutrina Liberal, tentando enfatizar os pontos que, a meu ver, tornaram-na relativamente imune aos efeitos da crise contemporânea, que está eliminando o comunismo e pondo em xeque o Estado de Bem-Estar Social.

¹ Palestra sobre o tema Doutrinas Políticas Contemporâneas, a ser proferida no Congresso Nacional da ABD - 19 de Maio de 2022

Senhoras e Senhores, o Socialismo foi definido de diversas maneiras, ao longo de sua história. Para alguns, seria caracterizado pela preocupação com as classes desprivilegiadas da sociedade. Outros veem como seu traço marcante a oposição à propriedade privada. Não há dúvida de que essas e outras características são comuns ao pensamento socialista. Consideramos, no entanto, mais fecundo definir o Socialismo, não por um traço ou conjunto de traços, e sim, como o fez o grande sociólogo francês Emile Durkheim, por uma tensão entre dois princípios coexistentes: a demanda por racionalidade econômica e a exigência de justiça social.

Demanda por racionalidade, na medida em que o caráter caótico da produção capitalista manifestou-se desde cedo. Períodos de bonança eram interrompidos por crises recorrentes durante as quais o excesso de bens convivia com a incapacidade de compra, e, portanto, com a miséria. A superação desse círculo vicioso consistiria na subordinação da propriedade privada, ou seja, um movimento que iria da autonomia dos capitalistas individuais para um planejamento racional centralizado.

Exigência de justiça social, na medida em que a mesma propriedade privada impunha uma distribuição desigual de bens, serviços e oportunidades de vida.

No pensamento socialista os dois aspectos são inseparáveis; na verdade, a justiça seria uma decorrência necessária da introdução da racionalidade na vida econômica. Foi preciso o transcurso de todo o século passado para demonstrar que justiça e racionalidade nem sempre são coincidentes, podendo, inclusive, ser excludentes.

Discorrer aqui pormenorizadamente sobre a história do movimento socialista seria desnecessário e extrapolaria os limites desta apresentação. Limitar-me-ei, portanto, a assinalar alguns pontos de inflexão, aqueles que julgo mais carregados de consequências para a história do nosso século.

O Socialismo surge como tentativa de superar as mazelas da Revolução Industrial. Data, portanto, do último quartel do século XVIII. Excluí de nossa periodização todas as obras dos pensadores comunistas utópicos, de Platão a Campanella, pois estes estavam preocupados primordialmente com a questão da construção de uma sociedade justa, faltando-lhes a dimensão da racionalidade na produção de riquezas.

Isto posto, é possível delimitar, na história do Socialismo, um primeiro período que se estenderia de suas primeiras manifestações até o ano de 1848. Esse ano é tomado como marco em função da participação dos trabalhadores nos movimentos revolucionários que eclodiram na Europa e também por nele ter-se dado a publicação do Manifesto Comunista, de Marx e Engels, que marcaria a feição posterior do movimento.

O segundo período apresentaria como limites os anos de 1848 e de 1914. No seu curso, o Marxismo consolida-se como tendência dominante do Socialismo, por deslocar a vertente anarquista, no âmbito da Primeira Associação Internacional dos Trabalhadores, fundada em 1863. A partir daí, o Marxismo foi-se impondo como a única versão legítima do Socialismo, a única que teria como fundamento as bases sólidas da ciência. É nesse período, ainda, que os diferentes partidos socialistas europeus, já denominados, em geral, social-democratas, convertem-se em partidos eleitoralmente significativos. Houve um incremento exponencial dos votos socialistas a partir da conquista do sufrágio universal. Em 1890, a social-democracia alemã chegou à condição de partido mais votado, no que foi seguida por seus congêneres da Bélgica, Escandinávia e Áustria. (hoje comandada pela extrema direita).

A essa altura, o Socialismo constituía-se em um expressivo movimento de massas animado por uma mesma interpretação da sociedade e da História, desenvolvida por Marx.

Suas ideias centrais são:

1 - O Materialismo: postula a primazia do ser sobre a consciência dos homens, ou seja, a consciência dos homens depende da forma como proveem suas necessidades materiais;

2 - A Dialética: consiste no reconhecimento do caráter contraditório da realidade social manifesta na centralidade da luta de classes;

3 - A Direção da História: a História da Humanidade é vista como um processo evolutivo, uma vez que o desenvolvimento tecnológico define, em última análise, a estrutura de classes de cada sociedade e esse desenvolvimento é cumulativo;

4 - O Fim da História: a própria evolução da sociedade de classes apontaria para o seu fim. A divisão da sociedade em classes teria fim e uma nova era teria início. A simplificação dos conflitos de classe levaria à expropriação do patronato, não em benefício de uma nova classe dominante, mas em benefício de todos;

5 - O Caminho: a consecução dessa meta exigiria, no entanto, um momento de transição durante o qual os trabalhadores utilizariam a coerção contra os interessados na manutenção ou restauração da antiga ordem. Nesse período o Estado assumiria o controle do sistema produtivo e injetaria racionalidade na produção mediante o planejamento centralizado.

A primeira oportunidade de testar empiricamente a validade desse corpo teórico socialista ocorreu nos desdobramentos da Revolução Russa de 1917. Instituiu-se, então, um regime unipartidário comandado por uma fração do antigo Partido Social Democrata Russo, os Bolcheviques. A propriedade privada sobre os meios de produção foi abolida com a sua passagem para as mãos do Estado, processo particularmente violento no caso da coletivização da agricultura efetuada por Stalin, na década de 30. A política passou a ser monopolizada pelo partido no poder, que não se constrangeu em usar a coerção em doses maciças,

primeiro contra os partidários do antigo regime, depois contra os demais partidos oposicionistas e, finalmente, contra os dissidentes do próprio Partido Comunista.

A aplicação da receita socialista em toda a sua integridade teve como resultado a instauração de um regime autoritário, quando não francamente totalitário. Como esse resultado pode ser encarado? Como um desvio em relação ao projeto original, ou fiel ao espírito dos textos de Marx, como uma etapa necessária ao estabelecimento de uma sociedade efetivamente livre?

Parece-me que os acontecimentos da última década não deixam dúvida a respeito. Enquanto o mundo comunista persistia era possível pensar que nos encontrávamos frente a uma etapa necessária da construção de uma sociedade justa e abundante. A ausência de democracia ainda podia ser vista como uma consequência da pressão dos países capitalistas sobre o bloco socialista e bastaria um esforço de auto-reforma do sistema para que o rumo correto fosse retomado. Por um momento, essas esperanças pareceram concretizar-se nos processos que os soviéticos chamaram glasnost e perestroika. No entanto, a reforma controlada do sistema rapidamente cedeu lugar a seu dismantelamento.

Quais as razões profundas desses desfechos? Em linhas gerais, podemos dizer que o bloco comunista foi vítima do desenvolvimento tecnológico recente. Numa confirmação irônica de um dos teoremas marxistas, as relações de produção construídas a partir da extinção da propriedade privada e da substituição do mercado pelo planejamento central não resistiram ao avanço das forças produtivas e foram por ele despedaçadas.

Vale lembrar que nem sempre o sistema econômico soviético foi inoperante. Respondeu por taxas de crescimento industrial das mais elevadas por um longo período de tempo. Transformou a antiga Rússia em uma potência industrial e militar. Conseguiu, além disso, ganhos até então desconhecidos no rumo da equalização das condições de vida de sua população. Os indicadores de saúde e educação, em poucos anos, alcançaram e ultrapassaram aqueles vigentes nos países capitalistas ocidentais. Mesmo a ocorrência do processo de desestalinização aumentou o otimismo daqueles que, dentro e fora da União Soviética, julgavam o totalitarismo um aspecto descartável do sistema. Emblemático desse período de euforia foi o anúncio de Krushev, na esteira das primeiras vitórias na corrida espacial, da iminente ultrapassagem da economia americana pela soviética.

O que mudou, desde então? Os avanços científicos e tecnológicos potencializaram o processo de globalização e geraram um novo modo de produzir bens e serviços para o qual mercado e democracia, ou seja, iniciativas no âmbito das unidades de produção e transparência revelaram-se indispensáveis. Esses eram justamente os dois fatores de que carecia o bloco soviético.

A partir de então, deixou de ser plausível a possibilidade de regenerar o comunismo, de transformá-lo por dentro, mediante uma intervenção política e ficou claro o que nós, liberais, sempre soubemos: a liberdade não surge da sua ausência. Vemos, hoje, o preço que a Rússia paga pela ausência de uma tradição política democrática e de uma tradição econômica de mercado. Na política, as

instituições são frágeis e o risco de retrocesso em direção ao autoritarismo é presente. Na economia, a iniciativa privada foi açambarcada pelo crime organizado, refúgio dos únicos empreendedores remanescentes do velho regime.

O experimento comunista mostra um resultado claro: os meios preconizados historicamente pela tradição socialista não alcançaram os fins desejados. A justiça social foi incrementada ao custo de um grau absurdo de coerção e revelou-se fugaz. Não sobreviveu ao dismantelamento do regime. A racionalidade da economia revelou-se um mito. O planejamento centralizado mostrou sua inoperância em face das novas condições de produção originadas da revolução científico-tecnológica.

Resta-nos examinar o desempenho, do século passado ao atual, do braço democrático do movimento socialista, a Social-Democracia.

Nas suas origens, o Socialismo manifestava desconfiança profunda quanto à eficácia e pertinência de sua participação no processo eleitoral. A atitude era procedente, na medida em que vigorava o voto censitário, ou seja, julgava-se, então, que o direito de voto deveria estar restrito àqueles que tinham algo a perder com o desgoverno do país: os proprietários e os detentores de rendas elevadas. Era recorrente, entre os primeiros pensadores socialistas, a ideia de que a nova sociedade poderia surgir, fora da esfera política, a partir de comunidades isoladas, funcionando conforme as novas regras. Acreditava-se que, comprovada assim sua eficácia, o socialismo alastrar-se-ia por força de um efeito de demonstração.

O marxismo representou uma ruptura com essa visão. Ao considerar a conquista do Estado como instrumento indispensável à construção da nova sociedade, enfatizou a necessidade de participação dos trabalhadores na política institucional “burguesa”. Era necessário sempre que possível, a organização de partidos políticos legais e a apresentação de candidatos nas disputas eleitorais.

É certo que essa visão era, no início, inteiramente instrumental. As eleições eram vistas como um momento privilegiado de agitação e propaganda das ideias socialistas, mas não se acreditava na eleição de um governo capaz de implementar as mudanças necessárias. Mesmo que eleito, um governo com essas intenções seria em pouco tempo manietado ou derrubado por uma rebelião das classes possuidoras contra sua própria ordem legal. A revolução, ponto de inflexão no rumo da nova sociedade, deveria ocorrer, na opinião majoritária entre os militantes, no bojo de uma greve geral, seguida do assalto ao poder.

A conquista progressiva do sufrágio universal nos principais países europeus, muitas vezes com a participação decisiva dos trabalhadores, foi aos poucos alterando essa visão. Os socialistas acreditavam, firmemente, na inevitabilidade de a população trabalhadora vir a transformar-se na maioria absoluta em todas as nações modernas. Conforme Marx, a tendência à concentração de empresas era inexorável, o número de capitalistas tenderia a diminuir, a pequena-burguesia e o campesinato, classes de transição, desapareceriam e os trabalhadores constituiriam a maioria esmagadora da população num futuro próximo. Nessas circunstâncias, era difícil não considerar a possibilidade de os trabalhadores chegarem ao poder pela via do sufrágio universal.

Os resultados das eleições sustentavam essa perspectiva. Conforme mencionei anteriormente, na altura da passagem do século, os diversos partidos socialistas foram-se convertendo nos maiores depositários de votos de seus países. Logo, foram expostos a problemas delicados. Constituído os partidos mais votados, sem entretanto dispor da maioria absoluta necessária à implementação dos seus programas, os socialistas foram chamados a constituir ou a formar governos de coalizão. Tiveram, assim, de optar entre a manutenção integral de suas propostas, e a consequente exclusão do governo, e a prática do compromisso, das concessões mútuas, da obtenção de pequenas conquistas.

A fratura com a vertente comunista, concretizada ao longo da Primeira Grande Guerra e formalizada em 1921, operou nessa linha de clivagem, separando aqueles que viam as eleições como agitação preparatória da insurreição e aqueles que se comprometeram com a preservação das regras democráticas. Esses últimos desenvolveram a lógica da acumulação de conquistas, ou seja, de reforma em reforma chegar-se-ia à transformação completa da sociedade. Nas palavras de um líder socialista da época, a chegada ao socialismo poderia ser tão imperceptível quanto a passagem de um navio pela linha do Equador.

Sabemos, hoje, que essa estratégia não logrou êxito. Era necessário para seu sucesso a esperada maioria absoluta dos trabalhadores no conjunto da população. E tal fato não ocorreu. Por outro lado, as reformas deveriam ser cumulativas e não passíveis de reversão, e a experiência histórica demonstrou que, administradas por novas maiorias, ou simplesmente deixadas à própria sorte, as reformas tendiam a desaparecer.

O fato de os trabalhadores persistirem como maioria relativa e não como maioria absoluta foi de particular relevância para a estratégia posterior dos social-democratas. Os partidos europeus viram-se diante da alternativa de concentrar seus esforços na classe operária e renunciar à possibilidade de serem majoritários ou de se abrirem à participação de outros grupos sociais.

O problema, no caso, é que verificou-se um trade off entre ambas as possibilidades. Ao concentrar suas campanhas nos interesses e na identidade operária, perdiam eleitores de outros grupos. Ao tentar a ampliação, deixavam de apelar para a consciência de classe dos operários, liberando-os, em parte, para votos desvinculados de sua identidade de trabalhador. Nessa alternativa, ganhariam votos com uma mão e os perderiam com a outra, sem alcançar a desejada e necessária maioria absoluta.

A hipótese desse trade off, desenvolvida pelo cientista político Adam Przeworski, encontra apoio nos dados disponíveis sobre o desempenho eleitoral dos partidos socialistas. Apenas no começo do século passado, os socialistas algumas vezes aproximaram-se dos cinquenta por cento dos votos. A partir da década de 20, entretanto, raramente ultrapassaram os trinta por cento, sendo levados a participar de governos de coalizão, seja na condição de protagonista, seja na de coadjuvante.

Não é possível, entretanto, deixar de reconhecer algum sucesso ao experimento social-democrata. Principalmente a partir da década de 30, quando assumiram políticas de cunho keynesiano, eles tiveram participação destacada na construção do chamado Estado de Bem-Estar Social.

Desde então, e principalmente no segundo pós-guerra, os governos socialistas desenvolveram um grau de intervenção na economia sem precedentes, mediante a nacionalização de setores inteiros da produção. Paralelamente, ampliaram substancialmente os chamados direitos sociais. Além dos direitos civis, as chamadas liberdades individuais, e do direito de votar e ser votado, os cidadãos desses países passaram a ter como direitos o acesso à saúde, à educação, ao emprego, à seguridade social, à moradia, entre outros. Cabe assinalar que o conteúdo de todos esses direitos sociais era até então simples objeto de transação no mercado, acessíveis apenas aos que dispunham de recursos para comprá-los.

A intervenção do Estado no sentido de regular a economia e garantir esse conjunto expressivo de direitos a todos os cidadãos foi mais profunda e continuada em países como a Suécia e a Inglaterra. Na década de 50, inclusive, teóricos do trabalhismo inglês não apenas acreditavam estar no caminho do socialismo, como também afirmavam ser impossível um eventual retorno daquele país ao capitalismo.

Essa, no entanto, foi a previsão que teve o desmentido mais rápido. A partir da segunda metade da década de 70, toda uma leva de vitórias eleitorais conservadoras remeteu os partidos socialistas à oposição. As reformas conquistadas sofreram rápida reversão. Empresas estatais foram privatizadas e o Estado tratou de limitar o alcance dos direitos sociais recentemente estatuídos.

Quais as razões da crise do Estado de Bem-Estar Social? São tantas que mencionarei apenas os fatores mais relevantes. Em primeiro lugar, a globalização produziu um ambiente favorável à rápida mobilidade de capitais. Estes podem, face a uma política redistributiva considerada excessiva, migrar com facilidade para outro país, causando desemprego e mais pobreza.

Em segundo lugar, outro resultado da revolução científico-tecnológica foi a criação do desemprego estrutural. Com ele, diminui o número de contribuintes e aumenta o de beneficiários das políticas sociais. O desequilíbrio assim gerado exige recursos cada vez maiores e alimenta a chamada “revolta dos contribuintes”, que começam a direcionar seus votos aos partidos conservadores.

Em terceiro lugar, parece claro, hoje, que, mesmo nos seus melhores dias, o Estado de Bem-Estar Social tinha como premissa uma estrutura familiar tradicional. Encontrava-se equipado para atender ao desemprego masculino, pressupondo o papel de esposa para a maioria da população feminina. Com a frequência maior de divórcios e o afluxo das mulheres ao mercado de trabalho o Estado revelou-se incapacitado para fazer frente ao aumento dos gastos.

Finalmente, uma linha de crítica, iniciada pelos liberais, mas hoje encampada por correntes socialistas, dirige-se ao complexo paternalismo/passividade que essas políticas estimulam. As populações atendidas veem o seu destino nas mãos de uma burocracia que escapa à sua influência. Cria-se uma cultura da dependência

que, ao invés de integrar os excluídos na ordem social, estimula a permanência destes nos limites dessa ordem, na condição de incapazes de garantir seu próprio sustento, expondo-os às conhecidas consequências em termos de preconceito.

Pode-se concluir, em suma, que o projeto social-democrata foi vítima dos mesmos fatores históricos que evidenciaram o fracasso do comunismo: a revolução científico-tecnológica e o processo de globalização dela decorrente. Aqui cabem duas indagações: antes que o peso desses fatores se fizesse sentir em meados dos anos 70, era possível afirmar, ao longo das três décadas seguintes ao fim da Segunda Guerra, que a via social-democrata alcançara êxito? E, ainda, o caminho das reformas sucessivas levava ao socialismo?

Depende. Se por Socialismo entendemos uma sociedade próxima do pleno emprego, com uma elevada renda per capita, na qual os desempregados e os excluídos do mercado de trabalho por incapacidade também fazem jus a um rendimento digno, garantido pelo Estado, então a Suécia foi, de fato, durante alguns anos, uma sociedade socialista.

O Socialismo, no entanto, prometeu mais do que isso. Propôs-se à construção de uma sociedade de liberdade e abundância, na qual todas as necessidades individuais encontrariam satisfação. Acenou com a libertação do homem de todas as amarras e da situação de alienação em que se encontra. Até a formação da identidade individual ver-se-ia livre de toda distorção. Nesse sentido maximalista, o Socialismo não foi substantivamente implantado nem na Suécia, nem em parte alguma.

Eminentes Colegas deste Congresso: - a trajetória do Liberalismo constitui um interessante contraponto aos percalços do Socialismo, em todas as suas variantes. Surgido como processo de limitação dos poderes do Estado, principalmente na Inglaterra, a partir do século XIII, ganhou densidade intelectual com as contribuições de inúmeros filósofos e pensadores da política, de Locke a John Stuart Mill. Cabe assinalar que sua origem histórica, vinculada às lutas da burguesia ascendente, levou os socialistas a identificá-lo, a priori, como a ideologia dessa classe social e a condená-lo à impossibilidade de cumprir as suas promessas.

Numa sociedade dividida em classes, as liberdades fundamentais permaneceriam apanágio das classes dominantes: os proprietários. A extensão concreta dos direitos abstratamente universais colocaria em risco, de imediato, a ordem social e propiciaria sua subversão pelos excluídos. Podemos avaliar hoje, em concreto, que as promessas do Liberalismo foram cumpridas numa extensão muito maior que as do Socialismo.

Mas, de que estamos falando, quando usamos o termo Liberalismo? A palavra, na verdade, recobre uma gama de significados tão ampla quanto Socialismo. Valho-me da definição proposta pelo pensador italiano contemporâneo Norberto Bobbio, por sua clareza e operacionalidade. Para ele, Liberalismo é uma concepção de Estado, aquela que o encerra em limites bem definidos. O Estado liberal opõe-se, de um lado, ao Estado absoluto, cujo poder é ilimitado. Nesse sentido, Estado liberal confunde-se com Estado de Direito. Por outro lado, o Estado liberal não é limitado apenas em seus poderes, mas também em suas funções. Nesse

sentido, o Estado liberal é um Estado mínimo, oposto, por exemplo, ao Estado de Bem-Estar Social.

É importante fazer uma distinção entre o Liberalismo assim definido e a Democracia. Esta é uma forma de governo, na qual o poder encontra-se nas mãos de todos, a antítese, portanto, da Autocracia. A Democracia responde à exigência de distribuir o poder, não de limitá-lo.

A tensão entre Liberalismo e Democracia perpassa toda a história da doutrina. Não são poucos os pensadores liberais que consideraram ambos inconciliáveis. Historicamente, o Liberalismo prosperou inicialmente em regimes políticos oligárquicos, nos quais os direitos políticos eram inseparáveis da propriedade. Na melhor tradição liberal, a propriedade era vista como única garantia de um comportamento político responsável, única salvaguarda contra o voto disruptor da ordem.

Sabemos, hoje, no entanto, que as relações entre Liberalismo e Democracia são bastante complexas. Numa primeira dimensão, pode-se afirmar a compatibilidade entre ambos. É possível existir um Estado simultaneamente liberal e democrático. Há, porém, outras possibilidades históricas, como um Estado liberal, mas não-democrático, exemplificados pelos regimes oligárquicos, ou um Estado democrático, mas não liberal, no qual a vontade da maioria seria ilimitada.

Numa segunda dimensão, comprova-se a permanente tensão, até mesmo o antagonismo entre Liberalismo e Democracia. Nesse caso, a procura da igualdade de condições entre os cidadãos, por meio da ação do Estado, expande essa ação até esferas que deveriam ser deixadas ao arbítrio individual. Se o Estado decide tudo por nós e nos provê de todos os bens necessários, acabam a autonomia e a responsabilidade individuais.

Numa última dimensão, transparece, nas condições políticas modernas, a união necessária entre Liberalismo e Democracia. A história recente fornece razões convincentes para se crer que, de um lado, os direitos individuais dependem da regra democrática do jogo para se manterem; de outro lado, que a proteção dos direitos individuais é indispensável ao funcionamento da democracia.

Daí resulta que, hoje, os liberais trabalham no espaço da compatibilidade entre Liberalismo e Democracia; são conscientes da solidariedade existente entre ambos e procuram limitar a busca da igualdade de condições à igualdade de oportunidades para todos. Os liberais sabem que o máximo que o Estado pode fazer, sem colocar em risco os direitos individuais e a esfera privada, é assegurar o mesmo ponto de partida a todos os cidadãos. Tentar assegurar o mesmo ponto de chegada, como almejam os socialistas, é enveredar pelo caminho da servidão, na expressão feliz de Hayek.

Cabe aqui recapitular que as linhas mestras da doutrina liberal, decantadas após séculos de especulação e debates teóricos, são:

1 - O Individualismo: Se os liberais buscam limitar o poder do Estado, fazem-no em nome de uma realidade anterior e moralmente mais elevada – o indivíduo. Para eles, os indivíduos precedem o Estado, que só existe para satisfazer as suas, deles, necessidades.

2 - Os Direitos Naturais: Esses indivíduos que preexistem ao coletivo portam direitos invioláveis, como o direito à vida, à liberdade e à propriedade. A tradição liberal fundamenta esses direitos na sua suposta naturalidade. A suposição não é necessária. Basta-nos considerar, em cada sociedade e em cada período histórico, como direitos fundamentais e, portanto, invioláveis, aqueles reconhecidos a todos os seus membros. Os direitos universais são os fundamentais.

3 - A Valorização da Diversidade: Na tradição liberal, toda uniformidade é percebida como imposta por um poder exterior ao indivíduo. Os seres humanos são plurais e um de seus direitos inalienáveis é o da expressão e do desenvolvimento de sua singularidade. Da mesma forma, os conflitos que advêm da expressão das diferenças – de valores, ideias e interesses – são salutares, uma vez que propiciam a emulação, o aperfeiçoamento e a prevalência das alternativas mais eficazes. Na esfera econômica, essa diretriz materializa-se na valorização da concorrência. Sociedades que estimulam a diversidade são ativas e progressistas.

Parece-me claro que, no ambiente globalizado e sujeito a intensas alterações tecnológicas já aqui mencionados, um corpo doutrinário com as características acima descritas encontra-se mais capacitado para conduzir sociedades modernas do que as doutrinas concorrentes originadas do tronco socialista. Os valores articulados pelos liberais aparentam ser hoje os únicos compatíveis com o modo de produção que atualmente se gesta. Transparência e livre circulação da informação, plena liberdade à iniciativa individual, tanto no campo do capital quanto do trabalho, dotação de responsabilidade aos sujeitos dessa iniciativa; todas essas são condições para operar a produção de bens e serviços, na contemporaneidade.

O resultado mais evidente das mudanças recentes é a crescente complexidade da vida e do mundo modernos. Nossos problemas, sejam eles tecnológicos, econômicos ou meramente cotidianos, não dispõem mais de apenas uma solução ótima, mas sim de uma multiplicidade de soluções ao alcance dos atores sociais. Tornou-se plenamente verdadeira a crítica dos economistas liberais ao Socialismo: se num estágio mais simples de sociedade, o planejamento central podia aspirar a uma racionalidade superior à do mercado, hoje o mercado é mecanismo muito mais eficiente para captar e transmitir os sinais da esfera produtiva. O planejamento central, na forma como foi postulado pelos socialistas, foi relegado ao campo da irracionalidade econômica.

Devo dizer, contudo, que a hegemonia dos mecanismos de mercado e das instituições democráticas a que assistimos não significa uma vitória absoluta do Liberalismo, em sua feição originária. Décadas de embate com as correntes socialistas tornaram os liberais sensíveis às condições sociais que possibilitam a igualdade de oportunidades. Poucos expoentes do Liberalismo negariam hoje a necessidade de interferência estatal em áreas como saúde e educação, cruciais para que os indivíduos iniciem o processo de concorrência em igualdade ou ao menos em semelhança de condições. Alguns preferem dar a esse movimento o nome de Social-Liberalismo, uma vez que legitima a intervenção do Estado em esferas antes deixadas exclusivamente ao livre jogo das forças de mercado.

Nota-se, por outro lado, movimento semelhante da parte de tendências historicamente situadas no campo do Socialismo. As debilidades do Estado de Bem-Estar Social, particularmente sua tendência à burocratização, à alienação da população beneficiada, à perpetuação da exclusão social num gueto de dependentes do Poder Público, originaram críticas entre os próprios socialistas. Estes passaram a reconhecer, ao menos parcialmente, as limitações do Estado como instrumento de promoção da igualdade e da justiça e a consequente necessidade de estimular a autonomia individual. Outro não é o significado da tentativa autodenominada Terceira Via, teorizada por Anthony Giddens, na Inglaterra, inspiração do atual governo trabalhista daquele país.

Nesta quase metade de século, é difícil prever o resultado desses processos, tanto no campo do debate intelectual, quanto no da prática de governo. Podemos apenas considerar os sinais de convergência entre as distintas doutrinas aqui suscitadamente abordadas como um sintoma auspicioso de que décadas de debate intenso estão produzindo conclusões, expressas como consensos parciais acerca da gestão da sociedade.

CONCLUSÃO

Ao me acercar do final desta minha honrosa participação neste I Congresso Nacional da Academia Brasileira de Direito, pareceu-me oportuno fazer uma ligeira consideração em derredor da democracia liberal x populismo.

Para tanto, recorro ao passado e coloco em relevo os inúmeros regimes que desfrutaram de uma demorada permanência de existência e que acabaram por ter algo em comum: foram à ruína. A democracia ateniense durou mais de dois séculos; os romanos governaram por quase quinhentos anos e a República de Veneza permaneceu serena por mais de um século.

Ora, quem poderia prever a morte desses sistemas de governo, nos seus últimos anos e, se tentasse, seria alvo de zombaria. No entanto, chegou o momento em que a democracia ateniense, o governo autônomo de Roma e até a República de Veneza deixaram o palco da História. E é deplorável que essa lição não seja assimilada e muito menos levada a sério, porque quem não aprende a lição da História, corre o risco de repetir os erros.

Infelizmente, é o populismo sobrepujando a democracia liberal. Destaco.

Na Hungria, Filipinas, Polônia, Índia e Turquia há uma semelhança entre os que assumiram o poder nesses países. O traço característico é o populismo autoritário, muito embora a Índia seja considerada a democracia mais populosa do mundo e a Polônia seja aclamada como o mais bem sucedido caso de transição pós comunista.

Portanto, se esses autoritários que conquistaram o poder e estão começando a mudar as regras do jogo, também conseguirem consolidar o seu domínio populista sobre os seus respectivos países, fica incomodamente óbvio

comprovar que a ascensão do sentimento populista está num crescendo porque os defensores da chamada democracia liberal, continuam cedendo seus espaços. Daí, será desferido um grande golpe contra a liberdade e a autonomia do mundo, em direção à ditadura para o destino da democracia liberal, que acabará por não resistir à sua sobrevivência.

Ademais, ditadura, em qualquer época, não deve ser exemplo para nação nenhuma e, para muitas, deveria servir de lição, uma vez que é com a ditadura que os sinos dobram pelas exéquias da democracia.

Destarte, não se pode deixar de reconhecer que o “rival mais sério do sistema de direitos sem democracia é um sistema de “democracia sem direitos”.

Ao final renovo os meus agradecimentos às autoridades presentes, na companhia dos Presidentes ANDRÉ MALCHER MEIRA, ROBERTO VICTOR PEREIRA e JÚLIO ANTONIO DE JORGE LOPES.

Belém, 19 de maio de 2022



Márcio André Lopes Cavalcante



BREVES COMENTÁRIOS À LEI 14.181/2021 (LEI DE COMBATE AO SUPERENDIVIDAMENTO)

Márcio André Lopes Cavalcante¹

1. Introdução

A Lei nº 14.181/2021 alterou Código de Defesa do Consumidor eo Estatuto do Idoso, para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

2. O que é superendividamento?

Ocorre o superendividamento quando o consumidor pessoa física que está de boa fé não consegue pagar a totalidade de suas dívidas de consumo (exigíveis e vincendas) sem comprometer o seu mínimo existencial.

Conforme ensinava há muitos anos a Prof.^a Cláudia Lima Marques, o superendividamento é um fenômeno muito comum no Brasil e que necessitava “algum tipo de saída ou solução pelo Direito do Consumidor, a exemplo do que aconteceu com a falência e concordata no Direito da Empresa, seja o parcelamento, os prazos de graça, a redução dos montantes, dos juros, das taxas, e todas as demais soluções possíveis para que possa pagar ou adimplir todas ou quase todas as suas dívidas, frente a todos os credores, fortes e fracos, com garantias ou não. Estas soluções, que vão desde a informação e controle da publicidade, direito de arrependimento, para prevenir o superendividamento, assim como para tratá-lo, são fruto dos deveres de informação, cuidado e principalmente de cooperação e lealdade oriundas da boa-fé para evitar a ruína do parceiro (exceção da ruína), que seria esta sua 'morte civil', exclusão do mercado de consumo ou sua 'falência' civil com o superendividamento”².

A Lei nº 14.181/2021 é fruto de todos esses anos de pesquisa e discussão sobre o tema. Vale ressaltar que, não se pode falar a respeito desse assunto no Brasil sem mencionar os inúmeros trabalhos e pesquisas desenvolvidos pela Prof.^a Cláudia Lima Marques.

O superendividamento está diretamente relacionado com o mínimo existencial do indivíduo, conforme explicam Pablo Stolze e Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

¹ Juiz Federal - Foi Defensor Público, Promotor de Justiça e Procurador do Estado

² MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor. 55/11-52, p. 12, São Paulo, RT, jul-set. 2005.

“O superendividamento contém traços de uma morte civil social. O indivíduo com o “nome sujo” e sem margem de crédito tende ao ostracismo. Não consegue montar novos negócios. Enfrenta estigmas ao buscar emprego. Sujeita-se a viver “de favor”. Enfim, o superendividamento pode levar o indivíduo a um estado de desesperança e, nas palavras de Raul Seixas, na música Ouro de Tolo, ficar sentado ‘no trono de um apartamento, com a boca escancarada cheia de dentes, esperando a morte chegar’.O motivo é que o superendividamento fulmina o mínimo existencial do indivíduo”³.

3. Alterações nos princípios, instrumentos, direitos e cláusulas abusivas do CDC:

a) Inserção de três novos princípios no CDC:

O art. 4º elenca os princípios da defesa do consumidor. Conforme explica Leonardo Garcia:

“O artigo 4º é um dos artigos mais importantes do código consumerista. Isso porque traz os objetivos a serem perseguidos pela política de proteção ao consumidor, assim como enumera os princípios que deverão ser observados na busca de tais objetivos.(...)Segundo o Professor Eros Roberto Grau, as normas enumeradas no art. 4º são consideradas “normas objetivas”: possuindo um papel fundamental, uma vez que condicionam a interpretação a ser feita pelo código. Uma vez que o artigo enumera objetivos a serem perseguidos, seja através de políticas públicas, seja através da atuação do fornecedor e do próprio consumidor, e também princípios a serem aplicados, as demais normas devem ser interpretadas finalisticamente, visando a busca destes objetivos (resultados)”⁴.

O art. 4º trazia oito “princípios” e a Lei nº 14.181/2021 acrescentou dois incisos prevendo novos princípios:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
(...)
IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores;
X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

O art. 4º trazia oito “princípios” e a Lei nº 14.181/2021 acrescentou dois incisos prevendo novos princípios:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

³ GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 2 jul. 2021.

⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor comentado. 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 56-57.

(...)

IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores;
X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

Desse modo, agora temos novos “princípios” de defesa do consumidor: a) educação financeira dos consumidores; b) educação ambiental dos consumidores; c) prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

b) Inserção de dois novos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo:

O art. 5º previa cinco instrumentos utilizados para se executar a Política Nacional das Relações de Consumo. A Lei nº 14.181/2021 acrescentou dois novos instrumentos ao rol:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

(...)

VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural;

VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

c) Inserção de três novos direitos básicos do consumidor:

O art. 6º do CDC elenca, em seus incisos, uma lista de direitos básicos do consumidor. A Lei nº 14.181/2021 acrescentou três novos direitos ao rol:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

XIII - a informação acerca dos preços dos produtos por unidade de medida, tal como por quilo, por litro, por metro ou por outra unidade, conforme o caso.

d) Inserção de duas novas cláusulas abusivas

O art. 51 do CDC prevê um rol exemplificativo de cláusulas que são consideradas abusivas. A Lei nº 14.181/2021 acrescentou dois novos incisos, nos seguintes termos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

XVII - condicionem ou limitem de qualquer forma o acesso aos órgãos do Poder Judiciário;
XVIII - estabeleçam prazos de carência em caso de impontualidade das prestações mensais ou impeçam o restabelecimento integral dos direitos do consumidor e de seus meios de pagamento a partir da purgação da mora ou do acordo com os credores;

4. Prevenção e tratamento do superendividamento

A Lei nº 14.181/2021 acrescentou um novo capítulo com seis artigos no CDC.

4.1. Capítulo VI-A

O novo Capítulo VI-A, inserido dentro da Seção III (Contratos de Adesão) dispõe sobre: a) prevenção do superendividamento da pessoa natural; b) crédito responsável e c) educação financeira do consumidor.

4.2. O que é superendividamento?

Segundo o § 1º do novo art. 54-A do CDC, ocorre o superendividamento quando o consumidor pessoa física que está de boa-fé não consegue pagar a totalidade de suas dívidas de consumo (exigíveis e vincendas) sem comprometer o seu mínimo existencial.

A definição dada pela doutrina é próxima daquela que foi acolhida pelo legislador:

“O superendividamento pode ser definido como impossibilidade global do devedor-pessoa física, consumidor, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo (excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e alimentos) em um tempo razoável com sua capacidade atual de rendas e patrimônio”⁵.

“O superendividado é sempre um consumidor, adotando-se para este fim um conceito ainda mais restrito do que o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, visto que não se concede a tutela à pessoa jurídica. Trata-se, portanto, da pessoa física que contrata a concessão de crédito, destinado à aquisição de produtos ou serviço que, por sua vez, visam atender a uma necessidade pessoal, nunca profissional do adquirente. A mais importante característica refere-se à condição pessoal do consumidor, que deve agir de boa-fé”⁶.

5. Situações nas quais não se aplicam as regras de proteção do superendividamento (§ 3º do art. 54-A)

⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1.051.

⁶ CARPENA, Heloisa. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006, Cap. 11, p. 329.

As normas protetivas previstas nos arts. 54-A a 54-G do CDC não se aplicamse as dívidas do consumidor:a) tiverem sido contraídas mediante fraude ou má-fé;b) forem oriundas de contratos celebrados dolosamente com o propósito de não realizar o pagamento;c) decorrerem da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

Segundo a lição da Prof.^a Maria Manuel Leitão Marques, citada por Leonardo Garcia, existem duas espécies de superendividado. Veja o quadro abaixo no qual foram utilizadas as palavras de Leonardo Garcia (2020, p. 394):

SUPERENDIVIDADO	
ATIVO	PASIVO
<p>É aquele consumidor que se endivida voluntariamente.</p> <p>Esta categoria se divide em duas subespécies:</p> <p>a) superendividado ativo consciente: é aquele que, de má-fé, contrai dívidas convicto de que não poderá pagá-las, com intenção deliberada de fraudar os credores.</p> <p>b) superendividado ativo inconsciente: é aquele que agiu impulsivamente, de maneira imprevidente e sem malícia, deixando de fiscalizar seus gastos.</p>	<p>O superendividado passivo é aquele que se endivida em decorrência de fatores externos chamados de “acidentes da vida”, tais como desemprego; divórcio; nascimento, doença ou morte na família; necessidade de empréstimos; redução do salário; etc.</p>

Repare que os dispositivos inseridos no CDC pela Lei nº 14.181/2021 não protegem o superendividado ativo consciente. Somente recebem a proteção o superendividado ativo inconsciente e o superendividado passivo.

Produtos e serviços de luxo de alto valor: conforme vimos acima, o § 3º do art. 54-A não confere proteção do superendividamento caso este tenha decorrido de dívidas relacionados com a aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

Trata-se de aplicação, pela lei, do “princípio da proteção simplificada do luxo”:

“Segundo o qual o Direito protege situações de luxo sem o mesmo prestígio de situações essenciais ou úteis. Esse conceito está atrelado ao conceito de paradigma da essencialidade, revelado pela Professora Teresa Negreiros. Segundo a jurista carioca, os direitos devem ser classificados quanto à essencialidade em direitos essenciais, direitos úteis e direitos supérfluos. Quanto menor for o grau de essencialidade do direito, menor deve ser a intervenção do Direito. Esse princípio guia também a proteção dada aos casos de superendividamento. O intervencionismo estatal em favor de quem está em situação de superendividamento não deve alcançar casos oriundos de aquisição de produtos de luxo de alto valor, mesmo no caso de consumo. Quem, por exemplo, endividou-se por adquirir um veículo luxuoso de altíssimo valor não pode, posteriormente, invocar as ferramentas interventivas da Lei do Superendividamento. Sobram-lhe, apenas, as proteções gerais do Direito, sem prestígios interventivos. A própria Lei de Superendividamento é expressa nesse sentido (art. 54-A, § 3º, CDC)”⁷.

5.1. Informações adicionais que devem ser prestadas no fornecimento de crédito e na venda a prazo

O art. 52 do CDC prevê informações que deverão ser obrigatoriamente prestadas pelo fornecedor quando o contrato envolver relação de crédito ou de financiamento. Veja:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;
- III - acréscimos legalmente previstos;
- IV - número e periodicidade das prestações;
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.

A Lei nº 14.181/2021 inseriu o art. 54-B exigindo informações adicionais para os contratos que envolvam fornecimento de crédito ou venda a prazo:

Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:

- I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;
- II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;
- III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias;
- IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;
- V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Umaprimiraanálise. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91675>. Acesso em: 2 jul. 2021.

§ 1º As informações referidas no art. 52 deste Código e no caput deste artigo devem constar de forma clara e resumida do próprio contrato, da fatura ou de instrumento apartado, de fácil acesso ao consumidor.

§ 2º Para efeitos deste Código, o custo efetivo total da operação de crédito ao consumidor consistirá em taxa percentual anual e compreenderá todos os valores cobrados do consumidor, sem prejuízo do cálculo padronizado pela autoridade reguladora do sistema financeiro.

§ 3º Sem prejuízo do disposto no art. 37 deste Código, a oferta de crédito ao consumidor e a oferta de venda a prazo, ou a fatura mensal, conforme o caso, devem indicar, no mínimo, o custo efetivo total, o agente financiador e a soma total a pagar, com e sem financiamento.

5.2. Novas proibições na oferta de crédito ao consumidor (novo art. 54-C)

É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: a) indicar que a operação de crédito poderá ser concluída sem consulta a serviços de proteção ao crédito ou sem avaliação da situação financeira do consumidor; b) ocultar ou dificultar a compreensão sobre os ônus e os riscos da contratação do crédito ou da venda a prazo; c) assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio; d) condicionar o atendimento de pretensões do consumidor ou o início de tratativas à renúncia ou à desistência de demandas judiciais, ao pagamento de honorários advocatícios ou a depósitos judiciais.

5.3. Novos deveres prévios do fornecedor voltados à contratação consciente de crédito (art. 54-D)

Na oferta de crédito, antes da contratação, o fornecedor ou o intermediário deverá:

I - informar e esclarecer adequadamente o consumidor, considerada sua idade, sobre a natureza e a modalidade do crédito oferecido, todos os custos incidentes e as consequências genéricas e específicas que eles sofrerá em caso de inadimplemento;

II - avaliar, de forma responsável, as condições de crédito do consumidor, mediante análise das informações disponíveis em bancos de dados de proteção ao crédito, observado o disposto neste Código e na legislação sobre proteção de dados;

III - informar a identidade do agente financiador e entregar ao consumidor, ao garante e a outros coobrigados cópia do contrato de crédito.

5.4. O que acontece caso o fornecedor descumpra seus deveres de informação (art. 54-D, parágrafo único)?

O descumprimento dos deveres previstos nos arts. 52, 54-C e 54-D poderá acarretar judicialmente: a) a redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal; b) a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original, conforme a gravidade da conduta do fornecedor e as possibilidades

financeiras do consumidor;c) o pagamento de indenização por danos patrimoniais e morais ao consumidor;d) outras sanções previstas na legislação consumerista (ex: multa imposta pelo PROCON).

5.5. Hipóteses em que o contrato de fornecimento de produto ou serviço será considerado conexo, coligado ou interdependente em relação ao contrato de crédito (art. 54-F)

Veja a redação do art. 54-F:

Art. 54-F. São conexos, coligados ou interdependentes, entre outros, o contrato principal de fornecimento de produto ou serviço e os contratos acessórios de crédito que lhe garantam o financiamento quando o fornecedor de crédito:

I - recorrer aos serviços do fornecedor de produto ou serviço para a preparação ou a conclusão do contrato de crédito;

II - oferecer o crédito no local da atividade empresarial do fornecedor de produto ou serviço financiado ou onde o contrato principal for celebrado.

Existe divergência na doutrina se contratos conexos, coligados ou interdependentes seriam espécies distintas ou expressões sinônimas. Para evitar qualquer discussão nesse sentido, o legislador optou por incluir os três no dispositivo. Para Carlos Roberto Gonçalves, contratos coligados são aqueles que, embora distintos, estão ligados por uma cláusula acessória, implícita ou explícita. Nos contratos coligados, as partes celebram uma pluralidade de negócios jurídicos tendo por desiderato um conjunto econômico, criando entre eles efetiva dependência. Conforme explica Daniel Carnacchioni:

“Nos contratos coligados ou conexos, há a agregação de vários negócios para a viabilização de uma operação econômica.

(...)

Nos contratos coligados estes são desejados como um todo, pois isoladamente cada contrato não viabilizaria o interesse dos contratantes. Os contratos condicionam-se reciprocamente em sua existência e validade e, agregados, formam uma unidade econômica.” (Manual de Direito Civil. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 843).

O contrato reputado como sendo o principal determina as regras que deverão ser seguidas pelos demais instrumentos negociais que a este se ajustam. Assim, por exemplo, havendo invalidade do contrato principal (ex: compra e venda de um carro), o contrato acessório de concessão do crédito para aquisição deste bem também deverá ser anulado. Consoante explica Flávio Tartuce:

“Diante do princípio da gravitação jurídica, pelo qual o acessório segue o principal, tudo o que ocorre no contrato principal repercute no acessório. Desse modo, sendo nulo o contrato principal, nulo será o acessório: sendo anulável o principal o mesmo ocorrerá com o acessório; ocorrendo prescrição da dívida do contrato principal, o contrato acessório estará extinto; e assim sucessivamente.” (TARTUCE, Flávio. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie. 9ª ed. São Paulo: Método: 2014, p. 37).

Os parágrafos do art. 54-F preveem regras nesse sentido:

Art. 54-F (...)

§ 1º O exercício do direito de arrependimento nas hipóteses previstas neste Código, no contrato principal ou no contrato de crédito, implica a resolução de pleno direito do contrato que lhe seja conexo.

§ 2º Nos casos dos incisos I e II do caput deste artigo, se houver inexecução de qualquer das obrigações e deveres do fornecedor de produto ou serviço, o consumidor poderá requerer a rescisão do contrato não cumprido contra o fornecedor do crédito.

§ 3º O direito previsto no § 2º deste artigo caberá igualmente ao consumidor:

I - contra o portador de cheque pós-datado emitido para aquisição de produto ou serviço a prazo;

II - contra o administrador ou o emitente de cartão de crédito ou similar quando o cartão de crédito ou similar e o produto ou serviço forem fornecidos pelo mesmo fornecedor ou por entidades pertencentes a um mesmo grupo econômico.

§ 4º A invalidade ou a ineficácia do contrato principal implicará, de pleno direito, a do contrato de crédito que lhe seja conexo, nos termos do caput deste artigo, ressalvado ao fornecedor do crédito o direito de obter do fornecedor do produto ou serviço a devolução dos valores entregues, inclusive relativamente a tributos.

Vale ressaltar que, mesmo antes da Lei, já podiam ser encontradas, na jurisprudência do STJ, julgados aplicando as regras que agora foram positivadas. Nesse sentido, confira esse interessante caso:

Consumidor adquiriu veículo novo e, para pagar o carro, contratou leasing oferecido pelo banco da própria montadora. O automóvel apresentou vício redibitório que o tornou impréstável ao uso. O banco que realizou o financiamento foi também considerado responsável? O contrato de leasing também foi rescindido?

Sim. A instituição financeira vinculada à concessionária do veículo (“banco da montadora”) possui responsabilidade solidária por vício do produto (veículo novo defeituoso), uma vez que ela foi parte integrante da cadeia de consumo.

Todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício.

O contrato de arrendamento mercantil não foi feito de forma independente. Ao contrário, está atrelado ao contrato de compra e venda, de forma que é possível vislumbrar a existência de uma “operação casada”.

STJ. 3ª Turma. REsp 1379839-SP, Rel. originária Min. Nancy Andrighi, Rel. para Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11/11/2014 (Info 554).

5.6. Práticas abusivas específicas para o fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito

O art. 39 do CDC traz uma relação de práticas consideradas abusivas nas relações de consumo em geral. A Lei nº 14.181/2021 acrescentou o art. 54-G prevendo uma nova lista de práticas abusivas, agora específicas para o fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito:

Art. 54-G. Sem prejuízo do disposto no art. 39 deste Código e na legislação aplicável à matéria, é vedado ao fornecedor de produto ou serviço que envolva crédito, entre outras condutas:

I - realizar ou proceder à cobrança ou ao débito em conta de qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compra realizada com cartão de crédito ou similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos 10 (dez) dias contados da data de vencimento da fatura, vedada a manutenção do valor na fatura seguinte e assegurado ao consumidor o direito de deduzir do total da fatura o valor em disputa e efetuar o pagamento da parte não contestada, podendo o emissor lançar como crédito em confiança o valor idêntico ao da transação contestada que tenha sido cobrada, enquanto não encerrada a apuração da contestação;

II - recusar ou não entregar ao consumidor, ao garante e aos outros coobrigados cópia da minuta do contrato principal de consumo ou do contrato de crédito, em papel ou outro suporte duradouro, disponível e acessível, e, após a conclusão, cópia do contrato;

III - impedir ou dificultar, em caso de utilização fraudulenta do cartão de crédito ou similar, que o consumidor peça e obtenha, quando aplicável, a anulação ou o imediato bloqueio do pagamento, ou ainda a restituição dos valores indevidamente recebidos.

No empréstimo cuja liquidação seja feita mediante consignação em folha de pagamento, a formalização e a entrega da cópia do contrato ou do instrumento de contratação ocorrerão após o fornecedor do crédito obter da fonte pagadora a indicação sobre a existência de margem consignável.

5.7. Informações adicionais no caso de contratos de adesão

Nos contratos de adesão, o fornecedor deve prestar ao consumidor, previamente, as informações de que tratam o art. 52 e o art. 54-B do CDC, além de outras porventura determinadas na legislação em vigor. Além disso, fica obrigado a entregar ao consumidor cópia do contrato, após a sua conclusão (§ 2º do art. 54-G).

6. Conciliação no superendividamento

A Lei nº 14.181/2021 também acrescentou três artigos (arts. 104-A, 104-B e 104-C) tratando sobre a conciliação no superendividamento, o processo de repactuação de dívidas e o plano de pagamentos, novidades extremamente importantes.

6.1. Processo de repactuação de dívidas

A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas. Será, então, designada audiência conciliatória, presidida pelo juiz ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores. Na audiência, o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 anos, preservados o mínimo existencial, as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. O pedido do consumidor para instaurar processo de repactuação: a) não importará em declaração de insolvência civil; e b) poderá ser repetido somente após decorrido o prazo de 2 anos, contado da liquidação das obrigações previstas no plano de pagamento homologado, sem prejuízo de eventual repactuação.

6.2. Dívidas que não podem ser objeto do processo de repactuação

Estão excluídas do processo de repactuação as seguintes dívidas:a) oriundas de contratos celebrados dolosamente sem o propósito de realizar pagamento;b) provenientes de contratos de crédito com garantia real;c) provenientes de financiamentos imobiliários;d) provenientes de crédito rural.

6.3. Não comparecimento do credor

O não comparecimento injustificado de qualquer credor, ou de seu procurador com poderes especiais e plenos para transigir, à audiência de conciliação acarretará:a) a suspensão da exigibilidade do débito;b) a interrupção dos encargos da mora;ec) a sujeição compulsória ao plano de pagamento da dívida se o montante devido ao credor ausente for certo e conhecido pelo consumidor. Além disso, o esse credor ausente somente irá receber após ter sido feito o pagamento dos demais credores que compareceram à audiência conciliatória.

6.4. Sentença judicial que homologar o plano terá eficácia de título executivo

No caso de conciliação, com qualquer credor, a sentença judicial que homologar o acordo descreverá o plano de pagamento da dívida e terá eficácia de título executivo e força de coisa julgada (§ 3º do art. 104-A).

6.5. Conteúdo do plano de pagamento

Deverão constar no plano de pagamento:I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

6.6. Não havendo êxito na conciliação (art. 104-B)

Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento com a finalidade de: a) revisão e integração dos contratos; e b) repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório. Nesse caso, o juiz fará a citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado. Serão considerados no processo por superendividamento, se for o caso, os documentos e as informações prestadas em audiência.

6.7. Prazo para credores se manifestarem contrariamente ao plano

Depois de citados, os credores terão o prazo de 15 dias para: a) juntar documentos; e b) apresentar as razões pelas quais se negam a aceder (anuir) ao plano voluntário ou se negam a renegociar.

6.8. Administrador

O juiz poderá nomear administrador, desde que isso não onere as partes, o qual, no prazo de até 30 dias, após cumpridas as diligências eventualmente necessárias, apresentará plano de pagamento que contemple medidas de temporização ou de atenuação dos encargos.

6.9. Garantia mínima aos credores no plano

O plano judicial compulsório assegurará aos credores, no mínimo, o valor do principal devido, corrigido monetariamente por índices oficiais de preço. Além disso, preverá a liquidação total da dívida, após a quitação do plano de pagamento consensual, em, no máximo, 5 anos, sendo que a primeira parcela será devida no prazo máximo de 180 dias, contado de sua homologação judicial, e o restante do saldo será devido em parcelas mensais iguais e sucessivas (art. 104-B, § 4º).

6.10. Conciliação administrativa

Os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, como o PROCON, também podem fazer a fase conciliatória. É a chamada conciliação administrativa, prevista no novo art. 104-C do CDC:

Art. 104-C. Compete concorrente e facultativamente aos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a fase conciliatória e preventiva do processo de repactuação de dívidas, nos moldes do art. 104-A deste Código, no que couber, com possibilidade de o processo ser regulado por convênios específicos celebrados entre os referidos órgãos e as instituições credoras ou suas associações.

§ 1º Em caso de conciliação administrativa para prevenir o superendividamento do consumidor pessoa natural, os órgãos públicos poderão promover, nas reclamações individuais, audiência global de conciliação com todos os credores e, em todos os casos, facilitar a elaboração de plano de pagamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, sob a supervisão desses órgãos, sem prejuízo das demais atividades de reeducação financeira cabíveis.

§ 2º O acordo firmado perante os órgãos públicos de defesa do consumidor, em caso de superendividamento do consumidor pessoa natural, incluirá a data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes, bem como o condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento, especialmente a de contrair novas dívidas.

7. Alteração no crime do art. 96 do Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) prevê o seguinte delito:

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade:

Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.

A Lei nº 14.181/2021 acrescentou uma causa excludente de tipicidade no § 3º:

Art. 96. (...)

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

8. Vigência e eficácia

A Lei nº 14.181/2021 entrou em vigor na data de sua publicação (02/07/2021). Quanto à validade, Lei nova não se aplica para os negócios e atos ocorridos antes da sua vigência. Por outro lado, a Lei nova já rege os efeitos produzidos após a sua entrada em vigor. É o que prevê expressamente o art. 3º da norma:

Art. 3º A validade dos negócios e dos demais atos jurídicos de crédito em curso constituídos antes da entrada em vigor desta Lei obedece ao disposto em lei anterior, mas os efeitos produzidos após a entrada em vigor desta Lei subordinam-se aos seus preceitos.

9. Referências bibliográficas

CARPENA, Heloísa. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. Superendividamento: proposta para um estudo empírico e perspectiva de regulação. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/91675>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Comentários à Lei do Superendividamento (Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021) e o princípio do crédito responsável. Uma primeira análise. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6575, 2 jul. 2021. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/91675>>. Acesso em: 2 jul. 2021.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Código de Defesa do Consumidor comentado. 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do Consumidor. 14ª ed., Salvador: Juspodivm, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. Revista de Direito do Consumidor. 55/11-52, p. 12, São Paulo, RT, jul-set. 2005.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.



Júlio Antonio Lopes



ASPECTOS POSITIVOS DO COMBATE À PANDEMIA DE COVID-19

Júlio Antonio Lopes¹

“A arte de viver consiste em tirar o maior bem do maior mal”.

Machado de Assis

A Academia Brasileira de Direito (ABD), sob a presidência do doutor André Augusto Malcher Meira, promoveu em 2022, na cidade de Belém, do Pará, o seu I Congresso, cujo tema foi “O direito pós-pandemia”, onde os conferencistas cuidaram, sob as mais variadas nuanças, da COVID-19.

O vírus, em 2023, com suas mutações, continua aí, embora menos letal. A lembrança, entretanto, das vidas ceifadas, do luto em nossos corações, da nossa segregação compulsória, da quebra de empresas, do desemprego e da economia mundial ladeira abaixo, sem falar dos graves danos psicológicos que acometeram boa parte da população, permanecem.

Como se tudo isso não bastasse, ainda avultou a politização da pandemia, coisa deplorável e de extremos, confirmando a máxima cunhada em certa ocasião por Henri Béraud, segundo o qual há homens capazes, mas o pior é que há homens também capazes de tudo... E eu ousou complementar: capazes de tudo para fazer prevalecer os seus mais particulares e indignos interesses em detrimento, até, dos interesses da nação.

Tudo, por aqui e durante a pandemia, virou motivo de contenda. Os homens que fazem política, com honrosas exceções, apequenaram-se. Os políticos perderam a capacidade de resolver as questões políticas pelas vias políticas... Perdem na arena que lhes é própria, apelam a todo momento e por tudo, ao Judiciário, o qual, assim provocado, vê-se obrigado a decidir e se hipertrofia, acabando, no mais das vezes, por invadir a competência dos demais poderes.

Eu fico pensando aqui com os meus botões se a atual safra política brasileira pontificasse na época da Assembleia Nacional Constituinte, que nos legou a Carta de 88, aqueles gigantes, cujo maior representante vivo é o seu Relator, o amazonense Bernardo Cabral, patrono da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA). Será que teríamos uma Constituição promulgada pelo Parlamento? Ou seria o Supremo Tribunal Federal (STF), que acionado pelos pigmeus morais de hoje, que acabaria por outorgar, talvez por força de uma decisão monocrática, ad referendum do Plenário, a Lei Maior do país?

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Advogado, membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), membro efetivo da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), membro efetivo da Academia Brasileira de Direito (ABD), membro efetivo da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas (ABCMP), membro efetivo da Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado (AIJDC), sócio honorário do Instituto Sílvio Meira – Academia de Direito (ISM), sócio honorário da Academia Paraibana de Letras Jurídicas (APLJ), sócio correspondente da Academia Cearense de Direito (ACED) e sócio correspondente da Academia Paraense de Letras Jurídicas (APLJ).

Acredito que, mesmo nos momentos ruins, de grande tristeza e obstáculos, não podemos, se estamos vivos, deixar de buscar a luz, ainda que tênue e aparentemente inalcançável, no final do túnel, aquela que sinaliza a mensagem redentora da esperança, pois como ensinava o mestre Machado de Assis “a arte de viver consiste em tirar o maior bem do maior mal”.

Dito isso, gostaria de destacar o que foi feito de útil, de positivo, enfim, de toda essa tragédia, haja vista que, para fomentar o caos, para nos assombrar sempre existiu gente demais. As tragédias também nos ensinam. Ensinam, a bem da verdade, àqueles que têm olhos para ver e ouvidos para ouvir, e discernimento e braços para, com base nas lições absorvidas, processadas e transformadas num novo fazer, construir um futuro melhor.

A pandemia de COVID-19, sem dúvida nenhuma, antecipou a virada tecnológica, permitindo que muitas atividades que, anteriormente, só eram feitas de forma presencial, fossem realizadas à distância ou tivessem esse uso amplificado, de que são exemplos as consultas médicas, os shows, as palestras, as aulas, as audiências e sessões de julgamentos nos tribunais, tudo desenvolvido com extrema eficácia.

Sabemos que o sistema de saúde pública no Brasil é muito ruim, o que ficou, todavia, mais evidente e catastrófico com a pandemia. Não se pode tolerar, daqui por diante, governos que não a tenham na ordem de absoluta prioridade. A pandemia revelou, ainda, uma classe especial de servidores públicos, os profissionais da saúde, verdadeiros heróis, que foram para a linha de frente, mostrando coragem e devoção ao ofício, muito ao custo de suas próprias vidas, trabalhando, de regra, em meio a condições precárias. Um exemplo a ser eternamente reverenciado. É de se por em relevo, ainda, a vacinação que, em números, foi rápida e abrangente, mais do que em muitos outros países.

A reclusão das pessoas e a paralisação de muitos serviços acabou por resultar, por vias transversas, em benefícios ao meio ambiente. A natureza teve um descanso. Ar mais puro, águas mais limpas... E nos fez despertar para o risco fatal que estamos correndo, até de extinção da espécie, se continuarmos no ritmo anterior à pandemia. Não custa lembrar que o coronavírus teve origem no mercado insalubre e promíscuo de Whuan, na China. A propósito, lembro de uma advertência feita por um querido amigo, o médico e também ex-presidente do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas (IGHA), professor Antonio José Souto Loureiro, segundo o qual uma epidemia é, em síntese, a forma pela qual a natureza se defende das agressões que sofre...É um truísmo dizer que precisamos cuidar do meio ambiente. Doenças como a Covid 19 encontram terreno fértil, com perdão do trocadilho, em espaços degradados. Se não cuidarmos da natureza, a nossa “casa comum”, o caminho será este mesmo, o do perecimento, quando pode ser o do aprendizado, decorrente de nossas perdas, de nosso luto, de nossas tentativas, de nossos erros e, também, de nossos acertos.

Tirante as discussões ideológicas, podemos – e é justo lembrar – das medidas emergenciais encaminhadas pelo Governo Federal e aprovadas pela Câmara dos Deputados e do Senado, das leis que proporcionaram o auxílio emergencial de R\$ 600,00 para os trabalhadores informais, desempregados, microempreendedores individuais (MEIS), famílias de baixa renda e trabalhadores intermitentes que estivessem inativos; e aquelas outras medidas, como as que garantiram uma linha de financiamento de R\$ 40 bilhões, com juros reduzidos, para pequenas e médias empresas, com o objetivo de custear a folha de pagamento e garantir os empregos; a que reduziu a zero as alíquotas de importação para produtos de uso médico-hospitalar; o atendimento do INSS por canais remotos; ações, enfim, destinadas a garantir, dentro daquelas desesperadoras circunstâncias, a manutenção do empregos etc.

O maior tesouro dos tempos duros que vivemos, de muito materialismo e egoísmo, foi o surgimento, diria melhor, o avivamento, durante a pandemia, da solidariedade. Manaus, por exemplo, que foi a primeira cidade do país a ter o seu sistema de saúde colapsado, foi alvo, no entanto, da solidariedade de muita gente. Os estados do Ceará, da Paraíba, do Maranhã, de Goiás, de Pernambuco, do Piauí, do Rio Grande do Norte e do Distrito Federal, quando a nossa cidade não dispunha de leitos, receberam de braços abertos o nosso povo, os nossos pacientes. Pessoas físicas e jurídicas, assim como artistas (Whinderson Nunes, Gustavo Lima, Tirulipa e outros) mandaram a tempo e modo devidos, balas de oxigênio para Manaus. Todos, os entes federados, os cidadãos e empresas, em nosso momento de maior necessidade e angústia, demonstraram tanto responsabilidade social, quanto a mais tocante fraternidade.

Não se pode, de igual sorte, deixar de fazer o devido registro do papel fundamental e de proa desempenhado pelas Forças Armadas no verdadeiro esforço de guerra contra a doença. Elas ajudaram com a logística no transporte de pacientes, de insumos médicos, de cilindros de oxigênio gasoso e líquido, de respiradores, na aplicação de vacina, inclusive nas áreas mais remotas do país, assistindo também as populações indígenas e levando aos necessitados, em geral, mais de dois milhões de kits de alimentação. Elas atuaram, ainda, na capacitação de quase 20 mil pessoas para fazer a descontaminação de locais públicos e desinfetaram hospitais, estações de trem, pontos turísticos etc. Além disso, os efetivos da Marinha, Exército e Aeronáutica fizeram mais de 42 mil doações de sangue e montaram em tempo recorde os hospitais de campanha.

Diz a sabedoria popular que a única certeza da vida é a morte. O doutor Euler Ribeiro, meu confrade de Academia Amazonense de Letras (AAL) e um dos gerontólogos mais conceituados do mundo, sempre destaca em suas palestras a lei biológica segundo a qual “a gente começa a morrer quando nasce”. E isso faz todo o sentido, posto que é a partir deste momento que o nosso corpo começa a se desgastar e, com o tempo, a envelhecer, até perder por completo as suas funções.

Em que pese o conhecimento dessa verdade, em condições normais, preferimos não pensar na morte. Vivemos como se fossemos eternos, como se nossos pais, irmãos, namoradas (os), cônjuges, amigos, companheiros de trabalho, enfim, fosse estar por aí, ao alcance de um encontro presencial ou de um contato virtual, o que por vezes nos faz adiar essa interação porque, pensamos, sempre haverá tempo. O relógio da vida, no fundo sabemos, marca uma contagem regressiva. É inexorável.

Aí, quando chega a nossa vez de perder alguém que amamos, é como se cravassem uma faca no fundo de nosso peito e levassem para longe uma parte de nossos corações. Fica, para sempre, uma lacuna, a saudade, que no dizer do poeta é a vitória do amor sobre o tempo e sobre a distância.

Na situação excepcional que experimentamos com a pandemia de COVID-19, em especial no estado do Amazonas e na cidade de Manaus, cujos cidadãos sofreram com a falta de oxigênio e, depois, com a chegada das vacinas, com a impiedade dos fura-fila, bem como com as covas coletivas, é mais difícil aceitar que a morte de tanta gente seja consequência única, exclusiva e natural da praga que assolou o planeta inteiro. Há responsabilidades e, também, há lições que se devem absorver.

Um óbito, até porque não há mais jeito, precisamos assimilar; a injustiça, contudo, nunca poderá prosperar. Ao longo desse calvário, que iniciou em 2020, passou por 2021 e finalmente amainou em 2022, já choramos muito. Nossos corações estão despedaçados, mas ainda estamos por aqui. E, se Deus nos concedeu essa benção, essa prorrogação, é porque existe um propósito, uma missão a cumprir, que consiste, resta-nos essa esperança – Aristóteles dizia que a esperança é o sonho do homem acordado – de fazer mais e melhor, a fim de que possamos reconstruir, desses escombros sentimentais que nos restaram e desse vale de lágrimas que vivemos, como obreiros dedicados e fiéis, um novo mundo, melhor, mais solidário, mais fraterno, mais solidário e menos egoísta.

É preciso cultivar a esperança, mas uma esperança ativa e reativa, que necessita ter início com a reflexão, que resulte num plano; num meio, com a execução, que seja eficiente; e com um fim, que seja o alcance de seus objetivos, que importará num novo fazer social.

O desafio da pandemia de COVID-19 nos mostrou que nem tudo está perdido, porém. A conclusão a que chegamos é a de que, tirante as discussões políticas fanatizadas, a grande verdade é que o estado brasileiro, mesmo numa situação de catástrofe mundial, respondeu de modo satisfatório e muito melhor do que outras nações.

Para finalizar, gostaria de compartilhar com os leitores em geral e, particular, com os confrades e congreiras do Instituto Sílvio Meira, que neste 2023 completa 10 anos de profícua e luminosa existência, como se fora um modesto presente, o poema que fiz durante os dias duros por que passamos. Ele se chama “Superação”:

Às vezes,
quando eu penso em desistir,
eu olho para o céu
e vejo
que Alguém
está ali,
dizendo-me:
- Prossiga!
Eu estarei ao seu lado
onde você estiver
e aonde você quiser ir...
Não importa a distância,
o tamanho do desvio,
os vãos,
os obstáculos,
as curvas do caminho,
não importa o calor,
não importa o frio,
acredite,
eu estarei ao seu lado,
qualquer que seja o jogo
jogado,
qualquer que seja o desafio...

Aí, então,
revigorado,
ouvindo essa
Voz
tão clara
e tão sublime,
eu reúno as forças
que julgava findas,
vejo o mundo
com outros olhos,
vejo nas pessoas
almas lindas,
luzes que a noite
não suprime
e chego à conclusão
de que muito,
ainda,
há por fazer
e, por isso,
desistir
não é uma opção.

- Seguir em frente!
Ouço o invisível...
Seguir em frente
Sem hesitações
ou recuos,
com fé, coragem e determinação,
porém com agradecimento
por ter nascido,
por ter amado
e ter sobrevivido
em meio a tantas tragédias,
por ter ficado
e, não, ter ido,
enquanto muitos
não tiveram a mesma sorte,
foram engolfados
pela escuridão,
pelas desventuras
ou pela solidão
e, também, foram tocados
pelo beijo frio,
dolorido
e inelutável
da morte...

Tomo posse,
então,
dessa nova chance,
ergo num braço a bandeira
da esperança,
n'outro a espada da resistência,
mas no coração
levo, inexpugnável,
a certeza da paz,
de um futuro melhor
que todos
juntos
iremos construir.

Aí, então,
revigorado,
ouvindo essa Voz
tão clara
e tão sublime,
eu reúno as forças
que julgava findas,
vejo o mundo
com outros olhos,
vejo nas pessoas
almas lindas,
luzes que a noite
não suprime
e chego à conclusão
de que muito,
ainda,
há por fazer,
e, por isso,
desistir
não é uma opção.



SÁLVIA HADDAD



EXTUBAÇÃO PALIATIVA: ANÁLISE SOBRE A (I)LICITUDE DA CONDUTA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sálvia Haddad¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A despeito de todos os benefícios que a tecnologia aportou na medicina, hoje se questiona o limite ético da ação médica nas questões relacionadas à terminalidade de vida. O avanço tecnológico na área da saúde parece ter representado um retrocesso em questões humanas ao permitir a adoção de medidas desproporcionais que prolongam artificialmente o processo de morte e atentam contra a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

O controle de doenças crônico-degenerativas, associado a outros fatores, permitiu aumento da expectativa de vida e o envelhecimento da população. Dados atuais da Organização Mundial de Saúde revelam que 60% da população mundial morrerá por complicações decorrentes de doenças crônicas² e estimam que o número de pessoas com idade superior a 60 anos chegaria a 2 bilhões em 2050.³ No Brasil, o IBGE informa que a expectativa de vida do brasileiro alcançou, em 2019, a idade de 79,9 anos para mulheres, e de 72,8 anos para homens⁴.

Este contexto alterou o perfil dos pacientes que internam em Unidades de Terapia Intensiva (UTI), aumentando a necessidade de cuidados paliativos. Muitas são as discussões atuais acerca do doente cronicamente crítico e do paciente em terminalidade de vida que necessitam de ventilação mecânica prolongada. Tais situações são cada vez mais prevalentes e a sua avaliação prognóstica ganha significativa importância, mormente nas decisões de suspensão de esforço terapêutico, como é o caso da extubação paliativa.

Neste contexto, a presente pesquisa pretende analisar a (i) licitude da extubação paliativa em nosso País, para verificar se há algum óbice jurídico que impeça a realização do procedimento.

É enorme a relevância da discussão diante de um cenário cultural brasileiro de negação da morte, que enxerga o morrer como um fracasso da medicina, estabelecendo um cruel padrão terapêutico de “não deixar partir” para pacientes em terminalidade, ao ponto da distanásia, infração ética-disciplinar prevista no Código de Ética Médica, representar, hoje, o verdadeiro bem-cuidar.

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Unifor. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Amazonas – UFAM. Especialista em Direito Tributário pela Centro Integrado de Ensino do Amazonas – CIESA. Procuradora do Estado do Amazonas. Advogada.

² Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5675:investir-no-controle-de-doencas-cronicas-nao-transmissiveis-gera-grandes-ganhos-financeiros-e-de-saude-afirma-oms&Itemid=839 Acesso em: 23 dez. 2020

³ Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mundo-tera-2-bilhoes-de-idosos-em-2050-oms-diz-que-envelhecer-bem-deve-ser-prioridade-global/> Acesso em: 23 dez. 2020

⁴ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26103-expectativa-de-vida-dos-brasileiros-aumenta-para-76-3-anos-em-2018> Acesso em: 02 dez. 2020

Some-se a isso a falta de conhecimento, o despreparo técnico para a realização do procedimento e a prática constante da medicina defensiva, que acua profissionais da saúde por medo de denúncias no conselho de classe e de acionamentos judiciais potencialmente danosos à sua reputação e prática clínica.

Para tanto, o estudo aborda a ortotanásia e os cuidados paliativos, analisa o conceito de extubação paliativa e as situações para as quais o procedimento é indicado, apresentando estudos de casos. Após, a pesquisa avança para examinasse a conduta constitui infração ética-disciplinar e se estão presentes os requisitos do ilícito civil e penal para verificar a adequação da extubação paliativa num e/ou outro instituto.

Este artigo segue a vertente metodológica teórico-dogmática para, a partir do sistema jurídico posto e por meio da coleta de dados em fonte bibliográfica e documental, promover, de forma argumentativa, o enquadramento legal da extubação paliativa no Brasil.

2 ORTOTANÁSIA E CUIDADOS PALIATIVOS

Quando se pretende responder a uma indagação científica é necessário abordar temas adjacentes que ajudam no entendimento da questão posta. Assim, antes de adentrar na temática da extubação paliativa, identifico duas categorias pertinentes ao estudo que merecem destaque: a ortotanásia e os cuidados paliativos.

A ortotanásia consiste na limitação dos recursos médicos, farmacêuticos e tecnológicos em pacientes com diagnóstico de terminalidade. O objetivo não é abreviar nem prolongar a vida do paciente, mas reconhecer e respeitar o curso natural da doença rejeitando o prolongamento artificial da vida biológica capaz apenas de agregar mais sofrimento a um quadro já crítico .

Etimologicamente, ortotanásia significa morte correta: orto (correto) e thanatos (morte). A prática representa o respeito ao processo natural do morrer, na medida em que veda a adoção de medidas que busquem, exclusivamente, o prolongamento artificial da vida. O médico não pode ser obrigado a prolongar o processo de morte sob o argumento de preservar a vida. Muito ao contrário. O ato de abster-se de praticar a distanásia é um ato de preservação da vida e da dignidade do paciente .

Barroso e Martel definem a ortotanásia como a morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais, nem apressada por ação intencional externa. É a aceitação da morte permitindo que ela siga seu curso. Caroline Alves de Souza Lima também ressalta a relevância da ortotanásia nas situações em que a morte se apresenta como iminente e inevitável. Se não há cura, qual deve ser a postura do médico? A autora responde que a medicina paliativa atua sob o ethos do cuidado e da proteção, em um momento geralmente marcado por muito desconforto, incertezas e angústia.

A prática é identificada por Pessini como o processo de humanização da morte, com alívio das dores e sem aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais. As atividades que compreendem essa espécie de cuidado são, dentre outras, prevenção, identificação precoce, gerenciamento de sintomas angustiantes por equipe multidisciplinar, além de fornecimento de apoio à família e aos cuidadores.

O caráter humanizador da ortotanásia também é ressaltado por Adriano Marteleto Godinho quando afirma que a prática revela um duplo caráter: o caráter passivo, na medida em que não busca nem provoca a morte, mas a aceita como fim natural de todas as pessoas; e um caráter ativo que consiste na prestação de assistência ampla e holística, capaz de propiciar conforto àquele que parte.

A aceitação da ortotanásia assegura a correta incidência do art. 5.º, inciso III, da Constituição Federal, que determina que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” A prática coloca a tecnologia à serviço do paciente evitando qualquer sofrimento prolongado que, em última análise, configuraria tortura ou tratamento desumano e degradante .

A ortotanásia permite o diálogo franco entre o paciente e a equipe médica, pautado na confiança recíproca, por meio do qual será conferido ao enfermo a prerrogativa de saber sobre seu estado de saúde e de escolher que medidas se adequam ao seu ideal de dignidade do morrer .

O Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.805/2006,⁵ tratou dos critérios de prática da ortotanásia, assim dispendo: “Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal.”

O art. 2º da resolução, inclusive, consagra a filosofia dos cuidados paliativos, que devem ser ministrados visando o conforto físico, psíquico, social e espiritual do paciente, que tem o direito de escolher por ser tratado fora do contexto hospitalar, em domicílio ou instituição específica .

Quanto à resolução citada, vale a menção de que o Ministério Público Federal ajuizou, em 2007, a Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, buscando a declaração de nulidade da resolução. Apesar de concedida a tutela antecipada para suspender a eficácia da norma, a decisão de mérito julgou improcedente a ação, reconhecendo que, quando há autorização expressa do paciente, a suspensão do tratamento médico que prolongue sua vida não ofende o ordenamento jurídico⁶.

⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Disponível em:

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida Acesso em: 12 dez.2020

⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154:justica-valida>. Acesso em: 12 dez. 2020

Associados à ortotanásia estão os cuidados paliativos, pois o processo natural de morte exige técnica no uso de recursos apropriados para aplacar o sofrimento físico e psíquico do enfermo. Sendo o quadro irreversível, ganha protagonismo o princípio da não-maleficência já que, a partir deste ponto, nenhuma medida terapêutica poderá beneficiar o paciente .

Os cuidados paliativos remontam à Europa medieval e estavam ligados aos serviços religiosos .A etimologia da palavra já revela muito de seu intuito. As raízes históricas do termo cuidado paliativo advêm de pallium, manto usado pelos cavaleiros para proteção de tempestades ao longo do caminho. De pallium nasceu a palavra paliar, que, em português, significa proteger, aliviar.

Ausentes as possibilidades terapêuticas curativas, o cuidado é uma alternativa eficiente para alívio do sofrimento durante o processo de morte. A medicina curativa une à atenção paliativa em uma concepção global de cuidado que visa proporcionar melhor qualidade de vida em todos os níveis de saúde, promovendo a dignidade da pessoa humana .

Ressalte-se que dos cuidados paliativos não se restringem ao paciente, mas à todos os familiares que estão à sua volta, na perspectiva de que o sofrer de quem cuida repercute no estado geral do doente. A visão holística da medicina paliativa proporciona, assim, cuidado de caráter humanitário que respeita e acompanha o curso da doença convertendo-se numa verdadeira liturgia da ortotanásia .

A primeira instituição especializada em pacientes chamados 'terminais' surgiu apenas em 1967, em Londres, com o objetivo exclusivo de promover cuidados paliativos com foco na medicina assistencial. O St. Christopher's Hospice foi criado por Cicely Sanders, uma das pioneiras mundiais no tema .

Em 1990 foi cunhado o primeiro conceito de cuidados paliativos pela Organização Mundial da Saúde, que após algumas atualizações, hoje se define como⁷:

cuidados holísticos ativos, ofertados a pessoas de todas as idades que encontram-se em intenso sofrimento relacionados à sua saúde, proveniente de doença grave, especialmente aquelas que estão no final da vida. O objetivo dos Cuidados Paliativos é, portanto, melhorar a qualidade de vida dos pacientes, de suas famílias e de seus cuidadores⁸.

O movimento paliativista foi uma resposta ao exacerbado poder conferido à instituição médica, que passou a produzir um fim de vida medicalizado, que silenciava o moribundo. Na década de 70, o movimento pelos direitos dos pacientes, iniciado nos EUA, previa a defesa do direito de morrer com dignidade num novo modelo de prática médica: compreensão do processo de morrer deveria passar, não pela perspectiva médica, mas pela perspectiva do paciente .

⁷ WORLD HEALTHY ORGANIZATION. Palliative care. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care>. Acesso em: 04 jan.2021

⁸ Definição de cuidado paliativo revisada em 2018 pela Internacional Association for Hospice and Palliative Care (IAHPC). Disponível em: <https://hospicecare.com/what-we-do/projects/consensus-based-definition-of-palliative-care/> Acesso em: 02 dez.2020

⁹ World Health Organization. What is the way forward? In: World Health Organization. Global atlas of palliative care at the end of life [Internet]. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>. Acesso em: 05 jan.2021

A Worldwide Hospice Palliative Care Alliance (WHPCA) juntamente com a Organização Mundial de Saúde, por meio de seu Global Atlas of Palliative Care at the End of Life, reconhece o cuidado paliativo como um direito humano, cujo acesso possibilita, de forma eficaz, alívio da dor e sofrimento nos mais variados contextos patológicos. Esta abordagem contemporânea de cuidado já é uma realidade verificável em muitos países, como EUA, Itália, França e Inglaterra⁹.

No âmbito nacional, em 2002, o Ministério da Saúde instituiu, por meio da Portaria GM 19/2002, o Programa Nacional de Assistência à Dor e Cuidados Paliativos, que representou o reconhecimento da relevância dos cuidados paliativos, não tendo, porém, obtido sucesso em sua implantação.¹⁰ Após a instituição do Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar (PNHAH),¹¹ o Ministério da Saúde publicou a Resolução n. 41/2018, dispondo sobre as diretrizes para a organização dos cuidados paliativos em todos os níveis de atendimento à saúde do SUS¹².

Há pouco tempo o tema chegou no Judiciário brasileiro, que em decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais,¹³ de 07/11/2019, condenou uma seguradora de saúde a indenizar os filhos de uma paciente por falha na prestação do serviço de cuidados paliativos, em uma clara demonstração de que o Judiciário do país reconhece os cuidados paliativos como um direito do paciente.

Diante das perspectivas postas, o estudo passa a abordar uma das medidas previstas em cuidados paliativos e objeto central da pesquisa, a extubação paliativa, seu conceito, abordagem e perspectivas em nosso país.

3 EXTUBAÇÃO PALIATIVA: CONCEITO, PERSPECTIVAS E CASOS

A evolução constante do ventilador artificial, associada a crescente tecnologia aplicada à medicina, permitiu que a vida biológica de uma paciente pudesse ser prolongada artificialmente por meio do uso da respiração artificial, o que se revela desejável quando há perspectiva de reversão do quadro. Porém, a intubação há muito vem sendo utilizada em situação clínica de irreversibilidade.

O prolongamento artificial do processo de morrer nas unidades de terapia intensiva aumentou de forma significativa o uso de suporte artificial de vida (SAV) e, conseqüentemente, a necessidade de decisões de limite de esforço terapêutico (LET), na qual se insere a extubação paliativa.

Diante deste quadro, em 1980, os norte-americanos iniciaram os primeiros estudos sobre o tema, que ganhou força no início do século XXI nos EUA e Europa.

⁹ World Health Organization. What is the way forward? In: World Health Organization. Global atlas of palliative care at the end of life [Internet]. Disponível em: <http://www.thewhpc.org/resources/global-atlas-on-end-of-life-care>. Acesso em: 05 jan. 2021

¹⁰ Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0019_03_01_2002.html. Acesso em: 04 jan. 2021

¹¹ Ministério da Saúde. Política Nacional de Humanização – PNH. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnhah01.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2021

¹² Ministério da Saúde. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/51520746/dol-2018-11-23-resolucao-n-41-de-31-de-outubro-de-2018-51520710. Acesso em: 05 jan. 2021

¹³ Processo n. 1.0000.19.050415-9/001

No Brasil, há poucos estudos dedicados à análise dos pacientes em quadro de irreversibilidade sob cuidados paliativos exclusivos. Da mesma forma são escassos os relatos de extubação paliativa no país .

Estudo publicado em 27/06/2020, na revista Palliative Medicine, traz uma revisão sistemática de 25 artigos sobre extubação paliativa publicados de janeiro de 2008 a janeiro de 2020 na Austrália, Canadá, Escócia, Eslovênia, EUA, França, Holanda, Inglaterra, Japão e Noruega¹⁴, concluindo que, a despeito da variação na forma como é vista a prática da retirada da ventilação mecânica, há consenso quanto ao benefício do procedimento. A discussão que é travada hoje, nos 10 países analisados, é como melhorar e comunicar a prática.

A extubação paliativa é considerada parte de uma transição de uma terapêutica mais agressiva que se mostrou incapaz de beneficiar o paciente, para uma assistência médica centrada nas medidas de conforto e bem-estar .

O procedimento consiste na retirada de ventilação mecânica quando essa terapia é reconhecidamente fútil, em indivíduos cujas opções terapêuticas restaurativas foram esgotadas e se espera que o evento morte ocorra em um curto espaço de tempo. Em pacientes que se encontram ou evoluem para este quadro, a manutenção da ventilação mecânica se revela desproporcional, configurando o tratamento distanásico .

A distanásia é o esforço terapêutico desmedido que não considera a ausência de benefícios e o bem-estar do paciente, representando a negação do processo de morrer. Também é conhecida como obstinação terapêutica e tratamento fútil, pois mantém apenas a vida biológica do paciente, sem considerar que sua vida biográfica já não mais existe .

A conduta é vedada pelo Código de Ética Médica que, em seu art. 41, parágrafo único, assim preleciona: “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.”¹⁵

A despeito da vedação, a distanásia é uma prática no Brasil e tornou-se problema ético de primeira grandeza diante da interferência do progresso técnico-científico nas fases finais da vida humana. A cultura ocidental pós-moderna conduz o médico à insistência na administração de tratamentos fúteis, num combate incessante à morte (PESSINI, 2007).

Ariès já alertava para esta negação da morte por meio do uso das técnicas trazidas pelo progresso científico, numa perspectiva de tratamento que foca na doença, e não no paciente. A medicalização do morrer passou a ser a regra e o hospital passou a ser o lugar onde se morre. Schaefer muito bem define este novo cenário: “A morte, agora enclausurada, tornou-se distante, asséptica e solitária, abstraindo-se qualquer espaço para escolhas, sofrimentos rituais do enfermo.”

¹⁴ Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0269216320935002> Acesso em: 10 jan. 2021

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 2217/2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> Acesso em: 06 jan. 2021

Nesse contexto, a extubação paliativa interrompe a terapêutica obstinada, permitindo a ortotanásia, isto é, o transcurso natural da doença e do processo de morrer. O médico, frente a uma morte iminente e inevitável, deve prestar os cuidados paliativos adequados para um falecimento digno, se abstendo de realizar atos que possam levar a um sofrimento desnecessário .

Vale ressaltar que não se trata aqui de eutanásia, vez que o procedimento não causa a morte do paciente, mas fornece conforto ao suprimir uma medida que fora inadequadamente indicada. Porém, a abordagem sobre a (in)existência de ligação entre eutanásia e extubação paliativa será realizada em capítulo posterior.

A relutância na realização do procedimento pelos profissionais de saúde poderia gerar dúvidas acerca das vantagens da extubação paliativa. No entanto, pesquisas ¹⁶ comprovam muitos benefícios associados ao procedimento, como maior satisfação e baixos índices de depressão entre os membros da família do enfermo (KROSS et al., 2011).

Feitas tais considerações, é importante mencionar que nem sempre é simples estabelecer, na prática, os limites entre a ortotanásia e a distanásia. É Diniz que nos alerta:

Não se define obstinação terapêutica em termos absolutos. Um conjunto de medidas terapêuticas pode ser considerado necessário e desejável para uma determinada pessoa e excessivo e agressivo para outra. Esta fronteira entre o necessário e o excesso nem sempre é consensual, pois o que há por trás desta ambiguidade são também diferentes concepções sobre o sentido da existência humana.

Apesar das dificuldades e dilemas enfrentados na tomada de decisões médicas e terapêuticas em situações-limite, a intubação, quando contraindicada, deve ser suspensa por meio da extubação paliativa.

A processo não é simples e deve ser realizado mediante seleção criteriosa de pacientes e da preparação técnica e emocional dos profissionais envolvidos. Também é imperativo que as discussões de equipe, definições de planos terapêuticos e reuniões familiares devem ser registradas em prontuário. Algumas etapas são imprescindíveis: prognóstico de irreversibilidade, reunião familiar, registro no prontuário, tratamento de sintomas, extubação paliativa, cuidados paliativos pós-procedimento (GUNTEN; WEISSMAN, 2015).

A reunião familiar é necessária para abrir espaço de discussão com a família e o paciente, quando este estiver em condições de discernimento, sobre a interrupção da ventilação mecânica, assegurando que nenhuma razão médica sustenta a continuidade do tratamento. Olsen e Kawai pontuam assuntos que devem ser tratados nesta reunião, como o resultado potencial da retirada do ventilador (inclusive com a possibilidade de alta hospitalar),¹⁷ orientação sobre o procedimento e respostas à dúvidas.

¹⁶ GERSTEL, Eric et al. Duration of withdrawal of life support in the intensive care unit and association with family satisfaction. *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine*, [s. l.], v. 178, n. 8, p. 798–804, 2008.

¹⁷ O tempo de retirada de suporte ventilatório e o óbito varia de forma significativa, com registros de até 25% dos casos de extubação paliativa receberem alta hospitalar, principalmente em centros de referência. PAN, Cynthia X.; PLATIS, Dimitri; MAW, Min Min; MORRIS, Jane; POLLACK, Simcha; KAWAI, Fernando. How long does (s)he have? Retrospective Analysis of Outcomes After Palliative Extubation in Elderly, Chronically Critically ill Patients. In *Critical Care Medicine*. 2016; 44 (6).

Quanto à comunicação, vale a menção ao protocolo SPIKES, o mais utilizado no Brasil para más notícias na saúde, que otimiza esta interlocução esmiuçando um passo a passo que auxilia o médico na estruturação da conversa, destacando os pontos importantes a serem trabalhados e apoiando a tomada de decisões no fim de vida (CRUZ; RIERA, 2016).

A retirada do suporte ventilatório pode ocorrer de duas formas: por desmame terminal e por extubação paliativa, sem que haja uma opção que prevaleça sobre a outra. A melhor técnica deverá ser escolhida caso a caso pelos profissionais de saúde envolvidos. Os cuidados pós-procedimento incluem rotina de monitorização e vigilância de sinais de desconforto dos pacientes e o acompanhamento dos familiares (OLSEN; KAWAI, 2021).

Os cuidados paliativos devem ser mantidos de forma integral, inclusive com flexibilização de horários de visita para familiares e amigos, dando especial atenção ao apoio espiritual e psicológico para todos os envolvidos.

Um relato de caso de extubação paliativa que merece destaque foi publicado recentemente, em 30/10/2020, por um grupo de pesquisadores da Faculdade de Medicina da Universidade de Boston, na *Journal of Pain and Symptom Management*. O procedimento foi realizado ao ar livre em área gramada do hospital, em uma mulher de 25 anos, com sarcoma de Ewing metastático e com múltiplas complicações, com todos os ajustes necessários para facilitar a presença de familiares e a manutenção dos cuidados sanitários impostos pela pandemia de Covid-19¹⁸.

Recentíssimo estudo realizado por médicos brasileiros e publicado na *Revista Brasileira de Terapia Intensiva*, comparou os desfechos de pacientes submetidos à extubação paliativa com os de pacientes submetidos à limitações de terapia de suporte de vida, porém sem a remoção da ventilação mecânica. O corte foi realizado entre janeiro de 2014 e dezembro de 2018 e concluiu que a extubação paliativa não se associou com aumento da mortalidade hospitalar quando comparada a pacientes que não foram extubados. Também restou comprovado que a extubação paliativa é bem aceita pelos familiares e pacientes (FORTE; ADLER, 2020).

4 AFINAL, EXTUBAÇÃO PALIATIVA É ATO ILÍCITO NO BRASIL?

Uma vez compreendido o conceito e contornos da extubação paliativa, resta o enfrentamento da pergunta-problema desta pesquisa, acerca da caracterização do procedimento como infração ética, ilícito civil e/ou penal no Brasil.

4.1 EXTUBAÇÃO PALIATIVA CONSTITUI INFRAÇÃO ÉTICA?

Inicialmente passamos a tecer considerações sobre as normas deontológicas atinentes à extubação paliativa, começando pela Resolução n. 1.805/2006,¹⁹ do Conselho Federal de Medicina, que já em seu preâmbulo é clara quanto aos seus objetivos:

¹⁸ Disponível em: [https://www.jpmsjournal.com/action/showPdf?pii=S0885-3924\(20\)30801-0](https://www.jpmsjournal.com/action/showPdf?pii=S0885-3924(20)30801-0) Acesso em: 10 jan. 2021

¹⁹ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805> Acesso em: 07 jan. 2021

[...] CONSIDERANDO o art. 1º, III, da Constituição Federal, que elegeu o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; CONSIDERANDO o art. 5º, III, da Constituição Federal, que estabelece que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; CONSIDERANDO que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes;

Amparando-se nos dispositivos constitucionais acima mencionados, que reconhecem a dignidade da pessoa humana, o dever do médico de zelar pelo bem-estar do paciente e a proibição de tratamento desumano e degradante, a resolução institui a ortotanásia, nos seguintes termos:

Art.1.º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

§1º O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.

§2º A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário.

§3º É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica.

Art. 2º O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar.

A norma deontológica, de forma clara, autoriza o médico a suspender procedimentos que prolonguem artificialmente a vida do enfermo incurável. Em outras palavras, é recomendada a suspensão daqueles tratamentos que, se não fossem suspensos, configurariam distanásia (GODINHO, 2017). Ora, a intubação em paciente que não mais apresenta possibilidade de cura é tratamento fútil, que segundo prescrição do próprio conselho de classe, deve ser suspenso por meio da extubação paliativa.

Assim, facilmente se conclui que a extubação paliativa não se configura como infração ética, mas é procedimento indicado pelo Conselho Federal de Medicina nas situações por ele descritas.

A pesquisa adentra, a seguir, na abordagem dos ilícitos civil e penal, a fim de se analisar a possibilidade da extubação paliativa se configurar como um ou/e outro.

4.2 EXTUBAÇÃO PALIATIVA CONSTITUI ILÍCITO CIVIL?

O Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe, em sua parte geral, os arts. 186 e 187, que apresentam o conceito e requisitos do ato ilícito. Os artigos 927 a 954, já no título IX da parte especial do tomo, trata de tema correlato: a responsabilidade civil.

O ato ilícito é aquele que emana direta ou indiretamente da vontade e tem efeitos jurídicos contrários ao ordenamento. Assim, o ato reverte-se de ilicitude e se traduz em um comportamento voluntário que transgredir um dever.

É, pois, a conduta praticada pelo agente e exteriorizada, conforme definição prevista no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Maria Helena Diniz assim o define:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável do próprio agente ou de terceiros, ou o fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Assim, partindo da conceituação da lei civil brasileira, o ato ilícito é configurado pelos seguintes pressupostos: (1) ação ou omissão voluntária, (2) existência de culpa *sensu stricto* (indicando a culpa *strictu sensu* o dolo), (3) existência de dano e (4) nexo causal. Cavalieri Filho resume: “Portanto, a partir do momento que alguém, mediante conduta culposa, viola direito de outrem e cause-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante o art. 927 do Código Civil.”

A conduta ilícita possui ainda duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. O elemento objetivo da ilicitude considera apenas a conduta e sua desconformidade com o ordenamento jurídico. Já o elemento subjetivo da conduta ilícita implica um juízo de valor ao seu respeito, ou seja, que tenha acontecido de maneira dolosa, culposa ou omissiva (CAVALIERI FILHO, 2015).

Assim é que a responsabilidade civil médica apenas se configura pela violação de um dever (SCHULMAN; ALMEIDA, 2020). Aqui, parte-se do consenso de que o médico não tem o dever de curar sempre, e muito menos de prolongar inadvertidamente a morte. O dever do médico é curar quando esta possibilidade se afigura factível. Se a cura está fora das possibilidades terapêuticas, o dever jurídico que remanesce é o de amparar e cuidar do enfermo até seus últimos dias, aliviando seu sofrimento (ASCENSÃO, 2009). Se não há inobservância a um dever, não há ato ilícito.

Em muitos casos, a promoção do bem-estar e do conforto é propiciada justamente pela abstenção de promover investimento terapêutico inútil. Não há como, portanto, imputar ao médico a prática de qualquer ato ilícito quando este, diante da terminalidade de vida, extuba o enfermo para alívio e conforto. Outra conduta não pode lhe ser ética ou legalmente exigida.

A falha médica ou a mala praxis médica deve ser analisada a partir da noção normativa de culpa, ligada a deveres específicos de conduta profissional em cada caso concreto. O Código Civil exige que a prática do ato seja culposa *lato sensu* para que exsurja a sua ilicitude (SÁ; SOUZA, 2020). Na extubação paliativa não há conduta em desconformidade com o ordenamento jurídico e nem antijuridicidade por violação de um dever jurídico. Muito ao contrário. O dever que emerge, nessas condições, é o de zelar pelo bem-estar do paciente que morre, e terá sido plenamente cumprido mediante a suspensão de suporte artificial de vida (ASCENSÃO, 2009).

O evento morte, a despeito de ocorrer, em muitos casos, horas ou dias após a extubação paliativa, não guarda com ela nenhum nexo de causalidade, porque a extubação não tem o condão de provocar a morte. Esta ocorrerá devido ao quadro clínico do paciente gravemente doente e em terminalidade de vida.

Na verdade, o ato ilícito na situação analisada pode ser identificado na manutenção da ventilação mecânica diante do quadro de irreversibilidade do paciente. E em tais casos, além de haver a possibilidade de configuração de ato ilícito, há ainda a infração ética (distanásia).

Em situações nas quais a manutenção da ventilação mecânica – com indicação técnica para a retirada do tubo orotraqueal – causou danos ao paciente moribundo, prolongando artificialmente sua vida e transformando o processo de morrer numa verdadeira via crucis, é possível encontrarmos todos os requisitos que caracterizam a omissão como ilícita, capaz de gerar o direito à indenização à pacientes e/ou familiares.

A este respeito, vale a menção ao chamado wrongful prolongation of life (prolongamento indevido da vida) que tem sido admitido nos EUA como causa de demandas indenizatórias movidas por pacientes e/ou familiares que alegam terem sido prejudicados por procedimentos médicos indesejados e manifestados em diretivas antecipadas de vontade ou documentos de recusa terapêutica (DADALTO; GONSALVES, 2020).

Nesse contexto, a extubação paliativa interrompe a terapêutica obstinada, permitindo a ortotanásia e o fornecimento de todos os cuidados paliativos adequados para o falecimento digno, pelo que se conclui que a extubação paliativa, além de amparada pelo código de ética médica, não se configura como ilícito civil, porque não se enquadra nos termos do art. 186 do Código Civil.

4.3 EXTUBAÇÃO PALIATIVA CONSTITUI ILÍCITO PENAL?

Partindo para a análise acerca da ilicitude penal da extubação paliativa, passamos a enfrentar a figura jurídica que diuturnamente é associada ao procedimento: a eutanásia, que no Brasil, se enquadra na categoria de homicídio qualificado (artigo 121, §1º, do Código Penal brasileiro)²⁰.

O termo eutanásia foi criado pelo filósofo inglês Francis Bacon, no século XVII, e etimologicamente significa boa morte, eu (boa), thanatos (morte), podendo ser chamada também de morte piedosa, morte benéfica, homicídio piedoso.

Roxane Borges (2021), lembra que, em sua origem, o termo era associado à morte doce e suave, sem dor, portanto, mais ligada ao conceito de simples analgesia que à ideia de morte provocada ou antecipada. Também Hottois e Parizeau (1998), designavam eutanásia a ação do médico que fornece uma morte pacífica ao doente que não tem mais esperança.

Assim, por eutanásia hoje compreende-se a ação médica intencional de provocar a morte, com exclusiva finalidade benevolente, de pessoa que se encontra em situação considerada irreversível, e que padeça de intensos sofrimentos físicos e psíquicos. É aquele ato em virtude do qual uma pessoa dá morte à outra, enferma incurável, a seu rogo ou requerimento, levado por sentimento de piedade e humanidade (BIZATO, 1990).

²⁰ Art 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

Sá e Moreira (2015) afirmam que a nomenclatura define a ação ou omissão do médico realizada à pedido do paciente, que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença e sem perspectiva de melhora, com o objetivo de abreviar sua vida. Pontos comuns são identificados para conceituar a eutanásia: (1) o pedido do enfermo, (2) provocação da morte e (3) motivação piedosa (VILLAS-BOAS, 2017). Diante destes requisitos se pode verificar, desde já, porque a extubação paliativa não configura eutanásia.

A extubação paliativa não tem o condão de provocar a morte, porque o agente não atua com este objetivo. O evento ocorrerá devido ao quadro clínico do paciente gravemente doente e em terminalidade de vida; o fato da morte ocorrer, em muitos casos, horas ou dias após a extubação paliativa apenas confirma que o tratamento indicado prolongava artificialmente a vida do paciente sem nenhum ganho que o justificasse. A extubação paliativa, em verdade, objetiva a cessação da distanásia.

Também difere a extubação paliativa da eutanásia quanto ao requisito de pedido do enfermo. A extubação não é feita apenas considerando eventual pedido do paciente, devendo, pois, ser considerada a indicação da equipe médica, que poderá, tecnicamente, descartar a hipótese.

Cabe esclarecer, neste ponto, que diante da persistência de pedido de extubação paliativa pelo doente capaz de tomada de decisão, se está diante do exercício legítimo da autonomia do paciente através da recusa de tratamento, prevista no Código Civil/2002²¹ e protegida pela Constituição Federal/88. Nesses casos, o médico poderá conversar para entender as razões da recusa e informar dos riscos envolvidos. Caso a decisão persista, deve redigir um termo de recusa de tratamento, destacando eventual risco de morte, colher a assinatura e anotar em prontuário (DADALTO; RIBEIRO, 2021).

Por fim, a motivação piedosa característica da eutanásia não se faz presente na extubação paliativa, procedimento técnico que, a despeito de revestido de caráter humanizador e de respeito à dignidade do morrer, está longe de ser decidido por influência de emoções.

Infelizmente, fatores culturais e religiosos, despreparo e falta de conhecimento técnico levam os profissionais da saúde a associarem indevidamente a preservação da vida do paciente ao fornecimento de suporte de oxigênio. Daí inferem que a suspensão deste suporte se relaciona com a eutanásia, sendo este um fator significativo que justifica a baixa incidência do procedimento no Brasil (REBELATTO, 2015).

Na verdade, esta visão brasileira impregnada de religiosidade demonstra como os profissionais de saúde carecem de conhecimento especializado e em que nível de atraso se encontra o país nas discussões sobre extubação paliativa que ocorrem no mundo, nos colocando na contramão das evidências científicas mundiais.

²¹ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Um exemplo recente e chocante desta falta de conhecimento e preparo veio do Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais, por meio do Parecer CRM-MG n. 37/2020²², que caracteriza a prática da extubação paliativa como conduta imprudente e antiética. Numa verdadeira miscelânea de conceitos e sem o embasamento técnico necessário para sustentar seu posicionamento, o parecerista afirma que a extubação paliativa é “uma ação precipitante da morte do paciente podendo ser interpretada como danosa.” Ao final desaconselha a conduta por considerá-la como prática eutanásica.

O estudo da revista *Palliative Medicine*, já acima mencionado, traz outro dado de grande relevância para contextualizar este atraso do Brasil quando o assunto é extubação paliativa. Na análise sistemática dos 25 artigos sobre o tema, no interregno de 12 anos, em 10 países, não houve qualquer menção acerca de possível enquadramento da extubação paliativa como prática de eutanásia. Todos os países realizam o procedimento sem que exista discussão sobre a legalidade da conduta²³.

Assim, diante da análise feita, é possível concluir que a extubação paliativa não se configura como ilícito penal em nosso País, revelando-se procedimento atinente à seara dos cuidados paliativos prestados em pacientes em fim de vida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de doenças crônico-degenerativas, associado a outros fatores, permitiu o aumento da expectativa de vida e o envelhecimento da população, contexto que alterou o perfil dos pacientes que necessitam de cuidados paliativos. Muitas são as discussões atuais acerca do doente cronicamente crítico e/ou em terminalidade de vida que reclamam ventilação mecânica prolongada. Tais situações são cada vez mais prevalentes, como também o são as avaliações prognósticas nas decisões médicas de suspensão de esforço terapêutico, como é o caso da extubação paliativa.

Em resposta ao uso exacerbado da biotecnologia na medicina surgiu o movimento paliativista, iniciado nos EUA, que previa a defesa do direito de morrer com dignidade, propondo um novo modelo de prática médica em relação ao morrer. A nova proposta entendia que, ausentes as possibilidades terapêuticas curativas, o cuidado seria a alternativa eficiente para alívio do sofrimento durante o processo de morte.

Neste contexto de humanização da morte, surgiu a ortotanásia que consiste na limitação dos recursos farmacêuticos e tecnológicos em pacientes com diagnóstico de terminalidade, rejeitando o prolongamento artificial da vida biológica capaz de gerar mais sofrimento. A aceitação da ortotanásia assegura a correta incidência do art. 5.o, inciso III, da Constituição Federal, que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante. Também o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.805/2006²⁴, trata dos critérios na prática da ortotanásia.

²² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Parecer CRM-MG n. 37/2020. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/04/37-2020.pdf> Acesso em: 28 jan. 2021

²³ Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0269216320935002> Acesso em: 10 jan. 2021

²⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Disponível em:

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21154;justica-valida Acesso em: 12 dez. 2020

As práticas recorrentes de medidas de suporte artificial de vida (SAV) aumentaram de forma considerável, surgindo assim, paralelamente, a necessidade de decisões que limitassem este esforço terapêutico (LET), quando estes passavam a ser tecnicamente contraindicados. Nesse grupo se insere a extubação paliativa.

O procedimento, que consiste na retirada de ventilação mecânica quando essa terapia é reconhecidamente fútil, é medida de suspensão de esforço terapêutica que evita a prática da distanásia. Ao manter um tratamento que não mais possibilita a cura, estamos diante da obstinação terapêutica, sem ganhos e com grande sofrimento ao paciente. O médico, frente a uma morte iminente e inevitável, deve prestar os cuidados paliativos adequados para um falecimento digno. A extubação paliativa vem para interromper a terapêutica obstinada, permitindo o transcurso natural do processo de morrer (ortotanásia).

Na seara administrativa se verificou que o Conselho Federal de Medicina autoriza o médico a suspender procedimentos que prolonguem artificialmente a vida do enfermo incurável. Em outras palavras, é recomendada a suspensão daqueles tratamentos que, se não fossem suspensos, configurariam distanásia, como soa ser o caso da extubação paliativa (Resolução n. 1.805/2006 do CFM)²⁵.

No âmbito civil, como acima restou demonstrado, a extubação paliativa não se enquadra no conceito de ato ilícito trazido pelos arts. 186 e 187 do Civil Brasileiro de 2002. Não há como imputar ao médico a prática de ato ilícito quando este, diante da terminalidade de vida, extuba o enfermo para alívio e conforto. Outra conduta não pode lhe ser ética ou legalmente exigida. A conduta está em conformidade com o ordenamento jurídico e o médico estará atendendo ao seu dever jurídico de zelar pelo bem-estar do paciente que morre.

Sob as lentes do direito penal, a extubação paliativa distancia-se de forma clara da eutanásia, pois, como acima fartamente demonstrado, não tem o condão de provocar a morte, porque o agente não atua com este objetivo, mas com o intuito de aliviar o sofrimento. O evento morte ocorrerá devido ao quadro clínico do paciente gravemente doente e em terminalidade de vida. Assim, se concluir que a extubação paliativa não configura como ilícito penal em nosso País, revelando-se como procedimento atinente à seara dos cuidados paliativos prestados em pacientes em fim de vida.

Assim, sob qualquer enfoque que se analise a questão posta, conclui-se que a extubação paliativa encontra-se respaldada pelas normas de nosso ordenamento jurídico e atende plenamente aos preceitos constitucionais previstos nos art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana) e art. 5º, III, (vedação à tortura e tratamento desumano ou degradante), da Constituição Federal, promovendo o princípio da dignidade da pessoa humana no tratamento de pacientes em fim de vida.

²⁵ Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805> Acesso em: 07 jan.2021

6 REFERÊNCIAS

- ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. Atlas dos Cuidados Paliativos 2019. Disponível em https://api-wordpress.paliativo.org.br/wp-content/uploads/2020/05/ATLAS_2019_final_compressed.pdf. Acesso em: 10 jan.2020
- ARIÈS, Phillipe. O homem diante da morte. São Paulo: Unesp, 2014.
- ASCENSÃO, José Oliveira. A terminalidade da vida. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Letícia Ludwig (Eds.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *Panóptica*, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 69–104, 2010.
- BIZATO, José Idelfonso. Eutanásia e Responsabilidade Médica. Porto Alegre: Sagra, 1990.
- BORGES, Roxana. Direito de morrer dignamente: Eutanásia, Ortotanásia, Consentimento Informado, Testamento Vital, Análise Constitucional e Penal e Direito Comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite Dos (Ed.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283–305.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Parecer CRM-MG n. 37/2020. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/04/37-2020.pdf>Acesso em: 28 jan.2021
- CRUZ, Carolina de Oliveira; RIERA, Raquel. Comunicando más notícias: o protocolo SPIKES. *Revista Narrativa da Literatura*, São Paulo, p. 106–108, 2016.
- DADALTO, Luciana. Morte digna para quem? O direito fundamental de escolher seu próprio fim. *Pensar Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, p. 1–11, 2019.
- DADALTO, Luciana. *testamento vital*. 5. ed. Indaiatuba -SP: Editora Foco, 2020.
- DADALTO, Luciana; GONSALVES, Nathalia. Wrongful Prolongation of Life: um novo dano para um novo paradigma de proteção da autonomia. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, p. 271–282, 2020.
- DADALTO, Luciana; RIBEIRO, Sabrina C. C. Aspectos éticos-legais do atendimento na emergência. In: VELASCO, Irineu Tadeu; RIBEIRO, Sabrina C. C. (Eds.). *Cuidados Paliativos na emergência*. Barueri: Manole, 2021. p. 165–171.
- DADALTO, Luciana; SAVOI, Cristiana. Distanásia: entre o real e o ideal. In: GODINHO, Adriano; LEITE, George; DADALTO, Luciana (Eds.). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 151–165.
- DINIZ, Debora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flavia (Eds.). *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 295–307.
- DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- FORTE, Daniel Neves; ADLER, Bruno. Mechanical ventilation withdrawal as a palliative procedure in a Brazilian intensive care unit. [s. l.], v. 32, n. Mv, p. 528–534, 2020.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Ortotanásia e Cuidados Paliativos: o correto exercício da prática médica no fim de vida. In: GODINHO, Adriano Marteleto; LEITE, George Salomão; DADALTO, Luciana (Eds.). *Direito e Medicina - A Morte Digna nos*

- Tribunais. São Paulo: Almedina, 2017. p. 131–150.
- GUNTEN, Charles Von; WEISSMAN, David E. Ventilator Withdrawal Protocol. [s. l.], p. 0, 2015.
- HADDAD, Salvia. Posso ou devo envelhecer? A interrupção voluntária do envelhecimento por meio do suicídio assistido. 2020. Universidade de Fortaleza UNIFOR, [s. l.], 2020.
- HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. Dicionário da Bioética. Lisboa.
- KROSS, Erin K. et al. ICU care associated with symptoms of depression and posttraumatic stress disorder among family members of patients who die in the ICU. *Chest*, [s. l.], v. 139, n. 4, p. 795–801, 2011.
- LAGE, Julieth et al. Extubação paliativa em unidade de emergência: relato de caso. *Revisita Bioética*, Brasília, p. 313–317, 2019.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. Ortotanásia, cuidados paliativos e direitos humanos. *Revista da Sociedade Brasileira de Clínica Médica*, São Paulo, p. 14–17, 2015.
- MCCOUGHLAN, Marie. A necessidade de cuidados paliativos. In: *Humanização e cuidados paliativos*. São Paulo: Loyola, 2004. p. 167.
- MENEZES, Rachel. *Em Busca da Boa Morte Antropologia dos Cuidados Paliativos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.
- MOLLER, Leticia Ludwig. *Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e autonomia da vontade*. Curitiba: Juruá, 2007.
- OLSEN, Livia de Kassia; KAWAI, Fernando. Extubação paliativa. In: VELASCO, Irineu Tadeu; RIBEIRO, Sabrina Corrêa da Costa (Eds.). *Cuidados Paliativos na emergência*. Barueri: Manole, 2021. p. 179–193.
- PESSINI, Leo. *Distanásia: até quando prolongar a vida?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2007.
- REBELATTO, Gustavo. *Análise descritiva dos pacientes submetidos à extubação paliativa*. 2015. Universidade Federal de Santa Catarina, [s. l.], 2015.
- SÁ, Maria de Fátima Freire De; SOUZA, Iara Antunes. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane; DADALTO, Luciana (Eds.). *Responsabilidade Civil e Medicina*. Indaiatuba -SP: Foco, 2020. p. 58–75.
- SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo. *Autonomia para morrer*. 2.a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- SANTORO, Luciano de Freitas. A necessidade de uma correta definição. Ortotanásia. In: SANTORO, Luciano de Freitas (Ed.). *Morte digna: o direito do paciente terminal*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 107–140.
- SCHAEFER, Fernanda. A importância da implantação dos cuidados paliativos no Sistema Único de Saúde. *Revista de Direito Sanitário*, [s. l.], p. 26–50, 2020.
- SCHULMAN, Gabriel; ALMEIDA, Vitor. Novos olhares sobre a responsabilidade civil na saúde: autonomia, informação e desafios do consentimento na relação médico-paciente. In: ROSENVALD, Nelson; MENEZES, Joyceane; DADALTO, Luciana (Eds.). *Responsabilidade Civil e Medicina*. Indaiatuba -SP: Foco, 2020. p. 22–36.
- VILLAS-BOAS, Maria Elisa. Eutanásia. In: GODINHO, Adriano; LEITE, George; DADALTO, Luciana (Eds.). *Tratado Brasileiro sobre o Direito Fundamental à Morte Digna*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 101–129.



Marckjones Santana Gomes
Túlio Macedo Rosa e Silva



ANÁLISE DO DIREITO À LIBERDADE SINDICAL FACE À REFORMA TRABALHISTA

ANALYSIS OF THE RIGHT TO THE UNION'S LIBERTY FACED WITH THE LABOR REFORM

Marckjones Santana Gomes¹
Túlio Macedo Rosa e Silva²

RESUMO

A proteção à liberdade sindical, fundamento por excelência do sindicalismo, está inserida em convenções da OIT, reconhecida como direito humano fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e prevista em diferentes tratados internacionais de direitos humanos. O objetivo deste trabalho consiste na análise da liberdade sindical diante das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467/2017, por meio do estudo dos principais motivos para a aprovação da referida lei, das consequências relacionadas à extinção da obrigatoriedade da cobrança da contribuição sindical, bem como da pesquisa sobre os impactos da reforma na representação sindical dos trabalhadores. O trabalho verificou que as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 no ordenamento jurídico nacional violam a proteção à liberdade sindical, pois fomentaram o enfraquecimento e a desarticulação das entidades sindicais, limitando sua função de lutar por melhores condições de trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Liberdade Sindical; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

Protection towards the union's liberty, fundament that is naturally a part of the trade unionism, is inserted into the conventions of the ILO, is recognized as a basic human right by the UN's Universal Declaration of Human Rights and is considered in several different human rights treaties. The objective of this paper consists on the analysis of the union's liberty when faced by the changes established by the Labor Reform, approved by Law n. 13.467/2017, through study of the main reasoning behind the approval of said law, and of the consequences related to the extinction of the mandatory collection of the union's contributions, as well as the research of the impact caused by the reform on the union's representation of workers. This paper has verified that the changes introduced by Law n. 13.467/2017 in the national judicial ordering system, violate the protection towards the union's liberty, due to promoting the impairment and dislocation of the union's entities, limiting its function of fighting for better working conditions.

Keywords: Labor Law; Freedom of Trade Union Association; Labor Reform.

¹Bacharel em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (ED/UEA). E-mail: maarkgomes@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2456-6722>.

²Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (ED/UEA). Juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região. E-mail: tuliomasi@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5004-26373>.

RESUMO

A proteção à liberdade sindical, fundamento por excelência do sindicalismo, está inserida em convenções da OIT, reconhecida como direito humano fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e prevista em diferentes tratados internacionais de direitos humanos. O objetivo deste trabalho consiste na análise da liberdade sindical diante das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467/2017, por meio do estudo dos principais motivos para a aprovação da referida lei, das consequências relacionadas à extinção da obrigatoriedade da cobrança da contribuição sindical, bem como da pesquisa sobre os impactos da reforma na representação sindical dos trabalhadores. O trabalho verificou que as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 no ordenamento jurídico nacional violam a proteção à liberdade sindical, pois fomentaram o enfraquecimento e a desarticulação das entidades sindicais, limitando sua função de lutar por melhores condições de trabalho.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Liberdade Sindical; Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

Protection towards the union's liberty, fundament that is naturally a part of the trade unionism, is inserted into the conventions of the ILO, is recognized as a basic human right by the UN's Universal Declaration of Human Rights and is considered in several different human rights treaties. The objective of this paper consists on the analysis of the union's liberty when faced by the changes established by the Labor Reform, approved by Law n. 13.467/2017, through study of the main reasoning behind the approval of said law, and of the consequences related to the extinction of the mandatory collection of the union's contributions, as well as the research of the impact caused by the reform on the union's representation of workers. This paper has verified that the changes introduced by Law n. 13.467/2017 in the national judicial ordering system, violate the protection towards the union's liberty, due to promoting the impairment and dislocation of the union's entities, limiting its function of fighting for better working conditions.

Keywords: Labor Law; Freedom of Trade Union Association; Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A garantia da liberdade sindical compreende um dos alicerces do sindicalismo, assegurando a busca pela emancipação da classe trabalhadora na luta pela defesa dos direitos e interesses coletivos da categoria. A proteção do efetivo exercício da liberdade sindical é necessária para permitir que o trabalhador contribua na construção de uma sociedade verdadeiramente pluralista e democrática, não sendo apenas um instrumento da produção de mercadorias e serviços.

Dessa forma, a liberdade sindical está prevista em convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é reconhecida como direito humano fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), bem como está inserida tanto no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, quanto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Assim, resta claro ser essencial o debate relacionado à garantia da liberdade sindical no Brasil, intrinsecamente atrelada à busca pela democracia, possibilitando, assim, a distribuição de poder na sociedade, não bastando apenas o seu reconhecimento normativo formal.

Nesse contexto, deve-se analisar a realidade do sindicalismo brasileiro, principalmente após a Reforma Trabalhista, aprovada pela Lei n. 13.467/2017, que impactou diretamente a proteção da liberdade sindical, em ameaça à garantia dos direitos trabalhistas insculpidos na Constituição da República.

Para tanto, o estudo busca analisarse houve o enfraquecimento dos sindicatos pelas alterações realizadas pela Reforma Trabalhista diante dos comandos das normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Constituição da República relativas ao tema.

Na presente pesquisa, portanto, foi utilizado principalmente o método dialético, por meio da análise de diversas posições doutrinárias relacionadas aos assuntos investigados.

Em decorrência da natureza do problema abordado, foi utilizado também o método dedutivo, que se destina a demonstrar e justificar os fatos correlatos ao problema mediante a aplicação de recursos lógico-discursivos, calcados nos seguintes critérios: coerência, consistência e não-contradição.

O estudo é do tipo teórico-aplicado, pois destinado não apenas a descobrir teoria, lei e modelos de explicação dos fatos jurídicos e sociais, mas também a solucionar problema de ordem prática.

A pesquisa realizada apresentará as principais disposições da OIT a respeito da liberdade sindical, a relação desse princípio com os direitos humanos fundamentais, suas dimensões e funções, bem como haverá uma breve exposição sobre o contexto histórico do sindicalismo no Brasil. Por conseguinte, será realizada a análise do direito à liberdade sindical face à reforma trabalhista, apresentando o contexto social, político e econômico que ensejou a publicação da Lei 13.467/2017, discorrendo sobre as consequências da não obrigatoriedade da contribuição sindical, e demonstrando como a Reforma Trabalhista implicou na expressiva redução da representação dos trabalhadores.

2. LIBERDADE SINDICAL

A liberdade sindical constitui o fundamento por excelência do sindicalismo. As lutas e reivindicações da classe operária originaram esse movimento que é a expressão da ideia de liberdade do indivíduo frente ao Estado e aos detentores do capital e dos meios de produção. Nesse sentido, a liberdade sindical constitui o alicerce de ideias que vem, paulatinamente, desde a Revolução Industrial ganhando espaço na consciência coletiva da classe trabalhadora (LEITE, 2018, p. 653).

Nessa linha, Oscar Ermida Uriarte (1985, p. 45-47) ensina que a liberdade sindical abrange o direito à ação sindical, isto é, a exercer efetivamente na prática as funções atribuídas aos sindicatos. Sustenta o autor que em relação à participação e à reivindicação, o sindicato hoje desenvolve numerosas e relevantes atividades laterais, como aquelas ligadas à formação profissional, cultural, reabilitação de inválidos, saúde, obras sociais de diversas espécies, e ainda certas atividades comerciais, industriais e financeiras.

Diante desse quadro, a partir de agora serão estudadas as principais disposições da OIT a respeito da liberdade sindical e a relação desse princípio com os direitos humanos fundamentais, bem como suas dimensões e funções. Por fim, haverá uma breve exposição sobre o contexto histórico do sindicalismo no Brasil.

2.1. Disposições da OIT e relação com os direitos humanos fundamentais

A OIT concede importância constante à proteção da liberdade sindical desde o período de sua criação, reconhecendo-a como instrumento apto a realizar as medidas imprescindíveis à melhoria das condições de trabalho e ao desenvolvimento de uma vida mais digna a todos os trabalhadores. Além disso, a entidade possuiu objetivo de difundir e universalizar esse princípio como uma das principais fundamentações para sua atuação, razão pela qual foram elaborados tratados multilaterais que adotam explicitamente o princípio da liberdade sindical, sendo os principais instrumentos no plano internacional as Convenções 87 e 98, aprovadas por empregadores, trabalhadores e governos (SILVA, 2011, p. 223-225).

Diversas batalhas jurídicas e, principalmente, políticas foram travadas até se chegar à 31ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em 1948, em São Francisco, onde foi aprovada a Convenção 87, tendo como finalidade geral a proteção à liberdade sindical contra possíveis ingerências do Estado, garantindo a todos os trabalhadores e empregadores, sem qualquer distinção e sem prévia autorização, o direito de constituir as organizações que acharem convenientes e de a elas se filiarem, sem interferência das autoridades públicas nas atividades sindicais. Essa convenção foi ratificada por mais de 119 países, porém o Brasil, por ter mantido no art. 8º, incisos I, II e VI, da Carta Constitucional de 1988, a unicidade sindical e o denominado “imposto sindical”, encontra-se impedido de ratificá-la (LEITE, 2018, p. 660-662).

Em seguida, em decorrência da 32ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1949, houve a edição da Convenção 98, que dispõe sobre direito sindical e negociação coletiva, exercendo papel de complementaridade em relação à Convenção 87, visto que canaliza seu objeto para as questões referentes às relações entre empregadores e trabalhadores. A convenção em comento foi ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto Legislativo n. 49 de 1952 (GARCIA, 2014, p. 47).

Quanto à Convenção 87 da OIT, além da consagração do direito humano fundamental de criar entidades sindicais, deve-se acrescentar outras prerrogativas adicionais, destinadas ao livre funcionamento dessas organizações, à livre escolha de adesão a entidades internacionais e à garantia contra a discriminação antissindical. Por outro lado, a Convenção 98 da OIT abriga três regras principais: a) as organizações de trabalhadores e empregadores devem estar dotadas de proteção apropriada contra atos de interferência de umas diante das outras; b) a contratação do trabalhador não pode estar vinculada à sua condição de filiado ou desfilado em relação ao sindicato; e c) a dispensa do trabalhador não deve estar condicionada à não filiação sindical ou à sua não participação nas atividades desempenhadas pelo sindicato (MAGANO, 1993, p. 27-28).

Ainda sobre as principais diferenças entre as Convenções 87 e 98 da OIT, discorre Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 662):

Percebe-se que a diferença basilar entre as Convenções 98 e 87 reside no fato de que esta protege a liberdade sindical dos trabalhadores e empregadores contra ingerências ilegais ou abusivas do poder público, ao passo que aquela protege os trabalhadores contra atos de ingerência ou de discriminação antissindical por parte dos empregadores.

Concernente à relação entre a liberdade sindical e os direitos humanos fundamentais, a Declaração Universal reconheceu duas modalidades de grupos de direitos (civis e políticos de um lado; econômicos, sociais, culturais e ambientais de outro) que foram especificadas de forma independente nos Pactos Internacionais de 1966. No âmbito da ONU, os principais documentos que fazem referência à liberdade sindical são: artigo 23, parágrafo 4º, da Declaração Universal de Direitos Humanos; artigo 22 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o qual é o único dispositivo do documento que faz referência à liberdade sindical de forma específica; e artigo 8º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que aborda o assunto de maneira pormenorizada (SILVA, 2011, p. 224).

Oscar Ermida Uriarte (1985, p. 24-25) aponta que não existe liberdade sindical sem o exercício dos outros direitos humanos e vice-versa, pois é impossível, na prática, instituir um sindicato realmente livre que possa desenvolver uma atividade sindical autêntica, sem que, ao mesmo tempo, possam ser exercidos esses direitos humanos. Nesse sentido, liberdade sindical não é autossuficiente, pois requer a existência efetiva de outras liberdades civis e políticas para poder subsistir. Assim, as liberdades civis constituem o fundamento necessário para a liberdade sindical, pois essa não pode concretizar-se sem o respeito aos direitos humanos. Logo, se a liberdade sindical depende dos direitos individuais, deve-se enfatizar também que ela, ao mesmo tempo, os condiciona (2011, p. 227-228).

Por fim, malgrado o Brasil tenha ratificado apenas a Convenção 98 da OIT, deixando, assim, de adotar a proteção existente na Convenção 87, a análise dos dispositivos previstos nessa última convenção é de extrema relevância para o estudo das dimensões da liberdade sindical.

2.2. Dimensões da liberdade sindical

No que tange às dimensões da liberdade sindical, a doutrina trabalhista brasileira e estrangeira não são uníssonas quanto à forma e nomenclatura da sua exteriorização. Apesar disso, deve-se destacar vários estudos que se dedicam a identificar as dimensões e os elementos que a integram (GARCIA, 2014, p. 56).

Inicialmente, cumpre registrar que a liberdade sindical, por comportar várias dimensões, pode ser classificada tanto como direito à proteção, como também, direito de defesa. Essa dupla classificação ocorre em razão de tratar-se de um direito que possui natureza de direito social e também de direito civil. Tal característica fica evidente ao identificar-se sua consagração de forma simultânea no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 22) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 8º) (SILVA, 2011, p. 276).

Além disso, conforme concepção reconhecida nos trabalhos que deram origem à Convenção 87 da OIT, verifica-se que a liberdade de associação constitui gênero do qual a liberdade sindical é sua espécie e, além disso, que essas duas liberdades integram as liberdades civis do indivíduo (SILVA, 2011, p. 228).

Nesse contexto, a liberdade sindical presume duas modalidades de liberdade: a negativa, que consisteem não impedimento e não constrição, e a positiva, que compreende a autodeterminação(SILVA; FIORAVANTE; MASSONI, 2006, p. 47-66).

Destaca-se também a divisão realizada por Amauri Mascaro Nascimento (1991. p. 115-126), baseada na Convenção 87 da OIT, sobre as quatro dimensões da liberdade sindical, quais sejam: liberdade de organização, liberdade de administração, liberdade de filiação e liberdade de exercício de funções.

De acordo com Túlio de Oliveira Massoni (2007, p. 76), liberdade sindical é uma liberdade complexa não só em relação aos seus conteúdos, mas também em seus objetivos e manifestações potenciais, que são múltiplos e, em diversos momentos históricos, podem se contrapor à própria ordem jurídica.

Quanto à tradição no direito pátrio referente à classificação da liberdade sindical, Mozart Victor Russomano (1995, p. 65) sustenta que ela possui forma triangular, integrada por três aspectos que representariam cada um dos vértices dessa figura geométrica, quais sejam: sindicalização livre, autonomia sindical e pluralidade sindical.

Em que pese a supracitada preferência nacional em relação à classificação da liberdade sindical, Octavio Bueno Magano (1993, p. 27), ao discorrer que liberdade sindical compreende o direito de trabalhadores e empregadores de não sofrerem interferências nem dos poderes públicos nem uns em relação aos outros, conclui que a liberdade sindical pode ser classificada da seguinte maneira: liberdade positiva e liberdade negativa; liberdade individual e liberdade coletiva; liberdade de não suportar interferências estranhas e liberdade de fomentar interesses próprios.

Por outro lado, os autores espanhóis Salas Franco e Montesinos (1994, p. 61), dividem a liberdade sindical em duas dimensões: a) liberdade sindical individual, constituída por liberdade de constituição, liberdade de filiação e liberdade sindical negativa; e b) liberdade sindical coletiva, em que há a autonomia sindical, formada pela liberdade de regulamentação, liberdade de representação, liberdade de gestão, liberdade de suspensão e dissolução e liberdade de federação.

No entanto, conforme Palomeque Lopez e Alvares de La Rosa (1994, p. 377), pode-se perceber que a liberdade sindical é um direito complexo ou genérico composto por um conjunto de direitos e faculdades que identificam ou tornam seu exercício reconhecido. Quanto à titularidade, reconhece-se sua dimensão coletiva e individual, segundo a qual é tutelado seu bem jurídico, e quanto ao conteúdo, dispõe-se de uma dimensão positiva, direito de livre filiação, e de outra dimensão negativa, que se traduz em assegurar o direito de não se filiar à entidade sindical (VILLASMIL PRIETO, 1994, p. 225-270).

Percebe-se, portanto, que tradicionalmente o sindicato desempenha suas atividades em duas frentes diferentes, mas que estão bastante conectadas: as relações de trabalho propriamente consideradas, objetivando a busca de melhores condições de trabalho; e a esfera política, lutando por legislação e prática administrativa mais benéfica para os trabalhadores (MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, GARCÍA MURCIA, 1996. p. 271).

Por fim, acrescentando outros elementos, Oscar Ermida Uriarte (1985, p. 45-47) ensina que a liberdade sindical abrange o direito à ação sindical, isto é, a exercer efetivamente na prática as funções atribuídas aos sindicatos. Nessa linha, a finalidade primordial do sindicato – a proteção e promoção dos interesses de seus integrantes – conservou-se inalterável ao longo dos tempos.

Em conclusão, diante das diferentes dimensões da liberdade sindical expostas, as quais se alteram, conforme o autor pesquisado, verifica-se a dificuldade em identificar um consenso a respeito de quais são todas as funções do sindicato. Mesmo assim, no próximo item será aprofundada análise das principais funções sindicais.

2.3. Funções Sindicais

Os limites das funções sindicais estão associados ao grau de democracia existente numa determinada ordem jurídica, visto que a liberdade sindical constitui espécie da categoria liberdades públicas (SILVA, 2011, p. 236-237).

Walküre Lopes Ribeiro da Silva (2001, p. 94) menciona que nos regimes em que a democracia prevalece há grande leque de funções desempenhadas pelos sindicatos, enquanto que nos regimes autoritários e totalitários essas funções podem ser limitadas e até eliminadas, como ocorrido nas experiências vividas na Itália e Espanha corporativistas, em que os sindicatos foram incorporados ao aparelho estatal, que estabelecia suas funções, competindo-lhes somente o exercício da política do governo.

A maioria dos doutrinadores, tanto nacionais como estrangeiros, aponta que, além das destacadas funções assistencial, econômica e política, as funções de representação e de negociação do sindicato constituem funções sindicais típicas e imprescindíveis, que se revestem de formas diferentes conforme o ordenamento jurídico e o período histórico analisado (FIORAVANTE, 2008, p. 105).

Quanto à função de representação, pressuposto para o exercício de todas as demais funções do sindicato, Amauri Mascaro Nascimento (1991, p. 121) reconhece suas esferas coletiva, referente à representação de seus integrantes nas relações diante do Estado, dos empregadores ou de outros órgãos, e individual, relativa à representação do sindicato com maiores ou menores restrições de acordo com os ordenamentos jurídicos de cada país, sendo exemplo a participação nos processos judiciais, nas homologações de rescisões contratuais. Aplicando-se à ordem jurídica nacional, Túlio Macedo Rosa e Silva (2011, p. 238) aborda que:

Na ordem jurídica nacional, o artigo 513 da CLT estabelece que o sindicato possui a prerrogativa de representar os interesses gerais de sua respectiva categoria e os interesses individuais de seus membros que estejam relacionados à atividade ou profissão desempenhada. O artigo 8º, inciso III da Constituição da República, por sua vez, dispõe que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

A função negocial, por sua vez, transforma o sindicato em fonte de direito positivo, pois as convenções e os acordos coletivos de trabalho celebrados, resultados da negociação coletiva, atuam de forma a completar as lacunas da lei, dando origem a novos institutos e novos direitos em proveito dos trabalhadores que a legislação não prevê, fato que é primordial para melhorar as relações de trabalho (NASCIMENTO, 1991, p. 121-122). Importante mencionar que o conceito de convenção coletiva de trabalho está previsto no artigo 611 da CLT e o acordo coletivo está disciplinado no § 1º desse mesmo dispositivo legal. No caso da convenção, os interesses envolvidos são os da categoria, enquanto no caso dos acordos são os interesses dos trabalhadores de uma ou de mais de uma empresa (MAGANO, 1993, p. 146).

Por fim, a função econômica significa a possibilidade de o sindicato obter recursos por meio do desempenho de atividades econômicas. No Brasil, em virtude das determinações contidas na legislação, constituem fontes de receita das entidades sindicais as contribuições sindicais prévia e expressamente autorizadas, as contribuições de solidariedade, as contribuições dos associados, os bens e valores obtidos e suas respectivas rendas, as doações e legados e as multas e outras rendas (MAGANO, 1993, p. 148). O artigo 564 da CLT proíbe que os sindicatos obtenham renda oriunda de atividades econômicas, violando frontalmente a garantia da liberdade sindical, conforme ensinamento de Túlio Macedo Rosa e Silva (2011, p. 242):

Convém ainda lembrar que existem aqueles que são contra o desenvolvimento da função econômica dos sindicatos, pois ela constituiria um afastamento do sindicato de suas atribuições ordinárias, criando alguns prejuízos para seus membros. No entanto, a partir de um contexto em que há real proteção da liberdade sindical, as organizações sindicais, conforme a decisão de seus membros, devem ter a liberdade para exercerem ou não atividades econômicas em busca de contribuir para o aumento de suas fontes de custeio. No caso do Brasil, a legislação pátria não permite que as entidades sindicais desenvolvam atividade econômica, fato que viola frontalmente a garantia da liberdade sindical.

Diante desse quadro, verifica-se que é difícil identificar um consenso a respeito de quais são as funções legítimas do sindicato, pois essa dimensão da liberdade sindical se altera ao longo do tempo e do espaço (SILVA, 2001, p. 94). Entretanto, o conteúdo essencial, ou “núcleo mínimo ou indisponível”, de direitos que contribuem de forma primordial com o desenvolvimento das atividades sindicais são o direito de negociação coletiva, de greve e o de deflagração de conflitos coletivos (PALOMEQUE LOPEZ; ALVAREZ DE LA ROSA; 1994, p. 383).

Diante do exposto, é possível identificar que os limites das funções sindicais historicamente alteram-se conforme o grau de democracia vivenciado pelo Estado, razão pela qual, malgrado reconheça-se um conteúdo mínimo para o desenvolvimento das atividades sindicais, não há consenso entre os doutrinadores nacionais e estrangeiros sobre as funções típicas e imprescindíveis do sindicato.

2.4. Sindicalismo no Brasil

Inicialmente, Leôncio Martins Rodrigues (1990, p. 46) destaca que Getúlio Vargas, chefiando o Governo provisório instalado pela Aliança Liberal, criou em 1930 o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que iniciou a construção do novo modelo sindical brasileiro apto a organizar as relações profissionais e a solucionar conflitos trabalhistas, e promulgou em 1931 o Decreto n. 19770, relacionado às formas de organização das entidades sindicais dos trabalhadores.

A Constituição de 1937 representou a escolha evidente pelo modelo com as diretrizes corporativistas, e apenas em 1939 Vargas demonstrou interesse em instituir novas regras para o funcionamento das organizações sindicais, promulgando o Decreto-Lei n. 1.402, o qual, sendo incorporado à CLT em 1943, trouxe as principais características do modelo sindical nacional vigente, de forma intacta, até o advento da Constituição de 1988. Importante ressaltar que a ambiguidade foi a característica principal do governo de Getúlio Vargas, que consagrava direitos individuais aos trabalhadores ao mesmo tempo em que limitava a liberdade sindical, objetivando sujeitá-las aos comandos do Estado (SILVA, 2003, p. 120-138).

Quanto à preservação das características do modelo sindical brasileiro até o início da ditadura civil-militar em 1964, interessante citar os apontamentos de Neivion Sérgio Lopes de Souza Junior (2019, p. 74):

A estrutura sindical corporativa herdada da década de 1930 foi preservada durante a ditadura iniciada em 1964 e apresentava características bastante flexíveis. Por exemplo: foi mantido o financiamento sindical pela contribuição compulsória, os grandes sindicatos apresentavam uma burocracia relativamente ágil e também existiam alianças políticas/sindicais mais ou menos duradouras. Essa estrutura serviu tanto ao regime bonapartista, como uma forma de controlar o movimento sindical, mas também serviu como base de sustentação para os anseios democráticos de reabertura política que crescia em todo o país.

Dessa forma, ocorreu expressivo crescimento da quantidade de sindicatos nas décadas de 1970 e 1980, culminando na criação e no fortalecimento da Central Única dos Trabalhadores (CUT) e do Partido dos Trabalhadores (PT), decorrentes de uma conjuntura de resistência à ditadura civil-militar alimentada pela taxa crescente de inflação e pela longa duração da crise fiscal do Estado, que causou grande aumento no número de greves principalmente nos anos de 1987 e 1988, contabilizando 118 e 3.893 greves respectivamente (JUNIOR, 2019, p. 73-76).

O restabelecimento do regime democrático após a promulgação da Constituição Federal de 1988 não foi suficiente para implementar a democracia integral no âmbito das relações sindicais no Brasil, visto que o artigo 8º, inciso II, do texto constitucional abriga dispositivo que estabelece os critérios necessários para a organização sindical e impõe que a representação sindical deve ser exercida somente por uma entidade, reconhecendo a noção de representação legal imposta na década de 1930 durante o governo de Getúlio Vargas (SILVA, 2001, p. 98).

Portanto, desde o começo da década de 1930 do século XX o Brasil alinhava-se ao modelo corporativista, e malgrado desde os anos 1970 existirem ímpetos de redemocratização, é a Constituição de 1988 que constitui o marco de ruptura com o corporativismo, apesar de não ter sido suficiente para romper integralmente com o modelo, visto que ainda abriga dispositivos tipicamente corporativistas (SOUTO MAIOR; CORREIA, 2008, p. 48-63).

Concluindo, tem-se na década de 1930, sob o governo de Getúlio Vargas, o início da construção do atual modelo sindical brasileiro, ao mesmo tempo em que o exercício da liberdade sindical foi paulatinamente sendo limitado. As características desse modelo mantiveram-se preservadas até o início da ditadura civil-militar em 1964, a qual, aliada a diversos fatores, culminou no expressivo crescimento do número de sindicatos nas décadas de 1970 e 1980. Por fim, com a redemocratização advinda da promulgação da Constituição de 1988, houve a ruptura parcial com as raízes do corporativismo, pois ela ocorreu de forma insuficiente, ao impedir o abandono integral do modelo instituído desde a década de 1930.

3. A REFORMA TRABALHISTA NA CONTRAMAÇÃO DA PLENA AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE SINDICAL

O direito à liberdade sindical diante da Reforma Trabalhista deve ser analisado, inicialmente, por meio do contexto social, político e econômico que ensejou a publicação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Após compreendidos os principais motivos para a aprovação da referida lei, deve-se discorrer sobre as consequências da não obrigatoriedade da contribuição sindical, explicitando o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e de juristas da área do Direito do Trabalho. Por fim, explica-se como a Reforma Trabalhista implicou na expressiva redução da representação dos trabalhadores. Dessa forma, visa-se compreender o porquê de a Reforma Trabalhista atuar na contramação da plena garantia da liberdade sindical.

3.1. O contexto que ensejou a Lei n. 13.467/2017

Inicialmente, é preciso salientar que, após a crise econômica eclodida em 2008, vários governos ao redor do mundo aprovaram projetos que combatiam direitos dos trabalhadores, como ocorreu na Espanha, em fevereiro de 2012, na França, em 2016 (JUNIOR, 2019, p. 98). Conforme pesquisa de Dragos Adascalitei e Clemente Morano³, o motivo da OIT ter identificado 642 mudanças em 110 países apenas entre os anos de 2008 e 2014, estando a maioria retirando direitos dos trabalhadores, encontra-se numa conjuntura que envolve o aumento das taxas de desemprego, a presença de uma política monetária de câmbio fixo e a política fiscal de superávit primário.

No Brasil, em 2008, Luís Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), exercia seu segundo mandato como Presidente da República. Após, o PT teve como sucessora Dilma Rousseff, eleita duas vezes Presidente da República, em 2010 e em 2014. Ocorre que, em decorrência de processo de impeachment por acusação de crime de responsabilidade, o Congresso Nacional cassou o mandato de Dilma em 31 de agosto de 2016, momento em que Michel Temer assumiu efetivamente o comando do Palácio do Planalto. Pouco tempo depois, em 22 de dezembro de 2016, a chamada Reforma Trabalhista foi iniciada, com o envio do Projeto de Lei (PL) encaminhado pelo então Presidente à Câmara dos Deputados, recebendo o número 6.787/2016, alterando inicialmente apenas as redações, ou inserindo disposições, concernentes aos seguintes artigos da CLT: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775 (LEITE, 2018, p. 38).

Em que pese o referido PL tratar inicialmente apenas dos sete artigos citados acima, houve de maneira antidemocrática a ampliação substancial das alterações propostas, conforme ensina Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 38):

³ ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente. Drivers and effects of labour market reforms: Evidence from a novel policy compendium. IZA Journal of Labor Policy. [S.l.]: Springer Link. 2016. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1186/s40173-016-0071-z#citeas>>. Acesso em: 10 out. 2020.

O referido PL 6.787 tratava tão somente de 7 (sete) artigos que alterariam a CLT, com ênfase para a introdução do art. 611-A, que instituiu a supremacia das normas oriundas de negociação coletiva sobre as leis editadas pelo Estado. O Presidente da República discursou no dia 22.12.2016, alegando que estava encaminhando um projeto de lei oriundo de ampla discussão do Ministro do Trabalho com os representantes dos empregadores e dos trabalhadores. Estranhamente, porém, o referido PL foi substancial e antidemocraticamente ampliado pelo Substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB-PE), que acrescentou e/o modificou 97 (noventa e sete) artigos da CLT, 3 (três) artigos da Lei 6.019/74, 1 (um) artigo da Lei 8.036/90, 1 (um) artigo da Lei 8.213/91 e 1 (um) artigo da MP 2.226/2001.

De igual modo ao ocorrido em 110 países entre os anos de 2008 e 2014, as diversas modificações propostas pelo relator da PL, Deputado Federal Rogério Marinho, foram em sua maioria para reduzir temporariamente a proteção ao emprego ou apresentavam caráter permanente. Isso porque no Brasil a instabilidade política e o desemprego cresciam proporcionalmente desde o início do processo de impeachment de Dilma Rousseff, criando, assim, um ambiente propício para defensores da retirada de direitos dos trabalhadores disputarem a opinião da sociedade e aplicar as “reformas” destrutivas (JUNIOR, 2019, p. 30).

Destarte, a proposta legislativa de Reforma Trabalhista não se limitava mais apenas a alterar o texto da CLT, mas sim, em instituir os três princípios de proteção ao capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo os valores, os princípios e as regras de proteção ao trabalhador consagrados em diversas normas internacionais constitucionais, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas (LEITE, 2018, p. 38). Dessa forma, após o trâmite do processo legislativo, Michel Temer, em 13 de julho de 2017, sanciona a Lei n. 13.467.

Diante do exposto, percebe-se que após a crise econômica mundial de 2008, vários países intensificaram a aprovação de projetos legislativos que diminuíram a proteção dos direitos aos trabalhadores. No Brasil, não foi diferente. Em 2016, pouco tempo após a cassação do mandato de Dilma Rousseff, teve início o trâmite do projeto que culminou com a Reforma Trabalhista, conforme texto do Projeto de Lei 6.787/2016, que após substancial e antidemocrática ampliação, transformou-se na Lei n. 13.467, aprovada no ano seguinte.

3.2. A não obrigatoriedade da contribuição sindical

A cobrança do imposto sindical cumpre a finalidade de possibilitar, por intermédio da construção de um sistema de financiamento obrigatório, a atuação com autonomia das entidades sindicais. Porém, a Lei 13.467/2017, na ausência de regras de transição e de debates democráticos para sua extinção gradativa, alterou radicalmente a sua natureza jurídica, na medida em que esta deixou de ser compulsória e passou a ser facultativa para os integrantes de categorias profissionais ou econômicas, assim como para os integrantes das categorias profissionais diferenciadas (LEITE, 2018, p. 685).

O imposto sindical foi instituído inicialmente pela Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, no mesmo dia em que, por meio de um golpe de Estado, implantara a ditadura do Estado Novo. Em 1939, o imposto sindical foi previsto no Decreto-Lei 1402/1939, em dispositivo que, posteriormente, veio integrar a CLT, na alínea “e”, do art. 513, como uma das prerrogativas dos sindicatos. Posteriormente, o Decreto-Lei 27/1966 alterou a denominação de “imposto sindical” para “contribuição sindical”. Por fim, essa contribuição foi reforçada pelo conteúdo do art. 8º, inciso IV, e art. 149 da Constituição Federal de 1988 (ANDRADE; PAVELSKI; 2017, p. 36).

A contribuição sindical compulsória, espécie da receita sindical, estava prevista nos arts. 578 a 610 da CLT. Ressalta-se que a contribuição sindical, nos termos do art. 579 da CLT, era “devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão”. Ademais, o Supremo Tribunal Federal reconhece a base constitucional de exigibilidade da contribuição sindical, a sua natureza tributária e a dispensa de legislação infraconstitucional para dar-lhe exigibilidade, conforme segue:

A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578, CLT, e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato, resulta do art. 8º, IV, in fine, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no caput do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) – marcas características do modelo corporativista resistente –, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, § 3º e § 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE 146.733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694) [RE 180.745 SP, Primeira Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 08 mai. 1998]⁴

A tradição do modelo sindical brasileiro, até 2017, sempre fora a de contribuição de filiados e não filiados para a manutenção do sindicato, bem como a extensão a todos os integrantes da categoria dos efeitos da negociação coletiva, sendo inerentes ao sistema de relações trabalhistas nacional a compulsoriedade de representação, a unicidade sindical e a autoaplicação das normas coletivas (SCORSAFAVA, 2019, p. 196).

Ocorre que as alterações da Reforma Trabalhista consistiram, em suma, em incluir em dispositivos expressões como a necessidade de “prévia e expressa autorização” dos trabalhadores para desconto da contribuição sindical, levando a doutrina a tipificar a contribuição sindical como um “dever de caráter voluntário”. Antes da Reforma Trabalhista, todos os trabalhadores, sindicalizados ou não, eram obrigados a pagar, uma vez por ano, uma contribuição ao sindicato de sua respectiva categoria profissional. Com a mudança legislativa, tal obrigatoriedade foi eliminada do ordenamento jurídico (ANDRADE; PAVELSKI; 2017, p. 40-41).

⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário n. 180.745 SP. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma do STF. DJ: 08 mai. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=225529>>. Acesso em: 13 out. 2020.

Scorsafava (2019, p. 200-201) afirma que a organização do sindicalismo no Brasil perdeu mais um de seus sustentáculos com o fim da contribuição sindical obrigatória, sem haver a reforma global do sistema a fim de conformá-lo às diretrizes da OIT. Conforme o autor, o tributo foi extinto de maneira abrupta, no contexto de uma reforma incompleta, parcial, resultado de acordos de conveniência e interesses mais diversos, muitas vezes pouco republicanos, cuja intenção provável de seus autores era o enfraquecimento do poder sindical.

Ademais, concluem Andrade e Pavelski (2017, p. 43-44), com as alterações legais realizadas, caso analisadas e consideradas a partir do que o STF já tratou do tema, a contribuição deveria permanecer obrigatória e exigível por possuir origem constitucional e, “assim sendo, não pode, dentro do sistema jurídico pátrio, a lei infraconstitucional tirar o caráter compulsório e coercitivo do referido tributo, por uma questão de simples hierarquia normativa e soberania constitucional em relação às demais normas do ordenamento jurídico”.

Nesse sentido, ressalta-se também o teor do Enunciado 38, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que tratou sobre a interpretação e aplicação da Lei n. 13.467/2017, promovida pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra), em parceria com outras entidades, que reuniu mais de 600 juízes, procuradores e auditores fiscais do Trabalho, além de advogados e outros operadores do Direito, *in verbis*:

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. I – É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e Assistencial, mediante Assembleia Geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II – A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho. III – O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do art. 8º da CF e com o art. 1º da Convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais⁵.

Em complemento, importante registrar que o STF, em julgamento do dia 29 de julho de 2018, por 6 votos a 3, declarou a constitucionalidade da alteração da Reforma Trabalhista que extinguiu a obrigatoriedade da contribuição sindical. O dispositivo foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5794 e em outras 18 ADIs ajuizadas contra a nova regra. O relator dos processos, ministro Edson Fachin, a ministra Rosa Weber e o ministro Dias Toffoli votaram pela inconstitucionalidade do fim contribuição sindical obrigatória, tendo dentre os argumentos expostos o de que o fim da obrigatoriedade do tributo vai impedir os sindicatos de buscar formas de organização mais eficazes para defender os direitos dos trabalhadores perante os interesses patronais. Todavia, prevaleceu o entendimento iniciado pelo ministro Luiz Fux no sentido de que o fim da referida obrigatoriedade não ofende a Constituição, visto que não se pode admitir tal imposição a trabalhadores e empregadores quando a Carta Magna determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical⁶.

⁵ Enunciados da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Anamatra, 2018. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/26227-enunciados-aprovados-na-2-jornada-de-direito-material-e-processual-do-trabalho-sao-organizados-por-tema>>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁶ STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. Supremo Tribunal Federal (STF), Brasília, 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>>. Acesso em: 20 out. 2020.

Em conclusão, é possível identificar a finalidade para qual a contribuição sindical foi instituída, qual seja, financiar a atuação sindical na ampliação das conquistas sociais dos trabalhadores. No entanto, na contramão do sistema de financiamento construído, a Reforma Trabalhista determinou que qualquer desconto salarial destinado ao sindicato da categoria profissional dependerá de prévia autorização, por escrito, do empregado, causando as consequências a serem estudadas a seguir.

3.3. A redução da representação dos trabalhadores

Os sindicatos detêm o monopólio de representação de toda a categoria na sua base territorial, não apenas dos filiados, e essa missão estabelecida pela Constituição Federal tem como sustentáculo econômico imprescindível a contribuição sindical. Nesse sentido, dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) expostos no presente item demonstram que as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista implicaram substancialmente na redução da representação dos trabalhadores pelos sindicatos.

Ensina Carlos Henrique Bezerra Leite (2018, p. 687-688) que certamente os sindicatos das categorias profissionais serão os mais prejudicados com a queda vertiginosa de arrecadação, o que implicará na redução da defesa dos direitos dos trabalhadores, visto que a contribuição sindical constitui elemento econômico imprescindível para o desempenho de tal missão constitucional. O mais estranho, segundo o autor, é que paralelamente à “extinção” da contribuição sindical para os sindicatos dos trabalhadores, “sob o engenhoso argumento de introduzir mais liberdade e modernidade nas relações de trabalho, deveria o Congresso Nacional ter ratificado a Convenção 87 da OIT, que consagra a mais ampla liberdade sindical, tal como ocorre com os países mais desenvolvidos”.

Ademais, outro exemplo de enfraquecimento da representatividade sindical resta evidente no art. 620 da CLT, o qual inseriu a prevalência do negociado sobre o legislado, sobrepondo hierarquicamente o acordo individual ou coletivo do trabalho sobre a convenção coletiva do trabalho, desprestigiando, assim, a atuação sindical. Ou seja, malgrado a diretriz do princípio da proteção ao trabalhador apontar no sentido de que, entre duas ou mais normas possíveis de serem aplicadas, utiliza-se aquela que for mais favorável ao trabalhador, a partir da Reforma Trabalhista, as condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho (JUNIOR, 2019, p. 121).

Quanto à fragilização dos sindicatos em razão das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, discorre Neivion Sérgio Lopes de Sousa Junior (2019, p. 124) que:

O fim do chamado “imposto sindical”, proposto nos artigos 578, 579, 582 e 583 da CLT acaba com a contribuição compulsória sindical. Sabe-se que, historicamente, este imposto é o grande financiador do sindicalismo pelego, mas é importante registrar que, sendo extinto via um golpe claramente empresarial, o pacote em que se insere o fim do imposto sindical é para fragilizar ainda mais os sindicatos dos trabalhadores, o poder de barganha e a facilitação de dispensas. Além disso, o fim do imposto sindical ocorre em um momento de

nítido refluxo das lutas organizadas da classe trabalhadora. Além disso, ela individualiza a contribuição ao sindicato, o que é um grave ataque às organizações sindicais. As ações da classe trabalhadora são ações coletivas, os trabalhadores não conquistam direitos de forma isolada. Pelo contrário, elas ocorrem com as lutas sociais organizadas, e nesse sentido a contribuição para financiar seus aparelhos deveria ocorrer, também, de forma coletiva.

Demonstrando os efeitos práticos das lições expostas acima, dados divulgados pelo IBGE, em 26 de agosto de 2020, apontam que, em 2018, o Brasil perdeu o maior número de trabalhadores associados a sindicatos, e em 2019 o país atingiu a menor taxa de sindicalizados. Em números absolutos, a região Sudeste foi a que mais perdeu sindicalizados, sendo 354 mil a menos que o registrado em 2018, o que corresponde a 37,2% do total de sindicalizações perdidas no país neste período. Já em termos percentuais, foi a região Centro-Oeste que mais perdeu sindicalizados, 14,4%, o que corresponde a 115 mil trabalhadores a menos filiados a sindicatos. O IBGE observou, ainda, que a taxa de sindicalização aumenta de acordo com o nível de instrução do trabalhador (SILVEIRA, 2020).

Ainda, cabe ressaltar que o jornal Estado de S. Paulo, em editorial de 05 de setembro de 2020, opinou no sentido de que a perda de representatividade dos sindicatos vem se acentuando, visto que nem o aumento de 4,3% da população ocupada entre 2013 e 2019 conteve a acelerada redução do número de sindicalizados. Segundo o editorial, mudanças na legislação trabalhista, como o fim do chamado imposto sindical, e nas regras previdenciárias, que aceleraram os pedidos de aposentadoria, evidenciaram o problema que o sindicalismo brasileiro já enfrentava⁷.

Logo, torna-se evidente que as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista fizeram com que o Brasil perdesse expressivo número de trabalhadores filiados a entidades, reduzindo a defesa dos direitos dos trabalhadores, prejudicando o desempenho da missão sindicalista, buscando sua desarticulação e seu enfraquecimento. A Reforma Trabalhista atuou, portanto, na contramão da plena garantia da liberdade sindical.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a garantia da liberdade sindical diante das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista, é possível verificar que tais alterações proporcionaram o enfraquecimento dos sindicatos, reduzindo a defesa dos direitos dos trabalhadores, atuando, portanto, na contramão de sua integral proteção.

Estudou-se, em primeiro momento, as principais disposições da OIT a respeito da liberdade sindical, a relação desse princípio com os direitos humanos fundamentais, suas dimensões e funções e, por fim, o contexto histórico do sindicalismo no Brasil. A partir disso, ressaltou-se que, diante das diferentes dimensões da liberdade sindical, malgrado haja a dificuldade em identificar um consenso a respeito de quais são todas as funções do sindicato, é possível identificar que esses limites historicamente alteram-se conforme o grau de democracia vivenciado pelo Estado. Logo, não há consenso entre os doutrinadores pesquisados sobre as funções típicas e imprescindíveis do sindicato, porém reconhece-se um conteúdo mínimo para o desenvolvimento das atividades sindicais.

Ademais, foi estudado o contexto histórico do sindicalismo no Brasil, explicitando que a construção do atual modelo sindical foi iniciada na década de 1930, limitando paulatinamente o exercício da liberdade sindical, e registrando que a Constituição de 1988 foi insuficiente para impedir o abandono integral do modelo corporativista preservado desde a década de 1930.

Diante disso, concluiu-se que a Reforma Trabalhista atua na contramão da plena garantia da liberdade sindical, após analisar, inicialmente, o contexto social, político e econômico que ensejou a publicação da Lei n. 13.467/2017, discorrendo sobre as consequências da não obrigatoriedade da contribuição sindical, e explicando como a Reforma Trabalhista provocou expressiva redução da representação dos trabalhadores.

Em complemento, cumpre salientar que um dos principais efeitos das alterações provocadas pela Reforma Trabalhista foi a desarticulação e o enfraquecimento dos sindicatos, que sofreram a perda de expressivo número de trabalhadores filiados, prejudicando o desempenho de suas atividades eliminando, assim, a busca por melhores condições de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luiz Gustavo de; PAVELSKI, Ana Paula. Reflexos da reforma trabalhista na contribuição sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 63, p. 34-45, nov. 2017.

ERMIDA URIARTE, Oscar. Sindicatos em libertad sindical. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1985.

FIORAVANTE, Tamira Maira. Sindicato, educação e liberdade. São Paulo: LTr, 2008.

GARCIA, Welington Castilho. Análise crítica da organização sindical brasileira à luz dos princípios de liberdade sindical da OIT. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

JUNIOR, Neivion Sérgio Lopes de Souza Junior. Crise do capital, contrarreforma trabalhista e luta de classes no Brasil. Dissertação (Pós-Graduação em Política Social), Universidade de Brasília (UNB), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Brasília, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAGANO, Octavio Bueno. Manual de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho. 3ª ed. v. 3. São Paulo: LTr, 1993.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA MURCIA, Joaquín. Derechodeltrabajo. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1996.

MARTINS, Sergio Pinto. Comentários à CLT. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MASSONI, Túlio de Oliveira. Representatividade Sindical. São Paulo: LTr, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Direito sindical. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RODRIGUES, Leôncio Martins. Partidos e sindicatos. São Paulo: Ática, 1990.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Princípios gerais de direito sindical. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SALA FRANCO, Tomás; ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. Derecho sindical. 3ª ed. Valencia: TirantloBlanch, 1994.

SCORSARFAVA, Állysson Feitosa Torquato. Desafios do sindicalismo: deveres, vedações e custeio dos sindicatos pós-reforma trabalhista. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, p. 167-203, 2019. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-53-janeiro-junho-2019/desafios-do-sindicalismo-deveres-vedacoes-e-custeio-dos-sindicatos-pos-reforma-trabalhista/at_download/file>. Acesso em: 13 out. 2020.

SILVA, Túlio Macedo Rosa e. Assistência jurídica gratuita como direito fundamental social diante da liberdade de exercício de funções sindicais. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Crise de representatividade e participação dos sindicatos em políticas ativas de emprego. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

_____. Direito do trabalho brasileiro: principais aspectos de sua evolução histórica e as propostas de modernização. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v. 69, n. 2, p. 120-138, jul./dez. 2003.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, Túlio de Oliveira. Liberdade sindical e direitos humanos. Revista do Ministério Público do Trabalho. Brasília, v. 16, n. 31, p. 47-66, mar. 2006.

SILVEIRA, Daniel. Brasil perdeu 21,7% dos trabalhadores sindicalizados após a reforma trabalhista, diz IBGE. G1, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/26/brasil-perdeu-217percent-dos-trabalhadores-sindicalizados-apos-a-reforma-trabalhista-diz-ibge.ghtml>>. Acesso em: 13 out. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Orgs.). Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 2008. v. 3.

VILLASMIL PRIETO, Humberto. Introducción a la libertad sindical. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela, Caracas, v. 39, n. 91, p. 225-270, 1994.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos; ALVARES DE LA ROSA, Manuel. Derecho del trabajo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramon Areces, 1994.



Pontes Filho



1. Introdução

A soberania pode ser violada de diversas formas, sendo mais a frequente e impactante delas a logospirataria, inclusive na Amazônia brasileira.

Antes, questão predominantemente territorial, a soberania atualmente toma outras feições ou nuances, sendo muito mais dependente das condições de desenvolvimento tecnológico e científico do que de outros fatores. Isso se evidencia claramente pelo controle de patentes e de sistemas de tecnologia da informação.

Para termos uma noção mais clara do que estamos entendendo por soberania, exporemos a seguir um singelo retrospecto da ideia de soberania ao longo do tempo, alcançando as principais questões sobre a mesma os dias atuais.

2. Noção de soberania

A noção de soberania recebeu diferentes enfoques na doutrina política e jurídica clássica, seja quanto à fonte seja quanto à titularidade, desdobrando-se dessa compreensão diversos resultados práticos quanto à legitimidade e ao exercício do poder.

Para as doutrinas teocráticas da soberania, a fonte de todo o poder soberano é divina, residindo no próprio Deus, mas seu titular pode ser um monarca ou o próprio povo.

Para Bodin, a soberania era personalizada na figura do rei. Este passou a exercê-la perpétua e absolutamente, colocando-se inclusive acima da lei. A lei advinha do rei: eis a fonte do próprio direito, em sua autoridade e legitimidade. Em semelhante disposição, Hobbes postulava que a vida em sociedade somente seria possível enquanto o indivíduo abdicasse de sua liberdade em prol de um monarca soberano, cuja tarefa fosse manter a paz. Consolidou-se, com isso, na Europa, durante séculos, as monarquias absolutistas. O Estado moderno nasce, portanto, soberanamente personalizado, absoluto, arbitrário e perpétuo.

¹ Doutor em Sociedade e Cultura na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Bacharel em Direito pela UFAM. Bacharel e Licenciado em Ciências Sociais pela UFAM. Atua no magistério desde 1996. Professor da Universidade Federal do Amazonas, na Graduação e no programa de Mestrado em "Constitucionalismo e Direitos na Amazônia". Docente do Programa de Mestrado em Segurança Pública da Universidade do Estado do Amazonas. Servidor público estadual, presidiu o Conselho Penitenciário do Estado do Amazonas (2013 a 2018). É pesquisador das violações a direitos fundamentais da sociodiversidade na Amazônia, buscando estabelecer o diálogo entre o direito e questões amazônicas, com livros publicados sobre o assunto, dentre os quais: Terceiro Ciclo (1997), História do Amazonas (2011), Logospirataria na Amazônia (2017), Desafios à Segurança Pública no Brasil (2020), Formação Sociocultural da Amazônia Colonial (2021). Coordenou curso de graduação em Direito, em Instituição de Ensino Superior em Manaus-AM (2008-2010). Coordena grupo institucional de pesquisa, publica regularmente artigos em periódicos acadêmicos e eventualmente em veículos de imprensa (revistas especializadas). Membro da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA) e do Instituto Geográfico e Histórico do Amazonas (IGHA).

Já para os teólogos e pensadores da escola espanhola, a soberania é oriunda de Deus, mas sua titularidade não foi concedida a uma pessoa ou indivíduo, cabendo ao próprio povo exercê-la. Deus é a fonte, mas cabe à comunidade ser o seu titular. É o que pensa Vitoria, Molina, Afonso de Castro, Suárez, dentre outros. Essa tendência não se realizou nas nações européias senão enquanto doutrina teocrática popular da soberania.

Os autores das doutrinas democráticas da soberania coincidem ao postularem que a fonte da soberania é o povo, mas divergem quanto à sua titularidade.

Para Esmein, Hauriou, Joseph Siéyès, Paul Deuz e outros, seu exercício cabe à nação, inclusive por meio de representante eleitos, desde que resguardados, antes de tudo, os interesses nacionais, sendo a soberania una, indivisível, inalienável e imprescritível. A Escola francesa consagrou pioneiramente esses traços à soberania.

Rousseau argumenta que o povo não pode renunciar a própria soberania, cabendo irremediável e diretamente a ele seu exercício, uma vez que apenas o povo pode formar a vontade geral, sem a qual não há consentimento e, logo, não há poder soberano legítimo.

Para Rudolf von Ihering e Georg Jellinek, a sociedade é anterior ao Estado, mas é este que deve exercer a “dominação”, no dizer de Jellinek, ou seja, o titular do poder soberano é o Estado. A doutrina de Kelsen, embora bastante controvertida no contexto dessa discussão, ruma nessa mesma direção interpretativa.

Negando a existência concreta da soberania, Leon Duguit e Nicolas Politis sustentam que ele não passa de mera abstração metafísica, carecendo de base real, existindo, na realidade, apenas a crença no princípio da soberania.

Contrapondo-se à doutrina negativista da soberania, cuja consequência seria a própria afirmação do império da força, Jean Dabin e Bigne de Villeneuve postulam que a origem da soberania está na nação, enquanto identidade de traços históricos, políticos e culturais comuns a um povo, mas o exercício de sua titularidade se dá através do Estado, que possui, em razão dela, a supremacia na ordem interna e a independência na ordem externa, sendo características da soberania a unidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

Orientação essa adotada por doutrinadores pátrios, como o professor Miguel Reale, que dá ênfase, como vimos, à concepção sócio-jurídico-político de soberania: “a soberania é sempre sócio-jurídica-política, ou não é soberania.” (1984:135).

As transformações que levaram ao surgimento histórico da forma federativa de Estado estiveram diretamente ligadas com o problema soberania que, por agregação, no caso americano, levou os antigos Estados independentes a se submeterem à soberania de um único Estado soberano.

Em face dos avanços alcançados pelo Direito Internacional público nas últimas décadas, associados ao movimento de formação de blocos regionais de nações em face da globalização, tem-se focado o princípio da soberania nacional, muito frequentemente, como antagônico, retrógrado e prejudicial à integração da comunidade internacional, sendo por vezes considerado perigoso e nocivo à própria nação. Em razão disso, tem-se proposto a adoção de outras possibilidades ou hipóteses de soberania, tais como a soberania relativa, a soberania cooperativa e a soberania compartilhada. Não obstante essas novas modalidades e possibilidades de configuração da soberania, todas as elas precisam enfrentar e lidar com um histórico adversário – a logospirataria.

3. Alogospirataria

Seja popular, nacional ou estatal, a soberania pode ser vilipendiada e até mesmo, concretamente, desconstituída por conta das várias formas e processos logospiratas. Mas em que consiste a logospirataria? O que se pode entender por processo logospirata?

Podemos proceder de distintas maneiras ao abordar essa noção, cujos entendimentos podem ser os mais diversos e controversos. Alguns até postulam sua desnecessidade visto considerar a noção de “biopirataria” supostamente adequada e devidamente ampla para compreender o fenômeno. No entanto, uma observação mais atenta e um olhar perspicaz perceberá que noção de logospirataria é significativamente mais ampla e abarca a ideia de “biopirataria”, que é limitada e insuficiente para lidar com processos que, além da apropriação irregular de recursos e de saberes, envolvem a exploração indevida do trabalho humano, seja por via do trabalho escravo ou da redução a condição análoga à de escravo seja por via da precarização das relações de trabalho.

Com isso, quer-se designar por logospirataria algo de extensão e alcance mais amplo daquilo que se compreende por biopirataria.

Aliás, apenas para demonstrar, inexistente uma definição legal para a tão difundida noção de biopirataria, cabendo-nos recorrer ao entendimento doutrinário para lançar luzes acerca desta noção. Começamos então pelo que expôs Vandana Shiva acerca desse processo biopirata:

Quinhentos anos depois de Colombo, uma versão secular do mesmo projeto de colonização está em andamento por meio das patentes e dos direitos de propriedade intelectual (DIP). A Bula Papal foi substituída pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT). O princípio da ocupação efetiva pelos príncipes cristãos foi substituído pela ocupação efetiva por empresas transnacionais, apoiadas pelos governantes contemporâneos. A vacância das terras foi substituída pela vacância de formas de vida e espécies, modificadas pelas novas biotecnologias. O dever de incorporar selvagens ao cristianismo foi substituído pelo dever de incorporar economias locais e nacionais ao mercado global, e incorporar os sistemas não-ocidentais de conhecimento ao reducionismo da ciência e da tecnologia mercantilizadas do mundo ocidental. A criação da propriedade por meio da pirataria da riqueza alheia permanece a mesma de 500 anos atrás.” (Grifo nosso) (SHIVA, 2001, p. 24)

Na mesma linha, em artigo na revista *Hiléia* no qual postula a tutela penal contra a biopirataria na Amazônia, Fernando Dantas e outros, esclarecem que a biopirataria “pode ser considerada apropriação não autorizada do patrimônio genético de uma região, incluindo espécies de fauna, flora e dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.” (DANTAS, 2008, p. 207)

Evidencia-se, assim, que a noção de biopirataria circunscreve-se à apropriação indevida ou ilegítima de recursos, bens e conhecimentos tradicionais, desconsiderando um aspecto fundamental presente à logospirataria – a questão da exploração do trabalho humano.

Na trilha investigativa para entender a logospirataria, a primeira pista é a concepção de Logos, presente desde a arcaica filosofia grega e ao longo da história do pensamento filosófico e científico, a qual revela, de forma clara, a extensão dessa categoria como ferramenta principal para análise do fenômeno – a logospirataria.

O Logos que caracteriza, estrutura e organiza sociedades, representando por vezes sua própria maneira de ser e viver em grupo (o Logos étnico, o Logos cultural), pode ser saqueado, deformado, extinto e pirateado por outros logos devoradores desse Logos autêntico, genuíno e diverso. É o que compreendemos, em amplo sentido, por logospirataria.

Nesse sentido, importa perceber com acuidade a construção desse instrumental analítico, a logospirataria, a fim de depurar os conteúdos puramente ideológicos que ele possa conter, reafirmando a validade científica para compreender um fenômeno com características universais e de impactos nocivos, inclusive relativos a eventos e processos ocorridos na Amazônia.

Considerando isso, admite-se que o encontro e o confronto entre o “Logos” de grupos e civilizações, um pirata/predador e outro pilhado/presa, fez parte em todos os tempos do processo histórico das mais diversas sociedades, incluindo as da Amazônia. Um processo que inventa e reinventa a lógica do confronto entre os princípios e valores estruturadores de povos, grupos e sociedades ao longo do tempo, em diferentes espaços geográficos e simbólicos ou imateriais, cujos efeitos são impactantes nos mais distintos campos da vida social, política, institucional, inclusive sobre a soberania.

A logospirataria perfaz um longo trajeto no tempo, manifestando-se nos mais distintos espaços, contextos e épocas, de maneira que não há nenhum exagero em se afirmar que ela quase sempre esteve presente no curso da história humana.

Manifestou-se na abusiva dominação pela força e opressiva economia escravagista que caracterizaram impérios da antiguidade. Revelou-se no obscurantismo religioso que marcou o período medieval. Persistiu com o advento racionalidade moderna, em seus modelos culturais, políticos, econômicos, inclusive instrumentalizando a ciência e as tecnologias. E se constitui numa característica estruturante e num eixo motriz da modernidade líquida, assim como o é a globalização do meio técnico-científico-informacional. A sociedade da informação, da produção e do consumismo que se deforma, degrada e decompõe sob os distintos aspectos.

A logospirataria não se confunde com outros conceitos, embora possa manter conexões de desdobramento ou consequências com eles. Categorias como biopirataria, epistemicídio, barbárie, biopoder, colonialismo, colonialidade, dentre outras, podem se referir tanto a processos deflagrados pela logospirataria quanto dar causa e desdobramentos a processos logospiratas. A logospirataria põe em movimento um conjunto de ações e intervenções de intensivos impactos cujos danos são por vezes imensuráveis. (PONTES FILHO, 2017, p. 65)

A logospirataria consiste no processo desintegrador de culturas, desestruturador de povos, suas tradições e universo simbólico, saqueador da natureza e de saberes, aniquilador de populações, de coletividades e de comunidades, inclusive nativas e tradicionais, constituindo-se numa impactante dinâmica de privações, lesividades e violações a direitos fundamentais, constituindo-se em delito contra a biodiversidade, a diversidade sociocultural e as relações sociais de trabalho, atentando gravemente contra a dignidade humana e a soberania, todavia, ainda não adequadamente previsto nem tipificado.

Na contemporaneidade, a logospirataria assume variadas formas, sendo expressivamente impactante o modus operandi que culmina na apropriação indevida, não autorizada ou ilegal de bens e substâncias da natureza, de conhecimentos e saberes tradicionais, do trabalho humano e na nociva desintegração de valores que estruturam o sistema de crença e a cultura de povos socialmente diversificados. São modalidades de logospirataria ou exemplos disso, na atualidade, além da pirataria contemporânea² que falseia produtos, marcas e viola direitos autorais e de propriedade intelectual, a biopirataria³, que se apropria de substâncias, bens e conhecimentos tradicionais associados ao uso da biodiversidade, e a hidropirataria⁴, que se apodera de recursos hídricos potáveis de modo irregular ou não autorizado. A logospirataria apropria-se de modo indevido de tudo aquilo que interessa e serve ao mercado ou pode ter desempenho e utilidade no mesmo, sem responsabilizar-se pelos danos que produz à natureza, pela precarização das relações trabalhistas e pelos nefastos impactos à sociodiversidade. (PONTES FILHO, 2017, p. 72)

A dinâmica da logospirataria opera, enquanto explora ilegalmente o trabalho humano e se apropria indevidamente de bens e de conhecimentos, no sentido de não reconhecer e, ao lado disso, desintegrar a diversidade de formas sociais de expressão do Logos, o qual preserva as diversas humanidades, os saberes, os valores e as liberdades que lhes é inerente.

A logospirataria é processo de dizimação cultural, política e sociocultural autônoma. É a imposição da lógica de extinção, impedindo a superação do caos. É a supressão da liberdade, das soberanias e da diversidade - a física da morte. A logospirataria é logocêntrica, pois é autossuficiente, em tudo se basta. Em sua prepotência, impõe o pensamento único. Não admite o diverso, o plural, muito menos o oposto. Persegue, despoja e oprime o divergente. A logospirataria forja “verdades supremas” justificadoras de preconceitos, discriminações, racismos, colonialidades, regimes tirânicos, espoliações, obscurantismos, viciamentos e corrupções, fazendo-se prevalecer de modo definitivo como única possibilidade.

2 Art. 184 do Código Penal brasileiro, referente ao crime de violação de direito autoral e direitos conexos.

3 Violação aos princípios dispostos na Convenção de Diversidade Biológica – CDB, regulamentada no Brasil pela Medida Provisória nº 2.186-16, que foi revogada pela Lei nº 13.123/2015. Não prevê crime. No Brasil, inexistente tipificação penal da biopirataria, muito embora a providência seja demandada. A biopirataria consiste na apropriação não autorizada de patrimônio genético (substâncias, elementos da fauna, da flora ou conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade) de um país ou região.

4 sobre a temática trata a monografia de conclusão de curso de Cláudio Henrique Dias Kerkhoff, orientado pelo Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel, pela Universidade Federal do Paraná, cujo título é “A Hidropirataria na Amazônia Brasileira: uma abordagem sistêmica, para além do jurídica”, apresentada no ano de 2009.

A logospirataria é a pilhagem, o saque, o devoramento das autonomias e soberanias. Esse processo ocorreu em diversos espaços, sob distintas maneiras e níveis de gravidade, ao longo do tempo, inclusive na Amazônia brasileira. Significou o saque de recursos, a pilhagem de conhecimentos, a precarização da liberdade, a expropriação do trabalho, a extinção física e simbólica de inúmeras coletividades do que hoje entendemos por Amazônia Legal. Um encontro com o desencontro.

Hodiernamente, esse confronto entre Logos piratas versus Logos pilhados dá-se sob a dinâmica da globalização da economia de mercado regida pela perversa especulação financeira e pela concepção neoliberal fundamentalista de economia, que impõe a desumana redução da responsabilidade social do Estado, e cujas nocivas consequências sociais se fizeram sentir de modo terrível durante a pandemia global de Covid-19, desde o ano de 2020, produzindo imensuráveis danos em termos de perdas humanas.

A logospirataria coexiste de forma alinhada com aquilo que Milton Santos chamou de globalização perversa, centrada na dupla tirania contemporânea do dinheiro e da informação (Por uma outra globalização, 2008, p. 37), fomentadora do consumismo materialista, sensorial, reificador de tudo para o descarte, inclusive do próprio corpo, da autonomia das sociedades e da soberania dos Estados e nações.

A logospirataria apropria-se irregularmente não apenas de recursos, bens ambientais e conhecimentos tradicionais, mas também de valores, crenças ou visões de mundo, e do trabalho sujeito a relações precarizadas ou análogas à escravidão, a que são sujeitados grupos e populações, principalmente as nativas e as tradicionais, inclusive na Amazônia brasileira.

Esse alinhamento entre capitalismo e logospirataria não poderia ser mais sintonizado, pois o capitalismo, como esclarece Octavio Ianni, “é um processo simultaneamente social, econômico, político e cultural de amplas proporções, complexo e contraditório, mais ou menos inexorável, avassalador” (Teorias da Globalização, 1999, p. 171).

Um dos efeitos desse processo Logospirata contemporâneo seria a perda da centralidade do espírito, do *logos humanos*, construído a partir da cultura humanista, culminando no que o Milton Santos nomeou de conturbação dos espíritos decorrente da globalização autoritária em curso.

A partir das derradeiras décadas do século XX tratou-se de edificar, em instrumentos jurídicos internacionais, um sistema de tutela jurídica sobre a propriedade intelectual, incluindo-se aí o direito autoral, o que abriu espaço para cogitar acerca da responsabilização civil e penal daqueles que incidem na prática da logospirataria, ou seja, os que atuam como logospiratas, violando as regras do sistema de proteção legal desses conhecimentos, formas de expressão e de vida que constituem o logos de sociedades. A logospirataria pode ser entendida modernamente, portanto, como violação às regras desse sistema de proteção legal, ensejando reparações e compensações fundadas no direito internacional e eventualmente em ordenamentos nacionais.

Dessa maneira, circunscrever-se-á a noção de logospirataria, em sentido estrito ou técnico, à violação das regras que protegem juridicamente os povos nativos, as populações tradicionais, a sociedade nacional e a soberania do Estado da prática da apropriação não autorizada do patrimônio genético, do conhecimento tradicional associado à biodiversidade e da exploração irregular do trabalho humano por meio de relações precarizadas ou análogas a de escravo. Explicita-se, com isso, que a prática da logospirataria vai além da ideia de biopirataria e viola um conjunto de direitos, ofendendo direitos trabalhistas, individuais e coletivos, associados aos direitos de compensação de Estados soberanos, sociedades nacionais, povos nativos e populações tradicionais. Por esse motivo, a Amazônia brasileira não é apenas um caso, mas tem sido o cenário, por excelência, da prática da logospirataria.

4. Impactos da logospirataria sobre a soberania na Amazônia brasileira

A logospirataria produz o vilipêndio à soberania não somente por questões de usurpação territorial, mas também por causa da desestruturação dos logos de culturas e valores essenciais de grupos, sociedades e povos, inclusive na Amazônia brasileira.

O processo logospirata resulta da combinação dos seguintes fatores: o trabalho escravo ou mais modernamente a redução à condição análoga à de escravo e ainda relações vulnerabilizadas de trabalho; o saque ou extração ilegal de recursos naturais e ambientais; e a pilhagem ou apropriação indevida de conhecimentos e saberes tradicionais.

Atestar a ocorrência da logospirataria na Amazônia Legal é reconhecer que recursos do patrimônio genético e conhecimentos tradicionais associados ao uso da biodiversidade, produzidos na região, estão sendo apropriados irregularmente ao lado da exploração indevida do trabalho humano, por via de relações precarizadas de trabalho ou até mesmo a pior hipótese (redução à condição análoga de escravo), violando as regras jurídicas que protegem direitos de povos indígenas, de sociedades, de populações tradicionais e de soberania estatal.

Em decorrência disso, os impactos provocados pela prática da logospirataria na Amazônia brasileira incidem primeiramente sobre a soberania estatal, compreendendo-a como instituto político-estrutural que caracteriza o Estado e lhe confere poderes para representar a sociedade nacional, os povos indígenas e as populações tradicionais da região no cenário interno e internacional. Quer-se dizer, com isso, que a logospirataria viola direitos do ente político-jurídico fundamental que tem o dever, na esfera da comunidade internacional, de representar os interesses dos integrantes do Estado brasileiro, incluindo os povos indígenas, as populações tradicionais e a sociedade nacional.

A investigação revela ainda que a logospirataria compromete parcela significativa de investimentos em pesquisa e produção científica aplicados por toda a sociedade, prejudica culturas de forma geral, e ignora a compensação que deve aos povos nativos e às populações tradicionais. Esses impactos nunca foram tecnicamente mensurados pelos órgãos oficiais nem instituições que lidam com o assunto, contudo, estima-se que são significativos os valores monetários e sociais implicados. Há bens e serviços que têm relevância social, mas não podem ser prontamente valorados em termos econômicos. Entretanto, a logospirataria nada poupa, incidindo avidamente sobre povos nativos e populações tradicionais, bens e serviços ambientais.

A prática logospirata alcança não apenas recursos, serviços, saberes naturais e tradicionais, vivos e inanimados, como a exemplo da água e de minerais, mas também o trabalho humano, por meio da exploração irregular, abusiva e indevida.

A soberania sofre os impactos desse processo desintegrador de culturas, comunidades tradicionais e impacta há séculos a região, atualizado nos dias atuais por meio da apropriação indevida e da patrimonialização de recursos genéticos e de conhecimentos tradicionais via patentes.

Enquanto o direito público e também os negócios jurídicos de natureza privada não instituem políticas e dispositivos legais inibidores do saque e apropriação indevida de recursos e conhecimentos tradicionais (CT's) nem se fomenta o desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas para melhor aproveitamento das biotecnologias da Amazônia, vai-se assistindo impotentemente a logospirataria neocolonial de plantas, de animais silvestres, de princípios ativos, de CT's de procedência da floresta amazônica sem maiores consequências, em particular por via de requerimento e concessão de registros de patentes, como se pode verificar a seguir:

Patentes sobre produtos das plantas amazônicas requeridas em diversos países desenvolvidos:

Produto	Número de Pater	Países
Castanha do Pará	72	USA
Andiroba	2	França, Japão, EU, USA
Ayahuasca	1	USA (1992001)
Copaíba	3	França, USA, WIPO
Cunaniol	2	EU, USA
Cupuaçu	6	Japão, Inglaterra, EU
Curare	9	Inglaterra, USA
Espinheira Santa	2	Japão, EU
Jaborandi	20	Inglaterra, USA, Canadá, Irlanda, Itália, Bulgária, Rússia, Coreia do S
Amapaloe	3	Japão
Piquiá	1	Japão
Jambu	4	USA, Inglaterra, Japão, EU
Sangue de dragão	7	USA, WIPO
Tipir	3	Inglaterra
Unha de gato	6	USA, Polônia
Vacina de sapo	10	WIPO, USA, EU, Japão

Fonte: Nota World Intellectual Property Organization (WIPO)

Alguns desses registros de patentes chegaram a ser questionados e invalidados, mas a grande maioria, sem resistência, seguiu normalmente o trâmite de registro na entidade reguladora e obteve os direitos para exploração comercial sem arcar com responsabilidades para com a compensação dos povos e comunidades que desenvolveram o respectivo conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, para com a repartição de benefícios voltados à conservação e uso sustentável da própria diversidade biológica, e para com a compensação do Estado soberano que representa os mencionados provedores de conhecimento tradicional na esfera jurídica internacional.

A logospirataria vem se difundindo, enriquecendo os logospiratas, em detrimentos de Estados soberanos, sociedades, povos indígenas e populações tradicionais, especialmente considerando o contexto de escassez cada vez maior de certos recursos ambientais e o modelo de globalização que não se incomoda com o saque e a pilhagem sobre bens e serviços nem com o trabalho reduzido à condição análoga a de escravo ou fruto de relações precarizadas.

Tendo em conta os crescentes apelos pela realização da justiça e pelo direito de ressarcir a fonte provedora dos recursos ambientais e dos conhecimentos tradicionais associados ao uso da biodiversidade, bem como a dignidade do trabalho humano da soberania estatal, suscita-se a possibilidade de criação de um tipo penal que enquadre a logospirataria como grave delito contra os direitos da sociodiversidade e do meio ambiente natural, cultural e do trabalho. Ao lado da medida criminalizadora, importa por certo o imprescindível planejamento e investimento em pesquisa científica e inovação tecnológica, sem o que a mencionada medida penalizadora tende a perder o objeto.

A problemática da soberania frente à logospirataria, em que pese a versão regional, vinculam a Amazônia brasileira a problemas que ocorrem em praticamente toda parte, todo lugar do planeta. Não são coisas que acontecem apenas na região amazônica, mas aqui assumem por vezes dimensões dramáticas, violentas e impactantes, tal como as situações de redução à condição análoga a de escravo que persistem, a pilhagem de recursos naturais e a apropriação indevida dos conhecimentos tradicionais associados ao uso da biodiversidade. São graves eventos que manifestam claramente, enfim, a violação à soberania diante da prevalência do logospirata, impactando nocivamente a política, a economia, o processo de formação cultural e institucional do país.

5. Considerações finais

As impactantes consequências da logospirataria se projetaram por toda parte, alcançando também a soberania nacional sobre a Amazônia brasileira.

Diversos e nocivos desdobramentos resultaram desse histórico (des)encontro para as populações amazônicas com a logospirataria, impactando a soberania nacional: escravidão, imposição de modelos coloniais, exploração indevida da força de trabalho de povos amazônicos, saques de recursos naturais (produtos e artigos tropicais chamados drogas do sertão) e de conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade desenvolvidos por populações e comunidades amazônicas, doenças que dizimaram grupos e povoações indígenas, dentre outros efeitos nocivos.

A logospirataria continua a se manifestar e a impactar a soberania brasileira na Amazônia Legal, sob as mais distintas formas de processos danosos ao meio ambiente e aos direitos da sociodiversidade na região. Os mais frequentes assumem as seguintes configurações sociais:

a) na exploração irregular do trabalho humano ou redução à condição análoga a de escravo;

b) na apropriação indevida de recursos naturais e da biodiversidade;

c) no saque ou pilhagem de conhecimentos tradicionais associados, criados e desenvolvidos por distintos grupos e comunidades nativas;

d) nos impactos causados pela atividade mineradora ou extrativismo mineral;

e) no esquecimento, perda e erradicação de práticas, costumes e tradições simbólicas da Amazônia (folclore, lendas, festas);

f) na radicalidade das expressões de violência e de eventos de criminosos na região;

g) na produção de quantidade significativa de resíduos sólidos, falta de destino e tratamento adequado aos mesmos, situação essa que reflete também os efeitos do lixo simbólico, inclusive daqueles que tentam diminuir ou desmerecer as tradições e culturas regionais;

h) corrupção e desassistência por parte do Estado, nacional e regional, para lidar e enfrentar situações de crise sanitária, social, econômica e de segurança pública, sobretudo por conta da gradual desestruturação de serviços públicos essenciais, o que vem impactando gravemente as populações na Amazônia, em especial a partir do ano de 2020, considerando os efeitos da pandemia do novo coronavírus (covid-19);

i) a desestruturação, desaparecimentos e obstáculos à atuação de órgãos, conselhos, entidades e organizações encarregadas de fiscalizar e combater crimes ambientais, atividades poluidoras, degradantes, o trabalho em condições análogas a de escravo e outras espécies de processos logospiratas na região amazônica.

Essas são certamente as principais formas de manifestação da logospirataria nos dias atuais na Amazônia Legal brasileira, o que permite constatar a necessidade de pesquisas ainda mais abrangentes e aprofundadas sobre a problemática dos impactos da logospirataria sobre a soberania na região, cabendo ressaltar, por fim, os seguintes aspectos:

A lógica dos conhecimentos, das técnicas e das ciências hegemônicas, impostas praticamente como as únicas expressões de saberes consideradas válidas, movidas pelas demandas de modelos econômicos e políticos viciados na logospirataria, tenta desprestigiar, desmerecer e tentam desautorizar outras formas de saberes, de conhecimentos, de técnicas e de práticas oriundos de tradições não ocidentais. Tais espécies de racionalidades socialmente diversificadas sofrem a pressão reducionista, fragmentadora e homogeneizadora da racionalidade ocidental, que tenta se colocar como a única possibilidade epistemológica – monocultura de saberes segundo Boaventura Santos, sobretudo por via do conhecimento científico. Por vezes, verificam-se até mesmo certas abordagens destinadas a ridicularizar ou denegrir costumes e saberes tradicionais enraizadas nos modos de vida de populações tradicionais da Amazônia. (PONTES FILHO, 2017, p. 272)

6. Referências

- AB'SÁBER, A. N. Bases para o estudo dos ecossistemas da Amazônia brasileira. Revista do Instituto de Estudos Avançados. São Paulo, USP, v. 16, n° 45, p. 7-30, 2002.
- ANDRADE, João Bosco Ladislau de. Lixo & Arte. In: Somanlu: Revista de Estudos Amazônicos. Ano 5, n.2, jul./dez. 2005. Manaus: Edua/Ufam, 2005.
- AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 41ª ed. Porto Alegre: Globo, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política. 3a.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BATISTA, Djalma. O Complexo da Amazônia – Análise do processo de desenvolvimento. 2ª. ed. Manaus: editora Valer, Edua e Inpa, 2007.
- BAUMAN, Zigmunt. Globalização: consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BECKER, Bertha K. Amazônia. 3. São Paulo: Ática, 1994.
- _____. Estado, nação e região no final do século XX. In: D'INCAO, Maria A. e SILVEIRA, Isolda M. A Amazônia e a crise da modernização. Belém: Museu paraense Emílio Goeldi, 1994b.
- BOBBIO, Noberto et al (org.) Dicionário de Política. 4a. ed. Brasília: Edunb, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). SP: ed. Saraiva, 2010.
- DALLARI, Dalmo de A. Elementos de Teoria Geral do Estado. 5ª ed. SP: Saraiva, 1979.
- DANTAS, Fernando et al. A necessidade de tutela penal contra a biopirataria na Amazônia. In: Hiléia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia. Ano 6-7, no. 11-12. UEA, 2008.
- FREIRE, José Ribamar Bessa. A Amazônia Colonial (1616-1798). 5ª ed. Manaus: editora Metro Cúbico, 1994.
- GOMES, S. M. e CHAVES, M. do P. S. R. Patrimônio genético: implicações jurídicas relativos ao direito de acesso. In: FILHO, Guajarino et al. Biotecnologia e (Bio)Negócio no Amazonas. Manaus: Edua, 2015.
- HANS, Kelsen. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3a. ed. SP: Martins Fontes, 1998.
- IANNI, Octavio. Teorias da globalização. 5ª. ed. RJ: ed. Civilização Brasileira, 1999.
- JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Buenos Aires: ed. Albatroz, 1954.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. O pensamento selvagem. 8ª. ed. Campinas, SP: editora Papirus, 2008.
- OLIVEIRA, Adélia Engrácia de. Ocupação Humana. In: SALATI, Enéias (org.). Amazônia: desenvolvimento, integração, ecologia. São Paulo: Brasiliense/CNPq, 1979.

PONTES FILHO, Raimundo P. Logospirataria na Amazônia. Lisboa, Portugal: Chiado editora, 2017.

REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 20a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social e outros escritos. SP: Editora Cultrix, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A gramática do tempo: para uma nova cultura política. 3ª. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 17a ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SHIVA, Vandana. Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

Legislação consultada:

1. Constituição Federal/88 (www.senado.gov.br)

2. Lei n°. 6938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) - www.senado.gov.br

3. Lei n°. 9433/97 (Política Nacional de Recursos Hídricos) - www.senado.gov.br

4. Lei n°. 4771/65 (Código Florestal) - www.senado.gov.br

5. Lei n°. 5197/67 (Código da Fauna) - www.senado.gov.br

6. Lei n°. 8.974/95 (Biossegurança) - www.senado.gov.br

7. Lei da biodiversidade. Lei n° 13.123/2015. Disponível em <www.planalto.gov.br>.

8. Lei n°. 9605/98 (Lei de Crimes Ambientais) - www.senado.gov.br

9. Tratado de Cooperação Amazônica sobre recursos hídricos. (TCA) - www.senado.gov.br

10. CDB/92. Convenção da Diversidade Biológica, 1992 - www.senado.gov.br

11. WIPO – World Intellectual Property Organization/Organização Mundial da Propriedade Intelectual, OMPI – (www.wipo.it).



Laura Maria Santiago Lucas



DESIGUALDADE DE GÊNERO NA COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS DE ADMINISTRAÇÃO. UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES.

Laura Maria Santiago Lucas¹

Resumo

Este artigo visarealizar um breve estudo acerca da origem e conceito do Compliance, apontar asua projeção global, a inclusão do instituto nas leis brasileiras e apresentar as principais referências legislativas em níveis nacionais e internacionais. Em seguida pretende-se realizar um pequeno ensaio sobre a origem dos Conselhos Administrativos, quais os motivos que influenciaram sua criação, como são compostos, seus principais objetivos e sua relação com os programas de Compliance e governança. Serão demonstrados dados acerca da composição de gênero nos conselhos de administração. Por fim, pretende-se demonstrar ainda que o respeito aos direitos humanos se constitui em obrigação não apenas de governo, mas de toda a sociedade, inclusive das empresas. Pretende-se após a análise dos dados atuais acerca da ocupação de mulheres nos Conselhos de Administração verificar se existe violação aos direitos humanos das mulheres e se a participação feminina nesses cargos se coaduna com os objetivos elencadas na agenda da ONU para o desenvolvimento sustentável, sobre os quais há um compromisso global para atingimento.

Palavras-chave: Compliance. Direitos Humanos. Paridade de Gênero. Conselhos de Administração. Feminismo.

Abstract

This article aims to conduct a brief study on the origin and concept of Compliance, point out its global projection, the inclusion of the institute in Brazilian laws and present the main legislative references at national and international levels. Like wise, it is intended to conduct a small study on corporate governance that increasingly gains strength with investors. Next, it is intended to conduct a small essay on the origin of the Administrative Councils, what are the reasons that influenced their creation, how they are composed, the main objectives and the relationship with compliance and governance programs. Data on gender composition will be shown on boards of directors. Finally, it is also intended to demonstrate that respect for human rights is an obligation not only of government, but of the whole society, including companies. It is intended after the analysis of current data on the occupation of women on the Boards of Directors to verify whether there is a violation of women's human rights and whether women's participation in these positions is in line with the objectives listed in the UN agenda for sustainable development, on which there is a global commitment to achieve.

Keywords: Compliance. Human rights. Gender parity. Boards of Directors. Feminism.

¹ Advogada. Mestranda em Função Social do Direito na FADISP/SP. Graduada em Direito pela Uninorte/AM.E-mail: laura@lauralucasadv.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1119823606330746>

O Presente artigo visa, inicialmente, realizar um breve estudo acerca da origem e conceitudo Compliance, apontar asua projeção global, a inclusão do instituto nas leis brasileiras e apresentar as principais referências legislativas em níveis nacionais e internacionais.

Embora o instituto do Compliance tenha raízes norte americanas, pode se dizer que as empresas têm incorporado cada vez mais a cultura deste instituto, haja vista o movimento global para atingimento das metas e objetivos estabelecidos pela ONU na agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.

De igual modo a governança corporativa cada vez mais ganha forças junto aos investidores que se encontravam insatisfeitos com o desempenho de algumas empresas. “A boa governança corporativa proporciona aos proprietários (acionistas ou sócios), mais valor, principalmente através dos conselhos de administração”. (CARVER, 2011)

No segundo capítulo pretende-se realizar um pequeno ensaio sobre a origem dos Conselhos de Administração, quais os motivos que influenciaram sua criação, como são compostos, principais objetivos e sua relação com os programas de Compliance e governança.

No terceiro capítulo pretende-se apontar dados de como na atualidade estão compostos os conselhos de administração no que concerne à participação feminina. Ora, se os programas de Compliance e governança têm como pilares os direitos humanos, imprescindível que no ambiente corporativo seja respeitada a paridade de gênero, inclusive na composição de seus conselhos, sob pena de ser considerado grave violação de direitos humanos.

No quarto capítulo, pretende-se demonstrar ainda que o respeito aos direitos humanos se constitui em obrigação não apenas de governo, mas também devem ser respeitados no ambiente cooperativo.

Os Conselhos de Administração têm por objetivo minimizar a condenação das empresas em crimes a partir de sua dimensão, composição e diversidade, logo implementar programas de Compliance, que têm como escopo estar em consonância com as legislações e regulamentos internos e externos das organizações implica em estar alinhada aos direitos humanos, sobretudo das mulheres.

Pretende-se após a análise dos dados atuais acerca da ocupação de mulheres nos Conselhos de Administração verificar se existe violação aos direitos humanos das mulheres e se a participação feminina nesses cargos se coaduna com os objetivos elencadas na agenda da ONU para o desenvolvimento sustentável, sobre os quais há um compromisso global para atingimento, inclusive no ambiente cooperativo.

1. Compliance: Origem, história, conceito e aplicação.

O berço do Compliance é os Estados Unidos e surge como uma resposta às práticas antiéticas baseada na “criação de normas que visam impedir ou minimizar as consequências econômico-sociais desta prática”. (JOBIM, 2018, p. 19).

Desta feita, para que se possa compreender o instituto, imprescindível que sejam analisados os fatos sociais que originaram seu significado, haja vista que sua gênese tem característica multidisciplinar, multicultural e se baseia em doutrina internacional e nacional.

O Interstate Commerce Commission (ICC), considerado ponto de partida para regulação das tarifas de transporte, o Movimento Progressista de 1890-1920 que se insurgiu a favor da eliminação da corrupção como também para a melhor eficiência governamental, a era marcada pela Depressão e o “New Deal” dos anos de 1930 que criou leis importantes como “The banking Act of 1935” e o “Securities Acts de 1933 e 1934”, todos esses instrumentos são marcos normativos para o Compliance nos Estados Unidos.

A era do Compliance, assim denominada nos anos cinquenta, se deu em virtude de uma crise de governança corporativa em que as empresas resolveram assumir uma série de condutas éticas responsáveis no que tange a gestão econômica e financeira. Como exemplo a empresa americana Prudential Securities contratou advogados para supervisão, acompanhamento da legislação e monitoramento das atividades de valores imobiliários.

Na década seguinte, são editadas pela Agência de Proteção Ambiental Americana, leis acerca da sustentabilidade, entre elas: The Clean Water Act e a The Clean Air Act.

Mas, o movimento que revolucionou o Compliance, ocorreu no fim do século XX, com o escândalo financeiro de Watergate, no governo do presidente Nixon, em que veio à tona uma série de escândalos envolvendo empresas.

Diante deste cenário, vários países adotaram mecanismos internos de controle, no afã de alinhar os interesses corporativos, aos de governo e as legislações existentes. Promulgada com este objetivo, a Lei norte americana Foreign Corrupt Act de 1977, tipificou como crime “os pagamentos realizados a funcionários públicos no exterior, destinados a obtenção ou manutenção de negócios” (JOBIM, 2018, p. 21). Os crimes definidos na lei seriam punidos com prisão, bloqueio de créditos e indenização da empresa e empregados.

Registre-se, contudo, que a Lei Foreign Corrupt Act destinava-se, especificamente, às empresas de Mercado de Valores, às demais empresas recomendavam-se apenas as boas práticas no que dizia respeito às questões contábeis.

A lei americana mais importante de governança e Compliance é Sarbanes – Oxley Act de 2002 (SOX) que determina:

As empresas cujas ações são comercializadas na bolsa americana ou que sejam comprometidas com informações da SEC (Securities and Exchange Commission) devem adotar as melhores práticas contábeis, recomendando a contratação de compliance officers, com o objetivo de estabelecer procedimentos internos de controle, treinamento de pessoas e monitoramento do cumprimento dos procedimentos estabelecidos”. (JOBIM, 2018, p.21)

Foi com a crise financeira de 2007, que desencadeou a “Bolha” no mercado financeiro e gerou uma preocupação com o gerenciamento, regulamentação e monitoramento do sistema financeiro com um todo, bem como a transição do sistema empresarial agora formado pelos acionistas, que levou à conclusão acerca da necessidade de maior controle do gerenciamento corporativo.

Em nível internacional, ainda em 1975, a criação do Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão – BCBS (Basel Committee on Banking) com sede na Suíça representa a preocupação de se criar práticas que pudessem sanear o sistema monetário. Neste sentido são publicados vinte e cinco princípios objetivando a supervisão bancária eficaz, em 1987.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção da OEA – Organização dos Estados Americanos) teve como objetivo a prevenção, detecção e punição da corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção vinculados ao seu exercício. A referida Convenção foi promulgada no Brasil, em 2002.

Outro documento internacional de igual relevância é a Convenção sobre o Combate a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (Convenção da OCDE). Além dele tem-se a Convenção Contra a Corrupção (CNUCC) e o encontro da Cúpula do Milênio que ocorreu em Nova York, onde 189 países, pactuaram metas e objetivos visando o combate à pobreza e outros males da sociedade.

No ano de 2015 foi aprovada a Agenda da ONU para 2030 em que foram estabelecidas metas de desenvolvimento sustentável. Os objetivos e metas traçados na resolução da ONU implicam em um movimento de chamada de responsabilização e comprometimento de toda a sociedade, incluindo governos, pessoas, empresas. Registre-se que esse comprometimento se coaduna com a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social (Declaração EMN – adotada pelo Conselho de Administração da OIT). Rosana Jobim, em sua obra Compliance e Trabalho, destaca:

Destaca-se no item 8 da Política Geral da referida Declaração por falar expressamente no dever de respeito aos direitos dos Estados soberanos, de observância das leis e regulamentos nacionais de práticas locais e do respeito as normas internacionais aplicáveis, demonstrando o fortalecimento da cultura compliance e que o papel das empresas ultrapassa o objetivo da geração de riqueza, direcionando-se a distribuição harmoniosa de prosperidade, com sensibilidade do coletivo e dos valores éticos. (JOBIM, 2010, p. 25.)

No Brasil, pode-se perceber que a implementação do Compliance se deu em um momento de revelação de inúmeros escândalos corporativos, entre eles: Papa – Tudo (1994/1995), fraude do Banco Nacional (1995) e o emblemático caso do Banco Panamericano (2010). Diante desse cenário, merece destaque a “Declaração de responsabilidade do auditor interno” pelos Auditores Internos do Brasil que definiu a função do auditor, a criação da Comissão de valores Mobiliários (CVM) com o objetivo de normatizar procedimentos contábeis e o trabalho de auditores das organizações de capital, por intermédio da Lei 6.385/76.

Nesse diapasão são promulgadas as seguintes leis nacionais: a respeito de Crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, a Lei 96313/98; a Resolução n. 2554 do Conselho Monetário Nacional que dispõe sobre a implementação do sistema de controles internos; a lei de lavagem de Capitais – lei 9613/98, alterada pela lei 12.683/12; a Lei Anticorrupção, lei 12.846, regulamentada pelo decreto 8420/2015. Essas legislações têm em comum, a absorção de deveres de Compliance.

Considera-se, inclusive, que a lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) contribuiu para a implementação de controles internos e de programas de Compliance, na medida em que estabelece responsabilidade objetiva para as pessoas jurídicas envolvidas.

Apesar de não haver um Direito Global de Compliance, não resta dúvidas de que alterações legislativas no mundo inteiro absorvem cada vez mais as ideias do programa e no Brasil, face à previsão de responsabilidade das empresas envolvidas em atos de corrupção, nasce a visão corporativa de combate à corrupção, de atuação empresarial norteada por valores éticos de modo que possa garantir a confiança de investidores e trazer benefícios a toda a sociedade.

A Revista Empresa e Direitos Humanos, da ONG brasileira Conectas Direitos Humanos, criou um grupo de Trabalho, criado pela resolução A/HRC/17/4 do Conselho de Direitos Humanos de 6 de julho de 2011. A referida revista ao analisar o item 8 da Política Geral da Declaração Tripartida de Princípios sobre empresas Multinacionais e Política Social (OIT) afirma que se faz necessário abordar a questão das empresas e os direitos humanos a partir de uma perspectiva ampla, que assegure uma coerência política nacional, tanto vertical como horizontal.

A coerência política vertical requer que os Estados disponham de políticas, leis e processos necessários para implementar as obrigações provenientes das normas internacionais de direitos humanos. A coerência política horizontal consiste em apoiar e equipar aos departamentos e organismos, tanto em nível nacional como subnacional, que orientam as práticas empresariais, em especial no âmbito do direito empresarial, da regulamentação do mercado de valores, o investimento, os créditos à exportação, os seguros de exportação, o comércio e a atividade trabalhista, a fim de mantê-los informados e de que atuem de maneira compatível com as obrigações de direitos humanos assumidas pelo Estado. (Revista Empresa e Direitos Humanos, p. 24)

Embora haja uma imprecisão conceitual, pode dizer que o artigo 7º da Lei brasileira 12.846/2013 que versa sobre a responsabilização da pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração, traz em seu bojo procedimentos afeitos ao conceito de Compliance.

A mencionada legislação considera que na aplicação da sanção, deve ser verificada a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator, o grau de lesão ou perigo de lesão, o efeito negativo produzido pela infração, a situação econômica do infrator e a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, e ainda a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica. (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 9 nov. 2021).

No inciso VIII do artigo 7º da Lei 12.846/2013 fica clara a existência de procedimentos e condutas previstas nos programas de Compliance e o Decreto 8420/2015, que mais tarde veio a regulamentar a Lei 12.846/2013 vai ao encontro dos procedimentos de Compliance, como se verifica no trecho do artigo transcrito abaixo:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. (Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em: 9 nov.2021).

De igual modo a Lei 9613/1998 que versa sobre os crimes de lavagem de dinheiro também estabelece a obrigatoriedade de mecanismos internos de integridade a serem criados e observados pelas organizações.

Como visto, o Compliance tem origem norte americana, porém rapidamente foi difundido em nível global e absorvido pelo ambiente corporativo, após a constatação de que se fazia necessária a adoção de procedimentos que contribuíssem para o cumprimento de procedimentos internos que estivessem em sintonia com as legislações internas e externas, inclusive aquelas afeitas aos direitos humanos.

Em síntese pode-se concluir que o Compliance pode ser entendido “como um conjunto de medidas e procedimentos que visam prevenir e sancionar atos contrários às regras (subjetivas e objetivas), objetivando um desenvolvimento econômico pautado na ética”. (ROLIM, 2019, p. 12).

2. Conselhos administrativos. Origem, conceito, composição, objetivos e dimensão pluralista e sua relação com as regras de compliance e governança:

A figura dos Conselhos Administrativos nasce em meio a:

“um movimento de transferência de capital das empresas, de uma atomização de acionistas individuais para a concentração em acionistas institucionais (instituições financeiras que controlam grandes lotes de ações, próprias ou resultantes das posições individuais de seus clientes). Assim aumentou a importância e o poder que estes accionistas exercem no controle sobre a gestão de empresas. (PARRAT, apud RODRIGUES, 2010, p.13.

O conselho, em linhas gerais, corresponde a um elo entre os proprietários (investidores) e administradores, dirigindo e controlando a empresa. É como se houvesse uma outorga de autoridade dos proprietários aos conselheiros para que estes atuem como microcosmo dos proprietários como define, John Carver.

O Conselho de administração “não é um órgão de gestão suplementar, mas um órgão de controle interno, o qual tem por finalidade controlar e ratificar as decisões de gestores funcionais e informar as partes interessadas sobre o andamento dos negócios”. (RODRIGUES, 2010, p. 20).

O movimento de separação da propriedade e a da gestão da empresa, que decorreu inicialmente da crise acentuada com a Depressão nos Estados Unidos em 1929, e da necessidade de maior controle dos acionistas de seu patrimônio, avança para interesses mais nobres.

Os conselhos de administração passam a não ter relevância apenas à liderança empresarial, mas também desempenham papel importante frente aos interesses da sociedade. Essa visão nasce sobretudo diante do Pacto Global, trazido pela agenda da ONU em que propõe às empresas privadas a conscientização acerca de ações que devem assumir em seus respectivos âmbitos de atuação para a garantir às futuras gerações de um mundo de paz, habitável e mais justo. Nesse sentido:

“A importância da conformação de uma cultura empresarial ética voltada também à consolidação do desenvolvimento das operações corporativas sempre com bases inspiradas pela consideração aos impactos sobre a sociedade, especialmente sobre os grupos vulneráveis e desprovidos de tomada de decisões”. (PEREIRA, 2021, p. 100).

A eficiência de um conselho está ligada à sua dimensão, composição, diversidade de competências individuais, indicadores de avaliação internos, que contribuem em última instância para reduzir a discricionariedade de seus membros.

Segundo, Rodrigues é esta a origem do Conselho como um novo órgão de governo das sociedades, e assim descreve: “Os membros desempenham papel de mediadores, cujo conhecimento é legitimado pela deontologia (grifo nosso), e que assegura o controle sobre o poder exercido pelos tecnocratas”. (RODRIGUES, 2010, p. 14)

Os conselhos administrativos, além de possuírem abordagem financeira e administrativa, possuem uma abordagem pluralista de governabilidade que consiste em:

“A função do conselho de administração não se limita a vigiar gestores em favor dos acionistas. Ele intervém para proteger o conjunto das relações potenciadoras de criação de valor, preserva e incrementa o carácter produtivo do nó de contratualizações seja através da garantia de uma repartição suficientemente equitativa e incentivadores entre os diferentes constituintes organizacionais seja através de conhecimento trazido específico que traz para a organização”. (RODRIGUES, 2010, p. 48)

Para atender essa abordagem pluralista, imperioso que a composição dos conselhos apresente diversidade em sua composição. Um conselho com composição mista e diversificada constitui-se em mecanismos eficaz de governabilidade na organização e atende uma perspectiva continental estabelecida inclusive na OCDE 2004 – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, que como dito no item anterior constitui-se em um dos arcabouços legislativos dos programas de Compliance. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato:

“Também a governança é elemento componente da concepção compliance em direitos humanos, na medida que traduz o modo pelo qual se dá articulação dos instrumentos de gestão para que alcance o melhor resultado possível na consecução dos objetivos empresariais e sociais” (COMPARATO, 2021, p. 159)

Como dito, o conselho se localiza entre os interesses dos proprietários e a administração, essa é a sua principal característica que o distingue das demais funções da empresa, porém a mais importante está afeta à autoridade do conselho e sua influência no grupo. Esta característica atinge maior relevância quando associada a política de Compliance e governança que orientam a empresa.

A governança possui estreita relação com as ferramentas de Compliance na medida em que:

“A governança opera num nível que transcende as questões correntes e as tradições específicas da empresa e eleva as pessoas a um nível conceitual superior, onde a responsabilidade pode ser vista com maior clareza. Governar requer – e – gera uma paixão pela liderança, uma liderança não somente sobre os outros como também em nome dos outros”. (CARVER, 2011)

Assim, na governança, o valor maior dos conselhos está em seu todo. Individualmente, os integrantes são apenas parte, cada um com sua história pessoal, e que se constituem em ingredientes das decisões do grupo. Na deliberação dos conselhos o que deve prevalecer é a sabedoria coletiva.

Ao término deste pequeno ensaio sobre a origem e conceito dos conselhos Administrativos, pode-se concluir que além de um elo entre investidores e administradores, os conselhos de administração se constituem em um mecanismo de redução de discricionariedade dos seus gestores e são como uma espécie de ferramenta de preservação dos valores institucionais, alinhados às regras de Compliance e governança eficientes, o que implica na diversidade de sua composição.

3. Ocupação de mulheres nos conselhos de administração. Análise de dados:

O ambiente corporativo não é um lugar isolado à margem da sociedade e que possui valores internos desconectados da sociedade. No ambiente empresarial repetem-se comportamentos e se concentram indivíduos desiguais que trazem consigo uma bagagem sociocultural complexa e diversa.

Desta feita, a coletividade de uma organização, representa a sociedade com toda a sua diversidade dentro de um espaço geográfico menor. Neste ambiente as desigualdades socioculturais e econômicas podem se potencializar ou podem, de acordo com as estratégias e os valores internos da empresa, impactar de forma positiva visando a redução das desigualdades.

No que concerne aos direitos humanos das mulheres, o ambiente empresarial ainda tem muito a evoluir no que tange a paridade de gênero. Apesar de toda a preocupação em implementação dos programas de Compliance e governança que possuem como pilares os princípios da Declaração de Direitos Humanos e os compromissos assumidos pela agenda da ONU, na prática, não se identifica resultados muitos animadores.

No Brasil, existe a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central do Brasil (BACEN) que se constituem em autoridade regulamentadora sobre os intermediários financeiros.

A CVM é responsável pela conduta de negócios e pela regulação do mercado de intermediários e outros mercados secundários. As leis que disciplinam a CVM são: Lei 6.385/76 (“Lei da Comissão de Valores Mobiliários” e subsequentes alterações) e a Lei 6.404/76 (“Lei das Sociedades por Ações”). A Lei 6.385/76 determina por exemplo que:

Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários: I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; II - administrar os registros instituídos por esta Lei; III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; IV - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório. § 1º O disposto neste artigo não exclui a competência das Bolsas de Valores, das Bolsas de Mercadorias e Futuros, e das entidades de compensação e liquidação com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados. § 2º Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal. (grifo nosso)

A Comissão está mais ligada ao registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados mediante a Instrução ICVM 480/09 que fora substituída pela ICVM 586/17. No âmbito das boas práticas cooperativas, a referida instrução normativa, recomenda no parágrafo 1º do artigo 29:

Art. 29-A. O informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa - Companhias Abertas é o documento eletrônico cujo conteúdo reflete o Anexo 29-A. § 1º O emissor registrado na categoria A autorizado por entidade administradora de mercado à negociação de ações ou de certificados de depósito de ações em bolsa de valores deve entregar o informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa - Companhias Abertas, em até 7 (sete) meses contados da data de encerramento do exercício social. (grifo nosso)

A criação do informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa das Companhias Abertas e as modificações incluídas no Formulário de Referência facilitam a divulgação das práticas e procedimentos internos de integridade adotados para prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira e ampliam a transparência da organização.

As empresas de controle acionário estatal estão regulamentadas pela lei 13.303/16, conhecida como a Lei das Estatais. A lei disciplina a função social de empresas públicas e sociedades de economia mista, estabelecendo regras de governança corporativa.

Face ao acesso a esses dados, a Revista Brasil Board Index publicada pela Spencer Stuart, empresa dedicada ao estudo e informação de dados empresariais e com participação ativa em governança, apresentou em 2020 dados pouco animadores acerca da ocupação de mulheres nos Conselhos de Administração no Brasil. Em análise dos dados apurados de 2015 a 2020, percebe-se que as mulheres têm participação incipiente nos Conselhos de Administração:

Diversidade de gênero

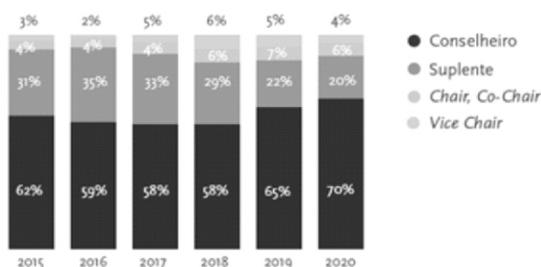
As 184 mulheres em Conselhos representam apenas 11,5% do total de membros, um avanço de 10% sobre o ano anterior e de 60% sobre 2015. Os Conselhos de Novo Mercado têm a maior representatividade de mulheres (11,7%), praticamente o mesmo percentual geral, em comparação com o Nível 1 (10,8%), que apresenta percentual 6% abaixo da média geral.

Diversidade de gênero	Novo Mercado	Nível 2	Nível 1	Total
Mulheres	134	24	26	184
Homens	1014	185	215	1414
Total de membros	1148	209	241	1598

Comparação internacional: Mulheres em Conselhos, Brasil e países por região

	Brasil	América do Sul	América do Norte	Europa e Oriente Médio
Mulheres em Conselhos	11,5%	6,8% a 7,2%	24% a 27,4%	7,9% a 45,6%

Conselheiras por posição, no período



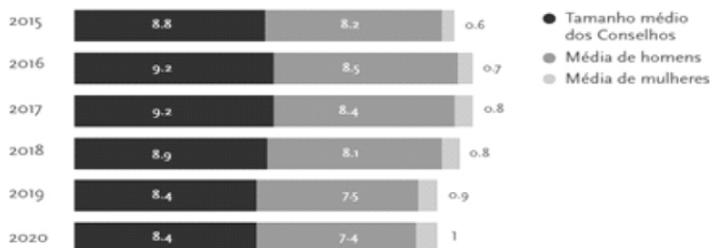
Comparação internacional: Mulheres como Chairs de Conselho, Brasil e países por região

	Brasil	América do Sul	América do Norte	Europa e Oriente Médio
Mulheres como Chairs de Conselho	6%	0 a 1,8%	4,1% a 8%	0 a 42%

Os dados para os intervalos regionais foram retirados dos Board Indexes 2019. Os dados brasileiros referem-se a 2019. O Intervalo Sul Americano inclui: Chile e Peru. O Intervalo Norte Americano inclui: Canadá, México e EUA. O último intervalo inclui: Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Itália, Holanda, Noruega, Polónia, Rússia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia e o Reino Unido. Para dados mais detalhados e atualizados, visite <https://www.spencerstuart.com/research-and-insight/international-comparison-chart>

	Novo Mercado	Nível 2	Nível 1	Total
Média de mulheres por Conselho	0,9	1,1	1,0	1,0
Média de homens por Conselho	7,1	8,9	8,2	7,4
Tamanho médio dos Conselhos	8,0	10	9,3	8,4

Número médio de Homens e Mulheres em Conselhos, no período



Setor econômico	Novo Mercado	Nível 2	Nível 1	Total
Bens de Consumo & Serviços	1,2	1,0	1,0	1,2
Educação, Organizações sem Fins Lucrativos & Governo	0,8	-	-	0,8
Indústria	1,1	1,5	0,9	1,1
Saúde	0,6	-	-	0,6
Serviços Financeiros	0,6	0,6	1,1	0,7
Tecnologia, Mídia & Telecomunicações	0,7	-	2,0	0,8
Média de mulheres por Conselho	0,9	1,1	1,0	1,0

BRASIL, Board index. p. 26-29, Disponível em https://www.spencerstuart.com/-/media/2021/september/2020_brasil_spencer_stuart_board_index.pdf, acesso em 15 de nov.2020).

Pelos dados acima apresentados chega-se a algumas conclusões. Primeiro que pela primeira vez as mulheres ocupam o percentual de 11,5% do total de conselheiros. Segundo que o Brasil ainda está muito atrasado em nível mundial em relação a participação feminina em Conselhos de Administração.

Terceiro, que embora se perceba um aumento de mulheres como novas conselheiras em 2019, correspondendo aumento de 40%, é possível identificar ainda que, a média na composição dos Conselhos é de apenas uma mulher para cada 7,4 homens e o pior, que mais de metades dos conselhos apresentam apenas uma mulher em suas composições.

Conclui-se também que empresas de serviços possuem maior percentual de mulheres, enquanto a área da saúde possui menos participação feminina em seus conselhos. Este dado leva a autora a despertar para a necessidade de realizar uma nova pesquisa que seria a comparação de dados entre a ocupação de mulheres no setor de saúde e sua participação nos órgãos de gestão. Porém, devido a limitação do tema, ficará para uma outra oportunidade.

Lamentavelmente os dados apontaram desigualdade de gênero na composição dos conselhos administrativos, que refletem, como dito acima, as mesmas desigualdades e violações de direitos encontradas na sociedade, porém em uma dimensão localizada.

4. Desigualdade de gênero na composição dos conselhos de administração. Violação aos direitos humanos:

Como se viu nos itens anteriores o ambiente corporativo principalmente daquelas empresas que possuem grande volume de investimento, adotaram medidas no Brasil e no mundo, visando minimizar riscos de operação e garantir maior segurança aos seus acionistas e investidores.

As empresas, em um mercado global, com produtos e consumidores globalizados, precisam se basear em pilares concernentes com o respeito aos direitos humanos. Neste sentido, Fábio Konder, traz um quadro de normais gerais estabelecidos pelo Escritório do alto comissariado das Nações unidas para os Direitos Humanos para ajudar as empresas a agir de acordos com os direitos humanos:

Normas Internacionais Protetivas dos Direitos Humanos Importantes para um Bom Programa Corporativo de <i>Compliance</i> em Direitos Humanos
a) <i>Declaração Universal dos Direitos Humanos</i> ;
b) <i>Pacto Internacional dos Cívics e Políticos, de 1966</i> ;
c) <i>Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966</i> ;
d) <i>Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990</i> , e demais Convenções (como para combate a todas as formas de discriminação contra a mulher; contra o racismo; para proteção da pessoa com deficiência etc.);
e) Convenções da Organização Internacional do Trabalho;
f) Declaração da OTI sobre os Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho;
g) Diretrizes multilaterais, como as Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais e a Declaração Tripartite de Princípios da OIT sobre Empresas Multinacionais;
h) Iniciativas de organizações não governamentais globais, por exemplo, as Diretrizes para Empresas da <i>Anistia Internacional</i> , a Iniciativa de Comércio Ético, dentre outras;
i) Iniciativas concebidas em casos específicos, como, os Princípios para Operações e Negócios na China, resultado de acordo com o grupo de companhias, firmado nos Estados Unidos.

NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de. *Compliance em Direitos Humanos, Diversidade e Ambiental*. Volume VI. São Paulo, 2021, p.153.

A palavra Compliance traz em seu bojo a ideia de “estar em conformidade”. A análise etimológica da palavra que vem do termo inglês denota a ideia de obediência, cumprimento. Segundo Roberto Tomaz:

“A origem do termo compliance ao verbo inglês to comply que significa, basicamente, agir de acordo com um comando ou uma regra, obediência a uma ação determinada. Segundo o Dicionário Inglês Oxford o verbo to comply deriva de termos utilizados no final do século XVI como do Italiano complire, catalão, cumprir, espanhol cumplir, do latim complere 'encher', atender, mais tarde tomando sentido de cumprir os requisitos com cortesia, obedecer”. (TOMAZ, 2018, p.25).

“Estar em conformidade”, “estar de acordo”, “obedecer” no âmbito corporativo vai muito além da obediência às normas internas. Em um mundo globalizado, em que houve a expansão dos mercados e ampliação das multinacionais, que como dito no item anterior possuem inúmeros investidores, faz-se necessário que as organizações estejam atentas ao diálogo das fontes nacionais e internacionais.

Estar atenta às leis nacionais e internacionais, inclusive aos tratados, confere às organizações à valorização de seus negócios e melhor reputação junto a toda a sociedade. Além do que, constitui-se um valor obrigacional, isto porque para aquelas instaladas no Brasil, vige a Lei 12.846/2013 que estabelece um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta.

A visão corporativa, no dizer de Fábio Konder Comparato, advém de um ambiente maduro do ponto de vista ético e responsável quanto ao cumprimento das normas:

A visão corporativa adequada sobre os direitos humanos advém de um ambiente maduro do ponto de vista ético, sensível em relação às necessidades sociais, comunitárias e dos próprios colaboradores, parceiros e das sociedades nas quais presentes suas operações, especialmente as multinacionais; e responsável quanto ao cumprimento das normas nacionais e internacionais protetivas dos direitos humanos, principalmente em se considerando os impactos das mencionadas operações sobre os indivíduos, sobre a coletividade e, em relação ao meio ambiente, sobre todo o planeta. (Compliance em Direitos Humanos, 2021, p. 138)

A Assembleia Geral das Nações Unidas em 2015 adotou a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável. Com 17 objetivos globais, os Estados-membros, da qual o Brasil faz parte, aprovaram um plano de ação para promover o desenvolvimento sustentável e a erradicação da pobreza.

Dentre as 169 metas globais encontram-se àquelas para o alcance da igualdade de gênero concentradas no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) 5 que determinar o empenho global para alcançar a igualdade de gênero e empoderar mulheres e meninas. Entre eles:

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas

5.1 Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte (grifo nosso)

5.2 Eliminar todas as formas de violência contra todas as mulheres e meninas nas esferas públicas e privadas, incluindo o tráfico e exploração sexual e de outros tipos

5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas

5.4 Reconhecer e valorizar o trabalho de assistência e doméstico não remunerado, por meio da disponibilização de serviços públicos, infraestrutura e políticas de proteção social, bem como a promoção da responsabilidade compartilhada dentro do lar e da família, conforme os contextos nacionais

5.5 Garantir a participação plena e efetiva das mulheres e a igualdade de oportunidades para a liderança em todos os níveis de tomada de decisão na vida política, econômica e pública (grifo nosso)

5.6 Assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos, como acordado em conformidade com o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento e com a Plataforma de Ação de Pequim e os documentos resultantes de suas conferências de revisão

5.a Realizar reformas para dar às mulheres direitos iguais aos recursos econômicos, bem como o acesso a propriedade e controle sobre a terra e outras formas de propriedade, serviços financeiros, herança e os recursos naturais, de acordo com as leis nacionais

5.b Aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres

5.c Adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis (grifo nosso)

Os dados apresentados demonstram de forma inequívoca que a participação das mulheres nos Conselhos de Administração é ínfima em relação a participação de homens. Empresas multinacionais buscam nos programas de Compliance e governança, aperfeiçoar suas práticas e adotar posturas éticas que se coadunam com às diretrizes da Agenda da ONU para o Desenvolvimento Sustentável.

Contudo, o que se percebe é que na prática, os dados estão comprovando que efetivamente os objetivos do desenvolvimento sustentável não estão sendo cumpridos. Se existe uma ocupação feminina muito aquém da ocupação de homens nos conselhos administrativos é porque não está sendo garantida a participação feminina e nem fomentada a sua atuação em cargos de gestão e liderança.

Dessa responsabilidade, uma organização não pode se eximir. A performance de uma empresa não é medida, na atualidade, apenas pelos seus indicadores econômicos. Estar de acordo às recomendações de respeito aos direitos humanos evita ações judiciais, protege suas operações, sua reputação e legítimas compromissos sociais.

A violação aos direitos humanos é estrutural. A falta de paridade na composição dos Conselhos Administrativos é na verdade uma extensão do que ocorre na sociedade brasileira de modo geral, sistemático e crônico. Nesse sentido Fábio Konder Comparato: “A questão é que o quadro de violações aos direitos humanos no Brasil é sistemático, crônico, viabilizado e mantido a partir de um cenário estrutural e que atualmente, atinge diretamente os negócios”. (COMPARATO, 2021, p. 132)

Uma organização que não respeita os direitos humanos das mulheres, garantindo-lhes efetiva participação nos conselhos de administração traz lesões aos direitos humanos das mulheres. Não há dúvidas de que no ambiente privado devem ser adotadas posturas em consonância ao respeito aos direitos humanos, pois a violação no ambiente corporativo pode conduzir até mesmo a responsabilidade do Estado. André Carvalho Ramos, esclarece:

“ (...) A falta de devida diligência para prevenir ou para reprimir e reparar violações de direitos humanos realizadas por particulares pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado. É o caso de omissão na prevenção ou na repressão de atos ilícitos de particulares, ou ainda, no estímulo ou na edição de medidas que encorajam particulares para violação de direitos. Assim, sendo, no caso de convenções internacionais de direitos humanos, a exemplos cada vez mais numerosos de dispositivos que criam obrigações aos Estados de proteger o indivíduo não somente em face de violações provenientes de seus órgãos, mas também em face de violações provenientes de particulares. Cite-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 2º), a Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 1º), a Convenção contra a tortura (artigo 2º e 4º, entre outros (...)). (RAMOS, 2004, 165)

A não observância da paridade de gênero nos conselhos de administração traz consequências danosas não apenas internamente, mas em todos os campos, posto que quando um direito humano é violado, os demais também são atingidos, como explica Comparato: “A violação a um direito humano costuma gerar consequência nos demais, tanto sob o prisma individual, quanto coletivo e difuso: tanto no âmbito civil, quanto nos âmbitos social, econômico e cultural”. (COMPARATO, 2021, p. 177).

A falta de paridade constatada a partir da análise estatística dos dados de ocupação das mulheres nos Conselhos de Administração, constitui-se em flagrante violação aos direitos humanos das mulheres no mundo corporativo. De fato, há necessidade iminente de se criar medidas afirmativas diante da desigualdade aqui apresentada.

CONCLUSÃO

Ao término deste estudo percebe-se que as regras de combate a corrupção nasceram nos Estados Unidos e logo se espalharam pelo mundo. Regras de Compliance criadas inicialmente para serem cumpridas em um ambiente limitado e corporativo, foram rapidamente se disseminando e tornando-se cada vez mais abrangentes.

Inicialmente à obediência às regras de conduta administrativa e ética limitavam-se a proteger os interesses econômicos dos empresários, porém com a chegada da globalização e aumento de empresas multinacionais para atender um mercado global percebeu-se que seria preciso padronizar as regras, haja vista que já existiam leis esparsas espalhadas em todo o globo.

A comunidade internacional resolveu diante deste cenário, elaborar em 2003 a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção que fora retificado pelo Brasil. Vê-se que a adoção de práticas de Compliance vieram para regulamentar práticas de negócio mais saudáveis e éticas. Assim o principal objetivo do Compliance é que não haja desvio de conduta ético-legal de seus empregados e que caso seja detectado haja mecanismos para identificação e punição.

Outro instrumento estudado no presente artigo foi a “governança corporativa” que ganhou forças como instrumento eficaz para dar maior segurança aos investidores. A boa governança corporativa pode contribuir para aumento de valor dos negócios de seus acionistas e proprietários.

Foi estudado ainda a origem dos Conselhos Administrativos e a influência dos programas de Compliance e governança para fortalecer a criação de Conselhos. Concluiu-se que o valor maior dos conselhos está em seu todo e que o que deve prevalecer é a sabedoria coletiva.

Por isso, muito mais do que um elo entre investidores e administradores, os conselheiros podem contribuir para a preservação de valores institucionais. Conforme demonstrado neste estudo, dentre os compromissos e deveres em um ambiente organizacional está o respeito aos objetivos de Direito Sustentável estabelecidos pela ONU, pois não se constituem em deveres afeitos apenas aos Estados, mas à toda a sociedade.

Dentre as regras da ONU para o desenvolvimento sustentável foram apontadas durante este estudo, comandos referentes à necessidade de se estabelecer políticas que priorizem o empoderamento das mulheres e meninas, bem como a promoção da igualdade de gênero.

Na mesma esteira, foi demonstrada que a Política Geral da Declaração Tripartida de Princípios sobre empresas Multinacionais e Política Social (OIT) considera necessário abordar a questão das empresas e os direitos humanos a partir de uma perspectiva ampla. As práticas empresariais, devem atuar de maneira compatível com as obrigações de direitos humanos assumidas pelo Estado e por elas próprias quando implantam problemas de Compliance e governança que tem como fundamento pilares éticos e de respeito às leis nacionais, internacionais e aos tratados.

Percebeu-se com a análise dos dados que a ocupação de mulheres nos Conselhos de Administração é muito incipiente, podendo-se afirmar que existe violação aos direitos humanos das mulheres, pois a participação feminina nesses cargos não se coaduna com os objetivos elencadas na agenda da ONU para o desenvolvimento sustentável.

Considerando que o valor dos conselhos de administração está em seu todo, importante que em sua composição haja um percentual equitativo de mulheres. As ferramentas de Compliance e Governança são importantes ferramentas para que sejam adotadas práticas transparentes e norteadas por valores éticos, dentre eles o respeito pela igualdade de gênero.

Há de salientar que houve avanço e que a transparência trazida com a Instrução ICVM 480/09, substituída pela ICVM 586/17, disciplinou que no âmbito das boas práticas cooperativas, as Companhias Abertas devem entregar o informe sobre o Código Brasileiro de Governança Corporativa em até 7 (sete) meses contados da data de encerramento do exercício social e que estes dados são de acesso público, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal.

O acesso aos dados permitiu que pudesse ser realizado o presente trabalho e constatada a desigualdade de gênero na composição dos conselhos. A sociedade precisa avançar e o mundo corporativo como microsistema da sociedade diante da constatação dos dados adotar medidas que possam minimizar a desigualdade de gênero.

Como dito, a violação aos direitos humanos é estrutural. A falta de paridade na composição dos Conselhos Administrativos é na verdade uma extensão do que ocorre na sociedade brasileira de modo geral, sistemático e crônico e as ferramentas de Compliance e governança podem ser instrumentos positivos para que se alcance a tão sonhada igualdade e que as mulheres tenham seus direitos humanos respeitados.

REFERÊNCIAS

CARVER, Jonh; OLIVER, Caroline. Conselhos de Administração que Geram Valor: Dirigindo o Desempenho da Empresa a Partir do Conselho. Ed.11. São Paulo: Editora Cultrix, 2011.

JOBIM, Rosana Kim. Compliance e Trabalho: entre poder diretivo do empregador e os direitos inespecíficos do empregado. 1ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

MARCONI, Mariana de Andrade. Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertação de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom; ALMEIDA, Luiz Eduardo de. Compliance em Direitos Humanos, Diversidade e Ambiental. Volume VI. São Paulo, 2021.

RODRIGUES, Jorge. Conselho de Administração: Funções, confiança e redes sociais. Lisboa: Escolar Editora, 2010.

TEODORO, Maria Cecília Máximo; ANDRADE, Bhering Karin.[et.al] Compliance e Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TOMAZ, Roberta Epifânio. Descomplicado o Compliance. Santa Catarina: Tirant Lo Blanch, 2018.

DECLARAÇÃO TRIPARTIDA DE PRINCÍPIOS SOBRE EMPRESAS MULTINACIONAIS E POLÍTICA SOCIAL – OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_579899.pdf. Acesso em: 7 nov. 2021.

BRASIL, Board index. p. 26-29, Disponível em https://www.spencerstuart.com/-/media/2021/september/2020_brasil_spencer_stuart_board_index.pdf. Acesso em 15 de nov.2020.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 19 de novembro de 2021.

DECRETO Nº 4.410, DE 7 DE OUTUBRO DE 2002. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em 19 de novembro de 2021.

DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em 19 de novembro de 2021.

DECRETO Nº 9.571, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.ht. Acesso em 19 de novembro de 2021.

DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm. Acesso em 19 de novembro de 2021.

LEI Nº 6.385, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1976. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em 19 de novembro de 2021.

LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em 19 de novembro de 2021.



Roberto Victor Pereira Ribeiro



MOMENTOS EM QUE JESUS CRISTO ATUOU COMO ADVOGADO

Roberto Victor Pereira Ribeiro ¹

Certa ocasião, na direção do meu carro, deparo-me com trânsito lento no percurso de meu trabalho para a casa. Entediado resolvi ligar o som do carro para escutar uma boa música enquanto o trânsito vagorosamente se diluía. Buscando sintonizar uma estação que me ofertasse boa música, acabei parando em uma rádio Gospel que estava tocando a seguinte canção: “Advogado Fiel” com a interpretação de Bruna Karla. Achei interessante, uma vez que a canção falava de duas coisas muito peculiares a minha vida: Jesus Cristo e Advogado. Publiquei, em meados de 2010, uma obra intitulada “O Julgamento de Jesus Cristo sob a luz do Direito” e atualmente exerço o glorioso ofício de advogado, profissão esta, que me orgulha muito.

Escutando a música, parei para pensar: engraçado, nunca vi nenhum texto ou artigo tratando as vezes em que Jesus Cristo fez o ofício do bom advogado. Cheguei a casa e comecei a rabiscar o presente artigo.

Antes de mais nada, gostaria de deixar consignado, que não é nossa pretensão polemizar ou adentrar solo religioso, trata-se apenas de um artigo demonstrando sob a ótica de nossa opinião as ocasiões em que Jesus Cristo advogou em patrocínio dos cidadãos de sua época.

Também se faz mister comentar que só incluí no presente trabalho as ocasiões em que se perfazem a condição exposta no art. 2º, §1º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

“Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.”

Em Mateus, capítulo 4, versículos 1 a 11, Jesus depara-se com as tentações diabólicas do “pai da mentira”. Esta narração é conhecida como as tentações de Jesus.

Como bom jurista, Jesus defende-se apresentando contra-argumentos baseados na lei de seu povo e de Deus:

O diabo, sabedor de que Jesus havia jejuado 40 dias e 40 noites, atenta-lhe a transformar as pedras em pães, e eis que Jesus assevera: “Está escrito: Não só de pão viverá o homem, mas de toda a palavra que sai da boca de Deus”²

O príncipe do mal lhe oferece ainda mais duas outras tentações, mas Jesus escapa de todas com a sabedoria que lhe era peculiar e com o bom uso da Lei, que hermeticamente estava alojada em sua consciência.

¹ Advogado, professor universitário ex-presidente da Academia Brasileira de Direito e presidente do Colégio das Academias Jurídicas do Brasil

² Mateus, 4, 1-5

Um bom advogado deve ser, antes de tudo, um bom leitor e um exímio conhecedor das leis que regem sua nação, sob pena de uma vez alçado a patrono de alguém, fazê-lo derrotado no litígio que se encontra.

Jesus, sem dúvida alguma, tinha uma sabedoria magistral em relação à lei de Deus e às leis dos homens.

O advogado tem o dever de ser o paladino da justiça; o escudo armado de Davi e a espada afiada de Salomão contra as injustiças que reinam no mundo.

O exemplo deve vir deste profissional, a fim de que se dissipem as desigualdades e as indiferenças sociais. O advogado é o intérprete da lei; e a lei é o direito; e o direito é o instrumento por onde as desigualdades se igualam.

Em Mateus, capítulo 5, versículo 13 a 16, Jesus exorta aos homens para que sejam “A luz do mundo e o sal da terra”. Para Ele, o homem deve ter o sabor do sal para não se indiferente na vida e o clarão da luz para guiar os outros. Deve ser o diferente do bem.

Prosseguindo em Mateus, no mesmo capítulo, desta vez entre os versículos 17 e 20, temos o primeiro relato claro entre Jesus e as leis.

Jesus adverte: “Não penseis que vim suprimir a lei: não vim suprimir, mas cumprir.”

Todo bom advogado deve rezar a cartilha de Ruy Barbosa quando o mesmo clama: “Com a Lei, pela Lei e dentro da Lei”.

O advogado deve ser, antes de tudo, um incansável perseguidor da paz e da harmonia pública. É necessário retirar essa imagem de que todo advogado procura o litígio, a querela, a confusão, não, o bom advogado visa à paz social, e não os conflitos entre concidadãos.

Jesus aconselha um seguidor da mesma maneira:

“Põe-te logo de acordo com teu adversário, enquanto estás ainda a caminho com ele; não aconteça que esse adversário te entregue ao juiz”³.

Em Mateus, capítulo 12, encontramos a primeira grande defesa de Jesus. Os seus discípulos entraram em uma propriedade e passaram a retirar espigas de milho e a consumi-las. De repente os sacerdotes observam a cena e passam a repreender os discípulos de Jesus por estarem comendo milho em dia de sábado. Imediatamente, Jesus toma a defesa dos seus e proclama: “Não lestes o que Davi fez, quando teve fome, ele e seus companheiros, como entrou na casa de Deus e como comeram os pães [...] não teríeis condenado esses homens, que não cometeram falta”.

Os sacerdotes não esperavam por uma defesa tão majestosa de Jesus, baixaram a cerviz e retornaram aos seus afazeres.

Em Lucas, capítulo 16, versículo 17, o evangelista faz questão de ressoar novamente as palavras de Jesus expostas em Mateus: “É mais difícil passarem o céu e a terra do que cair da Lei uma só vírgula”.

Essa passagem serve para elidir o pensamento daqueles que acham que Jesus era sedicioso.

E em João, Capítulo 8, onde encontramos a mais célebre defesa de Jesus.

³ Mateus, 5, 25

Jesus com seus discípulos puseram-se em direção ao monte das Oliveiras para lá sentarem e conversarem um pouco. De repente, surge uma multidão trazendo manietada uma mulher adúltera. A face da mulher revelava todos os vilipêndios que havia passado desde a sua captura até o momento em que foi trazida a presença de Cristo. Os fariseus, sagazes como eram, empurraram a mulher no chão e interrogaram de Jesus sobre o que era para ser feito, uma vez que era comum matar os adúlteros com pedradas.

Jesus, então, placidamente pôs-se a rabiscar no chão e ainda de cerviz baixa, pronunciou: “Aquele dentre vós que nunca pecou atire-lhe a primeira pedra”.

Um a um, todos foram se ausentando, primeiro os mais velhos, depois os mais moços, a ponto de ficar apenas a mulher pecadora e Jesus ao seu lado. O Mestre então pergunta: “Mulher, onde estão eles? Ninguém te condenou? Ela respondeu: “Ninguém, Senhor”. E Jesus lhe disse: “Eu também não te condeno: vai, e doravante não peques mais”.

E, desta forma, Jesus conseguiu livrar da ira do povo, uma criatura de Deus que havia errado, mas que não merecia ser julgada com a frieza e a cólera da sociedade.

O mais triste de tudo é que o grandioso Jesus que tanto defendeu os outros, acabou perecendo nas mãos violentas dos outros.

Na primeira Carta de São João, o discípulo deixa a seguinte mensagem ao mundo: “Meus filhinhos, eu vos escrevo isto para que não pequeis. Mas se acontecer a alguém pecar, temos um advogado diante do Pai, Jesus Cristo, que é justo.”

Em razões epílogas, gostaria de clamar a todos os colegas juristas e cientistas do Direito, para que possamos implementar o mais rápido possível em nosso mundo, uma atmosfera de paz, equilíbrio e harmonia social, onde todos possam saber e sentir que são seres respeitados e humanos.



Júlio Antonio de Jorge Lopes Filho



MORADORES DE RUA EM MANAUS E O DIREITO À CIDADANIA

Júlio Antonio de Jorge Lopes Filho¹

Resumo

O presente artigo busca demonstrar como as populações de rua sofrem com a falta de estrutura da nossa sociedade para garantir seus direitos, mesmo que de maneira mínima. Sem condições de melhora em suas vidas, não podendo exercer sua cidadania de forma efetiva, pelas diversas dificuldades impostas pela sociedade e em razão de sua marginalização. Observando também os direitos basilares da nossa constituição e como as populações de rua não conseguem usufruir deles.

Busca, por fim, demonstrar como o apoio governamental e a atuação da sociedade civil é imprescindível para ofertar melhores condições e o mínimo existencial para essa população, cujas necessidades básicas não são atendidas, a fim de que ocorra um real enfrentamento a condição de miséria, trazendo benefícios não somente o indivíduo que reside nas ruas, mas a capital como um todo.

Palavras-chave: População de Rua; Cidadania; Direitos Civis.

Abstract

This article seeks to demonstrate how homeless people suffer from the lack of structure in our society to guarantee their rights, even if minimally. Without conditions to improve their lives, not being able to exercise their citizenship effectively, due to the various difficulties imposed by society and due to their marginalization. Also observing the basic rights of our constitution and how homeless people cannot enjoy them.

Finally, it seeks to demonstrate how governmental support and the action of civil society is essential to offer better conditions and the minimum existencial for this population, whose basic needs are not met, in order to have a real confrontation with the condition of misery, bringing benefits not only to the individual residing on the streets, but to the capital as a whole.

Keywords: Street Population; Citizenship; Civil rights.

Introdução

A cidade de Manaus abriga hoje mais de 2.000 (duas mil) pessoas em situação de rua, a estrutura municipal de assistência social não suporta este quantitativo, ocasionando uma maior marginalização desta população, que por muitas vezes nunca souberam quais são seus direitos fundamentais ou sequer exerceram sua cidadania alguma vez.

¹ Bacharel em Direito pela UEA - Autor convidado

Os direitos de moradia, ao mínimo existencial, ao exercício da cidadania são princípios basilares da nossa carta constitucional, porém com o passar dos anos a sociedade vem ignorando como as populações de rua não tem acesso ao mínimo dos direitos civis, não percebem como seu crescimento vem ocorrendo de forma exponencial, sendo cada vez mais marginalizados. A falta de moradia, trabalho e dignidade demonstra a falência do sistema democrático brasileiro, enquanto há pessoas vivendo abaixo da linha da miséria, por vezes não possuindo renda diária suficiente para se alimentar.

O último estudo que procurou contabilizar o número de moradores de rua em Manaus registrou mais de 2.000 (duas mil pessoas), isto em 2019, levando em conta inflação, o aumento de desempregados e demais implicações da ocasionadas pela Covid-19 na cidade de Manaus e nos Países vizinhos, temos certeza de uma crescente na população vivendo sem que seus direitos civis e políticos sejam exercidos, havendo cada vez mais discrepâncias sociais.

As consequências e os reflexos passam da esfera individual, pois toda a sociedade manauara é afetada, de forma direta ou não. A falta de estrutura do sistema de auxílio, que deveria reintegrar essas pessoas à sociedade, além o déficit econômico são apenas alguns dos fatores que influencia no quadro atual.

O aumento da criminalidade, maior demanda do sistema de saúde, que por vezes não atendem essas pessoas, o descaso com a própria população tendo seus direitos deixados de lado, são problemas atrelados ao tema que será discutido e analisado, tentando encontrar formas de garantir um mínimo usufruto dos direitos civis, podendo prospectar uma melhora na qualidade de vida dos moradores de rua em Manaus.

1. Viver nas ruas e suas dificuldades

Em 23 de Dezembro de 2009, foi instituído o decreto nº 7.053, criando as Políticas Nacionais para a população de Rua. Sendo para fins desse decreto População de Rua:

“o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.”

Assim posto, podemos identificar os moradores de rua como indivíduos totalmente excluídos da sociedade, sem acesso ao mínimo em saúde, desprovidos de segurança, educação e um lar para chamar de seu.

Em seu discurso na sessão de promulgação da Constituição Brasileira em vigor, no dia 05 de outubro de 1988, Ulysses Guimarães trada da Constituição Cidadã, em seu discurso intitulado “Estatuto do Homem, da Liberdade, da Democracia”, diz:

“A Constituição mudou na sua elaboração, mudou na definição dos poderes, mudou restaurando a Federação, mudou quando quer mudar o homem em cidadão, e só é cidadão quem ganha justo e suficiente salário, lê e escreve, mora, tem hospital e remédio, lazer quando descansa.”

A ocupação de espaços públicos é a maior prova da ausência do mínimo necessário para essa população, dormir sob papelões em ruas escuras, a mercê da chuva e da criminalidade, sem quaisquer perspectivas de melhora em sua vida, sem a garantia de que irá comer no dia e muitas vezes sem condições de exercer um trabalho digno ou qualquer direito como cidadão.

O art. 1º da nossa constituição tem como fundamento e garantia a da dignidade da pessoa humana e o direito à cidadania, elementos que para essas pessoas nunca passaram de palavras.

“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: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;”

Não há dignidade em morar na rua, passar fome, em não ter acesso à saúde, educação, não ter segurança nem mesmo na hora do descanso. Deve haver uma mobilização em conjunto com os entes públicos e a sociedade civil para garantir que seja dignidade as populações mais frágeis da nossa sociedade.

Os problemas são de conhecimento comum, porém devemos ter um ponto de partida, sendo o art. 6º da constituição Federal um ótimo norte por elencar os direitos sociais, da seguinte forma:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A partir do momento que o homem não está em uma luta diária contra a fome e o frio das ruas, o mesmo pode começar a buscar a uma melhora em sua vida, embora o art. 6º da Constituição Federal, em seu parágrafo único, seja bem específico ao tratar da assistência aos desamparados:

“Art. 6º- Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária.”

Observamos que as pessoas mais vulneráveis do nosso país não são beneficiadas com qualquer forma de renda advinda do Estado, logo percebemos a incongruência no funcionamento deste benefício e sua obtenção.

Devemos entender os pré-requisitos para o usufruto do mesmo e assim entenderemos o porquê as populações que mais necessitam, não possuem acesso ao mesmo.

2. Identificação civil e as dificuldades de exercer a cidadania

A principal forma de assistencialismo é por meio do Benefício Social de Prestação Contínua e a Lei orgânica da assistência social, aprovada em 07 de dezembro de 1993, a Lei nº 8.742 dispõe sobre a organização da assistência social, logo em seu art. 1º define seus objetivos:

“Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

Entre os pré-requisitos para usufruto do Benefício está o cadastro no “CadÚnico”, sendo obrigatório o cadastro no mesmo para acesso aos programas sociais, conforme art. 6º e § 2º da referida Lei:

“Art. 6º-F. Fica instituído o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), registro público eletrônico com a finalidade de coletar, processar, sistematizar e disseminar informações georreferenciadas para a identificação e a caracterização socioeconômica das famílias de baixa renda.

§ 2º A inscrição no CadÚnico é obrigatória para acesso a programas sociais do Governo Federal.”

Sendo necessário a comprovação junto ao órgão da baixa renda, além de uma série de documentos de identificação civil que devem ser apresentados.

“O cidadão que deseja fazer parte do programa deve apresentar uma renda per capita mensal de até meio salário mínimo, R\$ 550, ou uma renda familiar de até 3 salários, R\$ 3.300. Se estiver preenchendo este requisito, a família deverá escolher um representante de no mínimo 16 anos e que seja do sexo feminino, de preferência, para ser o titular da inscrição, que será válida para todos os participantes da mesma. O titular deverá apresentar uma série de documentos próprios e de todos os membros do grupo familiar: Título de Eleitor; Certidão de Nascimento; Carteira de Identidade (RG); Carteira de Trabalho; CPF; Comprovante de residência recente”.

Neste ponto podemos identificar a algumas razões e impeditivos para que a população de rua possa usufruir destes benefícios. Primeiro temos a questão do desconhecimento de seus direitos. Em sua maioria são pessoas carentes de conhecimento e de estudo, muitos dos quais não sabem ler e nem escrever seus nomes. Como essas pessoas vão conhecer de leis e de seus direitos civis se ao menos tem uma mínima instrução alfabética. Infelizmente o problema não será resolvido apenas com o conhecimento de seus direitos, embora seja indispensável que o mesmo seja de conhecimento de todos, há um problema maior, que afeta a maior parte da população de rua.

A documentação exigida e a identificação civil mostram-se como principal problema aos moradores de rua que buscam qualquer apoio nos órgãos públicos. Poucos moradores de rua possuem qualquer tipo de documento, viver nas ruas, sem pertences duráveis, com constantes trocas de roupa ou mesmo perdas para as

chuvas e sujeira, impossibilidade de lava-las ou guarda-las, acaba sendo impossível manter suas próprias roupas, quanto mais uma série de documentos em bom estado de conservação, sem ter onde guarda-los. Exigir das pessoas rua, para que possam usufruir de benefícios é inconcebível.

Pensemos, se o objetivo é garantir auxílio e assistência aos mais vulneráveis, como podemos excluir a população mais hipossuficiente da nossa sociedade? Exigir de moradores de rua documentos como Título de Eleitor, CPF, RG é o mesmo que negar-lhes seus direitos.

Renato Lima Brasileiro, em sua Legislação especial criminal comentada, diz que a identificação do cidadão é necessária pra individualizar a pessoa. Independente da forma de prestação da informação é questão de segurança importante para o convívio social:

“A identidade humana é fator de segurança jurídica essencial à vida em sociedade. Sua ausência, imprecisão, falsidade ou dissimulação pode repercutir negativamente, notadamente em sede processual penal, quando, exemplificativamente, um inocente pode ser preso em virtude de o verdadeiro autor do delito ter se identificado falsamente. Por conta disso, incumbe ao Estado desenvolver métodos e procedimentos capazes de individualizar e distinguir a pessoa, sem que isso represente violação a direitos fundamentais.”

Em seu entendimento cabe ao Estado desenvolver métodos capazes de individualizar e distinguir a pessoa, porém não podemos restringir essa identificação apenas aos fins penais, devendo a mesma ser utilizada de forma mais abrangente, visando a garantia dos direitos constitucionais básicos.

Fazendo um paralelo com o direito penal: em caso de abordagem policial, estando o cidadão ausente de sua documentação, deve o mesmo ser subordinado à identificação criminal, prevista na Lei 12.037/2009, sendo definido em seu art. 5º a forma como o mesmo deve ocorrer:

“A identificação criminal incluirá o processo datiloscópico e o fotográfico, que serão juntados aos autos da comunicação da prisão em flagrante, ou do inquérito policial ou outra forma de investigação”.

Enquanto a identificação civil exige apresentação de documento público que permita a identificação, a identificação criminal é facilitada, necessitando apenas o processo datiloscópico e fotográfico. Assim observamos como nossas leis facilitam a e a identificação em caso de abordagem policial, encontrando formas de identificar e condenar penalmente, mas impõem dificuldades quando em comparação a identificação civil, sendo esta necessária para a garantia de direitos civis basilares.

Um grande avanço para a sociedade como um todo, que afetaria diretamente as populações de rua, que não possuem quaisquer condições de portar documentos, seria a inclusão dos métodos de identificação criminal, para a identificação civil, sendo este suficiente para a apresentação do cidadão em órgão público e sua identificação, a fim de usufruir dos benefícios de todas as repartições públicas e o que elas tem a oferecer ao cidadão.

A justiça eleitoral já possui arquivo próprio para identificar o cidadão na hora de exercer seu direito de voto, basta que haja uma compatibilidade do mesmo processo e que esse faça comunicação com os demais órgãos públicos. Sendo toda a identificação do cidadão arquivada de forma online em seus registros e junto da identificação por foto e digital, para a confirmação da identidade do mesmo.

Com a possibilidade de comunicação online dos registros, sendo necessário unicamente a apresentação digital, e possivelmente foto coletada no local, ou seja o processo de coleta datiloscópico e o fotográfico, assim como na identificação criminal, não haveria dificuldade de identificação das populações de rua, pela ausência de porte documentos, muitos dos quais acabam perdidos em meio aos anos morando em logradouros, suscetíveis à chuva, a sujeira e até mesmo ao roubo.

Muito embora nem todos façam jus ao benefício da assistência social continua garantindo uma renda mínima aos idosos, deficientes e famílias de moradores, teria efeito direito na diminuição das desigualdades sociais, afim de garantir-lhes uma vida mais digna e buscar o exercício da sua cidadania.

Garantir a identificação do cidadão é o primeiro passo para que o mesmo possa começar a exercer sua cidadania. É necessário que o Estado identifique a pessoa de maneira eficiente, facilite o acesso aos que fazem jus aos benefícios e de a praticidade da identificação e aquisição de documentos indispensáveis ao cidadão, podendo se dirigir aos órgãos públicos exigir seus direitos, refletindo um imediato e grande avanço para as populações de rua, na participação de programas sociais, na emissão de seu título de eleitor e exercer seu voto, emitir carteira de trabalho e procurar a dignidade exercendo uma função remunerada, além de estar efetivamente inserido na sociedade, por possuir documentação que lhe identifique, sendo este o mínimo para começar a exercer sua cidadania.

3. Moradia e sua função social

Sendo verificado que o indivíduo em situação de vulnerabilidade extrema agora possui um mínimo de amparo social, suficiente para conseguir sua alimentação e acesso aos seus documentos indispensáveis para exercer seu direito de cidadão e indispensáveis a garantia de um emprego, podemos prospectar o segundo ponto fundamental para garantir o mínimo de dignidade: a moradia. A Constituição Federal em seu art. 5º, caput e seu inciso XXII, garante o direito à propriedade, da seguinte forma:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXII - é garantido o direito de propriedade;

Tratando de maneira a comparar o direito à vida, como direito a vida digna, Lima Lopes relaciona da seguinte maneira:

“O direito à moradia funda-se originariamente na ideia de direito à vida, isto significa que o direito à vida, para nós significa que ninguém pode dar-se o direito de decidir se outro homem vive ou não. Afirma também que o direito à vida, para nós, é também hoje em dia direito à vida digna e à integração social. Assim, o fundamento do direito à moradia, está na consideração de que é crescente a exclusão, a marginalidade econômica, que redundam em marginalização geográfica.”

A competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo a habitação é privativo da União, conforme art. 21, inciso II da constituição federal, estabelecendo em seu art. 23, IX, a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Porém não existe, de maneira consolidada, um sistema de financiamento para promover a habitação, com recursos fixos visando os moradores de rua, muitas das vezes as políticas públicas existentes geralmente são voltadas a produção de moradias em lugares mais periféricos, sem possibilidade de prover essas moradias a todos.

A mera transferência de habitação das ruas para lugares mais periféricos não gera a condição de lar, não proporciona segurança, conforto ou o mínimo básico para sobrevivência. As ruas carecem de abastecimento de água, luz e esgoto, vivendo à margem da sociedade, a possibilidade de se desenvolverem economicamente e buscar uma melhora em sua vida é praticamente anulada.

Posto assim, não podemos ignorar a função social da propriedade, Eros Roberto Grau trata a respeito, sendo que para ele a função social não importava apenas na concepção tradicional, devendo ser:

“A garantia reside em um direito natural, mas também a conclusão de que, mais do que meros direitos residuais (parcelas daquele que em sua totalidade contemplava-se no “utendifruendi et abutendi,” na plena “in re potestas”), o que atualmente divisamos, nas propriedades impregnadas pelo princípio, são verdadeiras propriedades-função social e não apenas, simplesmente, propriedade. O princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades) de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade. Em razão disso, pontualizo – é que justamente a sua função justifica e legítima essa propriedade.”

Em agosto de 2019, houve a realização do Fórum Internacional de Habitação – Desafios e Oportunidades, organizado pela Secretaria Nacional de Habitação do Ministério do Desenvolvimento Regional, junto do Banco Interamericano de Desenvolvimento, que buscava explorar novos modelos de moradia, para atender as populações mais vulneráveis da sociedade. Para tanto, foram convidados representantes de países vizinhos, aprimorando a discussão e buscando as melhores alternativas para as políticas de habitação governamental, dentre elas:

Fornecer Subsídio para moradia de aluguel: Visto a falta de recursos aquisitivo para comprar uma casa. Uma alternativa eficaz é o fornecimento de subsídios diretos para aluguel da moradia.

Oferecer Imóveis públicos vazios: Além de garantir o cumprimento da função social deste imóvel, a medida destinara um fim aos imóveis abandonados pelo governo e poderia até lhes trazer retorno financeiro.

Prospectar aluguel com opção de compra: Combinar parte do pagamento do aluguel para uma possível compra da unidade domiciliar. Além facilitar a adaptação dos ocupantes, oferece uma garantia de compra, caso os ocupantes optem por isso.

Embora o enfoque do Fórum Internacional de Habitação, não seja especificamente as populações em situação de rua, as garantias habitacionais e melhoras no desenvolvimento das políticas sociais de locação, podem ser amplamente aplicadas em todas as esferas de necessidades de moradia. Se visamos a melhora na condição de vida das pessoas em condição de rua, devemos principalmente encontrar formas de abrigá-los e manter sua habitação cumprindo devidamente sua função social, evitando futuras desocupações e a volta desta população a situação inicial, nas ruas.

Garantir o usufruto da moradia, não se limita ao local de descanso e repouso do cidadão, mas a garantia de segurança, conforto, um mínimo de privacidade, um local para manter seus pertences e se estabelecer. Tendo acesso à uma habitação digna, o cidadão pode começar a prospectar a melhora de sua vida, mesmo que ainda em vulnerabilidade financeira, podendo procurar um trabalho que lhe sustente, junto das políticas sociais de habitação, essas populações podem visar sua saída das ruas.

Assim, os resquícios de cidadania que antes se mostravam tão distantes, começam a aflorar, e garantir que essa população nunca mais retornem as ruas.

4. Acesso à saúde as pessoas de rua

A situação de vida destas pessoas os torna incrivelmente suscetíveis a doenças.

A carência alimentar; falta de saneamento básico, a vivência em logradouros sujos e insalubres, a mercê da chuva e do frio, propenso ao uso de drogas, pela carência em que vivem e como fuga da fome, além das doenças comuns que acometem a população comum, entre outros, são alguns dos problemas pelos quais as populações de rua passam, em razão da grande dificuldade ao acesso à saúde pública, mesmo sendo de seu direito.

Alguns avanços foram feitos para promover a maior inclusão das populações de rua ao acesso a saúde pública de forma mais consistente. Em 2012, o Ministério da Saúde publicou o Manual sobre o Cuidado à Saúde junto a População em Situação de Rua que aborda sobre a vida na rua e a exposição aos problemas de saúde que ela traz, sendo este:

“a vulnerabilidade à violência, a alimentação incerta e sem condições de higiene, a pouca disponibilidade de água potável, a privação de sono e afeição e a dificuldade de adesão a tratamento de saúde.

Em fevereiro de 2013, foi publicado o Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua por meio da Resolução nº 2, no qual define as diretrizes e estratégias de orientação para o processo de enfrentamento das iniquidades e desigualdades em saúde com foco na População em Situação de Rua (PSR) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

A Lei 13.714, de 2018, que proíbe expressamente a recusa de atendimento pelo SUS, em Art. 19, Parágrafo único, fica claramente expreso:

“A atenção integral à saúde, inclusive a dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, às famílias e indivíduos em situações de vulnerabilidade ou risco social e pessoal, nos termos desta Lei, dar-se-á independentemente da apresentação de documentos que comprovem domicílio ou inscrição no cadastro no Sistema Único de Saúde (SUS), em consonância com a diretriz de articulação das ações de assistência social de saúde a que se refere o inciso XII deste artigo.

Seguindo esses parâmetros e pelas leis que regem nosso ordenamento jurídico, não deveria haver quaisquer empecilhos para o atendimento das pessoas em situação de rua, porém, nossa realidade não cumpre, em sua maioria, com o determinado. Cabe então discutirmos as causas e possíveis soluções para que o serviço chegue ao cidadão que mora em situação de rua.

Tendo em mente o II Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua, instituído pelo Ministério da Saúde em novembro de 2017, nele há elencado algumas medidas a serem tomadas a fim de melhorar e garantir o acesso ao SUS aos moradores de rua, as estratégias para promoção da saúde da PSR definidas no Plano, em seu art.3º, estão divididas em eixos:

“EIXO 1 Acesso à saúde Integral da População em Situação de Rua: a implantação de Consultórios na Rua; a garantia de acesso à atenção domiciliar em espaços de acolhimento institucional; a capacitação das equipes da urgência e emergência para atendimento da PSR; e a inclusão da PSR no escopo das políticas de atenção à saúde para grupos específicos.

EIXO 2 - Promoção e Vigilância em Saúde: Promoção e Vigilância em Saúde Ações que concretizam esse eixo: intensificar a busca ativa e os tratamentos supervisionados para o controle de doenças infecciosas nas populações de rua; controlar e reduzir a incidência de tuberculose, DST/aids e outros agravos recorrentes nas Populações de rua; e propor para pactuação na CIT estratégias que garantam o acesso às vacinas disponíveis no SUS, visando à prevenção de doenças.

EIXO 3 - Educação Permanente e Educação Popular em Saúde: capacitar e sensibilizar de profissionais de saúde para atendimento da PSR; inserção da temática PSR no Módulo de Educação à Distância para cursos de formação voltados para profissionais de saúde; fomentar pesquisas com foco na saúde da PSR; e elaboração de material que informe a PSR sobre o SUS e as redes de atenção à saúde.

EIXO 4 - Mobilização, Articulação, Participação e Controle Social: Apoiar a formação e sensibilização de lideranças do Movimento Social, referente ao exercício da cidadania, a saúde e defesa do SUS por meio de cursos, oficinas, encontros e formação; articular e fomentar com gestores estaduais e municipais a capacitação de conselheiros de saúde sobre a temática saúde da PSR, com participação do MNPR e entidades ligadas ao tema; produzir e publicar material sobre saúde da PSR destinado a gestores e a profissionais de saúde; apoiar encontros regionais sobre saúde da População de rua; e instituir Comitê Técnico de Saúde da PSR ou referência técnica nas instâncias estaduais e municipais.

EIXO 5 - Monitoramento e avaliação das ações de saúde para a População em Situação de Rua: Esse eixo ocupa-se de monitorar e avaliar as ações que foram pactuadas, considerando as prioridades e metas dos Planos Estaduais e Municipais de Saúde. O monitoramento e a avaliação devem ocorrer com base nas ações acima propostas, considerando as prioridades e metas dos Planos Estaduais e Municipais de Saúde, conforme orientado pelo Decreto nº 7.508/2011 e pactuado nos Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde e Plano Plurianual.”

Identificando os desafios de acesso a saúde das populações, podemos aprimorar seu desenvolvimento e buscar maneiras de promover a garantia constitucional da saúde a todos. Buscando acabar com o preconceito contra a pessoas de rua entre os profissionais de saúde e, conseqüentemente, garantir o atendimento a esse público, tanto nas unidades básicas de saúde, quanto nos prontos atendimentos, junto da cooperação entre os trabalhadores de diferentes áreas que atuam com essa população, principalmente entre as equipes de saúde e assistência social; realizar pesquisas tendo em foco a saúde e as doenças que acomete as populações de rua, levar informação as pessoas de rua sobre os serviços do SUS, mostrando-lhes seus direitos e como devem proceder a fim de ter o devido atendimento.

São algumas das medidas as serem adotadas pelas entidades de assistência, visando o melhor atendimento desta população e buscando efetivamente colocar em prática as diretrizes do Plano Operativo para Implementação de Ações em Saúde da População em Situação de Rua.

5. Direito a fraternidade

Embora seja um conceito muito novo, é um direito que vem se opor à soberania, na ideia de direito a fraternidade, há a busca pela igualdade entre as partes; compartilhamento e mediação. O conceito de Fraternidade ainda é muito amplo, com mais conceitos religiosos e nas ciências políticas. Quando aspectos políticos e econômicos entram nas dimensões da vida privada, são criadas as lacunas para os direitos civis que integram a vida coletiva e os direitos igualitários a todos.

Afirma Nicknich, Mônica em “A Fraternidade como valor orientativo dos novos direitos” (NICKNICH, 2013, p. 41):

“o fato é que não se pode negar que a fraternidade, ao lado da liberdade e da igualdade, é resgatada para fins de consolidarem democracias, e no caso do Brasil, o verdadeiro Estado Democrático de Direito”.

Na mesma obra a autora diz que:

“dentro de uma perspectiva laica, o estudo da fraternidade, e de suas dimensões, é uma exigência dos seres humanos, das comunidades, das sociedades e dos Estados devido ao sentimento de impotência frente às complexidades que a pós-modernidade impõe”.

Logo a convivência fraterna com foco na inclusão e as garantias proporcionadas pelos novos direitos e pela aplicação do princípio constitucional da fraternidade em nosso país, seria a efetivação da tríade que inspirou a revolução francesa e inspirou diretamente nossa Carta Magna: liberdade, igualdade e fraternidade. Sendo estes os paradigmas aptos a basilar os direitos dos cidadãos, principalmente dos menos favorecidos, buscando sempre a igualdade e o bem-estar coletivo.

Para o ex-ministro, CARLOS AYRES BRITTO, do Supremo Tribunal Federal, as práticas fraternas devem ser efetivadas, da seguinte forma:

"A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida."

Para cumprir com as determinações sociais trazidas pela constituição federal, de garantir a dignidade dos moradores de rua, garantir o exercício de sua cidadania e o usufruto dos seus direitos, precisamos que exista uma sociedade fraterna, de forma efetiva, buscando a igualdade, não apenas em regra, mas no tratar das diferenças entre os indivíduo, desde os mais abastados aos mais fragilizados socialmente.

6. Conclusão

O direito à cidadania é um dos princípios basilares da nossa constituição federal, devendo ser garantido a todo cidadão, a carta magna de 1988 tratou de disciplinar um extenso rol de direitos, visando estabelecer o Estado Democrático, tendo como um de seus fundamentos essenciais a cidadania e a dignidade da pessoa humana e quando trata de seus direitos sociais, os descreve da seguinte forma: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Visando o cumprimento destes preceitos constitucionais, o presente artigo abordou as diversas dificuldades enfrentadas pelas pessoas em situação de rua, demonstrando como a sociedade negligencia os direitos daqueles que mais são desamparados socialmente. Sem o conhecimento de seus direitos e sem acesso aos amparos dos órgãos públicos por muitas vezes não possuírem ao menos alguma identificação social, sendo papel do Estado desenvolver os métodos capazes de individualizar e distinguir a pessoa, visando a garantia dos direitos constitucionais.

7. Referências Bibliográficas

- FRAZÃO, T. C. J. O morador de rua e a invisibilidade do sujeito no discurso jornalístico. Dissertação (Mestrado em Linguística) – Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8909/1/2010_TheresaChristinaJardimFrazao.pdf Acesso em: 20 nov.2021.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 nov.2021.
- SOUZA, S. I. N. Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp087604.pdf> Acesso em: 20 nov.2021.
- DALLARI, D. A. Cidadania e direitos humanos. São Paulo: Brasiliense, 1998. DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://professorvladmirsilveira.com.br/wp-content/uploads/2020/03/-docum2ent.pdf> Acesso em: 20 nov.2021.
- <https://www.jornalcontabil.com.br/documentacao-necessaria-para-inscricao-no-cadastro-unico/#.YnwbkOjMKUk> Acesso em: 20 abril.2022.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais. Teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2006, p. 85. - Acesso em: 20 abril.2022.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 11ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 246. - Acesso em: 20 abril.2022.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação especial criminal comentada: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 117 - Acesso em: 20 abril.2022.
- Em 2008, o Ministério do Desenvolvimento Social publicou a Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua que identificou, nas 71 cidades em que foi realizada, 31.922 pessoas adultas em situação de rua (BRASIL, 2008). (https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_populacao_situacao_rua.pdf) - Acesso em: 20 abril.2022.
- Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção à Saúde. Manual sobre o cuidado à Saúde junto a População em Situação de Rua. Brasília, 2010. (<https://cetadobserva.ufba.br/sites/cetadobserva.ufba.br/files/539.pdf>) (<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/08/27/agora-e-lei-morador-de-rua-deve-ser-atendido-pelo-sus>). - Acesso em: 20 abril.2022.
- NICKNICH, Mônica. A Fraternidade como valor orientativo dos novos direitos. Direito & fraternidade. Veronese, Josiane Rose Petry e Oliveira, Olga Maria B. Aguiar de. Organizadoras. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. - Acesso em: 10 maio.2022.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 98. (<https://www.migalhas.com.br/depeso/345248/dac-constitucionalidade-do-principio-da-fraternidade>) - Acesso em: 10 maio.2022.
- <https://blogs.iadb.org/brasil/pt-br/caminhos-para-melhorar-a-habitacao-no-brasil/> . Acesso em: 11 de maio de 2022.



Rennan Thamay



O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO COMO PROCESSO OBJETIVO

Rennan Thamy¹

1. Controle de constitucionalidade abstrato: aspectos iniciais

Importante mecanismo para a estabilidade da Constituição é o controle de constitucionalidade, que possibilita a manutenção da higidez do texto constitucional.²

A Constituição Federal³ é, hierarquicamente, superior às demais normas,⁴ tanto no Brasil como em outros países, fazendo com que haja cuidado para que se afastem as inconstitucionalidades⁵ de leis infraconstitucionais e atos normativos em geral que se oponham ao que foi determinado na Constituição.

Relevante perceber que, ao tratar da (in)constitucionalidade de leis ou atos normativos e descumprimento de preceito fundamental, se está a desenvolver um processo por seara distinta e totalmente incomum. Não se trata de um processo tradicional, mas sim de processo diferenciado e de natureza jurídica peculiar.⁶

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC/RS e Università degli Studi di Pavia. Mestre em Direito pela UNISINOS e pela PUC Minas. Especialista em Direito pela UFRGS. Professor Titular do programa de graduação e pós-graduação (Doutorado, Mestrado e Especialização) da FADISP. Professor da pós-graduação (lato sensu) da PUC/SP, do Mackenzie e da EPD - Escola Paulista de Direito. Professor Titular do Estratégia Concursos e do UNASP. Foi Professor assistente (visitante) do programa de graduação da USP e Professor do programa de graduação e pós-graduação (lato sensu) da PUC/RS. Presidente da Comissão de Processo Constitucional do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Membro do IAPL (International Association of Procedural Law), do IIDP (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal), do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo), da ABDPC (Academia Brasileira de Direito Processual Civil), do CEBEPEJ (Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais), da ABDPro (Associação Brasileira de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado, consultor jurídico, parecerista, árbitro e mediador. www.rennanthamay.com.br

² A partir da Constituição austríaca de 1920, Hans Kelsen informa que o controle da constitucionalidade, em seu país, se dava, naquela época, por dois meios, pela responsabilidade pessoal do órgão que instituiu a norma ou, ainda, pela inaplicação da própria norma. Nesse caso, como se pode ver, estar-se-á frente às origens do controle de constitucionalidade na Áustria. Com efeito, refere o autor que "A constitucionalidade da legislação (entendida no sentido mais amplo, abrangendo portanto a promulgação de decretos) pode ser garantida por dois meios distintos: a responsabilidade pessoal do órgão que promulgou a norma inconstitucional e a inaplicação dessa norma" (KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional...* cit., p. 302-303).

³ Pode-se compreender a Constituição a partir da economia, sociologia, filosofia, ciência política, história e ciência da linguagem, mas, para este estudo, reconhecendo a importância das demais formas de observação, deve ser compreendida desde uma perspectiva jurídica. Clémerson Merlin Clève refere, sob a perspectiva jurídica da Constituição, que "As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbitrio ou a omissão do Legislador" (CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...* cit., p. 22).

⁴ Importante destacar que se utiliza neste trabalho os sentidos normativos descritos por Friedrich Müller, distinguindo-se texto normativo de norma (MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. rev. e atual. Trad. Peter Neumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 187 e ss.).

Oswaldo Luiz Palu refere que "A Constituição deve ter preservada sua força ordenadora e deve ser efetivamente obedecida, gerando efeitos na realidade social (constituição normativa)" (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade...* cit., p. 56). Clémerson Merlin Clève refere que "A supremacia constitucional deve vir acompanhada, também, de uma certa 'consciência constitucional' ou, como prefere Hesse, de uma 'vontade de constituição'. Ela reclama a defesa permanente da obra e dos valores adotados pelo Poder Constituinte. Afinal, sem 'consciência constitucional' ou sem 'vontade de constituição', nenhuma sociedade consegue realizar satisfatoriamente sua Constituição ou cumprir com seus valores" (CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...* cit., p. 33-34). Ainda sobre essa supremacia, pode-se conferir HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

⁵ Sobre as variadas modalidades de inconstitucionalidade, torna-se importante conferir CLÈVE, Clémerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro...* cit., p. 35-56.

⁶ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 96-98.

Para este trabalho, tem-se que as ações do controle abstrato de constitucionalidade fazem parte do sistema de processo objetivo. Alerta-se, ademais, que controlam de forma abstrata a constitucionalidade a ADI, a ADO, a ADC e a ADPF. Não se incluem aqui o mandado de injunção⁷ e a ADI interventiva (conhecida como representação interventiva),⁸ pois são ações de natureza diversa, no bojo das quais as discussões (e a decisão) se dão diante de um caso concreto.

O processo de controle de constitucionalidade abstrato ocupa-se, por sua essência, em resolver questões que envolvam a norma ou, ainda, sua respectiva interpretação, como se verá.

2. Controle de constitucionalidade como processo objetivo: especificidade do processo de natureza não subjetiva

O Supremo Tribunal Federal, hodiernamente, atua tanto no controle de constitucionalidade difuso como abstrato.

No controle de constitucionalidade difuso o controle se dá por meio do Recurso Extraordinário,⁹ o qual dará a todo e qualquer cidadão, adimplidos os requisitos, a possibilidade de chegar, por via recursal, à Corte Suprema da nação para debater a constitucionalidade no caso em concreto.

Todavia, distintamente dessa possibilidade observada, vem o controle de constitucionalidade abstrato (processo objetivo), o qual se dará por meio de ações específicas que poderão questionar a (in)constitucionalidade de atos normativos ou leis em face da Constituição e, por vezes, controlar o desrespeito a preceito fundamental e não pela via recursal, como no controle anteriormente referido.

Esse controle se dá pelo processo objetivo, no qual não existem partes litigando entre si. Na verdade, participam dessa forma de controle os legitimados do art. 103 da Constituição Federal, que poderão propor as ações correspondentes à forma objetiva da jurisdição constitucional (ADI, ADO, ADC e ADPF). Nessa modalidade de controle, cabe ao Supremo Tribunal Federal dizer se leis ou atos normativos são (in)constitucionais, dever atribuído pelo constituinte originário, disposto no art. 102, I, a, e § 1º, da Constituição de 1988, consequências estas diretas de sua atribuição de guardião da Constituição.

O controle concentrado, abstrato, por via de ação, visa a retirar do sistema jurídico a lei ou ato normativo em tese, ou em abstrato, tidos por inconstitucionais. De fato, enquanto a via de exceção apenas subtrai alguém dos efeitos de uma lei eivada de inconstitucionalidade, a via de ação expunge do ordenamento jurídico a lei inconstitucional.¹⁰

Percebe-se, assim, que o controle abstrato de constitucionalidade é processo objetivo,¹¹ já que processo de controle de atos normativos e leis em abstrato.¹² O controle de constitucionalidade busca retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo eivados de inconstitucionalidade, pois detém um vício totalmente ofensivo à Constituição Federal.

⁹ Sobre os requisitos e hipóteses de cabimento, pode-se conferir: BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e privado. Curitiba: Juruá, 2009. p. 144 e ss.

¹⁰ Nesse sentido, CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 159.

¹¹ BÉGUIN, Jean-Claude. Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne. Paris: Economica, 1982. p. 62.

¹² Nesse sentido, importante conferir a ADC 1-DF em questão de ordem, especialmente no voto do Min. Moreira Alves na página 20. Vide: Supremo Tribunal Federal. ADC 1-DF, Tribunal Pleno, Min. Moreira Alves, julgado em 1º.12.1993.

Acrescenta José Joaquim Gomes Canotilho, referindo que: “[...] relacionando com o controlo concentrado e principal, o controlo abstracto significa que a impugnação da constitucionalidade de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto. O controlo abstracto de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo à defesa da constituição e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de actos normativos contrários à constituição”.¹³

José Joaquim Gomes Canotilho faz-nos refletir sobre a questão, tendo-se como objetivo essa forma de controle afastar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à Constituição. Realmente, esse processo na via objetiva não possui litigantes, pois, de um lado, se tem os legitimados para argui-la, e, de outro, o legitimado a defendê-la, tendo como objeto da análise a própria norma que sofre o ataque de inconstitucional. Aqui não se tem litígio porque não há fato controvertido, e sim uma busca incessante de manter a Constituição intocável, sempre firme e respeitada por todas as outras formas normativas infraconstitucionais.

Esse modelo de controle hoje ocupa grande espaço no sistema jurídico do controle de constitucionalidade e da atuação do Supremo Tribunal Federal, visando a extirparem-se as inconstitucionalidades existentes no ordenamento jurídico.¹⁴

O controle abstrato de constitucionalidade que foi colaboração das teorias e doutrinas estrangeiras teve grande receptividade no ordenamento jurídico brasileiro, influenciando inclusive o sistema jurídico vigente, ganhando tamanha importância ao ponto de sobrepor ao controle que já era empregado, o controle difuso.¹⁵ Esse controle realmente é hoje trabalhado em sua amplitude máxima, tendo sido o mais empregado atualmente, quer por sua maior extensão como pela sua repercussão.¹⁶

Esse modelo de controle atribui o poder de dizer o que é ou não constitucional, sendo este poder entregue nas mãos do órgão máximo da cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, que tem total autonomia para assegurar à Constituição sua plena e efetiva valoração e força frente aos demais atos normativos. Esse controle é feito através da ADI (ação direta de inconstitucionalidade de norma), ADO (ação direta de inconstitucionalidade por omissão), ADC ou conhecida ainda como ADECON (ação declaratória de constitucionalidade de norma) e a ADPF (arguição de descumprimento de preceito fundamental).¹⁷

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 892.

¹⁴ Esse modelo foi baseado na doutrina de Hans Kelsen, que até os dias contemporâneos oferece aplicabilidade, fazendo-se com que o sistema jurídico viva, em certa medida, grande segurança e estabilidade. Segundo a autora gaúcha Elaine Macedo, “desenvolveu-se no sistema europeu, inspirado especialmente por outros modelos de governos e por outras vivências históricas, o denominado sistema concentrado através do controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos, a partir em especial, da doutrina de Hans Kelsen” (MACEDO, Elaine Harzheim. Repercussão geral das questões constitucionais: nova técnica de filtragem do recurso extraordinário. Revista Direito e Democracia, Canoas, Ulbra, v. 6, n. 1, p. 79-110, 2005. p. 82).

¹⁵ Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, encontramos esse entendimento, ao referir que “A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez, que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.” VIDE MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 80.

¹⁶ Conforme relata Clémerson Merlin Clève, “a fiscalização abstrata tanto pode incidir sobre a ação normativa como sobre a omissão inconstitucional do Poder Público.” (CLÈVE, Clémerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 140).

¹⁷ CHIMENT, Ricardo Cunha et al. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 405.

Assim, como se pode observar, o processo objetivo é voltado ao controle das leis e não para os conflitos intersubjetivos, razão por que impossível sustentar que o controle abstrato se preste a outro controle que não a do direito objetivo em abstrato. Percebe-se, portanto, que as regras do controle de constitucionalidade abstrato (processo objetivo)¹⁸ são próprias e não vinculadas a normas voltadas para o controle de lides pessoais e subjetivas, pois de naturezas diversas.

Inconcebível, obviamente, a interligação entre as duas modalidades de controle, ou seja, a concentração do controle difuso,¹⁹ pois sistemas diversos com natureza distinta e objetivos peculiares. Pode-se concordar que os efeitos possam se aproximar em alguns casos, mas deixe-se claro que isto não significa a combinação sistêmica, pois totalmente incongruente, restando inadequada a concentração do controle difuso, já que mecanismos próprios e com regras e preceitos diversos.

O que ocorre, claramente, no caso, é a modulação dos efeitos, que no controle difuso podem ser, em vez de inter partes, erga omnes, mas isto, como se disse, não passa de modulação dos efeitos e não daquilo que se pretende chamar de concentração do controle difuso, pois incongruente.

3. Inaplicabilidade automática do Código de Processo Civil ao controle de constitucionalidade

Tradicionalmente, em face da omissão, buscam-se formas de solver problemas que surjam, pois as soluções devem ser pensadas tempestivamente para que, em suma, não haja prejuízo aos cidadãos e ao sistema normativo.

É comum utilizar um texto normativo quando outro guarde uma omissão que possa causar prejuízos. Assim se dá, por exemplo, no caso das omissões de regras processuais nas relações determinadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas,²⁰ Código de Defesa do Consumidor²¹ e outras normas. No caso dessas duas normas, sabidamente utiliza-se o Código de Processo Civil como norma subsidiária para as omissões procedimentais fixadas nas duas.

Isso se dá por uma necessidade sistêmica e pela compatibilidade, pois são normas de idêntica hierarquia e que trabalham a mesma modalidade de direito, qual seja o subjetivo do trabalhador (CLT) e do consumidor (CDC), e não questionam a validade da norma em face da Constituição (o que ocorre no controle abstrato). Nesses casos, naturalmente, é possível utilizar subsidiariamente norma procedimental, o CPC, que também tutela as regras procedimentais de interesses subjetivos.

¹⁸ Há quem sustente que o processo objetivo não possa ser visto como tradicionalmente é. Luiz Dellore, acreditando que pela existência de partes e de lide, a seu ver, o processo objetivo recebe influências do processo subjetivo, e que, por essa razão, uma série de questões anteriormente definidas como premissas do processo objetivo para o autor são equivocadas (DELLORE, Luiz. Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade cit., p. 392-393. Discorda-se de tal orientação que será mais bem trabalhada a seguir).

¹⁹ Luiz Dellore propõe a aproximação dos sistemas em decorrência da similitude dos efeitos aplicáveis às decisões. Assim refere o autor: “Ao longo do tópico anterior, procurou-se demonstrar como, com as reformas legislativas, houve uma aproximação entre os efeitos dos dois modelos. De um paradigma em que a decisão do controle difuso era eminentemente inter partes, lentamente caminha-se para uma decisão erga omnes, ainda que de forma indireta.” (DELLORE, Luiz. Estudos sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade cit., p. 349).

²⁰ “Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.”

²¹ “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

Sistematicamente essa é uma possibilidade não ofensiva e opção adequada.

Todavia, isso não pode ser pretendido em face do processo objetivo, ainda mais do controle de constitucionalidade abstrato, pois sistemas totalmente divergentes e incompatíveis entre si.²²

Entenda-se como isso se dá.

O controle de constitucionalidade abstrato é o modelo de controle objetivo da viabilidade de leis e atos normativos frente à Constituição Federal, assim como do descumprimento de preceito fundamental.²³ Esse modelo não foi construído para atender aos reclames pessoais e subjetivos, mas sim à salvaguarda da norma e controle desta em abstrato.²⁴

Diversamente, o Processo Civil brasileiro foi estabelecido, com base nos sistemas processuais clássicos, que têm como fundamento central de suas regras a apuração da casuística e a produção de decisão que tenha como condão resolver a lide de partes envolvidas que receberão os efeitos desta decisão, em regra, inter partes.

Dessarte, como se pode observar, os modelos são divergentes em sua natureza e, claramente, em seu objetivo final.²⁵ Com efeito, incongruente resta querer, forçosamente, unir dois modelos incompatíveis entre si.

A prova disso está normativamente aclarada, pois sabendo que o processo objetivo é um sistema diverso do subjetivo veio o legislador fixando as regras do processo objetivo nas Leis 9.868/1999 e 9.882/1999. Nessas normas encontram-se, por exemplo, as regras da petição inicial e todo o procedimento, bem como os prazos, para o transcurso das ações que compõem o processo objetivo, qual seja, em especial, o controle abstrato.

De fato, podem existir omissões nesse sistema normativo. Alerta-se que uma das possíveis omissões é com relação ao tema da coisa julgada, pois a norma silencia sobre o instituto, preferindo tratar do trânsito em julgado, que não é coisa julgada, trabalhando, ainda, do efeito vinculante e da eficácia erga omnes. Nesse caso, da omissão, razoável é que a solução seja pensada, e apresentada, em conformidade com o sistema e não tentando, de forma artificial, trazer a solução de sistema incompatível. Isso demonstra duas coisas: (a) o total desconhecimento da natureza e divergência dos sistemas, e, por fim, (b) a ausência de preocupação com o sistema.

²² O Supremo Tribunal Federal, na ADI 4.620 AgR/MG, rel. Min. Dias Toffoli, deixa claro que a solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com a natureza do processo objetivo de controle de constitucionalidade. “EMENTA. Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 2º da Lei estadual n. 1.654/57 (com a redação atual, dada pela Lei estadual n. 12.053/96, e com a redação originária), bem como, por arrastamento, excepcionalmente, do art. 1º da Lei estadual n. 1.654/57 (com a redação dada pela Lei Estadual n. 6.806/76), todas do Estado de Minas Gerais. Concessão de pensão vitalícia a ex-Governadores do Estado e a seus dependentes. Revogação expressa dos dispositivos questionados. Prejudicialidade da ação. Efeitos concretos remanescentes. Conforme entendimento pacificado no âmbito desta Corte, a remanescência de efeitos concretos pretéritos à revogação do ato normativo não autoriza, por si só, a continuidade de processamento da ação direta de inconstitucionalidade. A solução de situações jurídicas concretas ou individuais não se coaduna com a natureza do processo objetivo de controle de constitucionalidade. Precedentes. Agravo a que se nega provimento” (STF, ADI 4.620 AgR/MG, Tribunal Pleno, Min. Dias Toffoli, julgado em 20.06.2012).

²³ Na ADI 4.105 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, o Supremo deixou claro que a ADPF é espécie do gênero processo objetivo, motivo por que, neste julgado, resolver converter a ADPF em ADI, pois assemelhava-se mais a esta do que àquela. Vide: STF, ADI 4.105 MC/DF, Tribunal Pleno, Min. Marco Aurélio, julgado em 17.03.2010.

²⁴ Seguindo esse entendimento, na ADI 4.356/CE, rel. Min. Dias Toffoli, o Supremo entendeu que o exame que pressupõe a realização de análise casuística é incompatível com a natureza do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, pois fundamento que não merece ser apreciado em sede de controle concentrado, o qual não se presta a discutir fatos e casos concretos. (STF, ADI 4.356/CE, Tribunal Pleno, Min. Dias Toffoli, julgado em: 09.02.2011).

²⁵ Alerta relevante é feito por André Ramos Tavares ao aduzir que: “Seja como for, o processo no qual se desenrola o controle de constitucionalidade judicial concentrado não obedece às regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos de interesses, do tipo clássico” (TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 248).

Utilizar mecanismo já criado por outro sistema para solucionar a omissão é fácil e rápido, entretanto, pode causar danos irreparáveis ao sistema que recebe o implemento de mecanismo inadequadamente adaptado. Assim seria caso se buscasse a solução no Código de Processo Civil, pois se subjetivaria o processo objetivo, desnaturando-se e enfraquecendo, ainda mais, a Constituição, o sistema de controle de constitucionalidade e o cidadão, pois, forçando, pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao controle abstrato, a aplicação da coisa julgada nos moldes subjetivos no controle abstrato se tornaria o sistema inócuo, já que, obtida uma decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, por exemplo, obrigar-se-ia a todos os cidadãos a respeitá-la para sempre, sem exceção, pois a res iudicata é a imutabilidade e consequente indiscutibilidade do conteúdo da sentença ou acórdão de mérito.

Essa ocorrência é totalmente contrária à segurança e estabilidade social, pois, ao Supremo, como Corte Suprema, é dado controlar sempre as normas, visando a manter o Estado em situação de tranquilidade.

Essa é somente uma das possíveis situações.

Com efeito, para este momento é relevante pensar que é totalmente inaplicável, subsidiária e automaticamente, o Código de Processo Civil ao controle de constitucionalidade abstrato. André Ramos Tavares refere que “o processo de controle abstrato de constitucionalidade não é nem poderia ser regido pelas mesmas diretrizes ou especificidades do processo comum”.²⁶

Assim, como alertado, realmente as regras e os sistemas são diversos e não poderiam conviver em conjunto.²⁷ A orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem nesse sentido. Veja-se a medida cautelar na PETMc 1.120-SP, na qual o Min. Celso de Mello afirma que:

Os processos de fiscalização abstrata de constitucionalidade são processos objetivos [...]. Por este motivo, os princípios processuais a que está submetido o processo constitucional não são os mesmos que regem, por natureza, os processos jurisdicionais. O processo constitucional exige, portanto, um corpo de regras de processo. Esta última condição requer do Tribunal Constitucional uma constante vigília, de modo a evitar tentativas de aplicação contra natura das regras do processo civil a situações em que elas não podem ser aplicadas.²⁸

²⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 244.

²⁷ Sobre a autonomia do processo constitucional, importante conferir GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. Introducción al derecho procesal constitucional. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006. p. 16 e ss. Igualmente, sobre o tema, pode-se conferir MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Derecho procesal constitucional: origen científico (1928-1956). Madrid: Marcial Pons, 2008.

²⁸ Em outro julgado, novamente o Supremo se posiciona sobre a temática, desta vez por meio da ADI 1350/RO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que assim se pronuncia: “É preciso ter presente, neste ponto – considerada a autonomia instrumental do processo constitucional, irredutível, em seus lineamentos fundamentais, à generalidade, das normas que se aplicam ao processo comum –, que o princípio da subsidiariedade, tratando-se de fiscalização abstrata, não se revela ordinariamente invocável nas ações diretas. Isso significa – uma vez admitido o perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição constitucional..., Saraiva, 1996, 129-130) – que, em regra, não se deve reconhecer, como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática, em caráter supletivo, das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a intervenção de terceiros na relação processual. A compreensão da natureza objetiva do processo de controle concentrado – que, insista-se, supõe a discussão meramente abstrata de questões jurídicas atinentes à conformação constitucional dos atos estatais – torna-se justificável a asserção de que, em princípio, o postulado da subsidiariedade não encontra vigência irrestrita no âmbito do processo de fiscalização normativa de constitucionalidade.” (STF, ADI 1350/RO, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, julgado em 04.02.2005).

Dessarte, crê-se que seja impossível conectarem-se dois sistemas diversos, por estas razões, fazendo com que seja inadmissível a aplicação automática e subsidiária do Código de Processo Civil ao controle abstrato de leis. Melhor seria se houvesse codificação específica para esse modelo de controle, o que até então não foi levado a cabo.

4. Inexistência de partes, e sim de legitimados

Importante questão a ser enfrentada é a da inexistência de partes, no processo objetivo (especialmente no controle abstrato de constitucionalidade), mas sim existência de legitimados.

Há significativa diferença entre os dois conceitos partes e legitimados. Em um deles, como se verá, há interesse real e pessoal na medida judicial promovida, enquanto, distintamente, para o outro não há interesse real e muito menos pessoal, mas sim uma atuação em decorrência da ordem constitucional que vem no sentido de proteger a própria Constituição das inconstitucionalidades, por exemplo.

Antes de debaterem-se as imbricações desses conceitos próprios, deve-se compreender, e demarcar de forma precisa, o que vem a ser parte no sistema jurídico-processual.

Para José Frederico Marques,²⁹ as partes são aquelas que pedem ou contra as quais se pede a prestação jurisdicional. De modo geral, partes são os sujeitos ativo e passivo, respectivamente, da pretensão e da lide, mas, em verdade, partes são o autor, como sujeito ativo da ação, e o réu, como sujeito do direito de defesa.

Essa conceituação deixa bem claro que as partes estão, necessariamente, ligadas de forma direta à lide, pois são aquelas que têm a necessidade do movimento da jurisdição para resolver determinada celeuma. Portanto, serão partes aqueles que não somente promovem a medida por interesse pessoal, mas aqueles que receberão as eficácias e os efeitos da decisão judicial.

No controle de constitucionalidade abstrato não existem partes,³⁰ mas sim legitimados. Istintamente, no controle difuso as partes são caracteristicamente existentes, pois processo subjetivo no qual existe(m) autor(es) e réu(s) litigando, sendo estes as partes envolvidas no conflito que será decidido pelo Judiciário. Nessa modalidade de controle, caso chegue ao Supremo por meio do Recurso Extraordinário, questionando a (in)constitucionalidade de uma lei ou ato normativo no caso concreto, por exemplo, a decisão do Supremo atingirá as partes e fará coisa julgada, pois qualidade específica desta modalidade de demanda.

²⁹ «Partes, por outro lado, são aqueles que pedem ou contra os quais se pede a prestação jurisdicional. De um modo geral, partes são os sujeitos ativo e passivo, respectivamente, da pretensão e da lide; mas, na realidade, partes são o autor, como sujeito ativo da ação, e o réu, como sujeito do direito de defesa. Donde distinguir-se parte em sentido material da parte em sentido formal.” (MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1974. v. III. p. 172).

³⁰ Observando as lições de Chiovenda, refere Celso Agrícola Barbi que “parte é aquele que demanda em seu nome próprio (ou em cujo nome é demandada) a atuação de uma vontade da lei, e aquele em face de quem essa atuação é demandada” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 114).

Totalmente diferente é o controle abstrato. Neste não há partes que busquem proteger seus interesses e direitos, mas sim legitimados que buscam agir para manter a Constituição hígida.³¹ Luís Roberto Barroso³² percebe que a ação direta é veiculada através de um processo objetivo, em que não há lide em sentido técnico, nem partes. Assim, para o autor, não há, no controle de constitucionalidade abstrato, a defesa de interesses, pois a legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade é limitada a determinados órgãos e entidades.

Com efeito, não há falar em partes no controle de constitucionalidade abstrato, pois processo objetivo com características próprias, que substituem a existência de partes pela legitimação outorgada a algumas entidades e órgãos, que não detêm interesse pessoal para com a causa de pedir e pedidos da demanda, mas sim, entretanto, legitimidade para afastar as inconstitucionalidades e o descumprimento de preceitos fundamentais.

Os legitimados recebem normativa autorização para a propositura das medidas judiciais do controle abstrato de constitucionalidade. Vislumbre-se que os legitimados buscam agir em favor da Constituição para que seja declarada da (in)constitucionalidade e do descumprimento do preceito fundamental.

Ademais, segundo Oswaldo Luiz Palu, “no modo abstrato de controle de constitucionalidade temos o processo objetivo, assim chamado por oposição ao processo subjetivo, a tutelar este uma situação subjetiva, individual ou coletiva. O objeto do primeiro é a garantia da ordem jurídica, abstratamente considerada, e não a solução de controvérsias individuais e (ou) coletivas. Quando se afirma tratar-se de processo objetivo se quer dizer aquele em que não há interesses individuais ou coletivos específicos, e, assim, não há a menor relevância do interesse processual nos moldes do processo civil clássico, como uma das condições da ação; deve estar presente, entretanto, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação”³³

Deve-se atentar para o fato de que os legitimados a agir não o fazem em favor da coletividade, ou muito menos, em *prima facie*, para proteger a coletividade e seus interesses, mas, ao contrário, os legitimados agem em favor da Constituição e buscando manter-lhe a higidez. Os legitimados agem em favor, e em razão, da Constituição e não representam ou substituem absolutamente ninguém.³⁴ A própria Constituição é que instituiu a figura dos legitimados, órgãos ou entidades, e não pessoas, que agem com a única finalidade de afastar e expungir do ordenamento jurídico normas e atos normativos que afrontem e contrariem a Constituição.

³¹ Nesse sentido, importante conferir a ADC 1-DF em questão de ordem, especialmente no voto do Min. Moreira Alves na página 20-21. STF, ADC 1-DF, Tribunal Pleno, Min. Moreira Alves, julgado em 01.12.1993. Assim, também conferir: STF, ADC 29/DF, Tribunal Pleno, Min. Luiz Fux, julgado em 16.02.2012.

³² “A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional – e não de defesa de interesses –, a legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades.” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 50). Também conferir: ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 60.

³³ PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 192.

³⁴ “O processo objetivo tem como característica o fato de não conter o contraditório e nele não haver partes; existe um autor, mas não existe a contrapartida no polo passivo. ‘Característica do processo objetivo é a não exigência de um interesse jurídico específico’. Não há um interesse subjetivo particularizado, simplesmente tutela-se a ordem jurídica” (PALU, Oswaldo Luiz. Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos cit., p. 192).

Assim, deve-se compreender a legitimidade como pura e simples legitimidade e não como parte, pois esta tem como finalidade, e base de sua conceituação, a atuação em concreto para a proteção de um direito subjetivo seu que lhe garantirá a resposta por meio da jurisdição e lhe estenderá a ocorrência da coisa julgada e seus efeitos.

Outra razão, de grande importância, para compreender a legitimidade é a atuação não pessoal dos legitimados, mas sim de seus cargos ou dos órgãos que compõem. Assim, o Presidente da República, por exemplo, age como legitimado em função de seu cargo e função e não, obviamente, pelo interesse pessoal ou coletivo. Dessarte, esse legitimado atua no processo objetivo (controle abstrato) imbuído do dever constitucional de proteção da própria Constituição, não havendo aqui nenhuma possibilidade de ser observado como parte, mas sim, e como é, legitimado a atuar processualmente.

A parte, que não é o terceiro nem o substituto e muito menos o legitimado, tem o direito de agir, ou responder a uma demanda, com base em sua vontade interna e pessoal, imbuída da relação de direito material que lhe interesse podendo ser sujeito da relação jurídica processual. Assim, pode-se mudar o detentor do cargo de Presidente da República, por exemplo, mas a demanda proposta pelo legitimado Presidente será conduzida, então, pelo novo detentor do cargo e não pela pessoa do proponente da demanda, o que, mais uma vez, demonstra que a noção de parte não tem, nesse aspecto, qualquer vinculação com aquilo que se entende como legitimação.

Outro exemplo ainda mais forte a ser dado poderia ser a propositura de uma demanda, no controle abstrato de constitucionalidade, pelo partido político que não será, de forma alguma, parte, pois órgão que não tem interesse pessoal ou fático, mas sim, e em tese, o dever de, como órgão legitimado, agir em favor da Constituição, afastando desta as normas inconstitucionais. Nesse caso, resta ainda mais claro que não há sujeito pessoalmente interessado e vinculado à lide ou controvérsia, contrariamente, há um legitimado órgão que atuará, autorizado pela Constituição, para a preservação da própria norma e não para e em decorrência do interesse coletivo.

Em verdade, em nada importa, neste ponto, o interesse coletivo, mas sim realmente a (in)constitucionalidade da lei ou do ato normativo questionado. Nessa linha não podemos concordar com o deslocamento da figura do legitimado para a condição de parte. Esse fenômeno, ao contrário do que se pensa, enfraqueceria, ainda mais, o controle abstrato de constitucionalidade, já que o legitimado age em decorrência da ordem constitucional, enquanto a parte age em decorrência de seu interesse pessoal ou até coletivo, mas não em decorrência da Constituição.

Recorde-se que o processo civil teve como base a proteção dos interesses e direitos subjetivos das partes e que este objetivo sempre foi pretendido pelo processo civil brasileiro, assim como em outros países, diversamente do que se apregoa no controle abstrato, em que se pretende uma proteção ao direito objetivo constitucional, e não subjetivo e pessoal,³⁵ razão por que corretamente a doutrina determinou que se trabalharia com a condição de legitimados para agir, assim como o determinou a Constituição.

Se assim não fosse, todo e qualquer cidadão poderia preservar a Constituição, na condição de parte, no processo objetivo (controle abstrato), o que não se dá em nosso sistema, pois para essa função existem os órgãos ou cargos legitimados a tal. Ademais, para encerrar este ponto, é dado, sim, na condição de parte, atuar em face do controle de constitucionalidade, mas somente no controle difuso, no qual todo e qualquer cidadão pode, como parte interessada, pessoalmente proteger a Constituição, mas no caso concreto, e não em abstrato, visando a solver celeuma que lhe afeta direta ou indiretamente, jamais como legitimado ou substituto, mas sim como parte.

Não se pode querer transportar regras de proteção de direito subjetivo para a proteção do direito objetivo, pois incompatíveis entre si, assim como já afirmado pelo Supremo Tribunal Federal ao analisar a temática.³⁶

5. Inexistência de lide

Outro ponto relevante a ser explorado é a inexistência de lide, a partir de seu conceito clássico, no controle de constitucionalidade abstrato. Uma das características marcantes do processo subjetivo, e classicamente das demandas típicas do processo civil, é a existência da lide, visto que o conflito de interesses movimenta a discórdia entre as partes.

Essa realidade típica do processo subjetivo não pode ser transplantada para o processo objetivo, como veremos, em decorrência da distinção sistêmica dos modelos de controle de constitucionalidade, já que em um deles, o abstrato, não há partes que conflitem uma posição subjetiva sobre determinada questão.

Assim, antes de combatermos tal ponto, relevante se faz conhecer o que pode ser compreendido como lide, em sua essência conceitual teórica clássica, bem como hodierna.

O conceito clássico de lide vem observado em Francesco Carnelutti, quando aduz que “*la lite è il conflitto di interessi tra due persone qualificate della pretesa dell'una e della resistenza dell'altra*”.³⁷

³⁵ Saul Tourinho Leal afirma que o controle “é abstrato porque não cuida de caso concreto. Ao contrário. Cuida de direito em tese. O que se busca é extirpar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo, federal ou estadual, incompatível com a Constituição Federal. Não se tem, como no caso do controle difuso, uma lide. Não há partes envolvidas litigando pela defesa de um direito subjetivo. Não há embate entre polo ativo e passivo. O que ocorre no controle abstrato é a submissão, ao Supremo tribunal Federal, de um questionamento, qual seja: esta lei ou ato normativo viola a Constituição Federal? Nada mais” (LEAL, Saul Tourinho. Controle de constitucionalidade moderno. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 293).

³⁶ Segundo o Min. Celso de Mello, resta claro que o processo objetivo não se amolda a discutir interesses individuais ou coletivos, pois detém legitimados a agir e jamais partes que pretendam proteger direito subjetivo seu ou de outrem (STF, ADI 1.254 AgR/RJ, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, julgado em 14.08.1996).

³⁷ CARNELUTTI, Francesco. Principi del processo penale. Napoli: Morano, 1960. p. 93.

Com efeito, tendo por base esse conceito clássico de lide, pode-se perceber que o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, inicialmente, constitui a lide. Nessa linha, com pequena variação, vem Enrico Tullio Liebman, aduzindo que “lide é, portanto, o conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, sobre o qual o Juiz é convidado a decidir”.³⁸

Dessarte, imperioso observar que os conflitos de interesses são ocorrências efetivamente pessoais e subjetivas, nas quais os sujeitos discordantes, por óbvio, disputam determinado direito subjetivo que entendem seu.³⁹

É nessa linha que, pensando em lide,⁴⁰ conectada às partes, Moacyr Amaral dos Santos aduz: “lide, portanto, é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”.⁴¹

Encerrando a definição conceitual do que venha a ser lide, pode-se concordar com José Frederico Marques, além, é claro, de Francesco Carnelutti, referência deste conceito para este estudo, ao aduzir que “de início, há que caracterizar, em suas linhas gerais, o litígio ou lide, o qual pode ser definido como o conflito intersubjetivo derivado de uma pretensão insatisfeita. Sempre que numa situação de interesses em conflito um dos sujeitos exige a prevalência de seu interesse, há uma pretensão, a qual, se desatendida, configurará uma pretensão insatisfeita”.⁴²

Portanto, pode-se afirmar, com tranquilidade, que a lide, como conflito de interesses caracterizado pela pretensão resistida, se qualifique diante de interesses intersubjetivos de sujeitos, ou seja, de pessoas que, sob ângulos diversos, pretendem o mesmo bem, coisa ou direito.

Assim, compreendido o instituto, pode-se afirmar, com segurança, que as ações do controle de constitucionalidade abstrato não possuem lide. Isso por três razões: duas delas basicamente teóricas e uma jurisprudencial determinada pelo próprio Supremo.

A primeira, por não haver partes no controle de constitucionalidade abstrato, como já exposto, visto que nesse controle, típico processo objetivo, se têm legitimados a agir e não a defender interesse intersubjetivo próprio ou coletivo. Nesse sentido, inviável falar em lide que pressupõe a atuação subjetiva na disputa de algo. Isso não ocorre no controle abstrato pela singela razão de ser esse processo objetivo.

38 LIEBMAN, Enrico Tullio. O despacho saneador e o julgamento de mérito. Revista dos Tribunais, São Paulo: Ed. RT, v. 88, n. 767, p. 737-753, set. 1999. Especialmente no item 9.

39 “O conflito de interesses pressupõe, ao menos, duas pessoas com interesse pelo mesmo bem. Existe quando a intensidade de interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma tende à exclusão da outra quanto a este.” (SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil cit., p. 4).

40 José Maria Rosa Tesheiner refere que: “ao conceito de lide se chega passo a passo a partir da ideia de ‘interesse’” (TESHEINER, José Maria Rosa. Elementos para uma teoria geral do processo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 67).

41 SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil: adaptadas ao novo Código de Processo Civil cit., p. 9. Aduz, ainda, o autor que: “O sujeito do interesse oposto, neste caso, pode assumir uma de duas atitudes: conformar-se com a subordinação ou resistir à pretensão daquele a essa subordinação. No primeiro caso, o conflito se compõe pacificamente. No segundo caso, o conflito se dinamiza: à pretensão do sujeito de um interesse se opõe a resistência do sujeito de outro interesse. Configura-se aqui um litígio ou lide, que se caracteriza por ser um conflito de interesses em que à pretensão de um dos sujeitos se opõe a resistência do outro” (Ibidem, p. 9).

42 MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1974. v. III. p. 6.

A segunda razão está fundada na ausência de combate, conflito e disputa por direito intersubjetivo no controle abstrato de constitucionalidade, pois não existem partes para, dessa forma, pelear diversamente por algo. Ainda que forçosamente se quisesse afirmar existir lide no controle abstrato, sob o fundamento de que há autor que se esbarraria no próximo plano do problema, qual seja, a ausência de réu, nesse modelo de controle, como já alertado.

Não havendo réu, em face de quem demandar, não se consegue configurar o conflito ou a pretensão resistida, desfigurando-se a possibilidade, inconsistente, de existência de lide no controle de constitucionalidade abstrato.⁴³

Clèmerson Merlin Clève, ao tratar do processo objetivo, em especial de uma das modalidades deste, a ADI, refere ser “[...] um “processo” que se materializa, do mesmo modo que os demais, como instrumento da jurisdição (constitucional concentrada); por meio dele será solucionada uma questão constitucional. Não pode ser tomado, entretanto, como meio para a composição de uma lide. É que, sendo 'objetivo', inexistente lide no processo inaugurado pela ação direta genérica de inconstitucionalidade. Não há, pretensão resistida. A ideia de Carnelutti segundo a qual 'processo é continente de que a lide é conteúdo' não se aplica ao processo mediante o qual atua a jurisdição constitucional concentrada. Em vista disso, em geral, os legitimados ativos da ação direta não buscam, precipuamente, com a provocação do órgão exercente da jurisdição constitucional concentrada, a tutela de um direito subjetivo, mas sim a defesa da ordem constitucional objetiva (interesse genérico de toda a coletividade).”⁴⁴

Por isso, dúvida inexistente de que, realmente, no controle de constitucionalidade abstrato, por ser processo objetivo, não há falar de lide, por restar ausente o litígio (conflito de interesses intersubjetivos por meio de pretensão resistida) entre partes.

A terceira razão para a inexistência de lide no controle de constitucionalidade abstrato vem constituída, com base nessas premissas anteriormente lançadas, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que rechaça, de plano, a possível existência de lide no controle em tese. Isso faz o Supremo, com olhos fixos na qualidade de que o controle abstrato é, sim, modelo de processo objetivo que não detém essas particularidades do processo subjetivo, pois aquele, mediante regras próprias e particulares, vem pensado para um sistema de tutela do direito objetivo e jamais para a tutela dos direitos subjetivos e interesses intersubjetivos pessoais.

O Supremo, como já alertado, foi claro ao afastar a noção de lide do controle abstrato por ser este, para o Tribunal, processo objetivo. Na Rcl 397 MC-QO/RJ, afirmou-se que “o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais”.⁴⁵

⁴³ Refere Georges Abboud, ao falar controle abstrato de constitucionalidade, como processo objetivo, sustenta que “não existe contraditório nesse processo, não há uma lide no sentido carneluttiano, porquanto não existem direitos subjetivos a amparar pretensões em conflito. O processo de controle abstrato de normas não é um processo contraditório, não existem direitos subjetivos em litígio, trata-se de um processo objetivo sem contraditório, ainda que os autores do ato normativo sub judice possam ser ouvidos no processo, também não é um processo inquisitivo, não pode o órgão responsável por seu controle iniciá-lo ex officio. Nesse processo não há sucumbência porque não existe 'perdedor', não há sujeito passivo que deverá sofrer os efeitos da sentença” (ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 97).

⁴⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 142.

⁴⁵ STF. Rcl 397 MC-QO/RJ, Tribunal Pleno, Min. Celso de Mello, julgado em 25.11.1992.

Essas orientações doutrinário-jurisprudenciais destacam aquilo que, neste trabalho, salta aos olhos, a total desvinculação do processo objetivo com o subjetivo. São, verdadeiramente, “mundos” distintos, com regras particulares e incompatíveis entre si.

Assim, define-se, para este estudo, que, embasado nessas posições, não há lide no controle abstrato de constitucionalidade, pois processo objetivo que não comporta conflitos de interesses intersubjetivos, mas, tão somente, como é conhecido, o conflito normativo de leis ou atos normativos, o que, claramente, de largo não é lide nos moldes aqui trabalhados e definidos.

Estudando o tema, Ovídio A. Baptista da Silva, ao fazer a crítica a Enrico Tullio Liebman e a Alfredo Buzaid, afirma que “em última análise, e para simplificar as coisas, o provimento de mérito com que o juiz, para empregarmos as palavras de Liebman, “define a lide”, será necessariamente um juízo declaratório e, como tal, definitivo e irrevogável. Se o juiz disser, como deverá dizê-lo ao conceder a medida liminar, que o direito do autor é provável; que, do exame por ele feito do material probatório então disponível, pareceu-lhe verossímil o direito do autor, tais declarações sobre o merecimento (sobre o mérito) do pedido são inteiramente irrelevantes, como “definição da lide”. Mesmo que o julgador, expressando-se de modo incorreto, dissesse, naquele momento processual, estar comprovado o direito do autor e ele plenamente convencido da procedência da ação, ainda assim tal declaração ou seria inútil, por ser reversível (revogável) na sentença final; ou acabaria valendo como declaração definitiva. [...] Isto permite-nos uma conclusão interessante. Nem a assertiva de Buzaid identificando o “objeto do processo” com o mérito da causa é correta, pois haveria tratamento da lide que não se identificaria com o julgamento de mérito; e nem o entendimento de Theodoro Jr., ao afirmar que “lide e mérito são sinônimos” é verdadeiro. A lide pode ser tratada através de uma medida liminar, sem que o mérito seja sequer tocado; assim, como poderá sê-lo, por exemplo, nas ações de despejo e de esbulho possessório, objeto de provimento executório decorrentes do julgamento de mérito, ou julgamento da lide, conceitos estes, sim, como disse Liebman, sinônimos perfeitos. Mesmo não sendo, o provimento executório, um julgamento de mérito, ninguém lhe negaria a condição de “objeto do processo””.⁴⁶

Assim como Ovídio A. Baptista da Silva, Cândido Rangel Dinamarco⁴⁷ e Galeno Lacerda,⁴⁸ acredita-se, neste trabalho, na impossibilidade de unirem-se conceitos distintos como lide e mérito, por serem ideologicamente, em sua natureza e essência, diversos. Com efeito, alicerçado em Francesco Carnelutti e nesses autores, acredita-se que, por não ser lide e mérito a mesma coisa, tem-se no controle de constitucionalidade abstrato somente o mérito que não fará, necessariamente, existir lide.

⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 235.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 254.

⁴⁸ LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 83.

Dessarte, sabendo que as demandas no controle abstrato, por ser típico processo objetivo, possuem mérito juridicamente relevante para a causa, pelo fato de haver divergência normativa e (in)constitucionalidade em tese ou (des)cumprimento de preceito fundamental, reconhecendo-se, assim, portanto, a sua qualidade a ser analisada e, conseqüentemente, julgada pelo Supremo.

Contudo, isso, como já alertado, não é lide, razão por que, seguindo a linha traçada pela doutrina e jurisprudência do Supremo, mantém-se firme, para este trabalho, a noção de que não exista lide, como classicamente concebida, no controle de constitucionalidade abstrato, o que já não se pode dizer do controle difuso, já que processo subjetivo. Nesse, a lide existe, pois o conflito de interesses intersubjetivos está presente e, ainda mais, fortalecido pela resistência, o que naquele controle não se dá.

6. Conclusão

Importante mecanismo, para a estabilidade da Constituição, é o controle de constitucionalidade que possibilita a manutenção da higidez do texto constitucional, podendo este controle se dar pela via difusa ou abstrata. O Supremo Tribunal controla a constitucionalidade nas vias difusa e abstrata com a finalidade de manter a Constituição segura, pois este órgão é o guardião da Constituição.

O controle de constitucionalidade difuso, em relação ao Supremo, se dá por meio do Recurso Extraordinário que dará a todo e qualquer cidadão, adimplidos os requisitos, a possibilidade de chegar, por via recursal, à Corte Suprema da nação para debater a constitucionalidade no caso em concreto.

Todavia, distintamente dessa possibilidade observada, vem o controle de constitucionalidade abstrato, típico processo objetivo que se dará por meio de ações específicas que poderão questionar a (in)constitucionalidade de atos normativos ou leis (ADI, ADO e ADC) em face da constituição e, por vezes, controlar o desrespeito a preceito fundamental (ADPF) e não pela via recursal, como no controle anteriormente referido. O processo de controle de constitucionalidade abstrato consubstancia-se, por sua essência, em resolver questões que envolvam a norma ou, ainda, sua respectiva interpretação, como se verá.

O controle abstrato de constitucionalidade comporta a utilização de quatro ações, com qualidades próprias e particulares, sendo elas: (a) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); (b) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); (c) Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); e, por fim, (d) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

O controle abstrato de constitucionalidade é processo objetivo, já que processo de controle de atos normativos e leis em abstrato. Esse controle busca retirar do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo eivados de inconstitucionalidade, pois detém um vício totalmente ofensivo à Constituição Federal. Percebe-se, portanto, que as regras do controle de constitucionalidade abstrato (processo objetivo) são próprias e não vinculadas a normas voltadas para o controle de lides pessoais e subjetivas, pois de naturezas diversas.

É totalmente inaplicável, automática e subsidiariamente, o Código de Processo Civil ao controle de constitucionalidade abstrato, em especial, no que já fora determinado, em relação ao procedimento nas leis próprias, bem como em relação à res iudicata. Isso se dá por serem modelos diversos, já que o Código de Processo Civil é norma criada para tutelar interesses intersubjetivos, enquanto que o controle de constitucionalidade abstrato é sistema de controle da norma em tese, visando a tutelar o direito objetivo e não os interesses interpessoais e coletivos subjetivos.

No controle de constitucionalidade abstrato não existem partes, mas sim legitimados. Totalmente diferente é o controle abstrato. Nesse, não há partes que busquem proteger seus interesses e direitos, mas sim legitimados, que buscam agir para manter a Constituição hígida. Assim, afirma-se, por fim, que, no processo objetivo, especialmente no controle de constitucionalidade abstrato, não existem partes (mas sim legitimados), uma das condições necessárias para a formação da coisa julgada, motivando a sua inexistência no controle de constitucionalidade abstrato (processo objetivo).

Relevante é perceber que no controle de constitucionalidade abstrato há a inexistência de lide, a partir de seu conceito clássico, o que também descaracteriza a possível formação da coisa julgada neste modelo de processo objetivo.



Flávio Humberto Pascarelli Lopes
Rodrigo Reis Ribeiro Bastos



A RECURSIVIDADE NA METODOLOGIA DA PESQUISA CIENTÍFICA

Flávio Humberto Pascarelli Lopes¹
Rodrigo Reis Ribeiro Bastos²

Resumo

O presente texto aborda a aplicabilidade da metodologia da pesquisa científica a si mesma e à prática jurídica cotidiana. Para isso, foram levantadas duas hipóteses: 1) A aplicação do método científico sobre o método científico produz problemas decorrentes da recursividade que só podem ser resolvidos com o uso da metateoria; 2) Em regra, o método científico não é aplicado ao direito. Como o recurso, a ciência e a razão tornaram-se sagrados na sociedade ocidental como um todo e de forma patológica no seio da academia; os escritores e operadores do direito tentam conferir a suas práticas e estudos a aparência do uso da ciência, do método científico e da razão, mas, na maioria das vezes, aplicam o método hermético. Neste artigo, o método usado para a construção da prova foi o lógico dedutivo. Ao longo do texto, foi demonstrada a validade de ambas as hipóteses.

Palavras-chave: Metodologia. Ciência. Razão. Lógica.

Introdução

A primeira etapa que precisa ser feita para o estudo de um determinado tema é defini-lo. É, senão impossível, ao menos inapropriada, a tentativa de estudo ou de pesquisa sem que antes se tenha levado a cabo a precisa delimitação do objeto a ser estudado. O presente artigo foi apresentado como forma de avaliação da disciplina de metodologia da pesquisa, ministrada no curso de doutorado em direito, oferecido pela Unifor, em parceria com o Ciesa (Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas), na cidade de Manaus. A tarefa a ser empreendida consistia na elaboração de um artigo científico com o correto uso das normas de formatação

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1980). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Cândido Mendes. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005) e Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2020). Atualmente é Diretor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Foi Diretor da Escola da Magistratura do Amazonas ? ESMAM (2009-2014); Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Amazonas (2009-2010); Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas (2010-2012); Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas (2012-2014); Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Amazonas (2014-2016); Presidente do Tribunal de Justiça do Amazonas (2016-2018); Diretor da Escola da Magistratura do Amazonas ? ESMAM (2018-2020); Diretor da Escola de Aperfeiçoamento do Servidor do Tribunal de Justiça do Amazonas (2020-2022) e Presidente do Tribunal de Justiça do Amazonas (04-07-2022 a 02-01-2023). Foi Presidente da Associação dos Magistrados do Amazonas ? AMAZON (2004-2006); Coordenador da Região Norte do Conselho de Representantes da AMB (2005); Vice-Presidente da AMB - Associação dos Magistrados do Brasil (2008-2011); Presidente do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (2013-2015); Por 05 vezes em 2016, por 06 vezes em 2017 e por 03 vezes em 2018, assumiu como Governador do Amazonas, em substituição (2016-2018); Vice-Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça (CTJ) (2018-2019); Membro da Academia de Ciência e Letras Jurídicas do Amazonas, com a Cadeira nº 04; Membro da Academia de Letras e Cultura da Amazônia (ALCAMA) e a Associação Brasileira de Escritores e Poetas Pan Amazônicos (ABEPPA); Membro do Instituto de Direito Administrativo do Amazonas (IADA); Professor no curso de Direito do CIESA e da UFAM; Professor na Pós-Graduação da UFAM, da Estácio de Sá, Tiradentes/SE e na Cândido Mendes do Rio de Janeiro; Professor nos cursos de formação de Juizes da ESMAM.

² possui graduação em DIREITO pela Universidade Cândido Mendes (1991), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2016). Pós-Doutorando pela Universidade do Minho (UNIMINHO). Professor da Faculdade Santa Teresa, professor da Universidade de São Paulo, professor convidado do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas, professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Amazonas, editor chefe - Revista Eletrônica Sapere Aude e chefe de gabinete do des Flávio Pascarelli - Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Secretário Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Amazonas, atuando principalmente nos seguintes temas: direito, lógica, decisão, justificação e judicial.

da ABNT e com a aplicação dos métodos apresentados no manual da própria instituição. No entanto, o tema em que tais técnicas devem ser aplicadas é livre.

A despeito de o tema ser livre – ou talvez por isso mesmo- pareceu razoável a escolha da própria metodologia da pesquisa científica e sua aplicabilidade ao direito como objeto de estudo. Escolhido o tema, surgem dois problemas que dão origem às hipóteses enfrentadas no texto: 1) Quais os efeitos da aplicação da metodologia científica sobre o método científico? 2) Uma vez que o direito usa, em larga escala, inferências analógicas, será possível a correta aplicação do método científico?

Como sempre acontece, a formulação de tais questões suscitou outras tantas, que precisam ser contidas, uma vez que o texto possui limites precisos de prazo para entrega e de número de páginas. Com isso em mente, foram construídas duas hipóteses: A) A aplicação do método científico sobre o método científico produz problemas decorrentes da recursividade que só podem ser resolvidos com o uso da metateoria; B) Em regra, o método científico não é aplicado ao direito. Como o recurso, a ciência e a razão tornaram-se sagrados na sociedade ocidental como um todo e de forma patológica no seio da academia, os escritores e operadores do direito tentam conferir a suas práticas e estudos a aparência do uso da ciência, do método científico e da razão, mas, na maioria das vezes, aplicam o método hermético.

De posse dessas duas hipóteses, a primeira tarefa será definir o que é ciência. Ora, se a metodologia da pesquisa é um instrumento para a busca e a divulgação de conclusões obtidas com o uso do modelo científico e racional do mundo, a primeira tarefa a ser empreendida é a definição do que seja ciência. Embora a definição de ciência possa parecer uma tarefa inútil, afinal muitos sabem o que é, para a estrita observância do método, defini-la é indispensável. Além disso, o conceito de ciência pode parecer unívoco e trivial, mas está longe disso. São várias as teorias e inúmeros os conceitos, por vezes complementares e por vezes contraditórios. Para que a pesquisa pudesse prosseguir, foi adotado um conceito específico de ciência.

Uma vez delimitado o conceito de ciência, a tarefa seguinte foi o exame de seu(s) método(s). Definido o que há de comum nas diversas modalidades de metodologia científica, foram detectados seus principais problemas: 1) problema da indução; 2) os limites das classes; 3) o risco da regressão infinita. Sistematizados os problemas apontados chega-se, finalmente, ao cerne da hipótese, que é a impossibilidade de aplicação do método científico ao método científico sem o recurso ao dogma ou a circularidade (*post hoc ergo ante hoc*).

Feito isso, é preciso enfrentar a segunda hipótese. Com a definição e os limites do método científico expostos é preciso verificar se ele é aplicado nas decisões judiciais ou na “doutrina”. Caso a resposta seja negativa, é de se indagar como funciona o raciocínio jurídico (quais são as premissas e axiomas) e qual o método efetivamente empregado.

1. Primeira hipótese - A aplicação do método científico sobre o método científico produz problemas decorrentes da recursividade que só podem ser resolvidos com o uso da metateoria.

1.1 Delimitação do tema – o conceito de ciência

A primeira tarefa que se impõe é a definição do conceito de ciência. Como já mencionado, não é possível o estudo de coisa alguma sem a precisa determinação de seu objeto (ECO, 2005). No caso da metodologia da pesquisa científica, a definição de ciência é condição necessária para que se possa prosseguir.

Os seres humanos interagem e percebem o mundo através de modelos (BOX, 1976). Um modelo de mundo é composto por uma forma ordenada de pré-compreensões (GADAMMER, 1997), adquiridas a partir da interação social, que condicionam a percepção de si mesmo e do mundo ao redor. Um exemplo pode facilitar a compreensão do que são esses modelos. Imagine o céu sendo observado por um astrônomo e por um astrólogo. Eles estão vendo a mesma coisa? Definitivamente não. O astrólogo está vendo o céu de Ptolomeu, onde a terra está parada e os astros giram a seu redor. Já o astrônomo vê o universo infinito, curvo e em expansão, onde tudo se move ao mesmo tempo segundo as leis da gravitação e da relatividade. Essa afirmação – ambos não veem a mesma coisa- pode ser questionada na medida em que, se todos enxergam perfeitamente e estão de posse dos mesmos equipamentos, a imagem que chega a seus olhos é a mesma. Mas isso não é verdade, ou melhor: é irrelevante. É irrelevante porque os olhos não veem nada, a visão implica em significação. Tudo o que entra pelas retinas só é visto quando interpretado. Ocorre que os padrões de interpretação estão insculpidos nas pré-compreensões de mundo que são adquiridas ao longo da vida e, na maior parte do tempo, parecem ser automáticas. Nas palavras de Hanson (1961):

Pessoas e não seus olhos veem. Câmeras e globos oculares são cegos. A tentativa de localizar quais órgãos são responsáveis pela visão (ou qual o processo neurológico que funciona por trás dos olhos) deve ser abandonada.³

Santa Maria sopra Minerva⁴ é o resumo do modelo de mundo ocidental. A igreja de Santa Maria, em Roma, foi construída sobre as ruínas do templo de Minerva, deusa romana da sabedoria (Atena, grega). A esquizofrenia é evidente. O ocidente tentou e ainda tenta aplicar padrões racionais ao inefável, o que, por definição, é impossível. Isso porque, enquanto a racionalidade – representada por Minerva- busca estabelecer padrões verificáveis de relações de causalidade entre os eventos, a religião atribui a causa de tudo a inescrutável vontade divina. Com o passar dos séculos, a tensão entre a racionalidade e os mistérios pendeu para um lado ou para o outro. Desde o renascimento, a balança pende para o lado racional. Foi ali que se deu impulso a separação entre crença e conhecimento e onde foram criadas as condições determinantes para o atual desenvolvimento científico (ECO, 2005). Dito isso, é preciso voltar ao problema do conceito de ciência.

³ People, not their eyes, see. Cameras, and eye-balls, are blind. Attempts to locate within the organs of sight (or within the neurologicum behind the eyes) some nameable called "seeing" may be dismissed" (pg 6 e 7)

⁴ Santa Maria sopra Minerva ou Basílica de Santa Maria sobre Minerva é uma das igrejas dominicanas em Roma. A alusão a essa igreja em particular como metáfora da forma de pensar ocidental é feita por Simon Van Den Bergh em sua introdução ao *Tahafuth al-Tahafuth* (1969).

As definições são traiçoeiras, se por um lado possibilitam o trabalho com a precisa delimitação do objeto de estudo, por outro, limitam o objeto da pesquisa. Definir implica escolher. Mais adiante ficará claro que um conceito nada mais é do que o nome de uma classe intencional e a definição traz as características essenciais da classe nomeada (RUSSELL, 2007). Mas, por hora, basta que se forneça um conceito de ciência, o que não é nada fácil nem simples.

A primeira fonte de conceitos é o dicionário. O dicionário Houaiss (2001) traz a seguinte definição:

Corpo de conhecimentos sistematizados que, adquiridos via observação, identificação, pesquisa e explicação de determinadas categorias de fenômenos e fatos, são formulados metódica e racionalmente.

Segundo a definição apresentada, ciência é um corpo de conhecimento sistematizado, adquirido via observação que é formulado metódica e racionalmente. Veja, essa definição ajuda pouco ou nada. Quando se diz que a ciência é um corpo de conhecimentos sistematizados há que se definir o que seja conhecimento e sistema.

Quando se afirma que tais conhecimentos devem ser adquiridos pela via da observação metódica e formulados racionalmente, também há que se definir os termos da proposição. O problema é que, ao fazer isso, de cara, o estudo da metodologia seria inviabilizado. Para evitar o problema, é preciso fazer algumas suposições sobre a capacidade do leitor de compreender e interpretar os conceitos expostos. No entanto, nem tudo pode ser presumido.

Afirmar que a ciência é um conjunto sistemático e racional implica dizer que suas afirmações devem ser logicamente verificáveis, ou seja, deve-se ser capaz de partir de uma afirmação a outra pela via de inferências lógicas. Assim, o primeiro requisito da ciência é a construção de um corpo de conhecimento com a aplicação da razão (lógicas⁵).

Uma vez que se trata de um corpo de conhecimento sistemático e racional, suas afirmações, teorias e teoremas devem ser passíveis de reprodução, verificação e prova por todos. Caso seja necessário algum tipo de “dom divino” para a verificação não se trata de ciência. O segundo requisito, portanto, é a verificabilidade das afirmações.

De nada adianta a possibilidade de verificação se a teoria ou hipótese for tão vaga que seja capaz de provar tudo e nunca seja passível de refutação. Uma vez que um dado corpo de conhecimento só pode ser considerado como ciência se suas afirmações forem produzidas com o uso da lógica e se tais afirmações devem ser verificáveis é imprescindível que o sistema científico seja coerente. Isso quer dizer que não deve ser possível extrair as conclusões “a” e não “-a” de um mesmo sistema, se assim o for tal sistema prova tudo, não refuta nada e jamais poderá ser refutado o que o transforma de ciência em um dogma de fé. O terceiro requisito da ciência é a não contradição e a possibilidade de infirmação de suas conclusões (POPPER, 2004).

⁵ Lógicas e não lógica. Para uma melhor compreensão do tema veja: HAACK, Susan. Filosofia das Lógicas. São Paulo: Unesp, 2002.

Com esses três requisitos em mente, é possível a construção de um conceito de ciência capaz de delimitar o objeto e escopo do presente texto.

1.2 A Metodologia

Partindo-se da definição de ciência dada no item anterior e assumindo que são requisitos de toda ciência a obtenção de conhecimento com o uso da lógica, de forma verificável e não contraditória, há que se indagar como isso é feito. A resposta está no método.

A busca pelo conhecimento, pela ciência, se dá pela tentativa de estabelecer quais são as causas de determinados fatos. A relação entre causa e efeito pode ser caracterizada como uma relação entre condicionantes e condicionados, em outras palavras, quais são as condições necessárias e suficientes para que um evento “x” se verifique? Como descobrir, dentre as condições, quais são as necessárias, quais são suficientes, quais fatos, embora concomitantes, devem ser descartados? Responder a essas questões é uma das tarefas da metodologia da pesquisa científica.

Condições necessárias são aquelas sem as quais o evento não se verifica e condições suficientes são aquelas cuja presença basta para que o evento se verifique. A presença de condições necessárias e suficientes é sempre concomitante. O exemplo do fogo deve ajudar a clarear o entendimento: oxigênio, material combustível e calor, são condições necessárias para o evento fogo, por outro lado, o fogo é condição suficiente para que se demonstre a existência de oxigênio, de material combustível e de calor.

A descoberta das condições necessárias e suficientes e dos fatos concomitantes irrelevantes será feita pela via da subsunção da hipótese proposta a uma prova lógica dedutiva.

Nesse ponto, é importante ressaltar que o método científico, embora muitos acreditem no contrário, não é fundamentalmente empírico. Não se parte da observação dos fatos para a criação, pela via da indução, de uma regra geral ou lei que será aplicada a todos os casos. A ciência não pode ser conduzida desta forma na medida em que não há qualquer prova lógica (racional) que fundamente essa postura (POPPER, 2004). Para a correta compreensão deste que é conhecido como o problema da indução, há que se fazer um parêntese a respeito dos diversos tipos de inferências lógicas.

Inferência lógica é a forma de raciocínio pela qual se parte de duas premissas (afirmações) para uma conclusão (outra afirmação). Segundo a tradição, diz-se que sempre que as premissas forem verdadeiras, a conclusão também o será. A forma de inferência tradicional é a dedução, na qual nada de novo é criado. Na dedução o que ocorre é o estabelecimento de uma relação de continente e conteúdo. Existe uma premissa maior, na qual está enunciado o continente, uma menor em que se enuncia o conteúdo; na conclusão encontra-se a relação entre ambos. Um exemplo clássico de dedução é o seguinte:

Premissa maior: Todos os homens são mortais;
Premissa menor: Flávio é homem;
Conclusão: Flávio é mortal.

Como se pode ver, o termo homem aparece nas duas premissas, por isso é chamado de termo médio. O termo Flávio aparece só na premissa menor sendo denominado como termo menor. A mortalidade só aparece na premissa maior e é chamada de termo maior. A conclusão constata que a característica descrita no termo maior e imputada ao termo médio (mortalidade) também está presente no termo menor. A conclusão de um silogismo dedutivo é impositiva na medida em que nada traz de novo, apenas diz o óbvio, ou seja, limita-se a afirmar que a característica essencial do conjunto “homem” é herdada por todos os seus elementos, dentre eles Flávio.

Tudo correria muito bem se não fosse o fato de que o raciocínio exposto não explica nem demonstra porque todo homem é mortal e porque Flávio é homem. A solução desses problemas não é fácil e vem atormentando os lógicos e estudiosos da epistemologia há séculos. São conhecidos como o problema da indução e o problema das classes.

1.3 O problema da indução

A indução é outra forma de inferência lógica diferente da dedução. Enquanto a dedução nada traz de novo uma vez que opera com uma relação entre continente e conteúdo, partindo do geral para o particular, a indução faz o contrário, opera do particular para o geral. O raciocínio indutivo é aquele segundo o qual se uma dada característica é comum a um grande número de elementos de um conjunto, ela deve ser comum a todos os membros desse mesmo conjunto. Mais uma vez um exemplo pode facilitar o entendimento:

Premissa maior: Edivaldo, Leôncio, Todeschini e Milardison são funcionários do Tribunal de Justiça;

Premissa menor: Edivaldo, Leôncio, Todeschini e Milardison receberam a primeira metade do décimo terceiro salário no dia 23/07;

Conclusão: Todos os funcionários do Tribunal de Justiça receberam a primeira metade do décimo terceiro salário no dia 23/07.

Com a conclusão obtida pela indução, é possível se criar uma regra geral que irá servir de premissa maior para uma dedução:

Premissa maior: Todos os funcionários do Tribunal de Justiça receberam a primeira metade do décimo terceiro salário no dia 23/07;

Premissa menor: Claudino é funcionário do Tribunal de Justiça;

Conclusão: Claudino recebeu a primeira metade do décimo terceiro salário no dia 23/07.

Diferentemente da dedução, na indução a característica do conjunto não está no termo maior, mas sim no termo menor, o que se faz é uma passagem do particular para o geral. A mesma forma de raciocínio está presente do silogismo da mortalidade.

Premissa maior: Até hoje foram feitas observações sobre um número incontáveis de homens;

Premissa menor: Todos os homens observados morreram;

Conclusão: todo homem é mortal.

Durante muito tempo essa foi a fórmula clássica do raciocínio lógico científico que se baseava em observação, experimentação e criação de regras gerais. No entanto, os problemas que surgem desta forma de raciocínio são evidentes. Em primeiro lugar, é de se indagar qual regra lógica autoriza a generalização. Em segundo, quantos casos precisam ser observados para que se obtenha uma regra geral. Em terceiro, qual é fundamento lógico que autoriza a extrapolação de eventos passados (todos os homens observados morreram) para eventos futuros (todo homem morrerá).

Esses problemas foram explicitados por David Hume (S.d.) há três séculos, e são conhecidos como os problemas da indução. Em um breve resumo, é lícito afirmar que: A) não há regra ou princípio lógico que autorize a generalização; B) a quantidade de casos observados importa para maior ou menor probabilidade indutiva da inferência (SKRMYS, 1971); C) Não se pode, com base na indução, criar uma regra geral absoluta, somente é possível a construção de um juízo probabilístico mais ou menos eficaz.

Ao admitir as limitações das inferências indutivas os silogismos apresentados deveriam tomar a seguinte forma:

Premissa maior: Edivaldo, Leôncio, Todeschini e Milardison são funcionários do Tribunal de Justiça;

Premissa menor: Edivaldo, Leôncio, Todeschini e Milardison receberam a primeira metade do décimo terceiro salário no dia 23/07;

Conclusão: É provável que todos os funcionários do Tribunal de Justiça receberam a primeira metade do décimo terceiro salário no dia 23/07.

Premissa maior: Até hoje foram feitas observações sobre um número incontáveis de homens;

Premissa menor: Todos os homens observados morreram;

Conclusão: É provável que todo homem seja mortal.

O problema dessa mudança de enfoque está no fato de que, ao adotá-la, renuncia-se a certeza e a pretensão de verdade contida nas inferências dedutivas, dito de outra forma, se a premissa maior da dedução é apenas provável e não certa, sua conclusão também o será.

Uma proposta de solução para esse dilema foi apresentada por Karl Popper (2004) que defende que o cerne da lógica científica está na infirmação (negação) e não na confirmação. A saída para o problema estaria em separar a ciência em dois contextos: o da descoberta e o da justificação. Para o autor, a descoberta de uma proposição científica não decorre da observação e da generalização, mas sim de palpites educados. Nessa linha de raciocínio, uma afirmação qualquer sobre um dado campo do conhecimento é formulada e posta à prova, não pela indução, mas sim pela dedução. Uma vez que a afirmação seja logicamente compatível com o corpo de conhecimento a ao qual pertence, ela será considerada válida até que seja refutada (infirmada), ou seja, a afirmação feita será considerada como premissa maior de um raciocínio dedutivo até que um caso particular seja capaz de negar a regra geral.

A solução de Popper, embora elegante, só muda o problema da indução de lugar. O fato é que, visto da perspectiva da dedução ou da indução, o raciocínio científico não é capaz de produzir afirmações absolutamente certas, mas apenas conclusões mais ou menos prováveis e sempre provisórias. Além do problema da indução, o raciocínio lógico científico, objeto da metodologia da pesquisa, apresenta outro problema, ainda mais complexo, que é o da criação e delimitação das classes.

1.4 O problema das classes

O que é uma palavra? Como se constrói um conceito? Quão preciso pode ser um conceito? Essas questões são relevantes na medida em que só se pode estudar qualquer objeto que seja delimitado. O conhecimento científico deve ser verificável, para tanto é preciso que o objeto de sua incidência seja preciso. A precisão será alcançada por símbolos abstratos, palavras e conceitos. Adiantando um pouco as coisas, é possível afirmar que toda palavra é o nome de uma classe. O conhecimento é, sempre, classificatório.

Existem dois tipos de classe: uma chamada intensional que agrupa em seu interior todos os elementos que compartilham de uma dada característica comum, outra, chamada extensional, em que os elementos têm em comum apenas o fato de pertencer à mesma classe, de forma aleatória (RUSSELL,2007).

Um exemplo de classe extensional é relatado por Foucault em *As Palavras e as Coisas* (2000), no qual aparece uma citação de um texto de Borges em que é apresentada uma classificação extensional exótica:

“Uma certa enciclopédia chinesa” onde será escrito que “os animais se dividem em: a) pertencentes ao imperador, b) embalsamados, c) domesticados, d) leitões, e) sereias, f) fabulosos, g) cães em liberdade, h) incluídos na presente classificação, i) que se agitam como loucos, j) inumeráveis, k) desenhados com um pincel muito fino de pêlo de camelo, l) et cetera, m) que acabam de quebrar a bilha, n) que de longe parecem moscas”.

Foucault afirma que essa classificação perturba os sentidos na medida em que os elementos estão ali reunidos sem nenhuma outra afinidade para além de seu agrupamento. Esse tipo de classificação é de pouca ou nenhuma utilidade para o raciocínio lógico científico, aqui a que interessa é a do outro tipo.

Nas classificações intensionais os elementos são agrupados segundo certas características essenciais que lhes são comuns. A classe dos computadores, ou dos telefones será composta por elementos que gozam de determinadas características e não de outras. Todo processo de classificação importa inclusões e exclusões. Classificar é delimitar, criar fronteiras.

As palavras das línguas naturais nada mais são do que nomes de classes cujas características essenciais estão determinadas por suas definições. Para constatar isso, basta que se escolha, aleatoriamente, qualquer definição de um dicionário (HOUAISS). Por exemplo: a palavra caneta:

substantivo feminino

1 pequeno tubo, ger. de metal, onde se coloca lápis ou pena para escrever

2 utensílio contendo tinta ou similar com que se pode escrever ou desenhar

Obs.: cf. caneta-tinteiro

3 pequeno cabo us. para segurar o cautério cirúrgico

4 Uso: informal.

instrumento us. por ladrões para retirar chave de fechadura

5 Derivação: sentido figurado. Uso: informal.

perna muito fina

6 Regionalismo: Açores. Uso: informal.

o diabo

7 Rubrica: gemologia.

vareta de madeira onde se cola com lacre a pedra a ser facetada

8 Rubrica: termo de marinha. Uso: informal.

m.q. vassoura de baldeação

Qualquer objeto que se enquadre na definição citada é um elemento do conjunto caneta, já os que não se enquadram não o são. Dessa forma, as definições incluem no conjunto denominado caneta certos elementos e excluem todos os demais. É pela via da criação de classes intensionais que a ciência e sua metodologia caminham, somente com seu uso é possível a delimitação do objeto de estudo e pesquisa. No entanto, nada é simples ou perfeito. As classificações, embora muito úteis, possuem três problemas insuperáveis: A) ambiguidade, B) a regressão ao infinito e C) a identidade dos indiscerníveis.

A ambiguidade ínsita nas classificações consiste na existência de termos fronteiriços, em que há dúvidas sobre seu pertencimento ou não à categoria. No exemplo citado, há que se indagar se um apontador laser é ou não uma caneta, e o que dizer sobre os instrumentos usados para escrever nas telas de tablets e smartphones? Toda classificação importa criação de fronteiras que são mais ou menos porosas. Por conta disso, é indispensável que, na pesquisa científica, as ambiguidades conhecidas ou presumidas sejam, de cara, esclarecidas. No entanto, isso conduz ao segundo problema.

As definições que demarcam a fronteira de pertencimento às categorias são dadas por palavras, que também são nomes de classes que, por sua vez, também estão expressas em palavras que são nomes de outras classes e assim por diante. A tentativa de resolver toda e qualquer ambiguidade de forma definitiva é vã, já que, sempre ficariam palavras a serem definidas. Por isso, mesmo na ciência mais exata e rigorosa, há que se presumir a conclusão como verdadeira antes do desenvolvimento do raciocínio (post hoc ergo ante hoc), na medida em que, em algum ponto, será necessário que o interlocutor, ou aquele a quem é dirigida a justificação, conhece o exato significado das expressões usadas.

O derradeiro, mas não menos importante problema da classificação, diz respeito à identidade dos indiscerníveis⁶ (SUPPES, 1972). Afirmar que todos os elementos de uma classe possuem uma mesma característica comum é um erro, na verdade, possuem características similares, pois se fossem comuns seriam imperceptíveis. O raciocínio funciona pela via do contraste, sempre que duas coisas são exatamente iguais deixam de ser duas coisas e passam a ser uma só. O que é igual é indiscernível. Essa constatação introduz outro elemento de incerteza no

⁶ $\forall x \forall y \forall \Phi ((\Phi x \rightarrow \Phi y) \Leftrightarrow x=y)$

método científico na medida em que a relação entre os membros de uma classe é de semelhança e não de identidade.

Ora, se para poder examinar, cientificamente, um dado objeto é preciso defini-lo, se a definição nada mais é do que a inclusão do objeto em um conjunto tendo em vista suas características essenciais e se essas características são apenas aproximadas e não idênticas, então é preciso, mais uma vez, renunciar a pretensão de certeza da ciência e de seu método.

1.5 A recursividade

A recursividade acontece sempre que se tenta aplicar um modelo sobre si mesmo. Um curto circuito nada mais é do que a aplicação da energia elétrica sobre si mesma. Sempre que se tenta aplicar regras ou axiomas sobre si mesmos, a produção de paradoxos é inevitável. Existe, na literatura, uma série infindável de exemplos de paradoxos, mas alguns dos clássicos podem servir de exemplo. Imagine um quadro negro em que estão escritas as seguintes frases: essa afirmação é falsa; a afirmação anterior é verdadeira.

Se a primeira afirmação for falsa, será verdadeira, se for verdadeira será falsa. O mesmo acontece com a segunda.

Outro paradoxo conhecido é o do crocodilo. Um crocodilo pega uma criança e diz ao pai que só a devolverá se o pai responder, corretamente, se a criança será ou não devolvida. Ora, se o pai diz que a criança não será devolvida e se essa for a resposta correta, o crocodilo não pode devolver a criança?

O paradoxo mais desconcertante é o de Russell (2007) que trata da situação do conjunto de todos os conjuntos que não são membros de si mesmos. Imagine o conjunto de todas as coisas menos esse computador. Esse conjunto é, ao mesmo tempo, continente e conteúdo, ou seja, ele é membro de si mesmo. Agora, imagine o conjunto de todos os conjuntos que não são membros de si mesmos. Se ele não for membro de si mesmo será membro de si mesmo. Ao mesmo tempo ele é e não é membro de si mesmo.

O paradoxo de Russell fica mais fácil de compreender com o recurso, a figura por ele mesmo usada, da história do barbeiro. Em uma pequena cidade, há apenas um salão de barbearia. Nem todos os homens da cidade vão ao barbeiro. Assim, a população masculina da cidade pode ser dividida em dois grupos: os que se barbeiam sozinhos e os que vão ao barbeiro. Logo, assumimos que o barbeiro faz a barba de todos os homens que não barbeiam a si mesmos, certo? Porém, o barbeiro faz ou não faz a sua própria barba? Se não fizer, ele (como "consumidor") deve fazer a própria barba, ou seja, ele faz a sua barba! Mas se ele faz a própria barba, sua pessoa (como consumidor) entra no grupo dos que não fazem a própria barba (por isso vão ao barbeiro). Assim, se ele faz a própria barba, ele não faz a própria barba.

Todos esses paradoxos decorrem de um fenômeno denominado recursividade. A recursividade aparece sempre que se tenta aplicar um dado sistema, ou modelo de mundo, a si mesmo. Sempre que se tentar fazer isso, ocorrerá um paradoxo.

1.6 Recursividade e metodologia científica

Assumindo que: a) a compreensão do mundo se dá pela via de modelos prévios adotados pelo observador; b) o modelo científico é apenas um entre os vários modelos possíveis de compreensão do mundo; c) que a metodologia da pesquisa científica é um método de produção de conteúdo dentro do modelo científico de mundo; d) sempre que um modelo é aplicado sobre si mesmo um (ou vários) paradoxo é produzido: a conclusão necessária é que a aplicação da metodologia da pesquisa sobre si mesma deve produzir paradoxos. E que paradoxos são esses? Em primeiro lugar, a aplicação das inferências lógicas sobre as inferências lógicas deixa evidente que as verdades obtidas pelo método racional e científico estão longe de expressar, como se pretende, certezas absolutas. Em segundo, a classificação que é indispensável para a pesquisa científica é arbitrária e depende da presunção (dogma) da compreensão do significado das palavras pelos interlocutores, ou seja, depende da presunção da validade da concussão antes da construção da proposição (post hoc ergo ante hoc⁷), caso contrário se recairá em uma regressão infinita.

2. Segunda hipótese - Tendo em vista a definição e os limites do método científico expostos, é preciso verificar se, em alguns casos paradigmáticos, ele é aplicado nas decisões judiciais ou na “doutrina”. Caso a resposta seja negativa, é de se indagar como funciona o raciocínio jurídico (quais são as premissas e axiomas) e qual o método efetivamente empregado.

Os operadores do direito, em sua prática cotidiana, utilizam um tipo especial de inferência indutiva: a analogia.

Na analogia, existem quatro elementos, sendo três conhecidos e um desconhecido que se infere dos outros três. A analogia se processa da seguinte forma: duas classes são comparadas e verifica-se que entre elas há, ao menos, um elemento em comum. Além disso, há uma característica que pode ser observada em uma classe, mas não na outra. Como ambas possuem elementos em comum, o que se faz é estender o elemento conhecido de uma das classes a outra em que ele não está aparente. É fato que esse tipo de inferência traz uma grande dose de arbitrariedade, que pode ser reduzida com o uso de certos procedimentos específicos⁸. Na prática judicial, a analogia é utilizada sem a observância de qualquer procedimento mínimo capaz de lhe reduzir a arbitrariedade. Mas, vamos a um exemplo concreto de raciocínio judicial:

Premissa maior⁹: Aquele que causar prejuízo a outrem tem o dever de indenizar (norma abstrata);

Premissa menor¹⁰: João causou prejuízo a Pedro (fato);

Conclusão: João deve indenizar Pedro (norma concreta).

⁷ Em tradução livre: “antes disso, logo causado por isso”. É a adaptação de Umberto Eco da falácia lógica post hoc ergo propter hoc, que significa depois disso, logo causado por isso. O exemplo clássico dessa falácia é o cantar do galo e o nascer do sol.

⁸ São vários os métodos para a redução da arbitrariedade nas inferências analógicas, no entanto, os limites desse texto não comportam uma explanação sobre o tema, para maiores detalhes veja: SKIRMS (1971).

⁹ A construção da premissa maior é outro problema, que diz respeito à criação de normas abstratas que não será abordado aqui.

¹⁰ A inferência que conduz à criação ou justificação da premissa menor é outro tipo de indução, a IME – inferência da melhor explicação.

No exemplo citado, temos duas categorias distintas, uma localizada na premissa maior – seres humanos, aqui representados por “aquele” e “outrem”-outra localizada na premissa menor – “João” e “Pedro”. Essas duas categorias têm uma conduta em comum – “causar prejuízo”- e uma prescrição que pertence só à premissa maior e à primeira categoria – “dever de indenizar”. Como existem características comuns em abundância entre a classe descrita na premissa maior e na menor, é legítima a extensão do dever de indenizar que, em princípio, refere-se apenas à premissa maior. Essa analogia é simples e de fácil compreensão, o problema se instala quando aquele que elabora a inferência analógica sente-se livre para formular o raciocínio de forma arbitrária.

A arbitrariedade na construção das inferências analógicas aparece, em geral, na exagerada ambiguidade dos termos empregados. Em várias situações, presume-se que o destinatário da inferência compartilha a compreensão do significado de certos termos. Esse artifício era empregado em larga escala pelos Tribunais do Santo Ofício¹¹. O problema é que o mesmo artifício é usado até hoje em nossos tribunais. Não é preciso ir longe, quase toda sentença condenatória por danos morais faz referência à violação da “dignidade da pessoa humana” sem dar qualquer pista do significado dessa expressão que, por isso mesmo, serve para justificar danos morais devidos pela não entrega de um produto, pela inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito ou pela morte em caso de negativa de atendimento hospitalar. Pior ainda, é a fixação dos valores de tais indenizações. A variação é tal que as decisões judiciais mais se assemelham a uma loteria do que a qualquer tipo de construção razoável e racional. Ao que parece, a prática jurídica cotidiana se vale não de uma construção racional baseada na causalidade, mas sim os preceitos herméticos, segundo os quais “os lábios da sabedoria estão fechados, exceto aos ouvidos do entendimento” (INICIADOS, S.d.). As decisões são proferidas e os argumentos construídos pelos advogados e promotores como se fossem destinados somente àqueles que são capazes de compreendê-los, capacidade essa conferida por algum tipo de intuição metafísica e hermética somente acessível aos iniciados, tal qual ocorre com as artes ocultas, com a alquimia e com os preceitos de Hermes Trismegistos.

Agindo dessa forma, os operadores do direito renunciam a qualquer forma de racionalidade de suas decisões ou argumentos, na medida em que sem a correta delimitação dos conceitos utilizados e sem a precisa demonstração das regras de inferência utilizadas não há qualquer possibilidade de verificação de suas conclusões, verificação essa que é elemento fundamental do método científico.

O modelo racional de mundo, presidido pelo raciocínio lógico e científico baseia-se na causalidade. O mundo só pode ser definido em termos de causalidade quando se emprega a lógica clássica linear, ou seja, tudo o que acontece no mundo é, ao mesmo tempo, causa de alguns eventos e efeito de outros. Com a adoção dos princípios da identidade dos indiscerníveis, da não contradição e do terceiro excluído é possível a construção, pela via das inferências lógicas, de um modelo ordenado de mundo onde a ciência e sua metodologia ocupam lugar de destaque. A

¹¹ Os textos medievais são muito extensos para comportarem uma citação literal. Sobre o tema veja: MURARO, 1997.

adoção de tais princípios só é possível com a criação de classes, de conceitos e definições. Em outras palavras, com a imposição de limites rígidos ao raciocínio. Só com a estrita definição dos termos empregados nas inferências será possível tal ordenação. Por mais artificial que isso possa parecer, não se deve esquecer que com esse modelo de mundo foram criados o antibiótico, a energia elétrica, a informática, dentre outras coisas.

Outra forma de ver o mundo, outro modelo de mundo baseia-se nos mistérios, nos quais o conceito de limite não é empregado e não há qualquer linearidade de causalidade ou de tempo. Nesse tipo de modelo, os princípios e as regras da lógica não se aplicam. Nos mistérios, a verdade, a essência das coisas, nunca é evidente, está sempre escondida por baixo de camadas e camadas de discurso. Aqui a verdade será sempre revelada, descoberta de forma inefável e nunca produzida em linha de causalidade lógica. Um bom exemplo pode ser encontrado na discussão épica travada entre um incipiente modelo racional defendido por Averroes (1987) e os mistérios, enfaticamente defendidos por Al-Ghazali (1963). A discussão entre os dois (se podemos chamar assim, na medida em que não são contemporâneos) gira em torno da aplicabilidade dos padrões de racionalidade e moralidade humanos à vontade divina. Para Averroes, a racionalidade é um atributo divino, portanto, com os instrumentos da razão deve ser possível compreender os desígnios do criador. De outro lado, Al-Ghazali afirma que aplicar os critérios e padrões humanos a deus é impossível e, além de tudo, uma heresia.

A forma como são construídos os argumentos judiciais nas decisões, petições e promoções, mais se assemelha aos mistérios do que a causalidade racional, não só pela ausência de delimitação dos conceitos empregados nas proposições como também pela total ausência de rigor na construção das inferências analógicas utilizadas.

É importante frisar que o direito, aplicado cotidianamente pelos tribunais, é o objeto de estudo de um ramo de conhecimento que se convencionou chamar de Ciência do Direito. É possível (ainda que não provável) que na Ciência do Direito se empregue o modelo racional de mundo para o estudo do direito do dia a dia, mas isso é assunto para outro estudo.

Conclusão

No presente artigo foram levantadas duas hipóteses, a primeira diz respeito à impossibilidade da correta e estrita aplicação do método científico sobre si mesmo, já que, ao fazê-lo, incorre-se na circularidade que impõe a presunção de que as conclusões obtidas são verdadeiras antes da demonstração. Com a construção de um raciocínio lógico dedutivo e indutivo, demonstrou-se a consistência de tal hipótese.

A segunda, afirma que o uso do direito no dia a dia adota o modelo de mundo hermético, dos mistérios, e não o da racionalidade e que, por isso mesmo, é impossível compreender ou prever a relação de causalidade das decisões e argumentos judiciais, ou seja, não é possível a adoção do método científico. A

comprovação da validade dessa hipótese foi construída com base na demonstração de que a inferência utilizada pela prática jurídica é a analogia e não a dedução. Além disso, ficou evidente, pelos exemplos trazidos, que a analogia ainda é utilizada de forma imprópria, descuidada e imprecisa. Ficou pendente, para um novo artigo, a análise da aplicabilidade, ou não, do método científico à autodenominada Ciência do Direito.

Recursion in the scientific research methodology
By Flávio Humberto Pascarelli Lopes

Abstract

The present text addresses the applicability of the methodology of scientific research to itself and to daily legal practice. For this, two hypotheses were raised: 1) The application of the scientific method on the scientific method produces problems arising from the recursion that can only be solved with the use of a metatheory; 2) As a rule, the scientific method is not applied to law. As the resource of science and reason have become sacred in Western society as a whole and pathologically within the academy, writers and operators of law try to confer to their practices and studies the appearance of the use of science, scientific method And reason, but, most of the time, they are applying the hermetic method. The method used to construct the proof was the deductive logic. Throughout the text, the validity of both hypotheses was demonstrated.

Key words

Methodology, Science, Reason, Logic.

⁴⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Conteúdo da sentença e mérito da causa. In: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Sentença e coisa julgada: ensaios e pareceres. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 235.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 254.

⁴⁸ LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1990. p. 83.

Referências bibliográficas

- AL-GHAZALI. Incoherence of the philosophers. S.l.: Pakistan Philosophical Congress, 1963.
- AVERROES. The incoherence of the incoherence. Cambridge: University Press, 1987.
- BOX, George E.P. Science and Statistics. Journal of the American Statistical Association, Vol. 71, No. 356. (Dec., 1976), pp. 791-799
- ECO, Umberto. Em que Crêem os que não Crêem. São Paulo: Record, 1999.
- _____. Interpretação e superinterpretação. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. As Palavras e as coisas. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método. Rio de Janeiro, Vozes, 1997.
- GRECO, John. Compêndio de Epistemologia. São Paulo: Loyola, 2008
- GUIDDENS, Anthony. A Constituição da Sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2009
- HAACK, Susan. Filosofia das Lógicas. São Paulo: Unesp, 2002
- HANSON, Norwood Russel. Patterns of Discovery. Cambridge: University Press, 1961.
- HARMAN, Gilbert H. The inference to the best explanation, in The Philosophical review. S.l.: Cornell University, 1965.
- HOFSTADTER, Douglas R. Gödel, Escher, Bach: an Eternal Golden Braid. New York: Basic Books, 1999.
- HUME, David. Sceptical Doubts Concerning the Operations of Understanding/Problem of Induction. Versão eletrônica. [S.L: S.E. S.D.]. www.opifex.cnhost/philres/.
- INICIADOS, Três. O Cabalion. Rio de Janeiro: Pensamento, S.d.
- JUNGES, Alexandre Luiz. Inferência da melhor explicação. Porto Alegre: Intuito, 2008.
- KUHN, Thomas. A Estrutura das Revoluções Científicas. São Paulo: Perspectiva, 1998
- LADRIÈRE, Jean. Les Limitations Internes Des Formalismes. Paris: Gauthier-Villars, 1957
- LAVELLE, Louis. Introduction à l'ontologie. 2e édition. Paris: Les Presses universitaires de France, 1951.
- MURARO, Rose Marie – O Martelo das Feiticeiras. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997.
- POPPER, Karl. Lógica das Ciências Sociais. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2004.
- RUSSELL, Bertand. Introdução à filosofia matemática. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- SKYRMS, Brian. Escolha e acaso. São Paulo: Cultrix, 1971.
- SUPPES, Patrick. Axiomatic Set Theory. New York: Dover, 1972
- TARSKI, Alfred. The Semantic Conception of Truth: and the Foundations of Semantic. Philosophy and Phenomenological Research, Vol 4 , Issue 3, pg 341-346. S.l: Philosophy and Phenomenological Research, 1944.



Lúcia Maria Corrêa Viana



DISCURSO DE POSSE NA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MULHERES DE CARREIRA JURÍDICA (ABMCJ-AM)

Lúcia Maria Corrêa Viana ¹

Saudações as autoridades.

O tempo muito me ensinou
Ensinou a amar a vida
Não desistir de lutar,
Renascer na derrota
Renunciar às palavras e
pensamentos negativos
Acreditar nos valores humanos,
E a ser otimista.
Aprendi que mais Vale Tentar do que recuar,
Antes acreditar do que duvidar
Que o que vale na vida
Não é o ponto de partida
E sim a nossa caminhada

Colho destes versos da poetisa goiana Cora Coralina para saudar a todos(as) que se encontram nesta solenidade de minha posse na ABMCJ, em especial, a Vice-Presidente, Dra. Lídia Carvalho, Dra. Laura Lucas, Secretária Geral, Dra. Nádia Lima, Secretária Adjunta, Dra. Denilza Pessoa, Diretora Tesoureira, Dra. Ângela Segadilha, Tesoureira Adjunta; as que integram o Conselho Fiscal, Doutoradas Onilza Abreu, Etelvina Braga, Andrea Medeiros, Sulamita da Silva, Ieda Pereira e Sônia Barros de Carvalho; e as que compõem o Conselho Deliberativo, Dra. Nélia Caminha e M^a Fátima Loureiro.

Ingente o nosso desafio de gerir o destino da ABMCJ no triênio 2023/2026.

Creiam sincera a imensa honra que sinto ao assumir esse comando. Da perfeita contextura dos nossos objetivos comuns, traçaremos as ações que serão empreendidas, de modo a mantermos a mesma excelência das gestões que nos antecederam, o que representa um grande desafio e estímulo.

A história tem nos ensinado que é do conhecimento do passado e da consciência lúcida do presente que decorrerá uma antevisão mais segura e nítida do futuro.

Estejamos certas de que quanto mais elevado for o grau de distinção de que desfrutamos, maior a responsabilidade perante aqueles(as) despojados de recursos competitivos. Em nossas atividades profissionais estamos a lidar com os dramas da

¹ Magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM), membro fundador e titular da cadeira de nº21 da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), especialista em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Doutorado em Direito pela Universidade Católica de Santa Fé (Argentina), Pós-Doutora em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade de La Matanza (Buenos Aires), professora da disciplina Direito Ambiental e Ecologia, Temas Emergentes de Direito Ambiental e Direito Processual Ambiental. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Santa Teresa.

vida: os conflitos conjugais, os desentendimentos de pais e filhos ou a respeito destes, a posse e a exploração da terra, a aquisição, a perda e a restrição à propriedade; a sistemática dos contratos, a abertura de logradouros, o desenvolvimento urbano, a reforma agrária, os direitos individuais e coletivos violados, a liberdade do homem, a tributação de bens, rendas e serviços; a cibercriminalidade, a questão ambiental, a violência urbana e contra a mulher, as fraudes eleitorais, os incentivos e investimentos, as questões de ordem financeira, os conflitos entre patrões e empregados, tudo enfim que interessa ao ser humano.

Nós que estamos voltados para a tarefa da realização do direito, devemos lutar para que as imperfeições de nossos atos constitua exceção, para vencer nossas próprias fraquezas e para preservarmo-nos apesar das iniquidades inerentes à raça humana.

Como lembra uma velha lenda: “Certa vez, um mestre chegou a Sodoma. Noite e dia percorria as ruas, clamando contra o mal e a indiferença. A princípio ouviram-no e sorriam ironicamente. Depois, deixaram de ouvi-lo; ele nem mesmo já os divertia. Os assassinos continuaram, como antes, a matar.

Um dia um jovem estudante, movido de compaixão pelo infeliz mestre, acercou-se dele com as seguintes palavras:

Pobre estrangeiro. Gritas e te esfalfas à toa; acaso não vês que é inútil?

Sim, bem vejo, responde o mestre.

Então por que teimar?

Dir-lhe-ei porquê. A princípio pensei que podia mudar os homens. Hoje sei que não posso. Se agora ainda grito, se ainda clamo aos quatro ventos, é para evitar que os homens transformem a mim.

O conteúdo ético dessa postura é magnífico. O ser humano tentando preservar a si próprio das iniquidades inerentes à raça.

Façamos a história do Direito e direito a história.

Neste novo século, e mais significativamente, novo milênio, vimos fracassadas as antevisões de Zaratrasta, pois o ser humano sobreviveu ao seu próprio extermínio; também não fomos aniquilados pelo Big Brother de George Orwell, que pintou-nos um Estado dominador e automatizado a comandar todas as nossas ações; tampouco ocorreu a escala prevista por Aldous Huxley no seu Brave New World, em que os nascimentos já se dariam programados de acordo com a capacidade individual e colocação social dos Alpha, Beta e Delta, predestinados a dirigir, coordenar e produzir.

Mas, não desprezemos as predições porque o tempo é favorável às utopias.

A eleição do Direito como instrumento de controle e transformação social e de garantia dos valores fundamentais do indivíduo foi produto da racionalidade do homem que se convenceu da ineficácia da força como fundamento para a organização da sociedade.

Realmente, a justiça é um dos anseios maior da humanidade e o direito é o trânsito para concretizar o justo. Santo Agostinho, um dos maiores gênios do Cristianismo, relata um episódio que diz bem da sua dimensão: “Quando Alexandre, o Grande, atravessava o mar em direção da Ásia, cujos países pretendia conquistar, foi-lhe trazido um Pirata que operava naquelas águas. A este perguntou, então: em que pensas ao infestar o mar? Ao que respondeu-lhe o Pirata: em que pensas ao infestar a terra? E acrescentou com audaciosa liberdade: porque tenho um frágil navio sou chamado de corsário. Mas porque tens uma grande frota, chamam-te conquistador.” Àquela altura já se instalara a abominável constatação de que o homem vale pelo que tem, e não pelo que é. Uma injustiça. E o grande gênio que batizou a cultura greco-romana, proclama, com base neste episódio, que é a existência da Justiça que permite identificar um reino e faz a grandeza de uma nação. Assim é e continuará a ser. E nós somos os artífices dessa obra.

Nós, seres humanos, com nossa inteligência criamos uma civilização de esplendores, convertendo a terra num paraíso de delícias materiais, e com os sentimentos negativos da indiferença, ganância e dominação instalamos nele um inferno de sofrimento ao seu próximo (fome, desemprego, miséria, violência).

Bem a propósito e lembrando o dia 8 passado (Dia Internacional da Mulher).

Até que chegássemos a esse patamar evolutivo, sempre associado aos avanços sociais, científicos, tecnológicos, econômicos e políticos, muitas lutas foram travadas, entre as quais as das mulheres pela conquista progressiva de um status de justiça que lhes garantissem os mesmos direitos conferidos aos homens. Isto porque o Direito estava impregnado de masculinidade. Tomou o homem como gênero, enquanto que à mulher reservou vários tratamentos, mulher desonesta, infanticida, seduzida. A sociedade acrescentou outros: moça velha àquelas que não casassem, prostituta e mais recentemente periguetete.

Na antiguidade, a mulher conduzia sobre os ombros os objetos da cabana e as armas do guerreiro. Esperta, passou a domesticar os animais, livrando-se daquele encargo. Vestal em Roma, guardiã da lareira na tribo, surgiu como deusa na Grécia nas figuras de Palas Atenéia, quando sua voz fez sair do solo a oliveira, da bondosa Deméter, cuja filha passava 6 meses sob a terra e seis meses sobre o solo. No Egito, é Isis, patrocinando a família, para ficar em algumas.

A judia tinha uma posição de absoluta inferioridade em relação ao homem. Não obstante a lei de Moisés colocá-la no mesmo plano do homem, Elias afirmava que este podia abandonar a mulher se deixasse a comida queimar ou se encontrasse outra mais formosa.

Os Atenienses mantinham a esposa legítima quase em clausura, mas instruíam as que se destinavam a cortesãs, chegando uma delas, Aspásia, a ser grande oradora e conselheira de Péricles. Tornou-se sua mulher.

Na Idade Média e na Idade Moderna a condição da mulher mudou pouco.

Foram os poetas, sobretudo, que cooperaram pela sua redenção, a exemplo de Dante, na Divina Comédia, exaltando a figura de Beatriz.

No Brasil, entre as nossas tribos, a situação não diferia. O trabalho as recebia ao sair do berço para só as largar na beira do sepulcro, disse o poeta Gonçalves Dias. A ela competia apanhar água, lenha, fazer a comida, plantar a roça, colher os frutos e raízes, transportar armas e mantimentos nas expedições de guerra ou de caça. Lhe eram confiados. Por prêmio, ainda marchava na frente, ou ao retorno, atrás, para serem as primeiras flechadas pelo inimigo.

No Renascimento é que a mulher começa a tomar posição de relevo no espaço econômico com suas habilidades na tecelagem, no bordado, na indústria da seda e da lã.

O desenvolvimento industrial abre ainda mais as portas das fábricas às mulheres.

O capitalismo aproveita esse fluxo da mão-de-obra para reduzir salários, aumentar as horas de trabalho e potencializar os lucros.

Na trajetória por melhores condições de trabalho e tratamento igualitário, vamos identificar já em 1857 a trágica ocorrência da morte de 139 mulheres de diversos países que, não suportando a desumana jornada de mais de 16 horas de trabalho a que estavam submetidas, recebendo metade dos salários pagos aos homens, saíram às ruas em passeata com roupas esfarrapadas e descalças, para lutar por melhores condições de trabalho cujo resultado foi o desencadeamento de uma ação cruel dos patrões que as trancafiaram na fábrica e atearam fogo, matando a todas. Era exatamente dia 8/3, hoje consagrado ao dia internacional da mulher.

Mas a luta é de bem antes, podendo ser remontada à Revolução Francesa, em 1789, que tinha por lema a igualdade, a fraternidade e a liberdade.

Marie Gouges, líder das mulheres, brigou bravamente pelo direito de voto feminino, pelo direito de a mulher ter uma profissão e pelo reconhecimento de uniões extraconjugais. Teve a coragem de propor um referendunho sobre a escolha do sistema de governo. Foi guilhotinada. Mas a luta continuou, recrudescendo com as I e II Guerras Mundiais (1914-1918 e 1939-1945, respectivamente), quando os homens tiveram de ir para as frentes de batalha e as mulheres passaram a assumir os negócios da família e seus lugares nos postos de trabalho, porém como meias forças, recebendo salários aviltantes e submetendo-se a jornadas extenuantes, sem qualquer tipo de proteção normativa.

Realmente, uma luta desigual, de conquista, em que a primeira foi o direito ao trabalho fora dos limites do lar. As mulheres experimentaram a independência financeira e gostaram, e o mercado de trabalho nunca mais foi o mesmo.

A tradição brasileira era a de isolamento da mulher no lar, quadro que se manteve durante todo o Império. As que trabalhavam pertenciam às classes desfavorecidas, que precisavam ajudar na manutenção da família, estando suas atividades concentradas na produção de rendas, bordados, doces e costuras. No Brasil, em nome do recato....nos anos 60 não se falava em menstruação, e sim “aqueles dias”. Hoje, tensão pré-menstrual virou nome de revista e vagina foi parar numa peça de teatro, com os seus monólogos. Para barrar a onda de assassinatos de mulheres por homens em legítima defesa da honra cunhou-se a expressão “quem ama não mata”. Em datas mais recentes quem se diverte pode assistir o Saia Justa e a

série americana *Sex and the City*.

A advogada Mirtes Campos, no início do século XX, conseguiu ser admitida no Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, depois de grande polêmica nos meios jurídicos. Em 1918, outra bacharela, Maria José de Castro Rabelo Mendes, tornou-se a primeira diplomata brasileira. O direito de votar foi exercido pioneiramente em 1928, por Mietta Santiago. No mesmo ano, em Lages, Rio Grande do Norte, Alzira Soriano conseguiu votar e ser votada, elegendose Prefeita, sem, contudo, tomar posse do cargo, posto que o voto foi anulado.

Carlota Pereira de Queirós foi eleita em 1934, pelo Estado de São Paulo, como Deputada Federal. Em 1936, Spasia Albertina Bechelli Cecchi e Generosa Amália da Cruz conseguiram alcançar o cargo de Prefeita de Itanhaem/SP e Santana do Cariri/CE, respectivamente. Quase sessenta anos depois, tivemos nossa primeira Governadora de Estado: Roseana Sarney, do Maranhão, eleita em 1994. No Governo Federal, o Presidente João Figueiredo nomeou a primeira mulher ministra: a professora de direito Esther de Figueiredo Ferraz para a pasta da Educação.

Nos Estados Unidos, o Presidente Ronald Reagan nomeou a primeira mulher da história americana para a Suprema Corte: a juíza Sandra Day O'Connor. Entre nós, tivemos a primeira senadora Eunice Michiles pelo Amazonas.

Duas décadas depois, o Superior Tribunal de Justiça ganha sua representante feminina: Eliana Calmon, nomeada pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, que também nomeou a primeira ministra do Supremo Tribunal Federal: a juíza Ellen Gracie Northfleet. No TST, foi empossada a primeira mulher na Presidência, a Ministra Cristina Irigoyen Peduzzi e Dilma Rousseff foi a primeira Presidente da República.

Como visto, minhas senhoras e senhores a conquista de nosso status atual é secular. Temos o direito de celebrar! Parabéns às nossas antepassadas e à nos mesmas!

Neste momento, não é sem uma ponta de orgulho que devemos nos lembrar da inscrição insculpida nas cumeadas do Mont Blanc, um dos mais elevados da Europa, adaptável aos desafios de nossas vidas:

"Os fracos nunca tentaram.
Os covardes desistiram no meio do caminho.
Só os fortes atingiram este lugar. "

Colegas, este é o nosso tempo.

Que Deus nos ajude em nossa trajetória que hoje se inicia e que sejamos felizes!



André Augusto Malcher Meira
Flávia Christiane de Alcântara Figueira



SHARETING E SUAS REPERCUSSÕES JURÍDICAS

André Augusto Malcher Meira¹
Flávia Christiane de Alcântara Figueira²

1. Introdução

Nada mais evolutivo do que a história da família e as suas relações, sendo esta, nos dizeres de Rosa³, a célula mater da sociedade, do seu núcleo inicial, básico e regular, trazendo a ideia de que a formação do indivíduo é constante e está diretamente interligada com os fatos que estes indivíduos estão vivenciando no tempo de existência e sendo estes, os principais agentes de transformação para o entendimento, preservação e continuidade deste núcleo ao longo da vida humana.

Os aspectos culturais, políticos, econômicos e sociais influenciam diretamente no âmbito evolutivo da sociedade e de igual modo, na seara familiar, os quais fazem com que o indivíduo que se encontra em constante mudança, esteja inserido em um contínuo crescimento nos campos físico, psicológico, moral, mental e de igual modo, biológico, trazendo cada um, o seu nível de experiência e vivência que naturalmente influenciam nessa construção, condicionando essa própria organização da sociedade que se dá em torno da estrutura familiar⁴.

A família passou por diversas transformações, e não muito distante, em se tratando de Ordenamento Brasileiro, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o Documento Civil Brasileiro de 1916 trazia em sua configuração, a normativa do pátrio poder, representada pela figura do pai, hierarquicamente superior ante o restante da família e da autoridade central, sem que houvesse a permissão para a prática do diálogo, onde esposa e filhos somente eram ouvidos em um processo de estrita obediência, até mesmo para que a ordem fosse mantida dentro deste núcleo, que tornava dispensável as relações sentimentais⁵.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a positivação do art. 227⁶, o termo pátrio poder, que remonta ao direito romano *pater potestas*, que significa direito absoluto e ilimitado conferido ao chefe da organização familiar sobre a pessoa dos filhos⁷ é substituída pela formação de poder familiar,

¹ Advogado e Professor na área de Direito Empresarial. Mestre. Doutorando pela UNICURITIBA. Presidente do Instituto Silvio Meia. Membro da Academia Brasileira de Direito – ABD. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas – APLJ. Membro Efetivo do IAB Nacional (e representante Titular no Pará) e do IAP – Instituto dos Advogados do Pará.

² Advogada e Professora nas áreas de Famílias e Sucessões e Proteção de Dados e Privacidade, Mestranda, Presidente da Comissão de LGPD do Instituto Brasileiro de Direito das Famílias - IBDFAM/PA, Membro das Comissões de Famílias e Sucessões OAB/PA e Família e Tecnologia do IBDFAM Nacional, Membro e Diretora da Cátedra de Direito Digital – Instituto Silvio Meira - ISM e Instrutora Convivida da Ópice Blum Academy - São Paulo/SP. <https://www.linkedin.com/in/flaviafigueiras/>

³ ROSA, Conrado Paulino. Ifamily: um novo conceito de família. São Paulo: Saraiva, 2013, pg. 20.

⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 37.

⁵ COSTA, Jurandir Freire. Ordem médica e norma familiar. Rio de Janeiro: Graal, 2004, pg. 95.

⁶ Art. 227 da CF: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 486

atribuindo a ambos os genitores a assunção igualitária quanto aos direitos, deveres e interesses na criação dos filhos, mesmo quando finda a relação conjugal ou mesmo quando esta nunca existiu e ainda que a Carta Magna tenha feito referência a estrutura tradicional de família, é pacífico na atualidade, o entendimento de que este poder é extensivo a toda e qualquer entidade familiar.

Dessa forma, observando as transformações advindas desse cenário mutacional e observando a evolução quanto a disseminação do uso da tecnologia na sociedade, não há como não enfatizar o impacto que este campo trouxe ao núcleo familiar, alterando substancialmente as novas configurações parentais, em especial quanto às formas de relacionamento entre pais/responsáveis e filhos e a consequente publicização da vida familiar diante da chamada sociedade da informação.

Contudo, esse poder familiar que já era importante no mundo offline, ganhou contorno de maior responsabilidade no mundo online, já que a internet que é um veículo de informação, comunicação, pesquisa e de formação inclusive, se não controlada e utilizada de forma cuidadosa, coloca crianças e adolescentes em situação de hipervulnerabilidade, e muitas vezes pelos que possuem o dever de cuidado e proteção.

Quanto a esses deveres que pais e responsáveis devem ter para com as crianças e os adolescentes, observa-se o que o Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ preleciona ao estabelecer que estes possuem direito à liberdade e ao respeito, observando para tanto as diretrizes do princípio da dignidade da pessoa humana para seu melhor desenvolvimento.

Assim, o objetivo do presente artigo é buscar a análise quanto aos limites da atuação de pais e responsáveis no que tange a exposição da vida íntima e privada da criança e do adolescente, diante da prática de *sharenting* e as consequências jurídicas de tal exercício, observando o desenvolvimento dos mesmos quanto ao seu saudável crescimento e quais as repercussões que possam ser observadas na vida adulta destes.

2. Sharenting e a colisão de direitos fundamentais

Sharenting é uma expressão da Língua Inglesa que deriva da junção das palavras “share” (compartilhar) e “parenting” (cuidar, no sentido de exercer o poder familiar), destacando que tal prática é um fenômeno contemporâneo o qual está interligado com as diretrizes da atual sociedade da informação⁹ e que consiste

⁸ Art. 15 da Lei 8.069/1990: A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

⁹ “A sociedade da informação é uma nova formação política, social e econômica firmada por relações em rede, centrada na coleta, seleção, triagem e distribuição de dados por meio das tecnologias da informação. Os processos e funções essenciais em sociedade permanecem em constante e rápida transformação. E, com o advento da internet e o seu crescente uso, tornou-se ainda mais viável o exercício das liberdades atinentes ao tratamento da informação e aos modos de expressão, possibilitando ainda a imortalização e o compartilhamento de notícias e dados diversos sem limites de tempo e espaço.” MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. Revista de Direito Privado, v. 70, p. 71-98, 2016.

no hábito de pais ou responsáveis legais postarem dados pessoais¹⁰, fotos e inclusive dados sensíveis¹¹ das crianças e dos adolescente que estão sob a sua tutela, em aplicações de internet.

A ideia do sharenting, também, envolve as situações em que os pais e ou responsáveis fazem a gestão da vida digital dos seus tutelados diante do mundo virtual, criando perfis em nome deste em redes sociais e postando, de forma contínua a rotina das crianças e adolescentes, que de forma crescente tem se iniciado quando ainda estão no ventre materno, de maneira bastante incipiente, como por exemplo, da exposição de imagens de ultrassonografia ou mesmo do gênero, quando da realização dos habituais “chás de revelação”.

A formação da criança advém dos laços de afeto e experiências vivenciadas ao longo de sua vida, a qual busca referência nos pais e/ou responsáveis que são os seus primeiros contatos para colaboração na formação da sua personalidade, e que tais vivências naturalmente interferem no comportamento, transformando e influenciando o ambiente social que este menor está inserido.

Aduz Farias e Rosa¹² que se vivencia uma era de responsabilidade parental 4.0 e assim como os contratos estão sendo atualizados e, até mesmo, a realização de escrituras públicas, há a necessidade de um novo olhar em relação à prole, sob pena do denominado abandono digital.

Com as novas configurações familiares contemporâneas, reconhecidas ainda que de forma implícita pelo Ordenamento Brasileiro, como as unipessoais, friccional, estrutural, parental, solidária, pruriparentais, extensa, homoafetiva, simultânea, poliafetiva, eudemonista e até mesmo as virtuais¹³, não há mais como se pensar em um núcleo familiar rigidamente hierarquizado, com a visão de que os pais e/ou responsáveis estão sempre em situação de imposição e as crianças e adolescentes, de submissão.

A própria ideia de parentalidade vem sendo objeto de constante estudo e evolução ao longo das últimas décadas, admitindo-se o reconhecimento dos laços parentais simplesmente pelo afeto, sem a necessidade de observância ao vínculo biológico, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil¹⁴.

É importante destacar ser dever dos pais e/ou responsáveis manter sua autoridade parental, em especial nos primeiros anos de vida e formação deste que está construindo sua personalidade, contudo não mais se admite que essa autoridade seja exercida de forma desarrazoada e que possa implicar em violações à dignidade destas crianças e adolescentes, prejudicando o desenvolvimento e crescimento cognitivo, físico e emocional dos mesmos.

¹⁰ Art. 5º, I da Lei nº 13.709/2018: Para os fins desta Lei, considera-se, dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável.

¹¹ Art. 5º, II da Lei nº 13.709/2018: Para os fins desta Lei, considera-se, dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural;

¹² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. Teoria Geral do Afeto. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020, pp. 330.

¹³ ROSA, Conrado Paulino. Ifamily: um novo conceito de família. São Paulo: Saraiva, 2013, pgs. 62–91.

¹⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 83, de 14 de agosto de 2019. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf>

Assim, todas as postagens realizadas pelos pais e/ou responsáveis que possam trazer informações vexatórias das criança e dos adolescentes e que produzem impacto significativo em seu futuro, hodiernamente estão diante da prática de sharenting, admitindo-se que tais postagens ficarão marcadas como um registro digital para a vida destes menores, podendo trazer consequências indesejáveis ao melhor interesse social dos mesmos.

Ainda que a priori as inserções realizadas nos meios digitais não aparentem ter um cunho vexatório ou ofensivo e de que é dever dos pais de zelar pela integridade psicofísica dos seus filhos, faz-se imperioso destacar que esses responsáveis não podem exceder o limite da dignidade da pessoa humana e do direito de personalidade, conforme os ditames do art. 13 do Código de 2002, o qual estabelece impede os atos de disposição do próprio corpo a todas as pessoas, quando importarem em diminuição permanente, exceto se houver exigência médica, devendo-se então sempre respeitar os princípios da dignidade da pessoa, já bastante apontado neste artigo, da liberdade, da igualdade e do melhor interesse da criança.

Os pais e/ou responsáveis ávidos em compartilhar o quão “fofos e especiais” são seus filhos, postam momentos íntimos como o do banho, troca de fralda, a primeira papinha quando estão todos sujos pelo ato ainda involuntário de ter acesso a comida, realizando suas necessidades diante do desfralde, assim como, quando em uma fase mais avançada, as informações relativas a escola, a primeira balada com os amigos em um momento de descontração, a primeira saída pra festa ou o retorno desta festa já em trajes desordenados, além das informações de quando os mesmos estão doentes, internados ou mesmo recebendo medicação indicada na urgência de um hospital.

Compartilhar esse tipo de informação por exemplo, pode acarretar o vazamento de dados pessoais para fins indevidos e mesmo a utilização de fotografias em sites de pornografia infantil, tendo os pais e/ou responsáveis a plena capacidade de entendimento quanto aos riscos que essas informações podem ocasionar aos seus pequenos, grandes sujeitos.

A análise de que é tratada neste trabalho não diz respeito ao cunho psicológico da divulgação dessas informações, mas sim, no que tange aos excessos cometidos pelos pais e/ou responsáveis que podem ocasionar consequências jurídicas quanto aos impactos relativos aos direitos fundamentais da vida privada desses menores, que devem ser observadas, ainda que por aqueles que possuem o dever de proteção.

É importante destacar que, assim como as crianças e os adolescentes possuem os direitos fundamentais¹⁵ a inviolabilidade da privacidade, os pais e/ou responsáveis também possuem o direito à liberdade de expressar seus valorosos momentos ao lado dos filhos, constitucionalmente reconhecido.

¹⁵ Art. 3º da Lei 8.069/1990: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Desse modo, na ordem jurídica pátria, a liberdade de expressão consiste em um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação, de manifestação do pensamento ou de opinião, a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação e de igual modo, à possibilidade de se expressar todos os pensamentos (em palavras e ações) que estejam dentro dos padrões legais, morais e éticos da sociedade.

Dessa feita, pode acontecer de se deparar com uma possível colisão de direitos fundamentais, tendo de um lado, os pais e/ou responsáveis legais e de outros, os filhos, tutelados que passam a entender que sua vida privada foi ou está sendo violada.

Já existem julgados nos tribunais superiores brasileiros utilizando a técnica do sopesamento, com base no princípio da proporcionalidade, analisando detidamente o conflito no caso concreto sem se suscitar de que os direitos fundamentais possam ser absolutos, o que não são, nem em se tratando de direitos de pais x filhos, onde se possa importar em uma errônea interpretação de que há direitos hierarquicamente superiores.

Para melhor entendimento dessa manifestação, importante manifestação é realizada por Alexy¹⁶ no que tange a inexistência de princípios absolutos que estejam sob o manto dos direitos fundamentais:

“Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a direitos coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar, não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentos pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direitos.”

Faz-se mister citar, importante julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a contrariedade de um pai quanto a postagens da mãe acerca da doença de seu filho (Autismo), que se constitui de dados sensíveis, entendendo o Tribunal que, embora se deva evitara superexposição dos filhos em redes sociais, privilegiando a proteção à imagem e à intimidade do incapaz, necessário se fez balizar o direito fundamental da genitora quanto à liberdade de expressão, considerando ainda que as postagens não ofendiam ou desmoralizavam o infante, tendo a publicação, segundo o relator, a demonstração de preocupação e afeto com o menor, dando provimento à mãe¹⁷.

Importante destacar que ainda não se tem nos tribunais superiores um enfrentamento efetivo sobre a matéria e que ainda há de se ver uma evolução ostensiva quanto ao assunto em um futuro bem próximo, uma vez que os milenais,

¹⁶ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2012. p.111.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação nº Apelação Cível nº 1015089-03.2019.8.26.0577. Relator Vito Guglielmi, 6ª Câmara de Direito Privado - j. 13/7/2020.

nascidos a partir do ano 2000 e que são da geração dos que já nasceram conectados e com uma maior percepção cognitiva da vida digital, estão atingindo a capacidade ativa absoluta para que possam pleitear diretamente, sem representação, direitos que entendem ser ofensivos ou no mínimo invasivos a sua privacidade.

Assim, é de suscitar que a colisão de princípios constitucionais ou de direitos fundamentais não é facilmente solucionável através da análise e emprego de critérios tradicionais de solução de conflitos de normas que ao existirem, devem ser analisadas através de técnicas de ponderação dessas normas, assim como ponderação de valores e interesses, onde deverão ser centradas em concessões recíprocas entre as pretensões que estão sendo objeto da disputa, preservando o máximo possível o que se puder de cada uma, para garantir a harmonia e equilíbrio entre esses direitos igualmente disponíveis aos demandantes¹⁸.

3. O dever de proteção dos pais e/ou responsáveis quanto a utilização das redes sociais

Os apontamentos iniciais relacionados ao dever de cuidado e proteção em relação às crianças e adolescentes já apontaram para o norte de se tratar de um direito absoluto, no sentido lato da palavra, considerando os ditames da Constituição Federal de 1988, em especial do Estatuto da Criança e do Adolescente e de todos os regramentos pátrios que aduzem essa proteção.

Historicamente, os filhos sempre estiveram sob os cuidados da figura materna, considerando o próprio papel da mulher no âmbito doméstico e o afastamento do pai desse papel, tendo este a incumbência de prover o lar quanto às questões financeiras, além do total despreparo e distanciamento no que tange aos assuntos emocionais e fraternais que eram de competência da mãe¹⁹.

Com a evolução dos direitos da mulher, passou a se admitir no âmbito Civil Brasileiro, quando da dissolução do vínculo matrimonial ou da união estável, a guarda do filho para que ambos os genitores não ficassem diante de uma possível ruptura do vínculo parental, garantindo a convivência familiar e assegurando a doutrina da proteção integral²⁰ consagrada pela Carta Magna Brasileira e advinda da Declaração Universal dos Direitos das Crianças²¹ de 1959, a qual ratifica o caráter universal dos direitos humanos com alguns direitos adicionais que respondem às suas necessidades específicas em termos de proteção e de desenvolvimento²², que estão prelecionados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual já proclamava que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais²³.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto Barroso. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, Janeiro – Março/2004, pg. 35.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pg. 544

²⁰ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protecao-integral-direitos-crianca-adolescente>>

²¹ Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>>

²² Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>>

²³ Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>

Nos dizeres de Tepedino²⁴, a carga semântica da palavra guarda também demonstra ambivalência, indicando um sentido de guarda como ato de vigilância, sentinela, que mais se afeiçoa ao olho unilateral do dono de uma coisa guardada, noção inadequada a uma perspectiva bilateral de diálogo e de troca na educação e formação na personalidade do filho.

Falar de guarda, em especial da guarda compartilhada, é trazer a tona a ideia de compartilhamento de direitos e deveres entre ambos os pais ou com terceiro legalmente instituído no curso da ação cível e que aduz um maior entendimento do que simplesmente passar os finais de semana na casa de um determinado genitor, ou de um que tem o dever de pagar a pensão alimentícia e de um outro que tem o dever de cuidado, de igual modo, também é inconcebível a ideia da alternabilidade de residências por prazos determinados, o que não coaduna com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que possui pais separados.

Destaca-se que em situações como essa, quem se separou foram os cônjuges ou companheiros e não os filhos, dos seus pais, devendo permanecer o vínculo existente entre os envolvidos.

Nessa seara, o art. 4º do ECA é de fundamental relevância para se observar esse dever de proteção adstrito às crianças e adolescentes, quais sejam:

“É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;”. (grifo nosso)

O Estatuto da Criança e do Adolescente é claro quanto à absoluta prioridade em relação a proteção destes que se encontram em natural situação de vulnerabilidade, considerando o seu próprio estágio de formação e desenvolvimento diante das adversidades da vida e a necessidade de que ocorra o constante olhar vigilante de todos os que possuem a obrigação de resguardar esse melhor crescimento.

Em 1990, através do Decreto nº 99.710/1990 25, o Brasil junto com mais 195 (cento e noventa e cinco) países, ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança convencidos de que a família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e o bem-estar de todos os seus membros e, em particular, das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade²⁶.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e do novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pg. 309.

²⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>

²⁶ Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>

Os documentos em questão, são de extrema importância para ratificar a condição das crianças e adolescentes como sujeitos de direito, sob a proteção dos pais e/ou responsáveis, ainda que estes, evidentemente, não detenham o poder de proteção de todas as possibilidades de atitudes maléficas que possam vir as lhes prejudicar no dia a dia, mas sim, possuem o dever de atenção permanente, para que sejam evitados danos substanciais à estes menores, que tragam impacto ao seu crescimento e desenvolvimento.

No que tange à proteção relativa aos fenômenos da atualidade, considerando a dinâmica da sociedade da informação, importante destaque é feito por Eberlin²⁷ ao destacar que o ambiente digital é marcado por tecnologias capazes de conectar uma grande quantidade de dispositivos, além de realizar uma inimaginável coleta de dados, realizando vigilância sobre o comportamento das pessoas, difundindo informações e conseqüentemente no caso das crianças e adolescentes, trás uma vulnerabilidade em relação à criatividade, ao senso crítico e ao processo de socialização destes.

Tem sido comum a substituição das interações presenciais das crianças e em especial dos adolescentes, por ambientes solitários e de menor exposição a possíveis ambientes hostis, que possam trazer desconfortos a estes, com o fim de que se evitem casos de bullying, por exemplo, ainda que se saiba que o ambiente virtual não afasta o que se convencionou chamar de cyberbullyng²⁸, violações essas que podem ser potencializadas quando se observada a prática do Sharenting.

Importante destaque fez o Código Civil de 2002²⁹, ao positivar que a responsabilidade dos pais, pelos filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia, é objetiva e apesar desta regra ser importante somente quanto aos ilícitos praticados por esses menores, é de grande relevância pontuar mais uma brilhante tentativa do legislador em inculcar aos responsáveis, o dever de proteção em relação aos filhos, trazendo a baila a ideia de que o exercício do poder familiar requer responsabilidade.

A Convenção da Criança e do Adolescente destaca que, nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação e de igual modo, que esta criança tem direito à proteção da lei contra essas interferências ou atentados³⁰.

Assim, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro atual não compactue com o possível e ainda existente viés autoritário do poder parental, entendendo aqui que este autoritarismo é diametralmente oposto ao dever de obediência dos filhos para com seus pais, não há que se admitir uma indiscriminada intervenção na vida privada dos filhos, se utilizando da demasiada ideia do dever de cuidado e de promoção da sua segurança por estes.

²⁷ EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pg. 177.

²⁸ MARINELLI, Marcelo Romão. Privacidade e Redes Sociais Virtuais: sob a égide da lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pg. 185 – 190.

²⁹ Art. 932, I da Lei nº 10.406/2002: São também responsável pela reparação civil, os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

³⁰ Art. 16 do Decreto nº 99.710/1990.

A privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações, podendo-se definir a esfera privada como aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo e de forma contínua.

Ainda sobre a privacidade, traz-se o entendimento de que pode ser identificada com a tutela das escolhas de vida contra toda forma de controle público e de estigmatização social com a ampla ideia de liberdade das escolhas existenciais³¹.

Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil preleciona a vida privada e a intimidade como elementos fundamentais ao desenvolvimento da personalidade, aduzindo a ideia de serem estes, direitos indispensáveis ao desenvolvimento humano e de igual modo, às crianças e adolescentes., em observância a todo ordenamento jurídico, inclusive mundial reconhecido, já exposto neste capítulo.

Não menos importante e necessário, o Marco Civil da Internet dispõe sobre a proteção da privacidade e a garantia do direito à liberdade de expressão como condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet, o que de igual modo e mantendo os mesmos parâmetros abordados, são plenamente extensíveis às crianças e aos adolescentes³² com a constante anuência e vigilância dos pais e/ou responsáveis.

Frise-se que ainda que haja a liberdade de expressão de pais e/ou responsáveis e que em uma primeira análise possa se suscitar que essa liberdade é hierarquicamente superior, o sistema jurídico brasileiro é bastante imponente no que tange à extensão dos direitos fundamentais e de todos os outros correlatos às crianças e adolescentes, observando a vulnerabilidade das mesmas, em especial diante do ambiente digital, o qual se torna potencialmente lesivo para esses menores se não forem tratados com seriedade e com os cuidados que esses dados merecem e devem ter.

4. A proteção dos dados de crianças e adolescentes conforme a LGPD

A Lei nº 13.709/19, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados e que entrou em vigor em 18 de setembro de 2020, dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural³³.

³¹ RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pgs. 92-93.

³² Art. 8º da Lei 12.965/2014: A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

³³ Art. 1º da Lei 13.709/2018.

Interessante observar que sua disposição inicial ratifica todas as diretrizes já emanadas nesse texto, quais sejam os direitos fundamentais, a liberdade, a privacidade e a personalidade e que juntos formatam o que em princípio ainda não constitui o direito fundamental a proteção de dados mas que já ganha contornos de essencialidade no sistema jurídico, em especial com a Proposta de Emenda a Constituição nº 17/2019³⁴ que propõe incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais.

A temática ganhou ainda mais relevância quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a eficácia da Medida Provisória (MP) 954/2020, que previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus³⁵.

Além de ratificar que os direitos e garantias não são absolutos e que encontram limites nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, se firmou o entendimento de que a autodeterminação informativa, a qual concede aos titulares dos dados pessoais o poder necessário para controlar suas informações, assim como um efetivo controle sobre os seus dados, também começa a se alçar ao patamar de direitos fundamentais.

Nos dizeres de Ferreira³⁶ indubitável que a liberdade é indissociável do desenvolvimento da personalidade. Pelo mesmo motivo, não há como separar a autodeterminação do direito de liberdade. O que leva a lógica notícia de que o desenvolvimento da personalidade passa pela autonomia individual.

Assim, necessário se faz vislumbrar a autodeterminação informativa essencial à proteção das crianças e adolescentes, ainda que em desfavor dos pais e/ou responsáveis, observando sempre o excesso que possa estar sendo praticado por estes quando da exposição de dados, sejam eles pessoais ou sensíveis nas redes sociais.

Relevante destaque é feito quando se observa que a Lei Geral de Proteção de Dados pautou grande parte do seu entendimento no General Data Protection Regulation - GDPR, (Regulamento Europeu de Proteção de Dados) e que em sua Consideranda 38 trouxe importante manifestação quanto a positivação de que as crianças merecem proteção especial no que tange aos seus dados pessoais, uma vez que podem estar menos cientes dos riscos, consequências e garantias em questão e dos seus direitos relacionados com o tratamento dos dados pessoais. Essa proteção específica deverá aplicar-se, nomeadamente, à utilização de dados pessoais de crianças para efeitos de comercialização ou de criação de perfis de personalidade ou de utilizador, bem como à recolha de dados pessoais em relação às crianças aquando da utilização de serviços disponibilizados diretamente às crianças.³⁷

³⁴ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2210757>>

³⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>>

³⁶ FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, pg. 34

³⁷ Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>>

De um modo geral, a LGPD em seu art. 14 seguiu os parâmetros estabelecidos pelo art. 8º da GDPR, com a diferença de que no Brasil, se seguiu os ditames do ECA quanto às questões relativas a idade, quais sejam: considera-se criança até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescentes aqueles que se encontram no interstício entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos incompletos.

Importante salientar que apesar do art. 4º da Lei Geral de Proteção de Dados ser claro quanto a sua não aplicabilidade quando o tratamento de dados pessoais for realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, não se pode olvidar de que a ainda que inicialmente os pais e/ou responsáveis que compartilham de forma excessiva dados pessoais de seus filhos, não possuam o objetivo de monetizar com tal divulgação, a captura dessas informações pode ocorrer por terceiros que realizem esse tratamento de dados de forma maliciosa e com fins indesejáveis tanto para o titular dos dados, que é a criança ou adolescente, como para àqueles que deram causa ao incidente de proteção de dados, ainda que sem a vontade de causar dano.

Para os fins da LGPD, tratamento³⁸ de dados pessoais é toda operação que possa ser realizada com um dado pessoal e que este rol descrito é exemplificativo, não exaustivo e que as hipóteses não são cumulativas, onde uma simples atividade da lista já se inclui no conceito de tratamento, por mais simples que ela seja³⁹

Dessa forma, o enquadramento da prática de *Sharetng* é passível de analisada sob a égide da Lei Geral d Proteção de Dados, observado que conforme o que preleciona a lei, e em especial para tratamento dos dados de crianças, ou seja, até 12 (doze) anos, há a necessidade de recolher o consentimento de pelo menos um dos pais ou de um responsável legal, devendo ser necessário levar em consideração o binômio finalidade x necessidade, no que pesa os princípios⁴⁰ estabelecidos na Lei para tratamento desses dados.

5. Considerações finais

Recentemente, a França se tornou o primeiro país do mundo a propor uma lei contra o *Sharetng*, na tentativa de coibir os efeitos de tal prática que vem ganhando proporções inigualáveis nessa atual sociedade da informação, em especial no que tange à monetização da imagem desses menores.

Pela proposta e em casos extremos será possível inclusive, a perda do direito de imagem pelos pais, em relações aos seus filhos, assim como a previsão do direito ao esquecimento por parte dos menores que o desejarem, ou seja, requerer a retirada de imagens e vídeos da internet.

³⁸ Art. 5º, X da Lei nº 13.709/2019: Para os fins desta Lei, considera-se tratamento toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

³⁹ COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada: de acordo com a redação final da Lei nº 13.853/2019. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, pg.75.

⁴⁰ Art. 6º, I e III da Lei nº 13.709/2018: Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I- finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.

A prática de Sharenting é cada vez mais crescente e naturalmente o enfrentamento será realizado pelos tribunais brasileiros, ainda que no mundo contemporâneo pouco se observem manifestações nesse sentido, em especial quando se considera o fato de que socialmente e culturalmente a estrutura familiar brasileira padece de da ideia do pátrio poder com sua estrutura hierarquicamente organizada.

Assim, traz-se a ideia de que pais e/ou responsáveis possuem uma superioridade hierárquica quanto aos direitos de personalidade dos mesmos, o que na realidade deve ser desconstruído, observando-se sim, o melhor interesse da criança e do adolescente e não mais o melhor interesse da família como núcleo familiar fechado e dogmático, sem observar o contexto econômico, cultural, social e tecnológico que atualmente eles estão inseridos, sendo importante destacar que os interesses desses menores devem ser levados em consideração, em especial quanto a sua capacidade de discernimento e entendimento do ambiente que vive, relativamente ao campo existencial.

Deve existir por parte desses pais e/ou responsáveis a ciência quanto aos riscos envolvidos no compartilhamento de dados pessoais dos seus filhos nas redes sociais, quando realizados de maneira excessiva e indiscriminada, sendo importante ter a consciência de que a privacidade desses menores é de extrema importância pra eles, assim como o direito a identidade que lhe cabe.

Em tradução livre Otero⁴¹ pontua uma série de recomendações que pais e/ou responsáveis devem observar quanto aos cuidados relativos às publicações dos filhos nas redes sociais, quais sejam:

Os pais devem se familiarizar com políticas de privacidade de sites onde eles compartilham informações; Os pais devem configurar notificações para alertas quando o nome do filho aparece em pesquisas livres; Pais que decidem compartilhar informações sobre os problemas de saúde ou doenças de seus filhos deve considerar compartilhá-lo anonimamente. Os pais devem ter cuidado antes de compartilhar a localização real ou nome completo de seus filhos; Os pais devem dar aos seus filhos “veto poder” sobre as divulgações online; Os pais não devem compartilhar fotos que mostram seus filhos em qualquer estado de nudez; Os pais devem considerar o efeitos que o compartilhamento pode ter no presente e no futuro de seus filhos.

Por todas as razões apresentadas, é importante buscar o entendimento da prática de Sharenting, que ela existe, já é uma realidade na sociedade da informação e trará inúmeras repercussões jurídicas que serão (e já estão sendo, ainda que timidamente) objeto de atenção por parte dos jurisdicionados brasileiros ante as cortes julgadoras, sem deixar de se aventar que a análise da possível coalisão de direitos fundamentais ensejará grandes debates no âmbito doutrinário.

⁴¹ Otero P. Sharenting... should children's lives be disclosed on social media? Arch Argent Pediatr 2017;115(5):412-413.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei da Imprensa. Revista de Direito Administrativo: Rio de Janeiro, Janeiro – Março/2004.

CONJUR. Doutrina da proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-abr-08/doutrina-protecao-integral-direitos-crianca-adolescente> Acesso em 15 de novembro de 2020.

COSTA, Jurandir Freire. Ordem médica e norma familiar. Rio de Janeiro: Graal, 2004.

COTS, Márcio e OLIVEIRA, Ricardo. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada: de acordo com a redação final da Lei nº 13.853/2019. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 12. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

EUR-LEX. General Data Protection Regulation.

Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A32016R0679>> Acesso em 10 de novembro de 2020.

FERREIRA, Rafael Freire. Autodeterminação informativa e a privacidade na sociedade da informação. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSA, Conrado Paulino da. Teoria Geral do Feto. Salvador: Ed. Juspodvm, 2020.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSA, Conrado Paulino. Ifamily: um novo conceito de família. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINELI, Marcelo Romão. Privacidade e Redes Sociais Virtuais: sob a égide da lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet e da Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MOREIRA, Rodrigo Pereira; MEDEIROS, Jaqueline Souza. Direito ao Esquecimento: Entre a Sociedade da Informação e a Civilização do Espetáculo. Revista de Direito Privado, v. 70, 2016.

MPPR. Declaração Universal dos direitos da criança. Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>> Acesso em 10 de novembro de 2020.

OTERO P. Sharenting... should children's lives be disclosed on social media? Arch Argent Pediatr 2017;115(5):412-413.

STF. STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902>>. Acesso em 14 de novembro de 2020.

TEPEDINO. Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Afeto, ética e família e do novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

UNICEF. Os direitos das crianças e dos adolescentes. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>> Acesso em 10 de novembro de 2020.

UNICEF. Convenção sobre os direitos da criança. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>> Acesso em 10 de novembro de 2020.



Roberto Victor Pereira Ribeiro



EXCEÇÕES DE IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO: EM FAVOR DA IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO

Roberto Víctor Pereira Ribeiro¹

1. Introdução

Calamandrei já nos norteava: “Quando o direito está ameaçado e oprimido, desce do mundo astral, onde descansara no estado de hipótese, e espalha-se pelo mundo dos sentidos. Encarna-se, então, no juiz e torna-se a expressão concreta de uma vontade operante por intermédio de sua palavra. O juiz é o direito tornado homem”².

E por ser homem, muitas vezes, senão todas, acabam sendo falhos. Afinal de contas, a falibilidade é algo intrínseco à natureza humana. Para aparar algumas dessas arestas, os cientistas jurídicos processualistas desenvolveram as exceções, verdadeiros remédios processuais contra as moléstias humanas dos magistrados.

Não podemos perder de vista e de mente que:

“o juiz é um terceiro estranho no processo, que não partilha dos interesses e dos sentimentos das partes litigantes, com uma postura externa, examina o processo com serenidade e desapego. O juiz está acima das partes. O motivo que o leva a julgar não é um interesse pessoal e nem é movido pelos sentimentos individuais existentes no conflito, o interesse que o move é o interesse superior de ordem coletiva, para que a contenda se resolva de modo pacífico, a fim de preservar a paz social.”³

Mas por ser homem, o magistrado pode possuir sentimentos idiossincráticos que atentam contra a imparcialidade de julgar. Esses sentimentos podem ser de cunho: familiar, financeiro, moral, político⁴ etc, como tão bem lecionava o inolvidável Pontes de Miranda: “o interesse do magistrado não é só em questões jurídicas, podendo ocorrer também interesse moral e ético, inclusive interesse religioso”⁵.

Neste contexto urge a necessidade imperiosa das exceções de impedimento e suspeição. Tais procedimentos são como uma espada a descortinar sensações às vezes até ignoradas pelo magistrado condutor do processo. Como tão bem advertia Edgard de Moura Bittencourt, magistrado dos mais notáveis: “a Magistratura, um dos poderes políticos da nação, é o próprio povo feito função”⁶. E quem do povo não traz em sua essência a tábula do proceder, das afinidades, dos gostos, dos sentimentos, dos repúdios? Como podemos querer que um magistrado extremamente católico julgue uma demanda contra a Igreja Apostólica Romana? Como podemos exigir de um magistrado que o mesmo depois de ter sido violentamente assaltado possa, de forma totalmente imparcial, julgar um celerado contumaz em roubar pessoas?

¹ Advogado, Professor. Presidente da Academia Brasileira de Direito. Vice-Presidente do Colégio de Presidentes das Academias Jurídicas do Brasil. Presidente da Academia Cearense de Direito.

² CALAMANDREI, Piero. Eles, os juizes, vistos por nós, os advogados. São Paulo: Pillares, 2013, p. 30

³ ... Proceso y Democracia. Buenos Aires: Europa-America, 1960, p. 60

⁴ Lembra Guizot: “quando a política entra no recinto dos tribunais, a Justiça se retira por outra porta”.

⁵ MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 426

⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. O juiz. São Paulo, Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1966, p. XV

Como o próprio código de Processo Civil leciona: “O juiz que violar o dever de abstenção, ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes”, portanto é um dever do magistrado declarar-se suspeito ou impedido, podendo lançar mão inclusive do motivo de foro íntimo. Ao perpetuar este dever, o magistrado homenageará, de certo modo, a máxima do Desembargador Augusto Duque, que em algumas situações, o “que pode fazer o juiz para ser melhor do que é? Sentir-se pequeno para ser grande”.

Em não se perfazendo tal ato (dever) as partes poderão por meio de procedimento próprio recusar o magistrado. Estamos, pois, diante da fundamentação da existência das exceções de impedimento e suspeição. Ademais, estamos diante da preservação de dois grandes princípios fundamentais do processo: Princípio da Imparcialidade do Juiz e Princípio do Devido Processo Legal.

Com vigor, assegurando a plena imparcialidade do magistrado, a Constituição Federal de 1988, a Carta Cidadã, estipulou certas restrições e vedações aos magistrados. Dentre as quais, citamos, não poder “receber custas ou participação em processo”, “exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério”, “dedicar-se à política partidária” etc.

Destarte, o magistrado deve caminhar pela trilha independente de paixões e sentimentos. Para tanto, o sistema jurídico brasileiro lhe doou também o Princípio do Livre Convencimento, que em outras palavras assegura ao juiz as condições para julgar de forma livre a partir do que lhe foi apresentado, por meio de petições e provas. Nessa assertiva, pode existir a figura do inconformismo, ou não aceitação da prestação jurisdicional emanada pela autoridade judicante. Assim, não se pode fazer confusão entre a postura parcial do juiz e a não aceitação de sua decisão. Diante de um processo, o juiz, em regra, acolhe os petições formulados pelo demandante ou pelo demandado, não havendo, portanto, nenhuma mácula em se nortear pelo pedido da parte. Caminhar nessa direção não quer dizer parcialidade e as partes devem se sujeitar à decisão. Alegar que o magistrado acolheu a tese de uma das partes não é, de forma alguma, motivo que enseje parcialidade de sua parte.

Devemos ter em mente e consciência que parcialidade é personificada nas condutas de desvio emocional do magistrado, amizade notória e íntima com uma das partes, sentimento público de apoio ou repúdio ao objeto da demanda, julgamento totalmente contrário ao posto no processo, conduta benéfica direcionada a uma das partes sem motivo ou necessidade, entre outras.

Diante de tais posturas prefaladas, o ordenamento jurídico brasileiro gestou medidas para o afastamento do magistrado que incorre em parcialidade: são as exceções de impedimento e suspeição.

Exceções são procedimentos endoprocessuais onde se alegam fatores que aleijam os pressupostos processuais ou as condições da ação e servem para disciplinar retirando do trajeto processual os obstáculos ou barreiras que podem corromper a imparcialidade da justiça.

Alguns doutrinadores diferem exceção de objeção. Para eles, exceção é uma defesa em strictu sensu que só pode ser conhecida pelo juiz quando alegada pela parte, enquanto, por seu expediente, objeção é a defesa que será conhecida pelo juiz ex officio.

Tem-se conhecimento de duas espécies de exceção: dilatória e peremptória.

A exceção dilatória é formada pelo desejo de procrastinar o processo, fazendo-o, realmente, trilhar mais devagar seus passos até esclarecer a possível mácula. A exceção de suspeição é um exemplo.

Em seu turno, a exceção peremptória se concretiza na busca real de extinção do processo. A exceção de litispendência, no processo penal, é um exemplo.

A propósito, na esfera processual penal podemos falar ainda de incompatibilidade. Ou seja, além da suspeição e impedimento do magistrado, é possível falar ainda na sua incompatibilidade. A conduta do magistrado pode ser incompatível quando o mesmo tem a sua frente julgamento de fato ocorrido dias antes com ele. Exemplo já citado do magistrado que foi assaltado violentamente e dias depois vai julgar um assaltante contumaz. Seu julgamento poderá ser suscitado incompatível.

Podemos comentar também que a exceção é uma defesa processual indireta. Como assim?

É processual porque atua diante de um processo e deixa o mérito imune. Também conhecida como indireta porque reage face a um processo de forma oblíqua, ou seja, deixando o objeto central do processo intacto. Objetiva-se a correção, e não a extinção. O máximo que pode ocorrer é a sua prolongação linear no tempo, não havendo espaço para extinção, mas sim para modificação.

As exceções podem ser arguidas por qualquer das partes e ainda pelo Ministério Público, tanto quando atua como parte, ou como custos legis.

Neste artigo estamos tratando das exceções direcionadas ao presidente do processo, isto é, ao magistrado, entretanto, as exceções também podem ser voltadas para o Ministério Público, os serventuários de justiça, peritos e intérpretes que oficiam em processos e as testemunhas.

Atenção quanto ao Ministério Público. A Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça preceitua que: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”. Portanto, não há como alegar suspeição ou impedimento diante do exercício do munus ministerial na fase de investigação. Até porque o Ministério Público acompanha a investigação, enquanto quem preside é o representante da Polícia Judiciária, no Brasil, a Polícia Civil.

Quanto aos serventuários de justiça, o artigo 139 da lei adjetiva civil dispõe que serão assim considerados, os que auxiliam o juízo, “além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete”. Todos estão passíveis de exceções de suspeição e impedimento.

O artigo 405 do Código de Processo Civil também menciona as testemunhas como alvo de suspeição ou impedimento, in verbis:

“Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas”. (grifo nosso).

Quais as causas de impedimento e suspeição?

Impedimento:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

De acordo com as sábias lições de Pontes de Miranda, o elenco do art. 134 é taxativo, ou seja, *numerus clausus*, não comportando outras situações estranhas à redação do artigo.

Para Calmon de Passos⁷, o rol de impedimentos é meramente exemplificativo, uma vez que não engloba todas as situações ilógicas entre a função de julgar e o papel do magistrado. Para ele toda vez que houver incompatibilidade entre o ofício de julgar e o julgador, haverá, inapelavelmente, um impedimento, ainda que não esteja contemplado na redação do artigo 134.

O art. 136 traz uma situação de impedimento que não se encontra enumerado no artigo anterior:

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal. (grifo nosso).

Suspeição:

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Neste artigo há a novidade do parágrafo único que dispõe acerca da possibilidade de o magistrado se declarar suspeito por motivos de foro íntimo. Não precisa declarar no bojo processual o porquê de se achar suspeito. É o exemplo do magistrado que tem em mão uma causa do porteiro contra o condomínio onde ele, o juiz, reside.

⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 302

Por fim, faz-se mister comentarmos uma celeuma que até os dias hodiernos ainda paira no ar processual brasileiro no que pertine às exceções de suspeição.

O Código de Processo Civil de 1939 exigia poderes especiais na procuração para que o advogado pudesse arguir exceção de suspeição. O atual código não exige mais tais poderes, bastando, para tanto, a cláusula ad judicium. Assim vem pensando a maioria das Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Em sentido contrário alguns Tribunais locais ainda insistem em exigir poderes especiais para conhecimento da exceção de suspeição.

A última decisão a esse respeito do Supremo Tribunal Federal foi relatada pelo Ministro Nélson Jobim, em 1999, entretanto não se seguiu adiante por ausência de prequestionamento da matéria, senão vejamos: “O debate é infraconstitucional processual. Não houve o prequestionamento explícito da matéria constitucional”⁸.

A celeuma persiste, muito embora aos poucos a claridade solar desse assunto esteja tomando assento nos julgamentos dos Tribunais locais e Superiores.

Passemos agora ao exame das exceções ora estudadas. Impedimento e suspeição.

No impedimento há a presunção absoluta, também chamada de *jure et de jure*, enquanto na suspeição a presunção é relativa ou *juris tantum*. O impedimento tem caráter objetivo, apontando para um objeto que obsta a presença do magistrado em tal processo. Por sua vez a suspeição é subjetiva, pois acossa a personalidade do sujeito-humano juiz.

A imparcialidade é condição *sine qua non* para o desempenho equânime de um processo.

2. Exceção de impedimento.

Normalmente as hipóteses de impedimento fazem referência a um contexto interno do processo. De acordo com os léxicos, impedimento quer dizer, em outras palavras, um obstáculo que impede a passagem de algo. Portanto, havendo impedimento o processo tem uma barreira que o impede de seguir o trajeto linear que vinha seguindo. Dai porque o impedimento é uma presunção absoluta, que só cura quando é retirado do trilho processual, deixando, assim, o processo livre para correr.

Destarte, os atos proferidos por juiz impedido são nulos.

O juiz é aquele profissional que é um intelectual por formação. O magistrado “conhece o Direito como ciência deontológica, pesquisado em sua aplicação e em sua evolução na Sociologia, que é ciência ontológica e informativa. Por função, analisa os casos que se apresentam, alguns ou muitos com feição de desequilíbrios sociais, morais e econômicos, passando, ele juiz, a preencher as lacunas da lei, a contornar, quando possível, suas imperfeições, e a orientar a tarefa subsequente do legislador”.⁹

⁸ AgRG em AI nº 225.898-4 STF – Rel. Min. Nélson Jobim, decidido em 09.11.99

⁹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. O juiz. São Paulo, Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1966, p. 12

Estando impedido, como poderá funcionar completando espaços vazios da lei? Como poderá amortecer os desatinos sociais, morais e econômicos? O impedimento é algo que atrapalha não só a marcha processual como também a figura impoluta do magistrado - “Direito tornado homem”.

Alexandre Freitas Câmara adverte: “O impedimento é vício mais grave que a suspeição, razão pela qual aquele pode ser arguido no processo a qualquer tempo, até o trânsito em julgado da sentença, e mesmo após esse momento, por mais dois anos, através de ação rescisória (art. 485, II, CPC)”¹⁰.

Pontes de Miranda defendia ser impossível afastar a ação rescisória de uma sentença prolatada por juiz impedido.

O prazo para interposição da exceção de impedimento é de 15 (quinze) dias contados a partir da ciência do prejudicado. O código fala em contar o prazo desde o fato que ocasionou o impedimento, entretanto a maioria da doutrina entende ser mais crível contar o prazo no momento do conhecimento por parte do prejudicado.

Recebida a exceção o processo é suspenso até que seja resolvida a situação que o impede de seguir seu curso normal e linear.

Diferentemente da suspeição que pode se tornar preclusiva, o impedimento alcança qualquer grau de jurisdição e pode ser atacado até por via rescisória.

3. Exceção de suspeição.

Normalmente, as hipóteses de suspeição fazem referência a um contexto externo do processo. É situação que transgride a imparcialidade do juiz e que se encontra exoprocessual. Reside de forma comum na personalidade subjetiva do magistrado, são sentimentos, repúdios, sensações, pensamentos, conhecimentos técnicos, elucubrações, efeitos religiosos, éticos e morais.

Como assevera Humberto Theodoro Jr: “É imprescindível à lisura e prestígio das decisões judiciais a inexistência da menor dúvida sobre os motivos de ordem pessoal que possam influir no ânimo do julgador”¹¹.

Moacyr Amaral frisa que “na suspeição, há suspeita de parcialidade, que obsta o juiz de exercer suas funções no processo, quando ele próprio se reconhecer suspeito ou quando, por denúncia da parte, através de exceção correspondente, for julgado suspeito”¹². Destaque-se que o magistrado tem o dever de se julgar suspeito quando assim se achar.

Os principais motivos de suspeição são: amizade ou inimizade do juiz com as partes; juiz e parentes credores ou devedores de uma das partes e seus parentes; juiz donatário, empregador ou herdeiro de uma das partes; juiz empregado de uma das partes; juiz que recebe dádivas ou “presentes” e que tem interesse no processo.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 148

¹¹ THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 220

¹² AMARAL, Moacyr. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197

A amizade do magistrado com uma das partes deve ser íntima, notória e afetiva. Não é qualquer tipo de relação que pode ser considerada amizade para fins de suspeição. Se fosse assim um magistrado que funciona no interior, mais precisamente em uma pequena cidade onde todos se conhecem, não poderia jamais atuar sem ser suspeito. Se o mero laço de convivência ou conhecimento for considerado suspeito o magistrado não poderia atuar em nenhuma causa.

Celso Agrícola Barbi discorre:

“Esse motivo exige a efetiva existência de laços de amizade estreita. Não é qualquer amizade, mas sim a que se revista do caráter de intimidade. Esta se revela pela convivência frequente, familiaridade no tratamento, prestação repetida por obséquio e outras manifestações exteriores de acentuada estima. Não é possível fixar aprioristicamente quais os sinais distintivos dessa amizade. Só o critério do juiz, fundado nas características de cada caso, poderá bem aquilatar da intensidade da afeição entre o magistrado e a parte. Não apenas amizade, mais frequente entre pessoas do mesmo sexo, se inclui no conceito, mas também a afeição amorosa, que, por ser, em regra, de natureza mais intensa, tem maior probabilidade de quebrar a imparcialidade do juiz.”¹³

Antônio Carlos Marcato complementa:

“Juiz amigo ou inimigo é aquele que, movido por sentimentos de emoções profundos que todos os homens experimentam, poderá deixar de lado sua imparcialidade, sufocando seu senso de justiça e dever, assim beneficiando ou prejudicando, com o poder de que está investido, a parte submetida a seu julgamento. E como ele nem sempre será capaz de neutralizar esse estado de espírito, que afeta a exigida isenção na condução do processo, deste deverá afastar-se voluntariamente, assumindo o risco, em caso contrário, de vir a ser afastado por iniciativa da parte prejudicada.”¹⁴

Outro motivo bastante ensejador de suspeição é quanto ao fato de o magistrado ser empregador ou empregado de uma das partes. Pode ocorrer do magistrado ter em seu cartório judiciário processo da sua funcionária doméstica, ou de seu motorista particular. Não é raro também que o magistrado seja empregado de uma das partes. Como assim? O juiz pode ser empregado conforme prevê a Constituição e o Estatuto da Magistratura no cargo de professor e, em sendo assim, fica suspeito para julgar demandas que envolvam a faculdade onde ele leciona por exemplo.

A exceção de suspeição terá guarida sempre que uma suspeita recair sobre a condição subjetiva do homem-juiz. Porque como salienta Edgar Bittencourt, o juiz é, antes de tudo, “servidor da lei e não simplesmente seu escravo, não há de o juiz perder de vista que a sociedade lhe comete a função de julgar, contando com sua inteligência e sua sensibilidade, contando, ademais, com a independência que começa por libertar-se[sic] de seus próprios impulsos e paixões”¹⁵.

O prazo para interposição da exceção de suspeição é de 15 (quinze) dias contados a partir da ciência do prejudicado. O código fala em contar o prazo desde o fato que ocasionou a suspeição, entretanto a maioria da doutrina entende ser mais crível contar o prazo no momento do conhecimento por parte do prejudicado.

¹³ BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 419

¹⁴ MARCATO, Antônio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2008, p. 399

¹⁵ BITTENCOURT, Edgard de Moura. O juiz. São Paulo, Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1966, p. 17

Nesta esteira surge também outro questionamento: e quando a ciência ocorre apenas após a prolação da sentença?

Esse problema surge quando a causa da suspeita, com possibilidades de macular a imparcialidade do juiz, se entremostra, apenas, no ato da sentença. O que fazer?

O Supremo certa ocasião decidiu: “proferida a sentença, o juiz termina seu ofício jurisdicional, não podendo revogá-la, ainda que supostamente ilegal, sob pena de grave violação da coisa julgada e, por consequência, de ensejar instabilidade nas situações jurídicas”.¹⁶

Bem, é correto que a sentença hodiernamente não é mais o ponto final de um processo, já que temos hoje uma modalidade de processo sincrético, onde a sentença inicia também o seu cumprimento. Entretanto, diante de uma suspeita configurada apenas no bojo decisório e, neste caso, o magistrado não poderá alterá-lo já que o comando do art. 463 é expresso: “Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.” surge então a indagação, e agora?

Duas correntes ganharam força ao longo do tempo:

Uma que defende ser necessário o oferecimento da exceção de suspeição mesmo após o proferimento da sentença, por ser o procedimento próprio previsto na lei adjetiva civil. Alguns Tribunais decidem nestes verbetes: “Ademais, suspeição de magistrado se argui em exceção própria, não em razões de apelo”.

E a outra, ao qual nos acostamos, apregoa que a matéria deve ser exposta em preliminar de apelação.

Já se decidiu assim: “com a prolação da sentença, fica prejudicada a arguição de suspeição do magistrado, cabendo ao excipiente, na apelação, questionar a validade dessa decisão, no pressuposto de ter sido proferida por juiz suspeito”¹⁷.

E em outra:

“Inicialmente, observo que a alegação, no apelo, de suspeição do Magistrado há de ser conhecida, porque o recurso foi a primeira oportunidade de manifestação da autora, depois de ocorrido o fato que invoca como comprometedor da imparcialidade do Juiz. Por tais razões, considerado os precedentes da Câmara, voto no sentido de ser acolhida a preliminar de suspeição, anulando-se, em consequência, a r. decisão a quo a fim de que outra seja proferida, em momento oportuno, pelo substituto legal do Magistrado suspeito”¹⁸.

Pensamos que esta corrente é a que melhor se amolda a situação por questão de homenagem ao disposto no art. 463 do CPC e aos princípios da Celeridade Processual e da Economia Processual.

¹⁶ REsp 93.813

¹⁷ JTJ 168/283

¹⁸ TRF 3, APCivil 0009239-08.2006.4.03.6108/SP, decidida em 8.06.2011

4. Conclusão.

Depois de esmiuçado estudo sobre os fenômenos ensejadores do impedimento e da suspeição do magistrado, conluo que são de importância lapidar para a manutenção da imparcialidade do julgador, ensejando sempre em paz social, missão maior de seu sacerdócio jurídico. Sem contar, é claro, que a imparcialidade da justiça é direito fundamental de todo cidadão, respeitando, assim, os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Moacyr. Primeiras linhas de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. O juiz. São Paulo, Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1966

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. [Apresentação/Prefácio Prof. Roberto Victor Ribeiro] São Paulo: Pillares, 2013.

_____. Proceso y Democracia. Buenos Aires: Europa-America, 1960.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCATO, Antônio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas, 2008

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. III, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

THEODORO JR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.



Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque
Myriam Benarrós

A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO CANÔNICO NA FORMAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Maria do Carmo Seffair Lins de Albuquerque¹
Myriam Benarrós²

Sumário: 1.

A vinculação entre direito romano e direito canônico; 2. A ordem jurídica da Igreja e sua influência na ordem jurídica mundana; 3. O direito lusitano e a codificação do direito processual civil brasileiro; 4. Princípio Dispositivo: referência de justeza no Direito Processual Civil; 5. Breves considerações conclusivas; Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho busca individualizar os elementos históricos que caracterizam a formação, primeiramente, do processo romano-canônico, posteriormente, o processo lusitano e o processo brasileiro. Em participar, põe-se em evidência a relativização do princípio dispositivo, desde a promulgação do primeiro código de 1939. Assim, ressaltaremos que tal princípio se faz presente e ainda necessário, para que a justeza na aplicação do direito processual civil seja observada.

Palavras-chaves: Direito Canônico, Processo Civil, Princípio Dispositivo.

1. A vinculação entre direito romano e direito canônico.

Encontra-se no livro I do Digesto (D. 1.2.1) um famoso fragmento do jurista clássico Gaio, autor das famosas Institutas, jurista do II século d.C., em que ele afirma que “em todas as coisas admito que seja perfeito aquilo que conste de todas as suas partes. E certamente a parte mais importante de cada uma das coisas é o seu princípio”³. Destarte, para compreendermos como o direito canônico influenciou o direito moderno, em particular o direito processual, é necessário que busquemos o principium dessa construção.

O Direito romano construído na época clássica pelos magistrados e iurisperdentes possui um caráter casuístico que exigia uma averiguação muito fina da justiça de cada caso concreto, além disso, o momento da resolução podia ser muito criativo já que os magistrados não estavam vinculados a esquemas pré-estabelecidos, grande espaço se deixava à inventiva dos magistrados e juristas na busca da solução mais justa para cada caso concreto. Esse modus operandi explica uma vasta produção dos juristas, treinados na prática de aconselhar as partes e do próprio pretor na busca da solução mais justa. Fora de Roma, observa A. M. HESPANHA, esse direito letrado e oficial é pouco aplicado, nas províncias pontificavam usos locais e formas tradicionais de resolver os conflitos⁴.

¹ Reitora do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO. Mestre em Direito Processual Civil pela USP; Doutoranda pela PUC-MG.

² Doutora em Direito Civil pela USP; Mestre em Direito Romano pela USP. Atualmente professora do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

³ D. 1.2.1: [...] sed quod in omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret: et certe cuiusque rei potissima pars principium est [...]. Ver tradução de H.M. F. MADEIRA, Digesto de Justiniano, livro I. São Paulo: RT; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO, 2000, p. 21

⁴ HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 118-119.

O edito de Antonino Caracala, em 212 d.C., tinha concedido a cidadania a todos os habitantes do Império⁵ viabilizando, portanto, a aplicação do Direito romano em todos os territórios do vasto império romano; a concessão da cidadania não favoreceu o surgimento de uma unidade espiritual, mas, ao contrário, pôs em evidência o contraste entre Direito romano e direitos provinciais⁶.

A derrocada do Império Romano a partir do século III d.C. põe em crise esse saber jurídico, cujo rigor exigia uma profunda formação linguística, cultural e jurídica. Levando-se em consideração a vastidão do império e o fato de que os iurisprudentes estavam essencialmente em Roma, nas partes mais longínquas do império foi o direito posto, i.e., as constituições imperiais que foram, paulatinamente, adquirindo uma maior importância, o direito se burocratizou; um saber cultivado por uma elite culta passou a ser uma técnica burocrática de aplicação de ordens do poder. O direito, afirma A.M. HESPANHA, “ganha em generalidade e automatismo aquilo que perde em fineza casuística e apuramento intelectual”; o direito se vulgariza, preponderantemente, nas mais afastadas províncias onde a influência dos direitos locais é bastante significativa. Nessas partes do império se forma o direito romano vulgar (*Vulgarrecht*)⁷.

Com a cristianização do Império Romano, de um lado, o direito romano será influenciado pela doutrina cristã, por outro lado, o direito romano constituirá o ponto de partida para a construção de um específico ordenamento da Igreja. O direito justinianeu será o direito a partir do qual a Igreja irá construir o seu próprio ordenamento. Observa bem F. CALASSO que a Igreja, se no que concerne às relações relativas à fé e à consciência tinha começado a construir um seu próprio direito, para todos os negócios jurídicos seculares se era sempre regulada segundo o direito romano, já que dentro do Império de Roma ela tinha nascido, e do direito imperial tinha sido reconhecida e amplamente privilegiada. Com a invasão dos bárbaros a Igreja teve mais um motivo para permanecer ancorada na lei romana, já que esses, invasores e heréticos, eram inimigos da Igreja e do Império. Foi esse ódio comum contra os bárbaros que criou, por um sentimento de defesa, um conúbio que durará nos séculos entre a *lex canonica* e a *lex romana*. O papa Gregório Magno, Pontifex nos anos 590-604, ou seja, nos anos turvos da invasão dos lombardos na Itália, irá afirmar com vigor essa ligação entre as duas leges. Nessa época *romanus* se torna sinônimo de *catholicus*⁸.

Ademais, vale ressaltar que o Império e a Igreja possuíam uma vocação universal que se constituiu em mais um elemento de união em face da força dos bárbaros que atuavam, de certa forma, uma fragmentação das instituições e das ordens jurídicas.

⁵ O texto da constituição de Caracala não chegou até nós, porém, em 1902, foi descoberto um papiro egípcio com uma versão grega do texto antoniniano que na versão dada por F. Calasso reza: *...Do igitur omnibus peregrinis, qui in orbe terrarum sunt, civitatem Romanorum, manente omni genere civitatum, exceptis dediticiis*. Ver F. CALASSO. *Medioevo del diritto*. Le fonti, I. Milano: Giuffrè, 1954, p. 51, nt. 1. Notícia dessa constituição imperial já tínhamos no texto de Ulpiano D. 1.5.17: *in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperator Antonini cives effecti sunt* - Os que estiverem no Império Romano por uma constituição do imperador Antonino foram feitos cidadãos. Ver *Digesto de Justiniano*, livro I. Tradução Hécio M. F. MADEIRA. São Paulo: Revista dos Tribunais; Osasco, SP: FIEO, 2000, p. 60.

⁶ BENARRÓS, Myriam. *Introdução Histórica ao Sistema jurídico romano-germânico. A formação do subsistema latino-americano*. Belo Horizonte: Dialética, 2021, p. 131.

⁷ HESPANHA, António Manuel. *Cultura*. Op. cit., p. 120.

⁸ CALASSO, Francesco. *Medio Evo*. Op. cit., pp. 218-219.

2. A ordem jurídica da Igreja e sua influência na ordem jurídica mundana.

A partir do XII século ter-se-á o reflorescimento da ciência do direito com o renascimento do estudo do direito romano, especificadamente do direito justinianeu pela Escola de Bolonha. As aulas tinham por objeto o estudo do Digestum e do Codex no que tange ao direito romano e o estudo do direito canônico com a análise do Decretum Gratiani e il Liber Extra. Nasce o direito romano-canônico, esse será a *ratio scripta*, o *Ius commune*.

Entende-se por direito comum (*Ius commune*), segundo M. J. DE ALMEIDA COSTA, um sistema normativo de fundo romano que se consolidou com a escola dos Comentadores (pós-glosadores) e constituiu, embora não uniformemente, a base da experiência jurídica europeia até os finais do século XVIII⁹. O direito estudado e cultivado nas universidades europeias, entre os séculos XII e XVII, com base no direito justinianeu convive com os direitos consuetudinários locais, mas constitui tendencialmente uma unidade, um direito comum a todo o espaço europeu ocidental¹⁰.

No alvorecer da Idade Média, a única grande realidade institucional dos tempos antigos que irá permanecer e fará a ligação entre as populações romanizadas e os povos bárbaros invasores será a Igreja, será essa que irá recolher o legado de Roma, sendo a ideia de Imperium, nos séculos medievais, uma contínua aspiração da Cristandade. Destarte, no ano de 800, Leão III, invocando a negligência do imperador romano do Oriente na cura dos interesses da Igreja, promove a *translatio imperii*, coroando como imperador Carlos Magno, rei dos Francos; deste modo, consumava-se a restauração do império, a *renovatio imperii*¹¹. Pouco tempo depois da queda da *pars occidentis*, o Papa Gelásio I sobe ao trono pontifício em 492, e a sua atividade teve como escopo principal a recomposição das relações da Igreja de Roma com o Imperador romano do Oriente. Em 494, o Papa envia ao Imperador Anastácio I uma epístola em que expõe os motivos da sua posição em face da autoridade imperial, a famosa teoria das duas espadas. No mundo romano e cristão existem dois poderes: aquele espiritual e aquele temporal, sendo que o poder espiritual é mais importante que o poder temporal, visto que os titulares do poder espiritual devem responder perante o tribunal divino também da obra dos soberanos temporais¹². Anota, ainda, NUNO J. ESPINOSA GOMES DA SILVA que do mesmo modo que a Igreja manteve viva a ideia de Império, promovendo a *translatio imperii*, assim também será ela que promoverá a aplicação do direito romano nas coisas temporais, pois, esse direito é a sua *lex approbata*, a sua *lex saeculi*.¹³

⁹ COSTA, Mário Júlio de Almeida. História do Direito Português, Coimbra, 2012, p. 285.

¹⁰ HESPANHA, António Manuel. Cultura. Op. cit., p. 114 ss.

¹¹ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinoza. História do Direito português. Fontes de Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 192-193.

¹² BRATO, Raiko. Gelasio I, papa, santo. in Dicionario Biografico degli Italiani. Treccani, volume 52 (1999). Disponível em: <[http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_\(Dizionario-Biografico\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_(Dizionario-Biografico)/>) acesso em 10 de maio de 2021.

¹³ GOMES DA SILVA, Nuno Espinoza. História, op. cit., pp. 214-215.

Ressalte-se, ainda, que coube à Igreja, conforme salienta C. A. CANNATA, ser a depositária da cultura antiga:

A potência temporal da Igreja conferiu um particular valor ao mais saliente fenómeno cultural que se desenvolveu no seu âmbito nesse período: no longo lapso de tempo que intercorre entre o desaparecimento da cultura antiga e o surgimento da nova cultura medievel, ligada ao florescimento das cidades, nesse período, ou seja, durante o qual se delinea e se consolida o sistema feudal, a Igreja foi a única depositária da tradição cultural do mundo antigo; conventos e catedrais (por vezes a Capela régia) foram os lugares de uma continuidade nunca esmorecida no estudo e no ensino das artes liberais (gramática, dialética e retórica); [...] Foi assim que mesmo na idade feudal a Igreja conservou ideias e ensaios para a elaboração técnica de aparatos normativos, os quais tiveram uma importância capital nos fenómenos ligados, em particular, à Escola de Bolonha e às universidades francesas, seja no campo do direito canónico que naquele do direito civil [nossa tradução]¹⁴.

Ademais, deve-se salientar que a Igreja ocidental, desde Constantino, tinha assumido diversas tarefas públicas, sociais e morais do antigo império; depois do colapso deste ela se tornou um abrigo para as populações romanas e no que concerne aos germanos, esses a aceitaram desde cedo, pois a Igreja aparecia a esses povos como uma poderosa criação real, no seio da qual sobreviveriam ao mesmo tempo, Roma e o império romano. Os seus dignitários substituíram as autoridades seculares na administração, na cultura, na jurisdição e nas técnicas documentais, processuais e notariais¹⁵.

A Igreja além de ser a força espiritual mais importante, era também a organização social, mais coerente e extensa da Idade Média, sendo a sua ordem jurídica interna, sem dúvida, a mais poderosa desse período histórico. Afirma F. WIEACKER que:

Ainda maior é a influência da ordem jurídica interna da Igreja sobre a construção conceitual e o conteúdo dos princípios jurídicos temporais, sobre o processo jurídico nas coisas temporais e sobre o método da ciência jurídica. [...] Ao contrário do que acontece com o direito profano, a ordem jurídica da Igreja baseava-se, já na Alta Idade Média, numa tradição salvaguardada pelo uso da escrita, da redacção documental e pela escola. As bases desta tradição eram as fontes escritas e os actos de aplicação do direito da Igreja desde o seu início: a Sagradas Escrituras e os Padres da Igreja; as decisões dos concílios e dos sínodos; os cânones e as decretais do papa [...]¹⁶

¹⁴ La potenza temporale della Chiesa conferisce particolare valore al più saliente fenomeno culturale svoltosi nel suo âmbito in questo periodo: nel lungo tratto di tempo che corre tra il tramonto della cultura antica e il sorgere della nuova cultura medioevale, legata al fiorire delle città, nel periodo, cioè, durante il quale si delinea e si afferma il sistema feudale, la Chiesa fu la sola depositaria della tradizione culturale del mondo antico; conventi e cattedrali (talora la Cappella regia) furono i luoghi di una continuità mai sopita dello studio e dell' insegnamento delle artes liberales (grammatica, dialettica e retórica); [...] Fu così che pure in età feudale la Chiesa conservò spunti e saggi di elaborazione tecnica di apparati normativi, i quali ebbero un' importanza capitale nei fenomeni legati in particolare alla Scuola di Bologna ed alle università francesi, sia nel campo del diritto canonico che in quello del diritto civile. Ver C.A.CANNATA, Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all' epoca contemporânea, v. 2, Torino, Giappichelli, 1976, p. 11.

¹⁵ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 1967. Tradução port. A.M. BOTELHO HESPAHNA. *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 17.

¹⁶ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte*. Op. cit., pp. 67-69.

Ademais, leciona o jurista alemão que para se estudar a influência da canonística sobre o direito secular, deve-se partir das competências atribuídas ao direito da Igreja mesmo fora do domínio das coisas espirituais (*causae spirituales*); as *causae saeculares* constituíram uma oportunidade para que se operasse uma influência direta sobre o direito secular. Os juízos eclesiásticos eram competentes, por um lado, *ratione peccati*, ou seja, em relação a uma fatalidade jurídica obrigatória, sob pena de pecado; por força do *privilegium fori*, implicação nos fatos de um clérigo, como queixoso ou acusado, por exemplo; por acordo arbitral, *compromissum*, entre leigos, sendo frequente que fossem escolhidos como árbitros oficiais episcopais em detrimento de juízes seculares; não por último em virtude de atividade documental prévia do oficialato episcopal privilegiado com o direito de selar e de exarar documentos públicos. Note-se que como qualquer prática documental, ela se constituía não somente em um instrumento de veiculação de uma terminologia jurídica, mas também dos princípios jurídicos de caráter material, ou seja, de direito eclesiástico. Os princípios jurídicos da teologia moral e internos da Igreja se alastraram por toda a Europa com a evolução da jurisdição eclesiástica, principalmente a partir da instituição do oficialato jurídico dos bispados. São indícios dessa influência, entre outros elementos: a) a aplicação de princípios de teologia moral mesmo no *forum externum (ecclesiae)*, em virtude da qual critérios axiológicos objetivos e subjetivos como *aequitas (canonica)*, *bona fides*, *conscientia*, *honestas* e *miserecordia* passaram a ser utilizados na apreciação dos deveres jurídicos; b) a valorização da realidade psicológica e a tendência para a avaliação da eficácia jurídica segundo aspectos éticos do negócio, na perspectiva da *cura animarum*, assim ocorria no caso dos vícios de vontade; c) a preterição ou a luta contra os meios formais de prova, em particular contra as irracionais ordálias do direito germânico, em favor da investigação da verdade material. A jurisdição eclesiástica aprofundou e aperfeiçoou a moral jurídica, assim como promoveu a elaboração de elementos, voltados pra uma sociedade aberta, presentes no desenvolvimento jurídico da Baixa Idade Média¹⁷

No que tange ao processo a Igreja representa um importante instrumento de continuação entre a antiguidade tardia e a Idade Média; isso pode ser constatado também no quadro da atividade jurisdicional, frequentemente exercida pelas instituições eclesiásticas seguindo formas similares àquelas do processo romano da *cognitio extra ordinem*¹⁸. Encontram-se, portanto, elementos constitutivos da tipologia processual essencialmente técnica: um juiz monocrático encarregado de formular e resolver seja as questões de jurisdição seja aquelas de direito e de fato, sem a participação de nenhum órgão colegiado. Procedem-se com método inquisitório de modo que o juiz pode estender, reduzir ou modificar o objeto do juízo, bem como procurar, admitir e avaliar as provas com toda a liberdade; o teor da sentença não está vinculado ao pedido das partes; a sentença é submetida ao controle de um superior, mas somente *ex officio* e não por iniciativa das partes. O

¹⁷ WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte*. Op. cit., pp. 73-75.

¹⁸ O Sistema da *cognitio extra ordinem*: surge no início do Principado e, depois de um desenvolvimento gradual, acabou, na época pós-clássica, por suplantarem o sistema anterior. A administração da justiça é agora uma função exclusiva do Estado e às partes só pertence a iniciativa da instauração dos processos para obterem a proteção dos seus direitos. Desapareceram as duas fases anteriores, cabendo ao novo magistrado (juiz que é funcionário do Estado) o desempenho das funções anteriormente atribuídas a um juiz privado.

processo romano-canônico, várias vezes, foi disciplinado pela legislação pontifícia e conciliar; especialmente, o segundo livro do *Liber extravagantium* (o *Liber Extra*, a compilação oficial de decretais publicada por Gregório IX em 1234) introduz e impõe a todos os tribunais eclesiásticos uma modalidade de desenvolvimento do processo uniforme e detalhada, que obriga o juiz a proceder segundo uma sucessão obrigatória de fases predeterminadas no quadro das quais deverá adimplir a deveres precisos documentados em atos escritos; são predispostos complexos métodos de avaliação das provas. A rígida estrutura formal que se cria representa um eficaz meio de controle do exercício por parte do juiz dos extensos poderes que lhe são atribuídos no âmbito de um processo exclusivamente técnico, graças à prevalência da forma escrita que permite ao superior hierárquico de verificar a correção do procedimento adotado. Note-se, ademais, que a ausência no processo romano-canônico de uma explícita separação entre as questões de jurisdição, de direito e de fato não significa que neste falte uma subdivisão em fases; porém, essa não está baseada na distinção lógica dos três elementos dos quais depende concretamente o êxito judicial de quaisquer controvérsias, mas no critério, essencialmente extrínseco, da sucessão de atos formais cuja execução guia o juiz, passo a passo, na formulação da sentença.¹⁹

3. O direito lusitano e a codificação do direito processual civil brasileiro.

Quanto à península ibérica, a difusão e a penetração do direito romano renascido e da obra dos Glosadores são atestadas já nos finais do século XII, em regiões hispânicas que tinham maior contato com o resto da Europa. Evidências mostram que ao longo da segunda metade do XII encontramos na região juriconsultos de formação estrangeira²⁰.

O direito do Reino de Portugal possuía três grandes monumentos jurídicos, conhecidos como as Ordenações do Reino. O primeiro monumento legislativo foi o Código Afonsino, promulgado por D. Afonso em 1446, que constitui a primeira grande codificação moderna. As Ordenações Afonsinas, à semelhança dos Decretais de Gregório IX, estão divididas em cinco livros que, por sua vez, encontram-se divididos em títulos e em parágrafos. O Livro I, que compreende 72 títulos, contém os regimentos dos cargos públicos, quer régios, quer municipais. O Livro II, dividido em 123 títulos, trata da matéria relativa à Igreja e à situação dos clérigos, direitos do rei, em geral, e administração fiscal, jurisdição dos donatários, privilégios da nobreza, e legislação especial de judeus e mouros. O Livro III, abrangendo 128 títulos, contempla o processo civil. O Livro IV, nos seus 112 títulos, trata do direito civil; por fim, o Livro V, com 121 títulos, versa sobre direito e processo penal. O Código Afonsino é uma compilação atualizada e sistematizada das várias fontes de direito que tinham aplicação em Portugal, sendo formado por leis anteriores, respostas a capítulos apresentados nas Cortes, concórdias e concordatas, costumes, normas das Siete Partidas e disposições dos direitos romano e canônico²¹. Destaques dessa legislação foram as disposições liberais para

¹⁹ GASPARINI, Silvia. *Appunti minimi di Storia del Diritto. Antichità e medio evo*. Padova: Imprimerie, 2002, pp. 87-88.

²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História*. Op. cit, p. 244 ss.

²¹ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinoza. *História*. Op cit, pp. 312-313.

com os estrangeiros, em especial, com os judeus e os mouros, contidas no Livro II, títulos LXXI, LXXXI, LXXXIX e CI.

As Ordenações Filipinas previam como fontes do direito a vontade do rei, consubstanciada na lei, e, em certa medida, no estilo da corte e no costume, e o utrumque ius (direito romano e direito canônico), considerando aí incorporadas as opiniões de Acúrsio e Bártolo. Já as Ordenações Afonsinas estabeleciam um quadro das fontes de direito (livro II, tit. 9); em primeiro lugar, encontramos as fontes do direito português: a) as Leis do Reino; b) os estilos da Corte e c) os costumes antigamente usados. São essas as fontes imediatas. No caso em que não se lograsse obter dessas fontes a norma aplicável ao caso concreto, recorrer-se-ia ao direito subsidiário: a) direito romano; b) direito canônico; se a lacuna persistisse aplicar-se-ia a Magna Glosa de Acúrsio e, em seguida, as opiniões de Bártolo. Esse quadro sistemático de fontes passa das Ordenações Afonsinas para as Ordenações Manuelinas e enfim para as Ordenações Filipinas²².

O direito que vigorou no Novo Mundo, trazido pelos espanhóis e portugueses, nem foi genuinamente americano, nem genuinamente ibérico, como assevera A.S. DACUNHA LOBO:

[...] participando, ao mesmo tempo, da civilização ibérica, pela inspiração bebida nos seus grandes monumentos, e do meio americano, subordinando os seus institutos jurídicos às necessidades locais, modificando-os, muitas vezes, na sua própria essência, e criando tipos novos para institutos secularmente conhecidos e modelados à feição das necessidades de outra²³.

No Brasil, após a proclamação da independência política, em 7 de setembro de 1822, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império decretou, e D. Pedro I mandou executar, a lei de 20 de outubro de 1823 que em seu artigo 1 determinava a vigência no Brasil das Ordenações Filipinas, Leis, Decretos, Regimentos, Alvarás e Resoluções de Portugal, pelos quais o Brasil tinha se governado até o dia 25 de abril de 1821 e todos os atos legislativos promulgados desta data em diante por D. Pedro I “enquanto se não organizar um Código ou não forem especialmente alteradas”²⁴. No que concerne ao processo civil, no início da época imperial, este era disciplinado pelo Livro III das Ordenações Filipinas e por leis esparsas, notadamente a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769.

A Constituição Política de 1824, consagrando os princípios liberais, em seu art. 179, XVII (título 8 - Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros) dispunha: XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. Promulgou-se em 1830, o Código Criminal; em 1832, o Código do Processo Criminal; em 1850, o Código Comercial e o Código do Processo Comercial.

²² Ver Ordenações Filipinas, L. III, tit. LXIV, edição «fac-simile» da edição feita por Candido Mendes de Almeida (Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, pp. 663-664.

²³ A. S. DACUNHA LOBO, Curso de Direito Romano, Brasília, Edições do Senado Federal, v. 78, 2006, p. 565; pp. 563-564.

²⁴ Quanto à importância do direito português na formação do direito brasileiro ver SANTOS JUSTO, Antônio. “A influência do direito português na formação do direito brasileiro”. Em Revista Jurídica da FA7, vol. 1, n° 1 (jan./dez.) 2004. Fortaleza: Bookmaker, 2004, pp. 197 ss.

Em 1832, cumprindo-se o mandamento constitucional se promulgou o Código de Processo Criminal do Império, o qual continha um anexo à Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil. Embora contivesse somente 27 artigos, a Disposição Provisória simplificou o procedimento, suprimiu formalidades excessivas e inúteis, excluiu recursos desnecessários, criou as bases para o futuro Código de Processo Civil, que infelizmente não foi elaborado naquele período; ao contrário várias reformas introduzidas na disciplina do processo civil pela Disposição Provisória foram canceladas²⁵.

Um verdadeiro Código de Processo Civil nunca foi elaborado durante o Império, o que fez com que as Ordenações continuassem a ser aplicadas. Quando foi promulgado o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, disciplinou-se, nos termos do art. 27 do Título Único, que completava o Código do Comércio, o processo das causas de natureza comercial, a sua aplicação foi estendida pelo Governo Republicano, com alguns ajustes, às causas cíveis pelo Decreto 763, de 1890.

As causas civis, contudo, continuaram a ser disciplinadas pelas Ordenações e suas alterações. Com o decorrer do tempo inúmeras foram as leis modificativas das Ordenações o que levou o Governo imperial, em cumprimento à lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871, a encarregar o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas de reuni-las em um conjunto que contivesse todas a legislação relativa ao processo civil; a Consolidação das Leis do Processo passou a ter força de lei em virtude da resolução imperial de 28 de dezembro de 1876. Escreve no Prefácio da sua obra o Cons. Ribas:

A Consolidação da' leis do Processo Civil, que escrevi por incumbencia do Governo Imperial e em execução da lei n. 2033 ele 20 de Setembro de 1871 artigo 29 § 14, é uma codificação systematica de theses legislativas, ele- deduzidas do nosso Direito nacional, bem como do subsidiário - o romano e o consuetudinario-scientifico. Tendo- e tomado obrigatoria esta Consolidação, em yirtude da aprovação do Poder Executivo, que lhe foi dada pela Resolução de Consulta de 28 de Dezembro de 1876²⁶, deve-se e pensar que preencherá o fim que teve em vista o legislador - regularizar e uniformizar a nossa praxe judiciaria, e banir do fôro as numerosas corruptelas que n'e l l e se tem introduzido. Pareceu-me, porém, que ainda mais util se tornaria este trabalho, se eu desenoVesse e. as theses legislativas, por sua natureza succinctas, em Commentarios mais ou menos extensos, segundo a importancia da materia, onde expozesse as suas principaes applicações, a melhor doutrina dos J. Ctos. patrios, bem como as definições, classificações e noções da theoria scientifica do processo civil, que lhes servem de base²⁷.

Com o advento da Constituição de 1891 estabeleceu-se, em consonância com a dualidade de Justiças, Justiça Federal e Justiça Estadual, a dualidade de processos, pois, o poder de legislar sobre processo foi repartido entre a União e os Estados. Com a Constituição de 1934 o poder de legislar sobre processo passou a ser prerrogativa da União, regra que foi mantida nas constituições posteriores²⁸.

²⁵ DIMARCO, Cândido Rangel; BADARO, Gustavo H. Righi Ivany; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos., Teoria Geral do Processo. São Paulo: Jus Podium, 2020, p. 162.

²⁶ DIMARCO, Cândido Rangel; BADARO, Gustavo H. Righi Ivany; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos., Teoria. Op. cit., p. 163

²⁷ RIBAS, António Joaquim. Consolidação das Leis do Processo Civil. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior Editor, 1879, p. 2

²⁸ DIMARCO, Cândido Rangel; BADARO, Gustavo H. Righi Ivany; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos., Teoria. Op. cit., p. 164.

A Constituição outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, elaborada por Francisco Luiz da Silva Campos, conservou a unidade processual, dispondo no seu artigo 16, inc. XVI, a competência privativa da União para legislar sobre direito processual. O então ministro da Justiça Francisco Campos nomeou uma comissão de juristas para elaborar o primeiro Código de Processo Civil brasileiro. O texto foi promulgado como Código de Processo Civil pelo Decreto-lei n. 1.605 de 18 de setembro de 1939, publicado no Diário Oficial, de 13 de outubro de 1939, com vigência prevista para o dia 1 de fevereiro de 1940, data que foi prorrogada para 1 de março do mesmo ano.

Na Exposição de Motivos o próprio ministro da Justiça Francisco Campos afirma que:

12 - O processo consolidado nas Ordenações Filipinas de 1613, que inspiraram o Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, e todas as reformas e tentativas de reformas processuais que se fizeram posteriormente entre nós têm sua base na glosa e no direito canônico, principalmente na novela 45 do Imperador Leão, do século nono, e no canon de Inocêncio III, de 1216 [o grifo é nosso]²⁹.

O CPC de 1939 reflete o pensamento jurídico-político de Francisco Campos, ou seja, uma ideologia autoritária e antiliberal. Afirma o ministro da Justiça na Exposição de Motivos que o processo então em vigor é formalista e bizantino, sendo apenas um instrumento das classes privilegiadas “que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorado nos seus desenlaces”. Salienta, ainda, que as transformações políticas daqueles tempos possibilitam “o gozo dos instrumentos de governo a uma imensa massa humana, que antes não participava deles senão indireta e escassamente, e assim impõem um novo regime à administração da justiça”. Nessa atmosfera o processo seria “um conjunto de regras destinadas a orientar a luta judiciária entre particulares, que delas se serviriam à mercê do seu interesse ou dos seus caprichos”. É a concepção duelística do processo “em que o Estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado”, mas a transformação social elevou a Justiça à categoria de um bem geral de modo que

[...]a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta e acessível a cada um. Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça. Na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir os traços da sua autoridade³⁰.

Passa-se de uma concepção duelística do processo a uma concepção autoritária do processo. Não mais o processo entendido como um instrumento de luta entre particulares, mas concebido como um instrumento de investigação da

²⁹ BRASIL. Decreto-lei n. 1608 de 11 de setembro de 1939. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> Acesso em 3 de julho de 2021.

³⁰ Ibidem

verdade e distribuição da justiça. A reforma do processo, na visão de Campos, destina-se a pôr sob a guarda do Estado a administração da justiça, “subtraindo-a à discricção dos interessados”, tendo, portanto, um sentido altamente popular. Nesse diapasão ele afirma:

Nenhum ramo da ciência jurídica se havia tornado tão hermético como o processo; dos complicados lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito. A ordem judiciária tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais. [...] Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei³¹.

O processo delineado pelo CPC de 1939 é um processo de concepção publicista, inspirado nos princípios da oralidade e da concentração dos atos do processo, postulado do sistema oral. Posição central ocupa o juiz, pois, “O juiz é o Estado administrando a justiça; não é um registo passivo e mecânico de fatos, em relação aos quais não o anima nenhum interesse de natureza vital. Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça.”

O CPC de 1939 foi substituído pelo Código de Processo Civil resultante do Anteprojeto Buzaid, sendo submetido ao Congresso Nacional e, depois de sofrer inúmeras emendas, foi aprovado e promulgado pela lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973, entrando em vigor no dia 1 de janeiro de 1974. O CPC de 1973 veio a ser substituído em 18 de março de 2016 pelo Código de Processo Civil em vigor.

Neste sentido, observando a visão publicista e autônoma de Francisco Campos, na exposição de motivos ora mencionada, enfatiza um afastamento do Princípio do Dispositivo. Todavia, devemos chamar atenção para o fato de que a presença deste é observada presente desde o primeiro Código de Processo Civil no Brasil.

Entretanto, em nosso País é ressaltada uma vasta produção de normas processuais com ritos e procedimentos diferenciados, conduzindo um efetivo aumento das intervenções jurisdicionais no plano processual e material³². E neste contexto, os “poderes dos juízes” acabam ultrapassando os vitais limites impostos pelo princípio dispositivo, em que a segurança jurídica se torna cada vez mais instável, assim, a atuação jurisdicional passa a se preocupar com metas sociopolíticas na busca de justiça nas decisões, muitas vezes se olvidando que o direito positivado é o núcleo do Estado Democrático de Direito.

³¹ BRASIL. Decreto-lei n. 1608 de 11 de setembro de 1939. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> Acesso em 3 de julho de 2021.

Mauro Cappelletti já advertia que, “embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século.” Destacado pelo autor o fato de que, segundo o filósofo Morton G. White, a tônica para essa exacerbação da criatividade judiciária foi a “revolta contra o formalismo”, que, em diferentes ordenamentos, mirou alvos diversos, mas sobretudo contra o positivismo jurídico, que descrevia, na concepção montesquiana, o juiz como a “inanimada boca da lei”. Juizes legisladores? Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999, p31-33.

4. Princípio Dispositivo: referência de justiça no Direito Processual Civil.

O princípio dispositivo é algo presente em nosso ordenamento processual desde os exórdios das normas aqui codificadas, assim, para compreensão deste instituto, se faz necessária uma sintetizada análise que ajudará no processo de compreensão e alcance das relações e transformações por que passou e passa a humanidade³³.

Em neste dedilhar, sem maiores aprofundamentos, mas de forma necessária a compreensão de nosso estudo, deveremos expor o lugar do princípio dispositivo dentro do processo civil, objetivando compreender sua importância ao largo da história, bem como sua influência e importância no direito processual contemporâneo. D. P. DE CASTRO, em importante pesquisa desenvolvida, preleciona de maneira assertiva:

“Em linhas gerais, o princípio dispositivo é aquele segundo o qual a vontade relevante e decisiva no processo é a das partes: consiste no poder das partes de dispor do processo civil, determinando com sua atuação o início, o objeto, o desenvolvimento e o término do processo. Não são pacíficos na doutrina a dimensão do princípio dispositivo e seu conteúdo.³⁴”

Tal princípio é visto pela maioria dos doutrinadores como antagonístico a outros princípios processuais, inserido em questões relativas ao direito das partes e técnica processual, com uma abordagem estritamente envolta na atividade judicial no processo, e neste tom, de grande valia observamos os ensinamentos do professor BEDAQUE, em que o princípio dispositivo está intimamente ligado aos poderes instrutórios do juiz³⁵.

Em nossa doutrina, poucas variantes são encontradas perante aqueles que sustentam a força normativa do princípio dispositivo como sustentáculo vital do processo, e em sua maioria, verificamos que existem grandes defensores da teoria de que este encontra-se superado dentro de um regime jurídico em que a busca pela verdade real é a referência nodal para justiça na efetivação do direito.

Nesta senda, observa-se de modo prisma que o princípio dispositivo tem sido relegado num processo de hierarquização dos princípios fundamentais que regem o processo civil, em especial, o brasileiro. Todavia, esta questão é delicada, pois o mesmo é peça fundamental para que as partes obtenham o seu verdadeiro lugar de protagonistas no processo, e o juiz, como representante do Estado, cumpra o seu papel de mero espectador, num modelo dispositivo em que o princípio em comento deva apresentar-se como um dos pilares do sistema processual, na medida em que é

³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Lições de História do Processo Civil Romano. São Paulo: RT, 1996.

³⁴ PENTEADO DE CASTRO, Daniel. Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica. Dissertação apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010

³⁵ “A questão referente aos poderes instrutórios do juiz está intimamente ligada ao chamado 'princípio dispositivo'. Pelo menos, assim tem entendido a maioria da doutrina processual, que estabelece um nexo entre esses dois fenômenos, ao afirmar que o princípio dispositivo, entre outras restrições impostas à atividade do julgador, impede tenha ele iniciativa probatória.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 4ª ed. rev. atual. ampl. - São Paulo: RT, 2009, p.87. apud in ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O Princípio Dispositivo, a instrução probatória e o dispositivo e os Poderes do Juiz. Dissertação apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

afastada a autotutela como meio de solução do conflito, e confere-se a um terceiro imparcial o julgamento da lide³⁶. E, neste sentido, inteligente observarmos o que explica o professor CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA,

“o próprio interesse superior, de ordem coletiva, inspirador de uma solução da contenda sem o emprego de força bruta, com vistas à manutenção da paz social, impõe a alheação e indiferença do órgão julgador aos pedidos das partes e ao objeto da lide.”³⁷

E assim sendo, outra conclusão não há de prosperar, visto que, a origem do princípio dispositivo é um dos maiores legados do sistema processual romano-canônico³⁸, na esteira de que a garantia da justeza ao jurisdicionado se faz necessária contra qualquer arbítrio de (in)justiça, pois, límpido é o fato que incumbe às partes a tarefa de determinar o conteúdo, objeto e impulso do processo.

Assim, com os ventos do direito moderno e as complexidades que passam a permear a sociedade, o julgador obriga-se a sedimentar sua decisão no verdadeiro sentido da lei, e o princípio dispositivo se transforma num verdadeiro axioma para os fins sociais do processo civil, e assim, ratificando a ideia de que os juízes devem ser considerados “a boca inanimada da lei”³⁹.

5. Breves considerações conclusivas.

Conclui-se que a relativização do princípio dispositivo que vem sendo atuada desde o CPC de 1939, embora essa permita ao juiz suprir eventuais vazios do ordenamento, certamente propicia um maior ativismo judicial. Fato este que por uma parte considerável da doutrina é um ato desacreditador da essência do direito, ferindo de morte o caráter da segurança jurídica há muito estabelecida, e acreditada pelo positivismo em sua mais pura essência.

Os poderes dos juízes, independente da liberdade que lhe possa ser atribuída pela própria lei, jamais deve se confundir com a verdadeira intimidade do seu ofício, que é trazer a solução para uma lide em prol do respeito ao direito positivado. Qualquer que seja a formatação de uma decisão divergente daquilo que respeite os limites estabelecidos pela lei, será injusta a verdadeira essência da tripartição dos poderes, peça nodal que sedimenta a estrutura do Estado Democrático de Direito.

³⁶ ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O Princípio. Op cit, p. 19.

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.119/120.

³⁸ “Quando se fala em direito romano, entende-se o direito de uma época histórica em que pelas razões vistas, o direito substancial não emanava, todo de fontes que assentassem no poder estatal. Ao lado do jus civile, grande era o número de normas consuetudinárias a reger relações entre pessoas; o Estado romano não dispunha de poder suficiente para impor seu direito aos estrangeiros (peregrini). Muitas normas constavam dos editos, espécie de programa normativo mediante o qual cada pretor, assessorado por um consilium de juriconsultos, ao assumir o cargo, prometia distribuir justiça segundo os critérios que enunciava. No entanto, mesmo com referência a um estado assim débil perante os indivíduos e que ainda não conseguira impor plenamente a força de seus preceitos substanciais genéricos e abstratos, é discutível que o direito do caso concreto só nascesse após a pronúncia do magistrado”. Cândido Rangel Dinamarco in Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p80.

³⁹ Expressão cunhada por Montesquieu de que o juiz não é mais que a “bouche de la loi” e cuja função no período das Revoluções do século XIX, visava à proteção do interesse da coletividade contra os abusos da aristocracia (que dominava o Judiciário e o Executivo da época). Nessa época, a atividade do juiz limitava-se a verificar os fatos ocorridos, aplicando a eles um direito pré-estabelecido, fruto de elaboração pelo Legislativo, função do Estado que realmente representava os interesses da população. Apud in ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O Princípio. Op cit, p. 25.

Neste tom, o professor LENIO LUIZ STRECK preleciona com maestria,

Ativismo e judicialização são temas que frequentam as grandes discussões da teoria jurídica brasileira. O acentuado protagonismo do Poder Judiciário vem despertando, não só no Brasil, um conjunto de pesquisas que buscam a explicação desse fenômeno. Nesse sentido, a formação de uma “juristocracia” (ou judiciariocracia) — chamemos assim a esse fenômeno — não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder (no sentido da *Wille zur Macht*, de Nietzsche) manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

Assim, importante salientar que devemos concluir pela eficiência magistral do Princípio Dispositivo na trajetória do Direito Processual Civil, em decorrência da influência do direito romano-canônico, onde juiz deve sempre se manter inerte e conduzir o processo de acordo com os fatos, aplicando a lei para garantir a eficiência do direito, dentro dos limites requeridos. E, desta forma, o Estado-juiz se mantém justo em seu poder-dever de agir.

Em particular no que concerne ao processo, devemos observar que o elemento caracterizador do processo judicial canônico era o respeito ao rigor de suas regras. O princípio dispositivo atuava como limite a instrução probatória; nesta fase, o ônus da prova estava a cargo da parte que o afirmava, o juiz, por sua vez, na colheita destas, tinha que aguardar a iniciativa das partes, i.e, o magistrado era totalmente inerte, um simples espectador, sendo-lhe vedado apreciar quaisquer provas. A regra que, então, prevalecia no processo canônico era a de que o fato essencial, que constituía o cerne da causa *petendi* ou da causa *excipiendi*, dependia da prova. Para o juiz, deveriam existir apenas os fatos e as provas constantes do processo: *quod no est in actis non est in mundo*.

¹ Reitora do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO. Mestre em Direito Processual Civil pela USP; Doutoranda pela PUC-MG.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O Princípio Dispositivo, a instrução probatória e o dispositivo e os Poderes do Juiz. Dissertação apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 4ª ed. rev. atual. ampl.- São Paulo: RT, 2009.

BENARRÓS, Myriam. Introdução Histórica ao Sistema jurídico romano-germânico. A formação do subsistema latino-americano. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

BRASIL. Decreto-lei n. 1608 de 11 de setembro de 1939. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html> Acesso em 3 de julho de 2021.

BRATO, Raiko Gelasio I, papa, santo, in Dizionario Biografico degli Italiani. Treccani, volume 52 (1999). Disponível em: [http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/gelasio-i-papa-santo_(Dizionario-Biografico)/) Acesso em: 10 de maio de 2021.

CALASSO. Medioevo del diritto. Le fonti, I. Milano: Giuffrè, 1954.

CANNATA, CARLOS ALBERTO Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. Dal medioevo all'epoca contemporânea, v. 2, Torino, Giappichelli, 1976.

CAPPELLETTI, Mauro. Giudici e legislatori?. Milano: Giuffrè, 1984. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. História do Direito Português, Coimbra, 2012.

CUNHA LOBO, Abelardo Saraiva Da Curso de Direito Romano, Brasília, Edições do Senado Federal, v. 78, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno. Tomo I. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARO, Gustavo H. Righi Ivany; CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Jus Podium, 2020.

GASPARINI, Silvia. *Appunti minimi do Storia del Diritto. Antichità e medio evo*, Padova, Imprimerie, 2002.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinoza. *História do Direito português. Fontes de Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina, 2012.

MADEIRA, *Digesto de Justiniano, livro I*. São Paulo: RT; Osasco, SP: Centro Universitário FIEO, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PENTEADO DE CASTRO, Daniel. *Contribuições ao estudo dos poderes instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. Dissertação apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

RIBAS, António Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior Editor, 1879.

SANTOS, António Justo. “A influência do direito português na formação do direito brasileiro”. Em *Revista Jurídica da FA7*, vol. 1, nº 1 (jan./dez.) 2004. Fortaleza: Bookmaker, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: RT, 1996.

WIEACKER, FRANS. *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung*. Göttingen: Vandenhoeck e Ruprecht, 1967. Tradução port. A.M. BOTELHO HESPANHA. *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.



João Baptista Opitz Neto
João Baptista Opitz Junior
Lucia Maria Correa Viana



COVID-19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL

João Baptista Opitz Neto¹
João Baptista Opitz Junior²
Lucia Maria Correa Viana³

Introdução

A COVID-19 é uma doença infecciosa, causada pelo vírus SARS-CoV-2, que rapidamente transformou-se em um problema mundial. A pandemia causada por este agente viral implicou em mudanças radicais em nossa sociedade, em especial, com a necessidade de isolamento social para a diminuição de sua transmissão e incidência.

Muitos trabalhadores foram afastados de suas atividades laborativas, diante da recomendação de diminuirmos a taxa de contágio, sendo esta a medida não-farmacológica contra a doença. Pela escassez de medicamentos e a ausência de vacina, por se tratar de uma doença nova, o isolamento social tornou-se peça central nas políticas de combate a pandemia, sendo, inclusive, recomendado pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Contudo, nem todos trabalhadores podem exercer suas atividades laborais através de meios eletrônicos ou telepresenciais, uma vez que determinadas atividades não são compatíveis com estas modalidades. Temos, ainda, as atividades essenciais, cuja realização é necessária a continuidade de nossa sociedade moderna e não podem ser interrompidas.

Estes trabalhadores poderão contrair o vírus SARS-CoV-2 e desenvolver a COVID-19, o que poderia implicar a caracterização de uma doença ocupacional. Neste cenário, precisamos analisar as hipóteses em que a COVID-19 poderia ser reconhecida como doença ocupacional e quais as formas técnicas da caracterização. Nosso artigo tem por objetivo discutir em quais hipóteses o COVID-19 pode ser considerado como doença ocupacional.

COVID-19

O ano de 2020 ficará marcado na história da humanidade. A pandemia global causada por um novo coronavírus, SARS-CoV-2, iniciou-se em Wuhan, China, rapidamente se espalhando por todo o mundo (Zhu, 2020).

¹ Médico e Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais, UMSA/AR. Mestre em Bioética e Biodireito, UMSA/AR. Especialista em Medicina do Trabalho, Medicina Legal e Perícia Médica. Coordenador da Pós-Graduação de Empresarial Previdenciário & Compliance do IEPREV. Diretor do Instituto Paulista de Segurança e Saúde do Trabalho.

² Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, UMSA/AR. Doutor e Mestre em Medicina pela Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidade de La Matanza/AR. Especialista em Medicina do Trabalho, Medicina Legal e Perícia Médica. Diretor do Instituto Paulista de Segurança e Saúde do Trabalho.

³ Magistrada TJ AM; Profa ESMAM, Escola Magistratura AM; Coordenadora Faculdade Santa Teresa; Mestre, Especialista em Direito Ambiental; Doutoranda Universidade Católica Santa Fe, Argentina; Pós Doutora UNILAM Argentina; Membro Academia de Ciências e Letras Jurídicas AM-ACLJA; Membro Academia de Letras, Ciências e Artes Amazonica-ALCAMA; Vice presidente Associação Brasileira de Mulheres de Carreiras Jurídicas AM-ABMCJ; Diretora Cultural da Associação Magistrados AM-AMAZON

A doença causada por este novel vírus foi denominada, em inglês, de Coronavírus Disease 2019, sendo muito conhecida pela sigla “COVID-19”.

Os coronavírus são uma grande família de vírus que podem causar desde resfriados comuns até doenças respiratórias mais graves. O mundo já passou por algumas epidemias de coronavírus no passado, como a SARS e a MERS. Agora enfrentamos uma nova pandemia causada por um vírus desta família, que implicou em diversos transtornos a nossa sociedade moderna. Como estamos tratando de um vírus novo, o conhecimento sobre ele foi desenvolvido conforme a pandemia era enfrentada.

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2020) declarou, em 30 de janeiro de 2020, que o surto da COVID-19 constituía uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional – o mais alto nível de alerta da Organização, conforme previsto no Regulamento Sanitário Internacional. Em 11 de março de 2020, a COVID-19 foi caracterizada pela OMS como uma pandemia.

O SARS-CoV-2 é altamente infeccioso, o que implicou rápida disseminação por diferentes países, que adotaram estratégias diferentes em seu enfrentamento. Devemos destacar que este vírus é transmitido através de contato humano-humano de gotículas respiratórias (tosse, espirro, catarro), pela saliva oriunda de pessoas infectadas ou contato com superfícies contaminadas seguido do contato com a boca, nariz e olhos (ANAMT, 2020).

Uma das estratégias adotadas para diminuir a transmissão e contaminação pelo vírus, que acabou sendo a principal, foi a diminuição da circulação das pessoas. Alguns países adotaram medidas restritivas para o isolamento ou distanciamento social, chegando, inclusive, a proibir que as pessoas saíssem as ruas, com exceção para realizar determinadas atividades, como comprar comida, medicações ou procurarem atendimento médico.

Os primeiros casos que ocorreram no Brasil, como seria esperado, foram casos importados, ou seja, pessoas que estiveram fora do Brasil ao retornarem passaram a apresentar os sintomas e foram diagnosticadas com COVID-19.

Em 20 de março de 2020, através da Portaria 454/2020, do Ministério da Saúde, foi reconhecida a transmissão comunitária do coronavírus no território nacional. Isto significou o reconhecimento de que já estava ocorrendo a transmissão da doença para pessoas que não viajaram para o exterior, a doença estava sendo transmitida dentro de nosso país.

Na prática, quando a transmissão de uma doença é considerada comunitária estamos afirmando que o número de casos aumenta exponencialmente e perdemos a capacidade de identificar a fonte ou pessoa transmissora (SBI, 2020). Isto significa que se torna muito difícil rastrear como o indivíduo se contaminou.

Isto tem implicação evidente na caracterização do COVID-19 como sendo ou não doença ocupacional, uma vez que definir onde o trabalhador adquiriu a doença torna-se tarefa árdua, para não dizer impossível.

MP927 e a decisão do STF sobre COVID-19 ser doença ocupacional

Diante da repercussão da medida não-farmacológica, isolamento social, adotada para o enfrentamento do novel vírus, o Poder Executivo editou diversas medidas provisórias para o enfrentamento da crise causada pela COVID-19.

Tivemos, então, a publicação da MP 927 que dispunha sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da COVID-19, que, entre outras medidas, indicou em seu artigo 29 como deveria ser interpretado os casos de contaminação por COVID-19.

O artigo 29 da MP927 tinha a seguinte redação:

Art. 29. Os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal.

Pela leitura deste artigo podemos interpretar que a exceção seria a caracterização do COVID-19 como doença ocupacional, necessitando da comprovação do nexo causal. Observa-se aqui, claramente, a intenção do legislador em tornar mais difícil a caracterização do COVID-19 como doença ocupacional. E foi justamente este o motivo pelo qual o STF entendeu que este artigo deveria ser considerado inconstitucional, ainda que em decisão liminar.

Foram diversas as entidades que ingressaram no STF com Ações Diretas de Inconstitucionalidade contra a MP 927, questionando seus dispositivos, com pedidos de medida liminar para a suspensão dos efeitos jurídicos da referida norma.

Em relação ao tema em comento, COVID-19 como doença ocupacional, foi concedida liminar, por maioria de votos, com a seguinte decisão:

“O Tribunal, por maioria, concedeu parcialmente a medida liminar para suspender a eficácia do artigo 29 da Medida Provisória 927/2020. Votaram nesse sentido os Ministros Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Roberto Barroso e Celso de Mello. Ficaram vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente), que indeferiram a medida liminar; os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que deferiam parcialmente a medida cautelar e declaravam a perda superveniente de objeto em relação ao citado artigo; e o Ministro Ricardo Lewandowski, que deferia parcialmente a cautelar, nos termos de seu voto. Plenário, Sessão Virtual de 8.5.2020 a 14.5.2020.”

Esta decisão do STF sobre o artigo 29 da MP 927 ainda causa polêmica e muitas dúvidas sobre a possibilidade da COVID-19 ser ou não considerada como doença ocupacional. Qual o efeito desta suspensão de eficácia?

Como a lei especial não trata mais desta questão, temos que buscar a resposta na lei geral, que no caso da doença ocupacional, são os artigos 19 e seguintes da Lei 8213/91, a conhecida “Lei de Benefícios da Previdência Social”.

Muitos passaram a divulgar, inclusive em grandes veículos da mídia, que o STF reconhecia, com esta decisão, a COVID-19 como doença ocupacional. Entendemos tal afirmação como equivocada, uma vez que a questão decidida pelo STF se refere apenas ao ônus da prova.

A legislação previdenciária estabelece um sistema de caracterização de relação causal baseada em presunção relativa. Isto significa que o INSS indica a existência de uma doença ocupacional baseado em presunção estabelecida em lei, as listas contidas no anexo II do Decreto 3048/99.

É claro que o Perito Médico Federal tem autonomia para afastar esta presunção quando da perícia médica no INSS, porém isto precisa ser justificado. Trata-se de uma presunção relativa, cabendo prova em contrário.

A intenção do legislador no artigo 29 da MP 927 era justamente acabar com essa presunção relativa nos casos de COVID-19. A exceção seria a caracterização desta doença como doença ocupacional, imputando o ônus da prova ao trabalhador, mudando a regra que observamos para diversas doenças em matéria acidentária. O STF entendeu que esse ônus era muito oneroso ao trabalhador e suspendeu a eficácia do dispositivo.

Caso prevalecesse o estabelecido pelo artigo 29 da MP 927 teríamos o ônus para o trabalhador, com a suspensão deste dispositivo, retornamos a regra geral, uma presunção relativa, com ônus para as empresas.

Contudo, isso não significa, em absoluto, que qualquer caso de COVID-19 em trabalhador será considerado como doença ocupacional. Quando o Perito Médico Federal entender que existe o nexó técnico caberá a empresa provar que este nexó inexistente, esta é a questão central da decisão do STF. A decisão em comento apenas definiu a quem cabe o ônus da prova.

Para nossa surpresa, lemos publicações de médicos do trabalho e juristas afirmando que basta o trabalhador ter que sair de sua residência para trabalhar que já ocorreria a caracterização do COVID-19 como doença ocupacional!

Acredito que a primeira coisa que temos que considerar, às vezes esquecemos disto, é que a conceituação de acidente de trabalho/doença ocupacional não é médica, mas sim jurídica. Não é acidente de trabalho / doença ocupacional o que nós entendemos, como médicos, que deva ser, mas sim o que a lei estabelece que é.

Sem entender essa questão básica vamos nos deparar com entendimentos absurdos como este. Afirmar que qualquer trabalhador que adquirir COVID-19 e estiver trabalhando fora de seu domicílio terá automaticamente reconhecida a doença como sendo uma doença ocupacional é ignorar o conceito legal de acidente de trabalho / doença ocupacional e fechar os olhos para tudo o que ocorreu ao longo do tempo durante a pandemia.

Não podemos admitir que questões ideológicas influenciem esta avaliação, seja para caracterizar o acidente de trabalho ou para descaracterizá-lo. A questão é técnica!

Neste sentido, passaremos ao estudo técnico do tema.

COVID-19 e a caracterização da doença ocupacional

A COVID-19 é uma doença altamente contagiosa, é o que os estudos demonstram, podendo ser adquirida em qualquer lugar. Podemos ter contato com o vírus na rua, em casa, em supermercados, em farmácias, em transporte público, na embalagem do delivery, no elevador do prédio e no trabalho. Isto nos indica que não se trata de um vírus que só existe no trabalho!

Os defensores da tese de que basta o empregador exigir que o trabalhador saia de sua casa para a eventual infecção por COVID-19 ser considerada como do trabalho ignoram que a pessoa em sua residência também tem risco de adquirir a doença.

Ou as pessoas em home office deixam de se alimentar, de ter que ir a uma farmácia ou de comprar itens básicos para sua sobrevivência? A pessoa não utiliza elevador, não coloca o lixo para fora de sua residência e não tem contato com objetos e pessoas que possam estar contaminados?

É utópico afirmarmos que uma pessoa em sua residência permanece sem qualquer contato com o mundo exterior. Isto não é possível. E mais, qual dispositivo legal permite a caracterização de todo caso de COVID-19 como sendo doença ocupacional?

Necessário lembrarmos que a caracterização da doença ocupacional depende de previsibilidade legal, não sendo doença ocupacional o que queremos, mas sim o que a lei indica que deve ser enquadrado desta forma.

Como citado anteriormente, a previsão legal das doenças ocupacionais / acidentes de trabalho encontram-se contida no artigo 19 e seguintes da Lei 8213/91, destacando-se para o caso em tela:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

a) a doença degenerativa;

b) a inerente a grupo etário;

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

...

Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

Podemos observar que a legislação vincula a caracterização da doença ocupacional a relação elaborada pelos extintos Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Estas relações estão contidas no anexo II do Decreto 3048/99. Importante destacarmos que, tecnicamente, existem 3 espécies de nexos técnico no âmbito previdenciário, cuja caracterização é de competência da Perícia Médica Federal. Conforme o Manual de Acidente de Trabalho (INSS, 2016), as espécies de nexos técnico são:

Nexo Técnico Profissional ou do Trabalho

O nexo estabelecido pela associação do agravo com os agentes etiológicos ou fatores de risco presentes nas atividades econômicas dos empregadores e constantes das listas A e B do Anexo II do RPS, são considerados de natureza profissional ou do trabalho, sendo assim compreendidos:

I - Nexo Técnico Profissional é aquele decorrente da constatação de uma doença profissional, isto é, aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade cujos trabalhadores tenham sido expostos, ainda que parcial ou indiretamente; e

II - Nexo Técnico do Trabalho é aquele decorrente da constatação de uma doença do trabalho, isto é, aquela adquirida em função das condições especiais em que o trabalho é realizado.

As doenças originadas nos processos de trabalho constantes nas listas A e B do RPS são provenientes da Portaria no 1339/GM, do Ministério da Saúde, de 18 de novembro de 1999, sendo os mesmos exemplificativos e complementares. A lista A traz a relação dos agentes ou fatores de risco de natureza ocupacional relacionados com a etiologia das doenças profissionais ou do trabalho e a lista B traz as doenças e respectivos agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional.

Nexo Técnico Individual

É aquele que decorre de acidentes do trabalho típicos ou de trajeto, bem como de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele relacionado diretamente, nos termos do § 2º do art. 20 da Lei no 8.213, de 1991. Engloba três situações:

a) Acidente Típico: quando o acontecimento súbito ou a contingência imprevista causou dano à saúde do trabalhador e ocorreu durante o desempenho da atividade profissional ou por circunstâncias a ela ligadas.

b) Acidente de Trajeto: é o acidente que ocorre no percurso do segurado de sua residência para o trabalho ou vice-versa ou de um local de trabalho para outro da mesma empresa, bem como o deslocamento do local de refeição para o trabalho ou deste para aquele, independentemente do meio de locomoção, sem alteração ou interrupção do percurso por motivo pessoal. Não havendo limite de prazo estipulado para que o segurado atinja o local de residência, refeição ou do trabalho, deve ser observado o tempo necessário compatível com a distância percorrida e o meio de locomoção utilizado.

c) Por doença equiparada a acidente do trabalho: é o agravo decorrente das condições especiais em que o trabalho é realizado e que não esteja previsto nas listas A e B do RPS, conforme expresso no § 2º do art. 20 da Lei no 8.213, de 1991:

Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP

Aplicado pela significância estatística da associação entre a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionadas à Saúde – CID – 10 e a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE.

O NTEP foi criado a partir de um estudo de coorte realizado como tese de doutorado, cujo objetivo foi analisar benefícios concedidos pela perícia médica do INSS, espécies B31, B32, B91, B92, no período de 2000 a 2006. Foi estabelecida uma correlação entre a doença

(CID) e a atividade econômica (CNAE) na qual se inseriam estes trabalhadores. Assim, o NTEP é o reconhecimento, no âmbito do INSS, das incapacidades decorrentes de significância estatística entre diversos tipos de doenças e uma determinada atividade econômica, significando o excesso de risco em cada área econômica, constituindo-se em uma presunção do tipo relativa, uma vez que admite prova em sentido contrário. Os pressupostos desta relação estão contidos na Lei Federal no 11.430, de 2006, que alterou a Lei no 8.213, de 1991, com posterior inclusão da lista C no Anexo II do RPS, trazendo a correlação estatística estabelecida entre CID e CNAE.

A COVID-19 não está prevista na lista A, B ou C do anexo II do Decreto 3048/99. E nem poderia, uma vez que tratamos de uma doença nova que tem pouco mais de 2 anos de existência. Estas listas foram publicadas em épocas em que a COVID-19 não existia!

Mas, então, estamos afirmando que a COVID-19 nunca será considerada como doença ocupacional? Óbvio que não! Só queremos chamar a atenção que a legislação deve ser aplicada, não “achismos” sobre o tema. Estamos tratando de uma questão técnica importante, não cabendo militância sobre o tema.

A legislação prevê em seu artigo 20, parágrafo segundo, da lei 8213/91 que:

Art. 20.

§ 2º Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Estamos diante do nexó técnico individual. Quando não existe previsão nas listas oficiais da situação como sendo decorrente do trabalho, cabe ao Perito Médico Federal determinar, no caso concreto, se existe o nexó técnico considerando o risco a que o trabalhador está exposto em seu labor, como diz a legislação, “condição especial em que o trabalho é executado”.

Entendemos também que, diante da situação nova apresentada, poderíamos, por analogia, utilizar o dispositivo legal que trata de endemias. Vejamos sua redação:

Artigo 20.

§ 1º Não são consideradas como doença do trabalho:

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Importante ressaltar que a COVID-19 não é uma endemia, caso fosse não afirmariamos por interpretação analógica. Contudo, estamos diante de uma epidemia diferente daquelas que estávamos acostumados.

A diferença está no fato dela poder ser adquirida em qualquer situação. O conhecimento científico sobre a doença e sua forma de transmissão ainda está sendo desenvolvido, não há garantia de nada e quase em todos casos sequer é possível identificar como a pessoa adquiriu a doença.

O uso por analogia deste dispositivo é possível e interessante pelo fato de tratar muito bem, de forma clara, a questão do risco, destacando que a natureza do trabalho pode determinar a existência da relação entre a doença e o trabalho.

Só podemos afirmar que a COVID-19 é doença ocupacional quando o trabalho, por sua natureza, expor o trabalhador a risco maior, acima do risco ordinário. Não há ninguém que esteja sem risco de adquirir COVID-19, mas alguns trabalhadores estão expostos a risco aumentado. Está é a questão.

O tratamento dado a doença endêmica é exatamente este. Um morador de uma determinada região onde existe uma doença endêmica tem risco de adquiri-la, porém algumas atividades, por sua natureza, expõe o trabalhador a risco aumentado, permitindo o nexo técnico. Por isso, entendemos que a aplicação por analogia deste dispositivo já existente na legislação é uma hipótese plausível.

Seja por analogia a doença endêmica ou por nexo técnico individual, não é todo caso de COVID-19 em trabalhador que deverá ser considerado como doença ocupacional. Cada caso deve ser avaliado individualmente, generalizar a questão é sensacionalismo.

Precisamos entender que as situações previstas como acidente de trabalho/doença ocupacional estão na legislação. Doença ocupacional não é aquilo que eu quero, mas sim o que a lei prevê que é!

CONCLUSÃO:

A COVID-19 é uma nova doença identificada a poucos meses e que ainda irá causar inúmeras repercussões jurídicas. Inegável que estamos lidando com situação diferente daquelas habituais, que estamos acostumados, merecendo uma reflexão intensa sobre o tema.

Quando tratamos da COVID-19 como doença ocupacional alguns aspectos técnicos precisam ser considerados para que não seja banalizada sua caracterização, em especial, com a ideia amplamente divulgada de forma equivocada, que qualquer trabalhador com COVID-19 terá reconhecido sua doença como sendo decorrente do trabalho. Isto não está previsto na legislação e não é razoável, podendo gerar uma expectativa equivocada nos trabalhadores.

Na análise realizada acima fica patente que existe possibilidade de caracterização da COVID-19 como doença ocupacional, respeitando o que já está estabelecido na legislação previdenciária sobre as doenças ocupacionais. Isto irá ocorrer quando o risco existente no trabalho for superior ao risco ordinário que todo ser humano possui de adquirir a doença, que foi reconhecida como uma pandemia. A legislação previdenciária adota como regra a presunção relativa de relação causal imputando as empresas o ônus de descaracterização das doenças ocupacionais.

O COVID-19 pode ser considerado como doença ocupacional, porém não em todos os casos. O fato do trabalhador exercer atividades laborativas durante a pandemia de COVID-19 não é suficiente para a caracterização do nexo técnico. O estudo da relação causal dependerá da existência do risco aumentado e do emprego de métodos técnicos para verificar se é possível e plausível que o trabalhador tenha adquirido a doença em seu exercício laboral.

Referências Bibliográficas

- Brasil. Instituto Nacional do Seguro Social. Manual de Acidente de Trabalho/Instituto Nacional do Seguro Social. – Brasília, 2016.
- Organização Mundial de Saúde. Folha Informativa COVID-19. 2020 Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875
- Sociedade Brasileira de Infectologia. Informe da Sociedade Brasileira De Infectologia (Sbi) sobre o Novo Coronavírus. 2020. Disponível em: <https://www.infectologia.org.br/admin/zcloud/125/2020/03/a592fb12637ba55814f12819914fe6ddbc27760f54c56e3c50f35c1507af5d6f.pdf>
- Zhu N, Zhang D, Wang W, et al; China Novel Coronavirus Investigating and Research Team. A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. N Engl J Med. 2020;382(8):727-733.



**Lúcia Maria Correa Viana
Aldryn Amaral de Souza**



DIALÉTICA DA CONSTITUIÇÃO PARCIAL: PRESSUPOSTOS PARA UMA MUDANÇA CONSTITUCIONAL EM UM FUTURO PÓS-PANDÊMICO

Lúcia Maria Correa Viana¹
Aldryn Amaral de Souza²

1 Resumo

O presente ensaio discorre sobre a parcialidade da Constituição Federal de 1988, no tocante a existência de dispositivos sem regulamentação, que impedem o pleno exercício de direitos e obrigações, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. Para tal discussão, serão examinados os fatores que concorreram para a criação da Constituição de 1988, a legitimidade de sua assembleia constituinte e elementos que apontam para a sua parcialidade em relação ao exercício de direitos fundamentais, traçando um paralelo com a experiência constitucional norte-americana e alemã. Na sequência, serão discutidas as possibilidades de uma mudança da Constituição ou da criação de mecanismos que permitam uma maior participação popular, inclusive, no processo legislativo constitucional, com uma breve análise da recente experiência constitucional da Islândia. Por último, serão apresentadas considerações sobre o tema, em face de uma sociedade pós-pandêmica com sugestões para o aprofundamento dessa discussão.

Palavras-chave: Constituição. Legitimidade Política. Transformação Social.

Resumen

Este ensayo discute la parcialidad de la Constitución Federal de 1988, cuanto a las disposiciones no reguladas, que impiden el pleno ejercicio de los derechos y obligaciones, especialmente en lo que se refiere a los derechos fundamentales. En esta discusión, se examinan los factores que contribuyeron con la creación de la Constitución de 1988 y la legitimidad de su asamblea constituyente y los elementos apuntantes de su parcialidad ante al ejercicio de los derechos fundamentales, trazando un paralelo con la experiencia constitucional norteamericana, y alemán. A continuación, se discutirán las posibilidades de cambiar la Constitución o crear mecanismos que permitan una mayor participación popular, incluso en el proceso legislativo constitucional, con un breve análisis de la experiencia constitucional reciente de Islandia. Finalmente, se presentarán consideraciones sobre el tema, frente a una sociedad pós pandemia, con sugerencias para profundizar esta discusión.

Palabras-Clave: Constitución. Legitimidade Política. Transformación Social.

¹ Pós-Doutora em Direito Penal e Processo Penal. Juíza aposentada do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Membro da Academia Amazonense de Ciências e Letras Jurídicas. Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Santa Teresa.

² Mestre em Direito Constitucional. Advogado. Professor do Curso de Direito da Faculdade Santa Teresa.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio objetiva a discussão sobre a parcialidade da Constituição Federal de 1988, no tocante ao exercício de direitos fundamentais, isto é, abordando a problemática da previsão de direitos que padecem da falta de regulamentação legislativa, classificando-se como normas constitucionais de eficácia limitada.

Propõe-se, por conseguinte, investigar por quais razões ocorre tal fenômeno e porque isso se constitui um grave problema à legitimidade democrática e ao desenvolvimento do Estado nos termos preconizados pela própria Lei Fundamental.

No capítulo inicial, apontam-se as principais cláusulas que denotam essa parcialidade constitucional, bem como se discute a dissonância entre suas disposições e a práxis cidadã.

Segue o capítulo dois, discutindo propostas para uma mudança constitucional, em sentido textual com a criação de uma nova constituição, ou a emancipação popular da dependência legislativa e jurisdicional, em processos de modificações do texto constitucional, abordando a experiência islandesa do crowdsourcing constitution.

Por último, encerra-se com a apresentação de considerações sobre o tema, em face de uma sociedade pós-pandêmica e sugestões para o aprofundamento dessa discussão.

I – Críticas à parcialidade da Constituição Federal de 1988 e inércia de seus atores: um comparativo com as Constituições dos Estados Unidos e da Alemanha

Embora o poder constituinte tenha como uma de suas características a ruptura com o status quo político anterior, ele também apresenta, na maior parte das vezes, uma revolução legitimada, que brota do povo quando este é oprimido por um sistema que lhe retira a liberdade, os direitos fundamentais e fomenta a desagregação do Estado, por meio de crises institucionais.

Foi dessa forma que o poder constituinte se apresentou em algumas nações como os Estados Unidos da América, por ocasião da declaração de sua independência, e na Alemanha, após a 2ª. Guerra Mundial, surgindo de contextos em que se fez necessária a afirmação dos direitos fundamentais e a soberania do povo como titular do poder.

Sobre a primeira lembrança, os Estados Unidos da América, TOQUEVILLE (1985, p.199), em sua obra “A Democracia na América” fala do momento pré-revolucionário norte-americano, onde a aristocracia estadunidense não estava preparada para adotar o princípio da soberania com todas as suas consequências, exercendo uma influência que pretendia encerrar em suas mãos o exercício dos poderes sociais:

“(.) Faltava ainda muito para que todos os funcionários públicos fossem elegíveis, e todos os cidadãos, eleitores. O direito eleitoral era, em todas as partes, contido dentro de certos limites, e subordinado ao voto censitário. Os direitos censitários eram pouco importantes ao norte, mas consideráveis no sul.

E assim, a revolução americana eclodiu. O dogma da soberania popular saiu da comuna e apoderou-se do poder; todas as classes se comprometeram por sua causa; combateu-se e triunfou-se em seu nome; tornou-se a lei das leis”.

Desse cenário, nasceu então a Constituição Americana de 1776, fruto de um movimento revolucionário legítimo, que buscava reparar as desigualdades sociais e construir uma nação integrada por estados federados, composta de homens livres e iguais, pelo menos em relação aos direitos, oportunidades e obrigações perante a lei. O povo (*we the people*), foi então quem discutiu e apresentou suas propostas e reivindicações para a inserção na Constituição americana, o que se deu por meio dos delegados federalistas e republicanos, então representantes populares das colônias norte-americanas.

Na proximidade de seus duzentos e cinquenta anos, a Constituição Americana de 1776 se afirma como uma das mais sólidas do constitucionalismo ocidental, tendo como principais características os seguintes traços: 1) é a mais antiga constituição escrita do mundo, em vigor desde 1787; 2) é uma das mais curtas constituições existentes; 3) é um dos documentos mais bem escritos; 4) é um retrato da sabedoria dos constituintes nas disposições expressas e omissões intencionais; 5) é uma constituição pouco emendada, com apenas vinte e sete emendas, sendo que as dez primeiras foram aditadas em 1791 e a última, no ano de 1992.

Por seu formato sintético, ela permitiu-se adaptar à passagem dos anos, sem que houvesse a necessidade de um processo de ruptura com a ordem jurídica anterior. As emendas constitucionais aditadas, tiveram como tarefa principal, a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos norte-americanos e, as mutações constitucionais resultantes da atividade interpretativa da Suprema Corte, demonstraram-se, suficientes, para atender as demandas da sociedade americana.

Sobre a Alemanha, a Constituição de 23 de maio de 1949, apesar de não se originar propriamente de um processo revolucionário, permite uma licença poética para compará-la a uma planta, que brotou das cinzas para se tornar uma sólida árvore para as gerações futuras. É que ela foi aprovada e publicada pelo Conselho Parlamentar logo após o fim da 2ª. Guerra Mundial, com a pretensão de se constituir no marco inicial das limitações do poder e do respeito às diferenças e aos direitos humanos e fundamentais, ao afirmar em seu preâmbulo a vontade de servir à paz mundial, como membro de uma Europa unida³.

O constituinte alemão ocupou-se, inclusive, de reforçar o caráter compromissório com a liberdade e a dignidade da pessoa humana ao prever expressamente o direito de resistir à opressão, à tirania e às injustiças. Neste sentido, a Lei Fundamental Alemã anuncia que todos os alemães têm o direito constitucional de resistência, quando não houver outra saída, contra qualquer um que tentar subverter a ordem constitucional, violando direitos fundamentais.

³ Constituição da República Federativa da Alemanha de 1949.

Também foi inserido na Constituição Alemã de 1949, a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas (Art. 19, 3: Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas) e a possibilidade de perda dos direitos fundamentais (Art. 18: Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 §1), da liberdade de ensino (artigo 5 §3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 §2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.), como uma medida sancionatória àqueles que violarem direitos fundamentais de terceiros.

No tocante à previsão do direito de resistência, embora seja possível afirmar que este é um direito legítimo do povo em uma democracia, contra toda a tentativa de descumprimento à Constituição ou de legislar contrariamente a esta, quis o legislador alemão assim mesmo, enfatizar que esse direito/garantia teria expressa previsão constitucional.

Embora não seja um exemplo de constituição sintética, como a constituição norte-americana, a Constituição Alemã de 1949, possui menos dispositivos e emendas que a Constituição Brasileira de 1988, contando com 149 artigos e 50 emendas, em mais de setenta anos de existência, mais que o dobro de anos da lei fundamental brasileira.

Segundo o Prof. Ingo Wolfgang Sarlet (2019), a Constituição Alemã de 1949 possui uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sendo esta, uma categoria difundida no constitucionalismo brasileiro, podendo segundo ele, ser destacados pelo menos três desenvolvimentos:

- a) a inserção, na esfera da assim designada constitucionalização do Direito, do problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, mediante recurso direto à doutrina e jurisprudência alemãs, embora trilhando caminho substancialmente diverso, visto que, no Brasil, prevalece o entendimento em prol de uma eficácia em princípio direta;
- b) A recepção — mais recente — da noção de deveres de proteção estatais e da correlata proibição de proteção insuficiente (ou deficiente, como preferem alguns), já aplicada pelo Supremo Tribunal Federal;
- c) A crescente aposta na assim designada dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais e seus diversos reflexos, em particular mediante a aplicação de tal perspectiva ao processo civil, sem prejuízo de avanços em outras searas.

Verifica-se, que alguns dos institutos da Constituição Alemã, estão ou foram introduzidos, paulatinamente, pela jurisprudência constitucional na Constituição Brasileira de 1988. Entretanto, a importação direta e sem uma reflexão crítica de categorias argumentativas e institutos jurídicos estrangeiros, sem a realização de uma devida filtragem e contextualização, merece um certo cuidado, pois pode resultar em distorções a serem evitadas para a estabilidade da Constituição.

A Constituição Federal de 1988, embora tenha sido um marco do resgate da democracia no país, não se originou de um processo revolucionário como a Constituição Norte-Americana ou a Constituição da Alemanha, que superou um período de destruição social e econômica do pós-guerra. Neste sentido, a elaboração da Constituição de 1988 pecou pela ausência das discussões populares em seu processo de criação.

Para Goyard-Fabre (2002), a titularidade do poder constituinte está relacionada com a legitimidade política com que se manifesta. Democratas entendem que a legitimidade de uma Constituição em sua origem decorre dela encerrar a vontade popular e de ser promulgada pelos representantes do povo. Entretanto, há quem se posicione divergente e diga que o problema não é de legitimidade, mas de eficácia, isto é, da possibilidade concreta de exercício do poder, como Carl Schmitt (1971, p.125), cuja teoria constitucional é representativa, sustentando que o poder constituinte é um poder político “existencial”: soberano é quem, de fato, toma a decisão soberana; é quem decide soberanamente. Para ele, o importante é que a decisão ponha um ponto final no conflito político, instaurando a ordem social. Pode ocorrer que, no momento constituinte, não haja uma força política capaz de se impor integralmente às demais. A Constituição tende a consistir, então, em um “compromisso” entre as forças políticas dominantes: é a “Constituição compromissória”.

Discorrendo sobre a titularidade do poder constituinte pelo povo, Sarmento (2012, p.249) aponta a unanimidade da teoria constitucional contemporânea sobre o entendimento de que o povo é o titular do poder constituinte, mas faz um alerta:

“Todavia, infelizmente, não é incomum a invocação farsesca do povo nos textos constitucionais, sem que tenha ocorrido a sua efetiva participação no processo constituinte. Constituições elaboradas de maneira não democrática e de conteúdo autoritário invocam o povo, como se essa mera ilusão bastasse para legitimar a ordem viciada do documento. Porém, é fora de dúvida que mais importante do que proclamar o povo como titular do poder constituinte, é que efetivamente se abram os espaços para a participação popular na elaboração da Constituição. É muito mais nisso do que nas abstrações e mistificações sobre a titularidade do poder constituinte que está a diferença entre o constitucionalismo democrático e o constitucionalismo autoritário”.

É latente, portanto, que o poder constituinte nascido do povo é de fato democrático, pois permite a sociedade não apenas escolher seus representantes constituintes, mas discutir com eles as possibilidades e limites do texto constitucional. Sobre essa questão, MÜLLER (2016) afirma que a democracia demanda que o “povo” possa “efetivamente” entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade” no exercício do poder político.

No Brasil, a Assembleia Constituinte de 1987/88 é considerada para muitos doutrinadores como democrática, porque foi produzida a partir de um movimento popular que buscava a instalação de uma nova ordem política nacional. Segundo essa corrente, a previsão da soberania, no inciso I, do art. 1º, da Constituição de 1988 e, a proclamação do poder que emana do povo, no parágrafo único do inciso V, também do art. 1º, da Constituição de 1988, seriam mais que suficientes provas de sua origem popular.

Respeitando a opinião dessa parcela doutrinária, entende-se aqui que apesar das manifestações populares pelo fim da ditadura militar e pela instalação de um Estado Democrático de Direito e, apesar ainda daqueles que a elaboraram terem sido à época parlamentares do Congresso Nacional, o fato de ter existido antes de sua elaboração movimentos pró-democracia, é errônea a crença ou consideração de que a chamada Constituição cidadã à época por Ulysses Guimarães, não era em sua essência uma constituição que emanava do povo para o povo.

É que antes da instalação da Assembleia Constituinte, eclodiam manifestações no país, pedindo eleições diretas, o que ficou conhecido como “Movimento Diretas Já” e, que resultou em 1985, nas eleições indiretas pelo Colégio Eleitoral, para o cargo de Presidente, Tancredo Neves e, para o cargo de vice, José Sarney, que após o falecimento do primeiro, foi empossado como Presidente e deu continuidade ao processo de redemocratização.

A crítica que se faz é que, o então Presidente José Sarney, eleito indiretamente, pelo Colégio Eleitoral, previsto na Constituição de 1967, um texto constitucionalmente legal do ponto de vista formal, mas ilegítimo do ponto de vista democrático, porque fora outorgado por militares que haviam tomado o poder e instaurado uma ditadura militar, enviou ao Legislativo a Proposta de Emenda Constitucional nº 43, que mais tarde se converteu na Emenda Constitucional nº 26, prevendo a atribuição de poderes constitucionais ao Congresso Nacional, o qual veio a se reunir em 1/12/1987, sendo composto em sua grande maioria, por parlamentares eleitos no pleito de 1986.

Segundo FAORO (1991, p.47), a fórmula adotada foi objeto de fortes críticas dentre os setores mais progressistas da sociedade, que preferiam a convocação de uma Assembleia Constituinte exclusiva, que não cumulasse os seus trabalhos àqueles da legislatura ordinária, e que se dissolvesse assim que concluída sua obra. Constatava-se ademais, a presença na Assembleia Constituinte, dos senadores empossados em 1982, cujos mandatos haveriam de expirar apenas em 1990, sob o argumento de que o povo não os havia elegido para elaborar uma nova Constituição.

Concorda-se com a validade desse argumento, mas se admite o caráter democrático e compromissório apresentado pela Constituição de 1988, apesar de que ao analisá-la detidamente, percebe-se que o titular do poder constituinte não possui tanto poder como deveria. É que a técnica legislativa dos parlamentares, à época da elaboração da Constituição, permitiu incluir em seu texto um extenso rol de vantagens, imunidades e poderes para os legisladores de maneira que, hoje, quando muito se fala na necessidade de uma reforma política no país, esse sentimento torna-se quase que frustrado, senão totalmente ridicularizado por aqueles que representam o povo politicamente, pontuando como temas de reforma, apenas o que seja conveniente.

Reside aí o grande problema do compromisso constitucional com a mudança e a implementação de justiça social, porque ela compactua com um sistema político corrompido, não dando ao povo mecanismos mais simplificados e rápidos para se retirar quem perdeu a legitimidade democrática. Por não ter sido elaborada por uma

Assembleia Constituinte marcada para se dissolver após o final dos trabalhos, os mesmos parlamentares que cuidaram do processo de sua criação, continuaram eleitos e alguns até hoje estão no cenário como políticos profissionais.

Assim, é inegável, portanto, e até compreensível imagina, que aqueles que a elaboraram, jamais concordariam com um texto que lhes limitasse o poder, ou lhes retirasse parcela considerável de garantias, como a imunidade parlamentar, tão fortemente criticada atualmente, em razão de sua utilização como escudo para o cometimento de diversos crimes contra a coisa pública.

Também nesse sentido, pode se encontrar nela, elementos que contribuem para a sua parcialidade e incompletude. Hoje, passados, quase vinte e oito anos de sua promulgação, ela continua a ressoar na vida de seus cidadãos de maneira desconhecida, tanto pela falta de estímulo a uma cultura constitucional desde a infância, como também pela incerteza de seu conteúdo, que desde a sua existência já totaliza 91 (noventa e uma) emendas em uma média de 3,3 alterações ao ano.

E a Constituição brasileira, vale dizer, é uma das mais extensas do mundo, pois nasceu com 245 artigos e 1.627 dispositivos. Segundo a Revista Época (2013), havia no aniversário de 25 anos da Constituição, um total de 1.527 propostas de mudança no Congresso e 110 dispositivos que ainda precisavam ser regulamentados, demonstrando a gravidade do assunto em discussão.

Esses dados demonstram ainda, a instabilidade do texto constitucional, não do ponto de vista da duração da Constituição, mas da própria forma como é mudado o texto constitucional para atender interesses diversos, principalmente os de ordem política, bem como a deliberação sobre assuntos que nem ao menos são puramente constitucionais, sujeitando assim a Lei Fundamental a alterações conforme a conveniência da práxis política, sem que seja dada a oportunidade de espaços deliberativos ao povo, titular do poder constituinte.

Neste ano de 2022 da era cristã, por exemplo, em um momento crítico da sociedade brasileira, se Jesus Cristo estivesse vivo entre nós, fisicamente, haveria certamente de se decepcionar com o estágio espiritual, moral e político de nosso povo. Não que o Messias prometido tivesse interesse propriamente pela política romana daqueles tempos, mas porque pregava a unidade do povo judeu, não a segregação, o que fica bem claro no Evangelho de São Mateus 12:25, quando se lê: "Todo reino dividido contra si mesmo é devastado; e toda cidade ou casa, dividida contra si mesma não subsistirá."

Semelhantemente, a ideia encerrada nesse sermão foi utilizada por Abraham Lincoln, ex-Presidente dos Estados Unidos da América, no chamado "Discurso da Casa Dividida" em 1858, durante campanha para o Senado americano, ocasião em que protestou contra o sectarismo da sociedade norte-americana, dividida à época entre escravocratas e libertários, o que se constituía numa grave ameaça à unidade e ao desenvolvimento da Federação.

Temos então, atualmente no contexto político brasileiro, uma segregação ideológica que divide a sociedade e a classe política, onde cada lado defende seus interesses, garantias, privilégios e visões partidárias. Apesar dessa militância ou convicção política de ambos os lados, não se via, em tempos de paz, a vigilância contra a corrupção, o cumprimento de deveres constitucionais, a participação popular na vida política do país e um compromisso mais efetivo com ao menos o mínimo existencial dos direitos fundamentais.

Há uma relação de dependência por líderes que possam conduzir a sociedade brasileira a tempos de paz e prosperidade, indo desde as classes mais altas da população até as mais baixas. Para os mais ricos, a necessidade de alguém que tenha uma agenda condizente com os interesses econômicos, visão liberal, conservadora e promotora de atração de investimentos. Para os mais pobres, a esperança de alguém que invista em questões sociais de extrema necessidade como, saúde, segurança, educação, alimentos, distribuição de renda e emprego, moradia, dentre outros aspectos sociais.

Essa carência de ídolos, faz com que se acredite na messianidade daquele que se apresenta uma nova alternativa contra a corrupção, a miséria e a polarização e coalizão dos grandes partidos. Acredita-se assim, que o candidato A ou B unificará interesses em torno de um único objetivo macro, o desenvolvimento do Estado e da qualidade de vida da população.

Com efeito não se discorda que um dos grandes desafios das constituições modernas é o desenvolvimento de justiça social para todos, mas ainda que haja flores e poesia no corpo textual da Constituição, nada terá sentido se o povo não governar ou legislar junto de seus representantes.

A participação popular é um dos fatores de fortalecimento de uma democracia e de subordinação dos poderes à vontade do povo. Não há no Brasil uma cultura participativa e de inclinação da classe política aos anseios da população, sendo muita das vezes até ignoradas as promessas populares de campanha, como o que se vê em nossos dias.

Outro ponto a se considerar na discussão da parcialidade da Constituição, é a existência de tantos dispositivos que ainda pendem de regulamentação, mesmo após mais de trinta anos de sua vigência.

Uma breve pesquisa no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, revela que há cento e cinquenta e cinco dispositivos carentes de regulamentação. Desses, existem noventa e um com proposições apresentadas que tramitam no Congresso Nacional. Por outro lado, há sessenta e quatro sem qualquer proposição de regulamentação.

Essa omissão constitucional prejudica o exercício de uma série de direitos fundamentais, dos quais podem ser destacados:

a) Dispositivos não-regulamentados e sem proposição apresentada

Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Arts. 5-17) - 1 dispositivos

Art. 6º Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso **serão determinados em lei**, observada a legislação fiscal e orçamentária.

b) Dispositivos não-regulamentados, mas com proposição apresentada
Dos Direitos e Garantias Fundamentais (Arts. 5-17) - 13 dispositivos

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, **na forma da lei**, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

Art. 5º. Todos são iguais **perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XVIII - a criação de associações e, na **forma da lei**, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados :

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - **a lei regulará** a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes :

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, **na forma da lei**;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, **definidos em lei**;

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, **nos termos de lei complementar**, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, **na forma da lei**;

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

.....
XXVII - proteção em face da automação, **na forma da lei**;

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

.....
IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição **prevista em lei**;

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

.....
VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave **nos termos da lei**;

Art. 12. São brasileiros:

.....
II - naturalizados:

a) os que, **na forma da lei**, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

Além desses dispositivos relacionados aos direitos fundamentais, há outros temas importantes que carecem de regulamentação:

1) Art. 20. São bens da União:

.....
II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

Qual é a lei que trata das terras devolutas sob domínio da União?

2) Art. 20 (...)

.....
§ 2º A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei.

Qual é a lei que regula a ocupação e a utilização das faixas de fronteira nacional?

6) Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. (“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§1º O servidor público estável só perderá o cargo:

.....
III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

(Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Qual é a lei que disciplina a perda de cargo público de servidor estável por insuficiência de desempenho?

7) Art. 79. Substituirá o Presidente, no caso de impedimento, e suceder-lhe-á, no de vaga, o Vice-Presidente.

Parágrafo único. O Vice-Presidente da República, além de outras atribuições que lhe forem conferidas por lei complementar, auxiliará o Presidente, sempre que por ele convocado para missões especiais.

Qual é a lei que disciplina outras atribuições do Vice-Presidente da República, quando convocado pelo Presidente para missões especiais?

Não tendo a pretensão de esgotar a demonstração de parcialidades da Constituição Federal de 1988, o ensaio buscou apresentar apenas alguns dos mais de 100 dispositivos constitucionais ainda não regulamentados mesmo após 27 anos de sua vigência.

Seja em matéria de direitos fundamentais, bens da União, organização da Administração Pública, atribuições de cargos políticos, impostos, direitos políticos, a Constituição de 1988 apresenta incompletudes normativas, que embora possam ser corrigidas apenas por reformas ou por leis que confirmem aplicabilidade a certos dispositivos, apontam para a necessidade de se pensar em algo mais profundo, a possibilidade de uma nova Assembleia Constituinte para discutir a reforma política e a própria Constituição, retirando dela tudo aquilo que não for constitucional em sua essência e conferindo-lhe apenas matéria constitucional de fato, com possibilidades de maior participação popular como atores constitucionais.

II – Mudança de Constituição ou emancipação popular da dependência Legislativa e Jurisdicional: a experiência Islandesa do Crowdsourcing

No ano de 2008, a Islândia passou por graves crises financeiras, resultantes da bolha imobiliária norte-americana que atingiu o sistema financeiro mundial. Todos os quatro bancos estatais islandeses, mergulharam em uma grave crise, causando o colapso do sistema bancário e rupturas nas mais diversas esferas da sociedade. Com a crise, observou-se que os problemas não eram apenas de ordem financeira, mais políticos e estruturais, o que provocou protestos sociais pela população, que percebeu no governo a corrupção e o envolvimento com grupos que trouxeram desordem e caos para o país.

Essa conjuntura demandou dos agentes públicos diretrizes para recuperar a confiança popular e retirar a sociedade islandesa da crise. Dentre essas diretrizes, o crowdsourcing⁴ constitucional se destacou pela experiência ousada, democrática e pioneira na elaboração de uma Constituição por meio de uma rede social, neste caso, o antigo Facebook, atual Meta.

Em 14 de novembro de 2009, um grupo de 1200 participantes, mesmo sem reconhecimento oficial, organizou uma conferência em Reykjavik, capital do país, intitulando-se como uma Assembleia Nacional (Thjodfundur)⁵, sem a aceitação da classe política, mas propulsora de uma reflexão política quanto à necessidade de uma nova Constituição.

Assim, no ano seguinte, em 27 de novembro de 2010, houve uma eleição, em que o povo escolheu 25 representantes para uma Assembleia Constituinte, sem vinculação partidária. Depois de discussões sobre a legitimidade dos representantes, o que foi decidido na Suprema Corte do país, houve o reconhecimento dos representantes que criaram um Conselho Constitucional, para a elaboração de um rascunho de Constituição.

As discussões sobre o texto constitucional tiveram transmissão pela tv e contaram com a participação popular por meio das redes sociais, como o Twitter, Facebook, Youtube e Flickr. Foram catalogadas mais de 3.600 sugestões postadas na página oficial do Facebook, com o encaminhamento do esboço de texto constitucional dando-se em 29 de julho de 2011, para o Parlamento da Islândia.

Antes da deliberação parlamentar, havia a previsão de que o documento fosse analisado por referendo popular, sem caráter vinculativo, o que veio a ser realizado em 20 de outubro de 2012, contando com a participação de 49% dos eleitores e, desses, 73% reconhecendo o “esboço feito pelas redes sociais” como a nova Constituição do país. Infelizmente, não houve a aprovação do documento pelo

⁴ Crowdsourcing: A palavra “crowdsourcing” é recente e o seu surgimento data do ano de 2005, conforme descrito: “the activity or practice of involving a great many people to develop ideas, produce content, or accomplish huge or tedious tasks, as by soliciting help via the internet. The word originated as a convenient compound to denote ‘outsourcing to the crowd’” (Bryan A. Garner, Black’s law dictionary, 10 ed., p. 459).

⁵ Thjodfundur: Assembleia no idioma islandês.

Parlamento, seja por sua troca por representantes fora do eixo político, durante o processo de elaboração do “esboço”, seja pela presença, em sua composição, de uma ala muito conservadora. No entanto, a experiência Islandesa, apesar da realidade de ter mais de 95% de sua pequena população de pouco mais 300 mil habitantes conectada à internet, revela uma nova forma de democracia e de participação popular por meio das redes sociais (internet) e que, certamente, é um modelo a ser discutido em todo o mundo e porque não dizer no Brasil?

A experiência islandesa representa uma legítima forma de emancipação popular da dependência legislativa, pois fomenta na coletividade, a consciência de seu papel de cidadãos constitucionais, que tem o poder de transformar a sociedade em que vivem, especialmente no que diz respeito às leis e à Constituição de seu país.

A Constituição Brasileira de 1988 está perto de completar trinta e cinco anos de existência em 2023. Do seu início até aqui, conta hoje com 116 emendas, sendo a última publicada em 17/2/2022.

De todas as constituições que o Brasil já teve, a atual é a mais emendada e muitas das emendas foram apenas circunstanciais, destinadas a resolução de matérias que não são essencialmente constitucionais, embora tenham sido constitucionalizadas pelo legislador.

Disto resulta um grave problema que pode ser facilmente constatado: a excessiva constitucionalização de matérias não-constitucionais obriga o Parlamento a ter de deliberar sobre assuntos que poderiam ser resolvidos sem a necessidade de emendas constitucionais, caso estivessem presentes em leis infraconstitucionais, concentrando-se no processo legislativo de emendas, apenas em relação às matérias verdadeiramente constitucionais, o que traria melhores resultados quanto à parcialidade de temas importantes, que tem sua eficácia limitada.

Nessa esteira, muitos direitos fundamentais não são exercidos a contento, por ausência de normas definidoras do alcance de suas disposições. Essa parcialidade, muitas vezes leva uma parte da sociedade a discutir se a Constituição, após mais de trinta anos, encontra nos fatos sociais a correspondência de suas previsões, ou se o problema é a crise de governabilidade, de legislabilidade ou ainda, se de fato é o momento de discutir a necessidade de elaboração de um novo texto constitucional.

Com efeito, essa discussão é relevante, haja vista que com a pandemia do SARS-CoV2, declarada pela Organização Mundial de Saúde, em março de 2020, viu-se a presença de um elemento inovador na ordem jurídica interna, a presença de diretrizes externas oriundas de agências e organismos internacionais, com potencial impacto de interferência na governabilidade e constitucionalização de direitos e obrigações.

As medidas de enfrentamento à emergência de saúde, configuradas na Lei 13979/2020 e referendadas por recomendações internacionais, repercutiram na esfera dos direitos fundamentais, restringindo liberdades, a ordem econômica, o direito de reunião, o direito à saúde, ao lazer, inovando na ordem jurídica interna como jamais visto antes.

As Constituições não são, como se verificou com a pandemia, documentos sagrados. Devem continuar fornecendo as exigências constitucionais mínimas, estabelecendo a previsão de direitos e liberdades que venham dar uma definição de cidadania, dignidade, direitos políticos e boas condições socioeconômicas, as quais são intocáveis pelas maiorias governamentais. Segundo o Prof. Gomes Canotilho (2001, p. 21), a Constituição traça a perspectiva mínima da legitimidade moral e material, servindo de garantia contra o desmoronamento ético dos direitos fundamentais, por intermédio de reformas legislativas, desregulações, flexibilidades e liberalizações. Os fundamentos de teoria da justiça cabem à Constituição, que lhes estabelece os caminhos, definindo as estruturas básicas da sociedade e incorporando um projeto emancipatório que não seja indiferente às condições particulares dos excluídos, na criação de condições jurídicas diferenciadas de promoção dos direitos daqueles que merecem proteção especial (crianças e adolescentes, idosos, deficientes, consumidores, trabalhadores, negros, homossexuais, apátridas, etc.), termina-se por permitir uma maior inclusão social, além de expressar refrações morais no âmbito do contrato social constitucional.

Com a instituição de direitos fundamentais, as Constituições hodiernas, segundo Neves (2007), acabam reconhecendo a existência de uma supercomplexidade da sociedade e assimilam o seu pluralismo jurídico. Desse modo, são fornecidas categorias críticas para a compreensão da sociedade, o que acaba evitando a propagação de concepções totalitárias e, por isso, inadequadas à complexidade social contemporânea. E isso possibilita uma resposta às exigências de livre desenvolvimento da pessoa humana, reduzindo as estatísticas de excluídos da justiça e favorecendo à construção de uma sociedade mais solidária.

Neste sentido, a Constituição de 1988, no artigo 3º, inciso I, definiu como objetivo fundamental, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I). Essa meta deve ser buscada com toda força pelo Estado, com vontade de transformação da realidade social. E para a realização desses objetivos, em sua plenitude, é importante seja feito um contínuo exercício de esforços para a consecução de tais metas, pois se não são atingidas as condições mínimas dessas metas, os objetivos tornam-se distantes e utópicos. E nesse contexto, como já observara Bentham (1971, p. 184), se a cada dia, a sociedade, pelo exercício da cidadania e pela atuação dos governantes, ficar melhor, isto basta para que a utopia de ontem seja a realidade de hoje e a transformação do amanhã.

Exercem as Constituições modernas um importante papel como meio modificador da realidade, vez que se caracterizam por conteúdos abrangentes a incluir metarregras (direito sobre direito), ou seja, são dotadas de normas superiores (supremacia da Constituição), exatamente para que os poderes públicos estejam a ela vinculados (inclusive com a imposição de limites aos interesses da maioria), tudo com o objetivo de transformação do direito na direção da realização dos direitos fundamentais de todos.

No início desta terceira década do século XXI, muito se fala em novas neologias e teorias que buscam oxigenar a leitura das Constituições e levar as instituições políticas do Estado a repensarem o seu papel. Diz-se assim, dentre essas neologias, que o neoconstitucionalismo volta-se para à realização do Estado Democrático de Direito, objetivando a transformação da realidade de seu povo pela via dos direitos fundamentais. Se as Constituições passam doravante a ser lidas sem que se desconsidere o seu caráter transformador e sua força normativas, ainda que de fato parte de seu conteúdo seja visto como construção utópica de direito, é porque verdadeiramente trazem consigo um caráter inspirador de mudanças sociais, que diante de valores por ela escolhidos, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, conduzem processos reformistas e revolucionários de transformação social, seja pela legislação, pela educação, pela reinvidicação, ou pelo enfrentamento crítico de casos difíceis pelos tribunais, na chamada judicialização de políticas.

Para que a Constituição venha efetivar-se na sociedade, é necessário que haja uma superação do apego ao positivismo jurídico e formalismo processual. Essa mudança convém ser acompanhada de um pensamento crítico e de um olhar atento para as próximas gerações considerando que o seu mundo não mais será o do presente, mas que o que se constrói agora será responsável pelo futuro vindouro. E os atores sociais têm importante papel nesse contexto, pois a Constituição que lhes serve como norma mater do ordenamento jurídico, reclama por intérpretes, legisladores e aplicadores que superem o paradigma dogmático do positivismo, que tanto impede o desenvolvimento do direito nestes tempos de diálogos epistemológicos com as demais áreas do saber, para que por mais incansável que seja a busca de realização da justiça social, da liberdade e da igualdade entre os seres humanos, possa a sua concretização ser uma realidade no Estado brasileiro.

Em seu processo de consolidação democrática ao longo do tempo, a Constituição brasileira experimentou um contínuo fluxo de interação entre os atores sociais e a busca pela efetividade de seus dispositivos. Neste sentido, quanto maior a compreensão de que a Constituição deva ser vista e interpretada sob um olhar diferenciado das velhas definições teóricas, passando de um conceito mais tradicional, para uma definição mais moderna e atenta à realidade pela qual o mundo vem experimentando, continuamente, no decorrer das últimas décadas, separando aquilo que é do que deve ser, isto é, imprimindo uma interpretação voltada à realidade fática, sem que para isso sejam necessárias mudanças pontuais na Lei Fundamental, tanto maior será a sua força normativa - conceito desenvolvido por Hesse (1991, p.19) - e o respeito a ela dispensado.

O primeiro passo dessa transformação, como dito, consiste na forma de visualizar a Constituição, pois, diferentemente do passado, em que era enxergada como a Lei Fundamental do Estado, instrumento de regulação social, da organização político-administrativa e tábua de previsão de alguns direitos individuais e coletivos, atualmente, a Constituição adquiriu uma primazia jamais vista anteriormente, o que se deve, indubitavelmente, ao reconhecimento da força transformadora de suas normas.

A Constituição funciona como um elemento de limitação do poder, pois na sua função de estabelecer as regras de organização e exercício do poder político, termina, também, por se consagrar na garantia de subordinação da maioria à minoria pela via da democracia, dos princípios republicanos e dos direitos e garantias fundamentais e sociais. Neste sentido, segundo Vital Moreira (2007): “não se pode tomar o princípio da maioria como um símbolo de poder absoluto, sob pena de tratá-lo como prepotência e estar atribuindo-lhe um sentido de imunidade do Poder Legislativo ou do Executivo diante de violações à Constituição Federal.”

Quanto mais democrático for um Estado e, quanto maior a proximidade da Constituição com a realidade, tanto mais ter-se-ão deveres de ordem negativa (limitações ao Poder Estatal) e de ordem positiva (cumprimento de políticas públicas).

Qualquer grupo político que venha a ocupar o Poder, terá, nas normas que dispõem sobre direitos fundamentais, um consenso mínimo oponível às suas aspirações. Ficam as maiorias vinculadas aos direitos fundamentais, porque conforme ensina Anna Paula de Barcellos (2007, p.9) eles além de constituírem elementos valorativos essenciais à existência do Estado Democrático de Direito, descrevem exigências indispensáveis ao funcionamento adequado de procedimentos de deliberação democrática.

Desse modo, como pontua Jorge Reis Novais (2006, p. 18-19), “quando se tem a previsão de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito, então se pode dizer que a sociedade possui um trunfo.” E assim, tal qual nos jogos de cartas, onde não importam quais cartas se tenham, mesmo que de valor facial maior, aquele que possui um trunfo pode prevalecer contra quem detém a maioria delas. É, portanto, no contexto de um governo democraticamente legitimado a previsão dos direitos fundamentais, um trunfo de sua sociedade contra a maioria representada pelos agentes políticos.

No estágio de desenvolvimento jurídico da atualidade, representam os direitos fundamentais os elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo, proclamando um concreto e objetivo sistema de valores de aplicação imediata e de vinculação do poder público. Definem uma cultura jurídica e política, limitando o poder do Estado. Por isto, o moderno Estado de Direito democrático e constitucional deve ser denominado de Estado de Direitos Fundamentais. O Estado de Direito, segundo Luño (2007, p. 32) “é uma categoria interdependente dos direitos fundamentais, porque são soberanas somente as leis que venham constituir manifestação externa das exigências de racionalidade e de liberdade, não daquela que advém da vontade arbitrária dos detentores do poder”.

No exercício de elevação dos direitos acima das decisões da maioria, a Constituição, nas lições de Cristina Queiroz (2006, p. 129), “faz com que o sistema de garantias de direitos fundamentais seja o critério último de validade de todo o ordenamento jurídico”. Desse modo, segundo a mesma constitucionalista, não se restringe ao âmbito de deliberação democrática, mas, ao contrário, impõe-se a devida atenção democrática aos interesses humanos fundamentais, os quais poderiam restar negligenciados no processo político ordinário.

Assim, mesmo que não se consiga pela via democrática obter a troca de uma constituição por outra menos utópica e mais isenta de contrafaticidades, ainda assim é preciso a difusão de uma cultura constitucional que se considera chamada de emancipação legislativa, onde o povo passa a não mais conceder o seu poder apenas por ocasião das eleições, mas atua de maneira efetiva na vontade política de seu país.

Longe da pretensão de fundar uma nova tese, a espiritualização constitucional nada mais consiste que uma internalização do valor e da importância da Constituição para a vida de seus cidadãos. É dizer, não basta a existência de uma constituição tecnicamente perfeita, se os cidadãos do país em que ela se insere estão alheios à política, à cultura e aos estudos. Torna-se então necessário, paralelamente a um processo de mudança da constituição, ou antes mesmo dele de iniciar, que o Estado desperte em seus cidadãos o patriotismo constitucional ou o sentimento constitucional, tese criada por Pablo Lucas Verdú (2006, p.114).

Nesse ponto, da necessidade de reflexão sobre o papel institucional dentro de uma democracia, diz então o filósofo alemão Karl Jaspers (2011, p.64) que:

“(...) do ponto de vista político, o que somos nós realmente, mesmo no interior de nossas fronteiras? Na medida em que a massa participa da prosperidade econômica desinteressa-se da política, de maneira inquietante. Deixamo-nos governar por uma oligarquia de partidos que se nomeia a si mesma e que não se digna a interessar-se pela população, a não ser às vésperas de eleições. Colocar o voto na urna é o único ato político praticado pelo povo e praticado pelo povo e praticado sem maior reflexão. No fundo, isso equivale a decidir, por aclamação, que a mesma oligarquia de partidos continue no poder.

Neste sentido, JASPERS (2011, p.66) alerta-nos sobre o dever de alcançar uma forma de organização política interna que seja livre e democrática. Segundo ele, devemos transformar-nos em um Estado onde o povo possa participar do pensamento e da ação política e saiba que a liberdade política é um jogo, sempre e em toda parte.

Convém por último, destacar que esse processo de despertar ou espiritualização constitucional levará o povo a não ficar na constante dependência das posições do Legislativo e Judiciário, porque ele próprio, o povo titular do poder, há de iniciar essas transformações seja pela prática de suas ações na sociedade, como por seu papel transformador em uma sociedade aberta.

A globalização coloca a cada dia que passa enfrentamentos que não podem ficar nas mãos de um grupo contramajoritário. É preciso antes de tudo, que o povo seja conscientizado de seu papel, não para se dividir como numa torcida de futebol, em busca de seus próprios interesses, mas para se engajar na resolução de conflitos, ou na antecipação às discussões legislativas, uma vez que cada membro desse povo é um intérprete ativo da Constituição, muito embora não saiba a força que dispõe para ser a mudança que se quer.

O jurista colombiano Rodolfo Arango (2010, p.57) apresenta as seguintes considerações sobre a capacidade de uma Constituição:

“(…) la constitución nacional no es un médio suficiente para enfrentar la pobreza, porque esta es un fenómeno mundial que requiere de solución transnacional. De cara a la realidade de la globalización económica, es necesario entonces defender la idea de un constitucionalismo global y promover la adopción de una constitución mundial. Sería iluso pensar la efectividad de la Constitución es independiente de las circunstancias em las que vive. En esto radica la mayor paradoja de una constitución democrática: ella depende de condiciones que ella misma no está em capacidad de asegurar”.

Sem um esforço político e econômico mundial que possibilite solucionar problemas como a fome, a pobreza, a violência e as desigualdades sociais, a Constituição será um mero programa político de intenções.

Enquanto isso não ocorre, é necessário que no plano interno de cada soberania, e por assim dizer, do Estado Brasileiro, os representantes políticos engajem-se na busca por soluções que ultrapassem nossas competências, sem que isso necessariamente represente a cessão de porções de soberania, mas de um compromisso com a efetividade de direitos fundamentais e com a difusão de uma cultura de conhecimento e identidade constitucional.

É preciso, portanto, que o zelo pela Constituição se dê de maneira respeitosa e compromissada, difundido desde a infância e permanentemente pela vida adulta, de maneira que não tenhamos na sociedade pessoas néscias de seu papel social, mas cidadãos cômicos, independente de classe social, sabendo dos limites e possibilidades da Lei Fundamental, não a enxergando como algo estranho e inquestionável, daí porque a temática da mudança constitucional ou emancipação legislativa, deve ser incentivada, discutida e implementada para que a sociedade possa construir nesse novo normal, um estado de coisas constitucionais mais adequado às necessidades sociais.

III Considerações finais

O projeto constitucional de 1988 e seu produto, a Constituição cidadã, democrática e dirigente, podem até na visão romântica de muitos juristas e atores sociais ser considerada um modelo de constituição forte e atento às mais diversas necessidades humanas, dado o seu alto conteúdo de direitos fundamentais.

Em que pese essa constatação, na prática, o que se verifica é uma Lei Fundamental muito ineficiente, porque a maioria de suas promessas não se cumpriu, nem tampouco têm sido cumpridas até os dias atuais.

A Constituição de 1988 vêm sendo invocada por aqueles que tem o dever de cumpri-la, como uma metáfora, um símbolo de um programa, que demanda a captação de recursos e envolve o compromisso de todos. Dessa forma, conseguem os agentes sociais mais responsáveis adiar o sonho constitucional, ou transferir para as gerações futuras o cumprimento pleno de suas disposições, discursando sempre sobre o aspecto simbólico e de que a democracia brasileira ainda passa por um processo de formação.

IV Referências

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los principios. Tradución. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2003.

_____. Entrevista com Manuel Atienza. Revista Doxa (Cuadernos de Filosofia del Derecho – Universidad de Alicante) n.24. 2001.

ARANGO, Rodolfo. Derechos, constitucionalismo y democracia. Universidad Externado de Colombia, Bogota: 2010

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O principio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENTHAM, Jeremy. Tratado de las pruebas judiciales. Vol. 2. Trad. De Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971.

CANOTILHO 2008, Jose Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder. 9ª. ed. São Paulo: Globo, 1991.

GOYARD-FABRE, Simone. Os fundamentos da ordem jurídica. São. Paulo: Martins Fontes, 2002

HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JASPERS, Karl. A situação espiritual do nosso tempo. São Paulo: Moraes Editores, 1968

LUÑO, Antonio E. Perez. Los derechos fundamentales. 9ª. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional. [www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos030102.html]. Acesso em: 01/12/2014.

MÜLLER, Fiedrich. QUEM É O POVO ? a questão fundamental da democracia. 7.ed.rev.at.amp. Sao Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 126p

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006,

QUEIROZ, Cristina. Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direito Constitucional. 1ª. ed. São Paulo: Editora. Verbatim 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-lei-fundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>. Acesso em 25/02/2022.

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira. Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

SCHMITT, Carl. Teoria de la Constitución. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1971.

TOCQUEVILLE, Alexis. A Democracia na América. Coleção Os Pensadores. Editora Nova Cultural.

VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modelo de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2006



Edmilson da Costa Barreiros Júnior
Néfi Cordeiro

NOTAS SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL INFORMACIONAL E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

NOTES ABOUT THE DUE INFORMATIONAL LEGAL PROCESS AND THE PROTECTION OF PERSONAL DATA IN JURISPRUDENCE RECENT FROM THE SUPREME FEDERAL COURT

Edmilson da Costa Barreiros Júnior¹
Néfi Cordeiro²

RESUMO: o objetivo do artigo é destacar o direito ao devido processo legal informacional com suas raízes na Constituição Federal e uma regulação mais completa com a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados. A metodologia foi a análise dogmática de doutrina e de acórdãos relevantes da Suprema Corte Brasileira em 2020. Há um diálogo entre a Lei 13709/2018 e o Marco Civil da Internet e a Lei de Acesso à Informação, com surgimento de sistema geral de proteção de dados, com vasos comunicantes para a futura lei criminal de proteção. Concluiu-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no ano de 2020 revela o novo olhar sobre o tema. Os precedentes ajudarão no reconhecimento de aspectos fundamentais para o direito à autodeterminação informativa, no contexto de um devido processo legal. A originalidade do artigo é trazer a reflexão sobre as dimensões objetiva e subjetiva desse direito, e os parâmetros necessários para o compartilhamento de dados entre as esferas do Poder Público; e destacar o dever do Estado de apresentar salvaguardas adequadas da gestão e tratamento dos dados pessoais, com resguardo da possibilidade de controle ulterior (inclusive judicial).

PALAVRAS-CHAVES: Devido processo legal informacional. Autodeterminação informativa.

1. INTRODUÇÃO

O foco deste estudo será a análise de como o devido processo legal informacional vem sendo defendido no estágio atual da proteção à intimidade e à vida privada no constitucionalismo brasileiro.

Tornou-se importante esse debate, em princípio, em razão da necessária adoção da política brasileira de dados positivada na lei de acesso à informação, que passou a prever requisitos para a proteção e acesso de dados pessoais contidos em bancos de dados públicos. O novel contexto está na vida das pessoas estar crescentemente mais virtual, o que expõe informações pessoais a um elevado risco de acesso e sob várias matizes. Há de ser feito, assim, um diálogo necessário com o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, com suas principiologias próprias.

¹ Procurador da República, Mestre em Direito (UCB). Titular da Cadeira de nº20 da ACLJA, patrono Henech Reis.

² Advogado, ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Doutor e Mestre em Direito (UFPR), com concentração na área criminal. Professor universitário (IDP-DF).

A análise de como o Supremo Tribunal Federal entrou nestes debates, em julgados recentes, elucida os caminhos que serão percorridos e revela as projeções que atingirão a atuação do Estado em alguns de seus deveres fundamentais, como a regular gestão dos sistemas de segurança pública e de inteligência.

2) BREVE ANÁLISE DOS DIPLOMAS LEGAIS

Fazendo um breve paralelo, há anos o Direito Penal e Processual Penal no Brasil é simbólico. Sempre surgem penas maiores, mas jaz um processo moroso e inefetivo. A despeito de pretensamente inovadora, a lei 13.964/2019 (pacote anticrime) apresentou regulação que “decorre basicamente do acréscimo dos arts. 8º-A e 10-A à Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/1996), além da nova redação dada ao art. 10”.

Mas além de se preocupar em inovar ou aprimorar uma técnica especial de investigação, o legislador seria mais efetivo se regulasse com esmero o núcleo intangível da privacidade e desse parâmetros mais concretos para a autodeterminação informacional. Assim se expressa RIBEIRO³: “E nesse contexto de inatas dificuldades que circundam as medidas investigativas mitigadoras não tem sido capaz de acompanhar a velocidade de transformação da realidade social e dos avanços tecnológicos.”

Urge apontar, a partir de agora, elementos contributivos do devido processo legal no tratamento de dados pessoais.

A Lei de Acesso à Informação (n. 12.527/2011) assim regulamentou o tratamento de informações pessoais:

“Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.

§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.

§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:

I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;

II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;

III - ao cumprimento de ordem judicial;

IV - à defesa de direitos humanos; ou

V - à proteção do interesse público e geral preponderante.

³ RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. “A regulamentação da captação ambiental e o núcleo intangível da vida privada”. In BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza ; [colaboradores: Paulo Queiroz ... et al.]. – Brasília : MPF, 2020. 444 p. – (Coletânea de artigos ; v. 7). pp. 69 e 78.

§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.

§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.”

De início, impende dizer que os dados pessoais independem das normas legais de Classificação, Reclassificação e Desclassificação (art. 27 e ss. da LAI) porque o acesso restrito decorre diretamente da lei, independente da manifestação de vontade do agente público.

O acesso é possível mediante consentimento expresso (art. 31, parágrafo 1o, II) ou previsão legal; mas o parágrafo 3o da norma prevê hipóteses de dispensa deste consentimento. Entre elas, há destaque para o do inciso II, porque a vedação de identificação da pessoa participante das estatísticas ou pesquisa científica de interesse geral teria direito à anonimização⁴, conceito que foi melhor regulado no art. 5o, XI, da Lei 13709/2018.

A outra exceção ao direito é a do parágrafo 4o do art. 31, norma intuitivamente de interesse público. Além disso, convém também recordar do art. 21, parágrafo único⁵; tal regra é geral a todo o capítulo de restrições do acesso à informação; poderão vir a tona fatos que trarão inevitável conhecimento sobre dados pessoais protegidos no art. 31.

HEINEN demonstrou que a autodeterminação informativa é aceita em vários países, pois o indivíduo deve ter a “garantia de que ele possui liberdade em decidir o que, quando e como um dado relativo à sua pessoa pode se tornar de conhecimento notório”⁶. Referido doutrinador ainda aponta que a norma rege relações jurídicas administrativas; as privadas seguem os arts. 20 e 21 do Código Civil de 2002, e urge a aplicação harmônica de regras.

A Lei nº 12.965, de 23.04.2014 (Marco Civil da Internet), estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Seguem algumas normas e princípios que mostram como a privacidade do internauta:

“Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

(...)

II - proteção da privacidade;

III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

(...)

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

⁴ “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo” (grifei).

⁵ “Art. 21. Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais.

Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.” (grifei)

⁶ HEINEN, Juliano. “Comentários à Lei de Acesso à Informação”. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2a ed, 2015, p. 256.

VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que:

a) justifiquem sua coleta;

b) não sejam vedadas pela legislação; e

c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet;

IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais;

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

(...)

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

(...)

Art. 16. Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda:

I - dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7º; ou

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.

(...)

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

(...)

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

Percebe-se que dois direitos básicos ao tratamento de dados, previstos nos incisos IX e X do art. 7º do Marco Civil da Internet podem acabar gerando choques interpretativos com a Lei 13.709/2018.

A Lei Geral de Proteção de Dados, a partir de sua vigência, passou a determinar alterações no próprio Marco Civil da Internet:

“Art. 60. A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), passa a vigorar com as seguintes alterações: Vigência

“Art. 7º (...)

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei e na que dispõe sobre a proteção de dados pessoais;” (NR)

“Art. 16. (...)

II - de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular, exceto nas hipóteses previstas na Lei que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.” (NR)”

Observe-se que nos dois casos acima, a LGPD adiciona uma exceção à norma do art. 7º (sem excluir a já existente) e inova com a exceção do art. 16. Com isso, a lei dialoga com o Marco Civil, para que as relações de tratamento de dados envolvendo provedores rejam-se em um sistema em que ambas as leis rejam partes relevantes da relação entre provedores e consumidores.

Vê-se o mesmo no que se refere às exceções da aplicação da LGPD. De início, Teixeira e Armelin relembram que a necessidade de regras específicas para o poder de coleta de dados pelo Estado impõe o dever de proteger os cidadãos de ameaças de um estágio de constante vigilância. Defendem o dever de regulação do que chamam de “interceptação tática” para atingir o mínimo possível de cidadãos⁷:

“Quando se pensa em coleta de evidências para a garantia do cumprimento da lei isso se torna um pouco mais aceitável, pois provavelmente as evidências coletadas integrarão um processo judicial e através dele será possível questionar a sua origem, de tal forma que ao se tornarem públicas, pelo menos em parte, possam ser controladas”

Vide o art. 4º, III e seu parágrafo 1º:

“Art. 4º Esta Lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais:

(...)

III - realizado para fins exclusivos de:

- a) segurança pública;
- b) defesa nacional;
- c) segurança do Estado; ou
- d) atividades de investigação e repressão de infrações penais;

(...)

§ 1º O tratamento de dados pessoais previsto no inciso III será regido por legislação específica, que deverá prever medidas proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, observados o devido processo legal, os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos nesta Lei.”

Saliente-se que a leitura conjunta do caput e do parágrafo 1º do art. 4º, revela quatro relevantes achados:

- a) os temas listados no Inciso III do caput, notadamente a segurança pública e a política nacional de inteligência, aguardarão lei específica; mas não há real anomia, como pareceu concluir o Ministro Gilmar Mendes (ADPF 695, decisão de 24.06.2020); as demais exigências do parágrafo 1º denotam isto;
- b) a lei específica tem o dever de prever medidas “proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, o que decorre naturalmente da cláusula constitucional do devido processo legal; no mesmo sentido, o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios já estão disponíveis aos aplicadores do direito posto; não por acaso, o próprio parágrafo 1º exige o respeito ao “duo process”;
- c) prosseguindo, tal lei específica deve observar “os princípios gerais de proteção (art. 6º) e os direitos do titular previstos nesta Lei (art. 7º a 9º; art. 17 e seguintes, dentre outros)”.

Ora, a Lei Geral deixa um vaso comunicante, uma porta aberta para a futura lei específica, observar direitos protetivos que já estão positivados Convinda-a a ulterior Lei Geral de Proteção de Dados de Segurança Pública e Inteligência (ou o nome que vier a receber do legislador) a não criar um subsistema estanque de tratamento de dados pessoais.

⁷ TEIXEIRA, Tarcísio & ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada artigo por artigo”. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2a. ed., 2020, p. 40.

No sentido do texto:

“Assim, a LGPD exige que a legislação específica que regule o tratamento de dados para fins de investigação e repressão de delitos preveja medidas proporcionais e estritamente necessárias para atender o interesse público, devendo ser obedecidos os princípios gerais de proteção e os direitos do titular previstos na LGPD.”⁹

Nesta senda, ocorrerá fenômeno similar ao do sistema brasileiro de processo coletivo. Tradicionalmente, a lei de ação popular (4.717/1965)⁹ e a lei de ação civil pública (7.347/1985)¹⁰, nas suas redações originais, previam a aplicação subsidiária das regras gerais do Código de Processo Civil, no que não fosse incompatível com suas regras e princípios próprios. Mas somente em 1990, o Código de Defesa do Consumidor criou um subsistema processual de processo coletivo, quando adicionou o art. 21 à lei de ação civil pública¹¹, que dialogava com o próprio CDC, no art. 90¹². O novo subsistema tinha porta de entrada e de saída. Podia trabalhar institutos próprios com soluções específicas (como, por exemplo, legitimação para agir e coisa julgada).

Algo similar ocorre na disciplina da proteção de dados. Além do diálogo *ex lege* que já ocorre entre as Leis 12527/2011, 12.965/2014 e a Lei 13.709/2018 (LGPD), haverá a criação de um sistema geral de proteção de dados, quando a lei específica tratada no art. 4o, III e seu parágrafo 1o, for editada.

Para além do poder de conformação do legislador, é crucial que a lei ulterior se equipare a níveis internacionais de proteção de dados (como o GDPR¹³ europeu), para aumentar a segurança jurídica de todos os envolvidos e qualificar o Brasil a participar de entidades internacionais de cooperação jurídica internacional.

As diretrizes principiológicas da LGPD devem ser mantidas, no que não prejudicarem os objetivos específicos da nova legislação, como bem exposto na porta aberta para o diálogo futuro, existente no parágrafo 1o. do art. 4o. A atuação independente da Autoridade Nacional de Proteção de Dados será decisiva para que os standards legais sejam concretizados.

Posto isto, à guisa de conclusão, como os direitos penal e processual penal possuem feição nacional no Direito Brasileiro, há justa expectativa que esta nova lei específica seja lei “de interesse nacional” (e não meramente federal) aplicável a todos os entes.

3) julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal

A autodeterminação informativa “consiste na capacidade do indivíduo em saber, com exatidão, quais de seus dados pessoais estão sendo coletados, com a consciência da finalidade para que se prestarão, para assim, diante de tais informações, tomar a decisão de fornecê-los ou não, levando-se em contas os benefícios / malefícios que o tratamento de seus dados poderão lhe acarretar. É o controle que o indivíduo possui sobre os seus dados pessoais”¹⁴.

⁹ Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.”

¹⁰ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.”

¹¹ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

¹² Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

¹³ Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

¹⁴ TEIXEIRA, Tarcísio & ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada artigo por artigo”. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2a. ed., 2020, p. 33.

3.1. ADI 6387 - MC

Nesta ação, questiona-se a constitucionalidade da MP 954/2020, que dava ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) poderes para acessar dados pessoais de milhões de brasileiros “para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares”; na decisão liminar, há inédita aplicação do princípio da AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA como especial projeção do direito da vida privada e intimidade.

Além de mencionar “...a decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que reconheceu, em 1983, forte no direito geral da personalidade, o direito fundamental à autodeterminação sobre dados pessoais, diante de intervenções estatais” a arguente postulava a explicitação da aplicação do princípio da proporcionalidade para exposição das hipóteses de relativização dos direitos que seriam relativizados.

A decisão liminar foi deferida e reconheceu que “...as condições em que se dá a manipulação de dados pessoais digitalizados, por agentes públicos ou privados, consiste em um dos maiores desafios contemporâneos do direito à privacidade”.

Ao aplicar as normas dos arts. 5º, X (inviolabilidade da “vida privada” e “intimidade”) e XII (“inviolabilidade de dados”) da Carta Magna Federal, a Ministra Rosa Weber afirmou uma nova dimensão destes direitos:

“Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II¹⁵, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais”

Na data da decisão, sequer estava em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados. A juridicidade foi extraída diretamente da Constituição.

A decisão liminar de 24.04.2020 reconheceu que, se cumprida a Medida Provisória, dados pessoais de todos os consumidores de serviços de telefonia móvel e fixa seriam compartilhados com o IBGE, sem determinação do objeto da estatística, sua finalidade, amplitude, sua duração temporal; em outras palavras, não previu meios de controle do sigilo e higidez do anonimato dos dados compartilhados. Sequer a pandemia mundial do COVID-19 justificaria um verdadeiro atropelo de direitos fundamentais.

Do exposto, nota-se o dever do Estado de apresentar salvaguardas adequadas da gestão e tratamento dos dados pessoais que vier a ter acesso.

3.2. ADF 695

Nesta ação, partido político pediu fosse “... reconhecida e sanada grave lesão a preceitos fundamentais praticada pelo Poder Público, em razão de “compartilhamento de dados pessoais (...) pelo Serviço Federal de processamento de Dados (SERPRO) à Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com suposto lastro normativo no Decreto nº. 10.046, de 9 de outubro de 2019”. O primeiro compartilhamento visaria “... dados

¹⁵ “Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;”

dos mais de 76 milhões de brasileiros que possuem a Carteira Nacional de Habilitação – CNH (o equivalente a 36% da população total do país), originalmente coletados e armazenados pelo Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN)”.

Além de apontar a violação ao art. 5º, X e XII e aos princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e democrático, aludiu expressamente a outros, os da “finalidade, da transparência, da adequação e da necessidade, consagrados na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei no. 13.709/2018)”, ex vi do art. 6º., I, II, III e VI.

A Advocacia-Geral da União centrou a defesa, basicamente, em dois pontos: a) “a atividade de inteligência constitui política pública, finalidade admitida como legítima para respaldar o compartilhamento de dados entre órgãos e entidades da Administração Pública. Inexistência de violação aos preceitos constitucionais invocados”; e b) “...a 'transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo' não ofende o direito à intimidade e à privacidade” (ADI 2859).

Ao fixar os parâmetros de controle para a ação, o Ministro Relator Gilmar Mendes acrescentou o princípio da dignidade da pessoa humana e invocou o precedente da ADI 6387 (Rel. Min. Rosa Weber; informativo 976, STF). Fê-lo porque o alegado direito à proteção de dados pessoais seria “projeção alargada” dos direitos do art. 5º., X, da Carta. Afastou do objeto da ação, ainda, a discussão sobre possibilidade do Sistema Brasileiro de Inteligência e a ABIN tratarem dados para suas finalidades institucionais, já que há base na Lei 9983/1999.

O voto assenta premissas relevantes para a projeção do direito à autodeterminação informativa:

- a) até a década passada, a doutrina e a jurisprudência do STF reconheciam uma feição negativa no direito à privacidade no conteúdo de comunicações; atualmente, é possível encontrar uma feição positiva, indutora da cidadania em sentido amplo e dos direitos de liberdade de forma geral;
- b) esse desenvolvimento jurisprudencial nasce com um julgado da Corte Constitucional Alemã (1983) em que dados pessoais de cidadãos seriam, indiscriminadamente, usados para um censo; mas a Corte alargou a proteção: de direito ao sigilo, para uma projeção de direito geral de personalidade; a lei do censo acabaria por ceifar direitos do cidadão: decidir sobre quando e dentro de que limites os fatos de sua vida pessoal podem ser revelados; quem saberia e o que saberia sobre tais dados; quando e em que ocasião;
- c) essa nova leitura seria a mais adequada aos tempos atuais; traz uma proteção “dinâmica e permanentemente aberta” às mudanças sociais;
- d) afirmou que está ultrapassada a concepção de circunscrever a proteção da intimidade e dos dados pessoais ao direito ao sigilo; aponta ao revés, duas dimensões:
 - d.1) subjetiva: “proteção do indivíduo contra os riscos que ameaçam a sua personalidade em face da coleta, processamento, utilização e circulação dos dados pessoais...”;
 - d.2) objetiva: dever de proteção imposto ao legislador; proteção do direito à autodeterminação informacional, com mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento e normas de proteção;
- e) recomenda seguir o standard da União Europeia, em cuja Carta de Direitos as normas de organização e procedimento ficam sujeitas à fiscalização de uma Autoridade Independente;
- f) refutou, além do nível de segurança, a “existência de mecanismos adequados de controle das finalidades desse compartilhamento”;
- g) apontou ainda a maior sensibilidade de todas estas questões, quanto às questões de segurança pública e de inteligência; inclusive com a compatibilização entre os princípios do Marco Civil da Internet, da Lei Geral de Proteção de Dados e os princípios constitucionais da Administração Pública; essa observação apontou um caminho para a ulterior disciplina legal destes setores;

- h) criticou o “Decreto 10.046, de 9 de outubro de 2019, que instituiu o chamado Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados”, apontado como ato normativo que amparou o ato do Poder Público impugnado, por se afastar do princípio da finalidade (art. 6o, I, da Lei Geral de Proteção de Dados);
- i) ponderou que a única salvaguarda do processamento dos dados decorrem da “disciplina do sigilo dos dados dentro dos níveis e regras de segurança”;
- j) refutou a tese da compatibilidade do ato impugnado com a legislação e a Política Nacional de Inteligência, já que o art. 4o, parágrafo único, da Lei 9883/1999 afasta compartilhamento “entre órgãos e entidades da Administração Pública que não integram referido Sistema Brasileiro de Inteligência” (era o caso do DENATRAN);
- l) para afastar eventuais normas autorizativas contidas na Lei Geral de Proteção de Dados, o Relator invocou o art. 4o., III, da lei; pondera-se, por ora, não ter sido analisado o parágrafo 1o. do mesmo artigo;
- m) invoca o princípio da proporcionalidade (e seus três subprincípios) para expor o desvio de finalidade do ato impugnado.

Ao final, a decisão de 24.06.2020 reconheceu o *fumus boni iuris* dos direitos pretendidos na exordial, diante do art. 5o., X e XII da Constituição, mas indeferiu a liminar porque o *periculum in mora* restou afastado pela revogação recente de ato administrativo que materializaria a transferência.

Conclui-se que o tratamento regular dos dados pessoais, em ambas as dimensões (subjéctiva e objectiva) do direito, não foram atendidas pelo ato impugnado e normas que lhe dariam suporte.

Observa-se, no mesmo contexto, que o Ministro Gilmar Mendes expôs um caminho interpretativo a ser seguido pelo legislador e pelos demais intérpretes, para a disciplina do direito à autodeterminação informativa, nos âmbitos de dois deveres estatais essenciais: o serviço de segurança pública e a atividade de inteligência de Estado.

3.3. ADI 6529¹⁶

Nesta ação, partidos políticos questionam a redação do art. 4o, parágrafo único, da Lei 9.883/1999, “que instituiu o Sisbin e criou a Abin, em razão de limitação aos direitos fundamentais”; com alegação de que a edição do Decreto n. 10445/2000 entraria em vigor em 17.08.2020 e alteraria toda a estrutura da Agência, que passaria a acessar dados sigilosos com mera requisição de seu diretor. Sem os resguardos institucionais necessários, não haveria segurança contra o arbítrio.

A Ministra Carmem Lúcia, relatora, admitiu a juridicidade do “fornecimento de informações entre órgãos públicos para a defesa das instituições e dos interesses nacionais” mas apresentou vários condicionantes necessários: a) atuação no interesse público (não para atender a vontade de algum agente público); b) motivação da decisão de compartilhamento; c) respeito às hipóteses em que a Constituição impõe a reserva de jurisdição; d) por sugestão do Ministro Dias Toffoli, a existência de um procedimento formal para a documentação do ato e eventual responsabilização por abusos.

Ao final do julgamento, de 13.08.2020, o Plenário:

¹⁶ Por não haver voto publicado, extraíram-se dados da notícia oficial do sítio <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449549>, acesso em 04.09.2020.

“...deferiu parcialmente a medida cautelar requerida para dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.883/99 para estabelecer que: a) os órgãos componentes do Sistema Brasileiro de Inteligência somente podem fornecer dados e conhecimentos específicos à ABIN quando comprovado o interesse público da medida, afastada qualquer possibilidade desses dados atenderem interesses pessoais ou privados; b) toda e qualquer decisão que solicitar os dados deverá ser devidamente motivada para eventual controle de legalidade pelo Poder Judiciário; c) mesmo quando presente o interesse público, os dados referentes às comunicações telefônicas ou dados sujeitos à reserva de jurisdição não podem ser compartilhados na forma do dispositivo em razão daquela limitação, decorrente do respeito aos direitos fundamentais; e d) nas hipóteses cabíveis de fornecimento de informações e dados à ABIN, é imprescindível procedimento formalmente instaurado e a existência de sistemas eletrônicos de segurança e registro de acesso, inclusive para efeito de responsabilização”.

Note-se que os ministros apresentaram balizas para o regular funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, com foco maior na dimensão objetiva das salvaguardas institucionais do tratamento e difusão dos dados coletados.

3.4. ADFP 722¹⁷

O julgamento iniciou em 19.08.2020. Partido político questionou “uma investigação sigilosa que teria sido aberta pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública contra um grupo de 579 servidores federais e estaduais de segurança e três professores universitários identificados como integrantes do “movimento antifascismo”. A ação foi ajuizada a partir de notícia veiculada na imprensa de que a Secretaria de Operações Integradas (Seopi) do Ministério da Justiça teria produzido um dossiê com nomes e, em alguns casos, fotografias e endereços de redes sociais das pessoas monitoradas, todos críticos do governo do presidente Jair Bolsonaro, e distribuído um relatório às administrações públicas federal e estaduais”.

Portanto, era uma atividade de inteligência a cargo de um órgão da estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública que teria, concretamente, atuado em desvio de finalidade.

O voto da Ministra Relatora apontou: a) impossibilidade de compartilhamento de dados pessoais de indivíduos (escolhas pessoais, políticas e cívicas), devido aos direitos de liberdade de expressão, reunião e de associação; b) haveria desvio de finalidade de colheita de informações sobre cidadãos, apenas em razão de sua divergência política com o governo; c) tal como na ADI 6529, a Ministra não criminalizou a atividade de inteligência; decidiu que “a existência dos serviços de inteligência do Estado para a segurança pública e para a segurança nacional é necessária, mas sua atividade deve ser desempenhada dentro dos estreitos limites constitucionais e legais”.

No dia seguinte, colheram-se votos dos demais Ministros:

- a) o Min. Alexandre de Moraes afirmou que os relatórios de inteligência não possuem caráter punitivo, mas de orientação das políticas de segurança pública e do estado;
- b) o Min. Fachin apontou o desvio de finalidade; a listagem de “inimigos do estado” não tem assento em um regime democrático;

¹⁷ Por não terem sido publicados oficialmente, detalhes do voto da Relatora e das posições dos demais Ministros são extraídos de notícias oficiais do sítio do STF, nos links <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449906> e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450007>, ambos com consulta em 04.09.2020.

- c) o Min. Luís Roberto Barroso disse que o monitoramento, sem fato concreto, de adversários do governo é incompatível com a democracia;
- d) a Min. Rosa Weber lembrou que “para que a atuação dos órgãos de inteligência seja considerada lícita, é necessário que esteja vinculada a fato ou evento relevante para a segurança do Estado” e apontou “grave desvio de finalidade da administração pública a utilização do aparato institucional de inteligência com a finalidade de dissimular a produção de material viciado tanto no conteúdo, por violar direitos e garantias fundamentais, quanto na motivação, incorrendo em confusão entre interesses públicos do Estado e interesses políticos”;
- e) nas linhas de desvio de finalidade, pontuaram os Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes; este, ainda, apontou a violação ao princípio do pluralismo político;
- f) o Ministro Dias Toffoli defendeu, ainda, a necessidade de haver procedimentos formais para controle da atuação dos órgãos de inteligência.

Ao final, em 20.08.2020, o Tribunal por maioria, “deferiu a medida cautelar para suspender todo e qualquer ato do Ministério da Justiça e Segurança Pública de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas, as práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais identificados como integrantes de movimento político antifascista, professores universitários e quaisquer outros que, atuando nos limites da legalidade, exerçam seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Marco Aurélio, que indeferia a cautelar”

Ressalte-se que dois votos, por outro lado, foram publicados em noticioso jurídico¹⁸.

O voto do Min. Gilmar Mendes em ampla margem fundamentou-se nas violações aos arts. Art. 5o, IV, XIV e 220, caput e parágrafo 2o, da Carta Federal, além do princípio do pluralismo jurídico como “valor jurídico, sociopolítico e cultural” (CF/88, art. 1o, V; STF, ADI 4277). Por outro lado, no que tange à atividade de inteligência, ele questionou a observância ao decreto n. 3695/2000¹⁹, afirmou que o duplo controle (congressual, art. 6o da Lei 9983/1999; e judicial, art. 5o, XXXV, CF/88) é exercido sem a exclusão de um pelo outro e citou precedente (HC 147837, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe 26.6.2019) em que a regularidade de atividade de inteligência foi questionada.

Acabou, destarte, por ratificar os fundamentos do acórdão do STF da semana anterior (ADI 6529) e asseverou ter havido desvio de finalidade; ao final, o Ministro perfilhou os demais argumentos da relatoria.

Por outro lado, o voto do Min. Edson Fachin, além de anuir aos argumentos da relatora, aludiu: a) aos princípios constitucionais da administração pública (art. 37, caput), sendo que a finalidade administrativa da atuação teria de estar vinculado ao art. 1o e seus parágrafos da Lei n. 9983/1999 (“...objetivos “de Estado”, de defesa institucional e de do regime democrático, para a qual a preservação dos direitos e garantias fundamentais, como consta no próprio parágrafo primeiro transcrito, é premissa. Fora disso, há desvio de finalidade.”); b) somente lei formal poderia regular o art. 5o, LV, da CF/88, que se relacionou com o art. 3o, parágrafo único da lei 9983/1999;

¹⁸ <https://www.conjur.com.br/2020-ago-20/ministerio-justica-parar-producao-dossie-antifascistas>, acesso em 09.09.2020.

¹⁹ “...consta do documento que “O decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000, criou, no âmbito do Sisbin, o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (Sisp), com a finalidade de coordenar e integrar as Atividades de Inteligência de Segurança Pública em todo o País, e suprir os governos federal e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões”.

destarte, mesmo a lei que regulamenta as ações de inteligência é devedora de “irrestrita observância dos direitos e garantias individuais, fidelidade às instituições e aos princípios éticos que regem os interesses e a segurança do Estado”; c) por fim, ao afirmar que o regime de classificação de informações da lei de acesso à informação (Lei n. 12527/2011) não é oponente ao Poder Judiciário, questiona que o tratamento de dados pessoais no art. 31²⁰ da mesma lei recebe acesso restrito; deste modo, não poderia deixar de reconhecer desvio de finalidade, inspirado ainda na norma que determina tratamento específico para dados pessoais.

Observe-se que, além do apontado pelo Plenário em apoio ao voto da relatora, este voto contém a relação necessária entre a proteção de dados pessoais da lei de acesso à informação e os contrapesos necessários à atividade estatal de inteligência.

3.5. Outros julgados relevantes: overruling?

Da análise até o momento, o devido processo legal informacional não pode ser considerado uma causa de OVERRULING. Em verdade, os precedentes relativos aos sigilos legais permanecem incólumes.

As novas projeções dos direitos à intimidade e à vida privada imporão outros tipos de deveres ao poder público no tratamento de dados dos cidadãos. Mas a evolução trazida com o tratamento de dados pessoais majorou a proteção tradicionalmente dispensada.

3.5.1. ADI 2859/DF

Este precedente foi mencionado nas contestações da Advocacia-Geral da União nos autos da ADI 6387 e da ADPF 695 MC/DF, já que “...a 'transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo' não ofende o direito à intimidade e à privacidade”.

Extraem-se da ementa dois pontos importantes:

a) “4. (...) Trata-se de uma transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo, permanecendo resguardadas a intimidade e a vida privada do correntista, exatamente como determina o art. 145, § 1º, da Constituição Federal”

b) “7. O art. 1º da Lei Complementar 104/2001, no ponto em que insere o § 1º, inciso II, e o § 2º ao art. 198 do CTN, não determina quebra de sigilo, mas transferência de informações sigilosas no âmbito da Administração Pública. Outrossim, a previsão vai ao encontro de outros comandos legais já amplamente consolidados em nosso ordenamento jurídico que permitem o acesso da Administração Pública à relação de bens, renda e patrimônio de determinados indivíduos.”

²⁰ “Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.

§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:

I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e

II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.”

O julgado pôs termo à controvérsia sobre normas relativas ao fisco e ao sistema financeiro. Longe de estar superado, este case é compatível com a dimensão objetiva da autodeterminação informativa. A privacidade de clientes e de contribuintes, para além da mera previsão legal de sigilo, insere-se na estrutura de setores que possuem salvaguardas institucionais e normativas suficientes para o tratamento regular dos dados dos cidadãos.

Por se fundarem em deveres legais, há finalidade compatível do tratamento adequado dos dados com as atribuições dos órgãos regulatórios do sistema financeiro, da inteligência financeira e do fisco. Ademais, o cidadão sabe que a finalidade de seus atos perante instituições financeiras e fisco pode implicar ação fiscalizadora de autoridades públicas.

Além do respeito aos princípios da finalidade e adequação (Art. 6o, I e II, LGPD), há deveres de sujeição “para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador” e “pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;” (art. 7o., II e III, LGPD).

Por outro lado, para sua aplicabilidade a estados e municípios, foram exigidas no julgado salvaguardas similares às da esfera federal (“...em relação aos Estados e Municípios, que somente poderão obter as informações de que trata o art.6º da Lei Complementar nº 105/2001 quando a matéria estiver devidamente regulamentada, de maneira análoga ao Decreto federal nº 3.724/2001, de modo a resguardar as garantias processuais do contribuinte, na forma preconizada pela Lei nº 9.784/99, e o sigilo dos seus dados bancários.”)

3.5.2. RE 1055941

Este julgado foi mencionado como precedente na exordial da ADI 6387 MC/DF, para demonstrar haver sistema apropriado de salvaguardas institucionais que oferece segurança a compartilhamentos de informações e de dados.

O Recurso Extraordinário tinha repercussão geral e tratava do tema 990:

“Tema 990 - Possibilidade de compartilhamento com o Ministério Público, para fins penais, dos dados bancários e fiscais do contribuinte, obtidos pela Receita Federal no legítimo exercício de seu dever de fiscalizar, sem autorização prévia do Poder Judiciário.”

Iniciado o julgamento em 20.11.2020, o Ministro Relator Dias Toffoli apresentou voto em que estabelecia²¹ condições e balizas para o procedimento de compartilhamento. Note-se que, da íntegra de seu voto²², não há referência ao princípio da autodeterminação informativa.

Tal voto restou reajustado após o debate com os demais ministros e, em especial, os argumentos do voto do Ministro Alexandre de Moraes. Parâmetros claros restaram definidos na conclusão do julgamento (04.12.2019):

²¹ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430325&ori=1>, acesso em 08.09.2020.

²² <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotorelatorRE1055941.pdf>, acesso em 08.09.2020.

“O Tribunal, por maioria, aderindo à proposta formulada pelo Ministro Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral:

“1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil, que define o lançamento do tributo, com os órgãos de persecução penal para fins criminais, sem a obrigatoriedade de prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional. 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB, referente ao item anterior, deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios”, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não referendava a tese.”

Vê-se que a existência de base fática idônea e a proceduralização de todas as etapas da produção e disseminação dos relatórios de inteligência financeira e procedimentos fiscalizatórios do Fisco são as salvaguardas necessárias para controle (inclusive jurisdicional) dos atos praticados.

Tal como no comentário do julgado anterior, há plena compatibilidade com a autodeterminação informativa, notadamente com os princípios (art. 6o. I e II) e regras (art. 7o, II e III), da Lei Geral de Proteção de Dados.

De todos os julgados mencionados, extraem-se algumas conclusões:

- a) apesar de não estar superado o conceito de transferência de sigilo, para as finalidades das leis debatidas nos acórdãos da ADI 2859 e RE 1055941, ele é insuficiente para atender plenamente à autodeterminação informativa, por necessidade de devido processo legal para o tratamento de dados pessoais pelo poder público (notadamente o Capítulo IV da Lei Geral de Proteção de Dados);
- b) para tanto, o conceito de tratamento do art. 5o, X, da Lei Geral de Proteção de Dados é fundamental, pois revela toda a gama de possibilidades de sujeições dos dados pessoais diante da ação de entidades públicas e privadas (“toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;”);
- c) por outro lado, observou-se que as salvaguardas dos julgados na ADI 2859 e RE 1055941 atendiam sobretudo a uma dimensão objetiva: o respeito ao dever de proteção imposto ao legislador com previsão dos mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento. Mas não se visava ao pleno atendimento da dimensão subjetiva do direito;
- d) por fim, analisadas as variadas ações em controle concentrado do ano de 2020, em que o STF debateu as projeções dos direitos à vida privada e intimidade, denotou-se que a Corte extraiu a juridicidade do conceito de autodeterminação informativa diretamente dos arts. 1o, III c/c art. 5o., X e XII, da Constituição da República. Os julgados de abril e junho, notadamente, estão datados de antes da vigência formal da Lei Geral de Proteção de Dados, ainda que considerada a própria redação original (art. 65^{2o}). A Corte exerceu, notadamente, papel de legislador negativo e inibidor de ofensas aos direitos fundamentais. Os acórdãos refletem a mensagem da plena validade e importância do valor dos dados pessoais para a esfera de direitos individuais. Tal competência, ressalte-se, foi exercida sem deslegitimar a política nacional de inteligência e as ações lícitas de segurança pública.

As formas como a processualidade do tratamento de dados vai se desenvolver revelará o nível de proteção possível dos dados pessoais no Direito Brasileiro.

²² O inciso II, incluído pela Lei Nº 13.853, de 08.07.2020, acabou prevalecendo. A Medida provisória 959/2020, convertida na Lei Nº 14.058, de 17.09.2020, acabou por não acolhendo outra alteração no termo a quo de vigência a lei, que terminaria por consignar uma entrada vigor em agosto de 2020, de modo “retroativo”, solução de manifesta antijuridicidade. Destarte, a data da conversão acabou por ser o verdadeiro termo a quo do fim da vacatio da Lei Geral de Proteção de Dados.

4. CONCLUSÕES

Crucial em todo esse contexto é entender que as dimensões subjetiva e objetiva da autodeterminação informativa passaram a ser entendidas como extraídas diretamente da Constituição Federal.

Os direitos à vida privada, à intimidade e à proteção dos dados passam a ser entendidos com uma proteção aprimorada: na dimensão objetiva, com incremento do dever de proteção imposto ao legislador com previsão dos mecanismos institucionais de salvaguarda traduzidos em normas de organização e procedimento; e na dimensão subjetiva, cujo pleno atendimento para a ser inerente ao sistema.

As diversas leis mencionadas, em especial a de acesso à informação e o marco civil da internet, passam a ser interpretadas e aplicadas em sintonia com a lei geral de proteção de dados, que qualificou o direito ao devido processo legal informacional.

Em tal contexto, a regulação de diversos institutos, como os conceitos de tratamento e anonimização, foi passo decisivo da lei para que a proteção não se perdesse diante da abstração dos direitos a serem protegidos. Dentre outros, estes são fundamentais para providências diversas a cargo dos agentes detentores de dados, em especial os que coletam em larga escala.

O sistema brasileiro de proteção de dados passa a girar em torno do diálogo entre as leis 12527/2011, 12.965/2014 e a Lei 13.709/2018 (LGPD), que englobará a ulterior lei específica tratada no art. 4º, III e seu parágrafo 1º, abrangente das atividades estatais, em especial o sistema de segurança pública e as atividades de inteligência.

O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, na concreção da Lei Geral é crucial. Neste momento, em que sua implementação ainda carece de providências administrativas e políticas, ressalta-se seu papel como ator relevante na promoção do diálogo entre os poderes públicos, os agentes relevantes, e a sociedade civil, assim como na regulação diuturna da proteção.

5. BIBLIOGRAFIA:

1. Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 3. Sistema brasileiro de proteção e acesso a dados pessoais: análise de dispositivos da Lei de Acesso à Informação, da Lei de Identificação Civil, da Lei do Marco Civil da Internet e da Lei Nacional de Proteção de Dados – Brasília : MPF, 2019. 85 p. – (Roteiro de Atuação ; v. 3).

2. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04.09.2020.

3. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04.09.2020.

4. BRASIL. (Lei de Acesso à Informação). Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 04.09.2020.

5. BRASIL. (Lei Geral de Proteção de Dados). Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 04.09.2020.

6. BRASIL. (Marco Civil da Internet). Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 04.09.2020.

7. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Notícias do STF). “STF impõe limites ao compartilhamento de dados do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin)”. www.stf.jus.br, 2020. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449549>. Acesso em: 04.09.2020.

8.BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Notícias do STF). “Ministra Cármen Lúcia vota para proibir Ministério da Justiça de elaborar dossiê contra antifascistas”. [W w w . s t f . j u s . b r](http://www.stf.jus.br), 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=449906>. Acesso em: 04.09.2020.

9.BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Notícias do STF). “STF proíbe elaboração de dossiês sobre antifascistas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública”. [W w w . s t f . j u s . b r](http://www.stf.jus.br), 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=450007>. Acesso em: 04.09.2020.

10.BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Notícias do STF). “Compartilhamento de dados: voto do ministro Dias Toffoli estabelece condições e balizas para o procedimento”. [W w w . s t f . j u s . b r](http://www.stf.jus.br), 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430325&ori=1>. Acesso em: 08.09.2020.

11.BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 1055941. Repercussão geral. Tema 990. Constitucional. Processual Penal. Compartilhamento dos Relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil com os órgãos de persecução penal para fins criminais. Desnecessidade de prévia autorização judicial. Constitucionalidade reconhecida. Recurso ao qual se dá provimento para restabelecer a sentença condenatória de 1º grau. Revogada a liminar de suspensão nacional (art. 1.035, § 5º, do CPC). Fixação das seguintes teses: 1. É constitucional o compartilhamento dos relatórios de inteligência financeira da UIF e da íntegra do procedimento fiscalizatório da Receita Federal do Brasil - em que se define o lançamento do tributo - com os órgãos de persecução penal para fins criminais sem prévia autorização judicial, devendo ser resguardado o sigilo das informações em procedimentos formalmente instaurados e sujeitos a posterior controle jurisdicional; 2. O compartilhamento pela UIF e pela RFB referido no item anterior deve ser feito unicamente por meio de comunicações formais, com garantia de sigilo, certificação do destinatário e estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de eventuais desvios. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: H.C.H. e T.J.H. Relator: Min. Dias Toffoli, Julgamento: 04 / 12 / 2019 . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5213056&numeroProcesso=1055941&classeProcesso=RE&numeroTema=990>. Acesso em: 08.09.2020.

12.BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Requerido: Presidente da República. Relatora: Min. Rosa Weber. Publicação, DJE de 28.04.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895165>. Acesso em: 07.08.2020.

13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 695. Requerente: PARTIDO SOCIALISTA BRASILEIRO - PSB. Requerido: União Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Publicação, DJE de 26.06.2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5938693>. Acesso em: 08.08.2020.

14. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2859. Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto nº 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta nº 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar nº 105/2001. Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias. Art. 1º da Lei Complementar nº 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI nº 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI nº 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes. 1. Julgamento conjunto das ADI nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859, que têm como núcleo comum de impugnação normas relativas ao fornecimento, pelas instituições financeiras, de informações bancárias de contribuintes à administração tributária. 2. Encontra-se exaurida a eficácia jurídico-normativa do Decreto nº 4.545/2002, visto que a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, de que trata este decreto e que instituiu a CPMF, não está mais em vigência desde janeiro de 2008, conforme se depreende do art. 90, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias -ADCT. Por essa razão, houve parcial perda de objeto da ADI nº 2.859/DF, restando o pedido desta ação parcialmente prejudicado. Precedentes. 3. A expressão “do inquérito ou”, constante do § 4º do art. 1º da Lei Complementar nº 105/2001, refere-se à investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, em cujo âmbito esta Suprema Corte admite o acesso ao sigilo bancário do investigado, quando presentes indícios de prática criminosa. Requerente: PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO. Requeridos: União Federal, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Dias Toffoli. Publicação, DJE de 21.10.2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=2859&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 08.09.2020.

15. HEINEN, Juliano. “Comentários à Lei de Acesso à Informação”. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2ª ed, 2015.

16.RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. “A regulamentação da captação ambiental e o núcleo intangível da vida privada”. In BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão; coordenação e organização: Andréa Walmsley, Lígia Cireno, Márcia Noll Barboza ; [colaboradores: Paulo Queiroz ... et al.]. – Brasília : MPF, 2020. 444 p. – (Coletânea de artigos ; v. 7).

17.TEIXEIRA, Tarcísio & ARMELIN, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca. “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais comentada artigo por artigo”. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2a. ed., 2020.

18.VALENTE, Fernanda. “Ministério da Justiça deve parar produção de dossiê contra antifascistas, diz STF”. WwW.conjur.com.br, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-20/ministerio-justica-parar-producao-dossie-antifascistas>. Acesso em: 09.09.2020.



Gaitano Laertes Pereira Antonaccio



ZONA FRANCA DE MANAUS HERANÇA POSITIVA DO GOVERNO MILITAR

Gaitano Laertes Pereira Antonaccio¹

A ideia de se criar uma área de incentivos para desenvolver os estados do Norte do país, começou a se forjar com a criação da SPVEA – Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, órgão criado pela Lei nº 1.806, de 6 de janeiro de 1953, com a função de pôr em execução um plano definido pelo mesmo documento legal. A SPVEA, em 27 de outubro de 1966 foi transformada na Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (Sudam), pela Lei nº 5.176. Mas não era o suficiente para os anseios de um povo sofrido e desintegrado dos demais estados da Federação Brasileira. A luta para essa conquista jamais foi interrompida. Pois em 6 de junho de 1957, por iniciativa do deputado federal Francisco Pereira da Silva, cearense que representava o Amazonas, foi editada a Lei nº 3.193, que dava início a uma série de regalias fiscais para o Estado do Amazonas.

Essa iniciativa culminou em 28 de fevereiro de 1967, com a publicação do Decreto-Lei nº 288, criando-se finalmente a Zona Franca de Manaus, determinando uma área de condições especiais para o livre comércio de importação e exportação de mercadorias, matérias primas e insumos, além de isentar do imposto sobre produtos industrializados, e do imposto de renda e adicionais, os produtos fabricados na Zona Franca de Manaus, no perímetro acima, pelo prazo de 10 anos.

Não se pode deixar de mencionar alguns protagonistas que tanto lutaram e contribuíram para que esses incentivos fossem conquistados, como por exemplo, o empresário Arthur Soares de Amorim, Nathan Xavier de Albuquerque, os jornalistas Phelippe Daou, Umberto Calderaro, Maria de Lourdes Archer Pinto, os políticos Dr. Bernardo Cabral, João Braga Jr., de algumas associações de classes, sob a liderança da Associação Comercial do Amazonas, da Federação das Indústrias, da Federação da Agricultura, da Federação do Comércio, e outros organismos que formaram uma trincheira em defesa do vitorioso modelo.

Testemunhei, como assessor jurídico e contábil de algumas empresas pioneiras na implantação de projetos na Zona Franca de Manaus, as dificuldades do primeiro momento, o desafio que tamanha benevolência fiscal representava para os profissionais radicados em Manaus, para o caboclo do interior, acostumado a empunhar o caníço e o anzol no dorso de sua igarité (canoas), que de repente saltou para a cidade grande e imediatamente se adaptou aos kits para fabricar rádios, televisores, ventiladores, relógios, e tantos outros aparelhos da mais moderna tecnologia. E foi graças ao entusiasmo do nosso caboclo, à pureza de costumes, a concentração nas linhas de produção, que essa adaptação isenta dos vícios que já se multiplicavam no ABC paulista, foi possível o sucesso tão rápido da implantação da ZFM.

¹ Advogado, escritor, poeta, fundador da Associação dos Escritores do Amazonas (ASSEAM) e da Academia de Letras, Ciências e Artes do Amazonas (ALCEAR). Membro efetivo e secretário-geral da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA).

Acompanhei a implantação das primeiras fábricas, fazendo a constituição jurídica de muitas empresas, algumas dezenas, entre as quais destaco a Sharp, a Semp Toshiba, a Moto Rádio, Coimpa Ltda., Amazonas Timber, Amaplac, Orient Relógios, Quartz Eletron (Seiko), Cia. Industrial de Madeiras, Igasa S. A., Tubozin S. A. Caloi S.A, Springer, Motovi, Despertex da Amazônia, Gentek S. A. e tantas outras que seria cansativo enumerar entre importadores e empresas industriais. Foi um processo de muitas vicissitudes, posto que não houvesse no Amazonas, indústrias de grande porte, além da Companhia de Petróleo da Amazônia e outras dos grupos Benzecry, Sabbá, J. G. Araújo, na sua maioria indústrias nativas. Estávamos agora diante do desafio da tecnologia, e era necessário importar matérias primas, insumos, e identificar mercados consumidores.

Não tínhamos grandes conhecedores de importação e exportação e nem existia no Amazonas, estabelecimentos bancários suficientes para as primeiras demandas. SEFAZ, Prefeitura, Receita Federal estavam todos obrigados a uma grande reciclagem operacional juntamente com os advogados, contadores, despachantes, auditores fiscais e outros envolvidos no processo. Todos precisavam tomar conhecimento das novas leis com incentivos e os procedimentos. Os produtos importados com tanta tecnologia exigiam balconistas que entendessem do mecanismo para ensinar os compradores a manusear com precisão suas engrenagens. Isto dificultava as vendas, alguns eram enganados por vendedores espertos e houve todo um processo confuso e de descontentamento no início.

Muitas empresas instaladas na Zona Franca de Manaus, principalmente as importadoras, traziam com elas alguns experientes comerciantes de outros países, conhecedores do mercado e muitos sem ética, honestidade, aproveitaram tais fatos, para vender gato por lebre, sonegar impostos e acima de tudo desvirtuar o processo, submetendo a Zona Franca de Manaus, a um encadeamento de denúncias. Mas, com o tempo, com muitos dissabores, muitos cortes nos incentivos iniciais, as coisas foram acomodadas, não sem um grande prejuízo para o povo amazonense. Os empresários do Sul e do Sudeste, não perdoavam o sucesso do modelo, como ainda o fazem atualmente. Foram muitas e incontáveis as retaliações que impuseram ao modelo Zona Franca de Manaus.

Mas hoje, depois de tantas lutas, tanto sofrimento para preservar o modelo, temos certeza de que ninguém poderá contestar a sua validade e importância. Haja vista que tem sido copiado por outras regiões, disciplinou a preservação do meio ambiente do Amazonas, manteve a floresta tropical quase intocável, evitou o crescimento desordenado do contrabando nas fronteiras, malgrado ainda faltar muitas providências e trouxe, com o Polo Industrial de Manaus, uma garantia incontestável de sobrevivência.

E foi a transformação da Zona Franca, em Polo Industrial de Manaus, quando se teimava em definir a região como um grande posto de contrabando de mercadorias importadas, que o fato, em boa hora, credenciou o modelo a se tornar de fato e de direito, um grande parque industrial na América do Sul. E hoje, certamente irreversível.

Gaitano Antonaccio



Samuel Hanan



AMAZONAS PERDE EXPRESSÃO ECONÔMICA E A POPULAÇÃO EMPOBRECE - UM GRITO DE ALERTA

Samuel Hanan¹

Um processo silencioso e de consequências desastrosas à população vem se desenvolvendo no Amazonas, nas duas últimas décadas, sem alarde da mídia e sem a devida atenção dos governantes, das entidades de classe e da sociedade civil, apesar de sua gravidade. Trata-se da perda da expressão socioeconômica do Estado, que já atingiu níveis preocupantes e cuja reversão se tornará extremamente difícil – senão impossível -, caso não sejam adotadas a curto prazo medidas de impacto e inadiáveis.

A despeito dos inúmeros benefícios resultantes da Zona Franca de Manaus, área de livre comércio, exportação e importação, detentora de benefícios fiscais constitucionalmente previstos (ADCT artigos 43, 92, 92-A da CF), criada há 56 anos, o Amazonas mergulhou de maneira preocupante numa curva descendente, a começar pelo Produto Interno Bruto (PIB) do Estado. É o que mostram os números oficiais. Em 2002, o Amazonas participava com 2,32% do PIB Brasil. Em 2021, essa participação foi de apenas 1,51% do PIB Nacional. Ou seja, uma variação negativa de 34,91% em 19 anos. Sua participação no PIB da Região Norte também sofreu forte decréscimo: de 29,64% em 2002, passou para 24,26% em 2021, queda de 18,15% no período. Com isso, cerca de R\$ 72 bilhões de recursos deixaram de circular anualmente no Estado, nessas quase duas décadas, resultando em perda significativa de riqueza.

Pior: a renda média mensal do cidadão amazonense também diminuiu. Em 2021, a renda média mensal per capita no Estado foi de R\$ 618,00/mês, cerca de 56% do salário-mínimo nacional (Base 2021 R\$ 1.100,00), uma das piores entre os Estados do Norte, inferior à renda média do Acre (R\$ 654,00/mês), do Amapá (R\$ 718,00/mês), de Roraima (R\$ 808,00/mês), de Tocantins (R\$ 718,00/mês) e de Rondônia (R\$ 873,00/mês). O resultado direto é o aumento da pobreza na última década. Se em 2012 o número de pobres no Amazonas correspondia a 45,39% da população, em 2021 essa já era a condição da maioria (51,42%) dos amazonenses, segundo estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV). Isso faz do Amazonas o Estado com o segundo maior percentual de população mais pobre do Brasil, atrás apenas do Maranhão. É assustador constatar que no mesmo ano de 2021 o Amazonas tinha mais cidadãos dependentes do Auxílio Brasil (476.634) do que empregados com carteira assinada (448.372), conforme dados do CAGED/Ministério da Cidadania, publicados pelo jornal digital Poder 360.

Outra consequência grave dessas duas décadas perdidas foi o crescimento da violência urbana no Estado. Com índice de 50,6 assassinatos por grupo de 100 mil habitantes, Manaus é atualmente a segunda capital brasileira mais violenta do Brasil, atrás somente de Salvador (BA), e figura como a 21ª cidade mais perigosa no mundo, segundo estudo da ONG mexicana Seguridad, Justicia y Paz, publicado em fevereiro de 2023.

¹ Engenheiro com especialização em macroeconomia, administração de empresas e finanças e empresário. Foi vice-governador do Amazonas entre 1999 a 2002). É autor, dentre outros, dos livros "Brasil, um país à deriva" e "Caminhos para um país sem rumo".

A situação atual mostra, por si, a necessidade de revisão da lei estadual que norteia e concede benefícios fiscais às indústrias, atualizando-a para atender aos objetivos da economia do século XXI, calcada no valor agregado dentro do Estado, na tecnologia, para garantir maior incentivo às startups de tecnologia e para oferecer estímulo às parcerias tripartites entre governo, setor privado e universidades/instituições de pesquisa.

O modelo atual é extremamente importante e a luta pela sua manutenção é imprescindível, devendo ser objetivo de todos, porém parece ter se esgotado, tornando-se insuficiente para atender às necessidades da população. De um lado, é excepcional do ponto de vista de arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, ao mesmo tempo que propicia às indústrias e aos investidores vantagens fiscais significativas em comparação com o restante do País. De outro lado, no entanto, não há contrapartida social porque gera cada vez menos empregos, oferece baixa remuneração aos trabalhadores e, assim, compromete o processo distributivo de renda, essencial para o alcance de justiça social. Os novos cenários exigem a adoção de medidas para o Polo Industrial de Manaus aumentar o valor adicionado dentro do Estado, além de estimular a competitividade. Há novos setores a serem explorados e desenvolvidos, como de energia, petróleo, gás natural e energia fotovoltaica, de fertilizantes, metalúrgico, pesqueiro, naval e turismo, dentre outros

É hora também de se estudar uma nova matriz econômica, incluindo a utilização racional e responsável dos recursos naturais existentes no solo e no subsolo, bem assim a recuperação de áreas degradadas, tornando-as produtivas. Tudo com absoluto e inegociável respeito à preservação da floresta tropical – o maior patrimônio dos amazônidas e dos brasileiros -, necessidade ética e econômica que se impõe.

A degradação econômica do Estado, apesar dos já demonstrados enormes recursos financeiros e naturais à disposição dos governos que se sucedem, está a exigir que os governantes busquem adicionar à Matriz Econômica do Estado a definição de um plano de metas a ser amplamente discutido com a sociedade civil – com estabelecimento de objetivos claros, quantificações, e controle absoluto de custos e prazos – e rígido combate aos desperdícios. A complexidade do tema não permite improvisação.

O momento pede também a adoção de uma nova Política Pública Estadual que, em consonância com o Governo Federal, crie condições para transformar o recentíssimo aceno do presidente norte-americano Joe Biden em alguns bilhões de dólares por ano de receita, oportunidade que não pode ser desperdiçada.

O Amazonas precisa resgatar a sua importância econômica, explorando todas as suas potencialidades de maneira ambientalmente sustentável e garantindo à população condições de vida mais dignas, com menos violência e mais educação (priorizando estudo integral), menos pobreza e mais emprego, serviços públicos de qualidade e desenvolvimento social capaz de atender às velhas e às novas demandas da sociedade.



Mario de Mello



CIDADE SUSTENTÁVEL E COADMINISTRAÇÃO¹

Mario de Mello²

Quero lhes dizer, desde já, que, ao lado de suas atribuições constitucionais típicas, o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas não se tem descuidado, ao longo dos anos, de implementar ações de natureza socioambiental, procurando passar aos municípios sob nossa jurisdição um manual de boas práticas, com o devido acompanhamento fiscalizatório, cujo objetivo é difundir e, se possível, cristalizar, uma cultura de respeito à natureza, haja vista que vivemos no coração da Amazônia.

A mãe terra, bem a propósito, como lembra o papa Francisco na encíclica *LaudatoSi*, inspirado no Santo de Assis, é a nossa “casa comum”, que, infelizmente, pelos mais variados motivos, ao longo dos séculos e, sobretudo, nas últimas décadas, não vem sendo tratada com o zelo e o respeito merecidos, necessários, mesmo, para a sobrevivência da espécie.

Em brilhante e instigante livro, que ganhou inclusive o prêmio Pulitzer nos EUA, a jornalista Elizabeth Kolbert, com base em dezena de estudos, quatro anos de pesquisas e entrevistas com as maiores autoridades do ramo, sustenta a tese de que está em curso, hoje, a sexta extinção em massa de seres vivos sobre a face da Terra!

A diferença, no entanto, é que agora se trata de uma extinção não natural. A acidificação dos oceanos, a poluição de rios e lagos, o aquecimento global, a distribuição errática da biodiversidade no planeta, as mudanças bruscas no clima, a redução das florestas, as péssimas condições sanitárias de algumas grandes cidades, tudo, enfim, aquilo que contribui para piorar a nossa qualidade de vida, tem origem na ação humana...

As pandemias, que sempre existiram na história, são o resultado, na quase totalidade dos casos, da relação desastrosa que o ser humano estabelece com os ecossistemas ou com a forma com que se produz ou se consomem bens e serviços, quase sempre em condições precarizadas de sanitização.

E hoje, com o comércio internacional globalizado, com o trânsito intenso de pessoas e de produtos de um continente para o outro, isso acontece de forma mais rápida, efetiva e letal, como este que se tornou o flagelo do presente século: a pandemia de Covid-19.

Dos ideais do Desenvolvimento Sustentável, lançado em 1987 pelo relatório da ONU, nosso futuro comum, até o estabelecimento da Agenda 2030, dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), verifica-se que há, ainda, muito a ser feito, que devemos responder às seguintes perguntas: que missão nos foi confiada neste início de década? Quanto já estamos realizando? O que podemos fazer para evitar que as piores previsões se confirmem? São perguntas que todos deveríamos fazer e nos empenhar, ao mesmo tempo, em responder!

¹ Palestra proferida no Seminário Cidade Sustentável e Coadministração, realizado na Universidade de Bolonha, Itália, em março de 2023.

² Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. Coordenador-Geral da Escola de Contas Públicas do TCE-AM. Vice-Presidente para Assuntos Institucionais do Instituto Rui Barbosa. Membro Honorário da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA).

Daí a importância fundamental deste Seminário, ao propor a discussão da cidade, sob o prisma do meio ambiente, da sustentabilidade e da administração compartilhada. É que um problema desta dimensão jamais será resolvido por ações isoladas ou pontuais, mas somente através de ações coletivas e perfeitamente coordenadas.

Não é por outro motivo que os doutores no assunto asseguram que uma cidade sustentável, que é aquela que estabelece uma série de medidas para otimizar a gestão urbana e prepará-las para as novas gerações, deve estribar-se em três pilares: responsabilidade ambiental, economia sustentável e vitalidade cultural.

Isso tudo importa, numa apertada síntese, em se fazer um trabalho diuturno para destinar e reaproveitar os resíduos sólidos, oferecer água de qualidade, fornecer energia limpa, reaproveitar água da chuva, despoluir rios e igarapés, rearborizar as cidades, ofertar transporte alternativo e de qualidade à população, oferecer educação ambiental e opção de cultura e lazer, dentre outras medidas de igual natureza.

Neste sentido, no sentido de coadministração da sustentabilidade das cidades, eu me permito destacar a atuação do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, o qual já tive a honra de presidir entre os anos de 2020 e 2021:

- fomos os primeiros, na região, a incorporar a variável socioambiental como critério de avaliação da Administração Pública nas ações do controle externo;

- em relação à agenda de controle e prevenção ao desmatamento e queimadas, instaurarmos – e temos instaurado - inúmeros processos de representação junto aos municípios do Amazonas, para que tomem providências;

- temos uma parceria com o Tribunal de Contas da União para o monitoramento da auditoria operacional de unidades de conservação da Amazônia;

- instruímos as prefeituras do estado do Amazonas, alertando-as sobre a adoção de projetos e ações proativas de educação ambiental, a fim de evitar queimadas urbanas;

- na Escola de Contas Públicas temos promovido uma série de palestras, seminários e workshops, inclusive de alcance internacional, sobre o meio ambiente e a nossa Amazônia;

- o TCE-AM investiu, também, em energia solar, o que já importa em grande economia.

O resultado dessas ações ininterruptas e de várias administrações responsáveis e capazes, foi a outorga ao TCE-AM do Selo Verde de Monitoramento A3P do Ministério do Meio Ambiente do governo brasileiro, que estimula às instituições públicas do país a adotarem práticas de sustentabilidade.

Temos a plena consciência de que devemos proteger a nossa Amazônia, o que significa conservar e usar de maneira responsável, a maior floresta tropical do mundo, cuja extensão alcança 550 milhões de hectares em perfeita sintonia com o maior manancial hídrico de água doce superficial do mundo.

Protegê-la é também zelar pela maior concentração de biodiversidade, que reúne pelo menos 20% do total de espécies existentes no nosso planeta.

Protegê-la é trabalhar para assegurar qualidade de vida nas sedes urbanas, e nas comunidades ribeirinhas onde vivem brasileiros por vezes esquecidos.

Protegê-la compreende a implementação de atividades produtivas, especialmente na área de infraestrutura, de forma ambientalmente sustentável, pois o desenvolvimento deve ser de fato associado ao direito à qualidade de vida, seja na Amazônia ou nas demais regiões deste país.

O debate deste seminário é norteador de políticas públicas e indica que a política ambiental deve ser integrada e articulada entre estados e municípios, que há necessidade de diálogo com a sociedade civil e que a dimensão socioambiental deve ser inserida nas metas de crescimento econômico, não como obstáculo, mas como condição para um desenvolvimento maduro, sustentável e socialmente inclusivo de todas as populações.

Como já ensinava o grande professor Samuel Benchimol, um dos mais abalizados intérpretes da Amazônia, qualquer projeto que se pretendesse para a região deveria ser produto de uma “ocupação inteligente”, de modo que pudéssemos usar e fruir dos recursos naturais – renováveis ou não, sem que ocorra a sua extinção ou degradação.

Essa ocupação humana inteligente na Amazônia só teria sucesso, porém, se levasse em conta cinco condicionantes. teria que ser economicamente viável, ecologicamente adequada, politicamente equilibrada, socialmente justa e tecnologicamente eficiente.

O modelo de economia sobre o qual a Amazônia e, particularmente o Amazonas, em muito se desenvolveu no passado, foi, não custa lembrar, um modelo voltado para as nossas vocações: o da exploração da borracha. em 1876, antes que se levassem daqui as sementes de seringueira, que acabaram por ser plantadas pelos ingleses no sudeste asiático, o Brasil atendia a 95% do látex no mundo e 50% do PIB nacional vinha dessa atividade.

Em Manaus, por exemplo, construíram-se prédios lindos e suntuosos, como o teatro Amazonas, onde muitos artistas italianos, inclusive, trabalharam em sua construção. a nossa cidade chegou a ser chamada de a “Paris dos Trópicos”. muitos deles ainda permanecem.

Depois veio a quebra e a estagnação.

O advento da Zona Franca de Manaus, no final da década de 60 do século XX, trouxe, então, muito dinheiro e benefícios para a cidade. até hoje ela é considerada o fator preponderante para a manutenção por mais de 90% da floresta do Amazonas em pé!

Passados mais de 50 anos de Zona Franca de Manaus, é preciso, no entanto, trabalhar em modelos econômicos alternativos a ela, modelo econômico que aproveite de modo racional, com responsabilidade e de maneira sustentável os nossos recursos naturais.

Turismo, produtos da floresta, mineração (o gás está aí mesmo), os fármacos, os peixes, os mananciais de água doce e tanta coisa mais estão ao alcance das mãos dos amazonenses. certamente assim desenharemos um futuro melhor.

Este evento, que reúne conferencistas e debatedores de proa, de homens e mulheres de boa vontade, de pensamento, previdentes e de ação, é essencial.

Antigo ditado oriental diz que todas as flores do futuro estão contidas nas sementes do hoje. e hoje, aqui, neste histórico encontro, na Universidade de Bolonha, plantamos uma semente que pode, que deve e que vai frutificar! para o bem da Amazônia, da nossa gente e também da humanidade”.



Revista Justiça & Cidadania



Entrevista com o Relator-Geral da Constituição Cidadã, Senador Bernardo Cabral, por ocasião do aniversário de 33 anos da Lei Maior do País

Revista Justiça & Cidadania ¹

Da Redação

O que precisamos para alcançar a “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” de que fala o preâmbulo do texto constitucional? “Falta o que defino como realizar a Constituição, tarefa superior pela qual são responsáveis os agentes políticos dos três Poderes da República”, resume o Relator-Geral da última Assembleia Nacional Constituinte, Bernardo Cabral – bem definido por seu amigo de longa data, o jornalista Orpheu Salles, como a “alma” da Constituição Federal de 1988.

Essa visão assertiva e crítica foi construída durante uma longa trajetória de dedicação ao serviço público, que começou cedo. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas aos 21 anos, Bernardo Cabral foi advogado, delegado, promotor de Justiça, chefe de Polícia e secretário de Segurança Pública no seu estado de origem. Aos 27 anos foi nomeado chefe da Casa Civil do Governo e, em seguida, procurador do Estado do Amazonas. Aos 33 foi eleito deputado estadual e aos 35 deputado federal, cargo no qual, porém, permaneceu por apenas um ano, porque teve o mandato cassado pelo Ato Institucional nº 5, em dezembro de 1968, pelo incômodo que causava à ditadura com as opiniões que emitia na tribuna e nos meios de comunicação. A vocação para a liderança levou-o ao cargo de presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Mas a sua maior contribuição à República viria no final de 1980, quando com os direitos políticos restabelecidos foi eleito para compor a Constituinte. Posteriormente, Bernardo Cabral seria ainda eleito senador e serviria o País como ministro de Estado. “Era preciso, então, timoneiro à altura da desafiante empreitada de construir nova ordem constitucional, capaz de reunir num só bernal conhecimento técnico, liderança e experiência; haveria de trazer consigo os brilhos da lucidez, e da acuidade intelectual, a marca do descortino, o pendor nato para a conciliação e o respeito irrestrito à alteridade”, homenageou Orpheu Salles, fundador da Revista Justiça & Cidadania, em editorial que comemorou os primeiros 25 anos de vigência da Carta Cidadã. Nessa entrevista, com o desassombro de quem conhece o “edifício

¹ Esta entrevista foi originalmente publicada pela revista Justiça & Cidadania por ocasião das celebrações pelos 33 anos da CF. Pelo fato de ser um dos depoimentos mais completos sobre o tema concedido pelo nosso patrono, por não ter perdido a sua atualidade e devido à sua notável importância histórica, nós a replicamos agora, quando a Constituição Cidadã complete 35 anos de vigência.

democrático ”a partir dos seus alicerces e do alto dos seus 89 anos, com um olhar ainda aguçado e atento, o jurista amazonense apresenta sua visão sobre as alterações sofridas pela Constituição nas últimas três décadas e sobre as omissões dos agentes políticos dos três Poderes que, em sua opinião, impedem que algumas das mais elevadas aspirações dos constituintes possam alcançar a plena efetividade.

Revista Justiça & Cidadania – Com a perspectiva que os últimos 33 anos permitem, quais foram afinal os principais avanços da Constituição Federal de 1988?

Senador Bernardo Cabral – Esta, verdadeiramente, é uma Constituição cidadã. O exame sumário de seus Títulos reforça tal convicção. Eis os principais avanços: expressa consagração do respeito aos direitos humanos como princípio fundamental; o alargamento das garantias fundamentais, com ênfase para o habeas data, o mandado de injunção, a garantia do devido processo legal, o mandato de segurança coletivo, a imprescritibilidade de certos delitos gravíssimos, etc.; a consagração constitucional dos direitos fundamentais do trabalhador, com particular referência ao fortalecimento do sindicato e à ampliação do direito de greve; o fortalecimento e aumento de atribuições do Legislativo, que é a casa do povo, deslocando o Executivo da posição majestática, antes detida; os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais conferidas às comissões parlamentares de inquérito; a reformulação da partilha tributária, de sorte a viabilizar a Federação; a elaboração, por vez primeira, de uma estrutura integral da seguridade social; a total reformulação da disciplina fundamental da educação e da cultura, assentando a amplitude de seus fins e a generalização de seus beneficiários, priorizando o sistema público como destinatário dos recursos arrecadados da população; os capítulos absolutamente inovadores e exemplares da comunicação social, ciência e tecnologia, desportos; o do meio ambiente, primeira consagração mundial do tema em sede constitucional, com a dignidade de direito público subjetivo, de natureza difusa; o combate sem trégua à corrupção por meio do fortalecimento do Ministério Público; a preocupação específica com o idoso, a criança, o adolescente e o índio, todos enfim justamente considerados como titulares de atenção especial; a revalorização da família, com o reconhecimento de seu novo perfil e a abolição das discriminações entre os filhos; e o fim da censura.

Revista Justiça & Cidadania – Tivemos também retrocessos?

Senador Bernardo Cabral – A derrubada pelo Plenário do sistema parlamentarista de Governo, aprovado na Comissão de Sistematização. O texto do instituto da desapropriação para fins de reforma agrária, que ficou aquém do Estatuto da terra, do Governo Militar. O sistema financeiro nacional, com a aprovação dos incisos I, II, III e suas alíneas; IV, V, VI, VII, VIII e seus parágrafos, do art. 192. A forma pela qual foi feita a repartição das receitas tributárias. Atribuir

competência aos estados e Distrito Federal para instituir impostos sobre as operações relativas à circulação de mercadorias. A dubiedade na participação das entidades federativas no resultado da exploração de petróleo ou gás natural. A aplicação dos impostos de certas operações interestaduais caberem ao estado de origem. A não instituição de mecanismos de financiamento para programas de ciência e tecnologia e de fomento à pesquisa em saúde. Determinados artigos que não deveriam figurar no texto constitucional e sim em legislação infraconstitucional.

Revista Justiça & Cidadania – A “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” mencionada no preâmbulo da Carta Cidadã é mera utopia ou uma possibilidade ainda ao nosso alcance? O que falta para garantir maior efetividade a tão nobres aspirações?

Senador Bernardo Cabral – Falta o que defino como realizar a Constituição, tarefa superior pela qual são responsáveis os agentes políticos dos três Poderes da República; os congressistas, porque lhes cabe o dever, até aqui indiferente, de complementar e integrar o texto da Constituição; os magistrados nacionais, especialmente alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, porque há dispositivos constitucionais cujas virtualidades não foram exploradas pelo Judiciário; e, finalmente, o titular da Presidência da República que, lamentavelmente, vem mantendo o vezo eventual da hegemonia do Executivo, dando-lhe ares de presidencialismo imperial, quando mais salutar seria realizar integralmente o programa normativo da Constituição.

Revista Justiça & Cidadania – Com o arquivamento do relatório da Comissão Afonso Arinos pelo Presidente José Sarney – que se opunha à opção pelo parlamentarismo – a Constituinte teve que começar do zero, um trabalho hercúleo diante da sede de direitos da sociedade naquele momento, após um período de arbítrio que durou 21 anos. O que foi mais difícil no começo?

Senador Bernardo Cabral – O primeiro ponto a destacar diz respeito ao perfil do órgão ao qual foi atribuída a feitura do pacto fundamental. Diversamente do que antes ocorrera, e até em contrariedade ao que desejado por alguns, deliberou-se por partir do nada, para a elaboração de uma Lei Maior. Preferiu-se, à solida estaca de um anteprojeto – formulado por um jurista ou uma comissão deles – a abertura da senda constituinte a partir do próprio povo, seus anseios, suas ideias, suas necessidades, suas convicções. Algumas centenas de brasileiros receberam mandato, neste embutida a representatividade constituinte. Como essa legitimação era haurida e conferida sem limitações, que não as do próprio ato convocatório, decidiu-se pelo mais difícil e mais autêntico: estruturar aos poucos, tijolo sobre tijolo, piso sobre piso, o grande edifício da Constituição. Abriu-se mão da comodidade do pré-moldado e das estruturas pré-fabricadas, em nome da realização da edificação mais conforme à realidade do Brasil e dos brasileiros. Para

tanto, elegeu-se um método a ser utilizado pelo Congresso Constituinte que privilegiou a espontaneidade das contribuições ao invés de adotar um texto inicial, como disse antes, a partir do qual trabalharíamos. Era essa metodologia extremamente controversa, devido às suas características democráticas. Realizou-se amplo levantamento das aspirações nacionais, expressas pelos constituintes e também pelo próprio povo através das emendas populares. Nesse estágio, o objetivo era termos um documento que refletisse a consciência da maioria do povo. O mais difícil foi montar uma estrutura composta de subcomissões e comissões temáticas, que dariam uma visão da realidade brasileira que se mostrou específica e necessariamente parcial. Como resultado, temos hoje um documento no qual as diversas partes refletem diferentes posicionamentos ideológicos e, portanto, de difícil articulação numa proposta unificada. Tratou-se porém, apesar das críticas suscitadas, de um trabalho extremamente profícuo, que permitiu que soubéssemos aquilo que setores da sociedade majoritariamente tinham a propor.

Revista Justiça & Cidadania – Como foi o seu processo de escolha como relator-geral?

Senador Bernardo Cabral – Ao invés de ser o relator-geral uma escolha do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte ou do Líder do PMDB, Ulysses Guimarães e Mário Covas, respectivamente, ela partiu da bancada “pmdebista”, então majoritária. Os candidatos eram três: Fernando Henrique Cardoso, Pimenta da Veiga e eu. A eleição transcorreu em dois turnos. Na primeira votação, Fernando Henrique foi eliminado por obter apenas 81 votos, enquanto Pimenta da Veiga e eu conseguimos 86 votos, cada. Na segunda votação, Pimenta da Veiga teve 90 votos e eu alcancei 111 votos da bancada. Assim, tornei-me o único relator a ser eleito pela própria bancada do PMDB.

Revista Justiça & Cidadania – Uma crítica frequente é a de que a Constituição é longa demais, com seus 245 artigos? O que “sobrou” e o que faltou colocar na Carta?

Senador Bernardo Cabral – O seu texto é longo em função da época em que foi elaborado, não se pode esquecer o seu instante histórico. É que participaram da sua feitura políticos cassados, guerrilheiros, banidos, revanchistas, funcionários públicos demitidos ou aposentados pelos atos institucionais, etc., que, portanto, contribuíram para esse “tamanho excessivo”. Com a agravante de estarmos saindo de um período obscurantista, sem ter sido possível prever que o muro de Berlim cairia logo depois, o comunismo seria implodido e a dicotomia que separava o mundo em regime comunista (então o texto saído das comissões temáticas era composto de 2.500 artigos, os quais foram reduzidos para 245 e, URSS) e regime capitalista (EUA) daria lugar à globalização da economia. De qualquer sorte, recorde que assim mesmo, impossível de produzir um mais enxuto. O que faltou na

Carta foi o grande erro cometido pela maioria dos constituintes, na votação em Plenário, ao derrotar o sistema parlamentarista de governo. Erro, aliás, pela vaidade de uns, ambição de outros e incompreensão de muitos, uma vez que os presidencialistas mantiveram o instituto da Medida Provisória e, com isso, o resultado funesto da transformação do presidente da República no papel de usurpador das funções do Congresso Nacional.

Revista Justiça & Cidadania – O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa uma revisão constitucional cinco anos após a promulgação, o que não ocorreu. Será essa a causa da pródiga produção de emendas constitucionais? Ficou a Constituição à mercê dos que querem alterá-la movidos por interesses meramente circunstanciais?

Senador Bernardo Cabral – É razoável supor que a “pródiga produção de emendas constitucionais” transformou a Constituição em veículo para emendá-la (mais de algumas centenas, parecendo um “canteiro de obras”), “por interesses meramente circunstanciais”, à exceção honrosa das que surgem em favor da coletividade.

Revista Justiça & Cidadania – O sistema de freios e contrapesos delineado em 1988 continua adequado à manutenção da harmonia entre os poderes nos dias de hoje?

Senador Bernardo Cabral – A meu ver, sim, porque vem garantindo o regime democrático e contornando as crises políticas costumeiras do passado.

Revista Justiça & Cidadania – Quais são as semelhanças e as diferenças no ambiente político de hoje, em Brasília, em comparação à época em que o senhor foi deputado constituinte, senador da República e ministro de Estado?

Senador Bernardo Cabral – Se formos retroagir no tempo, entendo que as diferenças são maiores, uma vez que, na atualidade, os que formam o ambiente político – salvo honrosas exceções – são pessoas muito mais voltadas para suas ambições pessoais do que para os interesses da sociedade.

Revista Justiça & Cidadania – Vivemos um momento turbulento, que envolve inclusive conflitos entre os Poderes. O senhor enxerga algum risco de quebra da normalidade democrática?

Senador Bernardo Cabral – A meu ver, não. Até porque não é de bom senso que uma comunidade política tente aprovar uma ruptura político-institucional e, conseqüentemente uma ditadura – apenas para servir ao mundo da miudeza do varejo das ambições inqualificáveis de um “salvador da pátria”.

Revista Justiça & Cidadania – O Supremo Tribunal Federal tem cumprido o seu papel como protagonista da defesa da Constituição e dos valores democráticos?

Senador Bernardo Cabral – O Supremo Tribunal Federal perdeu aquela reverência de que desfrutava no passado não tão longínquo – comecei a advogar em 1955, sou da turma de 1954 e frequento o STF desde 1960. O que é mais grave: recebe críticas as mais diversas, em virtude de alguns incidentes de percurso. Todavia, é da sua competência “precipuamente, a guarda da Constituição”, como se vê no art. 102.

Revista Justiça & Cidadania – A Câmara dos Deputados acaba de votar o projeto do Código Eleitoral, que agora segue para o Senado. Qual é a sua opinião a respeito das mudanças propostas, como a quarentena eleitoral para magistrados e a censura para a divulgação de pesquisas às vésperas das eleições?

Senador Bernardo Cabral – Mudança com a finalidade determinada de prejudicar alguém, diretamente, ou de utilizar da “censura para a divulgação de pesquisas às vésperas das eleições”. Sou contra!

Revista Justiça & Cidadania – Todas as vezes em que se discute a reforma política ou eleitoral esbarra-se no fato de que essa iniciativa cabe ao Congresso, cujos membros foram eleitos pelo sistema em vigor. Acha factível que os atuais deputados e senadores tenham o espírito público e a vontade política necessários ao aperfeiçoamento do modelo atual? Quais caminhos devem ser percorridos para que tenhamos mudanças positivas nesse cenário?

Senador Bernardo Cabral – Participo da corrente que não crê seja factível que os atuais congressistas tenham o necessário espírito público para se levar a efeito uma reforma política ou a reforma do sistema eleitoral. Daí, respondo à indagação com muita simplicidade. Basta que os detentores do Poder tenham ânimo – ou vontade política – para tanto e, sobretudo, respeito ao povo brasileiro. Vale dizer: vergonha na cara!

Revista Justiça & Cidadania – Um das promessas cumpridas pela Constituição de 1988 foi a promoção do acesso à Justiça. Hoje, contudo, há mais de 100 milhões de processos judiciais em tramitação, demanda que excede em muito a capacidade da nossa Justiça, apesar de, ou justamente por isso, ser o nosso Poder Judiciário um dos mais produtivos do mundo. Qual é o caminho para conter a judicialização excessiva?

Senador Bernardo Cabral – A judicialização excessiva tem motivado o emperramento do Poder Judiciário porque ela não consegue esconder, suficientemente, certos vícios de origem: a) a notoriamente baixa qualificação das

levas de bacharéis em Direito expelidas por faculdades de Direito de todos os calibres, cujas deficiências curriculares, docentes e discentes, vêm sendo expostas enfaticamente pelos exames da OAB; b) a aguda deficiência numérica de magistrados; c) a contaminação política de alguns prestadores de jurisdição; d) as deficiências no processo legislativo, a jorrar ao País leis imperfeitas, contraditórias, irrefletidas, assistemáticas e pontuais; e) os descabidos e superados privilégios processuais das entidades estatais; f) a predominância do formalismo e do hermetismo processuais; g) a irracionalidade do sistema recursal; e h) os abusos processuais do Poder Público, já apontados, em emendas de acórdãos, até pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Destarte, “o caminho para conter a judicialização excessiva” não será o das soluções improvisadas, mas o sacrifício de todos, eis que o acesso à Justiça é uma das questões mais importantes da moderna história republicana. O nosso Poder Judiciário, sem dúvida um dos mais produtivos do mundo, precisará sempre de muita colaboração e compreensão.

Revista Justiça & Cidadania – Considerando vossa relevância para o Brasil, o senhor está envolvido em novos projetos?

Senador Bernardo Cabral – Não. Após 50 anos de vida pública, agora o meu único projeto é dedicar-me à esposa Zuleide, ao filho Júlio, aos cinco netos – Márcia, Ana Carolina, Julinho, Gabriela e Giovana – e às duas bisnetas, Maria Júlia e Isabela.



Casa de Bernardo Cabral

ACADEMIA DE CIÊNCIAS E LETRAS JURÍDICAS DO AMAZONAS

Sócios fundadores



J. Bernardo Cabral
Cabral nº 01



José Roberto Tadros
Cabral nº 02



Mauro Campbell Marques
Cabral nº 03



Flávio Pascarelli
Cabral nº 04



Galvano Antonaccio
Cabral nº 05



José Santos Soares de Lima
Cabral nº 06



Leticiana de Figueiredo
Cabral nº 07



Ari Mourinho
Cabral nº 08



Lailayette Carreto Vieira
Cabral nº 09



Romir Pessoa Figueira
Cabral nº 10



Arnaldo Carpinheiro Pires
Cabral nº 11



Mariatides Lima
Cabral nº 12



Adalberto Carim Antunes
Cabral nº 13



Paulo André Lopo Goulart
Cabral nº 14



Pontes Filho
Cabral nº 15



Rosina Rita Inez Daquena
Cabral nº 16



Jaiza Fraxo
Cabral nº 17



Jussara Paredes
Cabral nº 18



Fábio Ribeiro de Neres Neto Pa
Cabral nº 19



Edson Roberto Júnior
Cabral nº 20



Lúcia Viana
Cabral nº 21



Marta das Graças Figueiredo
Cabral nº 22



João Antonio Lopes
Cabral nº 23



Edmilson Dantas Júnior
Cabral nº 24



Pires Valde Coelho Horta
Cabral nº 25



Anselmo Azevedo
Cabral nº 26



Arnaldo Martins da Costa
Cabral nº 27



João de Carmo Ribeiro Filho
Cabral nº 28



Sérgio Arrêde de Lima Filho
Cabral nº 29



Lígia Mendonça de Sousa
Cabral nº 30



Luis Carlos Valério
Cabral nº 31



Paulo Fernando de Brito Pinho
Cabral nº 32



João César Lima Brandão
Cabral nº 33



Pedro Lucas Lindoso
Cabral nº 34



Leopoldo de Sá Nogueira
Cabral nº 35



Arturdo Porto
Cabral nº 36



José Alberto Ramos Brandão Filho
Cabral nº 37



Odemir Sá Valente
Cabral nº 38



Fábio Mendonça
Cabral nº 39



Mário Azevedo
Cabral nº 40



Paulo de Araújo Brandão
Cabral nº 41



Wilmarley Souza Oliveira
Cabral nº 42



Jorge Pinho
Cabral nº 43



Mauro Soares de Moura
Cabral nº 44



José Russo
Cabral nº 45



Evandro Passos de Farias
Cabral nº 46



Paulo José Pereira Trindade Junior
Cabral nº 47



Herbert Carneiro Moreira
Cabral nº 48



Sálvia Haddad
Cabral nº 49



Adriana Le-Faivel Mendonça
Cabral nº 50



Sebastião Marcolino Gomes
Bibliotecário e Secretário

Foi professor e diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas, a Velha Jaquirã, participou das tratativas para a implementação da ACLJA, veio a falecer um ano antes da posse.



Casa de Bernardo Cabral ACADEMIA DE CIÊNCIAS E LETRAS JURÍDICAS DO AMAZONAS

SÓCIOS HONORÁRIOS



Ricardo Bezerra
Sócio Honorário



André A. Malcher Malin
Sócio Honorário



Mário de Mello
Sócio Honorário



Rita de Cássia Lou de Bussato
Sócio Honorário



Creuzota Salgado
Sócio Honorário



Emanuel Hanson
Sócio Honorário

SÓCIOS BENEMÉRITOS



Renato Cal F. de Aguiar
Sócio Benemérito



Robinson Pinheiro da Silva
Sócio Benemérito

SÓCIOS CORRESPONDENTES



Roberto Victor Pereira Siqueira
Sócio Correspondente



Roberto José de Mattos Nogueira
Sócio Correspondente



Casa de Bernardo Cabral
ACADEMIA DE CIÊNCIAS E
LETRAS JURÍDICAS DO AMAZONAS

GALERIA DA SAUDADE

“A saudade é a vitória do amor sobre o tempo e sobre a distância”.

EVANDRO LINS E SILVA

Obrigado, Marcelice, Adalberto, Liana e Alcemir. A trajetória laboriosa de vida de vocês, dedicadas ao estudo do direito e à aplicação da justiça, sempre será referência e farol para todos nós.



Marcelice Norvaldes Gomes
Advogada e Magistrada



Adalberto Carlos Antunes
Advogado e Magistrado



Liana Wanderley de Souza
Advogada e Magistrada



Alcemir Pires Figueiredo
Advogado e Magistrado



MEDALHA BERNARDO CABRAL DA ACLJA



A Medalha Bernardo Cabral é a maior distinção da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA). Ao longo do tempo e até hoje, por escolha pessoal e excepcional de seu patrono, foram com ela agraciados: José Roberto Tadros, Júlio Antonio Lopes, Amazonino Armando Mendes, Félix Valois Coelho Júnior, José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral, Mauro Campbell Marques, Marco Aurélio de Lima Choy, Mário Jumbo Miranda Aufero, Gaitano Laertes Pereira Antonaccio.

COLAR ACADÊMICO

O Colar Acadêmico da ACLJA foi idealizado por Júlio Antonio Lopes. Ao centro e ao fundo figura o prédio da antiga Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (Ufam), localizado na praça dos Remédios, centro histórico de Manaus. Acima do prédio, a balança e a abreviação do nome da Academia, qual seja, ACLJA. No segundo círculo, parte superior, encontra-se o nome por extenso da entidade: Academia de Ciências e Letras Jurídicas do



Amazonas; no círculo inferior, o seu dístico “O direito é a justiça iluminada pela moral”, frase do jurista Clóvis Bevilácqua. Na parte posterior está grafado: “Casa de Bernardo Cabral - Fundada em 13/07/2017”.

HINO DA ACADEMIA DE CIÊNCIAS
E
LETRAS JURÍDICAS DO AMAZONAS (ACLJA)

Composição: Armando de Paula, Júlio Antonio Lopes, Rosejane da Mota Farias e Wandertan Paulino da Silva.

Amanaus - AM, 13 de Março de 2020

INTRODUÇÃO

7
15
21
28
34
40
46
53
58

As li-nhas que com põ-em'a nos-sa'his - tó - ria Te-cem tra-mas de ba-
 ta-lhas pe-lo tem-po Bor-dam ver-sos no te - ci-do da me - mó - ria Num po
 e - ma de a - mor e sen - ti - men - to. São as do-res tão so - fri-das trans-for-
 ma - das Em bri-lhan-tes pe - lo nos - so pen - sa - men - to, Que'es-cre
 ve-mos nos pa - pi-ros do des - ti - no, O ca - mi-nho do nos - so me-lhor mo
 men - to. De'um pas - sa - do de lu - tas e gló - rias Ho-mens li - vres
 fi - lhos des - te chão É nas le - tras que'en-con - tram a
 paz, a jus - ti - ça e a u - ni - ão

Copista: Elson Arcos

2

63

 Es - cri - to - res va - len - tes guer - rei - ros. Que nun - ca fo - gem da

70

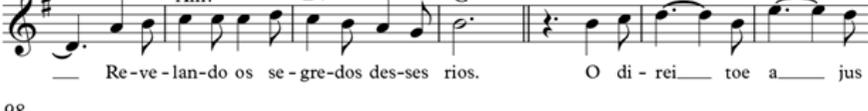
 lu - ta, En - fren - tan - do as cor - ren - te - zas, Os ban - ze -

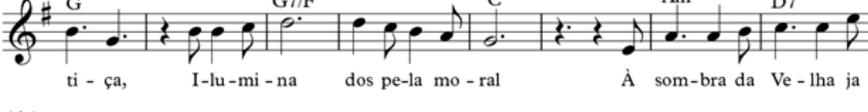
77

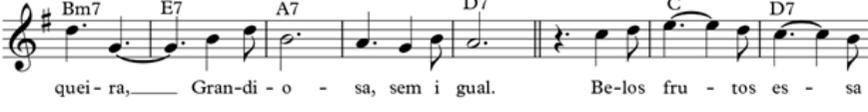
 ros e as la - bu - tas A - ca - de - mi - a de ci - ên - cias e Le - tras Ju -

84

 ri - di - cas no Bra - sil A flo - res - cer no co - ra - ção da A - ma - zô - nia, -

91

 Re - ve - lan - do os se - gre - dos des - ses rios. O di - rei toe a jus

98

 ti - ça, I - lu - mi - na dos pe - la mo - ral À som - bra da Ve - lha ja

106

 quei - ra, Gran - di - o - sa, sem i gual. Be - los fru - tos es - sa

114

 ár - vo - re, Con - ce - deu - nos Ber - nar - do Ca - bral, Re - la - tor da

121

 Cons - ti - tu - in - te, Ci - da - dão, Co - ra - jo - so, i - mor

126

 tall tall



Casa de Bernardo Cabral

e-mail: aclja.2017@gmail.com
whatsapp: (92) 98133-7061

“É com muita alegria que apresentamos a edição de nº02 da Revista da Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas (ACLJA), a qual, nos seus seis anos de existência e com todas as dificuldades naturais das agremiações literárias pelo restante do país, possui uma produção intelectual robusta.

Basta dar uma olhada na página aclja.com para verificar tal fato. Ali estão expostas, para manuseio e download gratuitos, diversos exemplares digitais de obras que levam o selo do Silogeu ou que, de autoria de nossos confrades e congreiras, foram disponibilizados generosamente ao público em geral. Sem nenhuma favor, a Academia de Ciências e Letras Jurídicas do Amazonas é um estrela que brilha nos cenários local e, sobretudo, nacional.”

