



REDUnB

REVISTA DOS ESTUDANTES DE DIREITO DA UNB

25.^a Edição



UnB

**Universidade de Brasília
Faculdade de Direito**

Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília

25.^a Edição

copyright © 2025 por RED | UnB

Editoração e Revisão

**Corpo Editorial da Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília
(RED | UnB)**

**Diagramador: Marcelo Ishii
Capa: Geórgia de Souza Tenorio**

Apoio:



DIREITO



EDUARDO FERRÃO

ADVOGADOS ASSOCIADOS

**MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES**
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

34(05)	<p>Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília / Universidade de Brasília. – n. 25 (2024) – Brasília: RED UnB, Semestral</p> <p>ISSN 1981-9684 (impresso) ISSN 2177-6458 (eletrônico)</p> <p>1. Direito – Periódicos. I. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília.</p>
--------	---

CONSELHO EDITORIAL¹

Ana Júlia Dimatteu
Gabriel Santana Spillari
Ana Cecília de Moraes Corrêa
Isabella Diniz da Rocha
Mayara Rodrigues de Sousa
Yngrid Lorrany dos Santos Rodrigues

EDITORES-ASSISTENTES

Ana Luiza Alves Rodrigues
Ana Luiza Nogueira Braga
Andressa Alves Menezes
Bianca Miranda Soares
Diogo André Bezerra de Medeiros
Eduardo Monteiro Rodrigues da Cunha
Gabriel Almeida Cotrim do Nascimento
Geovanna Nayara Pereira Aguiar
Isabela Frisso de Oliveira
Isadora Aires Schwarz Viana
Larissa Maria do Nascimento Almeida
Letícia Pádua Pereira
Maria Eduarda Arcoverde de França Pereira
Maria Eduarda Ornelas
Maria Laura do Nascimento Almeida
Pedro Henrique Santos da Silva
Raquel Cardoso Ribeiro
Sabriny Pereira Leite
Sarah de Sousa Santana Rosa
Tainá Vieira de Oliveira
Tamiris Andrade Vieira

¹ A Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED | UnB) é composta por estudantes da graduação da Faculdade de Direito da UnB.

CONSELHO CONSULTIVO
PROFESSORES CONSELHEIROS

Prof.^a Dr.^a Claudia Rosane Roesler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Diego Herrera Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Pedro Felipe de Oliveira Santos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)

PARECERISTAS

Prof. Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Alex Lobato Potiguar (Universidade Federal do Pará, PA, Brasil)
Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa (Universidade do Vale do Itajaí, SC, Brasil)
Prof. Dr. Álvaro Augusto Camilo Mariano (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Prof. Dra. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Amelia do Carmo Sampaio Rossi (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dra. Ana Catarina Zema de Resende (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. André Peixoto de Souza (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dra. Andressa Regina Bissolotti dos Santos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. Antônio Gomes de Vasconcelos (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dra. Bartira Macedo de Miranda (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (Universidade Federal de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Me. Bruno Milenkovich Caixeiro (Universidade Federal de Rondônia)
Prof. Me. Camilli Meira Santos Silva (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul)
Prof. Dr. Celso Naoto Kashiura Júnior (Faculdade de Direito de Sorocaba, SP, Brasil)
Prof. Dra. Clarice Beatriz da Costa Sohngen (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Dra. Cláudia Luiz Lourenço (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Prof. Dr. Cláudio Finkelstein (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Claudio José Langroiva Pereira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Dra. Cynara Monteiro Mariano (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Daniel Martins Boulos (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Daniel Penteado de Castro (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Diógenes Faria de Carvalho (Universidade Federal de Goiás, GO, Brasil)
Prof. Me. Eduardo André Carvalho Schiefler (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Viana Portela (Universidade Federal da Bahia, BA, Brasil)
Prof. Dr. Eduardo Xavier Lemos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza (Universidade Federal de Pernambuco, PE, Brasil)
Prof. Dr. Evandro Carlos Garcia (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, MS, Brasil)
Prof. Dr. Evandro Piza Duarte (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Fábio Carvalho Leite (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Felipe Fernandes de Carvalho (Universidade de Brasília e Universidade de São Paulo, DF e SP, Brasil)
Prof. Dr. Fernanda Claudia Araujo da Silva (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Fernando Antonio Tasso (Universidade Nove de Julho, SP, Brasil)
Prof. Dr. Fernando Hugo Rabello Miranda (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dra. Gabriela Garcia Batista Lima Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Gisele Guimarães Cittadino (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Oliveira Lemos (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Guilherme Scotti Rodrigues (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo José Mendes Tepedino (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Gustavo Osna (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dra. Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Henrique Garbellini Carnio (Universidade Presbiteriana Mackenzie, SP, Brasil)
Prof. Dr. Igor de Lucena Mascarenhas (Universidade Federal do Paraná, PR, Brasil)
Prof. Dr. Ivani Contini Bramante (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Me. Leonardo Massud (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Lucas Fucci Amato (Universidade de São Paulo, SP, Brasil)
Prof. Dr. Luis Flávio Saporì (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Magno Luiz Barbosa (Universidade Federal de Uberlândia, MG, Brasil)
Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (Universidade Federal de Pelotas, RS, Brasil)
Prof. Dra. Me. Maria Brasil de Lourdes Silva (Universidade Federal do Pará, PA, Brasil)

Prof. Me. Nicolao Dino de Castro e Costa Neto (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualeto (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. Otávio Souza e Rocha Dias Maciel (Universidade de Brasília e Universidade do Distrito Federal Jorge Amaury, DF, Brasil)
Prof. Me. Patrícia Gasparro Sevilha Greco (Universidade Estadual de Londrina, PR, Brasil)
Prof. Dra. Raquel Coelho de Freitas (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dr. Regoberto Marques de Melo Junior (Universidade Federal do Ceará, CE, Brasil)
Prof. Dra. Roberta Maia Gresta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Roberto França de Vasconcellos (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. Rodrigo Fernandes Rebouças (Fundação Getúlio Vargas, SP, Brasil)
Prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, RS, Brasil)
Prof. Me. Rodrigo Lobo Canalli (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dra. Roseli Rêgo Santos Cunha Silva (Universidade de Brasília e Universidade Federal de Tocantins, DF e TO, Brasil)
Prof. Dr. Tarek Moyses Moussallem (Universidade Federal do Espírito Santo, UFES, Brasil)
Dra. Thays Edith Coimbra Sampaio (Centro Universitário de Brasília e Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)
Prof. Me. Thiago Guimarães Moraes (Universidade de Brasília, DF, Brasil)
Prof. Dr. Vinicius de Souza Faggion (Universidade Estadual de Minas Gerais, MG, Brasil)
Prof. Dr. Waldemar de Albuquerque Aranha Neto (Universidade Federal do Paraíba, PB, Brasil)
Prof. Me. Wellington Pantaleão da Silva (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, DF, Brasil)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	10
<i>Ana Cecília de Moraes Corrêa</i>	
<i>Letícia Pádua Pereira</i>	
ASPECTO INTERNO, PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO NA OBRA DE HERBERT HART	12
<i>Paulo Roberto Lyrio Pimenta</i>	
NIKLAS LUHMANN E LIMITES DECISÓRIOS DO SISTEMA JURÍDICO: REFLEXÕES SISTÊMICAS.....	22
<i>Por Ulisses Schwarz Viana</i>	
A FUNÇÃO CRIADORA DOS TRIBUNAIS: PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIROS À LUZ DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN	40
<i>Geórgia Fernandes Vuotto Nievas</i>	
O DIREITO BRASILEIRO E O MARXISMO: A CRÍTICA À TEORIA GERAL DO DIREITO NA EPISTEMOLOGIA DE MASCARO	53
<i>João Vitor Dias Oliveira</i>	
POR QUE HISTÓRIA NO DIREITO?.....	68
<i>João Vitor Dias Oliveira</i>	
O BRASIL PRECISA DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO? REFLEXÕES A PARTIR DO DIREITO COMPARADO.....	83
<i>Cesar Rodrigues van der Laan</i>	
DISTANCIAMENTO POLÍTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESAFIOS SOCIAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	99
<i>Cristiano Brilhante de Souza</i>	
ESTADO DE EXCEÇÃO E NECROPOLÍTICA: A CONSTRUÇÃO DA “CRISE”	116
<i>Letícia da Costa Brasil</i>	
QUESTÕES EMERGENTES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS SURDAS NA BAHIA	134
<i>Natália Ferreira Nepomuceno</i>	

NATUREZA JURÍDICA DO DESPACHO DE RESERVA: DECISÃO JUDICIAL OU MERO DESPACHO?	153
<i>Júlio César Ferreira</i>	
<i>Gustavo Machado</i>	
LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER DESAPROPRIATÓRIO: IMPLICAÇÕES E ENTENDIMENTOS DA “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”	171
<i>Pedro Trajano</i>	
A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: COMO SERVIDORES DEMITIDOS ILEGALMENTE PODEM RETORNAR AO CARGO?	188
<i>Kelhys Louzeiro de Souza</i>	
RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: O IMPACTO DO FILTRO DE RELEVÂNCIA NA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL	212
<i>Manuela Rabello Chaves Freitas</i>	
O INSTITUTO DA RETRATAÇÃO E O CRIME DE CALÚNIA COMETIDO EM AMBIENTE VIRTUAL	235
<i>Nicole Ferro Antunes de Oliveira</i>	
<i>Julio Cesar da Motta Silva</i>	
INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS ALGORITMOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS: CONFINAMENTO VIRTUAL E MANIPULAÇÃO MERCADOLÓGICA.....	248
<i>João Mário Martins Gonzales</i>	
A ECONOMIA DO CUIDADO E A DESIGUALDADE DE GÊNERO: COMO A REFORMA TRIBUTÁRIA IMPACTA AS MULHERES?	267
<i>Beatriz Ribeiro Silva</i>	
<i>Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa</i>	
DIREITOS AMBIENTAIS E DIREITOS TRABALHISTAS NA COMUNIDADE DE PESCADORES DA RAPOSA	286
<i>Lara Castelo Branco Gedeon</i>	
<i>Marcos Paulo Soares Pestana</i>	
<i>Michele Reis Batista</i>	
<i>Rafaela Bogéa Santos Oliveira</i>	
DEZ ANOS DE PROJETO VEREDICTO: EVOLUÇÃO E IMPACTO DA ÁREA DE PESQUISA JURÍDICA EXTENSIONISTA	305
<i>Cesar Rodrigues van der Laan</i>	
<i>Giovana Alencar da Costa</i>	
<i>Lucas Nepomuceno Macedo de Deus</i>	
<i>Ana Vitória Gomes de Oliveira Vieira</i>	

**A REGRAVAÇÃO DE MÚSICAS COMO ESTRATÉGIA PARA
RECUPERAÇÃO DE DIREITOS CONEXOS: ESTUDO DO CASO DAS
REGRAVAÇÕES DE ÁLBUNS DA CANTORA TAYLOR SWIFT PELAS
PERSPECTIVAS BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE 321**

Ana Clara dos Santos Seares

Mariana Armiliatto Pacheco

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA SOBRE BENS MÓVEIS NOS
CONTRATOS BANCÁRIOS: UM ENSAIO SOBRE OS ASPECTOS
JURÍDICOS, ECONÔMICOS E SOCIAIS DO DECRETO-LEI N.º
911/69 E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FRENTE AO *PACTA
SUNT SERVANDA*.....338**

Damião Benilson Gomes de Melo

É com entusiasmo e gratidão que apresentamos à comunidade acadêmica o marco da 25ª Edição da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED | UnB).

O trabalho coletivo lastreia a atuação do Corpo Editorial por gerações de editores responsáveis por conservar, fomentar e modernizar a atuação íntegra deste periódico. O marco da 25ª Edição se deve ao incansável empenho geracional dos editores, que são capazes de equilibrar a exaustiva rotina da graduação juntamente ao escopo autônomo de materializar a extensa carga de demandas necessárias para materializarmos os exemplares.

Nesta edição, temos a oportunidade de reconhecer e celebrar a trajetória da gestão de 2024, da qual tivemos a honra de fazer parte. Embora muitos dos frutos desta gestão só tenham sido oficialmente lançados agora, seu legado é evidente e fundamental para o sucesso da presente edição. A gestão passada foi marcada pelo semear de iniciativas que, ao longo do tempo, geraram múltiplos frutos para a atual equipe editorial e para a revista como um todo, fortalecendo nossa missão de fomentar a produção acadêmica e o debate jurídico de qualidade.

Exemplo vivo dos marcos reputacionais fortificados no ano de 2024, foi a realização do 4.º curso de curta duração! Foi sob o empenho da gestão de 2024 que realizamos, a partir de um trabalho diligente e de excelência operado pela integralidade do corpo editorial, o curso sobre Arbitragem (“Arbitragem como caminho alternativo: uma introdução”), evento que contou com a imprescindível colaboração das integrantes Maria Laura Almeida (Editora-Assistente de Projetos) e Letícia Pádua (então Editora-Assistente de Projetos).

Ao longo da leitura da presente edição, o leitor irá se deparar com uma pluralidade de temas e de estudantes – temos bacharéis, mestrands, mestres e doutores – vinculados a instituições das múltiplas regiões brasileiras. Para nós, é orgulho imensurável que a RED | UnB se tornou este espaço de encontro da pesquisa de regiões que extrapolam nosso campo de atuação dominante – o Centro-Oeste. Além dos nossos autores, o agradecimento especial é direcionado aos nossos pareceristas que seguem os parâmetros de diversidade regional.

Apresentamos, ainda, 2 (dois) artigos convidados, frutos da gentileza e excelência de nossos queridos Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta e Dr. Ulisses Schwarz Viana.

Os artigos dialogam diante de consagrados autores do direito, de forma que o primeiro deles “*Aspecto Interno, Ponto de Vista Interno e Externo na obra de Herbert Hart*” nos foi apresentado pelo Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta, de modo a navegar os aspectos interno e o ponto de vista interno e externo expostos na obra “*O conceito de Direito*”, de Herbert Hart.

O segundo artigo, denominado “*Niklas Luhmann e limites decisórios do sistema jurídico: reflexões sistêmicas*”, foi produzido pelo excelente e exemplar Dr. Ulisses Schwarz Viana, resultado das anotações para apresentação no *Workshop “Modelos Filosóficos de Decisión Judicial”* do Congresso Iberoamericano de Filosofia Jurídica e Social, Buenos Aires, outubro de 2014.

Não poderíamos finalizar sem expressar nossa profunda gratidão aos nossos parceiros, que tornam possível a continuidade e o aprimoramento deste projeto: tanto ao escritório **MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES SOCIEDADE DE ADVOGADOS**, bem como ao escritório **EDUARDO FERRÃO ADVOGADOS ASSOCIADOS**. O apoio institucional é continuamente fundamental para que sigamos promovendo o desenvolvimento da pesquisa jurídica e a formação de futuros profissionais comprometidos com a justiça e o conhecimento.

A todos que acompanham a RED | UnB na qualidade de leitores, autores, admiradores e, principalmente, aos membros do corpo editorial, nosso agradecimento caloroso pelo prestígio e confiança. Desejamos que a leitura integral desta 25ª edição os inspire e contribua para a formação de um ambiente acadêmico colaborativo e repleto de novos aprendizados, sintonizado com os princípios basilares da atuação geracional da Revista dos Estudantes de Direito da UnB (RED | UnB).

Com nossos votos de uma boa e frutífera leitura,

Ana Cecília de Moraes Corrêa

Leticia Pádua Pereira

ASPECTO INTERNO, PONTO DE VISTA INTERNO E EXTERNO NA OBRA DE HERBERT HART¹

INTERNAL ASPECT, INTERNAL AND EXTERNAL POINT OF VIEW IN THE WORK OF HERBERT HART

Paulo Roberto Lyrio Pimenta²

1. DELIMITAÇÃO DO ESTUDO

A obra de Herbert Hart, intitulada “O Conceito de Direito”, publicada inicialmente em 1961, é uma das mais importantes para a Teoria e a Filosofia do Direito, representando uma grande contribuição para o estudo de diversos temas.

Embora seja suscetível de várias críticas, não se pode negar o legado incomensurável deixado por esse autor, que pode ser colocado ao lado de Hans Kelsen e de Alf Ross como um dos maiores jusfilósofos do século passado.

O presente estudo busca examinar apenas dois temas dessa obra: aspecto interno e o ponto de vista interno e externo. Objetivar-se-á gizar os conceitos, enfatizando o significado e importância que apresentam na obra do autor epigrafado.

Uma análise crítica da matéria também será apresentada, em uma tentativa de estimular o debate e a discussão acerca da grande contribuição dada por Hart sobre a matéria.

2. ESBOÇO DA TEORIA DAS REGRAS SOCIAIS DE HERBERT HART

Hart apresenta em sua principal obra, “O Conceito de Direito”, o sistema jurídico como um sistema de regras sociais. “Sociais” aparece em um duplo sentido, como defende MacCormick, porque regulam a conduta dos seres que vivem em sociedade, e porque sua origem e existência decorrem exclusivamente de práticas sociais³ (p.35).

Ele rompe com o imperativismo de John Austin, sustentando que direito, moral e coerção são domínios distintos, embora estejam relacionados. Para o autor, o direito apresenta um tipo de obrigação que não equivale à obrigação pela força, nem com a obrigação moral.

Segundo Hart, existe um outro tipo de obrigação, a jurídica, que não é física nem moral.

1 O texto foi originalmente publicado em: Pimenta, Paulo Roberto Lyrio. Aspecto interno, ponto de vista interno e externo na obra de Herbert Hart. In: Walber Carneiro; Cláudia Albagli Nogueira; Geovane de Mori Peixoto. (Org.). Direito – Fenomenologia e Crítica. 1 ed. Salvador: Ordem dos Advogados do Brasil, 2025, v. 1, p. 108-117.

2 Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Mestrado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1997). Estágio Pós-Doutoral pela Ludwig-Maximilians-Universität, München (Universidade de Munique, Alemanha). Graduação em Direito pela Universidade Federal da Bahia (1990). Professor Titular de Direito Tributário e Direito Financeiro da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Juiz Federal na Bahia. Autor do livro “Curso de Direito Tributário (2025) - Conforme Regulamentação da Reforma Tributária”.

3 *H.L.A Hart*, MacCormick, Rio de Janeiro, Elsevier, 2010, p.35.

Enquanto a obrigação física pode ser descrita apenas em termos externos, eis que se relaciona ao uso da força, a moral é descrita com um componente interno. Já obrigação jurídica, necessita de um componente externo (comportamento) e um interno (uma atitude).

Essa é a linha principal do “Conceito de Direito”. Como isso pode ser possível? A partir do momento em que o Direito possa ser compreendido como uma união entre regras primárias e secundárias.

Pois bem. Iniciando o seu trabalho, no capítulo I, Hart formula, inicialmente, o problema a ser enfrentado: a existência de uma divergência entre os teóricos acerca da definição de Direito.

Para ele, essa divergência existe porque não é estabelecida uma diferenciação entre a obrigação jurídica, a coerção e a obrigação moral.

Hart prossegue, asseverando que o critério de identificação do Direito e o problema de sua unidade estão interligados. Em seguida, começa a examinar as regras sociais, afirmando a insuficiência das teorias existentes a esse respeito: o imperativismo e o realismo.

Ao seu sentir, não é a existência da sanção que assegura a presença do elemento normativo no Direito, ou seja, o Direito não depende da existência da coerção.

Quanto ao realismo jurídico, Hart também critica a teoria, asseverando que o componente normativo que esta escola defende seria uma ficção, incompatível com o Direito.

No capítulo II do “Conceito de Direito”, o autor apresenta uma versão simplificada da teoria de John Austin. Inicialmente, afirma a existência de diferentes tipos de imperativos. Para ele, há diferentes tipos de situações sociais em que a forma imperativa de linguagem é utilizada⁴. Em seguida, estabelece uma distinção entre “ordens baseadas em ameaças” e “ordens coercitivas”.⁵ Para ele, o comando só existe em face da presença de uma organização hierárquica. Comandar, diz ele “é caracteristicamente exercer autoridade sobre homens, não poder de lhes infligir um mal, e, embora possa estar ligado com ameaças de um mal, um comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade”.⁶ O comando está muito próximo do direito, em face da existência neste do elemento autoridade.⁷

Se existe hierarquia, não se pode explicar o direito apenas com base em um modelo empírico, como o de Austin.

O autor passa examinar, então, a relação do Direito com as ordens coercitivas. Defende que as ordens devem apresentar a nota de generalidade. Apresenta, então, quatro ajustes à teoria de Austin, a fim de, posteriormente, demonstrar a insuficiência deste modelo.

As críticas a Austin prosseguem no capítulo III, no qual Hart enfatiza a idéia de que as regras jurídicas não se enquadram neste modelo. Ele sistematiza a sua crítica em três grupos de objeções: conteúdo das leis, campo de aplicação e modos de origem.⁸

4 *O Conceito de Direito*, 3ª. Ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p.23-24.

5 *Idem*, p.25.

6 *Idem, Ibidem*.

7 *Idem, Ibidem*.

8 *Op. cit.*, p.34.

Para ele, há várias regras jurídicas que não se enquadram no modelo de ameaças, como, por exemplo, as que regulam o poder de celebrar testamentos e contratos.⁹ De igual modo, as regras processuais e regras sobre exercício de poderes legislativos não podem ser explicadas pelo modelo de Austin.

O segundo item desse capítulo diz respeito ao “âmbito de aplicação”. Embora reconheça que as leis penais são as que mais se aproximam da teoria de Austin, Hart pontua que “o âmbito de aplicação de uma lei é sempre uma questão da sua interpretação”.¹⁰ Assevera, ainda, que a legislação pode ter força auto-vinculativa, não podendo ser qualificada como uma ameaça, e conclui: “o legislador não é necessariamente semelhante a quem dá ordens a outrem: alguém que está, por definição, fora do alcance daquilo que faz”.¹¹

Finalmente, no item 3 desse capítulo, dedicado aos “modos de origens”, o autor se dedica ao estudo do costume, afirmando, em primeiro lugar, que não representa uma ordem coercitiva. O costume não é uma fonte importante, para ele, eis que subordinada à lei. Antes de receberem o reconhecimento jurídico dos tribunais, as regras consuetudinárias são meros costumes.¹² Hart critica essa concepção, fazendo referência do sistema inglês. Uma outra forma de entender o costume é admitir que o seu estatuto jurídico decorre de uma ordem tácita do soberano. Hart também rejeita esta idéia, afirmando que no Estado Moderno não se pode atribuir ao soberano esse tipo de conhecimento, ponderação e decisão.¹³

Ao concluir esse capítulo, Hart assevera que todas as tentativas de salvar o modelo de Austin são, portanto, falhas.¹⁴ Com isso, abre o caminho para apresentar a sua teoria no capítulo IV.

3. O ASPECTO INTERNO DAS REGRAS SOCIAIS

Hart inicia o capítulo IV afirmando que há dois pontos importantes na teoria de Austin: a idéia de hábito de obediência e a posição ocupada pelo soberano.¹⁵

Para ele, a idéia de obediência não é tão simples como aparentemente parece. O autor apresenta um exemplo hipotético de uma comunidade em que reina um monarca absoluto por um longo período de tempo.¹⁶ Nesta sociedade simples, são os atos pessoais de obediência que levam ao reconhecimento do monarca como o soberano.¹⁷ Mas isso é insuficiente para explicar a continuidade do direito. O autor conclui:

“A ideia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede ao outro. Em primeiro lugar, os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer

9 *Idem*, p.34-35.

10 *Idem*, p.51.

11 *Idem*, p.52-53.

12 *Idem*, p.55.

13 *Idem*, p.56.

14 *Idem*, p.57.

15 *Idem*, p.60.

16 *Idem*, 60-61.

17 *Idem*, p.62.

direito à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens ao novo legislador serão obedecidas”.¹⁸

Hart assinala, então, que embora exista uma semelhança entre os hábitos e as regras sociais, posto que em ambos deve existir um comportamento geral, há distinções nestes. O autor começa aqui a construir a sua teoria das regras sociais. Em primeiro lugar, para a existência de um hábito basta que exista uma convergência de fato em um grupo, enquanto isso é insuficiente para configurar uma regra social, pois nesta os desvios são vistos como suscetíveis de críticas, enquanto as ameaças de desvio são objeto de pressão.¹⁹ Em segundo lugar, as críticas aos desvios em relação aos comportamentos previstos pelas regras sociais são consideradas legítimas ou justificadas. Vale dizer, o descumprimento da regra é tolerado pelo grupo. Por fim – e aqui reside a mais significativa das diferenças- nas regras sociais existe o “aspecto interno.”²⁰ O autor explica este importante aspecto das regras sociais, afirmando o seguinte:

“Para que haja um hábito, não se exige que nenhum dos membros do grupo pense, de qualquer modo, no comportamento geral ou saiba sequer que o comportamento em questão é geral; ainda menos se exige que se esforcem por ensiná-lo ou que tencionem mantê-lo. Basta que cada um, por seu lado, se comporte da forma que os outros também se comportam efectivamente. Pelo contrário, para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto “interno”, para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar”²¹

O autor esclarece que o aspecto interno envolve uma atitude reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos quantos integrem o grupo social.²²

Dessa forma Hart apresenta o aspecto interno das regras sociais, que é o que confere normatividade à regra. Para alguns autores, é o elemento normativo, propriamente dito.

No hábito, determinado comportamento geral é repetido sem que os sujeitos reflitam sobre ele. Realizam uma mera repetição. O hábito resulta, assim, de uma prática sucessiva, não sendo obrigatório. Por isso, a dimensão normativa das regras não pode ser compreendida como um mero hábito, como sustentam os imperativistas. Para eles, como o direito é uma ordem coercitiva, para evitar a aplicação da sanção, as pessoas criam o hábito de obediência.

Nas regras sociais uma parte dos membros do grupo social realiza determinada conduta por entenderem que se trata de um padrão a ser observado.

Nessa concepção, existe, então, dois aspectos nas regras sociais. O externo, que consiste na existência de um comportamento costumeiro e uniforme, como ocorre nos hábitos; o

18 *Idem*, p.64.

19 *Idem*, *ibidem*.

20 *Idem*, p.65.

21 *Idem*, *Ibidem*.

22 *Idem*, p.66.

interno, o qual significa que os sujeitos encaram a conduta que repetem como um padrão a ser seguido pelo grupo, de um modo geral.

Desse modo, as regras sociais apresentam um aspecto interno, porque as pessoas seguem-nas como um padrão de comportamento que deve ser observado. Não basta, portanto, a mera repetição de uma conduta para a configuração de uma regra social. É imprescindível que as pessoas guiem, orientem o seu comportamento e avaliem as condutas dos demais com base na regra. Os sujeitos, desse modo, devem internalizar a regra.

Nas regras deve existir, pois, uma atitude crítica e reflexiva, que significa compreender a regra como um padrão de avaliação da conduta do sujeito e dos demais membros do grupo social. Como enfatiza Hart,

“O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas”.²³

Ao analisar essa atitude crítica reflexiva, Neil MacCormick explica que envolve um elemento de cognição e outro volitivo. O primeiro envolve a própria noção de padrão de comportamento. Já o elemento de vontade, compreende algum tipo de desejo ou de preferência de que o ato ou a sua abstenção ocorra.²⁴ Desse modo, não é o medo à aplicação da sanção que motiva a obediência à regra, como defendem os imperativistas, e sim a presença do aspecto interno nas regras sociais. Como afirma Scott J. Shapiro, “members of the group act *as a rule* because they accept that *there is a rule*”.²⁵

4. PONTOS DE VISTA INTERNO E EXTERNO

Os conceitos de ponto de vista interno e externo, propostos por Hart, aparecem no capítulo V de sua obra “O Conceito de Direito”. Vejamos como são construídos tais conceitos.

Nessa parte da obra o autor apresenta a sua teoria acerca da obrigação jurídica, criticando, mais uma vez o imperativismo. As regras sociais, como acima examinado, apresentam dois aspectos: o externo, que tem natureza empírica, consistindo em uma prática generalizada de determinada conduta; e o interno, que é o que confere caráter normativo, significando que os indivíduos praticam a conduta por considerá-la obrigatória.

Pois bem, nesse contexto, os integrantes de um determinado grupo apresentam um “ponto de vista interno”, que é uma atitude prática de aceitação da regra. Nas palavras de Shapiro, “the internal point of view is the practical attitude of rule-acceptance”.²⁶

Isso não implica em aceitação da legitimidade moral da regra, e sim que os sujeitos guiam e avaliam as suas condutas de acordo com as regras. O ponto de vista interno, destarte, é aquele dos participantes do grupo que aceitam, que cumprem as regras, conferindo-lhes eficácia social (efetividade).

Calha aqui a transcrição da lição de Herbert Hart sobre o assunto:

23 *Idem, Ibidem.*

24 *Op. cit.*, p.52.

25 *What is the internal point of view? Fordham Law Review*, v. 75, 2006, p.1169

26 *Op. cit.*, p.1157.

“Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta”²⁷.

No primeiro caso, trata-se do ponto de vista externo. No segundo, ponto de vista interno.

Adotar um ponto de vista interno, assim, significa encarar as regras como válidas e obrigatória, que justificam a prática de certos comportamentos e que, portanto, não devem ser objeto de sanção.

Não se trata de um “insider”, como observa Shapiro, e sim de ponto de vista “internalizado”.²⁸ Alguém apresenta essa atitude quando aceita uma regra social como um padrão de comportamento ou de conduta. Refere-se a um tipo especial de atitude normativa de alguns participantes do grupo que aceitam a legitimidade das regras, e as utilizam como guias de suas condutas

MacCormick assinala que a aceitação da regra pode envolver duas atitudes diversas.²⁹ A primeira é a “aceitação espontânea”, caso em que há uma preferência pela observância de um padrão, no sentido de que este se constituiem uma regra, na suposição de que esta é sustentada por uma preferência compartilhada ou comum entre aqueles às quais se aplica. A segunda é uma aceitação “relutante” ou “sem entusiasmo”, situação em que os sujeitos aceitam a regra, tendo consciência que ela lhes é considerada aplicável, tendo motivo para obedecer e assim evitar a crítica justificada à desobediência e para preferir que ela seja aplicada de um modo geral a todos os demais sujeitos, para que não obtenham vantagens de sua própria obediência de forma não entusiástica.

Com isso, Hart se afasta do imperativismo, ao esclarecer a motivação para a obediência às regras. Não é a ameaça de sanção, e sim a presença do ponto de vista interno.

Essa construção teórica é tida por alguns, como Shapiro, como a mais importante contribuição de Hart para a teoria do Direito.³⁰ O eminente Professor Norte-Americano enfatiza, ainda, que o ponto de vista apresenta quatro papéis dentro da teoria de Hart: a) especifica um tipo particular de motivação que alguém apresenta em relação às regras; b) constitui uma das principais condições de existência para as regras sociais e jurídicas; d) explica a inteligibilidade das práticas legais e do discurso; e) fornece uma afirmação semântica aceitável para as regras legais.³¹

De outro lado, há o ponto de vista externo, que pode se manifestar de duas formas diversas, segundo Hart:

“As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras

27 *Op. cit.*, p.98-99.

28 *Op. cit.*, p.1160.

29 *Op. cit.*, p.54-55.

30 *Op. cit.*, p.1157.

31 *Idem*, p.1158.

e pode assim referir-se do exterior de modo pelo qual *eles* estão afectados por elas, de um ponto de vista interno”.³²

E prossegue:

“Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reacções hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reacções hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio de comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reacção hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as conseqüências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento”.³³

A transcrição longa e necessária exige uma explicação. O ponto de vista externo é aquele de quem descreve as regras sem estar preocupado em obedecê-la. O interesse é tão-somente em saber as conseqüências que para ele advirá da obediência ou desobediência às regras. Portanto, é uma atitude que não envolve aceitação, cumprimento das regras. É possível, ainda, que se trate de uma outra atitude, um outro ponto de vista externo, que é o daquele que simplesmente deseja, de forma teórica, descrever como os membros de um grupo respeitam um conjunto de normas, para com isso talvez fazer previsões.

Shapiro explica que há dois pontos de vista teóricos (teóricos).³⁴ O primeiro procura descrever o comportamento social sem recorrer a crenças e atitudes as quais se sujeitam os membros do grupo que estão sujeitos às exigências das instituições legais. Na ausência desses dados, o observador se satisfaz com o registro da freqüência da observância das regras por uma determinada população, correlacionando a sua ausência com o aparecimento da sanção. Esse ponto de vista é qualificado, na teoria de Hart, de ponto de vista externo “extremo”.

MacCormick observa, a propósito, que esse ponto de vista é uma das principais críticas de Hart ao modelo de Austin. Isso porque falar apenas em hábito de obediência é limitar-se a enxergar a conduta apenas em termos de regularidades observáveis, probabilidades, sinais, ou seja, limitar-se a um tipo de ponto de vista.³⁵

Um segundo tipo de ponto de vista externo, qualificado de “não extremo”, “*behaviorista*” ou de “moderado” ou de “hermenêutico” é o que busca descrever os comportamentos sociais dos membros de um grupo, considerando o ponto de vista interno.

Além desses, há os pontos de vista práticos. O primeiro, que envolve aceitação das regras e o segundo que importa em descumprimento, não aceitação dessas. Quem aceita as regras, manifesta um ponto de vista interno. Já quem não as cumpre, apresenta um ponto de vista externo.

32 *Op. cit.*, p.99.

33 *Idem, Ibidem.*

34 *Op. cit.*, p.1160-1161.

35 *Op. cit.*, p.57.

Para Hart, o ponto de vista interno explica a normatividade e os conceitos jurídicos fundamentais, como o de obrigação, por exemplo. O ponto de vista externo enxerga a motivação, a obediência. Ambos os pontos de vista são importantes para o autor. O realismo e o imperativismo contenta-se apenas com o externo. Hart vai além, valorizando o interno, que é imprescindível para entender a obrigação jurídica.

5. ANÁLISE CRÍTICA

A teoria de Herbert Hart foi escrita com base em um determinado sistema jurídico, o inglês, que se liga ao *common Law*. Por isso, as regras jurídicas são concebidas como regras sociais, as quais se assemelham muito às regras costumeiras. A própria noção de aspecto interno de Hart lembra bastante a *opinio juris* dos costumes.

Nesse contexto, a teoria em pauta carece de um exame do direito elaborado pelo Poder Legislativo, o direito posto pelas leis, como documentos normativos. De igual modo, as demais fontes do direito são desconsideradas pelo autor, como se não fosse importante.

Vale dizer, o corte traçado por Hart na análise das regras jurídicas foi bastante estreito, o que gera a existência de uma omissão sobre o exame de uma série de temas importantes para a filosofia e a teoria do direito.

Disso decorre também a ausência de uma análise estrutural da regra jurídica. Hart fala apenas em aspectos internos e externos, todavia, não se aprofunda no estudo da estrutura da regra, muito menos das relações inter-normativas. Há um exagero em estudar a regra como um fato social, abdicando da análise da regra como estrutura de significado.

Outro problema é a noção de aspecto interno. Seria ele o próprio elemento normativo ou algo que assegure a normatividade a determinado comportamento? Se for um simples elemento, integra a regra. Caso contrário, não se trata de um aspecto interno, pois se localiza fora da regra social.

E mais: existe um prazo a partir do qual pode ser reconhecida a presença do aspecto interno? Em outras palavras, a partir de quando um hábito pode ser qualificado como uma regra social?

Uma outra questão em aberto na teoria em pauta, sobre o aspecto interno: é necessária a repetição do comportamento por parte de toda a comunidade ou apenas pela maioria dos seus integrantes?

O aspecto interno também está presente nas normas individuais? Em caso afirmativo, como se manifesta então?

Ao tratar do aspecto interno como sendo indispensável à configuração de uma regra como regra social, o autor acaba equiparando, de forma inadequada, os planos da existência e da eficácia da regra jurídica, erro no qual também incidiu Alf Ross. Dizer que uma norma existe não significa afirmar que ela tem eficácia. A eficácia é algo que se agrega ao que já existe no mundo jurídico, sendo a qualidade da norma. Hart, todavia, confunde tais planos.

Com relação ao ponto de vista externo, na medida em que este é denominado de ponto de vista “hermenêutico”, restringe-se a atividade de interpretação, como se esta fosse admitida

em alguns casos apenas, o que é inconcebível. A interpretação é sempre indispensável.³⁶ Logo, não alcança apenas o ponto de vista externo.

Por tais motivos, parece-nos que as categorias da teoria de Herbert Hart, ora em estudo, apresentam falhas, sendo insuficientes para explicar os fenômenos aos quais se referem.

6. CONCLUSÕES

Na concepção de Herbert Hart existem dois aspectos nas regras sociais. O externo, que consiste na existência de um comportamento costumeiro e uniforme, como ocorre nos hábitos; o interno, que significa que os sujeitos encaram a conduta que repetem como um padrão a ser seguido pelo grupo, de um modo geral.

Adotar um ponto de vista interno, assim, significa encarar as regras como válidas e obrigatória, que justificam a prática de certos comportamentos e que, portanto, não devem ser objeto de sanção.

O ponto de vista externo é aquele de quem descreve as regras sem estar preocupado em obedecê-la. O interesse é tão-somente em saber as conseqüências que para ele advirá da obediência ou desobediência às regras. Portanto, é uma atitude que não envolve aceitação, cumprimento das regras.

Há vários tipos de pontos de vista externo, na obra de Hart, sendo dois teóricos e dois práticos. Entre os teóricos, um é qualificado de ponto de vista hermenêutico: é o que busca descrever os comportamentos sociais dos membros de um grupo, considerando o ponto de vista interno.

As construções teóricas de Hart são criativas, no entanto, apresentam alguns problemas, não sendo por isso suficientes para tentar explicar os fenômenos aos quais se relacionam.

36 A interpretação é outro tema examinado de forma muito limitada por Hart.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HART, Herbert L. A., **O Conceito de Direito**, 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MacCormick, Neil. **H.L.A. Hart**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SHAPIRO, Scott J. What Is the Internal Point of View?, **Fordham Law Review**, v.75, 2006, p.1157-1170.

NIKLAS LUHMANN E LIMITES DECISÓRIOS DO SISTEMA JURÍDICO: REFLEXÕES SISTÊMICAS¹

Por *Ulisses Schwarz Viana*²

RESUMO: O presente texto tem por escopo produzir breve estudo acerca do problema da decisão judicial no modelo filosófico da autopoiese jurídica. Nele se busca uma reflexão sobre os limites das decisões em sua relação com o ambiente social. A decisão judicial é vislumbrada a partir do pensamento de Niklas Luhmann como emissão comunicativa que necessita apresentar aptidão da produção de ressonância nas estruturas dos subsistemas sociais em interconexões sistêmicas (acoplamentos estruturais) com o sistema jurídico. Perspectiva da consciência dos limites sistêmicos das decisões judiciais, tanto em seu aspecto eficaz quanto no da argumentação jurídica. A decisão dentro desse horizonte passa a ser problematizada como possibilidade de disfuncionalidade das prestações do sistema do direito na sociedade complexa e funcionalmente diferenciada.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Autopoiese jurídica. Limites. Disfuncionalidade. Interconexões sistêmico-estruturais (acoplamentos estruturais). Eficácia. Ressonância. Complexidade e diferenciação funcional.

ARTIGO

Revista dos Estudantes de Direito
da Universidade de Brasília;
25.ª edição

1 Texto resultante das anotações para apresentação no Workshop “*Modelos Filosóficos de Decisión Judicial*” do Congresso Iberoamericano de Filosofia Jurídica e Social, Buenos Aires, outubro de 2014.

2 Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor da Graduação e em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília); Professor da Pós-graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Professor do Programa de Mestrado Acadêmico e Doutorado em Direito do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP/Brasília). Membro da Comissão Especial de Defesa da Federação do Conselho Federal da OAB; Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. E-mail: ulisses.schwarz@idp.edu.br.

1. INTRODUÇÃO

O pensador alemão Niklas Luhmann (1927-1998), professor de sociologia na Universidade de Bielefeld (Alemanha), ao longo de sua vida acadêmica elaborou uma teoria da sociedade de caráter bastante peculiar e inovadora. A partir de sua perspectiva interdisciplinar, utilizou-se de conceitos obtidos da biologia, da epistemologia cibernética, da matemática e outras áreas do conhecimento. Luhmann se lançou ao trabalho de observar e demonstrar que a sociedade moderna está baseada na existência de sistemas sociais operacionalmente fechados (*operative Schließung*), mas cognitivamente abertos (*kognitive Öffnung*) e, ainda, nesta relação dual e paradoxal, faz aplicar o conceito de acoplamento estrutural³ (*strukturelle Kopplungen*), o que preferimos denominar de **interconexões sistêmico-estruturais**.

Nesse panorama teórico, coloca-se na exposição o problema do elemento *eficaz* das decisões judiciais como fator de impulso para a geração de coevolução harmônica dos sistemas integrantes do sistema geral da sociedade, preocupado com *afuncionalidade* das prestações (decisórias) do sistema jurídico.

O modelo teórico-analítico-descritivo da teoria de Niklas Luhmann permite que o sistema funcional do direito, no presente texto centrado nas decisões jurídicas, seja observado a partir de sua capacidade de produzir, por meio de seus programas condicionais (normas e princípios constitucionais), uma comunicação ‘normatizada’ (congruente) entre as expectativas ligadas às operações autopoieticas dos subsistemas sociais de função, em suas interações sistêmicas (interpenetrações e acoplamentos estruturais).

A realização da comunicação ‘normatizada’ congruente voltada à estabilização de expectativas sociais, resolução de conflitos e de redução de complexidades e riscos surgidos nas fricções entre os sistemas sociais deve ser concebida como produto decorrente das decisões (emissões comunicativas) produzidas pelo sistema do Direito, como ocorre nas decisões judiciais e na respectiva jurisprudência⁴.

É dizer que apesar do fechamento operacional de cada um deles, o acoplamento estrutural, como possibilidades de *interconexões sistêmico-estruturais*, abre o horizonte para a exploração das possibilidades de conexões intersistêmica mediadas pela *abertura cognitiva* (capacidade do sistema de *aprender para coevoluir*, adaptar). Aspecto em que o texto busca explicitar a peculiar compreensão luhmanniana da Constituição como acoplamento estrutural entre o jurídico e o político e de seus desdobramentos *evolutórios*.

Ganha igualmente relevo neste texto a ideia luhmanniana de que o sistema jurídico ganha flexibilidade e capacidade adaptativa por meio dos *programas condicionais* do Direito, não obstante a rigidez do código binário sistêmico-operacional de sua estreita conexão com a construção do sentido, da racionalidade e da linguagem sistêmica. Paralelamente, permite-se vislumbrar o alcance pragmático de suas consequências funcionais.

3 A expressão *acoplamento estrutural*, utilizada neste texto, deriva da terminologia adotada por Luhmann em toda sua obra, escrita originalmente em língua alemã na qual se tem a expressão *strukturelle Kopplung*. Apesar de sua acepção denotar um aspecto de ligação ou ligamento estrutural, um tanto mecanicista e anatômico, ela tem sido amplamente utilizada pelos tradutores dos textos luhmannianos, quer seja nas versões para a língua inglesa (*coupling*) quer seja para o espanhol (*acoplamiento*), por exemplo.

4 Nesta monografia, deve ser esclarecido, não trataremos de modo direto as outras formas de reprodução autopoietica <<não-jurisdicionais>> do Direito, identificadas por Luhmann em sua teoria. Isto por não caberem no propósito e nas proporções deste texto.

Na perspectiva das aplicações funcionais, surge a *fórmula do risco*, pela qual Luhmann põe em xeque a tendência do jurista (no texto, centrada na figura do juiz) a *illusion of control* (ilusão do controle).

Esta *ilusão do controle* é vista na exposição que se inicia como certa propensão, no plano da prática decisória judicial, à negação das limitações estruturais da realidade social. Realidade esta que fenomenologicamente apresentaria condicionamentos às possibilidades decisórias no campo jurisdicional ao Direito como subsistema *funcional* na sociedade moderna, caracterizada, segundo Luhmann, por grande complexidade e contingência em suas estruturas de expectativas e também semânticas (construção social de sentido).

As decisões jurídicas (principalmente as judiciais) que, a partir de Luhmann, são vistas como produto da fórmula (condicional) do *se → então*, se presente o quadro fático x então y . Tal fórmula, quando inserida em interconexões sistêmico-estruturais, como instrumento de conexões comunicativas funcionalmente diferenciadas, pode contribuir para a abertura de um processo evolutório de possíveis ressonâncias de sentidos entre sistemas sociais, operacionalizado por meio de decisões judiciais e pela jurisprudência.

Cenário complexo em que emerge a *função social* do Direito estimulada por aberturas cognitivas (capacidade de auto-observação [processos internos] e de hetero-observação [estímulos externos do ambiente social]), para sensibilizar-se sobre as consequências e a eficácia no ambiente social, evitando-se *disfuncionalidades decisórias*. Daí o relevo da ideia luhmanniana de *abertura cognitiva* dos subsistemas de função na sociedade, a qual se apresenta como capacidade de conexão e de observação, o que permite o *aprendizado* na interação entre os atritos estruturais dos subsistemas sociais em suas operações que possam causar reflexos nas operações de outros sistemas, trazendo novamente à cena o papel dos *acoplamentos estruturais* (*strukturelle Kopplungen*) ou, como preferimos, conexões intersistêmicas.

Os famosos paradoxos luhmannianos, entretanto, servem para observar os limites da *abertura cognitiva* (capacidade de observação e de *aprendizado*) e sua atividade cooperativa com o *fechamento operativo* (*operative Geschlossenheit*), mantenedor da identidade sistêmico-autopoiética do Direito, o que permitirá que o sistema jurídico continue a ser regido, no plano de suas operações decisórias, exclusivamente por seu código operativo binário, em que o valor positivo, em confronto com o valor negativo, produz autodiferenciação. Assim, mantém-se a identidade (autonomia) do Direito, tornando-o autorreferencial (autopoiético). Na exposição também se anota que, para Luhmann, o código binário *jurídico* baseia-se em um valor positivo (incluente) <<direito>> vs. um valor negativo (excludente) <<não direito>>, que se desdobra em outros subcódigos, como <<lícito vs. ilícito>> e, também, no metacódigo (Teubner) <<constitucional vs. inconstitucional>>.

Nota-se, então, que é esse mesmo código binário que permite ao sistema jurídico construir sua *racionalidade sistêmica* (*Systemrationalität*), criando-se e recriando-se na cadeia da reprodução de suas próprias operações **decisórias**, regidas por programações condicionais (princípios, regras e procedimentos jurídicos), o que, em síntese, permite a autorreferência sistêmica, chave para sua autopoiese.

As operações decisórias do sistema jurídico são aptas a gerar riscos *internos* e *externos*, o que leva decididor jurídico, em suas atividades decisórias, a desconsiderar *solipsisticamente* os riscos sociais que podem ser gerados pelo próprio sistema jurídico, ainda que se pense em termos de “concretização” de determinados “valores” da ordem social, por exemplo.

A cautela está em que as decisões jurídicas não podem ser regidas por idealizações jurídicas⁵ ou modelos metafísicos e transcendentais de inspiração jusnaturalística *tradicional*, porque podem representar “ideais” do decididor jurídico aptos, a depender das circunstâncias, a gerar riscos *eficaciais* para o próprio sistema jurídico, por tentar *criar* e *forçar* uma realidade operacional e produzir decisões judiciais que se confrontam com a *inexistência* de condições *materiais* no sistema social para produzir a necessária ressonância e alteração de estruturais.

Ou seja, trabalha-se aqui com a hipótese de que o sistema funcional do Direito, ao não considerar as possibilidades *estruturais* existentes no sistema em que deverá se realizar sua decisão – **como, por exemplo decisões sobre temas econômicos que terão sua concretização no sistema econômico** –, pode acabar por desestabilizar suas operações ou até mesmo provocar paralisações em graus variáveis. Situações em que o sistema atingido por decisões *disfuncionais* acaba por não ter outra solução para sua preservação *operativa*, senão recriar suas programações e *escapare desviar* dos efeitos perturbadores da decisão judicial, negando-lhe *eficácia* de forma sub-reptícia.

Esta observação nos conduz a propor a ideia de que, por meio da observação dos acoplamentos estruturais, como *interconexões sistêmico-estruturais*, apesar das contingências do “futuro”, é preciso considerar a necessidade de reduzir os riscos de decisões que, por não permitirem operacionalizar aberturas cognitivas, mantêm-se controladas pelo fechamento operativo de racionalidade propriamente jurídica, e observar a eventual geração de irritações sistêmicas intoleráveis nos outros sistemas sociais, deixando pra trás as armadilhas funcionais da *illusion of control*.

A *illusion of control* (ilusão de controle), em nossa visão, é canal de produção de irritações (perturbações operacionais) que podem atingir o gravíssimo nível de produzir corrupções sistêmicas, ou seja, *disfuncionalidades* que em nada cooperam para o processo coevolutivo indispensável a uma sociedade caracterizada pela contingência, complexidade e diferenciação funcional, sonegando um dos frutos mais desejáveis do sistema jurídico: a *segurança jurídica* (*Rechtssicherheit*).

2. INTERCONEXÕES SISTÊMICO-ESTRUTURAIS (*STRUKTURELLE KOPPLUNGEN*) E DECISÕES JURÍDICAS

Luhmann (2006: 269) esboça o conceito de acoplamento estrutural do seguinte modo:

O conceito de acoplamento estrutural [...] se deve a que dois sistemas se contemplam e se perguntam como estão eles ligados entre si: como é absolutamente possível que um sistema, apesar de autopoietico – o que quer dizer, apesar de ele se produzir em suas próprias operações e determinar aquelas que devem cessar de existir ou, conseqüentemente, deixar de operacionalizar-se – possam funcionar em um ambiente.⁶

5 Como por exemplo, de uma “justiça” idealizada como modelos de *perfeição* seja conceitual seja material.

6 Tradução livre do autor – Texto original: „Der Begriff der strukturellen Kopplung liegt [...], der zwei Systeme gleichzeitig betrachtet und sich die Frage stellt, wie sie miteinander verbunden sind: wie es überhaupt möglich ist, dass ein System, obwohl es autopoietisch ist – das heißt, obwohl es sich mit

Em outra ocasião, Luhmann (1987a: 302) esclarece:

Conceitos como “coupling” e “bonding” vem à superfície como outros contextos de pesquisa. Eles indicam uma integração temporária de unidades independentes. A perspectiva do observador, portanto, se coloca de frente. Ela não penetra as unidades, mas pode estabelecer que elas se combinem ocasionalmente e, assim, adotem os mesmos valores ou valores complementares diante de muitas variáveis, ou até operem como sistema unificado em ocasiões específicas.⁷

Para elaborar sua ideia do acoplamento estrutural, Luhmann (1987a: 286-344) recorre ao conceito de *Interpenetration* (interpenetração), colocando-a na relação entre dois ou mais sistemas autopoieticos, em função de que ocasionalmente executam operações sobre os mesmos valores ou valores complementares, que em certas situações fazem que os sistemas operem de modo “unificado”.

O conceito luhmanniano da *Interpenetration* foi elucidado por Baraldi, Corsi e Esposito (1997: 189), quando ao explicá-lo registram:

Fala-se de interpenetração, se o acoplamento estrutural tem lugar na proporção da mútua dependência entre os sistemas, da qual cada um somente pode então existir se o outro também existir. Os referidos sistemas se desenvolvem então coevolutiveamente.⁸

Como visto, o acoplamento estrutural deriva da circunstância de que, em dados momentos, ao serem observados de fora, os sistemas se apresentem unificados e em coevolução interdependente, por compartilharem valores *mútuos* ou *complementares*, ou seja, desafiados por necessárias interconexões sistêmicas.

Apesar de seu fechamento operativo (*operative Geschlossenheit*), necessário à reprodução autopoietica por meio de suas próprias operações, os sistemas funcionais parciais (economia, direito, educação, intimidade, dentre outros) não operam em um *solipsismo* sistêmico, pois são capazes de perceber os efeitos recíprocos das operações que envolvem valores *mútuos e complementares*, os quais são canalizados como estímulos produzidos pelo contato/atrito/irritação entre os subsistemas sociais de função pelos acoplamentos estruturais.

Os acoplamentos estruturais (*strukturelle Kopplungen*) – como inevitáveis, em alguns casos, interconexões sistêmico-estruturais – entre os sistemas e os subsistemas sociais, pelo processo de admissão ou de exclusão das irritações advindas do ambiente, somente podem evoluir conjuntamente na forma do *structural drift*⁹, o qual viabiliza a criação de estruturas sociais **coordenadas** e de **adaptações** do sistema social para promover a inclusão de novas formas de operações e de modos de vivência. O que de modo central é feito por meio da estabilização de

eigenen Operationen reproduziert und das entweder tut oder anderenfalls aufhören muss zu operieren, also aufhören muss zu existieren -, in einer Umwelt funktioniert“.

7 Tradução livre do autor – Texto original: „In anderen Forschungszusammenhängen tauchen Begriffe wie >>coupling<< oder >>bonding<< auf. Sie bezeichnen enine zeitweilige Verknüpfung von unabhängigen Einheiten. Dabei steht die Perspektive eines Beobachter im Vordergrund. Sie dringt nicht in das Innere der Einheiten ein, kann aber feststellen, daß sie sich gelegentlich zusammenschließen, in mehreren Variablen gleiche oder komplementäre Werte annehmen oder auch bei bestimmten Anlässen wie ein einheitliches Systems wirken“.

8 Tradução livre do autor – Texto original: „Man spricht von Interpenetration [...], wenn die strukturelle Kopplung in einem Verhältnis der gegenseitigen Abhängigkeit zwischen Systemen stattfindet, von denen jedes nur dann existieren kann, wenn die anderem auch existieren. Die betreffenden Systeme entwickeln dann ko-evolutiv.“

9 Expressão adotada por Luhmann, mas cunhada por Humberto Maturana no campo da biologia, a qual se aplica à ideia dos desenvolvimentos estruturais coordenados.

expectativas normativas pelo subsistema do Direito, por meio de sua função decisória e de seus programas condicionais.

Bastante elucidativa é a leitura das palavras do próprio Luhmann (1995: 494-495), quando ele assevera:

Evidentemente, o sistema da sociedade se realiza com o auxílio da diferenciação entre sistemas funcionais autopoieticos e acoplamentos estruturais. Com isso se delimita o ambiente, com relação ao qual outros acoplamentos estruturais inteiramente diferentes (de modo concreto: os acoplamentos estruturais com sistemas de consciência) se realizam. Como consequência, não se pode afirmar nem que a sociedade se reproduz como um somatório de seus sistemas funcionais, nem vislumbrar-se cada uma das formas em que se dão os acoplamentos estruturais (como no caso de que agora nos ocupamos: a Constituição ou mesmo a propriedade privada e o contrato ou, na terminologia do século XIX: Estado e Sociedade) como algo representativo da ordem social. O que é muito mais decisivo aqui, é que a realização do sistema dos sistemas funcionais autopoieticos e a ocorrência de acoplamentos estruturais, que exacerbem as irritações, dirigindo-as e excluindo-as, podem evoluir somente em conjunto.

Destarte, chegamos ao que Maturana denomina de *structural drift*, isto é, a desenvolvimentos estruturais coordenados – como, por exemplo, no que tange ao nosso tema: tendências no sentido do Estado do bem-estar, no rumo da positividade do Direito e ao desenvolvimento dirigido e descentralizado da economia com a ajuda das finanças e orçamentos. Em todo caso, os sistemas funcionais da política, do direito e da economia – para não falarmos de outros – irritam suas possibilidades, enquanto que a irritação recíproca e intensiva assegura a manutenção de uma compatibilidade satisfatória.¹⁰

Assim, propomos uma possível interpretação do acoplamento estrutural luhmanniano, dentro desse contexto de observação, como uma interpenetração que se traduz na possibilidade de o subsistema do Direito produzir, por meio das decisões (jurídicas) judiciais e da jurisprudência, uma atuação cooperativo-comunicativa (acoplamentos) entre os subsistemas sociais submetidos às regras e princípios institucionalizados como, por exemplo, na Constituição com seus regramentos voltados à interação entre ordem social e ordem econômica, com seus focos de constante tensão.

Tal posição serve ao entendimento das possibilidades funcionais dos acoplamentos estruturais, por meio da “normalização” da comunicação entre os subsistemas sociais, ampliando as possibilidades coevolutivas que promovam a construção de estruturas sociais harmonizadas dentro de um contexto característico da modernidade em que o aumento da complexidade das relações sociais culminaram na *diferenciação funcional* dos subsistemas sociais autopoieticos, como identificado por Niklas Luhmann (1987a: 256-285) dentro do contexto geral do processo de

10 Tradução livre do autor – Texto original: „Offenbar realisiert sich das Gesellschaftssystem mit Hilfe der Differenz von autopoietischen Funktionssystem und strukturellen Kopplungen und grenzt sich dadurch von einer Umwelt ab, in bezug auf die ganz andere strukturelle Kopplungen (nämlich die mit Bewußtseinsystemen) realisiert werden. Weder kann man deshalb sagen, daß die Gesellschaft sich als Summe ihrer Funktionssysteme reproduziert; noch kann man diejenigen Formen, in denen sich strukturelle Kopplungen realisieren (in unserem Bereich also: Verfassung bzw. Eigentum und Vertrag oder in Terminologie des 19. Jahrhunderts: Staats und Gesellschaft) als repräsentativ für die gesellschaftlich Ordnung ansehen. Entscheidend ist vielmehr, daß die Realisation von autopoietischen Funktionssystemen und die Einrichtung von strukturellen Kopplungen, die Irritationen zugleich steigern, dirigieren und ausschließen, nur zusammenschließen können. Auf diese Weise kommt es dazu dem, was Maturana <structural drift> nennt, nämlich zu koordinieren Strukturentwicklungen, in unserem Themenbereich etwa zu Trends in Richtung Wohlfahrtstaat, Positivität des Rechts und dezentral an Hand von Bilanzen und Budgets gesteuerter Wirtschaftsentwicklung. Die Funktionssysteme für Politik, Recht und Wirtschaft (von anderen war hier nicht die Rede) reizen jeweils ihren Möglichkeiten aus, und die intensive reziproke Irritation sorgt dafür, daß ausreichende Kompatibilität erhalten bleibt.“

diferenciação social e da correspondente *diferenciação das dimensões de sentido* (Luhmann: 1987a: 127-135).

Ao radicar o conceito da autopoiese em seu pensamento, Luhmann, em um primeiro momento, cuida da questão da possibilidade da cognição do mundo, este visto agora como *Umwelt* (ambiente), o qual se apresenta em um estágio avançado de hipercomplexidade, decorrente do advento da modernidade. Modernidade que transformou as relações sociais em um emaranhado de novas e inumeráveis possibilidades evolutivas (ou de novos conflitos).

Como resultado desta crescente complexidade houve o aumento antes impensável de possíveis comunicações de novos *sentidos*. As informações se tornaram tão multiformes que determinaram a diferenciação funcional como necessidade do surgimento de sistemas funcionalmente especializados (os subsistemas da sociedade) como uma forma de redução dessa mesma complexidade.

Luhmann aponta para o fato de que o crescente e excessivo volume de possíveis informações em dado momento produz um núcleo de **sentido** (*Sinn*), que cria autorreferência, que gera auto-observação (*Selbstbeobachtung*) e autodefinição (*Selbstbeschreibung*). O que se passou a denominar de “reflexão”, que possibilita o aparecimento da identidade (*Identität*) e que, como resultado, permite ao subsistema diferenciar-se de seu ambiente (*Umwelt*).

A expressão **sentido** (*Sinn*) tem um significado muito específico e próprio no pensamento de Luhmann. Ela deve ser entendida como possibilidade de o sistema ao mesmo tempo reduzir e conservar a complexidade do mundo dentro do sistema (Luhmann: 1987a, 64-65), construindo um sentido autorreferencial do que se apresenta como multiformes possibilidades de informações esparsas no ambiente (*Umwelt*). Esse ambiente (*Umwelt*) deve ser entendido como tudo que não é o próprio sistema, dentro dessa ideia estão *inclusive* os “outros” subsistemas da sociedade.

Nessa relação entre o sistema (*System*) e seu ambiente (*Umwelt*), surge a necessidade de comunicação de sentido (*Sinn*) entre as irritações (*Irritationen*) oriundas do ambiente ou entorno (*Umwelt*). A irritação sistêmica se traduz como estímulos externos que perturbam o sistema, gerando possíveis comunicações que passam a *fazer sentido* (*Sinn*) nas operações internas – autorreferenciais - do sistema.

Daí surge a possibilidade da ressonância (*Resonanz*), isto porque a irritação só pode produzir ressonância dentro do sistema “*on the basis of its own frequencies*” (Luhmann, 1989: 16). Ou seja, a irritação só produz ressonância quando possuir algum sentido (*Sinn*) para o sistema, como seletividade das informações que serão internalizadas no sistema.

A seletividade é o critério de filtragem sistêmico, pelo qual as informações (irritações) passam pelo crivo do código binário (código de linguagem) - positivo e negativo (sim/não) - criando núcleos de sentido *jurídico* que reduzem a complexidade do ambiente e permitem o fechamento operacional (*selbstreferentielle Geschlossenheit*). A partir daí o sistema funcional se operacionaliza por meio de seus programas (*Programme*).

Neste contexto, o subsistema do direito orienta sua seletividade de sentido das irritações do ambiente pelo código binário *direito/não direito*, o que insere o sistema no conceito de sistemas sociais autopoieticos, os quais se definem como subsistemas sociais diferenciados por

critérios próprios de seletividade das informações existentes para reduzir a crescente complexidade (hipercomplexidade) da sociedade que constitui o ambiente do sistema jurídico. Todo modo de operar se baseia em um código binário (*Codierung*) próprio (positivo/negativo) para estabelecerem a autorreferência (*Selbstreferenz*) e critérios de auto-observação (*Selbstbeobachtung*), para, assim, reproduzir seus elementos constitutivos por seus próprios elementos por meio de uma programação (*Programmierung*) de sua função jurídico-decisória.

E para as operações decisórias produzidas no interior do subsistema do Direito, que sentido assume a autopoiese?

Começa Luhmann pelo esclarecimento de que ***as operações jurídicas não se realizam unicamente no interior do sistema jurídico***. Deve-se, contudo, ter em mente que, para a preservação de sua autorreferência, o Direito constitui seus programas normativos¹¹ dentro do *seu* sistema. Entretanto, no que tange aos acoplamentos estruturais do Direito com o ambiente (*Umwelt*) a autopoiese nada revela sobre os efeitos mútuos (sistema ↔ ambiente) das estruturas que devem ser constituídas em razão dos referidos acoplamentos estruturais.

Ou seja, podem surgir tantos acoplamentos estruturais quantas as possibilidades de comunicação de eventos que repercutem de modo comum, em dois ou mais sistemas, cada um preservando e atribuindo àqueles eventos o sentido autorreferencial (*Sinn*), que é próprio a seu código binário. O problema está em que, com a crescente complexidade do sistema social, novas questões “juridificáveis” surgem, o que impõe ao sistema jurídico a produção de decisões judiciais sobre *novos temas*, como por exemplo, com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados, inteligência artificial e outros.

Daí que podemos ver os acoplamentos estruturais como possibilidades intersistêmicas de judicialização de conflitos, como, por exemplo, de conflitos econômicos em decorrência da interpretação e da validade (jurídica) de cláusulas contratuais ou, ainda, de conflitos políticos que ressoam no campo das *políticas públicas* que se relacionam com o tema dos *direitos fundamentais*.

O processo crescente de judicialização de temas de interesse do sistema social, como consequência do aumento da contingência e da complexidade da própria sociedade, traz sobrecarga à autopoiese do Direito e impõe ao subsistema jurídico tomar parte em novos acoplamentos estruturais para produzir novas e recursivas decisões judiciais.

Tanto que devemos anotar aqui a observação de Luhmann sobre o necessário reforço da atenção decisória ao código binário autorreferencial do direito (*direito x não-direito*) e de sua correlação com questão da autopoiese e das conexões estruturais (acoplamentos) e da necessidade de o direito preservar sua funcionalidade por meio de seu *fechamento operativo* e ***sem colonizar-se por lógicas estranhas à interpretação e argumentação, propriamente jurídicas***.

Com isso, não se quer afirmar a existência de um fechamento do tipo *solipsista* do sistema jurídico em torno de sua pura normatividade, como um ***discursodecisório*** sobre ***normas*** (princípios, regras e procedimentos). Mas sim da possibilidade de uma *abertura cognitiva* para eventos *autorreferencialmente* filtrados e compreendidos como *atos jurídicos*, os quais por eventualmente compartilharem *valores comuns* com outros subsistemas de função, acabam por exigir a produção

11

de uma comunicação sobre temas jurídicos que produza conexões também fora do sistema, o que podemos chamar de *eficaciabilidade* das comunicações (jurídicas) formadas no interior da argumentação jurídica que servem de fundamentação a decisões judiciais.

Daí a necessidade da produção *funcional*¹² de decisões judiciais¹³, objeto da presente exposição.

Bom anotar que alguns desses problemas e conflitos podem surgir para o próprio subsistema social que o albergam como efetivos *dilemas* políticos, econômicos e morais¹⁴, os quais, por sua vez, não podem ser objeto de uma *solução discursiva vertical* em decisões judiciais. Esta prática, como se verá adiante, pode constituir mero *decisionismo*, o qual somente serviria para produzir uma sensação social de *ineficácia prática* dos produtos decisórios do sistema jurídico, colocando-se *disfuncionalmente* diante da contingência social e gerando uma percepção de *perda da função* (*Funktionverlust*) do sistema jurídico, como ‘perda’ de sua função de *generalizar congruentemente* as expectativas normativas dentro da sociedade funcionalmente diferenciada. Em nossa visão, exatamente aí se coloca o problema do denominado *ativismo judicial*.

4. OS PROGRAMAS CONDICIONAIS DO DIREITO E DECISÕES JURÍDICAS

Faz-se necessário, para um encadeamento lógico das ideias expostas nesta exposição, a elucidação do conceito luhmanniano de *programas condicionais* do sistema jurídico.

Sobre a concepção dos programas condicionais é conveniente apresentar a ideia luhmanniana de que o sistema do Direito atua por meio da constituição de processos (procedimentos) dirigidos à *produção de decisões* – *programas normativos*.

Ideia esta ligada ao conceito de programas decisórios, pois *programas* são as condições restritivas – *constraints* - da solução dos problemas emergentes segundo Luhmann (1987: 227). O sistema funcional do direito, portanto, estabelece uma expectativa condicional na relação de *se* → *então* (*wenn* → *dann*), que se estabelece entre um conjunto fático (*Tatbestand*) e suas consequências jurídicas. A execução dessa operação (*se* → *então*) tem como pressuposto o exame e a seleção dos *fatos* e do *programa condicional* parar, enfim, produzir um ato decisório (Luhmann, 1987: 227).

Por sua vez, a incerteza que leva ao estabelecimento dos programas condicionais está ligada às expectativas sociais, ou melhor, à necessidade de criar uma congruência de expectativas.

Que tipos de expectativas se inserem no campo do sistema do Direito? As expectativas normativas! Observe-se a propósito que na teoria luhmanniana a ideia das expectativas (*Erwartungen*) - comportamentos esperados - se apresentam em uma dicotomia entre *expectativas cognitivas* (*kognitive Erwartungen*) e *expectativas normativas* (*normative Erwartungen*). Nas expectativas cognitivas os sistemas sociais “aprendem” (*lernen*) com os comportamentos que destoam (*surpreendem*) e que desviam daqueles anteriormente observados.

12 Termo aqui utilizado com ênfase em sua oposição a uma *decisão disfuncional*.

13 Advirta-se, mais uma vez, que não são somente as decisões judiciais que se apresentam como decisões do sistema jurídico, mas também, por ex., um parecer emitido pelos órgãos jurídicos da Administração Pública.

14 Sobre os problemas dos dilemas morais e éticos, veja-se Rosalind Hursthouse (2000).

Os sistemas, na perspectiva cognitiva, não “resistem” às condutas e aos comportamentos desviantes, mas, ao contrário, com eles aprendem, assimilando-os e incorporando-os ao sistema e, assim, aumentando sua complexidade interna e estabelecendo novas programações para suas operações.

Já nas expectativas normativas os sistemas reagem de modo contrafactual (“resistem”) para estabilizar determinados comportamentos, movidos por uma necessidade de generalização de expectativas de comportamentos que permitam aos sistemas funcionarem dentro de um limite de “segurança” compatível com sua reprodução autopoietica (manutenção e previsibilidade) (Luhmann, 1999: 117; 138; 140)

Para a estabilização contrafactual das expectativas (normativas), o Direito está dotado de um instrumento próprio: a sanção (*Sanktion*). Sua função é a de coercitivamente estabilizar certos comportamentos selecionados, inserindo-os no campo das expectativas normativas postas nas estruturas das programações condicionais do Direito, com vistas à superação das incertezas comportamentais, criando assim uma *incerteza contingente* (*se* → *então*) (Luhmann, 1998, 229).

Portanto, a programação condicional não funciona como excludente ou óbice ao desenvolvimento dos programas que especificam metas de ação (programas finalísticos¹⁵) – em sua atuação dirigida a um fim selecionado -, presentes nos demais sistemas funcionais (finalísticos).

O problema decisório no sistema jurídico emerge quando as decisões judiciais se afastam de seu papel condicional e *alopoieticamente* o transmudam em função finalística, como veremos.

Este quadro constitui um problema para a função e para as prestações decisórias do sistema jurídico, mormente quando se tem em mente o complexo acoplamento estrutural entre a política (sistema político) e o direito. Esse acoplamento estrutural tem sua raizem nada mais nada menos do que na própria Constituição (Luhmann, 2002: 391). Daí o problema da politização das decisões judiciais, substituindo o sistema político na realização e na definição de programas *finalísticos* de natureza política.

As decisões judiciais, como prestações decisórias do sistema jurídico, ao deixarem seu papel de meio de *garantia e condicionalização* (programas condicionais) de desenvolvimento dos programas finalísticos da política (políticas públicas, projetos de desenvolvimento e de legiti-

15 Programas finalísticos devem ser entendidos à luz da seguinte concepção luhmanniana (Luhmann, 1987: 278): „*In der Orientierung an solchem Vorher und Nachher, solchen Bedingungen und solchen Ergebnissen kann die Handlungsreduktion an Selektionssicherheit gewinnen. Wenn die Umweltlage des Systems eine solche Asymmetrisierung stützt, wenn sie die Ergebniserwartungen honorieren und die Bedingungen liefert, kann das System durch Handeln eine Umsetzung von Input in Output vollziehen; es kann zumindest den eigenen Selektionsvollzug in dieser Richtung präzisieren. Das geschieht in der Form der Programmierung des Handelns, die Bedingungen der Richtigkeit des Handelns entweder an Hand von Auslösebedingungen oder an Hand von bezweckten Folgen oder an beiden Gesichtspunkten festmacht. Entsprechend kann man Konditionalprogramme und Zweckprogramme unterscheiden.*” – (Tradução livre do autor: Pela orientação por um antes e um depois, tais condições e resultados, a redução (das condições) para a ação adquire grande precisão em suas seleções. Se a situação do ambiente do sistema dá suporte a tal assimetriação, se esse “honra” as expectativas a provê condições, o sistema pode executar a transformação do *input* em *output* por meio da ação; ao menos ele pode resumir a execução de suas seleções deste modo. Isto ocorre na forma de *programas* de ação, os quais estabelecem as condições para a correção da ação ao gerar condições que disparam ações ou finalidades que a ação deve visar, ou vice-versa. De modo correspondente, podem ser distinguidos programas que criam condições de outros que especificam finalidades).

mação eleitoral, dentre outros), em um grave processo de *alopoiése*¹⁶, situação em que passaria a assumir os riscos inerentes aos programas finalísticos da política. Este cenário indica a geração de disfuncionalidades gravíssimas, naquilo que denominamos **ativismo judicial alopoiético**.

O sistema jurídico, neste contexto, deixa de lado sua função de *generalizar de modo congruente as expectativas* na sociedade e passa a produzir *decisões coletivamente vinculantes* (Luhmann, 2002: 83-84), estabelecendo de modo abstrato e geral finalidades políticas, as quais podem colocar o direito em face do problema de sua **legitimidade** para fazê-lo, mormente quando se confronta com um modelo de democracia representativa, com representantes *eleitos* pelo Povo para o exercício precisamente de poder político (*politische Macht*) (Luhmann, 2002: 118-168).

Como exemplo desse problema, no texto da Constituição brasileira de 1988, que é conceitualmente acoplamento estrutural entre política e direito, nota-se que a linguagem jurídica corrente, ao referir-se à concretização dos princípios de conformação política das áreas social e econômica no Estado brasileiro, tem se utilizado correntemente a expressão reveladora da necessidade de *implementação de políticas públicas*.

Estas *políticas públicas* – originariamente estabelecidas pelo sistema parcial da **política** (por sua função constituinte, legislativa ou administrativa) – acabam por gerar situações de conflito e se inserem em programações condicionais do sistema do Direito e passam a ter de ser *comunicadas* (decididas) como *dever jurídico-constitucional de implementação*, momento em que não podem as decisões judiciais fazer opções estritamente *políticas* sobre o **modo** específico (discricionariedade política ou administrativa) por que tais *políticas públicas* devam ser realizadas, em substituição ao administrador público detentor de mandato político. Ou mesmo quais políticas públicas devam ser operacionalizadas em detrimento de outros (questão da prevalência ou urgência de uma política pública sobre outra). Exatamente ao assumir por meio de decisões judiciais essas *opções políticas* quanto ao modo e circunstâncias estruturais e materiais de execução *específica* de políticas públicas é que o direito passa a assumir os riscos de consequências **políticas** (!) dessas decisões, em um verdadeiro movimento *alopoiético* do sistema jurídico.

5. FÓRMULA DO RISCO E DECISÕES JURÍDICAS

Luhmann desenvolve sua crítica funcional do sistema jurídico dentro da perspectiva da *fórmula do risco* (*Risikokalküle*) ou, em uma tradução mais literal, *cálculo do risco*.

Pela *fórmula do risco*, Luhmann (1995: 561-565) propõe que o conceito de risco se relaciona com a possibilidade de ocorrência de futuros danos, que surgem como consequência de decisões atuais. A decisão (judicial, por ex.) - preferida no presente - não pode prever tudo o que irá ocorrer no futuro.

Apesar da falta de previsibilidade dos riscos **externos** à decisão, aquele que decide pode prever os possíveis danos futuros decorrentes *de seu próprio modo de decidir*. Ou seja, a própria de-

16 Sobre a distinção entre *autopoiése* e *alopoiése*, Alex M. ANDREW (1981: 157) esclarece que: “The autopoietic viewpoint recognizes the organization that appears autonomously within the system; characteristics resulting from interaction with an environment are termed structure rather than organization. With this distinction, autopoietic systems are organizationally closed and can be described without reference to inputs or outputs. Systems that are not organizationally closed are termed allopoietic”. Cuida-se no caso do sistema jurídico de uma lógica *excludente*, por ex., da lógica do poder (*Macht*) e da função político-partidária do sistema político. Marcelo NEVES (2007: 241) chega a falar em “corrupção sistêmica” quando a lógica de um sistema passa a ser aplicada *indiferenciadamente* por outro, na forma de uma *alopoiése*.

cisão pode criar riscos inerentes, quando mesmo se vislumbrando de antemão possíveis efeitos negativos dela decorrentes, quem decide assume o *risco* de produzi-los.

Deve ser visto que na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann subjaz sempre a ideia da contingência. Aliás, a contingência é um dos fatores que determinam o surgimento dos subsistemas sociais, ao criar uma redução da hipercomplexidade do ambiente e propiciar uma previsibilidade (contingente) das operações (recursivas) futuras no sistema.

A fórmula do risco surge no contexto da contingência dos efeitos das decisões que são tomadas hoje e seus possíveis efeitos negativos futuros, que devem de antemão ser evitados ou minimizados.

No que se refere ao Direito, Luhmann (1995:558) aponta para incerteza do próprio Direito como *direito da sociedade* (*Recht der Gesellschaft*), visto que a própria sociedade não pode contar com parâmetros constantes (inalteráveis). Os valores sociais, assim, não podem ser simplesmente projetados para o futuro e passar a funcionar como regras de colisão, pois o futuro se apresenta como *provável* ou *improvável*.

Deste modo, todas e quaisquer projeções do futuro podem ser divergentes. Portanto, as decisões judiciais não podem ser produzidas, como se pode verificar empiricamente em muitos casos, com base em cada caso presente (hoje), tomada a relevância da expectativa em jogo com vistas à estabilização contrafática das projeções de futuro em decisões judiciais *ad hoc*.

Ponto em que o operador no sistema jurídico deve em maior grau avaliar o *risco próprio do direito*.

Isto serve para estabelecer-se um contrapeso à característica da *illusion of control* (ilusão do controle)¹⁷, na qual os que tomam decisões na esfera funcional do direito, muitas vezes, não percebem a responsabilidade ligada à necessidade de controle do risco.

É dizer, aquele que decide, com base nas operações condicionais do Direito, deve considerar, de modo responsável, as variáveis ligadas à contingência de eventualmente as próprias decisões jurídicas produzirem efeitos danosos nas operações dos outros sistemas, em vez da busca das possíveis *vantagens* comparativas observáveis *ad hoc* na produção do ato decisório.

Ou seja, a sociedade moderna impõe, com suas incertezas e contingências, o aumento das presunções das consequências possíveis - negativas ou positivas - que passam a servir de critério para o desenvolvimento de decisões judiciais *consistentes* e *recursivamente* aplicáveis a casos semelhantes. E talvez exatamente por falta da observação (previsão) das consequências *sistêmicas*, ou melhor, dos resultados positivos ou negativos produzidos *internamente* em outros subsistemas da sociedade, as decisões proferidas pelo sistema jurídico têm criado um sentimento de insatisfação nas pessoas.

Quando as circunstâncias desfavoráveis existentes (ou mesmo a falta absoluta de condições) nos subsistemas irritados (atingidos) pela decisão, não são '**consideradas**' como *fator de risco*, elas reduzem a *eficácia* do próprio ato decisório – em desprestígio do subsistema parcial do Direito. Comportamento que gera um sentimento de insatisfação e de desesperança, porque a *illusion of control* (ilusão do controle) se esbarra com a realidade das possibilidades materiais

17 Veja-se em Luhmann (1995: 560). Bom registrar que a expressão *illusion of control* surge nas pesquisas experimentais da psicóloga e professora da Universidade de Harvard Ellen Jane LANGER (1999: 239-240), inserindo-se posteriormente no campo de perquirição de processos decisórios e dos efeitos neles causados pela autoilusão, como se pode estudar em Scott PLOUS (1993: 170-172).

limitadas em outros subsistemas funcionais, criando uma irritação intersistêmica insuportável e perturbadora, em outros termos, disfuncionalidades.

Exemplo: quando a decisão impõe aos sistemas da economia ou das finanças públicas, uma ordem judicial capaz de desestabilizar as operações autopoieticas destes referidos sistemas. Aos sistemas *atingidos* só lhes resta recriar suas programações e criar “atalhos” para dar a sensação de que a decisão judicial foi “cumprida”, mas ao mesmo tempo criando programas novos e operações que evitem consequências insuportáveis que provêm do sistema jurídico.

Em síntese, uma decisão do sistema parcial do Direito, ao desconsiderar a fórmula do risco, em vez de criar as condições propícias para o bom funcionamento dos subsistemas da sociedade, passar a causar perturbações e irritações negativas, que vão de encontro à teleologia da função condicional/decisória do sistema jurídico.

É exatamente por meio da observação dos possíveis acoplamentos estruturais entre os sistemas das ordens social e econômica e o Direito, como meio de harmonização da comunicação para a ampliação da eficiência operacional de cada um deles em proveito da sociedade, que propomos a redução do risco inerente às decisões judiciais. O que passa pela avaliação prospectiva dos ***efeitos sistêmicos*** das decisões jurídicas, principalmente das decisões judiciais, por sua importância central nesta exposição.

Ou seja, colocam-se as decisões do subsistema jurídico na contingência de verificar as possibilidades fáticas, materiais e *programáticas* (programas condicionais do direito + programas finalísticos dos outros sistemas envolvidos). Possibilidades observáveis nos acoplamentos estruturais, pelos quais os valores (sociais e econômicos) comuns ou complementares dos outros sistemas acoplados possam ser *traduzidos* no código binário do direito.

O sistema jurídico, deste modo, não passará a assumir as pressões políticas decorrentes de opções do legislador e do poder constituinte, nascidas no campo do acoplamento estrutural da Política com o Direito, que é a Constituição, mas colocará à mostra o simbolismo¹⁸ de certas decisões políticas que foram positivadas no texto constitucional ou em textos legislativos.

Sem que isso implique que o sistema funcional do direito deixe de ***explorar*** argumentativa e faticamente novas e adicionais formas de promover os *deveres jurídicos e metas* constitucionais, mormente aquelas relacionadas aos direitos fundamentais e sua concretização por meio de políticas públicas.

Colocada a questão em outros termos, invocamos a admoestação de Luhmann (1995: 562) de que “*In selbstreferentieller Perspektive, also bezogen auf Begriffe, muß das Recht die eigene Riskanz reflektieren*”¹⁹.

O direito, então, sem perder a autorreferência lhe permite a reprodução autopoietica com base em seu código binário (direito x não direito), deve sempre refletir em sede de um metanível sistêmico sobre os riscos que ele mesmo gera para a sociedade.

Mais ainda, não se pode permanecer condescendente com a postura denunciada de modo veemente por Luhmann (1999: 281), como a tendência do jurista àquilo que ele denomina de *Flucht in die Phantasie* (fuga à fantasia).

18 Sobre esta questão, leia-se a excelente monografia de Marcelo Neves (2007).

19 Tradução livre do autor: “Em uma perspectiva autorreferencial, é dizer, referida a conceitos, o Direito deve refletir sobre seu próprio risco”.

Fuga empreendida quando o jurista, colocado diante de impossibilidades fáticas, materiais e até mesmo jurídicas, em vez de averiguar a função condicional da uma lei diante dos fatos, acaba optando por formular parágrafos “irrealizáveis” – cheios de conceitos filosóficos e jurídicos vagos e indeterminados – que servem de *fundamento* para a produção de decisões judiciais que envolvem, muitas vezes, a solução de conflitos de conteúdo político, paradoxalmente *ainda sem soluções políticas estruturalmente possíveis*.

Dentro da perspectiva da *fuga à fantasia* (*Flucht in die Phantasie*), a aplicação, às vezes bastante abstrata de princípios jurídicos e de conceitos jurídicos indeterminados, tem prejudicado a concretização da função social do direito, no sentido de *estabilizar congruentemente as expectativas normativas* que devem propiciar à sociedade a segurança de orientação de certos comportamentos e a solução *adequada* de conflitos submetidos à racionalidade jurídica (direito *vs.* não direito; constitucional *vs.* inconstitucional; ato jurídico válido *vs.* ato jurídico inválido e assim por diante).

O problema que vislumbramos no presente texto, surge, em termos mais claros e diretos, quando se depara com a impossibilidade (por falta de condições materiais, por exemplo) de eficácia (*ressonância* ou efeitos práticos?) da decisão do subsistema jurídico em outros subsistemas funcionais, prefere o juiz ou tribunal recorrer a conceitos *vagos* como “justiça”, “justo”, “moralmente aceitável”, dentre vários outros. Conceitos estes, muitas vezes, argumentativamente utilizados de modo arbitrário como fundamento de decisões judiciais, sem qualquer consideração ou avaliação dos riscos gerados pelo próprio direito (art. 20 da LINDB) e pela necessidade de desenvolvimento coordenado e adaptativo do subsistema funcional do direito com os subsistemas presentes no sistema geral da sociedade, ambiente social em que opera o direito.

Propomos, nesta moldura teórica, que a produção pelo Direito de decisões judiciais *sistêmicas* e dotadas de uma *adequada complexidade* que se refletem compatíveis com a estrutura social geral existente em determinado estágio do desenvolvimento econômico, político e social. Com a necessária compreensão recíproca (intersistêmica) da comunicação dos programas finalísticos com os programas jurídico-condicionais.

Com isso, ganha a sociedade e ganha o próprio direito, pelo aumento de sua confiabilidade e minimização dos riscos das decisões judiciais *em face de possíveis ‘inefetividades’ (ineficácia)*.

Exatamente por estes acoplamentos estruturais o subsistema do Direito assumiu a função, de modo mais direto, de promover um desenvolvimento coordenado entre as estruturas sociais e econômicas, na forma de um *structural drift* (Maturana), por meio de seus programas condicionais (programas decisórios).

Na busca desta coordenação, com vistas à eficiência e ganho de compatibilidades funcionais, o Direito acabar por autorreferencialmente fazer uma auto-observação (reflexividade sistêmica) de seus próprios riscos, buscando, dentro das opções da fórmula do *se → então*, reduzi-los.

Daí a necessidade de confronto da cadeia de produção de decisões judiciais com um paradoxo central da teoria de Niklas Luhmann, o da *abertura no fechamento*. Tal paradoxo se traduz, em nossa leitura, como uma abertura para dimensões temporal, material e social da decisão, o que não significa abertura indiscriminada a todos os fenômenos que ocorrem no

ambiente social. Essa abertura indiscriminada ao “social” (ambiente social do direito) abriria caminho para a perda da autorreferência jurídica, produzindo um processo decisório oscilante, inconsistente. A referida ‘abertura indiscriminada’ poderia gerar expectativas sociais que as estruturas sistêmicas do direito *não podem cumprir*, contribuindo para o desprestígio do sistema jurídico em uma sociedade complexa e contingente. Mais ainda, considerando o fenômeno da crescente *judicialização*, constata-se que a sociedade moderna depende cada vez mais da função estabilizadora de seu direito.

Dentro do contexto de nossa presente exposição, propomos uma possível hermenêutica sistêmica do disposto no art. 20²⁰ do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB), na redação dada pela Lei nº 13.655/2028, como ampliação da capacidade de percepção de efeitos de decisões jurídicas em outras racionalidades sistêmicas da sociedade, ou seja, dos riscos gerados pelo próprio direito no sistema social.

Este *centrar-se em sua função e suas prestações* sociais, no modelo filosófico de decisão que extraímos da teoria de Niklas Luhmann coloca o decisor jurídico (dentre eles, centralmente a figura do juiz)—**como elemento no interior de um sistema funcional**—o dever de não gerar *ruídos de comunicação*, com decisões produtoras de irritações perturbadoras insuportáveis, no caso, nas funções finalísticas de outros subsistemas que dependem da função social do direito, qual seja a de *generalizar de modo congruente expectativas normativas*. Expectativas cuja preservação e realização dependem, no final de contas, das estruturas e da boa operação de outros sistemas sociais.

O grande problema dos limites do processamento e da produção de decisões judiciais no interior de um sistema jurídico submetido a sua própria autopoiese está na ideia da necessidade de produção do ideal da segurança, o que leva Luhmann (1995: 194) a proclamar que (tradução livre do autor):

A segurança jurídica deve consistir, primeiramente, antes de tudo, na segurança de que questões, que assim se deseje, sejam tratadas exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse não abrangido pelo direito²¹.

6. CONCLUSÕES

As interconexões sistêmico-estruturais (acoplamentos estruturais) surgem como possíveis instrumentos de viabilização da comunicação *interativa* entre os subsistemas funcionais da sociedade como, por exemplo, o da economia, o da educação, o do direito, dentre outros. Para tanto, deve ser preservado, contudo, o fechamento operacional do Direito em seu código binário (linguagem operativa) e em suas programações de índole condicional. No que tange ao direito, isto não pode significar que o sistema jurídico não deva, ao produzir suas decisões judiciais, observar as possibilidades e condições (materiais e fáticas) existentes nas estruturas

20 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

21 Original: „Rechtssicherheit muß zunächst vor allem in der Sicherheit bestehen, daß Angelegenheit, wenn das gewünscht wird, allein nach dem Rechtscode behandelt werden und nicht etwa nach dem Machtcode oder irgendwelchen, vom Recht nicht erfaßten Interessen.“

sociais gerais. Entretanto, isto não pode implicar na perda do caráter *condicionante* – porque condicionais - das decisões judiciais no campo das operações de outros subsistemas de função, ao manter-se o direito autorreferido ao seu código operativo binário [*direito x não-direito; lícito x ilícito; juridicamente válido x inválido; constitucional x inconstitucional*], pelos quais executa sua reprodução autopoietica e cria e recria suas próprias programações decisórias (condicionais).

Na perspectiva da *fórmula do risco* proposta por Luhmann, não há espaço para certezas compreensões absolutas (não adaptativas e não reflexivas) no campo do Direito. O Direito produz seus próprios riscos ao estar inserido em uma sociedade em si submetida aos riscos inerentes às estruturas da modernidade, cuja hipercomplexidade amplia em cada vez maior grau os *riscos sociais*.

Que risco corre o Direito, afinal? O de nem sempre ver confirmados (concretizados) seus programas condicionais, por deficiências suas ou inerentes aos outros sistemas funcionais da sociedade. Daí porque não se poderia esperar que a força coercitiva do direito pudesse se impor como fator de *eficácia* em **todos** os casos e situações, submetidos a decisões judiciais. Desta forma, os acoplamentos estruturais, **que preferimos denominar de conexões estruturais reflexivas**, com outros subsistemas funcionais da sociedade, submetem o direito a uma necessária auto-observação (*reflexividade*) para a averiguação da possibilidade de criação de riscos decorrentes de suas próprias operações decisórias. Mas isto não pode implicar que o Direito deva renunciar seus procedimentos autorreferenciais que preservam seu fechamento operacional e sua reprodução autopoietica. Mas não se pode admitir uma espécie de *solipsismo sistêmico* que crie obstáculo à **desparadoxação** da relação entre abertura cognitiva (*kognitive Offenheit*) do sistema e fechamento operativo (*operative Schließung*), a qual, à luz da *fórmula do risco* (*Risikoskalküle*), atua como mecanismo que não justifica a postura de indiferença às condições (ou ausência delas) no âmbito operacional dos demais subsistemas sociais que também não implica no simples abandono da autorreferência e da autopoiese jurídica. Surge a necessidade de contextualização (*circunstancialização*) diante do *Tatbestand* (quadro fático) para, então, o Direito aferir, por exemplo, os limites sistêmicos das possibilidades *econômicas* de concretização de determinado direito social, em que tais operações são *juridicamente observadas* com a utilização de conexões estruturais reflexivas entre direito, economia e política e suas programações decisórias (procedimentos, normas e princípios), **em um movimento de desparadoxação entre a autorreferência e a heterorreferência**, como ampliação da capacidade de percepção de efeitos de decisões jurídicas em outras racionalidades sistêmicas da sociedade, tal como lemos a exigência contida no art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro/LINDB), com redação pela Lei nº 13.655/2028)²².

Por fim, pelo instrumento sistêmico dos acoplamentos estruturais criam-se pontes de comunicação, que geram efeitos operacionais *harmonizados* entre o direito e outros subsistemas de função, por meio de uma linguagem *normalizada e dotada de sentido intersistêmico*. Isto para que o Direito encontre meios “comunicativos” eficazes e identifique os limites estruturais gerais

22 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

da sociedade (econômicos, financeiros, políticos, dentre vários) para produzir a ressonância (recepção operacional) esperada de seus programas condicionais nos programas finalísticos dos demais subsistemas funcionais, o que constitui a própria teleologia dos acoplamentos estruturais, a de proporcionar conectividades entre racionalidades sociais diferenciadas. Quadro em que se pode propor um modelo filosófico alternativo em que o sistema jurídico possa reduzir seu risco inerente, na medida em que produz decisões que não resultem numa irritação sistêmica intolerável nos outros sistemas funcionais ou mesmo que redundem em uma corrupção sistêmica. Nem mesmo que produzam um efeito reverso, em que o sistema jurídico se veja *disfuncionalmente* colonizado por uma lógica operativa própria do sistema econômico ou do político. A autopoiese traduz essa proposta de um direito que, por meio de decisões judiciais adequadas e atentas a seus limites sistêmicos, possa preservar sua função social e produzir uma estabilidade *dinâmica* (mutabilidade autocontrolada) em torno do ideal da *segurança jurídica*, como consequência de uma *efetiva generalização congruente de expectativas normativas*, regida pelo código binário jurídico e concretizada por meio dos programas decisórios (condicionais) do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDREWS, Alex M. (1981). **Autopoiesis, a theory of living organizations**. Nova Iorque: Elsevier North Holland.
- BARALDI, Claudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena (1997). **GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systemee**. 1ªed. Frankfurt ao Meno: Suhrkamp.
- HURSTHOUSE, Rosalind (2000). **On Virtue Ethics**. Oxford: Oxford University Press.
- LANGER, Ellen J. (1999). The illusion of control. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul (Eds). **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. Cambridge: Cambridge University Press.
- LUHMANN, Niklas (1987). **Rechtssoziologie**. 3ª ed. Darmstadt: Wesdeutscher Verlag.
- _____ (1987a). **Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie**. 1ª ed. Frankfurt : Suhrkamp.
- _____ (1995) **Das Recht der Gesellschaft**. 1ªed. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1999) **Ausdifferenzierung des Rechts**. 1ªed. Frankfurt: Suhrkamp.
- _____ (1999a) **Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie**. 4ªed. Berlin: Duncker & Humblot.
- _____ (2002) **Die Politik der Gesellschaft**. 1ª ed. Frankfurt sobre o Meno: Suhrkamp.
- _____ (2006) **Einführung in die Systemtheorie**. 3ª ed. Heidelberg: Carl-Auer.
- _____ (2007) *La realidad de los medios de masas*. 1ª reimpressão. México: Anthropos Editorial.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. (2007). **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**. 6ªed. São Paulo: Palas Athena.
- NEVES, Marcelo (2007). **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes.
- PLOUS, Scott (1993). **The psychology of judgment and decision-making**. 1ª ed. Nova Iorque: McGraw Hill Publisher.

A FUNÇÃO CRIADORA DOS TRIBUNAIS: PRECEDENTES JUDICIAIS BRASILEIROS À LUZ DO PENSAMENTO DE HANS KELSEN

THE CREATIVE FUNCTION OF THE COURTS: BRAZILIAN
JUDICIAL PRECEDENTS IN THE LIGHT OF HANS KELSEN'S
THOUGHTS

Geórgia Fernandes Vuotto Nievas¹

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo estudar a formação de precedentes judiciais no sistema processual brasileiro a partir das contribuições teóricas e filosóficas de Hans Kelsen (1881-1973), expoente do Positivismo Jurídico no âmbito da Teoria Geral do Direito. A importância deste trabalho se dá na medida em que os precedentes judiciais se tornam cada vez mais relevantes em países que adotam o sistema de *civil law*, como é o caso do Brasil. Utilizou-se o conceito kelseniano de “interpretação” como chave hermenêutica para este estudo a partir da principal obra de Kelsen, “A Teoria Pura do Direito”, aplicando-a ao direito processual brasileiro. A partir desta chave, compreende-se que o precedente deve ser entendido como continuação de um processo permanente de criação de normas jurídicas.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Precedentes Judiciais; Jurisprudência; Positivismo Jurídico.

ABSTRACT: The present work aimed to study the formation of judicial precedents in the Brazilian procedural system from the theoretical and philosophical contributions of Hans Kelsen (1881-1973), exponent of Legal Positivism in the scope of General Theory of Law. The importance of this work is due to the fact that judicial precedents become increasingly relevant in countries that adopt the civil law system, as is the case in Brazil. The Kelsenian concept of “interpretation” was used as a hermeneutic key for this study based on Kelsen’s main work, “Pure Theory of Law”, applying it to Brazilian procedural law. From this key, it is perceived that the precedent must be understood as a continuation of a permanent process of creating legal norms.

Keywords: Procedural Law; Judicial Precedent; Jurisprudence; Legal Positivism.

1 Advogada, bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e especialista em Direito da Proteção e Uso de Dados pela mesma instituição. Atua no Núcleo de Proteção de Dados (NPD) do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE/MG) como colaboradora terceirizada, ocupando o cargo de analista administrativo júnior pela Inova Tecnologia LTDA. E-mail para contato: georgiavuotto@outlook.com.

1. INTRODUÇÃO

Em vista da relevância cada vez mais presente dos precedentes no sistema processual brasileiro, o presente trabalho teve como objetivo estudar a formação de precedentes judiciais a partir das contribuições teóricas e filosóficas de Hans Kelsen (1881-1973), expoente do Positivismo Jurídico no âmbito da Teoria Geral do Direito. Para tanto, foi utilizado o conceito kelseniano de “interpretação”, abordando-se a interpretação jurídica como fenômeno criador de normas. Em especial, tomou-se como principal referência a obra “Teoria Pura do Direito”, o principal trabalho de Hans Kelsen, reconhecido como uma obra incontornável no âmbito da Teoria Geral do Direito.

Para este estudo de caráter exploratório, adotou-se o método bibliográfico de pesquisa, orientando-se a partir de uma vertente jurídico-filosófica. Nesse ínterim, a investigação adotada possui caráter compreensivo, na medida em que se buscou entender o atual modelo de sistema de precedentes brasileiro a partir das contribuições teóricas de Hans Kelsen, e quais são suas possíveis implicações.

No primeiro tópico, operou-se uma breve contextualização da “Teoria Pura do Direito”, principal obra de Hans Kelsen, publicada originalmente em 1934. Buscou-se sublinhar os principais aspectos históricos, políticos e epistemológicos do período em que Kelsen viveu e redigiu seus principais trabalhos, considerando as influências filosóficas de movimentos como o neokantismo e o Círculo de Viena.

No segundo tópico, foi abordado o problema da literalidade das normas e a interpretação como ato criador de normas. Nesse ponto, introduziu-se a teoria kelseniana da interpretação, bem como as espécies de interpretação (autêntica e não-autêntica), teoria esta acrescida por Kelsen nas edições posteriores da Teoria Pura do Direito.

No terceiro e último tópico, procurou-se estudar a formação do sistema brasileiro de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil de 2015 a partir da chave hermenêutica kelseniana. Para tanto, buscou-se compreender de maneira geral como os tribunais superiores têm criado precedentes judiciais e como estes têm sido aplicados na prática, com norte dado pelos regramentos dispostos nos arts. 926 e 927 do CPC e pelo art. 121-4, §1º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, a partir do estudo realizado, concluiu-se que os precedentes judiciais devem ser compreendidos como resultado de um processo complexo e permanente de criação de leis, para além da noção estanque e engessada de que somente ao Poder Legislativo incumbe a tarefa de criar normas. Em suma, os precedentes judiciais seriam produto de um processo interpretativo fluido e contínuo, empreendido pelos tribunais, tal como Kelsen havia proposto, num esforço de preencher as molduras normativas criadas pelo Poder Legislativo, sem que isso caracterize-se por uma suposta usurpação de poderes.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO: O *ZEITGEIST* EPISTEMOLÓGICO DA EUROPA DE KELSEN

O austríaco Hans Kelsen (1881-1973) é mundialmente conhecido como um dos juristas mais relevantes do século XX e um dos expoentes do Positivismo Jurídico. Como afirmou o

Prof. Marcelo Cattoni², “nenhum jurista teve, nos últimos cem anos, maior destaque do que ele. Há como discordar de Kelsen, mas não há como desconhecê-lo”.

Isto porque o jurista tornou-se célebre por sua obra intitulada “Teoria Pura do Direito” (no original alemão: *Reine Rechtslehre*), publicada originalmente em 1934, que segue sendo objeto de debates, críticas e enaltecimentos até os dias atuais. Nesta obra, Kelsen buscou estabelecer, de maneira precisa e rigorosa, os contornos metodológicos da Ciência do Direito, conferindo a esta um objeto de estudo bem delimitado e distinto dos objetos de estudo das demais ciências sociais, como sociologia, psicologia, etc.

A partir dessas considerações, é certo dizer que Hans Kelsen é herdeiro direto de movimentos filosóficos originários dos séculos XVIII e XIX, como o racionalismo, o empirismo e, posteriormente, o positivismo científico. No entanto, é fundamental pontuar que à época em que Kelsen viveu, alguns movimentos intelectuais como o neokantismo (tanto de Marburgo quanto de Baden) e o Círculo de Viena exerceram especial influência na construção da Teoria Pura do Direito, o que será explorado adiante.

2.1 INFLUÊNCIA DO NEOKANTISMO E DO CÍRCULO DE VIENA NO PENSAMENTO KELSENIANO

Faz-se mister saber que Kelsen elaborou sua teoria em um contexto histórico e filosófico permeado de particularidades que permitiram a plena concepção de sua obra. Embora tenha se tornado lugar-comum afirmar que o pensamento kelseniano foi influenciado diretamente pelo positivismo científico de Auguste Comte, nota-se que na Europa dos séculos 19 e 20, de acordo com Köhnke³, “não era necessário um Comte ou um Mill para conceber um conceito de filosofia positiva” se já havia lá um Beneke, psicólogo e filósofo neokantiano que pensou nas doutrinas positivas como única forma de se alcançar uma universalidade científica. Especula-se, inclusive, quem deu início exatamente às chamadas doutrinas positivistas: se Beneke, na Alemanha, ou Comte, na França⁴.

Importante frisar também a importância do Círculo de Viena e do movimento neokantiano na obra de Kelsen, sendo este último do qual o já referido Beneke também foi um grande expoente. Em apertada síntese, o chamado Círculo de Viena foi uma escola filosófica formada por pensadores de diversas origens e áreas do conhecimento, cuja principal contribuição foi a renovação das bases positivistas e empiristas do pensamento epistemológico europeu⁵.

A principal preocupação do Círculo de Viena era a de pensar modos de se fazer filosofia orientados exclusivamente pela ciência, isto é, pensar uma filosofia científica. Já o neokantismo, representado principalmente pelas escolas de Marburgo e de Baden, foi um movimento filosófico de “retorno a Kant”, ou seja, de um regresso ao pensamento kantiano, especialmente no que tange à separação entre as ciências puras e a metafísica, de acordo com Köhnke⁶. A influência

2 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 123.

3 KÖHNKE, Klaus Christian. **Surgimiento y Auge del Neokantismo**: La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo. México: FCE, UAM, 2011, p. 72. Tradução nossa.

4 *Ibid*, p. 73.

5 KRAFT, Victor. **El Círculo de Viena**. Madrid: Taurus, 1966, p. 23-25.

6 *Op. cit*, p. 197.

do movimento neokantista torna-se mais clara quando se atenta para o uso da palavra “pureza” durante a leitura da Teoria Pura do Direito, o que será detalhado mais adiante.

Em suma, é nesse contexto epistemológico que Kelsen começa a pensar a possibilidade de um modo de se conhecer cientificamente o Direito, conferindo a este último autonomia científica em relação a outras ciências em ascensão na época, como a psicologia, a sociologia e a teoria política, por exemplo.

2.2 O OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO

Logo nos primeiros capítulos da Teoria Pura do Direito, Kelsen procura estabelecer um método apropriado para o estudo do Direito, a fim de que este seja apreendido como objeto científico específico. Nos prefácios, tanto da primeira quanto da segunda edição, Kelsen expõe algumas de suas principais motivações para elaborar uma teoria própria do Direito, conferindo-lhe o estatuto de uma ciência (*Wissenschaft*):

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito.⁷

É tendo esse pensamento em vista que Kelsen começa a delinear a distinção entre as diferentes dimensões do Direito para construir sua metodologia, norteando-a a partir da noção de “pureza”, que, por sua vez, remonta à Crítica da Razão Pura (do alemão: *Kritik der reinen Vernunft*) de Immanuel Kant. Segundo Goyard-Fabre⁸, Kant estabeleceu uma espécie de imperativo metodológico a fim de guiar a razão para que esta não caia nem no dogmatismo nem no empirismo. Para isso, o filósofo de Königsberg começa sua Crítica⁹ distinguindo o conhecimento puro (relacionado ao conhecimento *a priori*) e o conhecimento empírico (relacionado à experiência, *a posteriori*). E o conhecimento puro torna-se possível, para além da experiência e por meio da razão, que contém princípios *a priori*.

Nesse norte de ideias, postula Kelsen:

Se analisarmos qualquer dos fatos que classificamos de jurídicos ou que têm qualquer conexão com o Direito [...], poderemos distinguir dois elementos: primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana; segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito.¹⁰

A partir daqui, porém, Kelsen é incisivo: a significação jurídica do ato não é algo que se pode perceber por meio dos sentidos, como, por exemplo, a cor, o cheiro ou o peso das coisas. Em razão de sua particularidade, o Direito é um fenômeno humano que deve ser estudado a partir de um esquema de interpretação próprio, que apreenda a significação jurídica dos atos em

7 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 11.

8 GOYARD-FARBRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 73.

9 KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Edipro, 2020.

10 *Op. cit.*, p. 2.

questão. Nesse sentido, o método oferecido por Kelsen para o estudo do Direito toma contornos de uma hermenêutica, cuja principal chave de interpretação é a noção de norma. Segundo o autor, a norma funciona como esquema de interpretação ao emprestar significado jurídico a um determinado ato¹¹.

3. O PROBLEMA DA LITERALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS: A INTERPRETAÇÃO COMO ATO DE CRIAÇÃO DO DIREITO

A teoria da interpretação kelseniana é fundamental para se alcançar o entendimento de que a norma não é aplicada em sua literalidade, tendo em vista que ela própria constitui um esquema de interpretação. No capítulo em que disserta sobre a dinâmica jurídica, Kelsen apresenta os processos de criação e aplicação das normas jurídicas e como esses processos muitas vezes se (con)fundem. Nesse sentido, explica o autor:

A teoria, nascida no terreno da *common law* anglo-americana, segundo a qual somente os tribunais criam Direito, é tão unilateral como a teoria, nascida no terreno do Direito legislado da Europa continental, segundo a qual os tribunais não criam de forma alguma Direito mas apenas aplicam Direito já criado. [...] A verdade está no meio. Os tribunais criam Direito, a saber — em regra — Direito individual; mas dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação jurídica¹².

A partir desta lente, Kelsen destaca a norma não apenas como um conjunto de regras friamente delineadas, mas como um intrincado esquema de interpretação por si mesma. Sob a ótica kelseniana, os limites entre a elaboração normativa e sua efetiva aplicação não são claros e nítidos. Significa dizer, portanto, que existe uma teia intrincada na qual o ato de interpretar desempenha um papel preponderante na moldagem do fenômeno jurídico.

É nesse ponto que merece destaque o conceito de interpretação, à qual Kelsen posteriormente lhe dedicou um capítulo à parte em sua Teoria Pura do Direito a partir da edição francesa de 1953. Foi somente na edição de 1960 que a obra passou a apresentar um capítulo especial (VIII) dedicado à teoria da interpretação autêntica repleto de modificações, conforme observou Cattoni de Oliveira¹³.

3.1 A NOÇÃO DE INTERPRETAÇÃO EM KELSEN: INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA E NÃO-AUTÊNTICA

Antes, no entanto, é importante compreender a noção de interpretação em Kelsen no âmbito da significação jurídica. Segundo o jurista, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”¹⁴. Mais adiante, Kelsen utiliza-se da metáfora de “moldura” para ilustrar sua teoria da interpretação jurídica, afirmando que:

11 *Ibid*, p. 4.

12 *Ibid*, p. 10.

13 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 132.

14 *Ibid*, p. 245.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente¹⁵.

Com base na chave hermenêutica que Kelsen buscou construir na Teoria Pura do Direito, o jurista de Viena classificou a interpretação em duas espécies: autêntica e não-autêntica. Em linhas gerais, a interpretação autêntica é aquela realizada pelos órgãos jurídicos, responsáveis pela aplicação das normas. Já a interpretação não-autêntica é aquela realizada pelas pessoas em geral, que devem obedecer às normas que lhes são impostas.

Antes de se prosseguir com essa chave, não se pode olvidar, no entanto, que a teoria da interpretação autêntica e não-autêntica apresenta alguns problemas que, embora importantes, fogem do escopo do presente trabalho. A título de breve contextualização, Cattoni problematiza a ideia de fixação de uma moldura que contemple todas as interpretações possíveis de uma norma a um determinado caso concreto. Segundo ele,

Simplemente, tal teoria da interpretação autêntica, presente em 1960, é incompatível com a teoria do ordenamento jurídico desenvolvida até então por Kelsen, a menos que se admitisse que ele tenha assumido uma posição tão realista no sentido de acabar, em última análise, por considerar o Direito como um sistema escalonado de autorizações em branco que nada garantiria quanto à coerência formal e material das decisões em face de si mesmo, o que seria, mais uma vez, uma ruptura com postulados juspositivistas e uma abertura fatal ao realismo jurídico, em que a questão sobre a validade das decisões estaria reduzida à questão acerca da eficácia do Direito, numa confusão entre “ser” e “dever-ser”¹⁶.

Entretanto, a observação que Kelsen faz a respeito da interpretação das normas jurídicas - e sua classificação em autêntica e não-autêntica - se faz útil para compreender que o processo de aplicação das normas gerais nas decisões judiciais - que, por sua vez, vincula-se à interpretação que o aplicador confere à norma - é, simultaneamente, um processo de produção de normas individuais, na medida em que o caso concreto dá novos contornos à norma geral originária, contornos esses que dificilmente repetir-se-ão, dado que nenhum caso será exatamente igual a outro. Como bem observa Lopes,

[...] a interpretação jurídica não prescinde do estabelecimento de pontos de contato com a realidade histórica e social para a qual o Direito está direcionado. O contexto do qual o Direito Positivo emerge e ao qual ele é aplicado exerce inegável influência na conformação do sentido atribuído aos termos e aos enunciados que compõem o discurso jurídico. Este, com efeito, possui uma permeabilidade aos fatos e transformações sociais que lhe confere uma dinamicidade própria. Se isso tudo é verdadeiro, então a interpretação normativa efetuada não apenas pelo aplicador, mas por todo operador do direito, nunca poderá ser inteiramente reduzida a um cálculo lógico. E isso porque não há um inventário

15 *Ibid*, p. 247.

16 *Op. cit*, p. 145.

fixo de noções primárias às quais a totalidade do sistema jurídico seja redutível por operações lógicas, porquanto o sentido dos termos e expressões se deixa penetrar por novos conteúdos fáticos e axiológicos¹⁷.

Com isso, é importante destacar que o processo de aplicação de uma norma jurídica não é transparente, objetivo e neutro. Ao se analisar esse processo, vê-se que a aplicação da lei se encontra intrinsecamente ligada a elementos históricos, políticos e sociais que permeiam a própria gênese das normas jurídicas, seja pela via da interpretação, seja pelo meio legislativo. Em outras palavras, o contexto jurídico em que nasce uma norma – ou, ainda, em que se aplica uma norma, – encontra-se atravessado por questões sociais, econômicas, políticas, culturais e linguísticas. Nesse sentido, segundo Bustamante,

A ideia kelseniana de um sistema dinâmico pressupõe um construtivismo social segundo o qual todos os fatos sociais e todas as normas jurídicas são construções humanas, não algo redutível a fatos naturais ou a outras normas jurídicas promulgadas anteriormente. O que determina a validade de uma norma ou o caráter jurídico de um ato não é sua facticidade, sua existência na natureza, mas o sentido objetivo desse preceito ou deste ato, ou seja, o sentido que eles têm para o Direito. O sentido objetivo se diferencia do subjetivo que esses atos têm para seus autores e só pode ser determinado com referência às premissas que lhes atribuem um sentido jurídico específico¹⁸.

Tendo esse pensamento em mente, afasta-se a noção engessada de que a aplicação da norma seria reduzida apenas a uma mera operação de subsunção do fato à norma, e passa-se a compreender o Direito a partir de um processo de criação permanente de normas jurídicas, num fluxo contínuo e ininterrupto.

4. A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES A PARTIR DA CHAVE HERMENÊUTICA KELSENIANA

Tendo como alicerce a teoria kelseniana da interpretação, retoma-se o nascimento das normas jurídicas. Sobre esse fenômeno, Hans Kelsen estuda as possibilidades de criação do Direito especialmente no capítulo V da “Teoria Pura do Direito”, em que trata da dinâmica jurídica. Dentre essas possibilidades, tem-se a criação de normas por meio de julgados, que levam à formação dos precedentes judiciais. De acordo com Kelsen,

Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso sub judice, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos. Uma decisão judicial pode ter um tal caráter de precedente quando a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada, quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, ou

17 LOPES, Guilherme Barcelos Machado. Dos aspectos lógicos e extralógicos na aplicação das normas jurídicas. **Revista Húmus**, v. 9, n. 26, 13 set. 2019, p. 418. Disponível em: <https://periodicoselctronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/9610>. Acesso em: 15 mar. 2022.

18 BUSTAMANTE, Thomas. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. **Contra o absoluto: Perspectivas críticas, políticas e filosóficas na obra de Hans Kelsen**. Curitiba: Juruá, p. 422-438, 2011.

quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação.¹⁹

Ainda nesse sentido, Kelsen dá ênfase no capítulo V à função criadora dos tribunais por meio de precedentes, isto é, quando é permitido a esses órgãos a criação de normas, que, a princípio, estaria restrita somente ao Poder Legislativo, como é nos casos dos países de *civil law*. No entanto, essa restrição se flexibiliza à medida em que se percebe que a aplicação da norma ao caso concreto não é como num jogo de quebra-cabeças, em que existe uma peça para cada encaixe e vice-versa. Esta flexibilização garante a criação de parâmetros de julgamentos para casos futuros que se assemelham, bem como torna claro o processo de criação de normas jurídicas como um fluxo contínuo e permanente, que ultrapassa a noção engessada de separação absoluta das funções outorgadas aos Três Poderes, dada a complexidade inerente aos processos de criação e aplicação de leis.

4.1 OS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

O precedente, a partir do conceito trazido por Taruffo²⁰, é, em breve síntese, “uma regra [...], que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso”. Em outras palavras, o precedente é a decisão relativa a um determinado caso concreto, a partir da qual se deriva uma regra para julgamento de casos semelhantes àquele caso concreto originário.

Importante lembrar que os precedentes judiciais possuem maior destaque nos países que adotam o *common law*, a exemplo dos Estados Unidos da América e Inglaterra. Nesse sentido, como apontado por Moreto²¹, o *common law* pode ser entendido como um sistema de *case law*, ou seja, um sistema jurídico fundado nos casos concretos, que formam a experiência vivida nos tribunais.

Com o fenômeno da globalização estendendo-se para diversos âmbitos, inclusive para o Direito, é natural que a discussão acerca dos precedentes judiciais também chegasse de maneira mais acelerada e atual ao Brasil e em outros países que adotam o sistema *civil law*. Nesse contexto, os precedentes têm representado papel fundamental como fonte do Direito, embora formalmente ainda se tenha discussões acerca do seu reconhecimento como tal.

Isso ocorre, pois nos sistemas de *civil law*, a fonte do direito por excelência é a lei, criada pelo órgão legislativo competente, observando-se o princípio de separação dos Três Poderes. Portanto, a criação de leis pelo Poder que não detém tal competência pode ser vista como uma forma de usurpação de função. A esse fenômeno, muitos críticos dão o nome de “ativismo judicial”, numa tentativa de reduzi-lo a uma mera invasão de competências do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, e que este deve ser freado a fim de se preservar a harmonia entre os Poderes,

19 *Op. cit.*, p. 278.

20 TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. *civilistica.com*, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/587>. Acesso em: 10 abr. 2022.

21 MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 72.

muito embora haja debates acerca da multiplicidade do termo “ativismo judicial”, discussões estas que não fazem parte do objetivo do presente artigo.

Como já explicado anteriormente, criação e aplicação de normas são processos que podem confundir-se, não sendo possível aferir com precisão quando termina a criação e quando começa a aplicação, justamente por esta última se tratar de uma operação complexa, com o envolvimento de diversos atores (o legislador, o julgador, as partes do processo, terceiros interessados, etc). Em suma, a criação e a aplicação de determinada lei não podem ser entendidas a partir de uma lógica simplista, em que é possível delimitar de maneira certa e absoluta os limites existentes entre tais operações.

A despeito dessa discussão, nota-se que a própria legislação brasileira tem trabalhado para conferir aos precedentes poder vinculante e não meramente persuasivo. Toma-se, como exemplo, o Livro III do Código de Processo Civil brasileiro que versa sobre o trâmite dos processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões judiciais. Logo nas Disposições Gerais do Livro III, o caput do art. 926²² prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Ainda no mesmo artigo, em seus parágrafos primeiro e segundo, tem-se as orientações que os tribunais devem seguir quando da edição de súmulas.

Nesse esteio, retomando-se as noções de interpretação autêntica e não-autêntica ao caso brasileiro, percebe-se no comando do art. 926, §2º do CPC²³ uma influência do pensamento hermenêutico kelseniano ao determinar os tribunais a se aterem “às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” quando da edição dos enunciados das súmulas. Isso porque são justamente as circunstâncias fáticas do caso concreto que determinarão a aplicação ou não de determinada norma.

Adiante, no art. 927²⁴, tem-se as observações que juízes e tribunais devem fazer quando de suas decisões, como, por exemplo, enunciados de súmula vinculante e acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Acerca disso, Theodoro Júnior e Andrade anotam que

26) O CPC se alinhou a uma tendência geral nos sistemas de *civil law* de valorização do precedente e montou um sistema de precedentes visando assegurar a integridade e coerência da jurisprudência (art. 926), bem como de sua compreensão e aplicação, com a criação de determinados precedentes vinculantes (art. 927), indicando os meios de sua difusão e divulgação (art. 927, §5º)²⁵.

Com efeito, faz-se mister atentar nos arts. 926 e 927 para a preocupação dos juristas brasileiros com a sistematização da jurisprudência, tornando-a uniforme e transparente, preocupação esta que também fazia parte do pensamento de Kelsen. Para essa sistematização, faz-se necessária uma metodologia própria para a aplicação de precedentes a casos concretos, que conta com diversas técnicas para apreciação e julgamento de demandas judiciais, como o *over-*

22 BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: DF, Diário Oficial da União, 2015.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ruling, que apresenta uma alteração de entendimento jurisprudencial a respeito de determinada questão, e o *distinguishing*, que é a não aplicação de um determinado entendimento em vista de alguma particularidade do caso concreto que o distingue daquele entendimento.

Esses métodos são fundamentais para o desenvolvimento de um sistema de precedentes coeso, harmônico e que vise a preservação da segurança jurídica no Direito brasileiro, ponto principal de crítica no que tange à observância de precedentes. Aliás, este ponto já foi explorado por Kelsen no mesmo tópico em que versa sobre a função criadora dos tribunais. Segundo ele,

Sob este aspecto, isto é, com respeito à relação entre o órgão legislativo e os tribunais, podem distinguir-se dois tipos de sistemas jurídicos tecnicamente diferentes. Segundo um destes tipos, a produção de normas jurídicas gerais está completamente centralizada, quer dizer, é reservada a um órgão legislativo central e os tribunais limitam-se a aplicar aos casos concretos, nas normas individuais a produzir por eles, as normas gerais produzidas por esse órgão legislativo. [...] Este sistema tem a desvantagem da falta de flexibilidade. Tem, em contrapartida, a vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito poderem se orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais²⁶.

Ao tratar do segundo sistema jurídico, Kelsen enfatiza a característica flexível deste em comparação ao sistema anteriormente tratado. Ainda de acordo com o jurista,

Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. [...] É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal. Em consequência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica. Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados²⁷.

No entanto, deve-se ter em mente que esta liberdade de criação outorgada aos tribunais não é irrestrita. Além do regramento expresso nos arts. 926 e 927 do CPC, as cortes superiores devem obedecer a algumas diretrizes que geralmente estão previstas nos seus regimentos internos. A exemplo do Superior Tribunal Justiça (STJ), Theodoro Júnior e Andrade pontuam que a corte deve estar atenta às circunstâncias fáticas do caso concreto, bem como à *ratio decidendi* para construção da tese central.

Em breve análise do Regimento Interno do STJ²⁸, em seu art. 121-A e parágrafo primeiro, observa-se a necessidade de obediência a certas regras para criação dos chamados precedentes qualificados:

Art. 121-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos bem como os enunciados de súmulas do Su-

26 *Op. cit.*, p. 279.

27 *Ibid.*, p. 279-280.

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**, edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 44, de 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 22 dez. 2023.

perior Tribunal de Justiça constituem, segundo o art. 927 do Código de Processo Civil, precedentes qualificados de estrita observância pelos Juízes e Tribunais.

§ 1º Os incidentes de assunção de competência e os processos afetados para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos serão organizados e divulgados por meio de enunciados de temas com numeração sequencial, contendo o registro da matéria a ser decidida e, após o julgamento, a tese firmada e seus fundamentos determinantes.

A partir desses regramentos, percebe-se que há uma preocupação por parte dos julgadores de se preservar a coerência e a uniformidade da jurisprudência, além de ser observado o princípio constitucional da segurança jurídica e da harmonia entre os Poderes. Portanto, diferentemente de uma suposta usurpação de poderes ou de mero ativismo judicial, vê-se que a criação de normas jurídicas por meio de decisões proferidas por tribunais está restrita a uma série de regras que visam resguardar o ordenamento jurídico. A partir do CPC de 2015, essas regras vêm sendo sistematizadas pelos tribunais por meio de regimentos e regulamentos.

Em suma, no caso brasileiro, a fim de garantir o princípio constitucional da segurança jurídica, adotou-se um modelo de sistematização dos precedentes judiciais não apenas para mantê-los como um repositório estático e sem valor, mas para organizá-los e uniformizá-los, de maneira a preservar a coerência e o equilíbrio da jurisprudência. Como bem observa Theodoro Júnior e Andrade²⁹, “[...] a incorporação de técnicas de *common law* se deu com as adaptações e adequações necessárias para fazer com que possam ser aqui utilizadas proveitosamente”. Dessa forma, o precedente judicial deve ser entendido não como fonte estática de Direito, nem como um antagonico da norma produzida pelo Poder Legislativo, mas como uma continuidade desta, considerando especialmente o seu caráter dinâmico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações expostas, é possível concluir que o processo legislativo de criação de normas não está restrito unicamente ao procedimento clássico adotado pelo Poder Legislativo, nem deve ser compreendido apenas em suas dimensões teóricas. Ao contrário, trata-se de um fenômeno complexo, permeado por nuances diversas, e que deve ser observado de acordo com as peculiaridades que lhes são devidas.

Observou-se neste trabalho que os precedentes judiciais, ao contrário de meras referências persuasivas adotados pelo julgador quando da apreciação de um caso, são, em verdade, parte de um processo permanente e contínuo da criação de normas. A partir da noção de interpretação de Hans Kelsen, bem como dos conceitos de interpretação autêntica e não-autêntica, entende-se que a aplicação da lei a determinado caso não se trata de mera operação mental de subsunção. Ao contrário, trata-se de um trabalho complexo de interpretação e (re)criação da lei que será aplicada ao caso concreto pelo julgador.

As principais críticas a serem feitas aos precedentes vão no sentido de que haveria uma suposta usurpação de poderes, dado que, a partir disso, o Poder Judiciário estaria outorgando para si o dever de legislar, competência esta atribuída tão somente ao Poder Legislativo, de acor-

29 *Op. cit.*, p. 106.

do com o princípio da separação dos Três Poderes. Além disso, há também uma preocupação quanto à segurança jurídica dos precedentes criados pelas Cortes.

No entanto, tais argumentos não se sustentam, na medida em que tanto a aplicação da lei quanto a sua própria concepção são processos complexos, que podem confundir-se facilmente, uma vez que há o envolvimento de diversos atores nesses procedimentos, como o legislador, o julgador, as partes do processo, terceiros interessados etc. Ademais, o próprio contexto em que a norma é criada ou aplicada também deve ser levado em consideração, especialmente nos seus aspectos sociais, políticos, econômicos, culturais e linguísticos. Nesse sentido, este trabalho tentou demonstrar a partir dos precedentes judiciais, entendidos sob a luz do pensamento kelseniano, que tanto a criação quanto a aplicação da norma não podem ser entendidas a partir de uma lógica simplista e estanque, mas, sim, da complexidade que lhe é inerente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília: DF, Diário Oficial da União, 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**, edição revista, ampliada e atualizada até a Emenda Regimental n. 44, de 13 de setembro de 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 22 dez. 2023.
- BUSTAMANTE, Thomas. A criação do direito pela jurisprudência: notas sobre a aplicação do direito e a epistemologia na teoria pura do direito. *In: Contra o absoluto: Perspectivas críticas, políticas e filosóficas na obra de Hans Kelsen*. Curitiba: Juruá, p. 422-438, 2011. 444 p.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da Constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. 268 p.
- GOYARD-FARBRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 278 p.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. São Paulo: Edipro, 2020. 592 p.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 427 p.
- KÖHNKE, Klaus Christian. **Surgimiento y Auge del Neokantismo: La filosofía universitaria alemana entre el idealismo y el positivismo**. México: FCE, UAM, 2011. 532 p.
- KRAFT, Victor. **El Circulo de Viena**. Madrid: Taurus, 1966. 209 p.
- LOPES, Guilherme Barcelos Machado. Dos aspectos lógicos e extralógicos na aplicação das normas jurídicas. **Revista Húmus**, v. 9, n. 26, 13 set. 2019, p. 418. Disponível em: <https://periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/9610>. Acesso em: 15 mar. 2022.
- MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo São Paulo. 2012. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-15052013-162737/pt-br.php>. Acesso em: 26 nov. 2022.
- TARUFFO, Michele; DE TEFFÉ, Chiara Spadaccini. Precedente e jurisprudência. **civilistica.com**, v. 3, n. 2, p. 1-16, 2014. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/587>. Acesso em: 10 abr. 2022.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. **Precedentes no processo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 192 p.

O DIREITO BRASILEIRO E O MARXISMO: A CRÍTICA À TEORIA GERAL DO DIREITO NA EPISTEMOLOGIA DE MASCARO

BRAZILIAN LAW AND MARXISM: CRITICISM OF THE GENERAL THEORY OF LAW IN MASCARO'S EPISTEMOLOGY

João Vitor Dias Oliveira¹

RESUMO: O presente trabalho de revisão tem como objetivo fazer uma reflexão e sistematização acerca das relações entre direito, Estado e capitalismo, a partir do aparato epistemológico produzido pela crítica marxista do direito nacional, em especial a desenvolvida pelo professor Alysson Mascaro. Dessa maneira, frente a utilização da pesquisa bibliográfica, busca-se entender as relações existentes entre a norma jurídica e a forma mercantil, bem como perceber as relações de dependência do sistema normativo aos ditames burgueses, visando a manutenção da alienação do proletariado. Assim, a análise divide-se em dois pontos primordiais: a primeira é a relação existente entre o direito e a construção marxista; a segunda foca na teoria geral crítica do direito encapsulado pelo autor anteriormente citado, baseado na produção de Pachukanis. Nesse sentido, conclui-se o direito como um instrumento capitalista, situado na convergência da circulação e produção, valorando a expansão da mercadoria capital e ampliação dos arranjos capitalistas, visto o encaixe da “norma jurídica” abstrata enquanto um instrumento capitalista de perpetuação dos mesmos significados burgueses.

Palavras-chave: Direito; Marxismo; Capitalismo; Norma Jurídica; Forma Mercantil.

ABSTRACT: The present review work aims to reflect and systematize the relationships between law, State and capitalism, based on the epistemological apparatus produced by the Marxist critique of national law, especially that developed by professor Alysson Mascaro. In this way, through the use of bibliographical research, we seek to understand the relationships that exist between the legal norm and the commercial form, as well as to understand the relationships of dependence of the normative system on bourgeois dictates, aiming to maintain the alienation of the proletariat. Thus, the analysis is divided into two main points: the first is the relationship between law and the Marxist construction; the second focuses on the general critical theory of law encapsulated by the previously mentioned author, based on the production of Pashukanis. In this sense, law is concluded as a capitalist instrument, located at the convergence of circulation and production, valuing the expansion of capital merchandise and expansion of capitalist arrangements, given the fit of the abstract “legal norm” as a capitalist instrument for perpetuating them. bourgeois meanings.

Keywords: Law; Marxism; Capitalism; Legal Standard; Commercial Form.

1 Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, campus III. Presidente do Centro Acadêmico dos Discentes de Direito (CADDI). Estagiário do TJBA. Membro da Rede de Estudos em Direito Educacional e Ensino Jurídico da Faculdade de Direito da UFBA. E-mail: jovidioliveira@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Em uma sociedade capitalista, as esferas políticas e sociais são recortadas pelo aspecto do capital. Entender o meio é entender a sua necessidade ao capital e seu funcionamento a partir do interesse burguês, dada a reconfiguração total de tais setores à dinâmica da totalidade da reprodução social capitalista².

Para definir a forma política estatal, é necessário perceber que o Estado é um fenômeno especificamente capitalista³. O Estado, tal como o conhecemos hoje, teve suas bases primordiais fundadas em um período de ganho de espaço da burguesia, que atuou na sua reestruturação, visando conquistar os meios necessários para a exploração. A partir disso, conseguiu estabelecer as redes de trabalho, pela sua divisão, e a “autonomia” industrial⁴.

Nesse sentido, a forma política estatal é dependente da manipulação dos grandes industriais, os grandes burgueses do seu tempo. Sua base é capitalista por natureza, mas tenta disfarçar seu funcionamento pela falsa representação de democracia. Isto, por sua vez, funciona como um apaziguador ideológico de segurança aos mais abastados – já que a pulverização do sujeito de direito, em equilíbrio com a sustentação da dinâmica mercantil, depende da tranquilidade do agir imparcial de um terceiro (essencialmente jamais neutro). Assim, pode-se resumir que a forma política estatal é o interesse capital, mas revestido de outra forma específica, apresentando subjetividade jurídica diversa, para que as formas do direito passem a operar no Estado de maneira silenciosa. Contudo, ainda assim, capitalista⁵. Se a exploração mercantil burguesa é violenta como uma faca, a atuação política, pela forma política estatal, é fatal como um veneno.

Tal construção epistemológica é bem observada em um trecho da abordagem de Pachelkanis, ainda no século passado, no qual o pensador afirma que o vínculo social no processo de produção exige de uma “relação particular entre pessoas enquanto indivíduos que dispõem de produtos, como sujeitos ‘cuja vontade reside nas coisas’. [...]”⁶. A partir desse processo, então, que o produto do trabalho vira mercadoria, ganhando valor, e o homem transforma-se em sujeito de direito, portador de direitos.

Isso significa que o direito é uma especificação das relações capitalistas ao adaptar a formas que os sujeitos, as coisas e o Estado se relacionam entre si, atribuindo validade aos negócios jurídicos firmados a partir de um pressuposto coletivo moralizado, mas que, na realidade, é uma instrumentalização formativa da organização capitalista. O direito tributário, por exemplo, exemplifica isso.

Dele, é possível perceber que mais pobres costumemente pagam mais impostos que os mais ricos, com enfoque na tributação indireta. A mesma percepção ocorre ao se analisar o imposto de renda: a alíquota efetiva aumenta acompanhando a renda até a faixa de 20/30

2 Aqui já existe, de forma simples e resumida, a justificação da forma de ser do direito moderno. Ele é capitalista pela sua forma se equivar à forma capitalista mercantil - MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022.

3 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013

4 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013

5 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013

6 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 119-120.

salários mínimos, mas a partir desse limite inicia-se o declínio⁷. Em continuidade na área, a efetividade da taxaço das grandes fortunas, no Brasil, nas quais o acúmulo capital dos burgueses se encaixa, levou mais de duas décadas para ser aprovado em projeto de lei, apesar de previsto desde 1988 na Constituição Federal (inc. VII do art. 153).

Ante o exposto, o capitalismo, sistema econômico baseado na apropriação dos bens de capital e nos relacionamentos trabalhistas desestruturados, elementos indispensáveis para a conquista da mais-valia, não teria se desenvolvido da maneira que se desenvolveu sem a possibilidade jurídica nas suas estratégias. Acerca desse último ponto, a realidade brasileira (contexto norteador da crítica desenvolvida), e de modo similar, da América Latina, se tornam pontos críticos de observação, propiciando o desenvolvimento de tais pensamentos jurídicos vinculados ao materialismo histórico. O desenvolvimento colonial desenfreado permitiu que a busca mercantil fosse a base do sistema político⁸ e a própria ideia de “subdesenvolvimento” é reflexo dos mecanismos econômicos do colonialismo.

Esse encaixe do direito na realidade capitalista evidencia uma posição estrutural na determinação das classes, levando ao conservadorismo ideológico do próprio jurista⁹. Consequentemente, percebe-se que a sociabilidade do indivíduo é definida, paga e determinada pela estratégia burguesa. As formas sociais são modos de constituição das interações na sociedade, interações essas que são estipuladas pelas relações concretas do capital e da reiteração de vínculos previamente assumidos.

Logo, as formas sociais tornam presentes e firmes os fluxos das relações sociais, atuando nas constituições das individualidades que são, ao geral, contínuas e previstas, estando em conformidade com o interesse capital. Nesse caso, possibilita que a forma política exista tal como existe, em uma cadeia de codependências mutualísticas. Tal estrutura, no fim, é a conformidade das formas sociais que, no geral, coloca o direito como “um meio técnico para impor a vontade da classe dominante sobre os dominados”¹⁰.

Desse modo, tendo-se em consideração a realidade capitalista e sua influência estrutural na organização societária, faz-se necessário perceber o direito enquanto instrumento do interesse capital, sendo, na realidade, uma estrutura propícia ao capitalismo enquanto legitimador das relações-capitais. Assim, Mascaro, a partir de uma epistemologia marxista, gera uma nova teoria crítica do próprio sistema jurídico¹¹ brasileiro.

Portanto, esse artigo busca apresentar a epistemologia mascariana, a partir de um entendimento da relação entre direito e marxismo, e, posteriormente, da teoria crítica formada

7 MOTA, C. V. **Por que donos de empresas geralmente pagam menos impostos do que seus funcionários no Brasil**. BBC News Brasil, 2022.

8 TEIXEIRA, R. A. *Capital e Colonização: A Constituição da Periferia do Sistema Capitalista Mundial*. p. 581. **Estudos Econômicos**. São Paulo: v. 36, n. 3, jun.-set. 2006, p. 581.

9 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 189.

10 ELBE, I. *Teoria Geral do Direito e Marxismo de Eugen Pachukanis*. Trad. de André Vaz Porto Silva. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro: v. 10, n. 02, jun. 2019, p. 1559.

11 Influenciado significativamente por Pachukanis, a crítica em si rodeia a própria ideia de que o direito capitalista não tem associação com justiça, mas sim um papel de apaziguador social e dominador da classe abastada, gerando uma arma não exposta de continuação de dominação, pois “O Estado jurídico é uma miragem, mas uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia” - PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 148.

pelo autor, ponto principal da discussão, em associação com a produção acadêmica de outros pensadores que utilizam do materialismo histórico para entender as relações jurídicas. Dessa maneira, serve como revisão da crítica marxista nacional do direito.

2. O DIREITO PARA O MARXISMO

Inicialmente, cabe entender do que se trata direito em Marx. Na teoria marxista, o direito foge de qualquer conceito pós-moderno ou decolonial de libertação ou de ressignificação, sendo, na verdade, a legalização das estruturas burguesas. O direito, assim, atua como legitimador dos interesses e necessidades dominantes, agindo como uma arma na organização das lutas de classes. Na verdade, aqui o pensamento não atende à ideologia de neutralidade na formação jurídica. O político e o jurídico, portanto, são estabelecidos a partir e em conjunto das relações produtivas, “num entrelaçamento dialético de primazia das últimas em face das primeiras no que tange ao processo de constituição da sociabilidade”¹².

Pachukanis, enquanto seguidor da epistemologia de Marx, vem a entender o direito não como um positivador do “agir” para a mera “ordem e tranquilidade social”, em busca de “justiça”, mas sim como um dado que demonstra o funcionamento do sistema capitalista, sendo a *positivação de uma ordem social específica aos interesses específicos de uma classe social específica que, curiosamente, é a dominante*. Tocante a isso, ele afirma que o direito apresenta relações intrínsecas com as circulações mercantis¹³ (Mascaro, *apud* Pachukanis), deixando claro que o direito adquire lugar específico no capitalismo – “As relações sociais capitalistas são então, também e necessariamente, relações de direito”¹⁴.

O direito apresenta-se como um dado específico da realidade capitalista, não sendo possível identificá-lo, tal como percebe-o hoje, em outros períodos¹⁵. Sob esse tema, cabe resgatar o entendimento histórico-jurídico de Wolkmer¹⁶, ao afirmar que o direito, sobretudo, é reflexo das representações ideológicas do seu tempo presente, das práticas discursivas hegemônicas, das manifestações organizadas de poder e conflitos entre múltiplos atores sociais. As instituições jurídicas reproduzem, ideologicamente, fragmentos parcelados da retórica normativa, o senso comum legislativo e o ritualismo dos procedimentos judiciais.

Mascaro propõe, de certo modo, uma ruptura com o pensamento historiográfico do direito, argumentando que os rituais e procedimentos jurídicos anteriores ao capitalismo não se tratam, propriamente, do direito, mas de um estágio adverso. Ademais, não se trata de adotar um pensamento retrógrado de adotar um pensamento evolucionista, em uma perspectiva sem alteridade histórica, mas, na verdade, de entender que o capitalismo, ao firmar-se estruturalmente enquanto projeto político-econômico-social, altera tão profundamente as relações que gera uma nova forma jurídica na sociedade.

Em certos aspectos, Wolkmer, mesmo que não detenha um posicionamento tão radical quanto Mascaro, acredita nessa mudança significativa, principalmente quando pontua o direito

12 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013

13 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 413.

14 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 12.

15 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 413.

16 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

como um reflexo do grupo que domina, detendo como prova a formação da cultura jurídica, dos séculos XVII e XVIII, como um produto desenhado pela burguesia e pelo domínio do capitalismo, justificando o interesse dessa classe social, principalmente da institucionalização da mediação “liberal-individualista”¹⁷. Portanto,

Esse entendimento não só compartilha a ideia de que subsiste em cada período histórico uma prática jurídica dominante, como, sobretudo, confirma a concepção de que o Direito sempre é produto da vida organizada enquanto manifestação de relações sociais provenientes de necessidades humanas.¹⁸

Ademais,

A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando relações socioeconômicas. Esse pacto montado conforme a declaração de vontade das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade forma, realidade específicas dos proprietários burgueses.¹⁹

Logo, a formação do direito, após a chegada da burguesia, é, de fato, uma construção capital, adotando a ideologia liberal como linha formadora, servindo aos interesses de exploração e permitindo a formação de uma política burguesa que coloca a ordem social da sociedade moderna e capitalista como a única ordem legítima²⁰.

Nesse ínterim, a forma jurídica age de maneira parcial ao interesse mercantil da produção, em uma atuação historicamente e socialmente determinada, estando constantemente a ser refinada e reorganizada a partir da insurgência de novos interesses e obsolescência dos velhos paradigmas²¹. Historicamente isso comprova-se, visto que:

A construção jurídica da teoria individualista expressa as exigências de novo modo de produção, equilibrando interesses e mediando relações socioeconômicas. Esse pacto montado conforme a declaração de vontade das partes intervenientes é concebido para homens abstratos, livres e que estejam na condição de igualdade forma, realidade específicas dos proprietários burgueses.²²

Acaba, assim, reiterando a concepção marxista de que o poder apresenta uma funcionalidade econômica apresentada na dominação de classe²³. O poder político encontraria na economia sua *razão de ser histórica*, respaldando-se na forma jurídica enquanto facilitadora da troca mercantil e da organização de subserviência proletária.

17 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

18 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. P. 39

19 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. P. 44

20 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 29

21 MASCARO, Alysso L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 415.

22 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 44

23 Marx diz que “Cada homem especula sobre como criar no outro uma *nova* carência, a fim de força-lo a um novo sacrifício, colocá-lo em nova sujeição e induzi-lo a um novo modo de *fruição* e, por isso, de ruína econômica. Cada qual procura criar uma força essencial *estranha* sobre o outro, para encontrar aí a satisfação de sua própria carência egoísta.” (MARX, K. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Trad. de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 139). Desse modo, pensando de maneira política, o direito acaba por ser, justamente, o meio mais potencializado das manobras capitalista, pois ele que normaliza a vida humana em sociedade; é ele que determina o que é legítimo e certo do ilegítimo e incorreto. A conduta humana, inclusive as de trabalho, serão regidas pelo direito.

Dessa maneira, a forma jurídica é, na realidade, uma ferramenta construída para refletir a circulação mercantil da economia, em que coisas e pessoas são trocáveis, e a própria humanidade se desencanta de si e do mundo, emergindo como apoio da *forma-ser do lucro-capital*. Portanto, “é a circulação mercantil que dá especificidade ao direito. Logo, a forma jurídica é um dado histórico-social concreto, do plano do ser – e não mais do dever-ser, como o foi com toda a tradição metafísica e juspositivista”²⁴.

Para o alinhamento do sistema jurídico ao interesse capitalista, as formas jurídicas e mercantis estão sempre em um processo de refinamento, plenificação e reformulação a partir das próprias relações de produção. Esse alinhamento ideológico multi-institucional gera a sensação de “legalidade como mediação que estabelece essa igualdade formal”²⁵, favorecendo a continuidade da alienação proletária. Nessa perspectiva,

É também a concepção de que o direito estatal é um mero meio para que os dominantes imponham sua vontade aos dominados. A ideia de igualdade e liberdade que é verificada no direito moderno burguês capitalista é aqui tratada como pura manipulação.²⁶

Dessa maneira, e com base em Pachukanis, Mascaró consegue perceber a ligação funcional e ideológica do Estado e Direito ao Capital, sendo

A funcional é a razão mesmo de ser desses aparatos institucionais. A ideológica é incidental, mas não no sentido de opcional, e sim como suplemento, na medida em que a ideologia jurídica é plenamente arraigada nas sociedades capitalistas, que têm necessidade de marcar, pela aparência de igualdade, uma realidade de desigualdade.²⁷

Ao fim, o viés marxista percebe que a relação jurídica entre os sujeitos no capitalismo é uma forma de mercantilizar o próprio homem²⁸. Isso porque a riqueza capitalista é a coleção de mercadorias apresentadas e sequenciadas em uma complexa cadeia de relações jurídicas, principalmente a partir da venda da força de trabalho por meio de contratos, nos ditames do direito civil e trabalhista, pela conquista de direitos abstratos em uma imposição de igualdade entre sujeitos que, na prática, não é crível, mas representa apenas uma nova forma de submissão nas relações de poder entre classes.²⁹

3. MASCARÓ: A CRÍTICA À TEORIA GERAL DO DIREITO

A partir do capítulo 12 de “Filosofia do direito”, Mascaró divide a teoria geral do direito em três: 1. Juspositivista (campo de legitimação formal do direito, em sentido institucional liberalista); 2. Não juspositivista (percepção realista do fenômeno jurídico, não sendo estritamente formalista nem liberalista); e 3. Marxista (apresentando o horizonte mais amplo para a transformação social, política e jurídica).

24 MASCARÓ, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 415.

25 MASCARÓ, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 419.

26 ELBE, I. Teoria Geral do Direito e Marxismo de Eugen Pachukanis. Trad. de André Vaz Porto Silva. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro: v. 10, n. 02, jun. 2019, p. 1558.

27 MASCARÓ, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 422.

28 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 97.

29 TAVARES, H. R. Forma Jurídica e Forma Mercadoria: Um Estudo Pachukaniano. In: **Anais da Sociedade Brasileira de Economia Política do XXIII Encontro Nacional de Economia Política 2018**. Niterói: p. 1-18, 2018. p. 14

A primeira, a juspositivista, acaba reduzindo o campo do direito à mera análise formal da positivação estatal, apegada em demasia com o corpo frio da lei, apresentando caráter conservador da estrutura jurídica e política atual, vista a restrição à lei forjada no meio do anseio capitalista³⁰.

A segunda, a não juspositivista, identifica, além da existência da lei, os mecanismos das relações de poder existentes no campo jurídico³¹. Das três, não é a mais revolucionária, mas em relação à anterior, é mais consciente. Das áreas de abordagem, a que soa mais interessante é a de Foucault, que vem a dizer que poder político encontraria na economia sua razão de ser histórica³².

A terceira e última, a marxista, por basear-se nas análises de capital, amplia percepções relacionas à norma jurídica e ao poder, aprofundando o estudo das relações de poder. Busca entender o direito pela sua manifestação ao longo da história, a partir da análise de Estado, direito e reprodução do sistema econômico-social capitalista³³.

A corrente marxista, portanto, conseguiria interpretar melhor a atuação jurídica, vista a ampla percepção referente do intermédias às “novas” formas sociais vinculadas ao sistema reprodutor do capitalismo, possibilitando a visualização e análise da estipulação e inteligibilidade das relações e que permitem a reiteração dos vínculos assumidos. Na vida social, diversos aparatos consequentes do capitalismo perpetuam-se na formação e realização do indivíduo atuante no capitalismo, visto que eles (apropriação do capital, venda da força de trabalho, dinheiro etc.) são maiores que seus atos isolados, vontade ou consciência³⁴.

A partir disso, o autor elenca algumas razões pelas quais a crítica marxista do direito torna-se fundamental:

1. O marxismo demonstra uma filosofia crítica do direito, compreendendo, de modo específico, a realidade do sujeito jurídico no seu tempo histórico, buscando a sua compreensão a partir dos laços de concretude histórica e não apenas de intuito legitimador³⁵, auxiliando, inclusive, não apenas na aplicabilidade jurídica, mas na própria estrutura teórica do direito e da história do direito, ao possibilitar “Não mais uma historicidade linear, elitista e acumulativa, mas problematizante, desmistificadora e transformadora”³⁶, e da pluralidade jurídica, possibilitando o direito como um instrumento de luta, de resistência e de emancipação a favor dos ausentes e vítimas da história oficializada³⁷. No caso presente, o proletário;
2. O pensamento marxista sobre o direito apresenta cinco grandes eixos: a *revolução*, a *política*, a *técnica*, o *método* e a questão do *justo*³⁸;

30 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 277.

31 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 277.

32 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 280.

33 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 281.

34 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023.

35 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 281.

36 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 31

37 WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. p. 32-37.

38 MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. p. 281.

3. As relações estruturais entre direito e economia capitalista são observadas pelo marxismo, sendo “a revolução e a estratégia de ação política transformadora dentro do próprio Estado capitalista”.³⁹

Sob esse viés, consegue-se perceber que determinadas relações sociais, específicas do capital, são sustentadas pelo fundamento jurídico, visto que o poder normativo, nesse sistema burguês, é imediatamente estatal e mediadamente econômico⁴⁰. Isso significa que a imparcialidade jurídica é inexistente frente à própria imparcialidade política, visto que o jogo de poder conflitante acaba tendendo para o interesse próprio do burguês, que é o detentor do concentrado pecuniário e produtivo e, portanto, é o mais forte e acaba por determinar a própria forma estatal. Nesse sentido, é possível perceber que a estrutura estatal é uma balança entre conflito e dominação, acarretando no entendimento de que “o direito é construído e interpretado de acordo com as relações em jogo e o poder que mais alto se imponha”⁴¹.

Elucidando tal ponto, pode-se pensar a afirmação relacionando-a com a notícia, veiculada pela Carta Capital, em que 110 pessoas foram resgatadas em condições análogas à escravidão em Minas Gerais⁴², ou com qualquer outro caso de trabalho análogo. Veja, mesmo que ocorra uma divisão do trabalho e uma especialização de funções, as empresas e a burguesia tendem a manifestar a exploração dos indivíduos que são operários. Essa tendência, por sua vez, acaba por tornar claro a impossibilidade de os acordos entre as empresas e trabalhadores para a solução dos conflitos sociais, pois a detenção e manutenção da exploração é crucial para a perpetuação do controle capital da ideia de *sistema-mundo* burguês.

Na prática contida da notícia, observa-se uma ideologia que cria duas realidades e, conseqüentemente, duas sociedades distintas. O que escraviza se enxerga no direito (não necessariamente legal, mas ideológico-econômico) de praticar tal ato em nome da riqueza que será produzida para ele, enxergando o trabalhador como outro ser, não humano, mas epítome de força produtiva, que suprirá suas necessidades. Logo, existe a sociedade na qual o primeiro faz parte, que é rica e ordenada, e a do outro, que é inferior e subordinada ao interesse da produção que pertence ao primeiro.

Ainda, nesse sistema capitalista, de solidariedade orgânica, interdependência e superexploração, existe o direito restitutivo (civil), de cunho pecuniário (forma-capital), que irá tentar suprir essa situação com uma multa, mas não no fechamento da empresa. O direito civil pós-capitalista é obediente ao capital, restabelecendo a ordem, mas não combatendo, ativamente, a conduta, principalmente quando ela é realizada por aqueles que são detentores do poder. O direito, portanto, nas sociedades capitalistas, se forma a partir da política estatal e acaba se diferenciando dos grupos sociais existentes⁴³, ao mesmo tempo que aproxima-se, em um discreto disfarce democrático, do pensamento liberal. Logo, a política estatal, de um suposto “Estado neutro”, atribui a ele tratos e manejos normativos — veja, “Os padrões como o da legalidade

39 MASCARO, Alysson L. *Filosofia do Direito*. Barueri: Atlas, 2023. p. 281.

40 MASCARO, Alysson L. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 74

41 MASCARO, Alysson L. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 169

42 CAPITAL, C. **110 pessoas são resgatadas em condições análogas à escravidão em Minas Gerais**. Carta Capital. 06 de abr. de 2023.

43 MASCARO, Alysson L. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 126.

são os instrumentos da afirmação imediata do poder do Estado, das classes, dos grupos e dos indivíduos. O imediato das lutas de classes, inclusive, exprime-se por meio do poder”⁴⁴ —, em uma construção que disfarça a corrente formativa capitalista do direito. Logo, não fica visível que o direito contemporâneo apresenta dupla característica flutuante entre exploração e dominação: “como técnica específica de reprodução social e como ideologia, ambas correlatas”⁴⁵.

O direito como técnica garante que “no capitalismo as interações sociais são intermediadas por formas jurídicas”⁴⁶, tornando exclusivas as trocas e relações por conta de contrato, propriedade privada e o uso da força permitido apenas por parte do Estado, tornando inquestionável as relações desiguais e injustas por conta de validade aplicada pela legalidade processual e técnica que as permeia. Para além, o direito como ideologia repete e convence a falsa premissa de que “todos são iguais perante a lei” – pois, como já explicitado, o direito capitalista atua pela dominação técnica (retira a possibilidade de nobreza) e ideológica, gerando uma igualdade meramente normativa, mas não concreta⁴⁷. Logo, torna-se observável o interesse burguês nas estruturas jurídicas, pois “Ao tratar igualmente o capitalista e o proletário, o direito nivela, com a mesma medida, dois sujeitos desiguais, sem igualar suas condições. Assim, ao invés de demonstrar a desigualdade real entre as partes, o direito o esconde”⁴⁸.

É uma existência paradoxal em que a liberdade e a igualdade do homem se tornam reais e plenas quando ele se submete à vontade do outro (o burguês) na venda da sua força de trabalho, porém, de um estranho modo, detém a promessa da conservação de sua autonomia e vontade, permanecendo no gozo de sua liberdade e de sua igualdade⁴⁹. Uma ilusão para a passividade de anseios revolucionários ou irruptivos; o paradoxo é uma necessidade de permanência capitalista. Dessa maneira, então, “o direito é uma forma de organização da subjetividade humana que transforma o homem em objeto de circulação mercantil sem que com isso ele perca os atributos de sua personalidade, a liberdade e a igualdade”⁵⁰, essencial para a continuidade do homem como mercadoria e desprovido de determinação particular.

Além disso, Mascaro bem pontua que essa estrutura jurídica permissiva e ocultadora não apenas permite a dominação capitalista, mas integra como parte da própria base do capitalismo, na velha luta de classes em que o valor capital integra a política estatal em uma competição fajuta, pois o proletariado, no sistema tal como formado, não tem chance de prosperar. O poder é dominado, o direito é a concretude legalista da dominação em uma política de exploração, já que

O poder revela o direito em suas circunstâncias e suas dinâmicas sociais internas ao próprio capitalismo. As formas sociais e as estruturas sociais necessárias das próprias sociedades capitalistas revelam a sistemática social geral, sua instauração, continuidade e ruptura, e o direito como um dos elementos dessa totalidade.⁵¹

44 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 126.

45 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 36.

46 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 36.

47 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 37.

48 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 37.

49 NAVES, B. N. Pachukanis e a crítica marxista do direito. **Revista SocioEducação**. Rio de Janeiro: v. 2, n. 2, nov. 2019, p. 125.

50 NAVES, B. N. Pachukanis e a crítica marxista do direito. **Revista SocioEducação**. Rio de Janeiro: v. 2, n. 2, nov. 2019, p. 125.

51 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 126.

Ocorre uma abstração da vontade proletária, visto que é uma prática psíquica negocial, em que a partir da conduta individual, “a sua força de trabalho passa a ser objeto de troca por um equivalente, todos os sujeitos que trocam, enquanto proprietários, devem ter o mesmo estatuto de igualdade”⁵². Essa própria relação de legalização pelo direito como reproduzidor social a partir da técnica e dominação reside na própria ideia de o que seria uma norma jurídica, afinal:

O poder é maior que a forma política e jurídica estatal. A reprodução automática das relações de exploração e de dominação é que se vale da norma jurídica como seu canal mais naturalizado. Em circunstâncias normais, então o poder passa justamente pelas normas jurídicas estatais. Mas, quando a norma jurídica se demonstrar um empecilho aos grandes poderes estruturais da sociedade, estes muitas vezes se sobrepõem à própria normatividade jurídica estatal. A relação entre norma jurídica, poder e reprodução social é tensa, conflitiva e contraditória, como a própria natureza da sociedade capitalista.⁵³

A partir disso é imperioso pontuar que o direito não é criado pela norma jurídica, mas sim conforma as formas sociais e jurídicas presentes na sociedade para o encaixe na estrutural do devir-capital⁵⁴, detendo, ainda, uma conjunção de normas a partir da formação do sujeito de direito e do direito subjetivo, dever e responsabilidade, tornando imperioso que “as leis devem então ser entendidas a partir da dinâmica capitalista do valor”⁵⁶.

Pachukanis trata disso enquanto uma espécie de fetichismo do direito, em que subsiste a ideia de que a relação jurídica detém uma forma pré-determinada, o que muda é o conteúdo social do ordenamento. Sabe-se que o direito existe, mas não sabe de onde ele surge, de quais reais vozes ele é proferido, em uma alienação política-jurídica do explorado⁵⁷. De certo modo, consegue demonstrar que o direito moderno e capitalista está desassociado de qualquer construção moralista de justiça, estando compromissado com a permanência da sua forma e instituições históricas de reprodução das formas como “as coisas devem ser”, já que o capitalismo não é fixo, mas transmuta-se a partir da mudança social. Acerca disso Mascaro pontua, ainda, que:

O direito é dissociado do justo porque o fenômeno jurídico é um fenômeno histórico específico, haurido de determinadas relações sociais de exploração. Suas razões são devidas a específicas relações e estruturas sociais, e não a apreciações do justo. Desde que não se tome o justo como o espelho imediato dessas mesmas relações – o que a maioria o faz –, o direito é dissociado de uma apreciação real do justo. Dado o fato de que a sociedade que gera o direito é estruturalmente cindida, explorada, dominada – portanto é estrutural-

52 NAVES, B. N. Pachukanis e a crítica marxista do direito. *Revista SocioEducação*. Rio de Janeiro: v. 2, n. 2, nov. 2019, p. 125.

53 MASCARO, Alysson L. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 74

54 MASCARO, Alysson L. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 71.

55 “Uma vez que o sujeito da economia política é um sujeito produtor de mercadorias a partir de uma relação social específica, a forma jurídica que embasa sua relação com o próximo tem origem ontológica nas relações de produção de caráter capitalista” - TAVARES, H. R. Forma Jurídica e Forma Mercadoria: Um Estudo Pachukaniano. In: *Anais da Sociedade Brasileira de Economia Política do XXIII Encontro Nacional de Economia Política 2018*. Niterói: p. 1-18, 2018. p. 4.

56 TAVARES, H. R. Forma Jurídica e Forma Mercadoria: Um Estudo Pachukaniano. In: *Anais da Sociedade Brasileira de Economia Política do XXIII Encontro Nacional de Economia Política 2018*. Niterói: p. 1-18, 2018. p. 6.

57 Pode ser entendido como a não atualização, apesar da adaptação, do direito, visto que a mudança é meramente superficial, permanece os mesmos interesses, as mesmas vozes os mesmos “porquês”, explicitando que “A norma jurídica não é mais do que um momento derivado, uma expressão posterior da forma jurídica que já se encontra estabelecida independentemente de qualquer norma.” (KASHIURA JÚNIOR, Celso N.; NAVES, M. B. Pachukanis e a teoria geral do direito e o marxismo. *Revista Jurídica Direito & Realidade*. João Pessoa: v. 12, n. 23, p. 01-24, set. 2011, p. 48).

mente injusta, a partir de uma apreciação direta das próprias relações sociais —, o direito, que é um fenômeno decorrente dessa sociedade, é também injusto. Se o jurista chama a manutenção jurídica das injustiças sociais por justiça, isso se deve ou à má-fé ou à mais profunda alienação do profissional do direito, que é decorrente da própria reprodução ideológica que o perpassa. A sociedade vive em exploração, a maior parte do mundo sofre a injustiça e a cruza da vida. A fome, a dor, a miséria, a falta de cuidados, a repressão, a segregação, a humilhação, a desigualdade, tudo isso é a característica padrão da maior parte da humanidade até hoje. Chamar a isso de sociedade justa é zombaria.⁵⁸

Contudo, tal construção epistêmica, apesar de, em certos momentos, apresentar um certo tom determinista, é mais imperiosa enquanto interpretação e leitura agregada de um caráter dialético e, por vezes, propedêutico, visto ser uma área cujas relações essencialmente nacionais ainda se encontram em processo de amadurecimento, que reflete, principalmente, a construção ideológica e estrutural do direito contemporâneo.

O direito, apesar de suas conformidades capitalistas, não é um fenômeno plenamente de exclusividade burguesa. O direito, bem como o próprio conceito de justiça, é, hoje, um instrumento burguês porque é a burguesia que assume as posições de controle, não apenas do ambiente jurídico, mas do próprio sistema societário. É um ciclo histórico já conhecido: o direito, como uma vertente do poder estatal, pode ser instrumentalizado segundo os interesses dominantes.

Os historiadores do direito, que adotam o conceito de “nova história” para os estudos historiográficos, já evidenciam isso ao informar que apesar das diferenças claras e evidentes entre os regimes jurídicos do passado e do presente, ambos se enquadram como “direito”^{59,60}. Negar tal aspecto pode, inclusive, gerar a relativização e desvalorização da ordem social pré-burguesa, desclassificando-a e colocando-a em um local de inferioridade, realizando um tipo de política burguesa que coloca a ordem social da sociedade moderna e capitalista como a única ordem legítima, pois é a única que detém a formalização de um Estado Democrático de Direito⁶¹.

O proletariado, por exemplo, é uma construção que existe a partir do capitalismo, mas que, apesar de ser contornado pela ideologia burguesa, mantém uma capacidade de autopercepção e movimentação contrária. O mesmo se aplica para o direito. Ele não pode ser enxergado com uma simples parte da superestrutura do capitalismo, mas como, também, meio de possibilidade para ressignificação social e que encontra seus respaldos ao longo da história humana, mesmo com sua reconstrução específica para os interesses capitalistas.

Ao longo de *Microfísica do Poder*⁶², Foucault exalta que relações de poder, como a existente entre Estado e operário, são formas de dominação e, quando controladas por interesses ideológicos e, por vezes, capitalistas, acabam por se tornar não apenas disciplinadoras, mas negligentes e violentas. E é isso que faz o direito um ponto de manobra tão eficiente: ele, por natureza, detém essa tarefa de disciplinar, gerando a pré-determinação do comportamento

58 MASCARO, Alysson L. *Introdução ao Estudo do Direito*. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 188.

59 WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

60 FONSECA, Ricardo M. *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

61 WOLKMER, A. C. *História do Direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. P. 29.

62 FOUCAULT, M. *Microfísica do Poder*. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

correto, do que pode ser considerado “correto”, encontra na norma jurídica um agente bastante eficaz⁶³ e cumpre, tão bem, o papel de manter as relações de produção capitalistas.

A questão pertinente e que Mascaro tão bem elucida, é evidenciar “quem” deteve o controle para reconstruir o que hoje é entendido e aceito como direito, a partir dos seus meios e fins concretos.

Em retorno do ideal de paradoxo trazido por Naves⁶⁴, a igualdade formal entre os sujeitos reside no ensejo da desigualdade material, estando na equivalência subjetiva da forma jurídica a configuração psíquica das individualidades capitalistas, principalmente quando se nota que a relação jurídica dos sujeitos de direitos é outro lado das relações dos produtos de trabalho que, ao fim do processo mercadológico, se transforma em outra mercadoria inserida na lógica dominante⁶⁵.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito capitalista é situado na convergência da circulação e produção, sendo um produto histórico acríptico das necessidades proletárias, situado em um espaço criativo burguês. A conclusão lógica é que a reformulação jurídica é significativa para a expansão da mercadoria capital e ampliação dos arranjos capitalistas, visto o encaixe da “norma jurídica” abstrata como um instrumento capitalista de perpetuação dos mesmos significados burgueses. Assim, construímos uma “sociedade democrática” em cima de um direito dominado que possibilita a permanência de uma política de desigualdade, pois a pulverização de sujeitos de direito, por meio de um aparato estranho a eles, é o que garante a dinâmica do capital⁶⁶, criando um Estado neutro e princípios gerais acoplados à exploração industrial, num entrelaçamento dialético de primazia⁶⁷. Tal estrutura é possível porque o próprio sistema demanda isso; não existe capitalismo sem desigual, não existe, no capitalismo, justiça,

Uma vez que o sujeito da economia política é um sujeito produtor de mercadorias a partir de uma relação social específica, a forma jurídica que embasa sua relação com o próximo tem origem ontológica nas relações de produção de caráter capitalista.⁶⁸

O que fica comprovado, então, é que o “capitalismo dá existência singular ao direito, e ao mesmo tempo o direito sustenta institucionalmente as próprias atividades mercantis capitalistas”⁶⁹. Logo, se o Estado imparcial é uma farsa e as bases políticas são intrínsecas a roda capitalista o que temos é um Estado jurídico enquanto miragem, “mas uma miragem totalmente conveniente para a burguesia, pois substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde das massas o domínio da burguesia”⁷⁰. Consequentemente, as relações

63 NUNES JÚNIOR, A. T. Direito e Poder. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 33, n. 132, p. 281-287, out./dez. 1996.

64 NAVES, B. N. Pachukanis e a crítica marxista do direito. **Revista SocioEducação**. Rio de Janeiro: v. 2, n. 2, nov. 2019, 122-126.

65 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 97.

66 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013

67 MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013

68 TAVARES, H. R. Forma Jurídica e Forma Mercadoria: Um Estudo Pachukaniano. In: **Anais da Sociedade Brasileira de Economia Política do XXIII Encontro Nacional de Economia Política 2018**. Niterói: p. 1-18, 2018. p. 4

69 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 22.

70 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 148.

formadas pelo seio do direito (a formalização dos contratos, por exemplo) são apenas a apresentação de mais um lado das relações do produto de trabalho sendo transformado em mercadoria⁷¹.

A teoria geral do direito, a partir da crítica marxista do Ocidente e das especificidades socioestruturais do Brasil, percebe a construção jurídica atual como uma forma de coerção social da burguesia, mas outra forma de manter o proletariado alienado e em harmonia com os movimentos exploratórios. Isso porque rompe com o pensamento juspositivista, que é conservador e liberal por natureza, e analisa o funcionamento jurisprudencial, em lei e decisão, dentro de uma multiperspectiva (social, política e econômica), pois buscar entender o direito apenas pela sua própria constituição normativa é entendê-lo a partir da própria ideologia capitalista que o orienta, não bastando um estudo descontextualizado, mas sim uma análise que alcance sua concretude em relação ao corpo frio da norma (Machado Filho apud Cruz e Archanjo)⁷².

Assim, percebe-se que a normatização não consegue cumprir, muitas das vezes, suas próprias premissas, falsas por essência, pois sua função é apaziguadora, é esconder a realidade em uma camuflagem de democracia popular e igualitária, mas que mantém o proletariado desorganizado e afastado, sob as rédeas burguesas, pois, na realidade,

A igualdade, fundamento básico da liberdade humana, na sociedade capitalista, é uma mera ilusão. Uma formalidade necessária que esconde uma relação altamente complexa entre indivíduos, especificamente entre proprietários e não-proprietários dos meios de produção.⁷³

O direito há muito tempo já tem sido visto como uma expressão de poder, principalmente de Estado, ainda mais quando a norma jurídica deve ser compreendida como a própria manifestação superior do poder social, por conseguir dominar o conceito de justiça nas decisões⁷⁴, porém, cabe sempre ter-se em mente que um poder não se forma sem um detentor. E, na contemporaneidade capitalista, na estrutura pós-moderna das grandes indústrias e dos burgueses bilionários, é imperioso, mais do que nunca, ainda mais para uma possível ressignificação essencialista, perceber que o direito e a norma jurídica, hoje, são poderes instrumentalizados pela burguesia, mantidos para a burguesia, preservando a velha ideologia da mercadoria. Essa é a epistemologia criada por Mascaro e, em resumo, a teoria crítica defendida.

71 PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 97.

72 MACHADO FILHO, P. C. **Ativismo jurídico e luta de classes: o protagonismo da política na arena jurídica**. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Foz do Iguaçu, 2021. P. 51

73 TAVARES, H. R. Forma Jurídica e Forma Mercadoria: Um Estudo Pachukaniano. In: **Anais da Sociedade Brasileira de Economia Política do XXIII Encontro Nacional de Economia Política 2018**. Niterói: p. 1-18, 2018. p. 17

74 MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 22.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 02 de jun. de 2024.
- CAPITAL, C. **110 pessoas são resgatadas em condições análogas à escravidão em Minas Gerais**. Carta Capital. 06 de abr. de 2023. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/110-pessoas-sao-resgatadas-em-condicoes-analogas-a-da-escravidao-em-minas-gerais/>. Acesso em: 06 de ago. de 2024.
- ELBE, I. Teoria Geral do Direito e Marxismo de Eugen Pachukanis. Trad. de André Vaz Porto Silva. **Revista Direito e Praxis**. Rio de Janeiro: v. 10, n. 02, jun. 2019, p. 1554-1582. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/42607>. Acesso em: 04 de maio de 2024.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- FONSECA, Ricardo M. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.
- KASHIURA JÚNIOR, Celso N.; NAVES, M. B. Pachukanis e a teoria geral do direito e o marxismo. **Revista Jurídica Direito & Realidade**. João Pessoa: v. 12, n. 23, p. 01-24, set. 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/25847>. Acesso em: 04 de maio de 2024.
- MACHADO FILHO, P. C. **Ativismo jurídico e luta de classes: o protagonismo da política na arena jurídica**. Dissertação (Mestrado em Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Cultura e Fronteiras) - Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Foz do Iguaçu, 2021.
- MARX, K. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Trad. de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004. 175 p.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e forma política**. São Paulo: Boitempo, 2013. 136 p.
- MASCARO, Alysson L. **Filosofia do Direito**. Barueri: Atlas, 2023. 560 p.
- MASCARO, Alysson L. **Introdução ao Estudo do Direito**. 8. Ed. Barueri: Atlas, 2022. 208 p.
- MASCARO, A. L. Nos extremos do direito (Schmitt e Pachukanis). **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. São Paulo: v. n. 57, p. 135-140, 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/P9PyDv9PHTbQCKZK-jmDTDCh/#ModalHowcite>. Acesso em: 02 de maio de 2024.
- MOTA, C. V. **Por que donos de empresas geralmente pagam menos impostos do que seus funcionários no Brasil**. BBC News Brasil, 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63559616>. Acesso em: 06 de ago. de 2024.
- NAVES, B. N. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas, 1996.
- NAVES, B. N. Pachukanis e a crítica marxista do direito. **Revista SocioEducação**. Rio de Janeiro: v. 2, n. 2, nov. 2019, p. 122-126. Disponível em: <https://publicacoes.degase.rj.gov.br/index.php/revistasocioeducacao/article/view/112>. Acesso em: 04 de mai. de 2024.
- NUNES JÚNIOR, A. T. Direito e Poder. **Revista de informação legislativa**. Brasília: v. 33, n. 132, p. 281-287, out./dez. 1996. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176507>. Acesso em: 08 de mai. de 2023.
- PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2017. 224 p.
- TAVARES, H. R. Forma Jurídica e Forma Mercadoria: Um Estudo Pachukaniano. In: **Anais da Sociedade Brasileira de Economia Política do XXIII Encontro Nacional de Economia Política 2018**. Niterói: p. 1-18, 2018. Disponível em: <https://www.sep.org.br/anais/Trabalhos%20para%20o%20site/Area%205/79.pdf>. Acesso em: 29 de abr. de 2024.

TEIXEIRA, R. A. Capital e Colonização: A Constituição da Periferia do Sistema Capitalista Mundial. **Estudos Econômicos**. São Paulo: v. 36, n. 3, 2006, p. 539–591. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/GFpQwXwWgtN8jXNJPZjqtP/#ModalHowcite>. Acesso em: 06 de ago. de 2024.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. 208 p.

POR QUE HISTÓRIA NO DIREITO?

WHY HISTORY IN LAW?

João Vitor Dias Oliveira¹

RESUMO: Este artigo busca, a partir de uma análise bibliográfica, tentar identificar as relações existentes entre história e direito, principalmente dentro da perspectiva historiográfica contemporânea, principalmente a partir da Escola dos Annales. Nesse sentido, faz-se, primeiramente, uma conceituação acerca “de qual” história está sendo discutida aqui e, a posteriori, define-se quais os laços são presentes entre as áreas de história e direito. Por fim, embasado principalmente na teoria histórico-jurídica de Wolkmer, é dissertado acerca da importância do estudo histórico e da presença da história dentro dos contextos jurídicos, valorizando seus papéis na estrutura formativa e de possibilidade (criticidade, liberdade, consciência e resgate) em um campo ainda marcado pelo tecnicismo normativo.

Palavras-chave: História; Direito; História do Direito, Nova História.

ABSTRACT: This article seeks, based on a bibliographical analysis, to try to identify the existing relationships between history and law, mainly within the contemporary historiographical perspective, mainly from the Annales School. In this sense, it first makes a conceptualization of “which” history is being discussed here and, a posteriori, defines which links are present between the areas of history and law. Finally, based mainly on Wolkmer’s historical-legal theory, it discusses the importance of historical study and the presence of history within legal contexts, valuing its role in the formative structure and possibility (criticality, freedom, conscience and rescue) in a field still marked by normative technicality.

Keywords: History; Law; History of Law; New History.

1 Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (Uneb), sendo estagiário na Defensoria Pública do Estado da Bahia. Monitor de extensão no projeto “A formação da cidadania pela informação do cidadão” e membro da Rede de Estudos em Direito Educacional e Ensino Jurídico (REDEEJ/UFBA). Participante do Grupo de Extensão “Biopolítica, Biopoder e Direito”, vinculado à Faculdade de Direito da USP. Atualmente, presidente do Centro Acadêmico dos Discentes de Direito (CADDI) do campus III da Uneb. E-mail: jovidoliveira@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Ao tratar da história, é recorrente o uso de jargões que associam a realidade fática ao entendimento de que tudo seria, na verdade, um resultado histórico. O homem, portanto, seria um produto de suas próprias ações; a sociedade é um reflexo do desenvolvimento comunitário surgido milhares de anos atrás, moldando-se na forma atual a partir das mudanças conquistadas com o desenrolar social; a tecnologia contemporânea é um aprimoramento das tecnologias anteriores. Algo se inicia e se modifica, no futuro, a partir do exercício do presente.

Esses entendimentos, de teor praticamente consequencialista (e que a historiografia contemporânea tenta superar), ainda são constantes no pensamento social, detendo uma conceituação ainda ambígua: de qual história, realmente, se fala? Nesse sentido, enquanto objeto de estudo dentro do campo jurídico, por vezes, infelizmente, pode ser até perpetuada, quando não negligenciada de modo geral. Tal área ainda se encontra em uma perspectiva de atuação teórica que pode ser chamada de limitada, centrada, com os olhares focados quase que inteiramente na órbita da lei. O direito, então, é entendido como o protetor da legislação – em uma metáfora banal, é o dragão e a lei a princesa – devendo toda sua devoção a ela. Assim, estuda-se o direito em toda a sua forma: como criá-las, como exercê-las, como utilizá-las. A “lei seca” é, na maior parte, a fonte única.

Nesse sentido, os códigos, que são sim foco e referência, recebem uma espetacularização tão intensa que a utilização de outras formas de estudo, para o entendimento da conjuntura geral e formação do agente, como a sociologia ou a história, acaba caindo para além do papel coadjuvante. Não surpreende, então, perceber que a forma original do marxismo, movimento histórico-dialético de percepção econômica e social, retrata o direito como um movimento passivo que, na leitura de Marcelo Ricardo Fonseca (2009) sobre o pensamento de Marx, “[...] simplesmente revela o reflexo das forças sociais dominantes em uma determinada época.” (p. 101). Isso ocorre porque, a partir do momento que o direito se fecha em torno de si mesmo, na medida em que a única fonte utilizada para entender o movimento social é de caráter jurídico, ele torna-se ineficiente para a percepção da macroestrutura que é a sociedade.

O afastamento do agente do direito dos campos sociológicos, que se voltam para o entendimento da figura do “poder” e dos fluxos dos grupos minoritários, bem como a não consideração dos fatos históricos como embasamento crítico-reflexivo para a construção de um pensamento jurídico, resulta na perda de horizontes e no empobrecimento da área, que cai em uma redundância tecnicista e não percebe, por exemplo, o próprio poder de libertação, mudança e ruptura. Não percebe, também, a própria desigualdade intrínseca na sociedade, que atua e se reflete diretamente no seu próprio plano intelectual. Nem mesmo nota que a própria legislação, por vezes, entra em conflito com a prática, com a vida cotidiana, pois o conhecimento técnico, por mais importante que seja, não é suficiente para embasar com plenitude percepções críticas e questionadoras.

Desse modo, não consegue perceber a sociedade enquanto objeto histórico, como resultado de um passado que não pode ser camuflado ou ignorado, porque ele é a causa e a razão de o hoje se configurar do modo como se mostra. Falta, ainda, a percepção da própria lei como uma demanda histórica. Afinal, sua função de regularização só pode ser criada a partir da fal-

ta; da percepção de uma falta, conseqüente da vivência popular. É a história se fazendo peso cumulativo no corpo social e no corpo legislativo, gerando a tentativa de resolução. Na teoria tridimensional, trazida por Miguel Reale, pode-se exemplificar como: o fato, a valoração e a norma. O autor, referência no pensamento jurídico, traz esse valor da história nessa questão, ainda que não a aprofunde. Veja:

Se analisarmos essas três noções de Direito veremos que cada uma delas obedece, respectivamente, a uma perspectiva do fato (“realização ordenada do bem comum”), da norma (“ordenação bilateral-atributiva de fatos segundo valores”) ou do valor (“concretização da ideia de justiça”). Donde devemos concluir que a compreensão integral do Direito somente pode ser atingida graças à correlação unitária e dinâmica das três apontadas dimensões da experiência jurídica, que se confunde com a história mesma do homem na sua perene faina de harmonizar o que é com o que deve ser (Reale, 2002, p. 46).

Portanto, o afastamento entre direito e história não é longo. Na realidade, os dois se encontram diversas vezes, tangenciando-se e encontrando razões de existência um no outro. O agente que negligencia a história não apenas se torna, de certo modo, incapaz de analisar o campo vasto da existência social, mas perde força e poder de entendimento dentro do percebido como objeto “principal” do direito, que é a norma. Nessa perspectiva, em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que o direito é um fenômeno histórico, já que, enquanto regulamentação das relações entre os indivíduos, o direito (tanto no sentido de código quanto no sentido de hermenêutica) é produto social. Nesse sentido, é também um produto cultural (Cunha, 1996, p. 237).

Desse modo, apresenta-se como uma expressão humana, dentro das dimensões dos interesses, conflitos e da luta e, por conseqüência, não pode ser descolado da cultura², atingida e entendida apenas na prática da história³, em que se insere em cada momento histórico (Gardoni, 2020, p. 18). Desse modo, é irrefutável: “[...] o direito anda ligado ao tempo, que o conforma, o modifica e o destrói. Quer as vontades que formulam as leis, quer as circunstâncias objetivas (*sic*) que as conformam, não podem mais ser revividas senão através da história [...]” (Hespanha, 1978, p. 109).

Todavia, o estudo da história não se encontra fora dos campos epistemológicos das cadeiras de universidades. A disciplina da história do direito, por exemplo, espalha-se nos fluxogramas. Porém, ainda comete o erro de recair no mesmo mal que muitos dos manuais de direito ao retratar períodos históricos ou tentar contextualizar historicamente: toma a aspiração da história tradicional, conectada com o pensamento de evoluções. Assume a história apenas como um decorrer de fatos, uma espécie de calendário, não como um desenrolar conflituoso e irruptivo, que detém poderio crítico.

2 A norma jurídica, enquanto produto culturalmente constituído, apresenta nessa culturalidade uma essência, a sua própria essência. A própria conceituação dela enquanto norma é fruto de uma “análise gradual e sistemática de sua essência” (Cunha, 1996, p. 237). Assim, o entendimento da norma, enquanto norma, além de uma reflexão legislativa e judicial, comprova-se, por conseqüente, como também ato de exercício de percepção cultural.

3 Cunha (1996) em seu trabalho sobre a dimensão temporal de pessoa jurídica, afirma que é apenas a abordagem no campo da historicidade que pode trazer essa percepção de relatividade e mudança de forma plena e completo, pois é a partir dela que se consegue “filtrar ao máximo o panorama da sociedade e da cultura subjacente que a modelou, sendo dela espelho fiel.” (p. 232). Afinal, é uma espécie de expressão da “complexa manifestação da experiência humana interagida no bojo de fatos, acontecimentos e instituições” (Wolkmer, 2015, p. 24).

A história do direito é, ainda, conectada com a esfera do “antigo” (Wolkmer, 2015, p. 29). Suas fontes ainda moram naquelas “oficiais”: as grandes legislações, as hermenêuticas populares dos magistrados e dos jusfilósofos. Assim, é uma história fria, distante, apática.

Então, este artigo, a partir de uma análise acadêmica e de literatura, tentará explicitar a importância do estudo historiográfico dentro do campo jurídico, apontando suas funções na formação crítica e acadêmica dos profissionais de tal área. Dividido em três tópicos, irá contextualizar, antes de tudo, qual a “história” adota-se como referencial nesse enquadramento; posteriormente, irá analisar a relação entre o direito e a história, tendo como principal teórico referencial Wolkmer; e, ao final, discutirá a função quádrupla da história dentro do direito.

2. HISTÓRIA: UMA DEFINIÇÃO

Como ideia popular, a história é pensada como um encadeamento de fatos. Seria, então, a expressão da “complexa manifestação da experiência humana interagida no bojo de fatos, acontecimentos e instituições” (Wolkmer, 2015, p. 24). É o passar do tempo e os acontecimentos que, de alguma forma, descobrem o antigo, mostram como era a vida, a política e a sociedade do passado e, na sua observância, conseguem definir o trajeto que transformou tal passado no hoje.

Desse modo, torna-se comum a ligação da história com o “importante”: os grandes acontecimentos e os grandes nomes, esses que, nos seus atos de heroísmo, revolta e coragem, mudam o ambiente e, conseqüentemente, o tempo. Esse modo de interpretar a história, segundo Burke (1992), seria a “visão do senso comum da história”. Contudo, ele não a nomeia dessa forma de um modo particularmente positivo, que visa reconhecer a popularidade desse modelo de interpretação de tal área, “[...] mas para assinalar que ele tem sido com frequência (*sic*) – com muita frequência (*sic*) – considerado a maneira de se fazer história, ao invés de ser percebido como uma dentre várias abordagens possíveis do passado.” (Burke, 1992, p. 2).

Pensando a partir de tal citação, percebe-se que a historicidade humana apresenta fatores que possibilitam múltiplas interpretações e, como um resultado humano, é enigmática, complexa e muito conflituosa. Surge, portanto, o questionamento de se a história de uns poucos é suficiente para refletir tal emaranhado de realidades que a vigência social apresenta.

Dessa maneira, surge uma bifurcação frente ao modo de entender e fazer história. Assim, difere-se entre uma “história tradicional” e uma “história nova”. A primeira, relacionada com uma história, de certo modo, burguesa, por ser uma historiografia que privilegia aqueles do topo. Isso porque “[...] a nova história começou a se interessar por virtualmente toda a atividade humana.” (Burke, 1992, p. 2), detendo como base uma análise filosófica de que a realidade é construída não de modo mecânico, mas sim de forma social e cultural. Nesse quesito, “[...] a história se impõe como memória e inventário da trajetória humana, não como montagem lógico-objetivista, mas como processo real de experiências vividas e recriadas.” (Wolkmer, 2015, p. 24-25).

Essa “nova história”, corrente teórica ligada ao movimento dos Annales, visa colocar o homem como centro das análises históricas, aderindo um caráter extremamente sociológico e reflexivo. Como resultado, “podemos afirmar que a ‘Nova História’ é a História sob a influência

substancial das ciências sociais: sociologia, antropologia, filosofia etc.” (Matos apud Reis, 2010, p. 117).

Assim, a história tradicional estaria ancorada em um descritivismo que tem como finalidade a justificação do presente, enquanto a história nova, também chamada de subjacente, é problematizadora e “[...] serve para modificar/recriar a realidade material vigente.” (Wolkmer, 2015, p. 25). Sob essa ótica, insere a problematização e a criticidade como papel divisor e fundamental na maneira como as formas de perceber a história são produzidas, trazendo outras nomeações, novo caráter e novas funções. Ademais, deixa de ser uma história que visa justificar e descrever, mas passa a retratar “[...] transgressões, rupturas e descontinuidades em relação ao presente, bem como práticas sociais interagidas por novos sujeitos da História.” (Wolkmer, 2015, p. 26).

Isso porque, além de trazer a criticidade, a nova história subverte acerca de quem se faz e de que olhares se produzem a história, já que quebra a tradição dos grandes nomes e troca o papel atribuído à humanidade: de secundária para protagonista, já que

[...] o movimento da “história vista de baixo” por sua vez expôs as limitações desse tipo de documento. Os registros oficiais em geral expressam o ponto de vista oficial. Para reconstruir as atitudes dos hereges e dos rebeldes, tais registros necessitam ser suplementados por outros tipos de fonte. (Burke, 1992, p. 3).

Dessa maneira, a formulação do fazer história toma um caráter popular e que, de certo modo, rompe com o elitismo e, por vezes, cria uma historiografia que visa enxergar os que foram excluídos. Nisso, urge um desafio ao historiador: traçar as linhas entre a vida cotidiana e os acontecimentos marcantes (reformas, revoluções e movimentos) e as tendências de longo prazo, como o desenvolvimento do sistema capitalista (Grossi, 1992, p. 3).

Em suma, é o que Foucault afirma que a história deveria ser: ela “[...] é inteligível e deve poder ser analisada em seus menores detalhes, mas segundo a inteligibilidade das lutas, das estratégias, das táticas.” (1979, p. 5). Logo, genealogicamente⁴ falando, a história não tem por fim único descobrir as “raízes” da formação da identidade do que estuda, mas, na realidade, também é realizada no sentido de dissipá-la, fazendo parecer as descontinuidades que atravessam a construção dos objetos (Foucault, 1979, p. 34-35).

Consequentemente, gera-se uma espécie de percepção decolonial⁵, resultando em um “relativismo cultural destruidor de tradicionais hegemonias temáticas que distinguem acontecimentos importantes e que merecem ser narrados e outros que devem ser esquecidos.” (Wolkmer, 2015, p. 26). Afinal, quem define o que é importante? Quem define o que deve entrar para

4 A definição de genealogia, segundo Foucault é algo bastante interessante e útil para entender a questão da história enquanto libertação e resistência: “A genealogia seria portanto, com relação ao projeto de uma inscrição dos saberes na hierarquia de poderes próprias à ciência, um empreendimento para libertar da sujeição os saberes históricos, isto é, torna-los capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico, unitário, formal e científico. [...] é a tática que, a partir da discursividade local assim descrita, ativa os saberes libertos da sujeição que emergem dessa discursividade. Isto para situar o projeto geral.” (1979, p. 172). Logo, é um processo de entregar independência aos estudos históricos, encorajando-os de força suficiente para agir como oposição aos discursos conservadores e dominadores de poder.

5 O pensamento decolonial pertence a uma escola epistemológica, de base latino-americana, que objetiva libertar o conhecimento das inferências eurocêntricas, construindo uma epistemologia livre e própria. Dessa forma, “[...] desvincula dos fundamentos genuínos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento.” (MIGNOLO, 2008, p. 290). É uma luta teórica e prática que detém como inimigo a situação sociopolítica de dominação, exploração e injustiça.

a academia da história? Quem determina os nomes que merecem ser lembrados? Ao pensar que o mundo, principalmente o ocidental, após o processo colonial e imperialista, herda o pensamento eurocêntrico e que parte significativa da sua visão é fundamentada nos mecanismos de subserviência e inferioridade, é perceptível que muitas dessas diretrizes que definem o que deveria ou não “ser história” estavam dentro desse colonialismo. A nova história, portanto, ao quebrar esse paradigma dos grandes nomes – no caso do direito, os grandes juristas – é a quebra hegemônica do tipo de pessoa e ideias que ganham destaque, já que elas eram as detentoras do poder.

Perante esse aspecto, surge uma história que questiona, que duvida, que traz perguntas ao mesmo tempo que as responde. É um exercício não meramente acadêmico, mas social, ativo, que interage com o social e tenta gerar uma consciência, que infla a busca pela dissonância e pelas ausências. Portanto,

Uma filosofia crítica da História desenvolvida em um contexto pós-colonial e construída a partir de narrativas marcadas por lutas e resistências abre espaço de reconhecimento para aqueles ausentes e subalternos que, estando for ou a margem das práticas oficializadas, possam “recuperar seu lugar na história”. (Wolkmer apud Guha, 2015, p. 28).

De acordo com tal pensamento, os historiadores constroem um trabalho banhado em uma visão crítica, em busca do diferente, ao contrário dos tradicionalistas, erguidos no ideário memorial e que reproduzem fatos do passado, registrando-os. Logo, na nova história, “[...] percebe-se que é demasiado importante buscar uma ótica crítica nos trabalhos desenvolvidos na ciência histórica, visto que o vernáculo ‘crítica’ tem de estar na definição da história e, por conseguinte, do historiador.” (Freitas; Mendes, 2013, p. 229).

Nessa perspectiva, então, que interroga o passado em busca de entendê-lo a partir de pontos de vista perdidos e, com isso, decifrar o presente, bem como as continuidades e quebras no período entre o ontem e o hoje, surge uma necessidade: o anacronismo. É importante olhar e entender o passado a partir do raciocínio da época, pois na “[...] presunção de que as pessoas no passado pensavam e sentiam exatamente da mesma forma que nós, há um perigo de se chegar ao outro extremo e ‘desfamiliarizar’ tão completamente o passado, que ele venha a tornar-se ininteligível.” (Burke, 1992, p. 12). Deve-se encontrar o equilíbrio na tentativa de entender e explicar os diferentes comportamentos na linha do tempo, entre as convenções sociais e o caráter formativo das épocas (Burke, 1992, p. 12), e os questionamentos e ausências de hoje. Não se pode afundar a visão e a decifração do passado a partir do que se afirma na contemporaneidade, “[...] pois a memória mostra a presença do passado no presente, desde que mantenham-se estáveis os alicerces estruturais da vida naquela sociedade.” (Araújo apud Gardoni, 2012, p. 15).

Isso torna-se ainda mais fundamental se entendermos o papel desse ator social segundo uma determinada fala de Grossi (2010, p. 15), na qual afirma que o papel do historiador não é o de oferecer modelos prontos e fáceis de registro, mas de apontar o sentido da linha.

3. A RELAÇÃO HISTÓRIA E DIREITO

A história do juridicismo no Brasil está ligada à história dos juristas, das instituições e das ideias, sendo conectada a um pensamento erudito, tradicional e bastante formal (Wolkmer,

2015, p. 29). As próprias fontes da história do direito ainda residem naquelas “oficiais”: as grandes legislações, as hermenêuticas populares dos magistrados e dos jusfilósofos.

Contudo, ocorre uma mudança no campo epistemológico da história do direito, fortemente influenciada pela formação da “nova história”, a partir do interesse crítico-ideológico na metodologia da perspectiva histórica do Direito, embora ainda esteja em construção.

Isso porque o direito, como instrumento de ordem e poder, foi, durante longo período, um recurso estudado e controlado exclusivamente pela população que compunha a elite brasileira. No período colonial, pelos portugueses; no período imperial, pelas pessoas que detinham recursos financeiros para custear uma vida de estudos. Esses, por sua vez, não demonstravam interesse em olhar por aqueles “de baixo”. A criticidade dentro do próprio campo não interessava ao pensamento liberal-capitalista. A história conectada ao direito, sob um ponto de reflexão epistemológica, não servia aos interesses desse público.

Nesse sentido, Wolkmer recorre ao pensamento de Antonio M. Hespanha para especificar dois objetivos que a historicidade tradicional apresenta dentro da sociedade liberal e burguesa: o primeiro é relativizar e desvalorizar a ordem social pré-burguesa, desclassificando-a e colocando-a em um local de inferioridade; o segundo é realizar uma política burguesa que coloca a ordem social da sociedade moderna e capitalista como a única ordem legítima (2015, p. 29). Trata-se da instrumentalização da história pelo capitalismo⁶, tornando-o uma espécie de ápice. Dessa forma, contribui para a construção social de uma história tradicional e, no direito, de uma historiografia jurídica insossa e incipiente, colocando-a em um estado de constante descrédito e de saber insignificante, detalhista, evolucionista⁷; “[...] é tomada como um conjunto de saberes com uma compleição bem definida e definível, como algo dado, como algo que talvez nem mereça uma discussão sob um crivo teórico-metodológico.” (Fonseca, 2009, p. 24).

Por fim, isso acaba-se elitizando tais áreas.

Todavia, no século XX, com a redefinição de novos marcos teórico-metodológicos nos campos historiográficos, bem como com toda a insurgência social e política que esse período traz para as ciências humanas e sociais –, por exemplo, o início do movimento decolonial, a produção filosófica da Escola de Frankfurt⁸, a ascensão de uma corrente de pensamento neo-marxista (de estratégia anti-imperialista e anticapitalista), e o movimento da Escola de Annales –, no campo universitário brasileiro – uma certa democratização do acesso universitário e o

6 A relação direito e burguesia é bastante forte. A forma capital e a forma jurídica se esbarram e se transmutam. O próprio Estado gera um regime jurídico que é benéfico ao desenvolvimento econômico e exploratório, tanto na formação dos juristas quanto na formação dos códigos. Dessa forma, esta “[...] conveniência da associação ingressa no âmbito jurídico, deixando de ser meramente uma questão filosófica, política ou econômica para refletir no conteúdo normativo do ordenamento jurídico. Estabelece-se uma consequência (*sic*) jurídica para a adoção da conduta escolhida. Tal consequência (*sic*) consiste justamente no regime mais favorável.” (Cunha, 1996, p. 240).

7 O conceito evolucionista da história, bem como o do direito, é bastante problemático. A ideia de que ocorre uma “melhora” de uma sociedade/sistema jurídico “rudimentar” ou “grotesco” para o “aprimorado”, “que encontra-se no ápice” é um problema de anacronismo. Ambos são, na realidade, reflexo de seu próprio período e servem aos interesses que o determinado contexto demanda. Esse evolucionismo é um intermédio burguês e colonial para justificar as relações dentro do sistema liberal e deslegitimar formas de organização social e jurídicas de determinados povos étnicos, uma vez que privilegia, tomando como referencial de qualidade, o organismo norte-ocidental-europeu.

8 A Escola de Frankfurt, nos seus estudos sobre cultura, propõe uma filosofia, recheada pela história-social, que permita a geração de um novo estilo de homem, que rompe a sociedade, saindo da sua posição de alienado (Wolkmer, 2015, p. 33). Portanto, gera indivíduos conscientes e que rompem a opressão.

início de uma mudança no perfil dos indivíduos – e, também, no campo jurídico – o início do “exercício crítico-interdisciplinar de uma hermenêutica jurídica pluralista” (Wolkmer, 2015, p. 32-36) –, inicia-se uma mudança no panorama jurídico.

Assim, evidencia-se a formação de um quadro acadêmico jurídico que traz consigo o interesse pela crítica, pelo questionamento, pela desconstrução e pela busca pelas omissões. Contudo, como já mencionado, ainda se encontra em construção e solidificação⁹.

Trata-se da luta pela concretização de um quadro analítico e crítico da análise histórica pela própria força do direito enquanto ciência jurídica. Isso porque, diferentemente de outros campos científicos, que possuem como objeto de estudo um dado específico, no universo do direito o referencial estudado é o resultado de uma prática interpretativa (Ferraz, *apud* Ascarelli, 2023, p. 42). Logo, quanto mais ricas forem as possibilidades de interpretação, aferidas pelas conexões com diversos campos e, conseqüentemente, pelo aprofundamento em referência à sociedade, melhor. Tal ação é de extrema relevância, pois:

[...] viabiliza pensar, desafiadoramente, que a historicidade do Direito não se reduz tão somente às fontes oficiais do Estado, como Constituição, Códigos, leis formais e interpretação formal de seus juristas, mas que existe uma rica e dinâmica coexistência de diferentes ordens normativas, engendrada pela própria sociedade. (Wolkmer, 2015, p. 37).

Sob esse novo formato de entender a história e o direito, enxerga-se uma exploração das fissuras e deficiências da ordem dos juristas tecnicistas, que não apresentam uma dimensão perceptiva mais abrangente do direito nem percebem sua possibilidade de transformação social (Wolkmer, 2015, p. 37). Esses condicionantes epistemológicos acabarão por sucumbir em uma inovação hermenêutica que, a posteriori, terá efeito na análise de fundamentação, conceituação e finalidade no estudo historiográfico do assunto estudado, tanto nas representações determinantes, das práticas e das instituições. Tal mudança terá como meta

[...] alcançar nova compreensão historicista que rompa com o culturalismo elitista e o dogmatismo positivista, permitindo que as múltiplas e diversas disciplinas históricas do Direito (História do Direito, História das Ideias e/ou do Pensamento Jurídico, História das Instituições), deixem de ter sentido apologético e ilusório da ordem tradicional dominante, adquirindo sentido desmistificador, social e libertário. (Wolkmer, 2015, p. 38).

A partir disso, a visão não é apenas crítica, mas também ativa. Trata-se de uma nova história, no sentido de perspectivas. É uma história que aborda corpos abandonados pelo tradi-

9 O direito, no Brasil, permaneceu em uma espécie de monismo jurídico em que a lei, e suas relacionadas (doutrinas e jurisprudência), continuou com seu aspecto de deusa. Isso, na contemporaneidade, é problemático por duas razões: 1. A dimensão jurídica apresenta uma crescente apropriação em frente ao poder político. Nesse quesito, a não relação de interação com outras formas de conhecimento e material reflexivo gera um deturpado modo de exercer o direito, transformando esse último em “[...] um produto da vontade do legislador, uma manifestação do poder político, perdendo paulatinamente com isso a sua dimensão plural e social.” (Staut, 2009, p. 65); 2. O mito da lei, como fonte única, gera, diretamente, o mito da figura do legislador. Esse passa a ser, no quadro da produção do direito, um sujeito “[...] onipotente e onisciente, irresponsável e incontestável.” (Grossi, 2010, p. 65). Conseqüentemente, reforça uma falsa ideia de superioridade do poder legislativo frente a divisão dos poderes.

Ademais, tal posição em relação as fontes termina por afastar o Direito das outras ciências sociais, visto que acaba por ignorar os aspectos históricos e sociais que rodeiam a sociedade e, assim, impossibilita a criação de pontes entre os campos científicos. Por esse ângulo, “Este isolamento epistemológico revela-se ainda mais prejudicial diante da constatação de que a construção do pensamento jurídico brasileiro está diretamente vinculada às tensões sociais que marcam a história do Brasil.” (Sá, 2010, p. 11). À vista disso, mantendo o monismo jurídico e o afastamento das outras áreas, em particular a história, o direito não consegue criar laços profundos de diálogos com o meio social, nem com seu próprio passado, “[...] ocultando assim o seu caráter energético e as conseqüentes (*sic*) possibilidades de transformação científica.” (Sá, 2010, p. 11).

cionalismo e dá voz aos que foram silenciados. É refletir sobre a humanidade e suas relações de interesses, não com o objetivo meramente de criar uma linha do tempo, mas de construir uma percepção do que é o presente. No campo jurídico, ademais, apresenta como principal ponto “problematizar o tipo de direito que foi transposto e incorporado com a colonização e indagar a natureza do moderno Direito liberal-burguês” (WOLKMER, 2015, p. 49). Esse estilo de direito oprime e explora, apresentando-se em uma forma conectada ao capital e silenciando aqueles que não têm força no sistema monetário. Nesse sentido, portanto,

[...] a nova historicidade das formas de controle legal e de normatividade social, é a afirmação de um tempo e espaço que recupera os ausentes, mediante um Direito livre da injustiça e da coerção-colonizadora, composta doravante por sujeitos-cidadãos autênticos. Introduzem-se, assim, na pesquisa histórica os conceitos de “subalternidade”, “alteridade”, “resistências”, “libertação” e “justiça social”. (Wolkmer, 2015, p. 36).

É importante também perceber que a relação entre direito e história vai muito além de qualquer funcionalidade que um ou o outro detenha; é, na verdade, uma relação quase de dependência. Ambas são áreas que têm o homem e a sociedade como centro. Enquanto uma se dedica ao estudo do desenvolvimento da sociedade, a outra se concentra em estudar, criar e redefinir as relações legais entre os indivíduos, por meio da posse da ordem e do poder. Ambas exigem a compreensão do homem e de seus atos, enquanto indivíduo social, como requisito formativo. Elas se complementam e se interligam¹⁰. Assim, “[...] um maior diálogo entre a História e o Direito contribuiria para um maior avanço dessas duas áreas do saber. Com efeito, o Direito serviria como campo (ou como fonte) de pesquisa para a História. Já esta poderia ser útil para o melhor entendimento daquele.” (Freitas; Mendes, 2013, p. 238).

Como consequência,

Isso significa dizer que também não é possível compreender uma determinada realidade social sem levar em consideração o fenômeno jurídico. O direito “participa” concretamente da vida das pessoas, pode ser considerado como imanente à sociedade e, por isso, os fenômenos jurídicos são dados históricos importantíssimos.

O historiador do direito, por um lado, não pode se restringir unicamente a descrições formais e lineares do direito oficial e letrado, mas, por outro, não deve abandonar as especificidades do direito e aquilo que o direito tem de essencial para a compreensão de uma determinada sociedade e de sua história. (Staut, 2009, p. 12)

É um papel complexo, mas determinante para a construção de uma criticidade. Demonstra a relação intrínseca da história e do direito, no sentido de que a separação delas é danosa e torna, as duas esferas, mais fracas.

10 Entender a história do direito é entender a história. Afinal, podemos dizer que o ordenamento e o quadro judicial de um período é reflexo de seu tempo. Assim, pode-se concluir que o direito é não apenas parte do processo histórico, mas também objeto de estudo que fornece entendimento sobre o desenrolar do tempo e as mudanças e rupturas da sociedade. Meyer demonstra isso ao estudar as relações entre senhores e escravos a partir de atuações do direito. Isso é possível porque “[...] a compreensão do direito e da justiça, vai muito além da função homogeneizadora pretendida pelos grupos dirigentes ou pelo Estado. O direito e o poder judiciário tornaram-se instâncias onde os vários grupos sociais se confrontavam, refletindo o dinamismo da sociedade.” (Meyer, 2010, p. 15). Esse reflexo dinâmico é, na realidade, o teor cultural de um período. É história. É a história do direito, mas também a história *no* direito. Consequentemente, “[...] a história do direito reforça no jurista a persuasão crucial de que o direito pertence a uma dimensão de civilização. [...] civilização significa história, significa um contexto histórico determinado em toda a riqueza de suas expressões.” (Grossi, 2010, p. 6).

4. IMPORTÂNCIA EPISTEMOLÓGICA DA HISTÓRIA NO DIREITO: UMA FUNÇÃO QUADRÚPE

A história é comumente vista como uma função memorista, ou seja, um registro da memória do passado. Embora essa função tenha seu valor, tal abordagem é simplista e, em certa medida, eufemística. No contexto jurídico, a história apresenta um papel muito mais amplo, distanciando-se de uma perspectiva meramente “cultural” e “preservadora” para adotar uma postura ativa e transformadora.

A partir da catalogação bibliográfica de autores como Wolkmer (2015), Sá (2019), Hespanha (1978), Burke (1992), Grossi (2010) e Fonseca (2009), entre outros, é possível identificar quatro características fundamentais da história, especialmente em sua aplicação no campo jurídico. Essas características podem ser compreendidas como o papel quádruplo da história na formação do jurista. Nesse sentido, a história atua nos estudos jurídicos com uma função quádrupla: criticidade, liberdade, consciência e resgate.

Essa atuação é específica no âmbito do direito, desvelando o que está encoberto. Na reflexão sobre sua abordagem, a história se torna agente de mudança (Fonseca, 2009, p. 21), pois não se trata apenas de um repertório de saberes, mas de um modo de conhecer “[...] que se vale das ferramentas da externalidade e da diacronia.” (Costa, 2017, p. 57). Como resultado, desnaturaliza-se o habitual e, assim, novos significados, questionamentos e olhares emergem onde antes havia apenas certezas.

No entendimento de Staut, isso gera uma percepção de “[...] universo jurídico brasileiro inserido em um tempo complexo de mudanças e permanências.” (2009, p. 170). Dessa forma, a história no direito não serve para legitimação ou justificação, mas para tecer olhares e percepções críticas sobre o direito enquanto ciência, forma de controle e estruturação da sociedade e do poder.

Sob essa ótica, o senso crítico é essencial. Caso contrário, o direito continuará a ser visto como algo que se basta na mera inserção de um texto ou contexto legal para resolver problemas sociais, especialmente os ligados às garantias fundamentais (Guimarães; Viegaz, 2018, p. 27). O direito precisa se perceber como uma força de mudança e segurança, banhado na compreensão de que seu exercício vai além da lei. Trata-se também de um exercício de luta e crítica, capaz de auxiliar na destruição de mazelas socioeconômicas e culturais, além de promover a construção de uma sociedade que garanta acesso à justiça em toda a sua complexidade. Isso, porém, só será possível a partir de um fortalecimento crítico.

Dessa maneira, o direito pode ser entendido como uma vertente do poder estatal, frequentemente instrumentalizada por interesses dominantes. Segundo Foucault, essa relação de poder pode se tornar uma forma de dominação e, quando controlada por interesses ideológicos e capitalistas, tende a ser não apenas disciplinadora, mas também negligente e violenta. A tarefa de disciplinar, ao pré-determinar o comportamento considerado correto, encontra na norma jurídica um agente particularmente eficaz (Nunes, 1996, p. 286)¹¹.

11 Vale deixar claro que o direito tem uma função social de manter o controle social. Historicamente, o direito vem sendo “sempre instrumento com que os “donos do poder” conformam os comportamentos individuais e/ou coletivos aos limites desejados, autorizados ou tolerados pelo ‘consenso social’.” (Nunes, 1996, p. 286). É o caso da normalização da escravidão dos negros e indígenas, do genocídio e da exclusão de minorias da centralidade das discussões da sociedade.

O saber histórico, nesse contexto, oferece o fôlego necessário para a construção de um olhar crítico, pois é uma fonte que expõe as questões fundamentais da humanidade. Essa criticidade histórica é acompanhada de um olhar libertador, permitindo ao jurista desprender-se do tradicionalismo que caracteriza a área. Ele passa a interpretar sua função e o mundo de forma diferente. Além disso, ao reconhecer as construções sociais baseadas em silenciamentos, ausências e permanências, o jurista pode se tornar um agente da luta pela mudança.

Nesse cenário, criticidade e liberdade se unem, gerando uma perspectiva alternativa e questionadora sobre o direito e a realidade. Assim, abre-se espaço para pensar e operacionalizar uma nova forma de juridicismo. Em diálogo com a luta anticolonial do pensamento, surge uma consciência socio-histórico-cultural que reforça o direito como possibilidade. Possibilidade de quê? De resistência, mudança, resignificação, luta social e política.

Para Wolkmer, essa junção culmina em uma teoria crítica, essencial para a transformação do direito e da sociedade.

Trata-se de superar a condição de subordinação, exploração e violência, criando um pensamento insurgente que parta de nossas tradições intelectuais e de nossa própria histórica. Uma teoria crítica alternativa/descolonial como expressão de um conhecimento articulado com a prática social, capaz de oferecer mudanças de consciência e rupturas com o real (“um outro mundo possível”), engendrando novas formas de resistências, dando respostas descolonizadoras aos problemas emergenciais e produzindo saberes que tenham relevância social.” (Wolkmer, 2015, p. 42-43)

E, ainda,

Pensar em políticas emancipatórias envolve um trabalho conjunto de história, sociologia e direito, para que se consiga quebrar com as barreiras do paradigma dominante colonial e se instaurar no curso do lento processo de descolonização meios capazes de se garantir a efetividade da justiça, do pensamento e das relações sociais como um todo, inculcando-se no brasileiro não apenas um ideal de real acesso à justiça, diferente do modelo de igualdade legal atual, como também e principalmente propiciar finalmente a verdadeira existência de um paradigma de emancipação nacional. (Guimarães; Viegaz, 2018, P. 35)

Desse modo, torna-se claro que o direito, enquanto exercício justo, aliado aos ideários quase românticos de “força popular”, “a favor da justiça” e de “conhecimento em prol da igualdade”, só é pleno quando conectado com o exercício da práxis histórica¹². Além disso, o conceito de definição do direito é algo complicado, principalmente porque o direito está em constante mudança, em estado permanente de atualização e reorganização. Logo, já podemos pontuar que a mudança social acarreta a mudança do direito e do papel do direito (Pessoa apud Caminha,

12 Cabe também discutir, enquanto debate-se a questão da história como construção de consciência, a importância dessa no combate aos artifícios de resignificações fascistas. A história torna-se mais fundamental hoje justamente pela facilidade de criação e compartilhamento de *fake news*, bem como o processo de reformulação histórica. Observa-se no cenário político e ideológico as mãos da extrema direita erguendo-se nas narrativas históricas e tentando distorcer a realidade em seu próprio proveito (a defesa de o nazismo ser um produto da esquerda ou a minimização do processo escravocrata brasileiro, por exemplo). Na crise da verdade contemporânea nota-se “[...] que a dessignificação das formas políticas revela um desprezo não só à história, mas à vida mesma.” (Araújo, 2012, p.146). É uma crise ética e perigosa, que coloca os novos sujeitos sociais, bem como os próprios direitos, em risco. A verdade é um pilar do direito e do Estado Democrático. A história crítica, e honesta, é uma análise do passado e de como o presente relaciona-se com ele. É uma percepção e defesa das verdades sociais. São tempos escuros e a história é uma poderosa lanterna.

2016, p. 51). As mudanças sociais são um tópico de estudo da história, sendo a importância do entendimento dessas modulações e desenvolturas um fato relevante para compreender a construção do direito como ele é, principalmente quando se nota que alguns dos códigos vigentes, como o penal (de 1984) e a constituição (de 1940), reverberam os ecos da época formadora.

Ademais, esse ato também revela uma outra forte possibilidade que a história, no direito, ocasiona: o resgate. Resgate das figuras históricas e “subalternas” que são apagadas, mas que lutaram juridicamente e exerceram cidadania. É a possibilidade de reconhecer sua força, contribuição e demanda – por vezes podendo, inclusive, continuar atuais. É também a possibilidade de reconhecer como o direito pode exercer a função de algoz e de justiceiro. Perceber as opressões e as ausências é também uma forma de gerar conhecimento e, possivelmente, reorganizá-los.

É, então,

[...] um resgate do protagonismo destes sujeitos na História do Direito no Brasil enquanto construtores de histórias próprias, a partir do reconhecimento de brechas na ordem jurídico-social e técnicas argumentativas que extrapolam os marcos formais do legalismo através da (re)interpretação dos dispositivos formais institucionalizados e de outros elementos da juridicidade de natureza extranormativa. (Sá, 2010, p. 94)

Dessa forma, rompe o silêncio ligado ao apagamento dessas vozes e corpos. Ato esse relacionado com a dogmatização do jurídico “[...] marcada pelo apego ao formalismo e busca por pureza metodológica.” (Sá, 2010, p. 93).¹³

5. CONCLUSÃO

A “nova história”, enquanto mecanismo de investigação do passado, é um conceito que deve ser inserido cada vez mais intensamente no exercício do direito. Não apenas para entender o direito na história ou a história no direito, mas para entender o próprio direito, com o auxílio de sua própria história.

Não é um exercício de complementação ou de culturalidade, mas de necessidade. Necessita-se disso para a formação de juristas capazes de defender a sociedade, entendendo sua múltipla culturalidade formativa, com atenção social, e atuar no social de maneira eficiente. É necessário para tentar entender a grande complexidade inerente ao ramo jurídico, já que

As possibilidades do jurista perante os fatos sociais têm a lucrar com esse alargamento de perspectivas, não só pelo *consequente (sic)* apuro de sua sensibilidade, mas também por ser o enfoque axiológico indispensável à captação das ‘objetivas conexões de sentido’, que é o que, em última análise, interessa ao jurista quando estuda os fatos sociais. (Reale, 1994, p. 13).

13 Quanto ao papel de resgate no campo jurídico, pode-se perceber ele, em encontro com a nova história e decolonialidade, ao se investigar a historiografia jurídica a partir do ponto de vista daqueles que, em um determinado período histórico, estão dentro de uma percepção de inferioridade. Como é o caso de se entender o direito de resistência contra a escravidão e luta pela liberdade a partir dos negros (Sá, 2019) ou da atuação de trabalhadoras domésticas em frente a produção da Constituição de 1988 (Ramos, 2018). Nesse processo, se quebra o estudo histórico e jurídico no sentido de subverter o olhar dominante e, a partir disso, perceber aquilo que não necessariamente é notado dentro do estudo “oficial”.

Desse modo, o estudo do Direito não pode se restringir as leis, as constituições e as jurisprudências. Deve ser feito a partir das inúmeras fontes, individuais e coletivas, privadas e públicas. Deve ser feito com a criação de pontes com outras áreas. Portanto,

Defendemos que a abordagem transdisciplinar do Direito é condição essencial para construção de um pensamento jurídico crítico e efetivamente comprometido com as demandas sociais. Demandas estas, atualmente apresentadas pelos excluídos, organizações populares e movimentos sociais. Para tanto, para a possibilidade de atuação transformadora do Direito, é imprescindível o aporte do pensamento de outras ciências, no sentido de ampliar a compreensão quanto à dinâmica das relações sociais. (Sá, 2010, p. 73).

Somente assim pode-se encontrar, nos detalhes e com um maior entendimento da funcionalidade e do contexto, a diferença entre o direito escrito, o direito exercido e o direito desejado. Essa é o porquê da história. Essa é o porquê do lembrar!

Direito e história vai além de força-memória, mas é o início de um processo de reconstrução epistêmica da própria organização jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, João Paulo Medeiros. **A tragédia entre a política e a juridicidade: passado e futuro nas narrativas trágicas**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2012.
- BURKE, PETER. A nova história, seu passado e seu futuro. In: BURKE, Peter (Org). **A escrita da História: novas perspectivas**. Trad. de Magda Lopes. São Paulo: UNESP, 1992. p. 1-13.
- COSTA, W. P. **História e Direito: em busca dos continentes submersos: comentário ao texto de Annick Lempériere**. Almanack. Guarulhos: n. 15, 2017. p. 44–58,. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/2236-463320171502>. Acesso em: 28 de fevereiro de 2023.
- CUNHA, THADEU A. da. **A dimensão temporal do conceito de pessoa jurídica e sua crise**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996, p. 231-244. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176512/000518645.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 01 de março de 2023.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 12 ed. Barueri: Atlas, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559773763/>. Acesso em: 05 mar. 2023.
- FONSECA, Ricardo M. **Introdução Teórica à História do Direito**. Curitiba: Juruá, 2009.
- FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979
- FREITAS, Alysso Luiz; MENDES, Renat Nureyev. **Diálogos entre história e direito: conceitos, convergências e outros apontamentos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 41, n.2. p. 227-240. Dezembro, 2013 Disponível em: <https://seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/24466>. Acesso em: 28 de fev. de 2023.
- GARDONI, Rennan Klingelfus. **Como os juristas viam o povo? uma história do conceito no pensamento civilista brasileiro na transição para o século XX**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2020.
- GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Apresentação e tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- GUIMARÃES, Arari Vinicius; VIEGAZ, Osvaldo E. **Descolonização e acesso à justiça: perspectivas para uma práxis emancipatória**. Revista Brasileira de História do Direito, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 17-36, jul/dez. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/4761> Acesso em: 2 de março de 2023.
- HESPANHA, António M. **A história do direito na história social**. Lisboa: Livros Horizonte, 1978.
- MATOS, Julia Silveira. **Tendências e debates: da Escola dos Annales à história nova**. Historiae- Revista de História, Rio Grande, v. 1, n. 1, p. 113-130, 2010. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/index.php/hist/article/view/2283/1183> Acesso em: 28 de fevereiro de 2023.
- MEYER, Marileide L. C. **Arranjos de vida: direito e relações entre senhores e escravos - termo de Mariana, 1850-1888**. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal de Ouro Preto. Mariana: 2010.
- MIGNOLO, Walter. **Desobediência epistêmica: A opção decolonial e o significado de identidade em política**. Trad. De Ângela Lopes Norte. Cadernos de Letras da UFF – Dossiê: Literatura, língua e identidade, no 34, p. 287-324, 2008
- NUNES JÚNIOR, A. T. **Direito e Poder**. Revista de informação legislativa, v. 33, n. 132, p. 281-287, out./dez. 1996 Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176507>. Acesso em: 08 de mai. de 2023.

RAMOS, Gabriela B. P. **“Como se fosse da família”**: O trabalho doméstico na Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2018.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SÁ, Gabriela Barreto de. **A negação da liberdade: direito e escravidão ilegal no Brasil oitocentista (1835-1874)**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

_____. **Entre mordanças e direitos: ações de liberdade e resistência escrava na história do direito no Brasil**. Salvador. Monografia de Graduação. Salvador. UFBA. 2010.

_____. **História do direito no Brasil, escravidão e arquivos judiciais: análise da ação de liberdade de Anacleto (1849)**. Revista Justiça & História. Vol. 10 – n. 19 e 20, 2010. P. 77-96.

STAUT JÚNIOR, Sérgio S. **A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

PESSOA, J. Norberto **Bobbio e o debate sobre as relações entre direito e poder: a proteção dos Direitos do Homem na Comunidade Internacional**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Faculdade de Ciências e Letras da Unesp. Araraquara, 2016. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/146673>. Acesso em: 08. De mai. De 2023. P. 47-80).

WOLKMER, Antonio C. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

O BRASIL PRECISA DE UMA NOVA CONSTITUIÇÃO? REFLEXÕES A PARTIR DO DIREITO COMPARADO

DOES BRAZIL NEED A NEW CONSTITUTION? AN ESSAY BASED ON COMPARATIVE LAW

Cesar Rodrigues van der Laan¹

RESUMO: O ensaio objetiva refletir sobre a necessidade de elaboração de uma nova constituição no país, dado o questionamento da carta atual por alguns setores da sociedade. Utiliza-se uma perspectiva dúplce do direito comparado, sincrônica e diacrônica, avaliando as características materiais da Constituição Federal de 1988 em relação ao constitucionalismo internacional e ao doméstico, também cotejando o momento político doméstico frente aos momentos constitucionais recentes no Chile e Rússia. Conclui-se inexistir indicação de necessidade de confecção de nova carta política, ressaltando o atual contexto que poderia colocar o país no caminho de redução de democracia e de direitos, a exemplo da Rússia, e não de ampliação, como buscado no país andino. Eventuais aprimoramentos constitucionais podem seguir a tradição de emendamento, com a vantagem de não colocar em risco as garantias e direitos fundamentais já protegidos na Constituição Cidadã.

Palavras-chave: Constituição Federal; Constitucionalismo; Direito Comparado.

ABSTRACT: The essay aims to reflect on the need to draft a new constitution for Brazil, in a moment in which some political groups question the founding rule of law. It uses a dual perspective of comparative law, synchronic and diachronic, placing the characteristics of the Brazilian Federal Constitution of 1988 in comparison with international peers and within the development of its own domestic constitutionalism, also evaluating the current political conjecture in Brazil *vis-à-vis* the recent processes of constitutional changings in Chile and Russia. It is concluded that there is no indication to write a new political letter, emphasizing the inappropriate underlying political moment for this aim. The risk for the country is to follow the Russian path of reducing democracy and social rights, and not expanding it, as demanded in Chile. Political improvements may follow the tradition of constitutional amendment, with the advantage of not putting at risk the guarantees and fundamental rights already protected by the Citizen's Constitution.

Keywords: Constitution of Brazil; Constitutionalism; Comparative Law.

1 Especialista em Direito Legislativo (ILB) e em Defesa Nacional (ESD), Mestre e Doutor em Economia (UFRGS), com doutorado-sanduíche na Universidade de Cambridge, Inglaterra, graduando em Direito na UnB. É coordenador de Pesquisa Jurídica do Veredicto Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da UnB e Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: cesarvdl@yahoo.com.

1. INTRODUÇÃO

A ascensão da extrema-direita como força política trouxe à agenda pública o questionamento de valores fundamentais do país, como a própria democracia e a Constituição Federal de 1988, que são pilares da organização política e social doméstica. Em alguma medida, hoje a democracia já não consiste em valor essencial para muitos brasileiros, que até defendem um golpe de estado e uma nova ditadura militar. Desde 2018, há uma bandeira política pelo estabelecimento de uma nova ordem institucional, que ocorreria a partir de uma ruptura constitucional, provavelmente impondo uma nova constituição escrita por juristas alinhados com a ideologia autoritária, não promulgada por uma assembleia constituinte.

O presente ensaio se insere nesse contexto, questionando sobre a efetiva necessidade e os riscos de elaboração de uma nova carta política para o país. Contribui-se a partir da ótica do direito comparado, que privilegia a análise de instituições de jurisdições distintas, ou de uma mesma jurisdição em tempos distintos². Trata-se de metodologia presente em estudos de ordenamentos já na tradição grega antiga, utilizada por Aristóteles na elaboração de sua *Política*, a partir da comparação de ordenamentos das cidades-Estados (Atenas e Esparta), e adotada por Montesquieu em *O Espírito das Leis* no Século XVIII. Uma de suas vantagens é permitir a compreensão mais ampla da realidade constitucional, situando as particularidades histórico-culturais do direito doméstico dentre os pares externos, eventualmente questionando seus dispositivos. Atualmente, a metodologia ganha importância na produção acadêmica, diante da tendência de homogeneização dos ordenamentos em nível mundial, derivada da globalização produtiva e da internacionalização dos mercados, que levam a uma maior padronização das sociedades, com reflexo sobre os dispositivos constitucionais em cada jurisdição.

Como premissa, parte-se da tendência de alinhamento dos dispositivos constitucionais domésticos em relação aos pares internacionais, que tendem a apresentar uma homogeneização em relação aos aspectos centrais esperados de uma constituição. Como embasamento teórico acerca dos processos de elaboração constitucional, adota-se a visão de Elkins, Ginsburg e Melton (2009), de constituição como resultado de um jogo de barganhas, de negociação entre forças políticas de um país, como um encontro de interesses contrários da sociedade. Além desta breve introdução, este trabalho apresenta mais duas seções. A seção 2 enfoca as características materiais do texto da Constituição brasileira em si, sob essa dupla perspectiva do direito comparado. Já a seção 3 analisa as críticas e os riscos envolvidos na mudança constitucional no momento político corrente do Brasil, situando-o em relação aos momentos constitucionais recentes chileno e russo, que apresentam trajetórias bastante distintas em termos de proteção e promoção de direitos. Após, seguem as considerações finais.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Em linhas gerais, a Constituição brasileira segue o conceito ocidental de constituição moderna, resultante da evolução de uma concepção ideal com função paradigmática para a ordenação jurídico-política, ao lado da declaração de um conjunto de direitos fundamentais e suas garantias. Ela faz o que se espera do texto básico de um ordenamento jurídico: delinea

² Nessa tradição, destacamos o trabalho seminal de sistematização dos ordenamentos de René David (2002).

estruturas de governo, define as competências dos entes federados e das instituições públicas e estabelece direitos e garantias fundamentais, impondo à classe política certos limites, que servem de fator de estabilização da sociedade e do país, e de crescimento (Elkins; Ginsburg; Melton, 2009). Aqui, vale a ideia de constituição como compromisso social, como estabelecimento de normas mínimas de convívio social, marco para lidar com desacordos e divergências, seja na esfera legislativa quanto à disposição das regras coletivas, ou judicial, em relação a litígios particulares.

Segundo os critérios de Meyer e Holl (2008), a Constituição de 1988 carrega os seguintes elementos centrais do constitucionalismo contemporâneo: estado de direito (*rule of law*); supremacia constitucional; organização política e direitos fundamentais, incluindo direitos a um maior grau possível de iguais liberdades de ação, a direitos de nacionalidade, a garantias judiciais, a direitos de participação como concretização da autonomia política e a direitos sociais que proporcionam o usufruto das demais categorias. Quanto à organização política, ela provê ferramentas procedimentais para o funcionamento do Estado, em termos de divisão de poderes, federalismo, corte constitucional e órgãos de controle. Com tal aparato, constitui mecanismo central para segurar ambições individuais e manter a normalidade política do país e das instituições.

Nela, há a positivação das principais bandeiras da Modernidade, plasmadas nas ideias de liberdade e igualdade (Paixão, 2012), subordinando a política ao direito, conformando a ação política no âmbito do estado democrático de direito, especialmente quanto ao respeito aos direitos humanos. Sua ênfase no futuro também é uma tipicidade da Modernidade. Há um caminho traçado, um fazer, uma construção de sociedade, a partir de comandos que embasam a concretização de direitos pelo Estado desde 1988. Ela projeta uma normatividade que direciona a justiça social e bem-estar mais amplo, que é seu próprio cunho dirigente-transformador, como observado por Couso e Hilbink (2011).

Aqui, a constituição é vista como um projeto desejável de sociedade, a partir do estabelecimento de uma série de direitos e deveres. Na esfera de direitos, ela representa a inserção do país no modelo ocidental de estado democrático de direito, como Estado não apenas garantidor, mas promotor de direitos, não restrito mais aos direitos negativos, ou de 1ª geração, mas também positivos, de 2ª e 3ª geração. Em termos de conquistas, a Constituição Federal constitui a base normativa do estado democrático de direito, protegendo os valores republicanos e de participação cívica. Ela é democrática e plural, não repelindo novas conquistas civilizatórias. Ao contrário, as estimula (Clève, 2020), embasando “avanços civilizatórios” (Barroso, 2019) a partir da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) na afirmação da Carta Magna, com um número expressivo de decisões progressistas em tema de direitos fundamentais, configurando um dos principais avanços constitucionais do país.

Seu significado é, sobretudo, de comprometimento com direitos fundamentais. Situada dentro da onda constitucional do pós-segunda guerra, em que houve uma difusão de direitos bastante similares pelo mundo (Hirschl, 2009), ela é centrada na concepção de dignidade da pessoa humana, que se tornou um dos grandes consensos éticos mundiais (Barroso, 2010). Seu núcleo central fixo fornece valores essenciais, com as garantias fundamentais e as liberdades

individuais balizadas a partir da atuação do STF, com base nos arts. 102 e 103. Isso denota um “fundamento de esperanças e tolerância” (Cardoso, 2010), um simbolismo e uma ubiquidade que a singularizam (Lunardi; Drimoulis, 2013). Assim, a Constituição Federal reflete valores bastante universais, protegidos como cláusula pétrea, e que são constantemente reafirmados, sob risco de retrocesso.

Em contraposição à Constituição de 1967, elaborada por um corpo de juristas sob a ditadura militar, a Constituição de 1988 reflete uma realidade social composta por uma pluralidade de opiniões e crenças. Ela carrega a simbologia de ter sido a primeira constituição do país a ser escrita por não juristas, com ampla participação popular, rompendo a tradição de elaboração por um corpo de juristas específicos. Como marco do restabelecimento da democracia, ela positiva um ordenamento que não compactua com prisão política nem com crimes contra a vida, qualificando a tortura como crime inafiançável e insuscetível de graça (art. 5º, XLIII).

Derivada de um processo amplamente participativo e aberto, resulta na constituição mais democrática da história brasileira (Bemvindo; Bernal; Albert, 2019), com ampla e efetiva participação popular em sua elaboração (Bastos, 2019). Seu processo de criação apresentou muitos dos critérios recomendados por Elster (1995) para ser considerado passível de gerar um texto constitucional adequado, com ênfase à presença de comissões temáticas específicas e debates públicos em plenário, e uma assembleia constituinte independente, unicameral, composta por representantes políticos e não por juristas. Elaborada e debatida durante 20 meses, a Assembleia Constituinte foi receptiva a movimentos sociais e lideranças no âmbito de suas audiências públicas, quando se encaminharam demandas desde Paulo Freire a movimentos indígenas, resultando num texto bastante plural (Barbosa, 2012). No total, 122 emendas foram apresentadas por iniciativa popular, subscritas com cerca de 15 milhões de assinaturas.

Ao mesmo tempo, ao longo de sua vigência, a Constituição foi objeto de constante aprimoramento conduzido diretamente pela própria classe política, em resposta a demandas da sociedade diante da evolução social e econômica. A primeira emenda à então nova constituição foi promulgada pelo Congresso Nacional já em 1992. Desde então, praticamente em todos os anos foram aprovadas emendas constitucionais, algumas com mudanças relevantes, mas sem alterar seus pilares fundamentais, totalizando 125 emendas constitucionais promulgadas até 2022. Muitas dessas emendas trouxeram avanços sociais, ao elevarem a direitos fundamentais a moradia e o transporte, ou a estender direitos sociais ao emprego doméstico, não originalmente previstos em 1988. Pode-se, assim, considerar bastante sedimentado o uso da emenda para positivar alterações na Constituição, prática que segue um padrão existente na ampla maioria dos textos constitucionais (Elkins; Ginsburg; Melton, 2009). Os 30 anos de Constituição foram, sobretudo, 30 anos de reforma constitucional (Maués, 2020), que mostram a plena possibilidade de continuidade de sua adaptação e atualização constante.

Essa plasticidade também se constata pelo próprio fato de que a economia brasileira em 2022 é uma economia emergente inserida globalmente, bastante distinta daquela economia fechada do final dos anos 1980, com o texto recepcionando as influências das alterações da organização produtiva no país, inclusive com o redirecionamento da atuação estatal. Houve a construção de um novo modelo econômico, com a abertura do país à globalização produtiva

e financeira internacional, ao lado de um movimento de privatizações já a partir do governo Collor (1990-1992). Destaque para as emendas constitucionais de reforma e redução do Estado na economia, já no primeiro Governo Fernando Henrique Cardoso – FHC (1994-1998), abrindo vários setores econômicos importantes à iniciativa privada, como telecomunicações e energia.

A característica de a ordem econômica constitucional ser bastante sucinta e principiológica, sem impor amarras mais substanciais para a economia, também contribuiu para a transformação do Estado-desenvolvimentista em Estado-regulador. Assim, a Constituição adaptou-se às necessidades políticas e econômicas do país, ao longo de um período de ampliação e aprofundamento crescente e ininterrupto de integração internacional do país com o exterior, sob constante atualização, mas sem abandonar a sua ambição normativa (Drimoulis *et al*, 2013).

Simultaneamente, essa produção robusta de emendas constitucionais, que constituem as disposições mais rígidas de serem alteradas no ordenamento jurídico pelo Congresso Nacional, denota que o sistema política doméstico possui uma funcionalidade em vigor, de produção de consensos em torno de temas nacionais de expressão. Isso mostra não apenas a Constituição como algo vivo, com uma centralidade no processo político deliberativo nacional – até pela abrangência de temas da constituição analítica do país –, como também algo inacabado, mas suficientemente adaptável para receber novas contribuições políticas³. Constitui, assim, um processo em constante construção, permanentemente aberto, em que a Constituição se torna o saldo de um processo plural, que não termina com o fim dos trabalhos da assembleia constituinte (Cardoso, 2010).

Essa visão é compartilhada de forma ampla na literatura. Há uma dinâmica constituinte permanente (Couto; Arantes, 2006), uma negociação contínua (Elkins; Ginsburg; Melton, 2009), com um equilíbrio refinado e funcional entre permanência e impulsos de mudança (Clève, 2020), que é a própria pretensão constitucional de estabilidade e dinamicidade. É uma permanência estável dinâmica, adaptável (Elster, 1995). Não é um produto acabado nem estático, mas algo influenciado pela vida social e sua evolução natural (Guimarães, 2022). É uma condição de ordem aberta, ou ordem-quadro, uma característica notadamente não exaustiva (Canotilho, 2003). De fato, uma constituição deve apresentar uma abertura ao futuro e às inevitáveis movimentações sociais, políticas e culturais, como forma de garantir sua autoconservação, como um equilíbrio, no tempo, entre continuidade e mudança, entre estabilidade e flexibilidade (Häberle, 2003). Com tal característica, a Constituição de 1988 não só manteve estável o sistema político, como também foi capaz de ser atualizada e se adaptar às necessidades sociais, políticas e econômicas sem que ocorresse a erosão de sua estrutura (Drimoulis *et al*, 2013).

Sob essa ótica de avanço, no campo social, a Constituição tem sido afirmada para combater preconceitos e discriminações contra minorias sociais, com base em seus princípios fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Isso permitiu o reconhecimento judicial a direitos como o casamento homoafetivo e, mais recentemente, a criminalização da homofobia e da transfobia, práticas discriminatórias contrárias ao espírito da Constituição. Essas conquistas resgataram a cidadania para uma parcela da sociedade historicamente abandonada e

3 Da mesma forma, a produção infraconstitucional brasileira também é bastante expressiva e se mostra bastante funcional.

marginalizada, tornando mais justa a sociedade brasileira. A Constituição é, portanto, algo vivo, um instrumento jurídico que possui centralidade e essencialidade na proteção e promoção de direitos fundamentais, com reflexos efetivos sobre as relações sociais no país.

Quanto ao design estatal, a Constituição de 1988 também segue a tradição do constitucionalismo moderno, não configurando uma divisão estanque em diferentes poderes a partir da ideia original de Montesquieu. Em seu lugar, estabelece a forma de um sistema de pesos e contrapesos, em que os poderes não apenas colaboram, como também competem entre si na promoção do bem comum (Ginsburg; Versteeg, 2014), algo que é característico do design estatal presente nas constituições modernas. É a resposta, mais atualizada e mais profunda, da ideia de divisão de poderes que se apresenta, de uma forma ou de outra, desde a Grécia antiga, à preocupação em evitar a tirania (Grohman, 2001). Essa preocupação se tornou mais premente no constitucionalismo ocidental com o término da segunda guerra.

Os horrores e as atrocidades nazistas da segunda guerra demonstraram o perigo potencial que ronda democracias sem proteção de seus valores fundamentais, o que levou ao questionamento do mérito de uma soberania parlamentar, ilimitada, de políticos no poder sem limites estabelecidos previamente quanto à sua atuação. Isso gerou um movimento internacional de afirmação de direitos humanos universais, resultando na onda de constituições elaboradas sob a ótica do estado de direito, com reflexo sobre o desenho das instituições voltado para proteger direitos humanos. Assim, democracias maduras passam a se proteger contra a tirania de maiorias com base na proteção constitucional e judicial de direitos fundamentais de indivíduos e grupos vulneráveis (Elster, 1993; Hirschl, 2004; Weinrib, 2007). Essa característica impõe limites aos governos, e é apontada como o principal propósito das constituições, característica que permeia quase todo estado moderno e as constituições em nível global (Elkins; Ginsburg; Melton, 2009), incluindo o Brasil.

Da mesma forma, o sistema político doméstico também pode ser considerado bastante similar ao de outras democracias ditas avançadas ou consolidadas (Limongi, 2006). O poder de agenda conferido ao Executivo garante que o governo brasileiro opere em bases similares à grande parte das democracias existentes. O presidente detém monopólio sobre a iniciativa legislativa, característica presente nos sistemas de governo na Argentina e no Chile, e que também aproxima o sistema brasileiro das democracias parlamentaristas europeias (Hebling, 2022). Essa visão se alinha a Garcia Roca (2016), que identifica a convergência entre parlamentarismo e presidencialismo, ou a parlamentarização do presidencialismo sul-americano. Para Limongi (2006), em geral, o que o Executivo submete ao Legislativo é aprovado, aproximando-se da dominância do Executivo que caracteriza o parlamentarismo.

Sob uma visão diacrônica, Limongi (2006) aponta que o sucesso do Executivo após a Constituição de 1988 é de 70,7%, bem maior do que ocorrido no período Vargas, o mais bem sucedido presidente do período democrático anterior, que aprovou apenas 45% do que enviou. Há, assim, uma estrutura institucional, constitucionalizada, que promove maior governabilidade. Isso impede se apontar uma paralisia decisória derivada do design estatal, sendo algo desassociado de um impedimento constitucional. O desenho estatal funciona, com capacidade de responder às demandas do país. Naturalmente, a envergadura de uma crise política derivada de

um processo de *impeachment* sugere que há um custo temporal muito alto envolvido. Entretanto, tal aspecto pode ser objeto de aprimoramento por meio de ajuste infraconstitucional, diretamente na Lei n.º 1.079, de 1950 (lei de *impeachment*), sem necessidade de alteração constitucional ou de elaboração de nova constituição. Isso esvazia o questionamento da apropriação do presidencialismo no país, que é o sistema predominante na América Latina, não constituindo justificativa relevante para escrever uma nova constituição.

Mesmo a crítica de Ackerman (2020) ao sistema presidencialista, de que possibilita a ascensão ao poder de políticos extremistas, de *outsiders* políticos para o cargo de presidente, precisa ser sopesada. Para o autor, a adoção do parlamentarismo poderia evitar que governantes extremistas, com apoio de apenas 20 a 25% da população, assumissem o comando do Poder Executivo. Porém, ainda que faça sentido, como forma de proteger a democracia e o funcionamento do país, para prover mais estabilidade política, não há consenso na literatura quanto à solução proposta, predominando a visão de uma baixa correlação entre sistema de governo e estabilidade política. Hebling (2022), por exemplo, conclui que a mudança para o sistema parlamentarista não é a panaceia para o Brasil resolver problemas de coordenação política ou social, inexistindo sistema democrático imune, atualmente, a crises políticas ou a políticos extremistas.

2.1. MOMENTO HISTÓRICO E EXPERIÊNCIAS CONSTITUCIONAIS CONTRADITÓRIAS RECENTES NA PROMOÇÃO DE DIREITOS

Como elemento central da ordem jurídica e social, a Constituição tem sido objeto de constante análise. Em regra, não se observa um apontamento generalizado da doutrina acerca da necessidade de uma nova constituição. As contribuições adotam um olhar sobre o constitucionalismo doméstico como um processo em construção, em evolução, identificando alternativas jurídicas para os mais diversos aspectos temáticos envolvidos no plano constitucional, e propondo alguns aprimoramentos institucionais pontuais. Não há uma abordagem generalizada da literatura doméstica que aponte para a necessidade de nova carta política, algo que geralmente se associa a momentos de crise e rupturas institucionais.

Como a própria história política brasileira sugere, os processos de superação das constituições ocorreram por meio de golpes militares ou civis (Barbosa, 2012), que são as rupturas identificadas por Elster, que levam à elaboração de uma nova constituição (Elster, 1995). Geralmente, isso surge a partir de setores específicos da sociedade, insatisfeitos com a ordem sócio-política estabelecida, apoiados pelas forças militares, mas nem sempre apoiados de forma ampla pelos demais setores sociais e políticos ou pela imprensa. Ainda que a doutrina não aponte, tecnicamente, uma necessidade de nova constituição, ocorre que o mundo vive um momento populista de extrema-direita (Mounk, 2019), que pressiona as instituições e coloca em xeque a própria democracia liberal. Em esse movimento ganhando força, pode-se criar espaço para a elaboração de novas constituições ou de uma nova tecnologia de coordenação social e política que possa conciliar as mudanças nas relações políticas, econômicas e sociais ocasionadas pelas novas forças políticas.

Porém, diante do novo extremismo ideológico que passa a ter voz política em diversos países, inclusive no Brasil, parece difícil a formulação de um processo constitucional que leve

a um consenso em relação a novas formas de governo e de governança política e social, possibilidade que não chega a fazer parte da pauta pública doméstica. Diante disso e dada a história constitucional brasileira, parece mais provável que qualquer tentativa nessa direção acabe gerando alguma forma menos democrática de mudança constitucional, a partir de uma ruptura, até porque a Constituição não prevê a possibilidade de convocação de uma assembleia constituinte para sua substituição. Nesse caso, a visão de Elkins, Ginsburg e Melton (2009) de constituição como um jogo de barganhas, de negociação entre forças políticas de uma nação, de encontro de interesses contrários da sociedade, acaba perdendo espaço, pois uma ruptura pressupõe a própria falta de negociação política, uma imposição unilateral de vontade, fora da seara democrática. Tal é o risco de um processo constitucional na atual conjuntura política.

Nesse cenário, recentemente, alguns juristas passam a criticar de forma mais incisiva a Constituição e a defender um novo processo constituinte, até como resposta para diagnósticos nas redes sociais para acabar com a corrupção e a impunidade (Cunha Filho, 2019). As críticas ao texto constitucional envolvem desde sua extensão, incluindo peculiaridades como a atribuição a quem deve manter o Colégio Dom Pedro II, do Rio de Janeiro (art. 242, § 2º), até a dificuldade crônica de prestação de serviços públicos de qualidade pelo Estado brasileiro, passando por questionamentos acerca do sistema político-partidário, tributário e da divisão de competências e receitas entre as esferas de poder da Federação, aspectos sempre presentes na agenda pública doméstica.

Para Dallari (2020), há muito o que ser alterado ou retirado da Constituição, o que seria inviável de ser conduzido por emenda. O autor defende uma constituição mais enxuta e menos engessada, ressaltando a necessidade de remodelar o complexo sistema tributário, o sistema político, a superdimensionada administração pública, o processo judicial excessivamente moroso, o foro privilegiado, a corrupção e a impunidade, que são questões não resolvidas no país. Também há a discussão perene acerca da divisão de competências e receitas entre União, Estados e Municípios. Carvalhosa (2021) também defende uma nova Carta com escopo reduzido, visando, sobretudo, afastar temas sujeitos à jurisdição do STF, para superar a predominância do Judiciário nos grandes temas nacionais, que possuem nível constitucional. Também sugere retirar o engessamento constitucional da disciplina e regulação da organização, funcionamento e distribuição de funções e do papel do Estado, sob a ideia de um Estado menor, com menos atribuições, com um caráter mais restritivo em termos de direitos sociais, o que é bastante distinto do projeto da Constituição Cidadã.

Todavia, tais questões de divisão de poder e de ineficiência estatal envolvem aspectos históricos de formação do país, inclusive remetendo à crítica clássica de Faoro (2001) acerca do patrimonialismo da burocracia pública. Tal abordagem é ainda bastante atual sobre a administração pública brasileira. Entretanto, é algo que extrapola a esfera do texto constitucional *per se*, indicando a possibilidade de envolver muito mais uma falha de concretização do que de propriamente de previsão constitucional, aspecto que, inclusive, se associaria a todas as constituições brasileiras, dadas as origens históricas do patrimonialismo doméstico. Sendo assim, tal aspecto não pode ser considerado como derivado do desenho estatal constitucional corrente, até por ser uma característica que lhe é anterior. Nesse caso, perde sentido atribuir uma respon-

sabilidade ao design estatal presente na Carta de 1988, que é um desenho bastante básico e que comporta diversas formas efetivas de concretização de direitos e de políticas públicas. Inclusive, a atuação do setor público comporta parcerias com organizações da sociedade civil, ou terceiro setor, entidades privadas de caráter público, principalmente no setor de saúde e social, que prestam serviços públicos sob as regras do setor privado, que contam com marco regulatório específico na Lei n.º 13.019, de 2014.

Vale dizer, no que diz respeito à ineficiência do Estado na elaboração e realização de políticas públicas, seja em um formato de estado mais centralizado ou descentralizado pelo país, a questão pode se relacionar muito mais com a cultura burocrática e com as constantes restrições orçamentárias, do que propriamente com empecilhos advindos da redação de dispositivos da Constituição aplicáveis em cada área (Cunha Filho, 2019). Ademais, ainda que façam sentido, novamente, eventuais sugestões que exijam status constitucional podem ser objeto de emenda constitucional. Mesmo problemas na relação entre os Poderes da República ou eventuais excessos do Judiciário não carecem da convocação de uma assembleia constituinte para sofrerem correção, não representando desafios ao bom funcionamento da democracia doméstica. Portanto, não há razão forte que justifique um poder constituinte originário (Clève, 2020). Mudanças constitucionais podem continuar a serem conduzidas de forma incremental, inexistindo necessidade de uma reforma radical como uma nova constituição para conduzir mudanças. Isso é o que mostra a experiência chilena pós-ditadura a partir de 1990. No caso do Chile, a constituição de 1980, gestada na ditadura militar, se mantém por mais de 30 anos após a redemocratização do país, atualizada por meio de reformas pontuais graduais adicionadas ao texto original (Ginsburg, 2014).

O processo de redemocratização do país andino aponta que é possível sair de uma experiência autoritária para uma democrática por meio de reformas incrementais no próprio texto constitucional, sem necessariamente haver ruptura constitucional, mesmo diante da necessidade de alterações substanciais no texto constitucional. A visão de necessidade de elaboração de nova constituição naquele país resultou tão somente da percepção mais ampla da sociedade de que o próprio texto constitucional, gestado sob a ótica do estado mínimo liberal que não privilegia direitos nem garantias sociais, impedia a concretização de maior bem-estar à parcela relevante da população. Não é o caso brasileiro, não existindo uma constituição que impeça avanços sociais, mas uma que já estabelece direitos sociais de forma mais ampla.

No Chile, apenas após a onda de protestos de 2019, que ficaram conhecidos como *Estallido Social*, a população aprovou, em 2020, a convocação de uma assembleia constituinte para redigir uma nova constituição, mais inclusiva e menos desigual, sobretudo, visando à garantia de direitos sociais (Estay; Krause, 2021). Aqui, faz sentido o processo constituinte, que busca mudanças estruturais e profundas no que diz respeito à declaração e garantia do exercício de certos direitos sociais, ou seja, incorporando elementos de um estado mais social à constituição. Isso porque a constituição herdada da ditadura exclui a responsabilidade do estado chileno nas áreas de saúde, educação e seguridade social, não considerando como garantias sociais o acesso universal e gratuito à educação, saúde, seguridade social, entre outros (Paixão, 2015).

Em contraposição, a nova proposta constitucional foi a primeira redigida por uma assembleia constituinte naquele país, de forma democrática e, mais ainda, de forma paritária entre mulheres e homens, algo inédito em nível global. Ela propôs a ampliação do rol de direitos individuais, incluindo direitos de gênero e sexuais, e o direito ao aborto, sujeitos à regulação legal posterior. Pela primeira vez em sua história constitucional, demandas das mulheres e pessoas da comunidade LGBTQIA+ foram inseridas num texto constitucional (Morales; Leal, 2022)⁴. Ainda que a proposta não tenha sido confirmada no referendo de setembro de 2022, trata-se de um momento político de aumento de democracia, de participação social e de busca de direitos sociais mais amplos naquela jurisdição. Ainda que haja dificuldades em as diversas forças políticas relevantes acordarem um novo texto constitucional definitivo, há um caminho em construção de um novo constitucionalismo, mais próximo da concepção de estado social e democrático de direito, que é predominante no constitucionalismo ocidental, em superação ao modelo de constitucionalismo de estado liberal, da carta de 1980 vigente no Chile.

Por sua vez, o questionamento sobre a constituição brasileira e sobre a própria democracia ocorre sob um contexto de ataques aos próprios pilares institucionais do estado de direito doméstico, que já foi construído sob a lógica do constitucionalismo ocidental moderno. Além disso, não existe um engajamento ostensivo da população que justifique uma consulta popular nesse sentido. Não existe um “momento constitucional” como no Chile, ou um movimento “diretas já”, uma união nacional para gestar um projeto comum de país, como ocorreu durante a redemocratização nos anos 1980, voltado à construção de uma nova ordem constitucional mais democrática e plural, menos desigual (Clève, 2020). Ao contrário, há uma radicalização política promovida por um segmento social específico, a nova extrema-direita doméstica, que apresenta uma agenda de valores contrários aos protegidos e construídos pela Constituição Cidadã. Questiona-se não apenas a laicidade do Estado, mas a própria amplitude de direitos e liberdades individuais, especialmente de minorias sociais, também se disputando o próprio significado dos valores democráticos, que embasam a Constituição de 1988. Assim, não há momento político adequado para se discutir uma nova constituição.

No Brasil, hoje, grupos políticos defendem abertamente o regime militar de 1964 e os atos de exceção, algo inédito desde a redemocratização. Defende-se a própria ruptura institucional com o fechamento do STF, considerado como um empecilho do estado de direito a esse tipo de projeto político, de viés autoritário, menos democrático. Há um questionamento do próprio significado subjacente de estado democrático de direito e de constituição, de seus valores centrais, que se contrapõem a posições políticas desestruturantes do país. Sobretudo, visa-se reduzir o papel contramajoritário do STF e reescrever a constituição, que não comporta a concretização de bandeiras ideológicas que atacam direitos e garantias fundamentais.

Ademais, o contexto político doméstico corrente é marcado pela promoção da desinformação e de *fake news* como método político. Por definição, isso constitui um cenário afastado do que Habermas aponta como mínimo necessário para promoção de consensos sociais, a partir de sua teoria da ação comunicativa (Habermas, 2020). O risco de eventual processo consti-

4 Vide: https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en&status=in_force&status=is_draft&compare=Chile_2018D&compare=Chile_2021; <https://www.opendemocracy.net/pt/nova-constituicao-chilena-primeiro-rascunho/>.

tuíte nesse contexto é culminar na perda das conquistas consagradas na Constituição de 1988, e não na construção de novos direitos fundamentais, como demandado pela população chilena a partir do movimento popular de 2019.

Sendo assim, atualmente, mudanças constitucionais precisam ser avaliadas como parte central de projetos autoritários modernos, sectários, que atingem direitos e garantias fundamentais de parte da sociedade. Forças políticas extremistas, tanto de esquerda quanto de direita, em assumindo o poder, em muitos casos impõem retrocessos constitucionais ao buscarem alterar as leis fundantes de um país, como ilustram as experiências da Venezuela, Equador, Hungria e, mais recentemente, Rússia. Trata-se de um constitucionalismo menos democrático, experimentado também pelos regimes da Polônia, da Turquia e das Filipinas, que embasam um hiperpresidencialismo em que o chefe do Executivo manda e os demais obedecem (Clève, 2020). De certa forma, é um caminho que repete a experiência da República de Weimar, substituída pelos nazistas por um regime plenamente autoritário, que distorceu o constitucionalismo para destruir completamente a democracia alemã (Landau, 2020).

A experiência constitucional russa recente é ilustrativa da inexistência de um espaço público adequado ao diálogo e à construção de consensos democráticos, e da instrumentalização do aparato legislativo para a perpetuação de um projeto político específico sem oposição política. Efetivamente, não existe alternância de poder desde a ascensão de Putin em 2000, configurando um longo processo de redução de democracia na Rússia. Reduziu-se a soberania popular, atribuindo-se à opinião pública russa, no máximo, o papel de confirmar o *status quo* de poder, sem haver possibilidade prática de mudança de governo no país. Atualmente, há um esvaziamento da oposição em cargos legislativos, o que é facilmente constatado pela recente alteração constitucional promovida pelo Kremlin. Apesar da dificuldade de aprovação de alterações constitucionais, sob um processo legislativo muito mais rígido que o brasileiro, emendas com alterações substanciais são aprovadas naquela jurisdição.

As emendas atingem a exigência de 2/3 (67%) dos votos da Câmara Baixa e 3/4 (75%) da Câmara Alta para aprovação – quóruns já maiores que os 3/5 (60%) requeridos no Brasil –, também cumprindo a necessária ratificação de 2/3 das 85 assembleias regionais, nas unidades federativas russas. Isso denota a inexistência de forças políticas de oposição naquele país. Já o referendo constitucional de 2020 apenas chancelou as emendas constitucionais promovidas pelo Legislativo, que alteraram quase um terço dos 137 dispositivos constitucionais do país. Isso aumentou a concentração de poderes do chefe do Executivo, reforçando sua independência em relação ao Poder Legislativo, permitindo a Putin permanecer no poder por mais dois mandatos de 6 anos. Também enfraqueceu a independência judicial, atribuindo ao Executivo poder de demitir juízes federais (Semenovskiy; Duarte, 2020).

Entretanto, essa centralização de poder leva à diminuição da autoridade regional e ao desmantelamento do alcance parlamentar, que é um traço indispensável de um regime democrático. A representação e a autonomia regional dos territórios se dissiparam na medida em que a Câmara Alta do Parlamento passou a permitir uma quantidade expressivamente maior (de 17 indivíduos, então 10% do total, para até 30) de representantes escolhidos pelo presidente russo. Paralelamente, o chefe de Estado também passou a ter a prerrogativa de recorrer ao Tribunal

Constitucional – também mais vinculado ao próprio presidente russo pela nova emenda – em caso de o Parlamento conseguir revogar, por votação, o veto presidencial de uma lei (Boya; Prates, 2022). Todas as alterações à carta magna russa afetam o governo, o parlamento e o sistema judicial, configurando uma autocracia, que se afasta cada vez mais de uma democracia, com um governo mais dominante em relação ao controle político.

A repressão na Rússia se configura também por meio das emendas constitucionais direcionadas aos âmbitos cultural e social, que incluíram o reconhecimento apenas do casamento heterossexual. Isso, na prática, restringe direitos de minorias, afetando a esfera de liberdade individual de parte de seus cidadãos. Da mesma forma, criou-se uma proteção constitucional à narrativa da “verdadeira história” russa, inclusive acerca da participação do país na segunda guerra (Russell, 2020). Isso não apenas legitima atos autoritários e fomenta o nacionalismo e o patriotismo, como também reprime conteúdos acadêmicos contrários. Em termos geopolíticos, também vale o alerta de Boya e Prates (2020), ainda anterior à guerra da Ucrânia em 2022, de que países menos democráticos dificultam um ambiente internacional de paz. Apesar de democracias não serem necessariamente menos violentas que autocracias, as primeiras possuem aparatos constitucionais que dificultam a eclosão de guerras e, portanto, são menos sujeitas a vontades pessoais de pessoas em posições de liderança, mesmo que defendam que se faça uso de agressões (Doyle, 1983). É a mesma ideia de divisão de poderes, que impede a tirania contra o próprio povo por grupos políticos no poder.

De todo modo, o caso russo ilustra que o contexto político importa para se pensar em mudança constitucional, dado o risco de cerceamento de liberdades por regimes autoritários. As sociedades estão mais complexas e divididas, com grupos extremistas não procurando consensos políticos sob as regras da democracia moderna. Ao contrário. Nesse sentido, é preciso considerar o risco de retrocessos quanto aos avanços institucionais garantidos pela Constituição atual, e os ainda em construção. Sob a ideia de sistema de pesos e contrapesos, é preciso valorizar o judiciário independente, que reafirma os valores constitucionais e impede desvios a direitos fundamentais, obstaculizando projetos extremistas. Uma corte constitucional funciona como as cordas que prendem Ulisses ao maestro contra o canto das sereias, fazendo uso da analogia de Elster (1995), sustentando a constituição ao impor limites de contenção aos atores políticos e agindo contramajoritariamente. Sob essa perspectiva, o STF pode ser visto como relevante ponto focal institucional para resolver problemas de coordenação numa democracia complexa (Weingast, 2006), o que se aproxima das experiências latino-americanas na jurisdição constitucional envolvendo direitos fundamentais e liberdades (Frosini; Pegoraro, 2008).

A existência de uma corte constitucional ativa e não deferente aos poderes eleitos é condição importante para a separação de poderes. Isso lhe permite suprir a omissão do poder legislativo, garantindo direitos a minorias sociais, por exemplo, no âmbito do papel contramajoritário que cabe a uma corte constitucional. Essa tradição do constitucionalismo remonta à Suprema Corte dos EUA nos anos 1950, quando, no caso *Brown*, assumiu o ônus político de extinção do sistema de ensino público segregacionista por raça no país. Há, portanto, uma proeminência das cortes constitucionais como *locus* de decisão política e social e de defesa de direitos humanos, que segue não apenas uma prática na América Latina (Helmke; Ríos-Figueroa, 2011),

mas uma tendência que se verifica ao redor do mundo (Hirschl, 2009), já identificada por Tate e Vallinder (1995), e que deve ser preservada.

Com efeito, trata-se de característica de uma ampla gama de estados e das constituições em nível global. Isso carrega a concepção da supremacia constitucional, compartilhada por mais de cem países (Hirschl, 2009), com 83% das constituições atribuindo a cortes judiciais o poder de supervisionar a implementação da constituição e afastar legislação por inconstitucionalidade (Ginsburg; Versteeg, 2014). Assim, há lugar de destaque ao Judiciário na defesa e na realização dos preceitos e dispositivos contidos nos textos constitucionais (Silveira e Silva, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se a convergência e a atualidade material da Constituição doméstica com o constitucionalismo moderno ocidental, inexistindo disparidade substancial entre seus dispositivos e pares internacionais. Ao contrário, prevalece um compartilhamento de valores universais, a partir da ideia de dignidade da pessoa humana e de democracia, em que direitos fundamentais constituem pilar central dos ordenamentos jurídicos construídos sob a égide do estado democrático de direito.

Não há que se falar, portanto, em necessidade de nova constituição, que poderia direcionar o país ao caminho de redução de liberdades e de direitos, sob uma ordem menos democrática, associada a projetos autoritários de poder. É preciso mitigar esse risco, reafirmando os valores da Constituição Cidadã, que visam promover uma sociedade mais justa para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B. O Brasil precisa de nova Constituição. **Correio Braziliense**, n. 20.869, p.9, 13 jul. 2020.
- BARBOSA, L.A.A. **História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2012.
- BARROSO, L.R. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. 2010.
- _____. **Voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. 13/06/2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344606459&text=.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2022.
- BASTOS, M.V.F. **Comissão Afonso Arinos, Assembleia Nacional Constituinte e a Elaboração do Texto da Constituição de 1988: Construção, Procedimento e Legitimidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.
- BENVINDO, J.Z.; BERNAL, C.; ALBERT, R. Introduction - Facts and Fictions in Latin America. In: BENVINDO, J.Z.; BERNAL, C.; ALBERT, R. (Eds.). **Constitutional Change and Transformation in Latin America**. Oxford: Hart Publishing, p. 1–18, 2019.
- BOYA, A.F.; PRATES, L.A. **As novas emendas à Constituição da Rússia**. Publicado em: 7 out, 2020. Disponível em: < <https://pucminasconjuntura.wordpress.com/2020/10/07/as-novas-emendas-a-constituicao-da-russia/>>. Acesso em: 13 ago. 2022.
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, G.V. O Direito Comparado na Jurisdição Constitucional. **Direito GV**, São Paulo 6 (2), p. 469-492, jul-dez. 2010.
- CARVALHOSA, M. **Uma nova constituição para o Brasil: de um país de privilégios para uma nação de oportunidades**. São Paulo: LVM, 2021.
- COUSO, J.; HILBINK, L. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. Cap. 4. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA, Julio. **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.
- CLÈVE, C.M. O Brasil não precisa de uma nova Constituição. **Jus Navigandi**, ano 25, nº 6.336, 6 nov. 2020.
- COUTO, C.G; ARANTES, R.B. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 41-62, jun. 2006.
- CUNHA FILHO, A.J.C. **Precisamos de uma nova Constituição?** Um ensaio sobre a Constituição como causa e solução dos nossos problemas. Disponível em: <<http://alexandrecunhafilho.com.br/wp-content/uploads/2020/04/CUNHA-FILHO-Alexandre-J.-C.-da.-Precisamos-de-uma-nova-constituicao-in30-anos-de-CR-2019-1.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2022.
- DALLARI, A.A. Por que convocar uma Constituinte e redigir uma nova Constituição Federal. 5 nov, 2020. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-05/interesse-publico-porque-constituicao-federal>>. Acesso em: 17 jul. 2022.
- DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DOYLE, M.W. Kant, liberal legacies, and foreign affairs. **Philosophy & public affairs**, p. 205-235, 1983.
- DRIMOULIS, D.; RAMOS, L.de O.; VIEIRA, O.V.; NASSAR, P.A.; GLEZER, R.E.; LUNARDI, S. **Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual**. 1ª ed. São Paulo: Direito GV, 2013.

ELKINS, Z.; GINSBURG, T.; MELTON, J. **The endurance of national constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ELSTER, J. Majority Rule and Individual Rights. In: S. Shute and S. Hurley (eds.). **On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures**. New York: Basic Books, 1993.

_____. Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process. **Duke Law Journal**, vol. 45, issue 2, p. 364-396, nov.1995.

ESTAY, J.I.M.; KRAUSE, F.J.M. Chile: Por que unha democracia constitucional aparentemente estable e vigorosa está en crise? **Tempo exterior**, n. 42, v. XXI (II), pp. 97-114, 2021.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FROSINI, J.; PEGORARO, L. Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification? **Journal of Comparative Law** 3, n.2, p. 39-63, 2008.

GARCIA ROCA, J. Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo. UNED. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 38, p. 61-99, 2016.

GINSBURG, T. ¿Fruto de la parra envenenada? Algunas observaciones comparadas sobre la constitución chilena. **Estudios Públicos**, vol. 133, p. 1-36, verano 2014.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. Why Do Countries Adopt Constitutional Review? **Journal of Law, Economics and Organization**, 587, 2014.

GROHMAN, L.G.M. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. **Revista de Sociologia e Política**, n.º 17, p. 75-106, nov. 2001.

GUIMARÃES, D.F. O Estado constitucional de Direito e a mudança de rumo no sistema de fontes do Direito. **Revista de Informação Legislativa**, a. 59, n. 2332, p. 83-98, jan-mar 2022.

HÄBERLE, P. **El Estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, J. **Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia**. Trad. Felipe Gonçalves Silva, Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2020.

HEBLING, M. Is there a case for a Parliamentary democracy in Brazil? **Brazilian Research and Studies Center**. V. 1, n. 2, October 26th, 2020.

HELMKE, G.; RÍOS-FIGUEROA, J. **Courts in Latin America**. New York: Cambridge University Press, 2011.

HIRSCHL, R. **Toward Juristocracy**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2004.

_____. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 251, p. 139-178, 2009.

LANDAU, D. Constitucionalismo abusivo. **Revista Jurídica da UFERSA**. Mossoró, v. 4, n. 7, p. 17-71, jan-jun. 2020.

LIMONGI, F. A democracia no Brasil. **Novos Estudos**, v. 76, p.17-41, nov. 2006.

LUNARDI, S.; DRIMOULIS, D. Teorias explicativas da constituição brasileira. In.: DRIMOULIS, D. et al. Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual. 1ª ed. São Paulo: **Direito GV**, 2013.

MAUÉS, A.M. 30 anos de Constituição, 30 anos de reforma constitucional. **Direito GV**, v. 16 n. 1: jan-abr. 2020.-

MEYER, E.P.N.; HOLL, J. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a judicialização da Justiça de Transição no Brasil: reflexões sobre a não efetivação da proteção internacional dos Direitos Humanos no

- pós-1988. In.: LEITE, G.S. et al (orgs.). **30 anos da Constituição Brasileira**: balanço crítico e desafios à (re) constitucionalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.507-530.
- MORAES, M.V.; LEAL, M.C.H. Nova constituição chilena, paridade de gênero e regulamentação de direitos sexuais e reprodutivos: uma mirada para os standards interamericanos. **Estudios Constitucionales**, N. especial 2021-2022, pp. 264-290.
- MOUNK, Y. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019.
- PAIXÃO, C. A constituição em disputa: transição ou ruptura? In: SEELAENDER, A. (org.). **História do Direito e construção do Estado**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- _____. Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile. **Giornale di storia costituzionale**, 30 fev. 2015.
- RUSSELL, M. **Constitutional change in Russia More Putin, or preparing for post-Putin?** EPRS - European Parliamentary Research Service 651.935 – May 2020. Disponível em: <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651935/EPRS_BRI\(2020\)651935_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651935/EPRS_BRI(2020)651935_EN.pdf)>. Acesso em: 11 ago. 2022.
- SEMENOVSKIY, I.; DUARTE, C. H. D. Emendas à Constituição Russa. **Le Monde Diplomatique Brasil**, 19 de março de 2020. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/emendas-a-constituicao-russa/>>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- SILVEIRA E SILVA, R. **30 Anos da Constituição**: evolução, desafios e perspectivas para o futuro. 4 volumes. Brasília: Senado Federal, 2018.
- TATE, N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: NYU Press, 1995.
- VIEIRA, O.V. Resiliência constitucional. In: CALIXTO, A.J. (Org.). **30 anos de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988** – homenagem à Prof^a Anna Cândida da Cunha Ferraz. Curitiba: Juruá, 2018, p. 381-387.
- WEINGAST, B.R. Designing C stability. In: CONGLETTON, R.; SWEDENBORG, B. **Democratic Constitutional Design and Public Policy Analysis and Evidence**. Cap. 13. Cambridge: MIT Press, 2006.
- WEINRIB, L. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. In: S. Choudhry, (ed.). **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

DISTANCIAMENTO POLÍTICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: DESAFIOS SOCIAIS NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

POLITICAL DISTANCING AND FUNDAMENTAL RIGHTS:
SOCIAL CHALLENGES IN CONTEMPORARY BRAZIL

Cristiano Brilhante de Souza¹

RESUMO: Este artigo busca refletir sobre como a desconexão da classe política das necessidades reais da população tem comprometido a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil contemporâneo. A análise aborda a discrepância entre os problemas sociais urgentes e os elevados gastos de manutenção do Poder Legislativo, sugerindo que a luta pelo poder e a manutenção de privilégios têm levado muitos representantes eleitos a perderem a percepção da realidade vivida por seus eleitores. A pesquisa, baseada em dados anteriores à pandemia de Covid-19, evidencia que essa desconexão resulta na negligência de ações necessárias para a preservação dos direitos fundamentais, prejudicando a população que legitimou esses representantes. O estudo destaca a importância de uma reavaliação da estrutura política e dos gastos públicos para melhor atender às demandas sociais, enfatizando a necessidade de uma representatividade política mais alinhada com as necessidades e aspirações da população.

Palavras-chave: Desconexão política. Direitos fundamentais. Gastos públicos.

ABSTRACT: This article seeks to reflect on how the disconnection of the political class from the real needs of the population has compromised the implementation of fundamental rights in contemporary Brazil. The analysis addresses the discrepancy between urgent social problems and the high maintenance costs of the Legislative Power, suggesting that the struggle for power and the maintenance of privileges have led many elected representatives to lose touch with the reality experienced by their constituents. The research, based on data from before the Covid-19 pandemic, shows that this disconnection results in the neglect of necessary actions for the preservation of fundamental rights, harming the population that legitimized these representatives. The study highlights the importance of reevaluating the political structure and public expenditures to better meet social demands, emphasizing the need for political representation that is more aligned with the needs and aspirations of the population.

Keywords: Political disconnection. Fundamental rights. Public expenditures.

1 Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2018). Especialista em Auditoria de Obras Públicas Rodoviárias pela UnB (2018). Especialista em Direito Processual Civil pela Unisul (2009). Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (2006). Graduado em Engenharia Cartográfica pela UFPR (1998). Auditor Federal de Controle Externo do TCU. E-mail para contato: crbsouza@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil contemporâneo, a efetivação dos direitos fundamentais, conforme estabelecido na Constituição Federal de 1988, enfrenta desafios significativos. Entre esses desafios, destaca-se a desconexão da classe política das necessidades reais da população. Este fenômeno, caracterizado por uma discrepância entre os problemas sociais urgentes e os elevados gastos de manutenção do Poder Legislativo, suscita uma série de reflexões sobre a representatividade e a eficiência das ações políticas em resposta às demandas sociais. Com esse recorte, este ensaio propõe-se a analisar essa desconexão, sugerindo que a luta pelo poder e a manutenção de privilégios têm levado muitos representantes eleitos a perderem a percepção da realidade vivida por seus eleitores.

A Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, foi um marco na redemocratização do Brasil, trazendo consigo uma série de normas programáticas destinadas a garantir direitos sociais, individuais e coletivos. Valores como a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade são pilares deste documento, que coloca o cidadão no centro das preocupações do Estado. No entanto, a concretização desses valores depende de uma classe política alinhada com as necessidades e aspirações da população.

Dentro desse contexto, a desconexão entre os políticos e os cidadãos não é um fenômeno novo, mas tem se tornado mais evidente nas últimas décadas. Esse distanciamento pode ser observado em diversos aspectos, desde a alocação ineficiente de recursos públicos até a falta de sensibilidade dos legisladores para com os problemas sociais mais prementes. A competição interna por espaços de poder e a busca incessante pela reeleição frequentemente desviam o foco das ações parlamentares, resultando em uma gestão que prioriza interesses particulares em detrimento do bem comum.

Um dos principais efeitos dessa desconexão é a negligência na implementação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais. A pobreza, a desigualdade social, a falta de acesso a serviços básicos como saneamento e saúde e as condições deploráveis do sistema prisional são apenas alguns exemplos de questões que exigem atenção urgente por parte dos legisladores. No entanto, a realidade mostra que muitos políticos permanecem alheios a essas necessidades, na medida em que os gastos que realizam para o desempenho de seus mandatos se mostram desproporcionais e, muitas vezes, não razoáveis.

O presente estudo pretende apresentar uma pequena parcela da realidade do país, contrastando-a com a situação da classe política. O objetivo é demonstrar que, na medida em que esse contraste se torna mais evidente, fica claro que os eleitos pelo povo estão perdendo o contato com as necessidades daqueles que os colocaram no poder. Para ilustrar essas realidades díspares, a pesquisa considerou as informações imediatamente anteriores à Pandemia de Covid-19, recorrendo a estudos promovidos até então por órgãos oficiais. Esses estudos retratam problemas graves que precisam ser discutidos e enfrentados pela classe política e que foram agravados nos últimos cinco anos.

As breves reflexões propostas neste ensaio visam trazer à luz a urgência de uma reavaliação da estrutura política e dos gastos públicos, com o intuito de garantir que as ações dos representantes eleitos estejam verdadeiramente alinhadas com as necessidades da população.

2. DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS NÚMEROS DA REALIDADE SOCIAL DO BRASIL

A Constituição de 1988 do Brasil contém diversas normas programáticas que servem como um guia importante para aqueles que representam o povo, especialmente na efetivação de direitos fundamentais. Para tanto, a classe política eleita, mesmo com sua representação heterogênea, deve se basear nas informações extraídas da realidade para delinear as ações que devem ser priorizadas pelo parlamento. Esse exercício, embora pareça simples e objetivo, demanda muita atenção e um foco constante nas demandas da população. Manter esse foco requer desprendimento de interesses pessoais e um entendimento de que todo o poder emana do povo, sendo este a prioridade das ações realizadas pelos eleitos.

Por mais óbvias que possam parecer essas orientações, têm sido frequentemente ignoradas pela classe política brasileira, cujo objetivo principal tem sido se manter no poder, sob o argumento de que suas ações são ‘no interesse da população’. No entanto, essa disputa por espaços de poder cada vez mais revela que a realidade da população é desconhecida por muitos eleitos, que, ao direcionarem o foco de seus mandatos para se perpetuar no poder, acabam se afastando das demandas das populações que os elegeram.

É bom lembrar que o fim do regime militar e a necessidade de se apresentar aos cidadãos uma nova carta constitucional foram a oportunidade perfeita de elaboração de novas regras que pudessem considerar as novas demandas da sociedade.

É nesse contexto que a Constituição Federal de 1988 preconizou, em seu texto, valores, fundamentos e objetivos fundamentais que têm por escopo erigir o homem como centro de suas preocupações. Nas palavras de Moraes (2015, p. 25):

Do preâmbulo ao artigo 3º, é bastante enfático o tratamento dirigido aos interesses dos indivíduos. Valores como direitos sociais e individuais, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça (preâmbulo); fundamentos como a soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico (art. 1º); objetivos fundamentais, como: sociedade livre, justa e solidária, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º) levam a crer que o cidadão foi exaltado.

Vale também mencionar o art. 6º da Constituição Federal, segundo o qual “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.”

Essas disposições, entre outras tantas listadas ao longo do texto constitucional, ainda que programáticas, deveriam ser perseguidas como objetivo central pelos detentores de poder eleitos pelo povo dentro das possibilidades. Isso porque:

Indivíduos são levados a crer que as leis, elaboradas sob as características da generalidade e da universalidade, são colocadas à disposição de todos, válidas para todos eles, sem diferenciação de grupos ou classes sociais. Assim, os cidadãos, indistintamente, seriam titulares dos mesmos direitos e, em virtude disto, deveriam ser tratados de modo igual (Moraes, 2015, p. 17).

Para tanto, um bom caminho para a classe política não se perder na busca por espaços de poder é observar a realidade do país, identificando as causas dos diversos problemas que impedem ou dificultam a oferta dos direitos sociais à população. É necessário, portanto, compreender as carências, demandas e expectativas legítimas de todas as camadas da população, priorizando ações que possam oferecer respostas satisfatórias a todos os grupos dentro das possibilidades. O primeiro passo nessa direção é conhecer essa realidade, expressa em números, que são, por vezes, ignorados por aqueles que atuam em nome do povo.

2.1. POBREZA E DISTRIBUIÇÃO DE RENDA

De acordo com a classificação de renda dos países, o valor de US\$ 1,90 diários per capita em Paridade de Poder de Compra - PPC² é atualmente o limite para a definição de extrema pobreza global, como explicitado no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 1.1 e na missão institucional do Banco Mundial.³

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerando a linha de extrema pobreza global, entre 2016 e 2017, aumentou no Brasil o percentual de pessoas com rendimento domiciliar *per capita* inferior a US\$ 1,90 por dia (ou cerca de R\$ 140,00 mensais em valores de 2017). No País, em 2016 havia 6,6% da população abaixo desta linha, valor que chegou a 7,4% em 2017 (compreendendo mais de 15 milhões de pessoas).

Vale mencionar que o Banco Mundial já publica, há muitos anos, a incidência da pobreza monetária nos países a partir da linha global de US\$ 1,90 – sugerida para países de baixa renda, como parte dos países da África e países marcados por conflitos recentes, como Afeganistão, Haiti e Síria. Contudo, adicionou a partir de 2017 outras duas opções às suas publicações: US\$ 3,20 e US\$ 5,50, construídas para dar conta das diferenças em níveis de desenvolvimento em países com renda média-baixa e média-alta, respectivamente (Ferreira & Sanchez, 2017, p. 29).

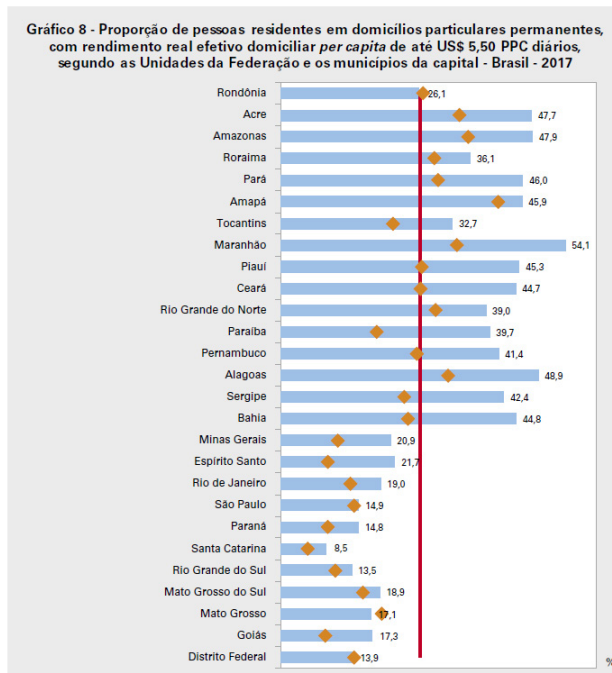
Dentro desse contexto, o Brasil é classificado entre os países com renda média-alta, para os quais o Banco sugere a linha de US\$ 5,50 para classificar as pessoas na pobreza. Em relação à medida de US\$ 5,50 PPC diários, 26,5% da população brasileira, ou quase 55 milhões de pessoas, viviam com rendimento inferior a esta linha em 2017 (cerca de R\$ 406,00 mensais), diante de 25,7% da população em 2016.

Em relação às unidades da federação, o gráfico 1 apresenta a síntese dos percentuais:

2 A Paridade do Poder de Compra - PPC é utilizada para comparar o poder de compra entre diferentes países, ou moedas, e é utilizada como alternativa à taxa de câmbio, que, em geral varia com mudanças nos índices de preços e mesmo a volatilidade do mercado de capitais e especulação. O fator de conversão de PCC é o número de unidades da moeda de um país necessárias para comprar a mesma quantidade de bens e serviços no mercado interno como dólares comprariam nos Estados Unidos.

3 As Nações Unidas e o Banco Mundial iniciaram o acompanhamento da pobreza global com a medida de 1 dólar por dia em 1990. Essa medida foi consagrada pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio e se mantém na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Os valores da linha foram revisados para US\$1,08 em 1993, US\$1,25 em 2005 e chega a US\$1,90 em 2015 (baseada no cálculo do dólar PPC da última revisão, quer dizer, de 2011). A medida de US\$ 1,90 se justifica por representar uma linha válida para os países mais pobres do globo, balizando o mínimo a ser buscado globalmente, o que não impede que haja pessoas abaixo desse mínimo em países de nível médio e alto de desenvolvimento.

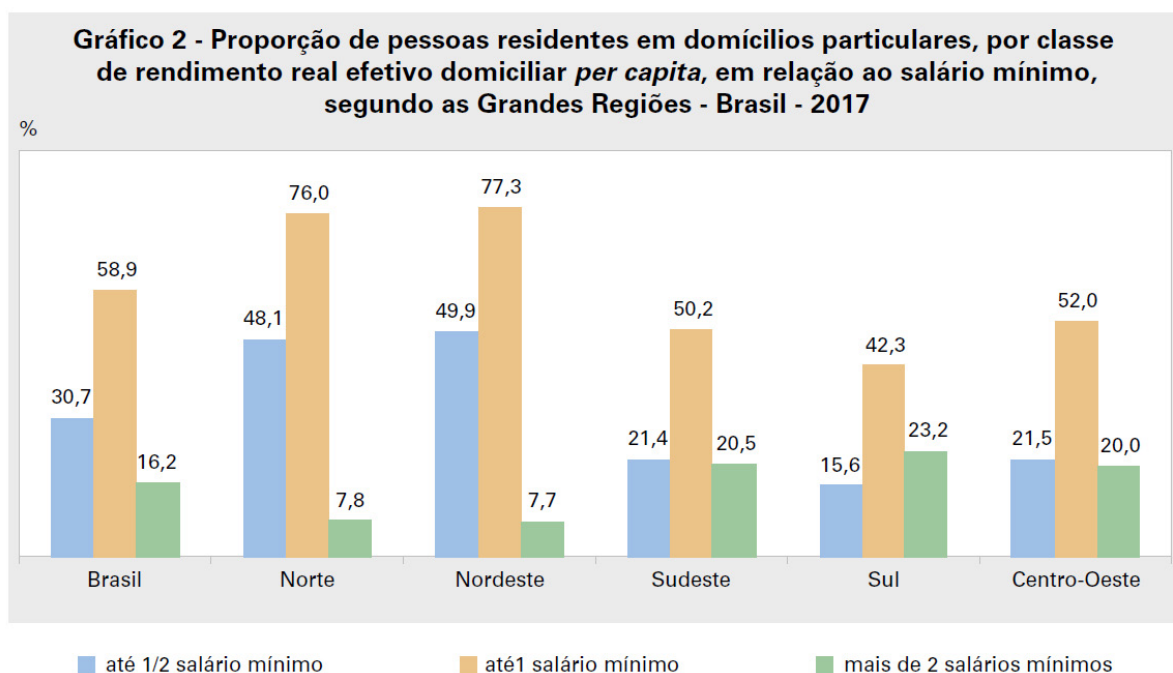
Gráfico 1 - Proporção de pessoas residentes em domicílios particulares permanentes, com rendimento real efetivo domiciliar *per capita* de até US\$ 5,50 PPC diários, segundo as Unidades da Federação e os municípios da capital - Brasil - 2017



Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

Vale observar que cerca de 30,7% dos brasileiros vivem com rendimento de até meio salário-mínimo *per capita* por mês. Isso representa cerca de aproximadamente 64 milhões de pessoas. Em algumas regiões, como Norte e Nordeste, o percentual beira os 50%. É o que se vislumbra no gráfico 2 a seguir:

Gráfico 2 - Proporção de pessoas residentes em domicílios particulares, por classe de rendimento real efetivo domiciliar *per capita*, por mês, em relação ao salário-mínimo, segundo as Grandes Regiões - Brasil - 2017

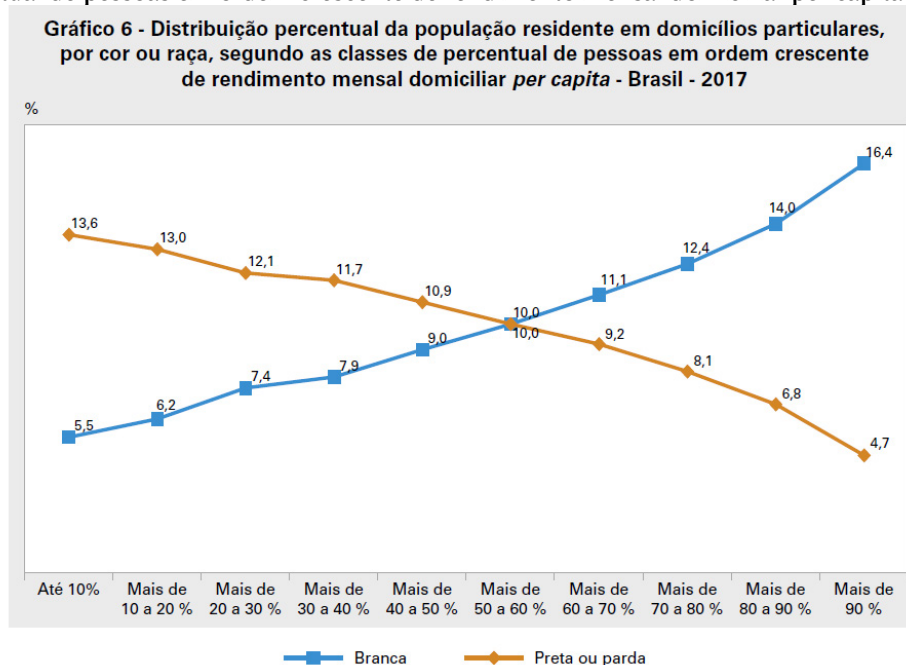


Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

Percebem-se desigualdades significativas quando se analisam as regiões do país. Além disso, existem desigualdades relacionadas ao rendimento domiciliar *per capita* por cor ou raça. No Brasil, enquanto 16,4% da população branca estava entre os 10% com maiores rendimen-

tos, apenas 4,7% da população preta ou parda encontrava-se nessa mesma classe de rendimentos em 2017. O inverso ocorre entre os 10% com menores rendimentos, que abarcavam 13,6% da população preta ou parda e apenas 5,5% da população branca. Em um cenário de perfeita igualdade racial, haveria 10% das pessoas por grupo de cor ou raça distribuídas em cada uma das dez classes de rendimento. O gráfico 3 evidencia a situação:

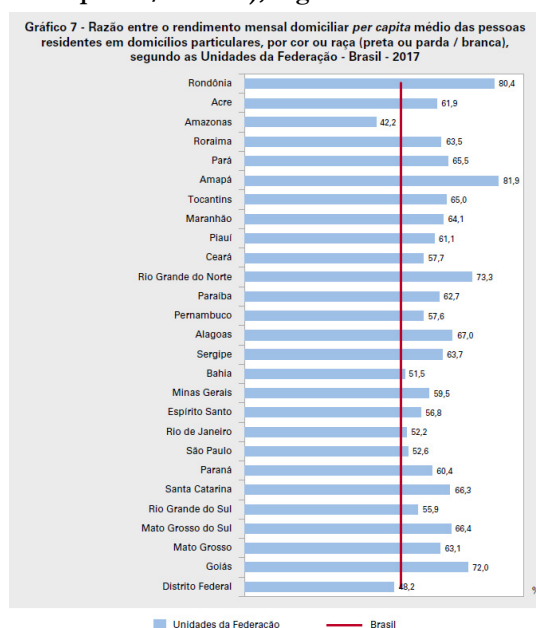
Gráfico 3 - Distribuição percentual da população residente em domicílios particulares, por cor ou raça, segundo as classes de percentual de pessoas em ordem crescente de rendimento mensal domiciliar per capita - Brasil - 2017



Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

Outra importante constatação oriunda dos números mostra que as pessoas de cor ou raça preta ou parda tiveram rendimento domiciliar per capita médio de quase a metade do valor observado para as pessoas brancas em 2017 (50,3%). Nesse caso, no Brasil, a situação por unidade da federação é a seguinte:

Gráfico 4 - Razão entre o rendimento mensal domiciliar per capita médio das pessoas residentes em domicílios particulares, por cor ou raça (preta ou parda / branca), segundo as Unidades da Federação - Brasil - 2017



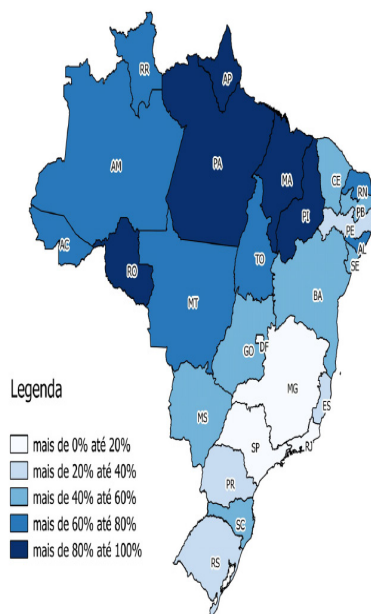
Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

2.2. MORADIAS E SANEAMENTO BÁSICO

Um aspecto relevante nas condições de vida relacionado à moradia é o acesso a serviços de saneamento básico (abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial e coleta de lixo). Isso porque os serviços de saneamento básico são importantes fatores para a prevenção de doenças. Sobre essa demanda social, vale mencionar que, em 2017, de acordo com a PNAD Contínua, 10,0% da população brasileira residia em domicílios onde não havia coleta direta ou indireta de lixo, 15,1% residiam em domicílios sem abastecimento de água por rede geral. O esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial é o serviço de alcance mais restrito: 35,9% da população residia em domicílios sem esse serviço. Uma proporção de 37,6% residia em domicílios onde faltava ao menos um desses três serviços de saneamento básico.

O Cartograma 1 a seguir mostra a proporção da população residindo em domicílios sem acesso a esses serviços em cada Unidade da Federação. Percebe-se que, em geral, os estados do Norte e Nordeste tinham maiores restrições no acesso aos serviços de saneamento básico.

Cartograma 1 - Proporção da população residindo em domicílios sem acesso a esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial, por Unidades da Federação - Brasil - 2017

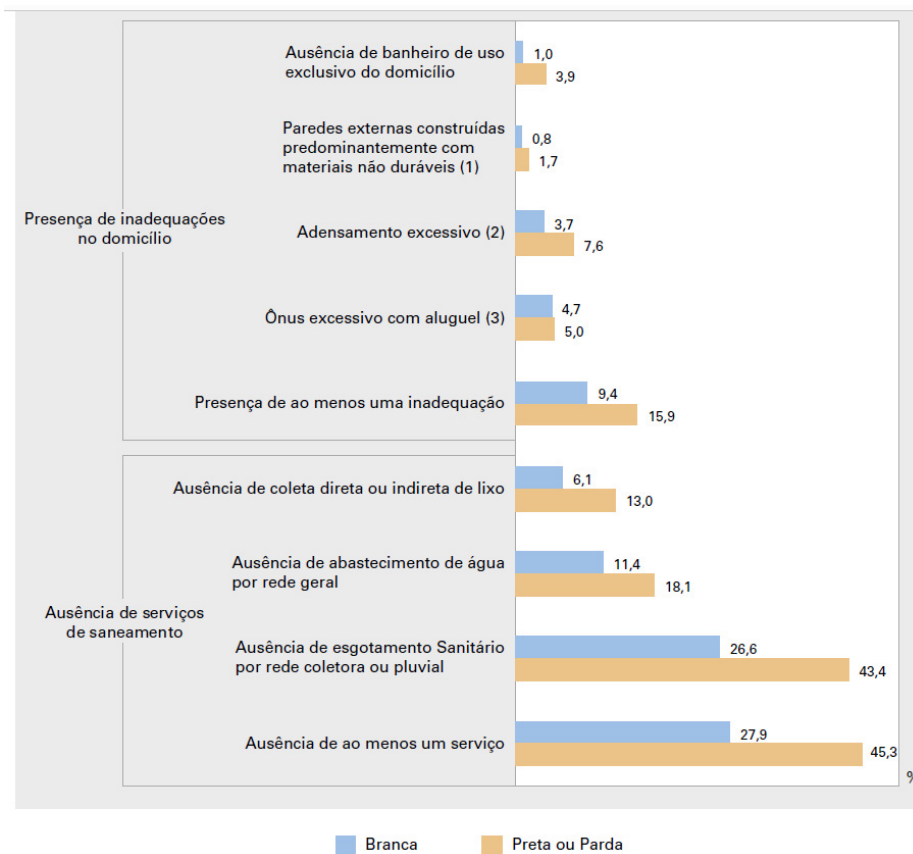


Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017.
Nota: Consolidado de primeiras entrevistas.

Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

Aflora ainda mais diferença verificada quando os indicadores são apresentados segundo a cor ou raça da população, consoante se verifica no gráfico 5. Em todos os indicadores de habitação e saneamento analisados, a situação da população preta ou parda é mais grave do que a enfrentada pela população branca.

Gráfico 5 - Proporção da população residindo em domicílios com presença de inadequações e ausência de serviços de saneamento básico, por cor ou raça - Brasil - 2017

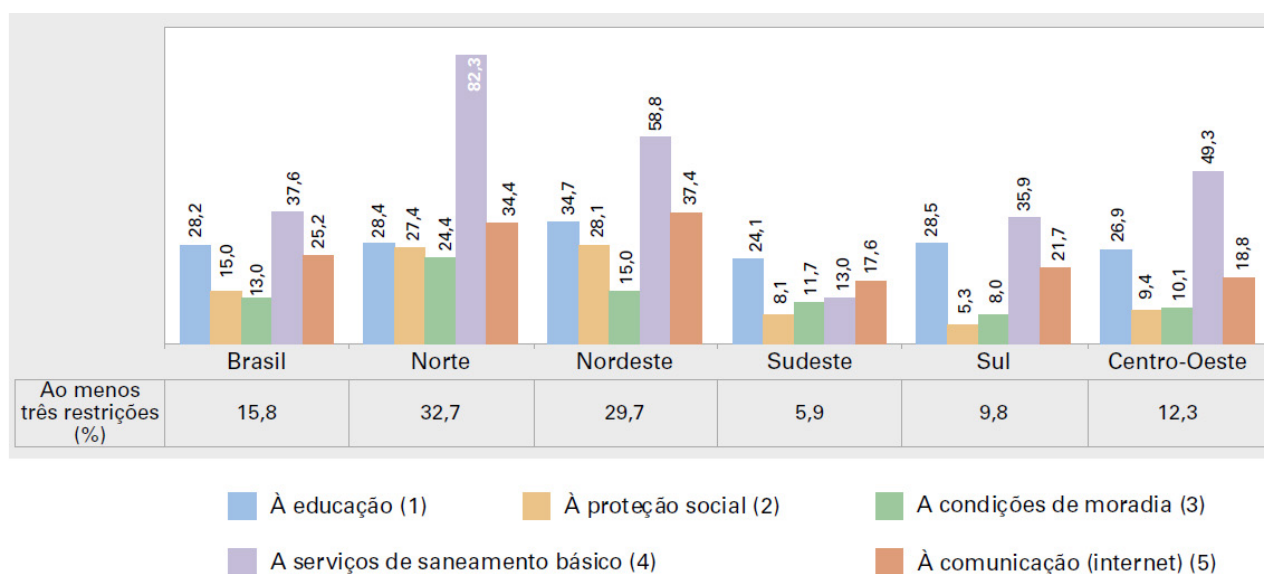


Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

2.3. RESTRIÇÕES DE ACESSO

Também chama a atenção as diversas restrições⁴ de acesso à que são submetidas parte expressiva da população brasileira, consoante se vislumbra no gráfico 6:

Gráfico 6 - Proporção de pessoas residentes em domicílios particulares permanentes com restrições ao acesso, por tipo e quantidade, segundo as Grandes Regiões - 2017



Fonte: IBGE, Síntese de indicadores sociais, 2018.

2.4. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Outro tema importante que precisa ser revisitado pelo parlamento é a política de encarceramento. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), em junho de 2017, em 1.507 unidades prisionais cadastradas, havia 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 706.619 eram mantidas em unidades administradas pelas Secretarias Estaduais e outras 19.735 custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços administrados pelos Governos Estaduais. No entanto, vale mencionar que o total de vagas disponíveis no sistema penitenciário nacional em 2017 era de 423.242, registrando um déficit total de 303.112 vagas. O quadro 1 a seguir resume o problema carcerário no Brasil:

4 No estudo levado a efeito pela PNAD Contínua em 2017 foram consideradas restrições de acesso nas cinco dimensões a seguir: (i) **educação**: crianças e adolescentes de 6 a 14 anos de idade que não frequentavam escola, pessoas de 15 anos ou mais de idade analfabetas, e pessoas de 16 anos ou mais de idade que não possuíam ensino fundamental completo; (ii) **proteção social**: pessoas que satisfaziam simultaneamente a duas condições a seguir: residentes em domicílios onde não havia nenhum morador de 14 anos ou mais de idade que contribuía para o Instituto Nacional de Previdência Social - INSS em qualquer trabalho ou era aposentado/pensionista; domicílios com rendimento domiciliar per capita inferior a 1/2 salário mínimo, e com nenhum membro recebendo rendimentos de outras fontes, o que inclui programas sociais; (iii) **moradia adequada**: pessoas residindo em domicílios com uma ou mais das inadequações a seguir: sem banheiro de uso exclusivo do domicílio, com paredes externas construídas predominantemente com materiais não duráveis, com adensamento excessivo ou com ônus excessivo com aluguel; (iv) **serviços de saneamento básico**: pessoas residentes em domicílios que não tinham acesso simultâneo a três serviços de saneamento definidos por coleta direta ou indireta de lixo, abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede coletora ou pluvial; (v) **comunicação**: pessoas residentes em domicílios sem acesso à internet.

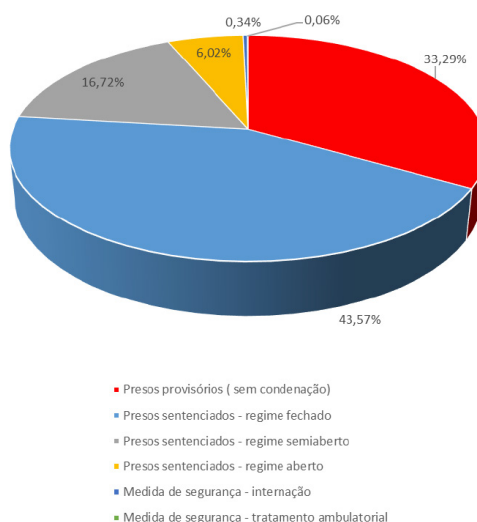
Quadro 1 - Pessoas privadas de liberdade no Brasil junho de 2017

Brasil - Junho de 2017	
Total da população prisional	726.354
Sistema Penitenciário	706.619
Secretarias de Segurança e Carceragens*	19.735
Total de Vagas	423.242
Déficit de vagas	303.112
Taxa de Ocupação	171,62%
Taxa de Aprisionamento	349,78

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017

Dos 706.619 presos no Sistema Penitenciário Nacional, 235.241 são presos provisórios sem condenação, o que representa 33,29% da população carcerária. O gráfico 7 resume a situação carcerária por natureza da prisão e tipo de regime:

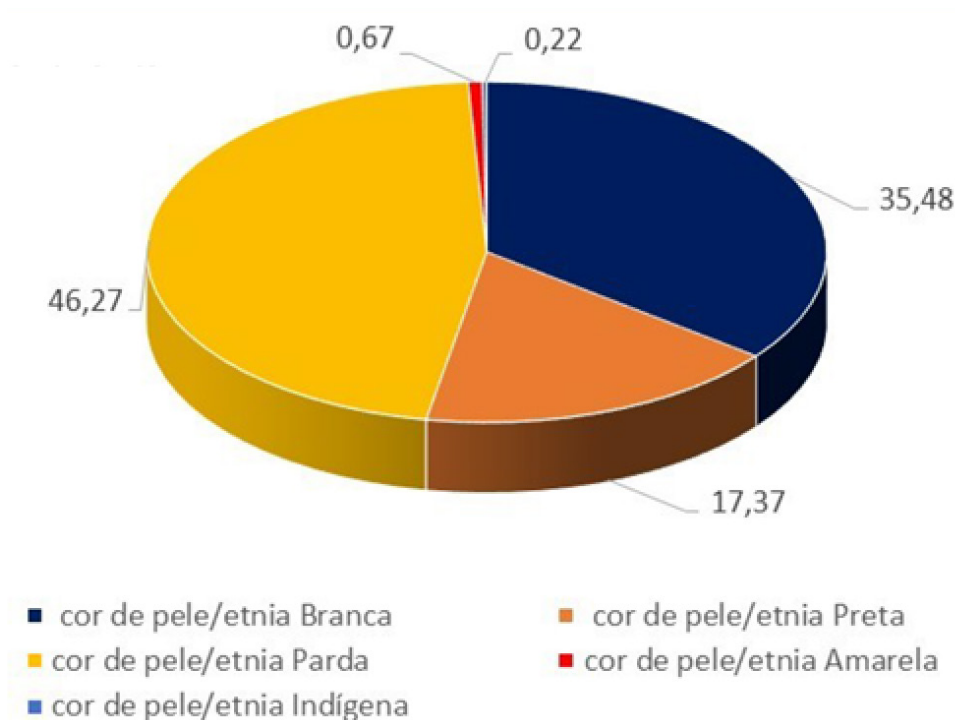
Gráfico 7 - Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime no Sistema Penitenciário



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017

Quando se observa a cor ou etnia da população prisional brasileira, 46,2% das pessoas privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia parda, seguido de 35,4% da população carcerária de cor/etnia branca e 17,3% de cor/etnia preta. Somadas, pessoas presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,6% da população carcerária nacional.

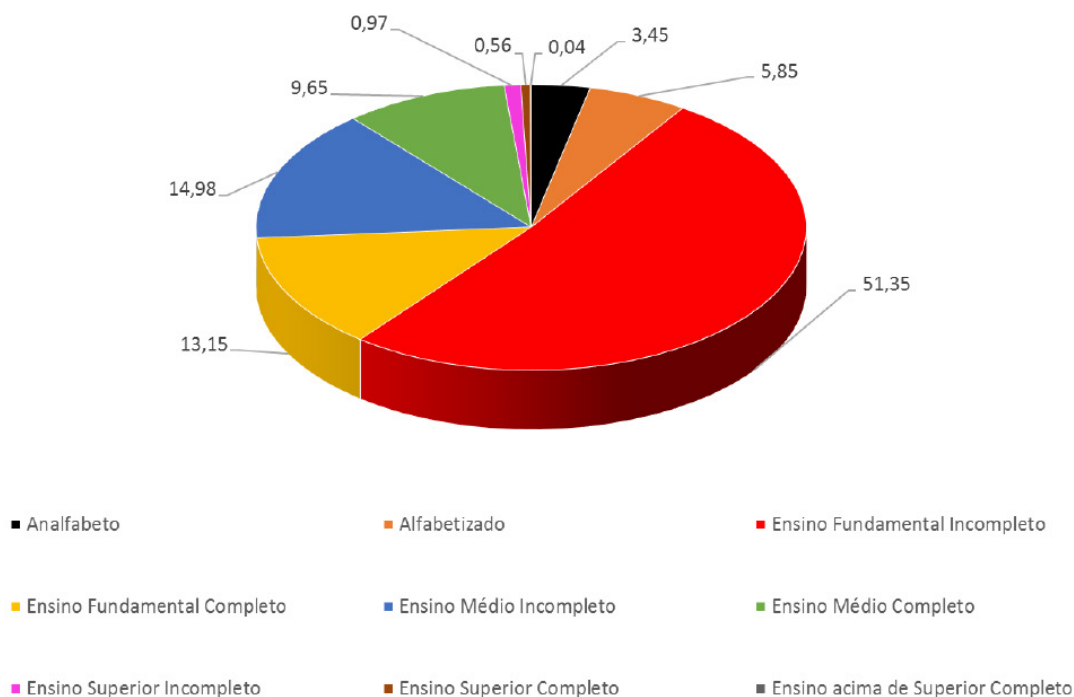
Gráfico 8 - Etnia/ cor das pessoas privadas de liberdade



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho /2017

A análise da escolaridade das pessoas privadas de liberdade permite, ao menos em tese, inferir que, de fato, a solução para o problema da violência passa por políticas públicas que estimulem a educação. Isso porque as pessoas com maior grau de escolaridade (superior completo e acima de superior completo) somam juntas apenas 0,6% da população encarcerada. Do outro lado, analfabetos e pessoas com ensino fundamental incompleto somam juntas 54,8% da população carcerária do país.

Gráfico 9 - Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

A análise de alguns problemas sociais no Brasil, como a pobreza, a falta de saneamento básico e as disparidades raciais e regionais, revela a necessidade de uma alocação mais eficiente e justa dos recursos públicos. Dentro desse contexto, embora os custos do parlamento não sejam, por si só, suficientes para cobrir todas as despesas necessárias para atender essas demandas, o gasto desproporcional do Poder Legislativo pode estimular uma desconexão entre os parlamentares e a realidade social do país. Esta desconexão tem o potencial de, ao longo do tempo, ofuscar a visão dos parlamentares sobre o que é mais importante para a sociedade, prejudicando a correta destinação de recursos para as demandas sociais.

Para entender melhor essa relação, é essencial examinar como os recursos destinados ao parlamento são utilizados e como essa alocação pode, de alguma maneira, impactar a percepção e as prioridades dos legisladores. Com esse objetivo, o próximo capítulo irá explorar em certa medida os custos do Poder Legislativo e como a conscientização sobre os gastos de manutenção do referido poder pode, em tese, reconectar os parlamentares com as necessidades da população.

3. O CUSTO DO PARLAMENTO E O CONTRASTE DESSE GASTO COM AS NECESSIDADES SOCIAIS

O estudo dos problemas sociais no Brasil ressalta a necessidade urgente de uma alocação eficiente dos recursos públicos para enfrentar questões cruciais como pobreza, saneamento básico e desigualdades. Conforme já mencionado, embora os custos do parlamento não sejam suficientes para cobrir todas as despesas sociais necessárias, o gasto desproporcional do Poder Legislativo com sua própria manutenção evidencia uma possível desconexão entre os parlamentares e a realidade social. Dentro desse contexto, este capítulo examina os gastos do parlamento e busca refletir sobre como essa alocação desproporcional pode impactar, de certo modo, a visão dos parlamentares sobre as necessidades urgentes da sociedade.

Partindo dessa premissa, o quadro 2 a seguir, composto a partir de informações extraídas dos portais de transparência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, resume os gastos no ano de 2019 com o atual modelo político adotado pelo poder legislativo federal.

Quadro 2 – Resumo das despesas diretas do parlamento federal com Deputados Federais e Senadores da República no ano de 2019

Despesa	Câmara		Senado	
	Valores	Observações	Valores	Observações
Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar ⁵	R\$ 74.387.298,47	O Deputado que mais gastou, utilizou R\$ 283.717,06 da cota e o que menos gastou utilizou R\$ 201,88	R\$ 9.678.641,43	Dois senadores não gastaram nenhum valor da cota enquanto o que mais gastou utilizou R\$ 296.484,74
	(R\$ 145.004,48 por Deputado em média)		(R\$ 120.983,02 por Senador em média)	

⁵ A Cota para o Exercício da Atividade Parlamentar (CEAP) custeia as despesas do mandato, como passagens aéreas e conta de celular. Algumas são reembolsadas, como as com os Correios, e outras são pagas por débito automático, como a compra de passagens.

Despesa	Câmara		Senado	
	Valores	Observações	Valores	Observações
Verba de Gabinete ⁶	R\$ 263.581.111,66 (R\$ 513.803,34 Por Deputado em média) Ao todo, a Câmara dispõe de 9.788 Secretários parlamentares, o que dá uma média de 19 funcionários comissionados por gabinete)	Não há a informação explicitada no portal da transparência informando o número de secretários parlamentares em cada gabinete.	Cada Senador tem em seu gabinete, em média, 33 funcionários comissionados.	O Senador com o menor número funcionários comissionados tem 8 contra 81 do Senador que tem o maior número.
Auxílio Moradia ⁷	R\$ 3.461.919,02 (R\$ 6.748,38 por Deputado em média)	- 132 recebem o ressarcimento pelas despesas com moradia/ ou o valor em dinheiro; - 352 deputados ocupam apartamento funcional; - 29 deputados não recebem.	Não há a informação explicitada no portal da transparência.	- 5 senadores optaram por receber o auxílio moradia. - 61 utilizam imóveis funcionais - 15 não utilizam ou renunciaram aos benefícios
Viagens Oficiais, e outras despesas não incluídas na cota para exercício da atividade parlamentar (material de consumo, correios, etc.) ⁸	R\$ 2.517.504,00 (R\$ 4.907,42 por Deputado em média)	---	R\$ 1.539.638,43 (R\$ 19.245,48 por Senador em média)	O senador que gastou menos utilizou R\$ 257,15 enquanto o Senador que mais gastou utilizou R\$ 121,101,23
Remuneração (individual) mensal	R\$ 33.763,00	---	R\$ 33.763,00	---
Gasto médio por parlamentar (entre janeiro e julho de 2019)	R\$ 870.211,20		R\$ 508.584,49 (*)	

Fonte: Portais da Transparência da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Acesso em 17 jul. 2019

(*) Como não havia a informação sobre os valores gastos com o pagamento dos funcionários comissionados, utilizou-se como premissa o valor médio de R\$ 4.488,17 (valor médio obtido do valor máximo mensal que os deputados dispõem para pagar até 25 secretários parlamentares).

As informações contidas no quadro 2 permitem algumas considerações. Em primeiro lugar, é necessário refletir se, em um país como o Brasil, que, apesar dos avanços sociais alcançados após a redemocratização, ainda contempla milhares de pessoas em condições precárias, muitas delas vivendo abaixo da linha da pobreza, é possível e desejável gastar quantias expres-

6 Cada deputado tem R\$ 111.675,59 por mês para pagar salários de até 25 secretários parlamentares, que trabalham para o mandato em Brasília ou nos estados. Eles são contratados diretamente pelos deputados, com salários de R\$ 1.025,12 a R\$ 15.698,32. Encargos trabalhistas como 13º, férias e auxílio-alimentação dos secretários parlamentares não são cobertas pela verba de gabinete - são pagos com recursos da Câmara.

7 Os deputados federais têm direito a receber um auxílio-moradia no valor de R\$ 4.253,00 quando não conseguem ocupar um dos 432 apartamentos funcionais que a Câmara tem em Brasília.

8 O deputado tem direito a receber diárias quando viaja em missão oficial. Nas viagens nacionais, o valor é de R\$ 524,00. Nas viagens internacionais, o valor da diária é de US\$ 391,00 para países da América do Sul, e de US\$ 428,00 para outros países.

sivas para manter a classe política com a dimensão e estrutura atuais. Alguns sinais presentes no quadro mostram que é possível reduzir significativamente os gastos com a classe política sem reduzir a representação no congresso nacional. Por exemplo, no Senado Federal, em 2019, enquanto um senador realizava seu trabalho parlamentar com 8 assessores, outro utilizava 81. Essa discrepância, que pesa muito no orçamento do Senado Federal, seria razoável? Em 2019, na Câmara, enquanto o Deputado que mais gastou de sua cota para o exercício da atividade parlamentar utilizou cerca de R\$ 283 mil reais, o que gastou menos utilizou apenas R\$ 201 reais. Seria essa diferença plausível? Quanto ao auxílio moradia, em 2019, no Senado, 15 senadores não recebiam ou renunciaram o benefício e, na Câmara, 29 deputados não faziam uso do benefício. Nesse caso, se estes senadores e deputados conseguiram pagar as despesas com moradia com o subsídio mensal à época de R\$ 33.763,00, por que com os demais foi diferente?

Essas questões não têm por objetivo criticar a classe política, que, não se nega, é imprescindível em uma democracia. No entanto, elas inevitavelmente levam à reflexão de que é necessário repensar o dimensionamento de nossa atual classe política, especialmente porque há prioridades mais urgentes que precisam de recursos, e estes estão cada vez mais escassos. Para a classe política, também deve valer a máxima: fazer mais com menos. E nesse sentido, alguns parlamentares demonstram que é possível reduzir significativamente o atual formato sem perder a representação popular. As mesmas constatações certamente se aplicam às assembleias estaduais e câmaras municipais.

É importante mencionar que a redução da estrutura parlamentar atual poderia ser alcançada, por exemplo, pela diminuição do número de assessores para um número mais razoável de funcionários. Além disso, os limites das cotas para o exercício da atividade parlamentar também poderiam ser ajustados.

A reflexão que se propõe neste estudo não é a economia direta que decorreria dessas medidas, pois elas seriam, na prática, ínfimas diante da necessidade orçamentária do país. O que se busca é uma mudança de atitude da classe política por meio de medidas para reduzir sua estrutura de apoio com o objetivo principal de reconectar os parlamentares com as reais necessidades daqueles que os legitimaram a defender seus interesses no parlamento e que clamam por sua atenção na solução de seus problemas. Isso porque o efeito de reduzir os gastos de manutenção per capita dos parlamentares reflete diretamente no poder orçamentário “próprio” atualmente controlado por cada representante da população. Assim, com uma estrutura mais enxuta e, por consequência, mais eficiente, reduz-se, em parte, no parlamento, a disputa pelo poder. Com isso, o critério para manter o parlamentar como representante popular passa a ser, cada vez mais, seu desempenho qualificado por meio de uma atuação menos combativa e mais propositiva, que tenha por objetivo principal dar respostas efetivas para as demandas da população.

Conforme apresentado na pequena amostra deste ensaio, os problemas do país são numerosos e de solução complexa, exigindo atenção, responsabilidade e foco para identificar essas demandas e priorizá-las conforme a urgência de cada uma. Com tantos problemas pendentes de solução, é essencial que o parlamento se concentre em representar a população que o

9 No sentido de que o parlamentar gerencia diretamente os gastos público com a estrutura montada para viabilizar seu mandato.

elegeu, evitando se desviar para disputas internas. Além disso, os parlamentares devem valorizar o dinheiro público e exercer seus mandatos com eficiência, buscando gastar o mínimo possível para alcançar o máximo de resultados, em respeito aos seus eleitores. O parlamento deve estar sempre atento às demandas da população, garantindo que suas ações e decisões reflitam as necessidades e expectativas daqueles que os elegeram.

4. REFLEXÕES FINAIS

A disparidade entre a realidade social do Brasil e a realidade do parlamento federal sugere que a estrutura do modelo atual pode contribuir para que os eleitos, ao longo do tempo, se desconectem das necessidades da população que os elegeu. Essa desconexão pode levar os parlamentares a focarem mais em disputas internas, sem que isso represente benefícios significativos para a população. A busca por posições de influência e privilégios pode desviar a atenção das necessidades sociais, resultando em uma atenção insuficiente aos direitos fundamentais além de contribuir para a polarização. Dessa forma, a qualidade da atuação parlamentar pode diminuir, impactando negativamente a população.

Como representantes de uma população, é necessário exercitar e entender conceitos como solidariedade, alteridade, cooperação e responsabilidade. Colocando-se no lugar do outro, é possível compreender suas necessidades (Moraes, 2015, p. 41). Com essa postura, o parlamento pode se reconectar com as reais necessidades da população, direcionando o exercício do mandato para buscar a efetivação de soluções que atendam às diversas demandas da sociedade.

Se faz necessário recuperar a condição humana da classe política para que ela se coloque no lugar daqueles que têm pouco ou nada e que carecem de políticas públicas fornecidas pelo Estado para alcançarem pelo menos uma condição mínima de dignidade. Nesse contexto, Moraes (2015, p. 42) enfatiza que:

“Esta tarefa não está adstrita apenas em se lançar em lugar alheio. É preciso saber quem o ‘eu’ ou o ‘um’ é e, então, identificar quem é o outro, compreendendo que o outro é pessoa diferente do ‘eu’. Este exercício não é simples, pois o rosto do outro é um rosto sem face. O outro é todo aquele que surge diante do ‘eu’ ou do ‘um’, como já referenciado, e precisa ser reconhecido e compreendido a fim de que se possa compadecer de sua condição e para que o ‘um’ possa responsabilizar-se por ele.”

Os diversos problemas enfrentados pela população exigem reflexões sérias e focadas. É necessário reconsiderar a estrutura parlamentar atual, que, apesar dos custos elevados, tem se mostrado distante das demandas sociais mais urgentes. As disputas por influência têm intensificado o ambiente político, dificultando a construção de soluções conjuntas e dialogadas, como se espera em uma democracia, especialmente em uma com representação heterogênea, como é o caso do Brasil.

Para além de repensar a estrutura parlamentar atual e seu formato, é preciso exercitar a tolerância mútua. Nas palavras de Levitsky e Ziblatt (2018, p. 118):

(...) a tolerância mútua diz respeito à ideia de que, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar. Podemos divergir, e mesmo não gostar deles nem um pouco, mas os aceitamos como legítimos. Isso significa reconhecermos que nossos rivais políticos são

cidadãos decentes, patrióticos, cumpridores da lei – que amam nosso país e respeitam a Constituição assim como nós.

A breve análise realizada ao longo deste artigo revela a urgente necessidade de reconectar a classe política brasileira com as reais demandas da população. A desconexão identificada, manifestada na disparidade entre os elevados gastos do Poder Legislativo e os problemas sociais críticos, tem potencial para comprometer a efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Para que o Brasil possa avançar em direção a uma sociedade mais justa e igualitária, é imperativo que os representantes eleitos priorizem o interesse público sobre os interesses particulares e partidários. Isso requer uma reavaliação profunda da alocação de recursos públicos e uma mudança na postura dos legisladores, que devem se comprometer com uma gestão transparente, eficiente e verdadeiramente voltada para a promoção do bem-estar social. Somente assim será possível garantir que os direitos fundamentais sejam efetivamente protegidos e promovidos, atendendo às expectativas e necessidades de todos os cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 Jan 2023.

FERREIRA, F.; SANCHEZ, C. **A richer array of international poverty lines**. In: **WORLD BANK. *Let's talk development***. Washington, DC, 2017. Disponível em: <<http://blogs.worldbank.org/development-talk/richer-array-international-poverty-lines>>. Acesso em: 25 jan. 2023.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS. Atualização junho de 2017. Organização Marcos Vinicius Moura. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATI, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PESQUISA POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS CONTÍNUA. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em: 10 de jan 2023.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2022 / IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2022.

ESTADO DE EXCEÇÃO E NECROPOLÍTICA: A CONSTRUÇÃO DA “CRISE”

STATE OF EXCEPTION AND NECROPOLITICS: THE CONSTRUCTION OF THE “CRISIS”

Leticia da Costa Brasil¹

RESUMO: A proposta do presente trabalho é de fazer uma análise da persistência da exceção no contexto do estado brasileiro, explorando a intersecção entre o racismo, a implementação de medidas autoritárias pelo Estado e a suspensão dos direitos fundamentais. O estudo se concentra na ideia de que estes elementos representam expressões significativas da exceção dentro do ambiente democrático. Daí, a necessidade de pensar o conceito de raça em todos os discursos políticos. Portanto, a estruturação deste artigo abrange a construção colonial, por meio das relações sociais e intersubjetivas, do discurso ideológico e da instauração fantasmagórica da crise/ameaça/perigo que culminam em uma sociedade autoritária e violenta.

Palavras-chave: Necropolítica. Estado de exceção. Políticas da inimizade. Filosofia do Direito.

ABSTRACT: The purpose of this work is to carry out an analysis of the persistence of the exception in the context of the Brazilian state, exploring the intersection between racism, the implementation of authoritarian measures by the State and the suspension of fundamental rights. The study focuses on the idea that these elements represent significant expressions of the exception within the democratic environment. Hence, the need to think about the concept of race in all political discourses. Therefore, the structuring of this article covers colonial construction, through social and intersubjective relations, ideological discourse and the ghostly establishment of crisis/threat/danger that culminate in an authoritarian and violent society.

Keywords: Necropolitics. State of exception. Policies of enmity. Philosophy of law.

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Integrou o Grupo de Pesquisa em Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos; o Grupo de Pesquisa em Crise(s) da Democracia e Autoritarismo no Brasil; e o Grupo de Pesquisa em Historicidade do Estado, Direito e Direitos Humanos. Pós-graduação lato sensu em Prática Cível e em Direito Público pela Legale Educacional. E-mail: brasilleticia21@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No Estado de exceção, certos indivíduos são enquadrados como “inimigos” a serem neutralizados. No entanto, considerando a premissa de que a exceção é permanente, tem-se a existência de “inimigos” dentro do âmbito do Estado Democrático de Direito. Isto porque, convivemos com práticas políticas e discursivas que visam controlar e gerenciar a vida e a morte daqueles considerados descartáveis ou indesejáveis, através de estratégias que negam os direitos fundamentais, sobretudo o direito à vida. Por isso, a importância de compreender as situações em que o Estado suspende parcial ou totalmente os direitos e garantias em resposta a uma suposta ameaça à ordem pública ou à segurança nacional, figurados na ideia da “crise”.

Mbembe² sustenta que, no âmbito das políticas públicas, tem-se os sistemas punitivos direcionados de forma a extremar os regimes de segregação e de dominação racialmente endereçados, isso porque, as relações de inimizade são estruturadas a partir do racismo, da raça e da colonialidade. Dentre as causas e as formas de manutenção dessa realidade, tem-se as extraídas da “ordem do discurso” que trabalharemos também enquanto “ideologia”.

Logo, o estudo está lastreado em dois pressupostos: de que, conforme Agamben (1) o estado de exceção é permanente³ e de que, segundo Mbembe (2) existem estratégias políticas e retóricas que utilizam a diferença racial como base para identificar inimigos a serem neutralizados⁴.

À vista disso, investigar-se-á os tipos de discursos que cercam a racialidade no Brasil, através da construção da “crise”, entendendo sua configuração como dispositivo de poder⁵.

2. O DISCURSO IDEOLÓGICO, A NOÇÃO DE CRISE E O RACISMO

Há na construção do estado brasileiro, a contar de sua trajetória a partir da colonização europeia e todas as conseqüentes barbaridades produzidas contra “os outros” – na perspectiva branca, eurocentrada e racista –, uma autoridade, que coordena, assegura, sustenta as políticas (as sociais, as raciais, as discriminatórias). Existe também quem sustente a referida autoridade, ou seja, quem sustente o próprio Estado. Os discursos representam e coagulam visões, compreensões de mundo, ideologias. O discurso ideológico sustenta as crises, a crise, ou a ideia de crise. O mérito da crise, nesse sentido, vai ser sempre definido por um ‘alguém’, a partir da perspectiva deste alguém, ora, o que é crise para um pode não ser crise para um outro.

Segundo Marilena Chauí⁶, para entendermos a operação ideológica temos que compreender que ela busca apresentar as divisões e as diferenças como meras manifestações de diversidade. Isso porque, para se estabelecer como o discurso dominante na sociedade, o discurso do poder necessariamente ideológico precisa ocultar as contradições sociais. Por isso, é criada uma lógica abstrata de identificação e de homogeneidade. Porém, no instante que essa raciona-

2 MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Trad. de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2017. p. 55

3 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Boitempo, 2004. p. 131.

4 MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Trad. de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2017. p. 127.

5 CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como Não-ser como fundamento do Ser**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 45-46.

6 CHAUÍ, Marilena de Souza. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019, p. 126-145.

lidade (irracional) não se articule harmoniosamente e o todo comece a se mostrar problemático, a ideologia mostra a solução para a qual se admitirá o problema e, simultaneamente, poderá dissimulá-lo na ideia de crise.

Por conseguinte, é justamente a suposta “crise” que mobiliza o estado a agir e justificar suas ações na suspensão dos direitos dos cidadãos, mas não necessariamente de ‘todos os cidadãos’, e sim daqueles que serão gestados como inimigos e para os quais o Estado promoverá tratamento especial em sua governança. Nesse aspecto, traçamos um paralelo com Michel Foucault⁷ e sua ideia de governamentalidade, que são as táticas de governo que são paralelamente exteriores e interiores ao Estado e que permitem definir o que é estatal e o que é não-estatal, bem como o que é público e o que é privado, tornando possível o exercício de um poder que ordena uma sociedade apregoada a dispositivos de segurança e centrada na disciplina.

Destarte, “persiste uma sociedade profundamente autoritária, hostil aos mais elementares avanços em termos de direitos humanos, o que, naturalmente, explica a facilidade com que a exceção não só é assimilada, como também dissimulada”⁸.

Sobre este aspecto, destaca-se, também, o papel que exerceu a igreja católica na escravidão, que através de discursos ideológicos, legitimou a violência, os rituais de batismo cristão foram usados como uma ferramenta para legitimar a escravização, atribuindo aos escravizados, de forma ideológica, uma qualidade inferior. Além disso, esses rituais eram considerados poderosos o suficiente para “erradicar” a identidade cultural e étnica⁹. Portanto, a instituição desempenhou papel crucial de apoiar, incentivar e validar a escravidão permanente daqueles vistos como inimigos de Cristo¹⁰. Nesse ponto, cito uma importante reflexão de Mbembe¹¹:

(...) o estado colonial obtém a sua soberania e legitimidade da autoridade da sua própria narrativa da história e da identidade. Esta narrativa é em si mesma sustentada pela ideia de que o Estado tem um direito divino de existir; esta narrativa disputa com outra o mesmo espaço sagrado. Como ambas as narrativas são incompatíveis e os respectivos povos se interpenetram, qualquer demarcação do território numa base de pura identidade é quase impossível. Violência e soberania, neste caso, reclamam uma fundação divina: a cidadania em si mesma é forjada pela adoração de uma divindade, e a identidade nacional é imaginada como uma identidade contra o Outro, contra outras divindades.

É a estrutura colonialista que organiza e regula a noção racial. Portanto, não só esta não é uma estrutura unicamente histórica, mas também uma forma de produção e reprodução da vida na sua totalidade. Há uma dinâmica discursiva ideológica que forja o imaginário colonial e que sobrevive ao longo do tempo, mesmo depois do declínio da dimensão econômica da escravidão¹².

7 FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 144-145

8 VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017, p. 40.

9 NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016, p. 53.

10 VAZ, Livia Sant’Anna; RAMOS, Chiara. **A justiça é uma mulher negra**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021. p. 145

11 MBEMBE, 2017, 132.

12 FANON, Frantz. **Pele Negra Máscaras Brancas**. Tradução: Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

Ocorre que o racismo não se esgota em sua base material, isto é, da segregação no espaço concreto¹³. Na verdade, estamos diante de problemáticas que para Maurício Waldman estão no nível do imaginário – suscetíveis as atenções de uma cartografia do inconsciente social¹⁴ –, ou mesmo ao que tratamos enquanto ideologia. No entanto, é importante esclarecer que o imaginário não se desassocia das suas *interfaces espaciais*, uma vez que é justamente em razão das “demandas históricas, sociais, políticas, econômicas e das diversas interpretações formuladas social e culturalmente quanto ao tempo-espaço, que são suscitadas as prefigurações que reportam, concreta e ideologicamente, a exclusão do outro”¹⁵.

Os modos de reprodução do colonialismo vão demonstrar a concepção do ‘negro’ como uma entidade moldada e definida pelos métodos de exploração e estruturação da sociedade moderna. Assim, temos uma sociedade organizada pela herança colonial que efetiva os processos de violência que se renovam e se recompõem para manter o estado das coisas. Esse legado se manifesta intrinsecamente por meio da própria linguagem¹⁶.

Para Lilia Schwarcz, “no Brasil, o sistema escravocrata transformou-se num modelo tão enraizado que acabou se convertendo numa linguagem”¹⁷. Destaco o termo “linguagem” haja vista que buscamos tratar de como as práticas discursivas têm especial papel na justificação dos abusos estatais para com as pessoas negras, e, nesse caso específico, das regiões periféricas e marginalizadas, em que pese a difusão da ideia de estado de ‘urgência’ que culmina no estado exceção.

Ante a urgência, no que tratamos enquanto “crise”, no caso brasileiro, temos que a escolha de inimigo que mobiliza a exceção. Assim, o Estado, com a intenção de manter o estado de coisas funcionando empreende nessa perseguição ininterrupta contra um inimigo - que em alguns casos os autores definem como virtual isso porque inimigo poderia ser constantemente redefinido (e pode mesmo), mas no nosso caso, ainda que surjam novos inimigos a depender do contexto em questão, o “inimigo” que tratamos aqui nunca deixa de estar entre os “inimigos” – dos quais se retira a própria condição de pessoa¹⁸. Nesta ocasião, a política apregoada pela exceção se transmuta no binômio amigo/inimigo schmittiano¹⁹.

Por isso, veremos o antagonismo associado à compreensão política que está profundamente implantada no ambiente complexo das relações de poder. E, neste aspecto, como se dá a construção do ‘outro’ a partir da autoafirmação de um ‘eu’ que se entende enquanto superior. Para Marcos Queiroz, “esta crise, que no limite é a própria negação ôntica do negro como sujeito de direitos”²⁰.

13 WALDMAN, Maurício. Imaginário, espaço e discriminação racial. **GEOUSP Espaço e Tempo**, São Paulo, n° 14, p. 45- 63, 2003. p. 48. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geousp/article/download/123823/119996/233246>. Acesso em: 28 nov. 2023

14 *Ibidem*.

15 WALDMAN, *op. cit.*, p. 47

16 FANON, *op. cit.*

17 SCHWARCZ, Lilia. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Companhia das Letras: 2019, p. 1

18 VALIN, *op. cit.*, p. 36

19 BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 44

20 QUEIROZ, Marcos. **O Haiti é aqui: ensaio sobre formação social e cultura jurídica latino-americana (Brasil, Colômbia e Haiti, século XIX)**. 2022. 700 f., il. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022. p. 116.

Aníbal Quijano, no ensaio “*Colonialidad y Modernidad/Racionalidad*”²¹, explora a ideia de que a ‘colonialidade do poder’ é um conceito fundamental para entender as estruturas de poder que persistem nas sociedades latino-americanas após a era colonial. Isto porque, o referido conceito parte da ideia de que o colonialismo se estabeleceu durante o período colonial, através da exploração econômica e de aspectos culturais, sociais e políticos. Mas, ganhou novas configurações após o fim da escravidão para que pudesse continuar operando através de várias dimensões interligadas, incluindo: a racialização, as hierarquias sociais, o eurocentrismo e o capitalismo global.

Ele argumenta que a colonialidade do poder é uma parte intrínseca da modernidade da racionalidade ocidental, que moldou as estruturas sociais, econômicas e políticas dos países latino-americanos.

Nesse contexto, podemos compreender o estado de exceção como uma ferramenta que na atualidade perpetua a colonialidade do poder, através da marginalização e opressão de grupos racializados.

3. O “EU” E O “OUTRO”: A COMPREENSÃO POLÍTICA E RACIAL

O poder e a construção da diferença se relacionam intimamente com a colonialidade. Só se é diferente porque existe uma norma. A presente argumentação tem a intenção de compreender como e porque chegamos onde chegamos, ou seja, quem autoriza as políticas violentas e discriminatórias na atualidade, porque estas políticas permanecem e como estas refletem o estado de crise ou de (in)segurança que culminam em medidas autoritárias. Para isso, de acordo com o pouco que já elaboramos até aqui, há um inimigo que é um ‘outro’. E, este ‘outro’ apresenta-se a partir de uma compreensão política e racial que passa pela regularidade discursiva e pela ideologia racista e autoritária. Mas não só. Agora, avaliamos como se dá a construção do ‘outro’ que conseqüentemente será transfigurado na figura de inimigo a ser eliminado dentro do contexto da “crise”, através de concepções epistêmicas, da psicanálise e da fenomenologia, em especial a partir das colaborações de Frantz Fanon.

De acordo com Grada Kilomba²², no racismo, três aspectos coexistem: a construção de/da diferença, os valores hierárquicos e o poder. Existe um espaço, aliás um “não espaço”, no qual Grada afirma que temos sido classificadas/os, desumanizadas/os, primitivizadas/os, brutalizadas/os, mortas/os e submetidas/os a diversas formas de violência. E, dada a objetificação, tanto cultural como estética, não somos vistos enquanto sujeitos²³.

Nesse contexto, cabe lembrar de que é característico do racismo a construção da diferença, ora, “só se torna diferente porque se difere de um grupo que tem o poder de se definir como norma – a norma branca”²⁴. E, nesse sentido, uma vez que a branquitude é construída como ponto de referência a partir do qual todas/os as/os “outras/os” raciais “diferem”, nas ações racistas as pessoas negras se tornam sujeitos incompletos e sem direito às suas próprias

21 QUIJANO, *op. cit.*, p. 11-20.

22 KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019, p. 75-76

23 KILOMBA, *op. cit.*

24 KILOMBA, *op. cit.*, p. 75

subjetividades. Para Lewis Gordon²⁵, considerando a normatividade da branquitude, isso leva a um problema existencial, porque a existência do branco não requer justificativa, enquanto, de maneira oposta, os grupos racializados devem constantemente justificar o seu direito de existir.

Não há como tratar da presente análise sem abordar o trabalho de Frantz Fanon. Ele busca desmistificar e subverter a noção racial, tendo em vista que esta noção racial nasce a partir de pressupostos que organizam uma certa experiência social. Isto é, a construção do ser ‘negro’ é fruto da modernização, logo o resultado da elaboração do significado de ‘negro’ é dado pelo colonizador. O estudo fanoniano parte da realidade das Antilhas francesas que à época de Fanon era colonial e está ligada de maneira umbilical ao modo de reprodução da vida social que faz parte constitutiva da modernização capitalista. Hoje, aquelas particularidades do contexto antilhano se singularizam em todos os demais contextos de racialização. Com isso, Fanon aponta aquilo que é transversal aos racializados que é o lugar da exclusão, da exploração e da opressão. Logo, a implicação do seu pensamento cabe a todos nós, colonizados²⁶.

Na esfera objetiva, tem-se a realização de um sistema que organiza a exploração do homem pelo homem e a exclusão daqueles que são racializados a partir de critérios econômicos²⁷. O problema ainda é econômico, a partir do controle social militarizado à lógica da mercantilização do modelo neoliberal.

Na esfera subjetiva, vale contextualizar que Fanon, além de filósofo, era também psiquiatra e a partir da ‘clínica’ passou a uma análise subjetiva do ser-racial e suas implicações na construção das subjetividades deste ser que é racializado. Pois, a raça não é simplesmente uma concepção objetiva, ou seja, o enigma da identidade racial não pode ser resolvido com uma análise exclusivamente objetiva da estrutura histórica. O processo de racialização se desenvolve por uma intervenção violenta na formação da subjetividade daquele que vai ser racializado. Então, pertencer a uma raça não se traduz simplesmente na objetivação social, mas se refere também ao engajamento subjetivo daquele que pertence a ela. Assim, o paradoxo reside no fato de que uma vez organizada a ideia de raça ela oferece uma identidade ao racializado, se tornando uma estrutura imaginária que organiza a sua ação objetiva e escapa às limitações do concreto²⁸.

Dessa forma, tem-se que a colonialidade é o resultado da imposição do poder e da consequente dominação colonial que atinge estruturas subjetivas, penetrando as pessoas negras em suas pessoais concepções de sujeito e se estendendo para a sociedade de forma tão contundente que mesmo com o “fim” do domínio colonial nos termos passados, esta realidade persevera²⁹.

Só se torna “diferente” porque se “difere” de um grupo que tem o poder de se definir como norma - a norma branca. A branquitude é construída como ponto de referência a partir do qual todas/os as/os “Outras/os” raciais “diferem”. Essas diferentes construções estão inseparavelmente ligadas a valores hierárquicos. Não só o indivíduo é visto como “diferente”, mas essa diferença também é articulada através do estigma e da inferioridade. Tais valores hierárquicos implicam um processo de naturalização, aplicados a

25 GORDON, Lewis. Antropologia filosófica, raça e a economia política da privação de direito. In: BERNARDINO-COSTA, Joaze (org.). **Decolonidade e pensamento afrodiáspórico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. p. 127.

26 FANON, *op. cit.*

27 *Ibidem.*

28 *Ibidem.*

29 KILOMBA, *op. cit.*

todos os membros do mesmo grupo que passam a ser vistas/os como “a/o problemática/o”, “a/o difícil”, “a/o perigosa/o”, “a/o preguiçosa/o”, “a/o exóticas/o”, dentre outros. Por fim, ambos os processos são acompanhados pelo poder: histórico, político, social e econômico³⁰.

Com isso, não se é “diferente”, torna-se “diferente” através de um processo de discriminação. Por conseguinte, a construção da diferença e a sua ligação com uma hierarquia – compõem o que também é conhecido como preconceito. Logo, é a combinação do preconceito e do poder que constituem o racismo. E, neste aspecto, o racismo é a supremacia branca³¹. Para Fanon, o processo de racialização é um processo político de organização social demandado pela exploração, no qual ocorre o reconhecimento das pessoas negras sob a égide da subalternidade³².

Assim, o racismo opera para justificar e legitimar a exclusão dos “Outras/os” raciais de certos direitos – que enquanto sujeitos incompletos não são iguais a sujeitos completos³³.

Não se enxerga humanidade neste “outro”, mas é na própria estruturação da diferença que o “eu” e o “outro” coexistem. Na verdade um “eu” só existe pois um “outro” existe. Ou, ainda, só se é um Ser na medida em que existe um “Não-ser”, este último retiradas as características que definem o Ser pleno³⁴ – concepção que está intrinsecamente relacionado com dispositivos de dominação.

Em larga medida, colonizar consistia num permanente trabalho de separação - de um lado, o meu corpo vivo, do outros, todos os corpos-coisas que o envolve; de um lado, a minha carne de homem, pela qual todas as outras carnes-coisas e carnes-ciandas existem para mim. de um lado, eu, por excelência, tecido e ponto zero de orientação do mundo; do outro, os outros, com quem nunca poderei fundir-me totalmente, que posso trazer a mim, mas com quem não poderei verdadeiramente manter relações de reciprocidade ou de mútuo envolvimento³⁵.

Clóvis Moura³⁶, nesse aspecto, entende que o racismo não se sustentaria sem a manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação, isto é, a materialidade do preconceito. Vez que se trata o racismo de um processo gradativo que resulta na destruição da identidade do sujeito negro, nos importa abordar também os direitos fundamentais assentados no Brasil, a priori, como uma maneira de garantir que não continuemos nessa trajetória opressiva.

A estrutura do imaginário racial engendra modalidades de exclusão fundamentadas nessa identidade imaginária a qual é atribuída e imposta ao ‘outro’ que não o branco³⁷. Ante a ‘incivilização’, o sujeito negro, torna-se a personificação do “outro” violento e ameaçador – a/o criminosa/o, a/o suspeita/o, a/o perigosa/o –, aquele que está fora da lei³⁸, e que vai ser colocado

30 *Ibidem*

31 *Ibidem*, p. 75-76

32 FANON, *op. cit.*

33 KILOMBA, *op. cit.*, p. 80

34 CARNEIRO, *op. cit.*, p. 99

35 MBEMBE, 2017, p. 76-77

36 MOURA, Clóvis. **Escravidismo, colonialismo, imperialismo e racismo**. Afro-Ásia, n.14, Salvador, 1983.

37 FANON, *op. cit.*

38 KILOMBA, *op. cit.*, p. 79

na posição de inimigo/a, ao qual para Mbembe, lastreado nas ideias schmittianas, “remete para um antagonismo supremo”³⁹. Sob esta perspectiva, a crise se baseia no estado de insegurança que irá se alimentar do antagonismo, ou melhor, do ‘outro’, o próprio antagonista.

Ademais, insere-se, nesta ocasião, da perspectiva da análise de Foucault, os temas que compreendem no campo ontológico a construção do Outro como Não-ser, a partir do século XVIII⁴⁰. Foucault, no que consideramos o primeiro momento de sua filosofia, focou seu estudo em objetos estritamente discursivos através do que ele considerava como ‘episteme’, isto é, “o conjunto das relações que podem unir, em uma dada época, as práticas discursivas que dão lugar a figuras epistemológicas, a ciências, eventualmente a sistemas formalizados”⁴¹. Dito isso, podemos entender por episteme no conjunto da obra foucaultiana como um conglomerado de significados e significantes que visa a salvaguarda da cultura e do biopoder, cujo objetivo é o adestramento dos corpos e a docilização dos indivíduos. Isto posto, a episteme é um mecanismo de poder. Que ao nosso modo de ver, se relaciona intimamente com as práticas discursivas que trabalhamos aqui, dentre os muitos elementos que compõem o discurso.

Há um duplo sistema de referências. Por um lado, a realidade do racializado e como ele se enxerga no interior da raça. Por outro lado, a realidade daquele que racializa, ou seja, que diz o que o ‘outro’ é. Então, a história moderna se constrói nessa tensão e dualidade. Por isso, o convite de Fanon é de desmistificar a noção racial em si mesma, como também identificar a dialética que é subjacente ao próprio aprisionamento da raça⁴².

Não obstante, o colonialismo é entendido por Fanon como uma dimensão da formação do espírito da própria modernidade. Além de uma base material de ocupação de território, fornece também um imaginário em que a negação do ‘outro’ pela construção da diferença passa a ser essencial para a manutenção e permanência do status quo, e, por fim, se traduz em relações sociais concretas. Por isso, em que pese a escravidão colonial tenha se tornado economicamente obsoleta, a estrutura da construção racial que é responsável pela organização da nossa visão de mundo se mantém intacta. Pois, a raça define, identifica, controla, polícia grupos populacionais⁴³. Sua lógica atravessa a estrutura econômica social e vai se metamorfoseando, dentre os resultados dessa metamorfose, temos a instauração da “crise”.

Ora, temos um “outro”, isto é, o indivíduo racializado que se tornará uma ferramenta política na retratação da ameaça que será base para a construção da “crise”. E, a narrativa da “crise” que irá se ancorar justamente no racismo, ainda que não explicitamente. Pois, conforme observado há um imaginário social, racial e colonial ao qual as ações políticas se alicerçam. É a ficcionalidade da “crise” que justificará as medidas de segurança mais rigorosas e as restrições aos direitos. E, por consequência, irá, ainda, exacerbar as desigualdades sociorraciais, já que os discursos de exclusão se retroalimentam, reforçando as dinâmicas de poder entre o ‘eu’ e o ‘outro’.

39 MBEMBE, 2017. p. 82

40 CARNEIRO, *op. cit.*, p. 45.

41 FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do saber**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 217.

42 FANON, *op. cit.*

43 *Ibidem*.

Assim, quando Thula Pires e Ana Frauzina⁴⁴ introduzem o conceito de Constitucionalismo da Inimizade, evidenciam que esse modelo constitucional, historicamente adotado no Brasil, é moldado pela influência das constituições francesa e estadunidense, bem como pela experiência política Palmarina, resultando em um modelo de constitucionalismo amefricano. Suas análises sugerem que qualquer forma de liberdade para pessoas negras tem sido e continua sendo sistematicamente tratada como algo a ser eliminado por meio da violência. E, como principais alvos de hostilidade, enfrentaram diversas estratégias de repressão tanto por parte das autoridades coloniais quanto do Estado Constitucional Brasileiro.

4. O ESTADO SECURITÁRIO, OS ‘INIMIGOS’ E A NECROPOLÍTICA

Aqui avaliamos a suspensão de direitos decorrente da escolha da figura do inimigo público por consensos sociais, indicando uma exceção definida através da legitimação moral-discursiva⁴⁵. Considera-se que hoje temos a ideia de Estado de exceção (ou governabilidade de exceção) e o estado de direito como técnicas do estado. E, essa ideia de técnicas do estado possibilita o trânsito entre essas duas formas. Assim, na técnica dual, duas técnicas estruturais de estado contraditórias entre si convivem, o Estado de exceção e o Estado de direito⁴⁶.

Do Estado de exceção temos os mecanismos típicos do autoritarismo propiciam uma maior vulnerabilidade dos indivíduos considerados “inimigos” aos abusos de poder e à violação de seus direitos a partir de mecanismos políticos-ideológicos baseados na suposta “defesa da civilização”⁴⁷.

Sobre este último ponto, deve-se atentar aos aspectos da construção da ordem do discurso, que conforme tratamos no tópico anterior, funcionam como pressupostos e corroboram para a instauração da ideia de “crise”, conseqüentemente leva ao estabelecimento dos “inimigos” a serem eliminados numa tentativa de uniformização social.

Assim, o ‘eu’ na crença de salvaguardar a sua segurança, cercado por uma fantasia singular, defronte ao perigo exterior que neste instante te rodeia, sai de si mesmo para enfrentar a criação de sua própria imaginação⁴⁸. E, desse modo, “arrancado à sua estrutura, ei-lo lançado à conquista do objeto enlouquecedor. E como este objeto nunca existiu realmente, não existe nem vai existir, tem de se inventar”⁴⁹. Então, inventa-se o ‘outro’, o ‘inimigo’ e a “crise” que mobiliza os aparatos estatais face à necessidade de proteção de um ‘eu’ esquizofrênico — um ‘eu’ que fantasia.

Ao que tange a fantasia, na psicanálise, a partir de Freud e Lacan, podemos pensá-la na relação com os processos de construção socioculturais. Freud, na busca pela verdade, se esbarra

44 PIRES, Thula; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Constitucionalismo da inimizade. **Revista Direito e Práxis** [Recurso Eletrônico], Rio de Janeiro, v.13, n.4, 2022. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/48499>. Acesso em: 09 maio 2024.

45 SERRANO, Pedro. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016., 2016, p. 22.

46 AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Boitempo, 2004.

47 MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1, 2018.

48 *Ibidem*, p. 73.

49 *Ibidem*.

com um impasse, a fantasia⁵⁰. Lacan fez a análise da fantasia de maneira estrutural e linguística, entendendo que existe uma lógica na fantasia, e, por isso, ela não compõe uma contradição, mas exerce relevante função na estruturação do sujeito. Pois, o ‘objeto’ possui um valor lógico que é obtido em uma relação, a relação com o ‘eu’ que define o ‘outro’. Este ‘outro’ representa a ordem simbólica, o mundo social e as expectativas culturais que influenciam a formação do sujeito. E, uma vez que o universo do discurso não abarca tudo o que é real, há a castração do ‘outro’⁵¹.

Deste modo, a noção de castração do ‘outro’ está associada à abstração de que o sujeito se confronta com limites impostos pela cultura e pela linguagem, e, através da castração simbólica internaliza a conformação do mundo que o cerca, sendo moldada a sua identidade e subjetividade. Ocorre que a fantasia é uma construção psíquica que reflete os desejos e impulsos inconscientes do indivíduo, ou mesmo da coletividade. Desejos estes que são influenciados pelas ideologias promovidas pelas estruturas sociais de poder e que vão gerar narrativas políticas e sociais, inclusive aquelas que trabalhamos enquanto “crise”.

A biopolítica, conceito estabilizado por Foucault, refere-se à ideia de que não existe uma vida fora de uma determinação política, isto é, aquilo que chamamos de vida é necessariamente estabelecido por uma condição de linguagem e da política que define o que essa vida é – a política da vida. Em termos foucaultianos, é “esse campo da vida do qual o poder se apodera”⁵², ou mesmo “o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais, vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral do poder”⁵³.

Então, o biopoder define-se a si próprio em relação a um plano biológico que ele se apropria e envolve-se, ditando a separação entre as pessoas que têm de viver e as que têm de morrer. Este “controle pressupõe a distribuição da espécie humana por grupos, a subdivisão e o estabelecimento de uma censura biológica entre aqueles que são os escolhidos e os que não o são. A isto, Foucault dá o termo (aparentemente familiar) de racismo”⁵⁴. De modo que, para Foucault enquanto o biopoder será o “direito soberano à morte”⁵⁵, o racismo é “a condição para aceitação da condenação à morte”⁵⁶ –, isto é, tem a função de “regular a distribuição da morte e viabilizar as funções criminosas do Estado”⁵⁷.

Para Mbembe⁵⁸, o caso inaugural de experiência biopolítica foi a escravatura – portanto, diretamente ligada à modernidade –, pois em inúmeras particularidades, a própria estrutura e

50 ABEL, Marcos Chedid. Verdade e fantasia em Freud. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 16 n. 1, p. 47-60, jan/jun. 2011. p. 48. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/agora/a/H43zFQjJmWzxnCsLh44XcQy/?format=pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.

51 CARREIRA, Alessandra. Algumas considerações sobre a fantasia em Freud e Lacan. *Psicologia USP*, São Paulo, 20(2), p. 157-171, abr/jun. 2009. p.163-163. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pusp/a/7LJcykZtbymvvZDXxTRhJh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2023.

52 FOUCAULT. **Em defesa da sociedade**, 2012. p. 213-34 *apud* MBEMBE, 2017, p. 108.

53 FOUCAULT, 2008. p. 3

54 MBEMBE, 2017, p. 116.

55 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 214.

56 *Ibidem*, p. 228

57 MBEMBE, 2017, p. 117.

58 *Ibidem*, p. 122

repercussões deste sistema expõe a exceção. Isto porque o terror se conecta intimamente com o biopoder, o estado de exceção e o estado de sítio (trataremos aqui enquanto securitário), tendo, ainda, a raça como elemento fulcral⁵⁹. Com isso, “dava-se início a uma vida doravante vivida segundo um princípio essencialmente racial. Mas, longe de ter apenas um puro significado biológico, a raça assim entendida remetia para um corpo sem mundo e sem terra⁶⁰”.

Cumprido, neste momento, abordar a definição de Schmitt de soberano: “soberano é quem decide sobre Estado de exceção”⁶¹. Nas colônias, o direito soberano não era sujeito à legalidade, qualquer garantia da ordem jurídica podia ser suspensa, então imperava a política da morte⁶². Pois era “a violência constituía a forma originária de direito, e a exceção forneceu a estrutura da soberania”⁶³.

Evidencia-se, dessa forma, a gestão da vida através do biopoder que insere o racismo nos mecanismos de controle do Estado⁶⁴. Sob essa perspectiva, Mbembe introduz o conceito de necropolítica, que é uma evolução do conceito de biopolítica de Foucault. A necropolítica pode ser entendida como uma releitura da biopolítica, na medida em que identifica os territórios coloniais como exemplares de exceção por excelência. À vista disso, Mbembe parte da ideia de que a população em geral corresponderia a um corpo biológico e que para manter a saúde deste corpo seria necessário eliminar algumas existências em prol da saúde de outras⁶⁵.

Quanto à condição do sujeito, tem-se as relações de poder que submetem o corpo a um discurso normativo, com vistas a construir um indivíduo que corresponda a um modelo pré-estabelecido, que Foucault vai designar como “*corpo dócil*”⁶⁶, produto da disciplina – uma forma do exercício do poder –, a partir de técnicas concatenadas que constituem o “*dispositivo de poder*”⁶⁷.

Atualmente, a governança da exceção adquire novos contornos, diferentes daqueles ora coloniais. Em que pese o poder continuar vinculado ao controle dos corpos, agora estes são inscritos não apenas no aparelho disciplinar, mas também no “massacre” – a ordem da máxima da economia⁶⁸.

Nesse sentido, o Estado securitário é uma estrutura que se consolida com o combate aos ‘inimigos’ ao longo dos séculos, quem quer que seja este inimigo em dado momento da história, somado a economia da hostilidade e/ou da inimizade, colaboraram com o surgimento de novas formas de violência, como também para uma maior aceitabilidade da violência que se poderia infligir aos inimigos, ou seja, aqueles que em dado momento não são considerados ‘nossos’⁶⁹ – parte do ‘eu’ coletivo. Este Estado securitário “alimenta-se de um estado de insegurança

59 *Ibidem*, 123-124

60 *Ibidem*, p. 23.

61 SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 21.

62 MBEMBE, 2017, p. 127-129

63 *Ibidem*, p. 129

64 FOUCAULT, 2005.

65 *Ibidem*.

66 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

67 *Ibidem*.

68 MBEMBE, 2017, p. 142-143.

69 *Ibidem*, p. 89

que ele próprio fomenta e para o qual pretende ser a resposta”⁷⁰. Logo, é a insegurança, isto é, a “crise”, a ‘condição’ e, até a ‘força de desejo’ que empreende a operar o Estado securitário⁷¹.

Günter Frankenberg, entende a “arquitetura securitária” como integrante de um “direito de combate” pelo qual podemos compreender um grau ainda mais elevado da uniformização do Estado de exceção. Este “direito de combate” contém em seu cerne todas aquelas justificações do âmbito do discurso que abordamos ao longo do presente artigo, isto é, da guerra do Estado contra os seus ‘inimigos’ em razão da “crise”⁷².

Assim, dá-se o rumo a gestão militarizada da segurança pública através do confronto armado e da lógica da guerra. Para atingir a sua finalidade na perspectiva desta tal “segurança pública”, as favelas são ocupadas “por homens em uniformes camuflados, atiradores de elite, carros blindados, helicópteros blindados, bem como diversas estratégias associadas a palcos de guerra”⁷³. E qual é o procedimento? Os moradores destas localidades são cercados por um verdadeiro estado de sítio, onde são “comuns as tentativas ilegais de revista sistemática, invasão de domicílios, prisões arbitrárias e até mesmo identificação em massa não autorizada pela lei”⁷⁴. De forma que a militarização, em síntese, se presta a violar os direitos dos cidadãos, em que pese a expressão de uma atuação violenta e repressiva.

Um exemplo concreto da atuação da necropolítica no Estado brasileiro pode ser observado na intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 2018. Esse período foi caracterizado pela declaração de “urgência” e pela identificação de um “inimigo”, ao qual o Estado direcionou sua força, resultando em graves violações de direitos. Esse contexto pode ser visto como uma expressão do estado de exceção, evidenciando as inter-relações entre raça e direitos fundamentais.

No caso do Rio de Janeiro a intervenção foi provocada pelo Governador Pezão que solicitou ao Governo Federal que decretasse a Intervenção Federal na segurança pública do estado, pedido que foi concedido. O texto foi devidamente aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 10, de 2018⁷⁵.

Não obstante, é “o aspecto da necessidade ou emergência é insito à excepcionalidade; somente a ocorrência das situações de crise, devidamente previstas no ordenamento positivo, autoriza a incidência do direito excepcional”⁷⁶.

70 *Ibidem*.

71 *Ibidem*.

72 FRANKENBERG, Gunter. **Técnicas de Estado**: Perspectivas sobre o Estado de direito e o estado de exceção. Tradução: Gercélia Mendes. São Paulo: Editora Unesp, 2018. p. 256-257.

73 SOUZA, Luis Antônio Francisco; SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Quando o Estado de exceção se torna permanente: reflexões sobre a militarização da segurança pública no Brasil. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, p. 205-227, v. 32, n. 2. mai/ago. 2020. p. 213. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/158668>. Acesso em: 29 nov 2023.

74 SOUZA; SERRA, *op. cit.*, p. 216.

75 BRASIL. **Decreto legislativo nº 10, de 2018**. Aprova o Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, que “Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública”. Diário Oficial [da] União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 21 fev. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2018/decretolegislativo-10-20-fevereiro-2018-786181-publicacaooriginal-154895-pl.html>. Acesso em: 28 nov. 2023

76 ZIMMER, Lauro Cavallazzi. **Sistema constitucional do Estado de exceção**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 33. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15102020-234425/pt-br.php>. Acesso em: 28 nov. 2023

De acordo com Lauro Zimmer, a “Constituição Brasileira de 1988 prescreve suas modalidades de estado de exceção: o estado de defesa e o estado de sítio”⁷⁷, isso porque em que pese a intervenção federal, a garantir da lei e da ordem, bem como outros institutos conexos, também partirem da situação de crise (e de necessidade de ordem) – sendo este um pressuposto fenomenológico compartilhado eles, a concepção moderna de estado de exceção está diretamente ligada à ideia da temporária suspensão de direitos e garantias fundamentais, e, a intervenção não teria essa prerrogativa⁷⁸. De forma que, haveria “um ‘sistema constitucional do estado de exceção’ indica com maior exatidão o objeto em exame, enquanto um ‘sistema constitucional das crises’ está a indicar um objeto mais amplo, não limitado às formas clássicas de estado de exceção”⁷⁹. Eis um recorte, que novamente reafirmo, não é o nosso.

Já para Gomes Canotilho, o cerne da questão se concentra na:

Previsão e delimitação normativo-constitucional de instituições e medidas necessárias para a defesa da ordem constitucional em caso de situação de anormalidade que [...] exigem o recurso a meio excepcionais, o que ele denomina como “direito (ou estado) de necessidade”⁸⁰.

Porém, deixando claro que se trata de uma formulação conceitual que independe da proposição linguística, seja “estado de exceção constitucional”, “defesa da Constituição” ou “defesa de segurança e ordem públicas”⁸¹.

Na verdade, a noção fundamental do “estado de exceção” está na situação excepcional que contrasta com a ideia de normalidade. Nesse sentido, apesar da controvérsia acerca da terminologia adotada, a necessidade ou a emergência, são sempre entendidos como pressupostos do instituto⁸², ainda que em uma perspectiva mais própria da filosofia política essa emergência seja imaginária ou intencionalmente produzida. Porém, ao que tange a natureza jurídica da exceção, em termos da teoria constitucional seria a “excepcionalidade [...] a característica fundamental [...] que autoriza, em caráter temporário e precário, a adoção de um direito extraordinário”⁸³.

Aqui, caímos na questão de a intervenção federal ainda que seja decretada sob a égide da legalidade, a sua forma de atuação pode estar fora dos limites constitucionais, de forma a atingindo os direitos fundamentais mesmo que não haja previsão para limitação destes na vigência da intervenção – como há nas hipóteses de estado de exceção taxados na Constituição como tais, isto é, estado de defesa e estado de sítio – por isso, que ainda que não esteja previsto como tal, a intervenção compõe sim um estado de exceção se na prática vier a impor restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos para atingir os seus fins.

Sobre este aspecto, retomamos Giorgio Agamben, para compreender o estado de exceção como o espaço político em que justificasse a violência ainda que contrária à legalidade. Porque, tendo em vista que existe respaldo legal para o uso do aparato autoritário-repressivo,

77 *Ibidem*, p. 33.

78 ZIMMER, *op. cit.*

79 *Ibidem*, p. 37.

80 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1085

81 ZIMMER, *op. cit.*

82 *Ibidem*.

83 *Ibidem*, p. 36

paralelamente, não se sabe mais o que é legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional, assim, através do estado de exceção são operacionalizados os recursos para o confronto⁸⁴. Não obstante, é a dinâmica política que dita as situações de crise, destacando-se o uso das forças armadas⁸⁵. De forma que a pretensão de volta a regularidade, aspirada pela exceção, não é baseada em uma questão jurídica, mas a uma questão de fato⁸⁶.

[...] Se são fruto dos períodos de crise política e, como tais, devem ser compreendidas no terreno político e não no jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.⁸⁷

Neste aspecto, se alinham uma retórica política e ideológica com os instrumentos jurídicos como uma resposta a uma suposta necessidade de segurança. Então, o Estado de Direito que, em tese, deveria estar norteado pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade, passa a estar, agora, sustentado, majoritariamente, pela necessidade de segurança — no Brasil, temos o art. 144 da Constituição Federal que trata da segurança pública, prevendo que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”⁸⁸.

Partindo desta premissa, tem-se ainda dentro do contexto da necessidade de segurança a importância da neurose, do pânico, da “crise” fantasmagórica que mobiliza também a própria sociedade já apregoadada de toda a fantasia colonial que prossegue nos dias atuais e que irá legitimar a manutenção do poder estatal securitário⁸⁹.

Nessas circunstâncias, o poder recorre constantemente a exceção, à emergência e à construção ficcional de do ‘inimigo’, levando em consideração que o fundamento normativo do direito de matar passa a ser o Estado de exceção e as relações de inimizade⁹⁰.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, “a essência do tratamento diferenciado que se atribuiu ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa”⁹¹, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal, a fim de manter o estado de coisas funcionando⁹², o que consiste em uma incompatibilidade com o próprio Estado de direito. Pois, nesse aspecto, o soberano poderia, apelando pela “crise” suspender o Estado de direito para combater os ‘inimigos’ nos limites do espaço de poder de que dispõe. Isto posto, determinadas pessoas serão privadas de seus direitos unicamente porque são consideradas como um ‘ente perigoso’, com os quais

84 AGAMBEN, 2004.

85 ZIMMER, *op. cit.*

86 BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional**. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005 p. 37

87 AGAMBEN, 2004, p. 11-12

88 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2023

89 FRANKENBERG, *op. cit.*, p. 261-262

90 MBEMBE, 2017, p. 114-115

91 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 18.

92 LA TORRE, Massimo. Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y “estado de excepción”. *Res publica*, Madrid, n. 23, p. 17-35, 2010. <https://revistas.um.es/respublica/article/view/136051>. Acesso em: 18 set 2023. p. 36.

estará sempre presente a possibilidade de guerra, seja pela completa negação da do outro ser – o ‘outro’ –, seja como a expressão máxima da hostilidade⁹³.

Também, não há como dissociar o Estado de exceção do neoliberalismo e seus desdobramentos. Pois, o neoliberalismo é um elemento central na construção da exceção. Segundo Valim, “em última análise, o estado de exceção é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se neutraliza a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal”.

A aqueles que não se encaixam na agenda globalizante são eliminados, seja socialmente ou mesmo fisicamente. É, dessa forma, que se expressa o neoliberalismo na rota para o poder. No Brasil, sempre se cultivou o extermínio da população negra através dos propósitos genocidas do Estado, de forma a ser potencializada ou justificada pelos modelos econômicos⁹⁴.

Em síntese, a subjetividade forjada pela lógica neoliberal de competição, mercantilização da vida e fragmentação do senso de comunidade aliada a política de sacrifício preconizada pela austeridade neoliberal produzem desigualdade e crises, especialmente no âmbito da segurança pública, que servirão para justificar medidas de exceção, como o uso indiscriminado da força contra aqueles vistos como inimigos e subtração de direitos das camadas mais vulneráveis da sociedade.

Como visto, no Brasil, o inimigo a ser combatido é personificado, através da narrativa ideológica, na figura do bandido – um inimigo interno. Assim, as pessoas subalternizadas são colocadas em posição de extrema vulnerabilidade ante ao poder estatal, pois a governabilidade de exceção gere a vida (e a morte) nos territórios ocupados pela pobreza⁹⁵, e, ainda de forma mais intensa as pessoas negras – os ‘outros’.

De acordo com Morellato e Santos⁹⁶, a eleição de um ‘inimigo’ fundamentada na ideologia da guerra contra as drogas, tem se revelado uma estratégia eficaz para justificar o direcionamento de políticas genocidas à população jovem, negra e periférica em favor da produção de “segurança” para aqueles social, racial e economicamente incluídos. Com isso, o Estado realiza uma guerra incessante contra este ‘inimigo’.

Ante todo o exposto, vimos a intrínseca relação do desenvolvimento do Estado securitário justificado e fortalecido pela construção da ideia de ‘crise’, com a seleção de ‘inimigos’ estatais, formando condições que são legitimadas pelo Estado de exceção e propagadas pelas políticas de morte. Vimos, neste aspecto, que o ‘inimigo’ de que trata Mbembe é o ‘outro’. Este ‘outro’ é construído a partir de dispositivos discursivos que remontam a época colonial e a própria construção da ideia de ‘raça’. E, considerando o contexto brasileiro este ‘outro’ será a população negra que é posta à margem e na qual o ‘eu’ majoritariamente branco irá impregnar o estigma de ‘bandido’ face o estado de insegurança que fantasia — isto é, face a “crise”.

93 ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 18-22, 163.

94 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

95 SERRANO, Pedro; MAGANE, Renata. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.

96 MORELLATO, Ana Carolina Batista; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos; Intervenção federal e a guerra contra os pobres na cidade do Rio de Janeiro. **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 711-736, set./dez. 2020, p. 712.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme buscamos traçar ao longo de todo este trabalho, o modelo em atuação no Brasil é o da política de morte contra parcela selecionada de sua população, e, quando não há morte, não há vida digna, sonhamos em um estado de bem-estar social, quem diria. Ante esperanças e decepções, uma coisa é garantida e dá-se seu jeito de se garantir, permanecer, perdurar, ele, o Estado racista, neoliberal e sua lógica mercantilista.

Como explicitado, a concepção abordada aqui é especialmente política filosófica, baseando-se nas ideias de Agamben, Pedro Serrano, Mbembe, Rafael Valim, dentre outros. E, a partir dela, chegamos à conclusão de que o estado de exceção é permanente, e ainda que as intervenções na segurança pública, por si só, não compreendam tudo que representa a permanência do que estamos chamando de Estado de exceção, são medidas que expressam com concretude a permanência deste estado de exceção no Brasil.

Nesse sentido, a criação da ideia crise justifica a exceção. Crise que é criada por vários, que passa pelo imaginário de todos, seja você o inimigo que vai ser atormentado pelo real caos. Seja pela mídia que sempre deixou claro a que ideais servem (do capital), ou seja pelo Estado que é composto pelos descendentes daqueles tantos que há tempos tomaram o poder – de fato, eles são o poder hegemônico.

Deixamos claro, mais uma vez, que não são quaisquer cidadãos contra os quais o Estado se contrapõe, porque o poder age através da lógica da inimizade e da necropolítica, fazendo uma gestão da vida e da morte dos “outros”, isto é, daqueles que, de acordo com percepções narcisísticas, são os fantasmas criado pelo “eu” – o “eu” dominante, o “eu” colonizador, o “eu” branco, o “eu” burguês, são vários os “eus”, ainda que não tão diversos assim, afinal se dizem homogêneos, iguais, de alguma forma eles se identificam – e, que a não muito tempo atrás, foi a justificação para atrocidades históricas, no Brasil. A partir do colonialismo, aqui trabalhado enquanto colonialidade porque representa algo que persevera e que se faz presente nas entranhas da sociedade brasileira na contemporaneidade, culmina no estado de exceção que tem bases escravocratas e coloniais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL, Marcos Chedid. Verdade e fantasia em Freud. *Ágora*, Rio de Janeiro, v. 16 n. 1, p. 47-60, jan/jun. 2011. p. 48. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/agora/a/H43zFQjJmWzxncsLh44XcQy/?format=pdf>. Acesso em: 29 nov. 2023.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Boitempo, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. Tese (Doutorado), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2023
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. **A construção do outro como Não-ser como fundamento do Ser**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CARREIRA, Alessandra. Algumas considerações sobre a fantasia em Freud e Lacan. *Psicologia USP*, São Paulo, 20(2), p. 157-171, abr/jun. 2009. p.163-163. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/psup/a/7LJcykZ-tbymvyZDXxTRhJh/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- CHAUÍ, Marilena de Souza. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2019.
- FANON, Frantz. **Pele Negra Máscaras Brancas**. Tradução: Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Arqueologia do saber**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.
- FOUCAULT. **Em defesa da sociedade**, 2012. p. 213-34 *apud* MBEMBE, 2017.
- FRANKENBERG, Gunter. **Técnicas de Estado**: Perspectivas sobre o Estado de direito e o estado de exceção. Tradução: Gercélia Mendes. São Paulo: Editora Unesp, 2018.
- GORDON, Lewis. Antropologia filosófica, raça e a economia política da privação de direito. *In*: BERNARDINO-COSTA, Joaze (org.). **Decolonidade e pensamento afrodiaspórico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.
- KILOMBA, Grada. **Memórias da plantação**: episódios de racismo cotidiano. Rio de Janeiro: Editora Cobogó, 2019.
- LA TORRE, Massimo. Constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos. Constitución y “estado de excepción”. *Res publica*, Madrid, n. 23, p. 17-35, 2010. <https://revistas.um.es/respublica/article/view/136051>. Acesso em: 18 set 2023.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. São Paulo: N-1, 2018.
- MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. Trad. de Marta Lança. Lisboa: Antígona, 2017.
- MORELLATO, Ana Carolina Batista; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos; Intervenção federal e a guerra contra os pobres na cidade do Rio de Janeiro. **Dilemas, Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, p. 711-736, set./dez. 2020.
- MOURA, Clóvis. **Escravidão, colonialismo, imperialismo e racismo**. Afro-Ásia, n.14, Salvador, 1983.
- NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. São Paulo: Editora Perspectiva, 2016.

PIRES, Thula; FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Constitucionalismo da inimizade. *Revista Direito e Práxis* [Recurso Eletrônico], Rio de Janeiro, v.13, n.4, 2022. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/48499>. Acesso em: 11 maio 2023.

QUEIROZ, Marcos. **O Haiti é aqui**: ensaio sobre formação social e cultura jurídica latino-americana (Brasil, Colômbia e Haiti, século XIX). 2022. 700 f., il. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução: Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHWARCZ, Lilia. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. Companhia das Letras: 2019.

SERRANO, Pedro. **Autoritarismo e golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016., 2016.

SERRANO, Pedro; MAGANE, Renata. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.

SOUZA, Luis Antônio Francisco; SERRA, Carlos Henrique Aguiar. Quando o Estado de exceção se torna permanente: reflexões sobre a militarização da segurança pública no Brasil. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, São Paulo, p. 205-227, v. 32, n. 2. mai/ago. 2020. p. 213. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/158668>. Acesso em: 29 nov 2023.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VAZ, Livia Sant'Anna; RAMOS, Chiara. **A justiça é uma mulher negra**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

WALDMAN, Maurício. Imaginário, espaço e discriminação racial. **GEOUSP Espaço e Tempo**, São Paulo, n° 14, p. 45- 63, 2003. p. 48. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geousp/article/download/123823/119996/233246>. Acesso em: 28 nov. 2023

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

QUESTÕES EMERGENTES SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA DAS PESSOAS SURDAS NA BAHIA

EMERGING ISSUES ABOUT ACCESS TO JUSTICE FOR DEAF PEOPLE IN BAHIA

Natália Ferreira Nepomuceno¹

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar o acesso à justiça das pessoas surdas na Bahia. O problema de pesquisa é a investigação do grau de efetividade do direito fundamental de acesso à justiça garantido pelo judiciário a comunidade surda baiana. Na investigação da problemática proposta, ergue-se o objetivo geral de demonstrar que, embora possa existir acesso à Justiça (Judiciário) aos surdos, não existe o acesso à justiça que observe a equidade social. Os objetivos específicos para alcançar a meta geral estão alinhados com cada capítulo deste artigo e são os seguintes: no capítulo inicial, contextualizar as pessoas surdas como uma comunidade linguística própria e carente de atenção estatal; em seguida, expor as dificuldades da comunidade surda baiana para exercer o direito fundamental de acesso à justiça e, finalmente, comprovar a existência de barreiras linguísticas estruturalmente impostas à comunidade surda baiana no exercício desse direito. A metodologia empregada utiliza o método dedutivo para aproximar-se ao do tema e envolve análise legislativa, levantamento de dados, pesquisa documental e revisão de literaturas bem referenciadas, tanto nacionais quanto internacionais, como artigos científicos, livros online e físicos. O tema mostra grande relevância acadêmica e prática devido à importância de garantir acessibilidade dos surdos à justiça, com respeito a suas particularidades. A pesquisa conclui que há falta de efetividade nas normas para o acesso à justiça das pessoas surdas e uma carência de políticas públicas direcionadas a esse grupo.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Pessoa surda. Equidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the access to justice of deaf people in Bahia. The research problem is the investigation of the degree of effectiveness of the fundamental right of access to justice guaranteed by the judiciary to the deaf community of Bahia. In the investigation of the proposed problem, the general objective is to demonstrate that, although there may be access to justice (Judiciary) for the deaf, there is no access to justice that observes social equity. The specific objectives to achieve the overall goal are aligned with each chapter of this article and are as follows: in the initial chapter, to contextualize deaf people as a linguistic community of their own and in need of state attention; then, to expose the difficulties of the Bahian deaf community to exercise the fundamental right of access to justice and, finally, to prove the existence of language barriers structurally imposed on the Bahian deaf community in the exercise of this right. The methodology used uses the deductive method to approach the theme and involves legislative analysis, data collection, documentary research and review of well-referenced literature, both national and international, such as scientific articles, online and physical books. The theme shows great academic and practical relevance due to the importance of ensuring accessibility of the deaf to justice, with respect to their particularities. The research concludes that there is a lack of effectiveness in the norms for access to justice for deaf people and a lack of public policies aimed at this group.

Keywords: Access to justice. Deaf person. Equity.

1 Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNIRB. Pós-graduada em Ciências Jurídicas Aplicadas aos Tribunais Estaduais e em Direito Civil e Processual Civil pelo Gran Centro Universitário. Pós-Graduada em Direito das Famílias e Sucessões pelo Gran Centro Universitário. Atualmente realiza estágio de pós-graduação no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e advoga nos demais estados da federação. Possui domicílio na cidade de Alagoinhas-BA. E-mail para contato: nataliafnepomuceno@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende traçar um panorama do acesso à justiça dos surdos na Bahia. Por várias razões, formular uma definição pura e completa desse direito bem como de pessoa surda é particularmente trabalhoso. As limitações impostas pela própria linguagem já são motivos de fervorosos debates dentro da ciência jurídica, conforme será trazido no decorrer da pesquisa.

A conceituação clássica de justiça foi uma construção greco-romana que, de acordo com Nader, retrata a ideia nuclear do valor do que é justo, a ponto de representar uma virtude humana². Para Cappelletti e Garth, acesso à justiça é “um aspecto fundamental do Estado social de direito, do que os alemães chamam Sozialer Rechtsstaat, também denominado Welfare State, típico das sociedades modernas”³. Classifica-se, pois, conforme aduzem os autores, como um fenômeno de grande importância histórica para efetivação da igualdade.

Dentro desta temática, o foco da abordagem será direcionado a tratar sobre a efetividade do acesso à justiça das pessoas surdas na Bahia. As dificuldades que os surdos enfrentam iniciam-se na comunicação do fato, ato, ação ou omissão que gera para eles uma pretensão jurídica e, em regra, não terminam, devido as adversidades enfrentadas no trajeto para socorrer-se do Estado-juiz.

Esse é um assunto de relevância e destaque devido à falta de equidade no tratamento das pessoas surdas em diversas áreas de suas vidas, desde o exercício dos direitos básicos, como os sociais e individuais, passando pela liberdade, segurança e bem-estar, até o acesso à justiça.

Ademais, existe também a falta de efetividade das leis que tratam do tema, em especial a lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002 e o Decreto 5.626 de 22 de dezembro de 2005.

Assim, é possível apresentar o seguinte problema de pesquisa: qual é o grau de efetividade do direito fundamental de acesso à justiça garantido pelo Judiciário à comunidade surda baiana? À vista das evidências expostas, este artigo tem como objetivo geral demonstrar que, embora possa existir acesso à Justiça (Judiciário) para os surdos, não há um acesso à justiça que observe a equidade social. Dessa forma, as pessoas surdas poderão receber mais atenção por parte do poder público e da própria sociedade.

Os objetivos específicos serão trabalhados de acordo com os capítulos da pesquisa, pois coincidem com eles. Logo, no segundo capítulo, contextualiza-se as pessoas surdas enquanto uma comunidade linguística própria e carente de atenção do Estado. Deste modo, será possível compreender as suas particularidades para acessar à justiça. Depois, no terceiro capítulo, expõe-se as dificuldades da comunidade surda baiana em exercer o direito fundamental ao acesso à justiça. Assim, serão discutidos os obstáculos existentes na persecução do acesso à justiça pelos surdos, quais ações contribuem para a permanência dessas dificuldades e quais poderiam ser adaptadas ou melhoradas para evitar sua perpetuação.

O quarto capítulo é dedicado a comprovar a existência de barreiras linguísticas estruturalmente impostas à comunidade surda para o exercício do direito fundamental de acesso à justiça na

2 NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

3 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279046768.pdf. Acesso em 15 maio 2022.

Bahia. São pontuadas situações reais ocorridas no Judiciário brasileiro, que evidenciam a falta de preparo da Justiça em atender e apreciar as ameaças e lesões aos direitos das pessoas surdas. Para realizar o estudo, será utilizada como metodologia o método dedutivo de aproximação do tema e, na condução do trabalho, a análise legislativa, o levantamento de dados, a pesquisa documental e a revisão de literatura. A ideia é constatar uma realidade excludente escondida por trás da estrutura do Judiciário, que obscurece a tutela jurisdicional, ou seja, o acesso à justiça das pessoas surdas. A partir dessa compreensão, busca-se identificar uma lógica de superação como sugestão para o aprimoramento da efetivação do direito fundamental pertinente.

2. PESSOA SURDA ENQUANTO COMUNIDADE LINGÜÍSTICA PRÓPRIA

Inicialmente, interessa problematizar quem é o surdo face as diversas conceituações concebidas. Por se tratar de um interesse interdisciplinar, a definição de surdo pode ser formada a partir de perspectivas jurídicas, sociológicas, clínicas, históricas, entre diversas outras vertentes. É comum que sociólogos, juristas e historiadores não consigam estabelecer um consenso sobre o que argumentam acerca da mesma temática.

O humano tem necessidade de classificar, nomear, separar, enquadrar, distinguir este daquele, o normal do anormal e assim sucessivamente construindo as dicotomias sociais. Conforme disseram os autores Duarte e Hardoim “toda e qualquer separação tem como objetivo o destaque e a valorização de um apontamento. Não teria sentido para o homem as classificações se este não tivesse como objetivo central a valoração de um e o descredenciamento do outro⁴”.

Os autores acima citados propuseram um interessante conceito de surdo, aliás, o que eles fizeram foi sugerir um termo substituto para a expressão “sujeito surdo” algo que transcende os limites da condição física do surdo, considerando também a estrutura linguística desse grupo de pessoas. Aduzem Duarte e Hardoim:

Desejo, já em meus escritos, propor o uso do termo SUJEITO VISUAL e não sujeito surdo. Também caracterizar o sujeito pela sua língua e não pela condição física biológica. Quero aqui representar o sujeito que tem uma língua própria, uma estrutura linguística com valores próprios, com empréstimos linguísticos e regras gramaticais. Um sujeito marcado pela língua, ou seja, pela sua constituição mais íntima, a comunicação com os outros, e não pela dita deficiência auditiva – SURDO.⁵

Na literatura especializada de Perlin, encontra-se uma experiência emblemática sob a ótica da identidade surda⁶. Ela ilustra a indagação feita por um indivíduo surdo acerca de sua própria condição. Perlin assevera que, de um lado, tal questionamento é notável, mas, por outro, revela-se lamentável, pois evidencia que os surdos carecem de contato com a história de seus semelhantes e com a sua própria identidade. Ela ainda discorre sobre essa indagação:

4 DUARTE, Anderson Simão; HARDOIM, Edna Lopes. Signo ideológico: o surdo de Aristóteles ao visual da contemporaneidade. **Revista Diálogos**, 2015, 3.2: 48-63. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/3369>. Acesso em: 19 de ago. 2022.

5 DUARTE, Anderson Simão; HARDOIM, Edna Lopes. Signo ideológico: o surdo de Aristóteles ao visual da contemporaneidade. **Revista Diálogos**, 2015, 3.2: 48-63. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/3369>. Acesso em: 19 de ago. 2022.

6 PERLIN, Gladis Teresinha Taschetto. **O ser e o estar sendo surdos: alteridade, diferença e identidade**. 2003. 156f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

Talvez aqui devesse citar o conceito de diáspora que Paul Gilroy cita como um dos conceitos que nos permite compreender algumas das identidades que não tem “pátria” e que não podem simplesmente ser atribuídas a uma única fonte. São sensíveis e também que provocam outras identidades sensíveis.⁷

A identidade surda se constrói de representações possíveis que se moldam de acordo com a representatividade cultural percebida pelo sujeito. A criança surda constrói sua realidade social através da comunicação, ou seja, nas palavras de Dizeu e Caporali “por meio das interações ela passa a se perceber e se identificar com seus pares, estabelecendo, assim, as diferenças entre os indivíduos inseridos em seu meio”⁸. Aduzem ainda os autores:

Quando o sujeito surdo é levado a conviver apenas com uma comunidade ouvinte, sem contato com outros surdos, sua surdez tende a ser ocultada e depreciada. O estigma de deficiente agrava-se a cada dificuldade que essa pessoa irá encontrar para se igualar com o ouvinte. É importante que o surdo se mantenha integrado em sua comunidade, se relacione com seus pares, sem se isolar da comunidade majoritária. O objetivo dessa interação é a constituição da identidade surda, de se aceitar como uma pessoa normal, com potencialidades e limitações, apenas surda.⁹

Nesse sentido, para que o surdo reconheça sua identidade é fundamental que haja contato com sua comunidade, o que favorece a identificação com seus costumes, cultura, língua e, sobretudo, com a singularidade de sua condição. A partir do momento que ocorre a representação do indivíduo como surdo, essas pessoas passam a ter a oportunidade de refletir sobre um universo de discursos a respeito de si mesmas.

Qualquer lugar onde um grupo de surdos se reúne, troca experiências e usa a língua de sinais, é um ambiente construtor de identidade. O que atrai o surdo para a integração é a possibilidade de comunicação que lhes proporcionam participação confortável de convívio, ou seja, uma comunidade linguística. A Declaração Universal dos Direitos Linguísticos – DUDL, assim trata de comunidade linguística:

Artigo 1º. Esta Declaração entende por comunidade linguística toda a sociedade humana que, radicada historicamente num determinado espaço territorial, reconhecido ou não, se identifica como povo e desenvolveu uma língua comum como meio de comunicação natural e de coesão cultural entre os seus membros. A denominação língua própria de um território refere-se ao idioma da comunidade historicamente estabelecida neste espaço.¹⁰

7 PERLIN, Gládis Teresinha Taschetto. **O ser e o estar sendo surdos: alteridade, diferença e identidade**. 2003. 156f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

8 DIZEU, Liliane Correia Toscano de Brito; CAPORALI, Sueli Aparecida. A língua de sinais constituindo o surdo como sujeito. **Educação & Sociedade**, 2005, 26: 583-597. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/LScdWL65Vmp8xsdkJ9rNyNk/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21. ago. 2022.

9 DIZEU, Liliane Correia Toscano de Brito; CAPORALI, Sueli Aparecida. A língua de sinais constituindo o surdo como sujeito. **Educação & Sociedade**, 2005, 26: 583-597. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/LScdWL65Vmp8xsdkJ9rNyNk/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 30. mar. 2023.

10 UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Linguísticos**. Disponível em: <http://www.penclubportugues.org/comites/declaracao-universal-dos-direitos-linguisticos/#:~:text=%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Lingu%C3%ADsticos%20%201,apropriada%20ao%20seu%20desenvolvimento%20pessoal%20ou...%20More%20>. Acesso em: 15 ago. 2022.

A DUDL também considera que ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística é um direito individual inalienável e, portanto, indispensável para que o ser humano se reconheça como tal. Nas palavras de Farias, Cledes e Reis “uma comunidade linguística é capaz de, além de compartilhar de uma mesma língua de origem, compartilhar da mesma cultura, dos mesmos costumes e regras sociais”¹¹.

Então, o reconhecimento de alguns indivíduos como integrante de uma comunidade linguística surda, tem como objetivo colocá-los no centro da discussão sobre pessoas com diferenças linguísticas, transcendendo a ideia da deficiência, ou seja, da ausência da capacidade de ouvir.

Diante disso, ao se discutir o surdo enquanto uma comunidade linguística distinta, a intenção é apresentar a proposição de que os indivíduos surdos constituem uma sociedade que, assim como as demais, esteve imersa em territórios que se desenvolveram de maneira diversa. Contudo, apesar dessas variações, o grupo continua a se reconhecer como parte de um mesmo povo, interligado através da comunicação.

3. ACESSO À JUSTIÇA DA PESSOA SURDA

A busca pelo acesso à justiça tem instigado gerações e animado diversos grupos sociais ao longo dos séculos sem, contudo, deixar de ser atual. Não por acaso, o acesso à justiça foi sublimado ao patamar de direito humano, presente em instrumentos jurídicos de envergadura internacional.¹²

Nas palavras do doutrinador Dirley da Cunha Junior, “o direito de acesso à justiça traduz-se numa das maiores conquistas do Estado democrático de Direito. Manifesta-se pela inafastável prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário para defesa de um direito”¹³.

Em conformidade com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito¹⁴. Com isso proclamou-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que repudia e proíbe qualquer ato ou lei que limite ou condicione o acesso ao Judiciário.

Destarte, também se nota um desdobramento do acesso à justiça através do direito de ação, ou seja, pela declarada garantia de liberdade de acesso a ‘porta de entrada’ do Judiciário com respeito ao devido processo legal. Aproveitou-se a oportunidade para rejeitar a violação e ameaça a esse direito.

Outro aspecto que merece destaque é o eminente relevo conferido ao princípio da dignidade da pessoa humana, que, sem qualquer dúvida, fundamenta o acesso à justiça, o qual é sustentado por todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa. “É uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por

11 FARIAS, Meireane Lima Jardim; Cledes, Carina Gassen Martins; REIS, Dulcilene Saraiva. O DIREITO LINGUÍSTICO DA PESSOA SURDA NO DECURSO DO PROCESSO JUDICIAL: princípios constitucionais, cerceamento e suas implicações. **JusFARO**, 2021, 2.2. Disponível em: <https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/405>. Acesso em: 30 mar. 2023.

12 URQUIZA, Antônio Hilário Aquilera; CORREIA, Adelson Luiz. Acesso à justiça em Cappelletti/Garth e Boaventura de Souza Santos. **Revista de Direito Brasileira**, 2018, 20.8: 305-319. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3844>. Acesso em: 08 set. 2022.

13 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

14 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988.

parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais”¹⁵.

Não obstante, a expressão ‘Justiça’ é, por sua própria natureza, semanticamente ampla e flexível o suficiente para se acomodar às diversas concepções jurídicas, sociológicas e políticas. Isso nos permite concluir que a busca pela justiça íntegra, de forma indissociável, a essência do ser humano, em maior ou menor grau.

Em que pese a amplitude de seu conceito e as variadas maneiras de sua percepção, muitas vezes o acesso à justiça é visto sob as lentes reducionistas do acesso ao Poder Judiciário. Quando na verdade trata-se de um dentre os inúmeros formatos que esse princípio fundamental pode tomar.

O conjunto de normas infraconstitucionais brasileiras dispõe de algumas legislações direcionadas a garantir certos direitos aos cidadãos surdos como forma de eficácia da isonomia. De acordo com a Lei Brasileira de Inclusão (LBI), a criação da norma se fundamenta no dever de “assegurar e prover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a inclusão social e cidadania”¹⁶. Essa mesma lei, define alguns tipos de barreiras que podem interferir na acessibilidade, senão vejamos:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

[...]

d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação;

e) barreiras atitudinais: atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas;

[...]

V - comunicação: forma de interação dos cidadãos que abrange, entre outras opções, as línguas, inclusive a Língua Brasileira de Sinais (Libras), a visualização de textos, o Braille, o sistema de sinalização ou de comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos multimídia, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizados e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, incluindo as tecnologias da informação e das comunicações.¹⁷

A comunicação deve fluir de maneira clara e direta para que a compreensão seja plenamente acessível ao destinatário da mensagem. Entretanto, para as pessoas surdas, esse processo torna-se algo mais complexo. Não adianta o surdo ser claro, direto e preciso em sua comunicação se o destinatário sequer compreende a língua por ele utilizada. A título de analogia, é como um Russo falando em seu idioma nativo para um brasileiro que apenas entende o português

15 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

16 BRASIL. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

17 BRASIL. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília-DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

do Brasil. Embora o Russo possa se expressar com perfeição, o brasileiro não o compreenderá nessas condições, e o mesmo se aplica ao inverso.

De acordo com Da Hora e Oliveira, em mais da metade dos casos nos quais um surdo procura o serviço público no Brasil, a maior barreira enfrentada para a acessibilidade é a atitudinal¹⁸. O grande ‘Golias’ reside precisamente na reprodução de comportamentos discriminatórios por meio de ações, omissões e discursos que não apenas comprometem o fornecimento do serviço público, mas também afetam a autonomia do surdo.

O Poder Judiciário, como uma das funções do Estado brasileiro, tem como atividade principal a realização de julgamentos e o exercício da jurisdição, sendo responsável por garantir o cumprimento da lei e resolver conflitos em casos concretos. Contudo o Judiciário, em sua grande parte, não possui estrutura adequada para atender à necessidade de acessibilidade de todos os públicos, especialmente das pessoas surdas.

3.1. IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DO ACESSO À JUSTIÇA PARA PESSOAS SURDAS

A lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que regulamenta a Língua Brasileira de Sinais, constitui um marco significativo na trajetória histórica das pessoas surdas no Brasil. Este diploma legal reveste-se de crucial importância na salvaguarda de determinados direitos fundamentais dos indivíduos surdos, destacando-se, notadamente, o direito linguístico. Vejamos alguns artigos da lei:

Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema lingüístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema lingüístico de transmissão de idéias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.¹⁹

Esta lei entrou em vigor na data de sua publicação, a saber, em 25 de abril de 2002. Desde então, a Libras é reconhecida como meio legal de comunicação, em paridade com o português. Contudo, no que tange à efetividade desta disposição legal, não se observou um progresso substancial na sociedade brasileira. Dispõe ainda a lei:

Art. 2º Deve ser garantido, por parte do poder público em geral e empresas concessionárias de serviços públicos, formas institucionalizadas de apoiar o uso e difusão da Língua Brasileira de Sinais - Libras como meio de comunicação objetiva e de utilização corrente das comunidades surdas do Brasil.

18 DA HORA, Mariana Marques; DE OLIVEIRA, Ana Nicolle Conceição. PESSOAS SURDAS, DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À JUSTIÇA. *Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social*, 2018, 16.1. Disponível em: <https://www.periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22875>. Acesso em: 19 ago. 2022.

19 BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

Art. 3º As instituições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos de assistência à saúde devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva, de acordo com as normas legais em vigor.²⁰

De acordo com Soares, atualmente é obrigatório que o Estado ofereça informações acessíveis às pessoas com deficiência auditiva em documentos e sítios eletrônico. O amparo jurídico está consubstanciado na lei 13.146 de 2015, especificamente no capítulo II, artigo 63 e subsequentes. Contudo, no que concerne ao atendimento presencial, inexistente uma determinação legislativa específica de plena eficácia, embora o tema tenha respaldo constitucional.²¹

Ao se examinar o acesso à justiça para pessoas surdas sob a perspectiva do atendimento presencial ou por intermédio de meios que não se restrinjam exclusivamente ao uso de máquinas, como é o caso das videoconferências realizadas através do balcão virtual implementado nos tribunais brasileiros, que se tornaram frequentes durante o período pandêmico, evidencia-se a importância crucial da oferta de atendimento em Libras nos setores públicos de maneira mais abrangente.

É necessário ressaltar, novamente, que a comunicação é um meio de fruição dos direitos fundamentais, cuja supressão pode comprometer gravemente diversos outros direitos, tais como o direito à saúde, à informação, à educação e ao acesso à justiça. Sobre o tema, aduz Soares:

Apesar de ser notável a relevância da LIBRAS como um mecanismo de integração e a prestação de um serviço público de qualidade, não se pode deixar de observar os inúmeros obstáculos que a implementação de tal estratégia de atendimento pode trazer, uma vez que a LIBRAS trata-se de um idioma e, como tal, requer profissionais habilitados capazes de atuar como intérpretes e tradutores nas mais variadas situações.²²

Depreende-se, então, que apenas a existência da lei não assegura eficácia capaz de mudar a realidade dos surdos ou de reduzir consideravelmente as barreiras que eles enfrentam no grande abismo entre surdos e ouvintes. Efetivamente, o poder público deve viabilizar meios de garantir a aplicação prática dos dispositivos legais por meio de fiscalização e implementação de políticas públicas direcionadas especificamente ao grupo das pessoas surdas.

O decreto nº 5.626 de 2005, foi criado para regulamentar a lei 10.436 de 2002. Sua primeira contribuição importante foi conceituar, juridicamente, a pessoa surda e o deficiente auditivo. Na definição trazida pelo decreto, torna-se ainda mais evidente a multidisciplinaridade da temática. Vejamos o que aduz o texto do artigo segundo deste decreto:

20 BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

21 SOARES, Alexandre Silva. Libras no serviço público brasileiro: ferramenta de acesso à cidadania. **Bachelor's Thesis.** Brasil, 2021. Disponível em: https://repository.ufrpe.br/bitstream/123456789/3115/1/tcc_art_alexandresilvasoares.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

22 SOARES, Alexandre Silva. Libras no serviço público brasileiro: ferramenta de acesso à cidadania. **Bachelor's Thesis.** Brasil, 2021. Disponível em: https://repository.ufrpe.br/bitstream/123456789/3115/1/tcc_art_alexandresilvasoares.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

Art. 2º Para os fins deste Decreto, considera-se pessoa surda aquela que, por ter perda auditiva, compreende e interage com o mundo por meio de experiências visuais, manifestando sua cultura principalmente pelo uso da Língua Brasileira de Sinais - Libras.
Parágrafo único. Considera-se deficiência auditiva a perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz.²³

Outro aspecto relevante e intimamente relacionado ao acesso à justiça para surdos, abordado nesse decreto, é a regulamentação sobre a educação dos surdos no Brasil. Nas palavras de Souza: “evidencia-se a imprescindibilidade do uso e difusão da língua de sinais no ensino às pessoas surdas, destacando as instituições educação e o dever de inclusão da Libras na grade curricular dos cursos de formação de professores” (SOUZA, 2022, p. 22).

Durante a análise do dispositivo legal, outras temáticas foram abordadas, como a formação do intérprete de Libras, a garantia do direito à saúde das pessoas surdas e o papel do poder público e das empresas que detêm concessão ou permissão de serviços públicos, no apoio ao uso e difusão da Libras. Sobre este último tema, convém destacar o artigo vinte e seis, vejamos:

Art. 26. O Poder Público, as empresas concessionárias de serviços públicos e os órgãos da administração pública federal, direta e indireta, deverão garantir às pessoas surdas ou com deficiência auditiva o seu efetivo e amplo atendimento, por meio do uso e da difusão da Libras e da tradução e da interpretação de Libras - Língua Portuguesa.

§ 1º Para garantir a difusão da Libras, as instituições de que trata o caput deverão dispor de, no mínimo, cinco por cento de servidores, funcionários ou empregados com capacitação básica em Libras (BRASIL, 2005).

A previsão do parágrafo acima continua sendo uma utopia, mesmo após quase dezesseis anos de vigência do decreto. Infelizmente, no que diz respeito ao acesso à justiça das pessoas surdas, essa realidade não é uma exceção. No intuito de saber informações detalhadas sobre os índices de servidores, funcionários ou empregados públicos no judiciário brasileiro que estão devidamente capacitados para interpretar a Libras, recorreu-se à ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça.

De acordo com a Comissão de Acessibilidade e Inclusão do CNJ, não há dados específicos acerca da capacitação em Libras no âmbito do Poder Judiciário. Todavia, foi ressaltado que a resolução 401 estabeleceu indicadores para a comunicação em Libras, que serão incluídos na Balança de Sustentabilidade do Poder Judiciário anualmente pelo CNJ, coordenado pelo Departamento de Pesquisa Judiciária. Assim, o questionamento foi encaminhado à Secretaria de Gestão de Pessoas do CNJ que respondeu:

Em resposta ao questionamento formulado, a Secretaria de Gestão de Pessoas informa que este Conselho editou Resolução nº 401, de 16/06/2021, que dispõe sobre o desenvolvimento de diretrizes de acessibilidade e inclusão de pessoas com deficiência nos órgãos do Poder Judiciário e de seus serviços auxiliares, e regulamenta o funcionamento de unidades de acessibilidade e inclusão. De acordo com os artigos 8º e 9º, em contratos que envolvam atendimento ao público,

23 BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110436.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

devem estar previstos no instrumento de contratação postos de trabalho a serem ocupados por pessoas aptas em comunicação em Libras e cada órgão do Poder Judiciário deverá dispor de, pelo menos, 5% (cinco por cento) de servidores(as) com capacitação básica em Libras, nos termos do Decreto no 9.656/2018. Contudo, quanto a quantidade de servidores capacitados em libras, informamos que esta SGP é unidade de gestão de pessoas interna do Conselho Nacional de Justiça e, assim, não dispõe da informação requerida quanto ao Poder Judiciário. Quanto aos servidores do CNJ informamos que, a despeito das ofertas de capacitação, não há servidores capacitados em libras (CNJ, 2022).²⁴

Por fim, as narrativas abordadas até o momento evidenciam que há muito a ser modificado e desenvolvido para aproximar o exercício do acesso à justiça dos surdos da plenitude desejada.

Além disso, é importante destacar que o Conselho Nacional de Justiça, órgão do poder judiciário, com competência descrita no § 4º do Art. 103-B da CRFB/88, é uma instituição pública voltada para o aperfeiçoamento do trabalho do Judiciário brasileiro. Embora sua visão de futuro seja garantir a eficiência, transparência e responsabilidade social da Justiça, o avanço nesse aspecto ainda tem sido lento.

4. BARREIRAS COMUNICACIONAIS: A PRINCIPAL DIFICULDADE DA PESSOA SURDA PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

Quando o assunto é acessibilidade, geralmente as primeiras ideias que vêm à mente são as adaptações físicas dos locais, como rampas de acesso, portas mais largas, pisos táteis e outras estruturas similares. Porém, quando se trata de promover a acessibilidade linguística para a comunidade surda, essas questões costumam ser colocadas em segundo plano. É comum encontrar em locais de atendimento ao público assentos e filas preferenciais para gestantes, idoso, deficientes físicos e visuais, mas o surdo é relegado. Não é habitual encontrar, em órgãos públicos, indicações de suporte específico para atender a essa população.

Diante dessa realidade, é essencial abordar a principal dificuldade que a pessoa surda enfrenta para exercer seu direito de acesso à justiça: a barreira comunicacional. Esse tema é crucial para garantir a inclusão social eficaz das pessoas surdas na sociedade, além de reconhecer seus direitos humanos fundamentais ao acesso à justiça, liberdade, autonomia e dignidade, reafirmando-os como sujeitos de direitos e obrigações na ordem jurídica.

4.1. O QUE DIZ A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE AS BARREIRAS COMUNICACIONAIS

Legalmente, o termo ‘barreira comunicacional’ foi utilizado pela primeira vez na lei 10.098, de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade de pessoas deficientes ou com mobilidade reduzida. Vejamos como dispõe o texto legal:

²⁴ Resposta fornecida pelo CNJ ao pedido de informação nº 354326, registrado na ouvidoria do próprio Conselho em 30 de setembro de 2022.

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

II - barreiras: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros, classificadas em: (...)

d) barreiras nas comunicações e na informação: qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens e de informações por intermédio de sistemas de comunicação e de tecnologia da informação.²⁵

Importante ressaltar que a redação da alínea “d” foi trazida pela lei 13.146 de 2015. Antes disso, a definição de barreiras na comunicação era a seguinte: “qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa; ²⁶”.

A alteração é sutil, entretanto, bastante relevante. A princípio, no que diz respeito ao alcance da norma, sua abrangência era notoriamente menor por não incluir no texto normativo os termos ‘atitude ou comportamento’ e ‘tecnologia da informação’.

Isso não significa que a lei era omissa em certos pontos; é necessário considerar que os fatos, as tecnologias e contexto histórico da elaboração da norma em seu texto original eram considerado suficiente para alcançar seu objetivo. Mas, não se pode negar que a evolução da sociedade, em amplo aspecto, gerou a necessidade da ampliação normativa, tornando-a mais abrangente e adequada.

De toda forma, a intenção da lei é assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais das pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. Para isso, é necessário identificar as barreiras e ultrapasá-las.

O preâmbulo da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência é onde está a primeira menção ao termo ‘barreira’. Inicialmente, menciona-se barreiras atitudinais e ambientais como impedimentos à participação efetiva das pessoas com deficiência na sociedade.

Nenhuma parte da Convenção utiliza o termo ‘barreira comunicacional’ expressamente, mas ela é abordada indiretamente em diversas partes do documento legal. É justamente essa interpretação mais axiológica e menos voltada a subsunção que pretende-se expor de forma crítica. Observemos o trecho do artigo 1º: “pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”²⁷.

25 BRASIL. **Lei nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

26 BRASIL. **Lei nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em: 28 out. 2022.

27 ONU. **Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo**. Assembleia Geral das Nações Unidas, [2006]. Disponível em: [Convenção \(unfpa.org.br\)](https://www.unhcr.org/refugees/pt/convencao-dos-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-e-protocolo-facultativo). Acesso em: 15 maio 2022.

Quando se menciona, de maneira genérica, ‘diversas barreiras’, inclui-se a barreira comunicacional. Basta fazer a leitura conjunta do trecho acima destacado com uma parte do artigo 2º, que trata das definições e propósitos da Convenção, senão vejamos:

Para os propósitos da presente Convenção:

“Comunicação” abrange as línguas, a visualização de textos, o braile, a comunicação tátil, os caracteres ampliados, os dispositivos de multimídia acessível, assim como a linguagem simples, escrita e oral, os sistemas auditivos e os meios de voz digitalizada e os modos, meios e formatos aumentativos e alternativos de comunicação, inclusive a tecnologia da informação e comunicação;

“Língua” abrange as línguas faladas e de sinais e outras formas de comunicação não-falada.²⁸

Logo, se a Convenção busca adotar medidas apropriadas para assegurar o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, e diversos outros direitos especialmente das pessoas com deficiência, então superar as barreiras comunicacionais faz parte dos obstáculos a serem enfrentados, ainda que não esteja expressamente previsto como objetivo da Convenção. Posteriormente no artigo 9º, ainda pode-se observar o seguinte texto:

[...] Estas medidas, que deverão incluir a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, deverão ser aplicadas, entre outros, a:

(...)

b. Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.²⁹

Portanto, a eliminação das barreiras de acessibilidade aplicadas à comunicação é, na verdade, a superação das barreiras comunicacionais. Essas barreiras, de acordo com Garcia, são obstáculos que se interpõem entre a pessoa com deficiência e as demais, impedindo a plena comunicação, seja pela dificuldade na transmissão de informações ou pela utilização de uma língua ainda minoritária, como a Libras³⁰.

4.2. O PRIMEIRO JURI DO BRASIL COM TRADUÇÃO EM LIBRAS ACONTECEU DEPOIS DE UMA DÉCADA DA REGULAMENTAÇÃO DA LEI 10.436 DE 2002

De acordo com informações oriundas do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), a Comarca de Itabuna protagonizou o primeiro Júri em território brasileiro que contou com a tradução simultânea em Língua Brasileira de Sinais (Libras).³¹ Tal empreendimento foi

28 ONU. **Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo**. Assembleia Geral das Nações Unidas, [2006]. Disponível em: [Convenção \(unfpa.org.br\)](http://convencao.unfpa.org.br). Acesso em: 15 maio 2022.

29 ONU. **Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo**. Assembleia Geral das Nações Unidas, [2006]. Disponível em: [Convenção \(unfpa.org.br\)](http://convencao.unfpa.org.br). Acesso em: 15 maio 2022.

30 POTTMEIER, Sandra, et al. Servidores com deficiência na universidade: barreiras para a inclusão. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, 2019, 14.4: 2377-2397. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6198/619864610018/html/>. Acesso em: 14 out. 2022.

31 Matéria Libras TJBA. Produção de Moisés Biseti. Bahia: TJBA, 2018, online. Disponível em: https://youtu.be/PU7qbgrEBf8?si=_Jon86xo9K-nKKzh. Acesso em: 06 ago. 2024.

promovido pela juíza de direito Márcia Cristie Leite Vieira e reuniu quarenta indivíduos surdos na plateia.

Moabe Souza dos Santos, presidente da Associação dos Surdos de Itabuna no ano de 2017, declarou à equipe do TJBA que ficou profundamente satisfeito com a iniciativa da magistrada, sobretudo pela possibilidade de disseminar essa realidade pelo Brasil afora.

Os intérpretes também compartilharam suas impressões, descrevendo a experiência como marcante. Neuma Souza Santos, uma das intérpretes, asseverou que a realização deste júri proporcionou uma nova perspectiva sobre a comunidade surda. Segundo ela, a surdez representa uma deficiência invisível, vez que as pessoas frequentemente não percebem os surdos, a menos que estejam interagindo por meio da linguagem de sinais, e mesmo assim, muitas vezes são ignorados.

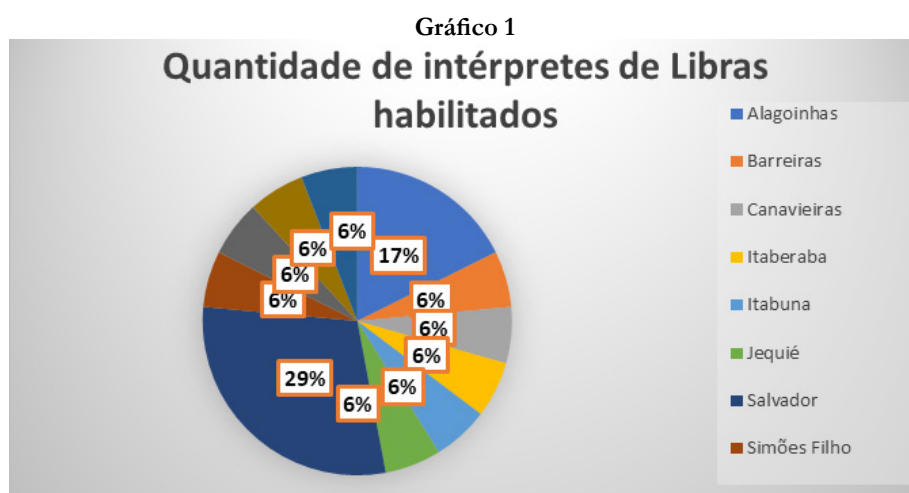
Wolney Almeida, outro intérprete, afirmou que, além das questões legislativas que asseguram os direitos dos surdos, há o cidadão, o indivíduo com surdez e suas peculiaridades comunicativas. Ele acredita que a Libras é imprescindível nesse processo e que é necessário que seu conhecimento transborde os limites do papel, sendo efetivamente praticada.

Raithiman Átila, um estudante universitário, surdo, presente na ação, relatou encontrar barreiras em todas as esferas da vida, obstáculos que muitas vezes a lei não prevê. Ele expôs as dificuldades em comunicar-se com sua família, expressar-se entre alguns amigos, conseguir emprego, evidenciando que sua jornada é marcada por complexidades adicionais.

Esses testemunhos evidenciam o que pode ser considerado apenas a superfície do grande ‘iceberg’ da experiência dos surdos, uma amostra das barreiras enfrentadas, das quais a mais imponente é a comunicacional.

4.3. LEVANTAMENTO SOBRE A ATUAÇÃO DOS INTÉRPRETES DE LIBRAS NA JUSTIÇA ESTADUAL BAIANA

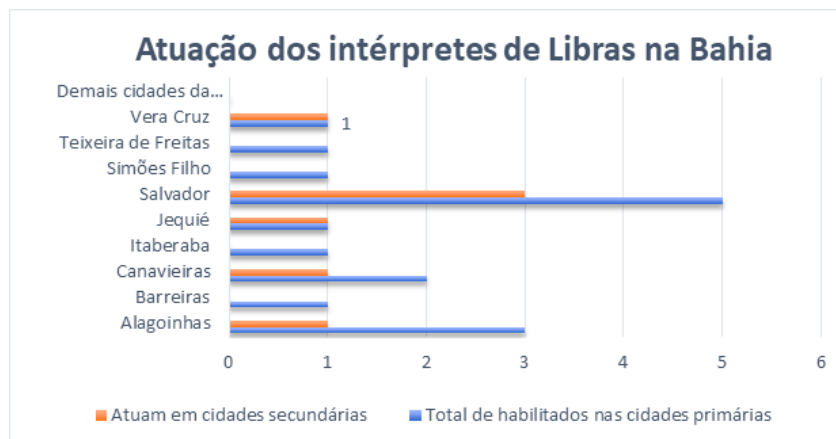
A Bahia possui 417 municípios. Para atender às demandas judiciais dos cidadãos do Estado, de acordo com a Corregedoria Geral de Justiça da Bahia, até novembro de 2022, havia 203 Comarcas ativas. Com intuito de tentar entender qual a realidade da acessibilidade para surdos na justiça comum baiana, foram coletados dados a partir das informações disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJBA. Vejamos o gráfico abaixo:



Fonte: Elaboração própria a partir de dados disponibilizados pelo TJBA em 2022.

Existem somente 16 intérpretes de Libras habilitados como peritos para atuar nas demandas judiciais que tramitam na justiça estadual em todo estado da Bahia. Este número revela-se substancialmente aquém do esperado quando comparado ao percentual estipulado pelo decreto nº 5.626 de 2005 e pela resolução 401 do CNJ. Em certa medida, tais cifras ilustram a magnitude das dificuldades enfrentadas pelos surdos ao buscar à justiça.

Gráfico 2



Fonte: Elaboração própria a partir de dados disponibilizados pelo TJBA em 2022.

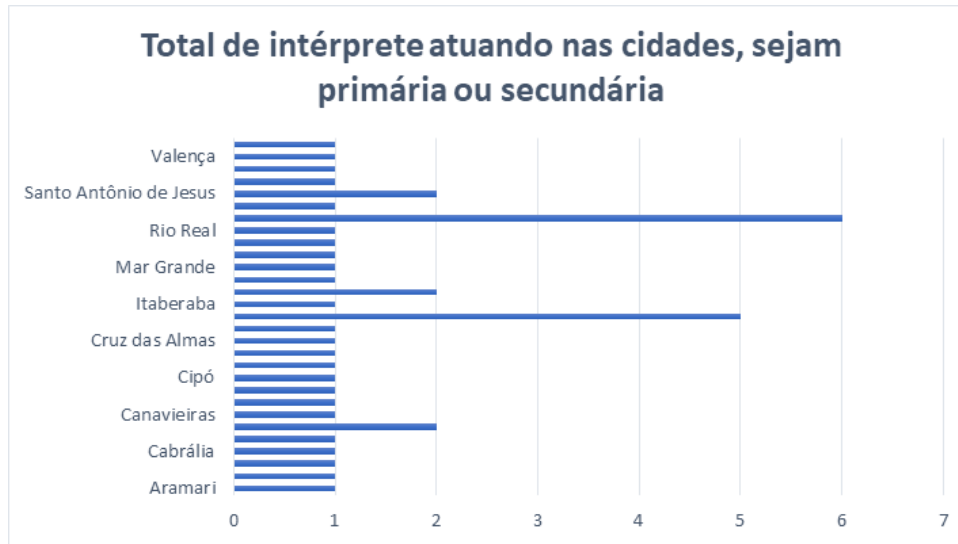
No gráfico acima, é possível observar que alguns intérpretes estão cadastrados como peritos em uma cidade primária e outras cidades secundárias. As cidades primárias referem-se àquelas onde os intérpretes priorizam sua atuação, enquanto as cidades secundárias são os locais adicionais de atuação. Todas no âmbito da justiça estadual baiana.

Com isso, constata-se, por exemplo, que um dos peritos que atua em Alagoinhas como primária também desempenha suas atividades nas cidades de Aramari, Feira de Santana, Rio Real e Boa União como cidades secundárias. O mesmo se aplica ao intérprete que atua em Canavieiras, com cidade secundária de atuação em Una, Cabrália e Porto Seguro.

Ao analisar a realidade da capital do estado, Salvador, observa-se um leque ainda mais amplo de cidades secundárias. Quem atua em Salvador como cidade primária também atua em Lauro de Freitas, Feira de Santana, Camaçari, Cachoeira, Alagoinhas, Valença, Itaberaba, Cruz das Almas, Capim Grosso, Conceição do Coité, Candeias, Santo Amaro, Cipó, Santo Antônio de Jesus, Conde, Simões Filho, Dias D'Ávila, Arembepe, Madre de Deus, Mar Grande, Mata de São João e São Francisco do Conde.

Por fim, o intérprete que atua na cidade de Vera Cruz, desenvolve suas atividades secundárias em Salvador e Santo Antônio de Jesus. Assim, abrangendo todas as cidades, sejam primárias ou secundárias, as únicas que possuem intérprete habilitado para atuar, de acordo com informações extraídas do próprio TJBA, são as indicadas no gráfico a seguir.

Gráfico 3



Fonte: Elaboração própria a partir de dados disponibilizados pelo TJBA em 2022.

Dessa forma, foi apresentada a situação atual da justiça estadual baiana no que se refere ao acesso dos surdos à justiça e destacado um dos principais desafios: implementar ações concretas para a profissionalização dos intérpretes de Libras-Português.

Por essa razão, espera-se que o poder público reconheça as pessoas surdas como um grupo de cidadãos em busca de seus direitos e adote uma postura ativa para garantir a maior qualidade nos serviços de tradução e de interpretação de Libras. Assim será proporcionado um acesso à justiça social no Poder Judiciário para as pessoas surdas, que de acordo com o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2010, somavam cerca de 9,7 milhões de brasileiros.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciar este artigo, verificou-se uma considerável dificuldade no acesso à justiça dos surdos à justiça na Bahia. Apesar da existência de legislação no ordenamento jurídico brasileiro destinada à proteção dos direitos dos surdos em diversos setores, os obstáculos permanecem substanciais.

Diante disso, a pesquisa partiu do problema da falta de efetividade do direito fundamental de acesso à justiça assegurado pelo judiciário à comunidade surda. Durante o desenvolvimento do artigo, verificou-se um elevado grau de ineficácia da legislação que trata da acessibilidade dos surdos no acesso à justiça.

Com isso, foi possível resolver ao problema de pesquisa da seguinte forma: a lei existe, mas sua eficácia é questionável. Não há fiscalização adequada de seu cumprimento, e o próprio CNJ não exerce controle ou garante a implementação da determinação legal central que estipula o dever dos órgãos público de contar com, no mínimo, cinco por cento de servidores, funcionários ou empregados com capacitação básica em Libras.

Nessa conjuntura de pesquisa, o objetivo geral foi demonstrar que, embora possa haver acesso à Justiça (Judiciário) aos surdos, não há acesso à justiça que assegure a equidade social. Constatou-se que este objetivo foi parcialmente atingido, uma vez que foram abordados casos que evidenciam a falta de acesso à justiça para os surdos tanto na justiça estadual baiana quan-

to nos aspectos de equidade social. Foi demonstrado que, quando a pessoa surda é mantida em uma comunidade majoritariamente ouvinte, sem contato com outros surdos, sua surdez tende a ser invisibilizada, aumentando o estigma da deficiência. O mesmo fenômeno ocorre no Poder Judiciário devido à escassez de intérpretes.

O objetivo específico inicial do trabalho foi contextualizar as pessoas surdas como uma comunidade linguística distinta e carente de atenção do Estado. Este objetivo foi alcançado no segundo capítulo, do qual se extraiu a conclusão de que, tanto do ponto de vista jurídico, quanto da própria comunidade surda, os desafios são os mesmos e estão intrinsecamente ligados a comunicação.

O segundo objetivo específico foi expor as dificuldades da comunidade surda ao exercer o direito fundamental ao acesso à justiça. Para tanto propôs-se a averiguar o acesso à justiça da pessoa surda no Brasil, partindo das leis federais brasileiras. A discussão sobre o tema levou a conclusão de que a mera existência da lei não assegura a eficácia necessária para transformar a realidade dos surdos ou reduzir significativamente as barreiras que eles enfrentam no grande abismo entre surdos e ouvintes.

No último objetivo específico, buscou-se comprovar a existência de barreiras linguísticas estruturalmente impostas à comunidade surda para o exercício do direito fundamental ao acesso à justiça na Bahia. Para isso, foi realizado um levantamento em todas as cidades da Bahia, divididas em 203 Comarcas, para determinar o número de intérpretes de Libras em cada uma delas. Observou-se, então, que a lei não está sendo efetivamente cumprida. Nenhuma das Comarcas atende ao índice mínimo de 5% dos servidores capacitados em Libras. Em toda Bahia, há apenas 16 intérpretes habilitados, conforme dados do TJBA.

A análise dos capítulos revelou que o exercício da maioria dos direitos fundamentais, incluindo o acesso à justiça, é indissociável dos direitos linguísticos e comunicacionais dos surdos. A própria história dos surdos está profundamente ligada ao desenvolvimento da educação voltada para pessoas com surdez.

Como consequência da pesquisa, foram propostas algumas maneiras de aprimorar o acesso à justiça para as pessoas surdas. A sugestão principal é destinar parte do orçamento do Fundo de Aparentamento Judiciário (FAJ) para projetos de capacitação de servidores em Libras. O objetivo deste Fundo é prover recursos para o reequipamento material dos serviços da Justiça do Estado, bem como para atividades, programas e projetos relacionados à manutenção do Poder Judiciário.

Em 2020 e 2021, respectivamente, o FAJ contou com orçamentos de pouco mais de 57 milhões e pouco mais de 63 milhões de reais em cada ano. Acredita-se que o investimento de parte desses recursos na capacitação dos membros do Judiciário baiano poderia, progressivamente, transformar a realidade do acesso à justiça para os surdos.

A formação de parcerias com a Universidade Corporativa do Poder Judiciário da Bahia e com a Escola de Magistrados da Bahia para a oferta de cursos de capacitação em Libras representa uma opção para aumentar os índices de acessibilidade dos surdos nos ambientes do Poder Judiciário e, assim, contribuir para o acesso à justiça.

Dessa forma, espera-se que o assunto abordado neste trabalho sirva como ponto de referência para a discussão do tema. Não se pretendeu esgotar toda a temática, mas proporcionar um debate aprofundado sobre o assunto, de modo a aprimorar a discussão e trazer à tona informações relevantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 5.626 de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm. Acesso em: 28 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em: 28 out. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm. Acesso em: 28 out. 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279046768.pdf. Acesso em 15 maio 2022.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- DA HORA, Mariana Marques; DE OLIVEIRA, Ana Nicolle Conceição. PESSOAS SURDAS, DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À JUSTIÇA. **Anais do XVI Encontro Nacional de Pesquisadores em Serviço Social**, 2018, 16.1. Disponível em: <https://www.periodicos.ufes.br/abepss/article/view/22875>. Acesso em: 19 ago. 2022.
- DIZEU, Liliane Correia Toscano de Brito; CAPORALI, Sueli Aparecida. A língua de sinais constituindo o surdo como sujeito. **Educação & Sociedade**, 2005, 26: 583-597. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/LScdWL65Vmp8xsdkJ9rNyNk/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 21. ago. 2022.
- DUARTE, Anderson Simão; HARDOIM, Edna Lopes. Signo ideológico: o surdo de Aristóteles ao visual da contemporaneidade. **Revista Diálogos**, 2015, 3.2: 48-63. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/revdia/article/view/3369>. Acesso em: 19 de ago. 2022.
- FARIAS, Meireane Lima Jardim; Cledes, Carina Gassen Martins; REIS, Dulcilene Saraiva. O DIREITO LINGUÍSTICO DA PESSOA SURDA NO DECURSO DO PROCESSO JUDICIAL: princípios constitucionais, cerceamento e suas implicações. **JusFARO**, 2021, 2.2. Disponível em: <https://revistas.faro.edu.br/JUSFARO/article/view/405>. Acesso em: 29 ago. 2022.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ONU. **Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Protocolo Facultativo**. Assembléia Geral das Nações Unidas, [2006]. Disponível em: [Convenção \(unfpa.org.br\)](https://www.unhcr.org/refugees/pt/convencao-dos-direitos-das-pessoas-com-deficiencia-e-protocolo-facultativo). Acesso em: 15 maio 2022.
- PERLIN, Gladis Teresinha Taschetto. **O ser e o estar sendo surdos: alteridade, diferença e identidade**. 2003. 156f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.
- POTTMEIER, Sandra, et al. Servidores com deficiência na universidade: barreiras para a inclusão. **Revista Ibero-Americana de Estudos em Educação**, 2019, 14.4: 2377-2397. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6198/619864610018/html/>. Acesso em: 14 out. 2022.
- SOARES, Alexandre Silva. Libras no serviço público brasileiro: ferramenta de acesso à cidadania. **Bachelor's Thesis**. Brasil, 2021. Disponível em: https://repository.ufrpe.br/bitstream/123456789/3115/1/tcc_art_alexandresilvasoares.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

SOARES, Deborah Cutrim Penha. Alcance do princípio do livre acesso à justiça por pessoas com deficiência auditiva: estudo comparativo entre os fóruns de Ceilândia e Brasília. **UNICEPLAC**, 2021. Disponível em: https://dspace.uniceplac.edu.br/bitstream/123456789/1054/1/Deborah%20Cutrim%20Penha%20Soares_0007932.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

SOUZA, Michel Faria de. **A história do acesso à justiça no Brasil**. Disponível em: https://www.academia.edu/23297405/A_Hist%C3%B3ria_do_Acesso_%C3%A0_justi%C3%A7a_no_Brasil. Acesso em 15 jul. 2022.

UNESCO. **Declaração de Salamanca Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais. Espanha de 1994**. Disponível em: [https://www.pnl2027.gov.pt/np4Admin/%7B\\$clientServletPath%7D/?newsId=1011&fileName=Declaracao_Salamanca.pdf](https://www.pnl2027.gov.pt/np4Admin/%7B$clientServletPath%7D/?newsId=1011&fileName=Declaracao_Salamanca.pdf). Acesso em: 28 out. 2022.

UNESCO. **Declaração Universal dos Direitos Lingüísticos**. Disponível em: <http://www.penclubeportugues.org/comites/declaracao-universal-dos-direitos-linguisticos/#:~:text=%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Lingu%C3%ADsticos%20%201,apropriada%20ao%20seu%20desenvolvimento%20pessoal%20ou...%20More%20>. Acesso em: 15 ago. 2022.

URQUIZA, Antônio Hilário Aquilera; CORREIA, Adelson Luiz. Acesso à justiça em Cappelletti/Garth e Boaventura de Souza Santos. **Revista de Direito Brasileira**, 2018, 20.8: 305-319. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3844>. Acesso em: 08 set. 2022.

NATUREZA JURÍDICA DO DESPACHO DE RESERVA: DECISÃO JUDICIAL OU MERO DESPACHO?

LEGAL NATURE OF THE RESERVATION ORDER: JUDICIAL DECISION OR MERE ORDER?

Júlio César Ferreira¹

Gustavo Machado²

RESUMO: Este artigo versa sobre a análise do teor decisório do despacho de reserva, aqui compreendido como o ato judicial que posterga o julgamento da tutela provisória para oportunidade ulterior à implementação do contraditório. Possui por objetivo definir se, em face do reconhecimento da natureza jurídica de decisão, é cabível a interposição de agravo de instrumento em seu desfavor. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, tendo sido a técnica de pesquisa eleita a bibliográfica, com o emprego de dados qualitativos. Chegou-se à conclusão de que o despacho de reserva efetivamente pode ser reconhecido como decisão judicial, diante do fato de que equivale à não concessão de uma tutela provisória (ao menos não no momento tempestivo). Diante disso, é possível sustentar sua recorribilidade pela via do agravo de instrumento, lançando mão da taxatividade mitigada.

Palavras-chave: Despacho de reserva. Tutela provisória. Decisão judicial. Agravo de instrumento.

ABSTRACT: This article concerns the analysis of the decisional content of the reservation order, herein understood as the judicial act that defers the judgment of provisional relief to a subsequent opportunity after the implementation of due process. Its objective is to determine whether, in light of the recognition of the legal nature of the decision, the filing of an interlocutory appeal against it is admissible. The method of approach is hypothetical-deductive, and the chosen research technique is bibliographic, employing qualitative data. It has been concluded that the reservation order can indeed be recognized as a judicial decision, given that it is equivalent to the denial of provisional relief (at least not at the timely moment). Therefore, it is possible to argue for its appealability through the avenue of interlocutory appeal, invoking the mitigated taxativity.

Keywords: Reservation order. Provisional guardianship. Judicial decision. Interlocutory appeal.

1 Graduação em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Advogado. E-mail para contato: juliocearfsousaf@gmail.com.

2 Graduação em Direito pela Universidade Regional do Cariri. Pós-graduado em Prática Previdenciária pela Legale Educacional. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Legale Educacional. Advogado. E-mail para contato: gustavo-machadoreb@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Na praxe forense, não é incomum que seja encontrado ato do magistrado que determine a apreciação da tutela provisória a momento posterior à integração do contraditório. A esse ato, deu-se o nome, doutrinariamente, de “despacho de reserva”³.

O ato em comento, apesar de sua aparente singeleza, enseja as mais diversas sortes de polêmicas, sobretudo na seara jurisprudencial. A discussão gravita em torno do seu caráter decisório (ou não), e a resposta a esta indagação gera consequências significativas, mormente no âmbito da recorribilidade. Trocando em miúdos, caso se reconheça se tratar de uma decisão, viabiliza-se o manejo de agravo de instrumento. Do contrário, em sendo um “mero despacho”, não se pode dele recorrer.

O presente artigo, portanto, pretende perscrutar os argumentos elencados pelos doutrinadores e pelos Tribunais para verificar se, realmente, deve-se concluir pelo teor decisório do ato judicial em comento.

O método de abordagem adotado foi o hipotético-dedutivo. A hipótese a ser desenvolvida é a de que o despacho de reserva, a despeito do nome escolhido, configura decisão judicial, permitindo a utilização de agravo de instrumento. A técnica de pesquisa selecionada foi a bibliográfica, com análise de artigos, dissertações, teses e julgados.

2. O QUE É UMA DECISÃO JUDICIAL? UMA NECESSÁRIA TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 dedica uma seção aos pronunciamentos do juiz, localizada entre os artigos 203 e 205. O dispositivo inaugural elenca-os como sentença, decisão interlocutória e despacho.

Abram-se parênteses. É possível que se indague, inicialmente, qual é a razão da sistematização dos mencionados pronunciamentos. A resposta é evidente: necessidade de estruturação do sistema recursal. Apenas para mencionar alguns exemplos, “dos despachos não cabe recurso”, e “da sentença cabe apelação”, conforme fazem prova os artigos 1.001 e 1.009 do *Codex*, respectivamente.

Neste passo, retomando o ora citado artigo 203, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴ dão o tom: “Dos atos que pratica no processo, os pronunciamentos judiciais são aqueles pelos quais o magistrado (i) decide uma questão ou (ii) simplesmente impulsiona o procedimento, fazendo com que ele avance em suas fases”. Aos primeiros, com inegável caráter decisório, dá-se o nome de decisões *lato sensu*, ao passo que os segundos recebem a nomenclatura de despacho⁵.

3 MELO, Melquizedeck Monteiro. O despacho de reserva e a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, ano 33, n.1, 2021.

4 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

5 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

A despeito da simplicidade que o tema aparenta ostentar, uma análise um pouco mais aprofundada demonstra algumas complicações. Em que pese ser a importância assumida pelo assunto, poucas são as páginas (não só na literatura brasileira, mas também na estrangeira) reservadas à conceituação de uma decisão judicial. Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁶, a propósito do tema, confessa: “A grande dificuldade para expor a questão nos moldes propostos está em que, ao contrário dos modelos analítico e hermenêutico, uma teoria dogmática geral da decisão não chegou a receber, na tradição, nenhuma forma de acabamento”.

O quadro resta agravado quando se analisa as poucas linhas escritas acerca do tema, que, não raro, mostram-se ou insuficientes, ou inadequadas. Inobstante, faz-se necessário, para fins de desenvolvimento do presente trabalho, enfrentar alguns posicionamentos doutrinários, expondo em que aspectos pecaram, e propondo, ao fim e ao cabo, uma conceituação de decisão judicial, sem qualquer pretensão, a toda evidência, de dar a última palavra acerca do assunto. Afinal, “o conceito admite contestação, acréscimo ou mudança em seu objeto”⁷.

Didier Jr., Braga e Oliveira⁸ sustentam que “o CPC, nos artigos 485 a 487, disciplina a ‘sentença’. ‘Sentença’, neste caso, é termo que designa, por metonímia, qualquer decisão judicial; ‘sentença’, neste sentido, é gênero”. Daqui, extrai-se que, para o processualista baiano, decisão judicial e sentença são sinônimos. Entretanto, esse não parece ser o caminho mais acertado a ser seguido. Toma-se espécie por gênero. Adotar esse entendimento geraria inegável confusão, pois existem pronunciamentos de teor decisório que não se configuram como sentença, *n.g.*, a decisão interlocutória que julga parcialmente o mérito, nos ditames do artigo 356 do Código.

De outra banda, existe posicionamento doutrinário e jurisprudencial na direção de que a distinção entre decisão e despacho é gizada a partir da presença ou não de prejuízo às partes⁹. Antônio do Passo Cabral¹⁰ rechaça essa diretriz, argumentando: “O critério da lesividade da resolução para identificar uma decisão não pode ser endossado porque claramente falho. Existem decisões, como as homologatórias (p. ex., de transação), que não produzem nenhum prejuízo às partes”.

6 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.

7 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. 1º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. 564 p.

8 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

9 Veja-se, a título ilustrativo, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 555142/RJ – Rio de Janeiro. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REMESSA DE CÓPIAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. APURAÇÃO DE EVENTUAL CRIME. ART. 40 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESPACHO. CONTEÚDO DECISÓRIO. INEXISTÊNCIA. IRRECORRIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Na linha da jurisprudência desta Corte, “não tem conteúdo decisório o despacho que remete cópias ao Ministério Público para a apuração de eventual crime, dando estrito cumprimento ao que dispõe o art. 40 do Código de Processo Penal” (AgRg no AREsp n. 398.875/PR, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 11/6/2014). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Antônio Carlos Ferreira, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=20140186090&dt_publicacao=16/12/2014. Acesso em: 28 jan. 2024.

10 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão**: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

Resvalando por esta senda, não se mostra descabido trazer à baila a percepção de Gouveia Filho¹¹ (2020, p. 178), que, partindo da premissa de que “Questão” corresponde a qualquer objeto de conhecimento judicial, assevera que as decisões judiciais têm o propósito de resolver Questões. *A contrario sensu*, “nos autênticos despachos, conquanto, por sua propriedade linguística, haja conhecimento de algo, o fim não é de resolução de questão. Não se analisa para solucionar, mas sim com o escopo de ordenar o feito, fazer com que a marcha procedimental siga”. Comungando desse pensamento, Daniel Neves¹² reforça: “A distinção em meu entender [entre decisão e despacho] deve ser feita partindo-se da premissa de possibilidade legal de resolver a questão incidental em outro sentido”.

O critério ventilado é alvo de críticas: “Podemos identificar atos judiciais não decisórios, que ainda assim serão pronunciamentos dos quais resulta a resolução de uma questão, mas por meio dos quais não há aplicação do direito”¹³. Portanto, em busca de um conceito acurado, Cabral¹⁴ enuncia: “O traço distintivo das decisões judiciais é que, após o ato intelectual, cognitivo, de formação da *opinio*, segue-se um *comando aplicativo* do direito objetivo ao caso”. Arremata o processualista: “A decisão é um ato de vontade estatal que tem por objetivo *aplicar o direito ao caso*, a fim de *produzir efeitos jurídicos* na esfera dos sujeitos envolvidos”¹⁵.

Com efeito, esse parece o melhor entendimento a ser perfilhado: a decisão judicial é ato que, a um só tempo, realiza uma cognição e determina um comando de aplicação do direito ao caso concreto. Saliente-se que o comando “é conceito utilizado no sentido de implementação de um efeito jurídico ou, no mínimo, de uma ordem para que se implemente”¹⁶.

Uma vez assentado o conceito de decisão judicial com o qual se trabalhará, impende tecer alguns comentários sobre a tutela provisória de urgência.

3. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E O CPC/2015: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A consagração de um direito fundamental gera ao Estado a obrigação de protegê-los. Marinoni¹⁷ esclarece: “O Estado tem o dever de tutelar ou proteger os direitos fundamentais através de normas, da atividade administrativa e da jurisdição. Por isso, há a tutela normativa, tutela administrativa e tutela jurisdicional dos direitos”.

11 GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso**: um caso emblemático do movimento processual. 2020. 325 f. Tese (Doutorado em Direito, Processo e Cidadania) - Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

13 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

14 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

15 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

16 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet* e consulta jurisdicional no direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

17 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 375 p.

Especificamente sobre a tutela jurisdicional, Daniel Neves¹⁸ define-a como “a proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material”.

Velejando por esta singra, depreende-se que a estrutura pensada para o Código de Processo Civil de 2015 biparte a tutela em definitiva e provisória. No escólio de Eduardo Lamy¹⁹, “a tutela jurisdicional definitiva é aquela prestada pela execução da decisão jurisdicional final de mérito, portanto após seu trânsito em julgado com resolução versando sobre os temas de mérito (art. 487)”.

A tutela provisória, de seu turno, “é aquela prestada por meio da execução daquilo que foi decidido a título de tutela de urgência (art. 300), tutela de evidência (art. 311) ou cumprimento provisório de sentença (arts. 520 a 522, além da provisoriedade de decisões liminares fundadas nos arts. 536 a 538”^{20,21}.

Uma observação merece ser feita, em específico sobre a cognição judicial, aqui compreendida como “técnica interpretativa utilizada pelo juízo para, diante das alegações das partes e das provas produzidas no caso concreto, resolver as questões de fato e de direito, cujo resultado fundamenta o julgamento do objeto litigioso”²².

Quando se fala em tutela provisória, deve se ter em mente que a sua cognição é, invariavelmente, sumária, é dizer, “exercida com base em juízo de probabilidade da existência do direito, pois, nesse caso, tais decisões são provisórias, [...] e que, portanto, conserva a sua eficácia até a prolação da decisão em cognição exauriente”²³. Importa destacar que a sumariedade da cognição, que caracteriza os provimentos provisórios em análise, “conduz aos chamados juízos de probabilidade; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias”²⁴.

Feito esse alerta, é de ver que o artigo 294 do *Codex*, em seu parágrafo único, evidencia que a tutela provisória, nomeadamente a de urgência, ramifica-se em antecipada e cautelar, podendo ser concedida antecedente ou incidentalmente. Preleciona Eduardo Arruda Alvim²⁵: “Para a primeira [hipótese de ramificação], trata-se do risco de dano no mundo empírico, isto é, o bem da vida em disputa se acha sujeito a perigo, ao passo que o *perigo de dano* cautelar representa o risco de que o processo, enquanto instrumento, se mostre efetivo”.

18 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

19 LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.

20 LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.

21 Saliente-se que o entendimento adotado pelo Código de Processo Civil de 1973 é diverso do Código atual, que se manifestava no sentido de que a tutela provisória correspondia a uma espécie da tutela de urgência, e não gênero da tutela jurisdicional. Destarte, o CPC/1973 classificava a tutela provisória “como a tutela de caráter satisfatório e antecipatório, [...] que poderia vir a se tornar definitiva. [...] A doutrina, então, opunha à tutela provisória a denominada tutela provisória a denominada tutela temporária, de caráter referível e cautelar, tutela esta cuja liminar necessariamente seria substituída por decisão final de eficácia diversa” (LAMY, Eduardo. *Tutela provisória*. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.).

22 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: Limites objetivos e subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 640 p.

23 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: Limites objetivos e subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 640 p.

24 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 912 p.

25 ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 528 p.

Em caráter incidental, “[a tutela antecipada] pode ser concedida a qualquer momento do processo, o que significa no início, com a propositura da demanda, até o final, com o trânsito em julgado”²⁶. Já em caráter antecedente, nos ditames do artigo 303 do CPC, “nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final”.

A finalidade precípua do julgamento preliminar é o de garantir que as alegações de lesão ou *ameaça* a direito não sejam excluídas da apreciação do Poder Judiciário, como roga o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Afinal, ambas as hipóteses de tutela provisória decorrem do fato de que a prestação jurisdicional não se exaure em si mesma, mas deve ser ampla, irrestrita e tempestiva²⁷. Logo, colima-se resguardar o resultado útil da resposta do Poder Judiciário, pois, ao postergar o reconhecimento judicial ao término do deslinde do processo, implicaria em um juízo negativo da prestação jurisdicional, ignorando a urgência.

Nessa toada, a tutela provisória de urgência utiliza-se de um imprescindível binômio para aferir a factibilidade no acolhimento do pedido, qual seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, deste este último um prejuízo ao direito pleiteado ou tem o escopo de preservar a efetividade da prestação jurisdicional pelo processo, na inteligência do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Athos Gusmão Carneiro²⁸ compreende que o primeiro critério equipara à probabilidade de um direito ser concedido na decisão de mérito, enquanto a situação de perigo enseja a proteção jurisdicional. As medidas de urgência antecedente possuem potenciais lesivos de difícil reparação que, na maioria das vezes, não há tempo para se fundamentar o direito ou providenciar a juntada de “provas inequívocas” (como era requerido no art. 273 do CPC de 1973), na medida em que a presença de iminente risco justifica o pedido em caráter antecipado, impondo ao magistrado o julgamento antes de adentrar no mérito da lide, propriamente dito.

Insta pontuar que, segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁹, “o juiz, quando concede a tutela sumária, nada declara, limitando-se a afirmar a probabilidade da existência do direito, de modo que, aprofundada a cognição, nada impede que assevere que o direito, que supôs existir na verdade não existe”. Daí, surge a lógica do artigo 296 do Código atual que afasta a coisa julgada material das decisões que julgam a tutela provisória.

À leitura dos professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery³⁰, em que pese a descrença na discricionariedade do juiz, vislumbram a existência da subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão. Sob essa ótica, inobstante o fato de que a técnica antecipatória decorrer da probabilidade lógica, isto é, um juízo de análise sobre o “maior grau de confirmação e menor grau de refutação nesses elementos”, como explica Ma-

26 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

27 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. vol. 2. São Paulo: RT, 2015. 1101 p.

28 CARNEIRO, Athos Gusmão. Da antecipação de tutela. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 236 p.

29 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 315 p.

30 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. **Curso de processo civil comentado**. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 2976 p.

rinoni, Arenhart e Mitidiero³¹, é crível que o julgador possa questionar sua satisfação, inclusive, é o fato que justifica a existência da audiência de justificação prévia (§2º do art. 300, do CPC).

Tecidos esses comentários, ainda que *en passant*, acerca da tutela provisória, cumpre fazer uma análise sobre um assunto que gera controvérsias entre os doutrinadores, qual seja, a postergação do contraditório: afinal, seu diferimento representa ou não malferimento aos direitos dos jurisdicionados?

3.1. O CONTRADITÓRIO POSTERGADO NAS TUTELAS PROVISÓRIAS: VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Antes de discorrer especificamente sobre o assunto estampado no título desta subseção, não é intempestivo gizar algumas considerações acerca do contraditório.

Pois bem. Consoante clássica definição de Elio Fazzalari³², processo, dentre os múltiplos significados que pode assumir, corresponde a um procedimento em contraditório. Por esta linha de intelecção, se não houver contraditório, não existe sequer processo. Vislumbra-se, de logo, quão significativo é o princípio em análise. Afinal, uma vulneração do contraditório inviabiliza o exercício da ampla defesa, provocando flagrante violação ao devido processo legal.

A doutrina não é uníssona no que diz com o conceito de contraditório. Inobstante, visando ao desenrolar deste artigo, é viável associá-lo ao “direito de participação no processo com a utilização de todos os meios legítimos e disponíveis destinados a convencer o julgador a outorgar uma decisão favorável a quem tem direito”³³. Guarda indissociável correlação, pois, com o binômio “informação necessária x reação possível”.

Percebe-se, então, que a regra é a de que o magistrado, antes da tomada de decisão, deva proceder à oitiva do réu. Ratificando o exposto, o artigo 9º do CPC aduz que “não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

No entanto, toda regra comporta exceção. Com o indigitado artigo não poderia ser diferente: seu parágrafo único arrola algumas hipóteses que permitem ao togado decidir sem, antes, ouvir o demandado.

Nesta quadra, parcela doutrinária de escol se manifesta no sentido de que “somente se justifica conceder uma tutela de urgência de natureza satisfativa antes da oitiva do réu em situações de extrema urgência, nas quais a mera espera da citação e resposta do réu seja suficiente para o perecimento do direito do autor”³⁴. Entrementes, Lenio Streck³⁵ confessa, acerca da temática, que a mitigação do contraditório tornou-se *conditio sine qua non* a fim de assegurar a concretude da medida liminar. O excerto advém da leitura acerca do já mencionado artigo 9º,

31 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

32 FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale civile**. 8 ed. Padova: Cedam, 1996. 487 p.

33 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: DANTAS, Bruno *et al* (org.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 535 p.

34 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

35 STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoriaccontraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em 30 jan. 2024.

parágrafo único, do CPC, que possibilita ao magistrado proferir decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida e, dentre elas, encontra-se a hipótese de tutela provisória de urgência (inciso I). Trocando em miúdos, o que deveria ser exceção torna-se, a bem da verdade, regra.

A despeito disso, longe de ser uma supressão ao direito de defesa, o que ocorre é a mitigação, em que se posterga o contraditório para momento posterior ao deferimento liminar, inclusive, pela via recursal³⁶. Elucida Fredie Didier Jr.³⁷: “Isso porque há uma ponderação legislativa entre a efetividade e o contraditório, preservando-se o contraditório para momento posterior. [...] Como a decisão é provisória, o prejuízo para o réu fica aliviado”.

Na linha das elucidações do jurista baiano, verifica-se que os direitos, mesmo os fundamentais, não gozam de caráter absoluto. Com isso, “a tarefa da doutrina jurídica consiste em indicar o que exatamente, como e com que alcance deve ser juridicamente tutelado, partindo da tese da relatividade dos direitos fundamentais”³⁸. Desta feita, em havendo a colisão entre efetividade e contraditório, explica Humberto Theodoro Jr.³⁹: “O impasse se resolve, portanto, pelo postulado da proporcionalidade, que não acarreta a invalidação de um princípio pelo outro. Ambos incidem, mas em momentos diferentes: justificada a urgência da medida em nome da efetividade, o contraditório fica diferido”.

Interessante rememorar as lições de Dinamarco⁴⁰, que, ao dissertar sobre o aspecto positivo da instrumentalidade processual (*rectius*: efetividade), assim coloca: “O processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”. Em outras palavras, a efetividade é um vetor que deve orientar a atividade jurisdicional.

O festejado jurista prossegue:

Processo efetivo não é apenas o que rigorosamente atue a vontade concreta do direito, mas o que seja capaz de cumprir bem os escopos do sistema, vistos em conjunto e compensadas certas deficiências com outras vantagens. [...] Todos os ‘cerceamentos de defesa’ constituem também, como se viu, lesões ao contraditório e, portanto, causas de redução da efetividade. Mas o próprio sistema processual, para o equilíbrio de valores diversos, impõe outras restrições ao ideal de contraditório efetivo em grau absoluto⁴¹.

Ex positis, postecipar o contraditório não representa, forçosamente, malferimento a direitos fundamentais. Trata-se, isso sim, de necessária flexibilização, mormente com o propósito de salvaguardar a efetividade que deve ser inerente à jurisdição, consagrando o aspecto positivo da instrumentalidade processual. Afinal, em que pese a essencialidade do princípio do contradi-

36 STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoriacontraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em 30 jan. 2024.

37 DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 912 p.

38 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 319 p.

39 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 1996. 341 p.

41 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 1996. 341 p.

tório, este não pode ser enxergado como um direito absoluto e intocável, sob pena de subverter a lógica de realização de justiça [efetiva] que deve ser inerente às decisões do Judiciário.

4. A POSTERGAÇÃO DA ANÁLISE DA TUTELA DE URGÊNCIA PARA MOMENTO POSTERIOR AO CONTRADITÓRIO: DECISÃO OU DESPACHO? A IMPORTÂNCIA DA RESPOSTA A ESSA QUESTÃO

O artigo 203 do Código de Processo Civil é responsável por estruturar os pronunciamentos judiciais em seu conteúdo decisório. A princípio, tem-se a sentença e as decisões interlocutórias, ambas exarando um posicionamento do magistrado, causando benefício ou prejuízo às partes; de outro giro, os despachos e os atos ordinatórios não possuem qualquer conteúdo decisório, porque são meros impulsos processuais, sendo, inclusive, carentes de fundamentação e insuscetíveis de recursos, como roga o artigo 1.001 do novel Código processual.

No seio da prática forense, tornou-se comum a postergação da análise da tutela de urgência para momento posterior ao exercício do contraditório, sendo denominado, doutrinariamente, de *despacho de reserva*. A questão cinge-se se o ato judicial tem ou não conteúdo decisório, pois caso positivo, será uma decisão interlocutória plenamente recorrível, e, caso negativo, inviável de reforma por insurgência recursal, reafirmando a natureza de mero despacho.

Consoante os pilares instituídos no Segundo Capítulo, o parâmetro a ser utilizado para averiguar a presença ou não de conteúdo decisório, sob a compreensão de Antônio do Passo Cabral⁴², é questionar se o pronunciamento judicial (i) realiza uma cognição acerca das razões fáticas e (ii) determina um comando de aplicação do direito para que produza efeitos jurídicos.

Nesse sentido, imperioso trazer a lume que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu o caráter decisório do pronunciamento judicial em comento, inclusive para permitir a interposição recursal. A propósito,

O juízo de primeiro grau, ao deixar de apreciar pedido de tutela antecipada, optando por manifestar-se após a contestação, o que fez, em última análise, foi considerar ausente o pressuposto específico do risco de dano (*periculum in mora*), porquanto não vislumbrou prejuízo para a parte quando postergou eventual concessão da medida. Não se trata, portanto, de mero despacho, e sim de decisão interlocutória, vez que, não tendo sido concedida a antecipação da tutela, permaneceu para o autor o interesse em afastar a ocorrência de dano irreparável” (REsp nº 814.100/MA, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, publicado em 02/03/2009).

A urgência do caso pode justificar a exceção de suprimir a decisão de primeira instância. É que tal omissão pode ocasionar, em determinados casos, dano irreparável à agravante. Nessa hipótese, exige-se a comprovação objetiva da iminência de risco de grave lesão ou de difícil reparação a justificar a excepcionalidade. [...] 5. Por isso, cabível, nessas circunstâncias, a interposição do agravo de instrumento, com o intuito de se obstar, de imediato, a ocorrência do dano” (AgRg no AREsp nº 16.391/RR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 06/12/2011).

Cumprido lançar luz sobre o fato de que ambas as decisões reconhecem a iminência de um dano irreparável como fator condutor ao reconhecimento do teor decisório do pronun-

42 CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet*** e consulta jurisdicional no direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.

ciamento judicial. Isso porque compreendem que a postergação do julgamento a momento posterior ao contraditório implica a supressão do *periculum in mora*, tendo em vista a ausência de ‘perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo’, pois, ao contrário, haveria a apreciação. O retardo, portanto, seria comparado a um indeferimento tácito, “porque aí há no mínimo um juízo negativo a respeito da urgência na obtenção do provimento”⁴³.

Em igual sentido, acresce Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁴: “Somente o perigo, a princípio, justifica a restrição ao contraditório”. Nesse sentido, sendo o ‘perigo’ um elemento intrínseco da concessão de tutela provisória, a postergação equivale ao não reconhecimento da urgência. Aliás, é a única saída visualizada pelo doutrinador para justificar o retardo na apreciação: “Caso não haja risco de ocorrência do dano antes da citação do réu, não há que se concedê-la em caráter liminar, pois não haverá justificativa razoável para a postergação do exercício do contraditório por parte do demandado”.

Em simplórios termos, é possível afirmar que, caso houvesse o reconhecimento nítido dos pressupostos autorizadores da tutela provisória de urgência, desnecessária seria o retardo da apreciação. Dessa forma, sob a ótica em comento, em que pese a (i) cognição sumária sobre o acervo fático e probatório, o julgador opta por não julgar a tutela provisória de urgência naquele instante processual por não vislumbrar o ‘perigo da demora’, o que, por via das consequências, ocasiona prejuízo à parte - um (ii) efeito jurídico negativo. Assim, encontram-se presentes os elementos caracterizadores de uma decisão judicial, na compreensão de Antônio do Passo Cabral, adotada nesta pesquisa.

De outra banda, faz-se imperioso salientar que a Corte da Cidadania não possui entendimento pacífico, porque já compreendeu, por sua vez, que o nominado “despacho de reserva” carece de conteúdo decisório. Aliás, a divergência ocorre dentro de um mesmo colegiado, menciona-se, a Primeira Turma do STJ:

Desta sorte, esse ato de determinar a citação em regra não é recorrível. Isto porque, conforme segue a jurisprudência da Corte; não ostenta natureza decisória, na configuração que lhe empresta o art. 162 do CPC, o que revela sua irrecorribilidade. [...] o despacho que fundamentou decidir a liminar após a manifestação do ora agravado, devidamente citado, não possui qualquer conteúdo decisório, não causando gravame [...]” (AgRg no Ag nº 725.466/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 06/06/2006).

É merecedor de destaque o fato de que, ainda que percorra em sentido diametralmente oposto, no sentido de reconhecer o pronunciamento judicial como mero despacho, o STJ tem como elemento caracterizador a ‘ocorrência de dano’. Ou seja, na carência de prejuízo à parte, o pronunciamento judicial configura um despacho e, *a contrario sensu*, na presença de prejuízo, estar-se-ia diante de um ônus processual e, logo, de uma decisão judicial.

Segundo essa corrente, a reserva da apreciação do pedido de antecipação de tutela provisória para após o contraditório não apresenta cunho decisório, na medida em que não dispõe

43 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

44 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

juízo de valor sobre nenhuma questão de fato ou de direito, pois, como cediço, não é obrigatória ser fundamentada, pela ausência de previsão no rol do §1º do art. 489 do CPC. Sob essa ótica, objetiva o magistrado obter os elementos de verossimilhança necessários ao seu convencimento, de sorte que, após a angularização da demanda, poderá dispor dos elementos para o julgamento das questões e, assim, prolatar a decisão da medida requestada.

Ocorre que a postergação para obter informações para constituir a verossimilhança apresenta dois equívocos, quais sejam: a um, o ônus constitutivo do direito é da parte pleiteante, por força do inc. I do art. 373 do CPC, cabendo ao magistrado a apreciação, em razão do princípio dispositivo, “não podendo o juiz conhecer de matéria a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”⁴⁵; e, a dois: “a convicção de verossimilhança não decorre das necessidades do direito material e do caso concreto, mas sim de uma regra processual que parte da premissa de que ao juiz basta, para conceder a tutela antecipatória, a convicção de verossimilhança”, ou seja, diferente da decisão final do juiz (que define o mérito), a sumariedade da análise da tutela de urgência “significa sacrificar o improvável em benefício do provável”⁴⁶.

A reserva de análise da tutela provisória não é norteadada pelo “convencimento judicial”, mas, sim, por um “juízo-provisório”, por não ser formado pela plenitude de provas e argumentos das partes, sendo uma “convicção de verossimilhança”. Complementam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁴⁷, nomeando-a como “prova *prima facie*” por ser um “resultado de uma presunção judicial (atividade mental) que se constrói a partir da experiência da vida, à luz do que normalmente acontece. É aquela que se constrói a partir de um raciocínio judicial arrimado em regras de experiência”, sendo, inclusive, permitida pelo Código atual, em seu artigo 375.

Nessa conjuntura, constituindo a mera verossimilhança em um juízo não exauriente, inclusive, sem construção de coisa julgada (art. 296 do CPC), razão hábil não há para reservar a análise de tutela requerida ao exercício do contraditório, haja vista a ausência de prova a ser constituída, mas, tão somente, uma análise sob a experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, pelas regras de experiência técnica do magistrado, consoante a doutrina mencionada.

A reserva, portanto, ao contrário de significar uma cautela, manifesta a compreensão do magistrado acerca dos elementos constitutivos da tutela provisória, qual seja, a carência de verossimilhança. E, nesse sentido, afere um juízo de valor acerca da urgência do pleito, com o devido encargo: o ônus do tempo⁴⁸.

45 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. **Curso de processo civil comentado**. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 2976 p.

46 MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 315 p.

47 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 686 p.

48 Sobre o ônus do tempo e a necessidade de que seja promovida uma distribuição dinâmica, é oportuno esclarecer que: “O tempo do processo não pode prejudicar o autor e beneficiar o réu, já que o Estado, quando proibiu a justiça de mão própria, assumiu o compromisso de, além de tutelar de forma pronta e efetiva os direitos, tratar os litigantes de forma isonômica”. Isso porque, como se sabe, o só fato de o tempo transcorrer enseja danos [marginais] a ambas as partes, independentemente do resultado final do processo. Afinal, como se costuma dizer, “tempo é dinheiro”. (MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 375 p.).

Partindo desse pressuposto, encontram-se presentes os elementos decisórios utilizados nesta pesquisa, pois, (i) o reconhecimento da carência probatória do *fumus boni iuris*, o que presuppõe a cognição sumária, bem como (ii) a produção de um efeito jurídico, tendo em vista o prejuízo à parte pleiteante. Logo, de fato, o pronunciamento judicial que posterga a análise da tutela de urgência ostenta um caráter decisório e, logo, não configura um mero despacho.

Considerando que o pronunciamento judicial acerca da tutela de urgência não encerra a fase cognitiva do procedimento comum, por não exaurir a cognição do juízo, a decisão é de ordem interlocutória, com fulcro no §1º do art. 203 do CPC. Nesta ordem de ideias, a insurgência recursal admitida é por via do Agravo de Instrumento que, em seu rol taxativo, admite a interposição à instância superior, quando a matéria em discussão for o cumprimento ou não dos requisitos das tutelas provisórias, conforme o art. 1.015, inc. I, do CPC.

Nesse contexto, é possível sintetizar que o juízo acerca do deferimento ou não da tutela de urgência pleiteada advém do (i) reconhecimento da probabilidade do direito, do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, o qual é realizado por um (ii) juízo preliminar em cognição sumária, (iii) sem a ouvida da parte contrária. E, ainda, deve ser mencionado que seus efeitos são perpetuados até ulterior reforma, (iv) pela interposição de recurso, que será objeto de exame no próximo subtópico.

4.1. DA RECORRIBILIDADE DO DESPACHO DE RESERVA: ALGUMAS REFLEXÕES EM TORNO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Como já previamente adiantado, a definição da natureza jurídica do denominado “despacho de reserva” gera consequências significativas, notadamente na seara recursal. Afinal, se reconhecido o seu *status* de despacho, deve-se manifestar pela sua irrecorribilidade, diante da intelecção do já mencionado artigo 1.004. De outra banda, caso seja atribuído caráter decisório ao ato em apreço, viabiliza-se o manejo de recurso em seu desfavor. Ora, “o ato processual que faz surgir o interesse da parte em lançar mão de um meio de impugnação é a decisão judicial contrária ao seu interesse. [...]. A ausência de decisão não permite a utilização de um meio de impugnação”⁴⁹.

Pelos critérios aqui adotados, chegou-se à conclusão de que o “despacho de reserva” tem natureza decisória. Em virtude disso, ergue-se a possibilidade de se recorrer. A dúvida gravita em torno de qual seria a espécie recursal mais adequada. A direção que quer parecer mais acertada é a do cabimento de agravo de instrumento, haja vista que, consoante a dicção do artigo 1.015 do CPC, presta-se a vergastar decisões interlocutórias. A despeito da aparente singeleza do assunto, um estudo mais detido desvela algumas complicações, conforme se passará a ver.

O CPC de 2015 promoveu alterações estruturais na dinâmica recursal. Neste caminhar,

Adota um sistema de recorribilidade das interlocutórias híbrido, na medida em que não confere ampla recorribilidade das decisões interlocutórias, tal como no CPC/73, e, em contrapartida, não restringe totalmente a possibilidade de recorribilidade imediata de al-

49 ROSSONI, Igor Bimkowski. **Recursos extraordinários e ação rescisória por ofensa à norma jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2019. 304 p.

gumas dessas (com a utilização de agravo de instrumento) de outros sistemas processuais, como na justiça eleitoral, na justiça do trabalho, ou nos juizados especiais⁵⁰.

O outrora referido artigo 1.015 do CPC/2015 traz à baila um rol de decisões interlocutórias agraváveis⁵¹. É de se observar, então, a confusão que orbita ao redor desta redação: alguns doutrinadores asseveram que o rol do 1.015 é não taxativo, mas exemplificativo. Não parece ser esse o caminho a ser perfilhado, com o devido respeito ao coro dos que sustentam entendimento contrário. Diz-se isso com fulcro em interpretação teleológica: a taxatividade se mostra mais coerente com a intenção do legislador de restringir, no atual sistema, a recorribilidade imediata das interlocutórias⁵². O regime atual do CPC, portanto, na esteira da doutrina majoritária, é o do casuísmo em *numerus clausus*⁵³.

Sob esta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), quando do julgamento do Tema Repetitivo 988, firmou a seguinte tese: O rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no julgamento da apelação.

Por meio de recurso especial, pretendeu-se perscrutar a natureza jurídica do rol do artigo 1.015 do *Codex*. Foram enfrentadas, então, algumas correntes que se formaram em seu entorno.

A primeira foi a da taxatividade absoluta (jungida a uma interpretação restritiva), que, registre-se, havia sido acolhida pela Corte quando do julgamento do REsp 1.700.308/PB, oportunidade em que assim se manifestaram: Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

A segunda, por sua vez, foi a da taxatividade absoluta, mas temperada por uma interpretação extensiva ou analógica. Didier e Cunha⁵⁴ esclarecem que a interpretação, para além da possibilidade de ser literal, pode ser corretiva: As hipóteses de agravo de instrumento são taxativas e estão previstas no artigo 1.015 do CPC. Se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior. O STJ também agasalhou alhures este posicionamento, ao decidir o REsp 1.695.936/MG: É certo que as hipóteses de Agravo de Instrumento trazidas pelo CPC de 2015 são taxativas, mas também é certo que o exegeta pode valer-se de uma interpretação extensiva.

50 SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. **O agravo de instrumento e a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. In: BRITO, Anne Lacerda de; JULIÃO, Gustavo Lyrio (coord.). Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 244 p.

51 O parágrafo único enuncia que “também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”. Evidencia-se a opção do legislador, nos procedimentos escandidos suso, de seguir o princípio da ampla recorribilidade, nomeadamente por causa da urgência que lhes costuma ser inerente.

52 SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. **O agravo de instrumento e a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. In: BRITO, Anne Lacerda de; JULIÃO, Gustavo Lyrio (coord.). Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 244 p.

53 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

54 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 912 p.

Em arremate, ergue-se a corrente que sustenta o caráter exemplificativo do rol. Mostra-se imperioso realçar a dissertação de Gabriel Araújo Gonzalez⁵⁵, que estriba sua posição em três argumentos. O primeiro é o de que o intento do legislador foi o de evitar impugnações às interlocutórias no curso do procedimento em primeiro, chegando a abolir a figura do agravo retido, incorporado no CPC/1973; o segundo é o de que houve enumeração das hipóteses de viabilidade do aviamento de agravo de instrumento (art. 1.015), que, malgrado o afirmado anteriormente, sofreu aumento, quando comparadas ao período final do Código revogado; o terceiro é o de que o atual Código esmerou-se em assentar uma regra subsidiária que sujeita a apelação as interlocutórias não agraváveis (art. 1.009, §1º), tornando-as recorríveis.

A combinação destes três argumentos elucida que o legislador não teve o objetivo de tornar irrecorríveis as decisões interlocutórias, mas evitar um recurso (leia-se, agravo retido) que, em sua perspectiva, ensejaria prejuízo ao andamento do processo em primeiro grau, e que comportaria apresentação ao final.

O Tribunal chega, pois, à ilação de que quis o legislador restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, adotando técnica de enumerar questões que, em sua concepção, não poderiam aguardar rediscussão futura em eventual apelação. Inobstante, as situações da vida suplantam a capacidade criativa do legislador, posto que humano, o que importa dizer que é faticamente impossível querer confinar todas as urgências em uma caixa apertada. Tal cenário ocorreu na vigência do CPC/39, o que deu azo às mais diversas críticas, máxime por gerarem prejuízos robustos às partes.

Como dito algures, as hipóteses elencadas no 1.015 são aquelas reputadas pelo legislador como aquelas que não poderiam aguardar rediscussão futura em eventual apelação. Empregadas outras palavras, situações de urgência. Eis a taxatividade mitigada.

Feitos esses comentários, já se pode volver ao objeto central do artigo, é dizer, o despacho de reserva.

Uma rápida consulta ao rol insculpido no artigo 1.015 permite enquadrar o despacho em comento logo em seu primeiro inciso, leia-se, decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória. Chancelando esse entendimento, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha⁵⁶, repise-se, argumentam: “A decisão do juiz de, sem justificativa, postergar a análise do pedido de tutela provisória para após a contestação ou para outro momento equivale a uma decisão que indefere o pedido de tutela provisória, sendo cabível agravo de instrumento”. De igual sorte, Daniel Neves⁵⁷: “Uma interpretação analógica dessa hipótese de cabimento admite a conclusão pelo cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que posterga a análise do pedido de tutela. [...]. Afinal, a decisão, ainda que indiretamente, versa sobre a tutela provisória”.

Digno de realce, inclusive, que o Conselho de Justiça Federal, em suas Jornadas de Processo Civil, editou o enunciado nº 70, dispondo que “é agravável o pronunciamento judicial

55 GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Process Civil de 2015**. 379 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2016.

56 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 912 p.

57 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

que postergar a análise de pedido de tutela provisória ou condicioná-la a qualquer exigência”, manifestando-se, assim, uma inclinação doutrinária ao agasalhar deste viés intelectual.

No entanto, não se pode deixar de registrar vozes contrárias a esse posicionamento, a exemplo de Humberto Theodoro Jr.⁵⁸:

A pretexto de existirem casos análogos não contemplados pelo referido dispositivo legal, defendem alguns uma visão que transforme aquilo que a lei quis taxativo em meramente exemplificativo. Recorrem os que assim pensam ao critério analógico. Acontece, no entanto, que a analogia é critério integrativo observável apenas para preencher lacunas do ordenamento jurídico (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 4o), e nunca um meio interpretativo capaz de alterar o conteúdo explicitamente dado à norma pelo legislador. Se o sistema codificado é completo no tratamento do regime recursal que define os casos em que a decisão interlocutória será atacável via apelação e aqueles outros em que o recurso será o agravo, não há espaço para usar analogia com o objetivo de ampliar o cabimento deste último remédio processual. A se admitir tal liberdade interpretativa, não se estaria na verdade interpretando a lei, e sim modificando-a, pois o aplicador teria tratado de maneira diferente aquilo que a lei, sem lacuna, já disciplinara de maneira exaustiva.

Ainda que diante desse posicionamento, é possível cogitar do cabimento do agravo de instrumento, mas por argumento diverso: em vez de “interpretação analógica” do 1.015, que se valha da taxatividade mitigada. Afinal, como já dito anteriormente, “a urgência da situação concreta também permite a interposição de agravo de instrumento”⁵⁹.

Ora, imagine-se a situação em que determinada pessoa solicita, pela via da tutela antecipada de urgência, a realização, com o máximo de brevidade possível, de uma cirurgia, em razão de risco de vida. O magistrado, apesar dos pesares, e em descompasso com a sensatez, profere despacho de reserva, protelando sua apreciação para momento ulterior à oitiva da parte ré. Salta aos olhos, pois, o perigo inerente à postergação de tal análise.

Nesta mesma ordem de ideias, e apenas em arremate a tudo quanto vem sendo exposto, não é desarrazoado colacionar as pedagógicas palavras de Araken de Assis⁶⁰:

Acontece de o órgão judiciário, na tutela provisória antecedente ou incidente (art. 294, parágrafo único), pleiteada liminar em capítulo destacado e específico da petição inicial, demonstrando os pressupostos do art. 300, *caput*, *inaudita altera parte*, postergar seu exame para oportunidade posterior à audiência do réu, por óbvio após a realização da audiência de conciliação e de mediação (art. 334), se houver, e da contestação. Ora, das omissões do órgão judiciário não cabe agravo de instrumento, mas embargos de declaração (art. 1.022, II). Mas, na prática, a postergação equivale ao indeferimento da medida *inaudita altera parte*. Razoável o entendimento, portanto, que sustenta o cabimento da medida nesse caso.

Com efeito, aguardar a prolação da sentença para somente aí, interpor apelação, vai manifestamente de encontro ao espírito da efetividade (e da instrumentalidade, bem pensadas as coisas) que deve permear o Processo Civil. Ao revés, a taxatividade mitigada do agravo cai como uma luva: o “despacho de reserva”, em que pese o nome, possui evidente teor decisório

58 THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

59 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.

60 ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, 1.209 p.

(gerando, inclusive, prejuízo hialino às partes). Desta feita, em paráfrase a Shakespeare, uma rosa não perde o seu perfume apenas por ter sido nomeada de maneira diversa. O essencial é reconhecer que tal “despacho” (*rectius*: decisão) é agravável de instrumento.

Deflui-se, portanto, que negar a interposição de agravo de instrumento em face do despacho de reserva corresponde a negar ao jurisdicionado o acesso a uma Justiça efetiva. É caminhar na contramão do caminho pretendido pela Constituição Federal, na medida em que se solapam garantias fundamentais nela estampadas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ordem constitucional determina que a *ameaça* a direito não será excluída da apreciação do Poder Judiciário e, então, a sistemática processual foi responsável por instituir a tutela provisória no ordenamento pátrio. A particularidade advém, portanto, da cognição sumária do magistrado que, tão somente sobre os elementos presentes, há de julgar pela procedência ou não do pedido de adiantamento da prestação jurisdicional.

Todavia, tornou-se comum na praxe jurídica a postergação da análise da tutela provisória de urgência para momento posterior ao exercício do contraditório. Dessa forma, o presente trabalho pretendeu elucidar se, nesse pronunciamento judicial, denominado de *despacho de reserva*, há um conteúdo decisório ou não, pois, em sua existência, surge a possibilidade de interposição de recurso.

Amparado na doutrina de Antônio do Passo Cabral, concluiu-se que a decisão judicial é ato que, a um só tempo, (i) realiza uma cognição e (ii) determina um comando de aplicação do direito ao caso concreto. Daí, conclui-se que o pronunciamento judicial de reserva apresenta ambos os elementos, pois, (i) ciente dos elementos probatórios, compreende por não analisar a tutela provisória de urgência pleiteada e, por efeito, (ii) exorta um comando prejudicial à parte solicitante.

Nessa circunstância, o pronunciamento judicial que posterga a análise da tutela provisória de urgência está eivado de conteúdo decisório e, como tal, configura uma decisão interlocutória. Como não há manifestação da procedência ou não do pedido liminar, o recurso cabível é o Agravo de Instrumento, em razão da taxatividade mitigada do rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Compreende-se, portanto, que o *despacho de reserva*, além de possuir um equívoco em sua nomenclatura, vai de encontro a celeridade processual instituída no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, tornando o processo restrito e intempestivo, pois, caso houvesse a possibilidade de aguardar a decisão exaurida, inexistiria o pedido de apreciação liminar.

Destarte, urge o reconhecimento da recorribilidade da decisão judicial de reserva, pois, caso contrário, admitir-se-ia um desvirtuamento do instituto da tutela provisória de urgência ao prejudicar sua efetividade ao submetê-la a manifestação da parte adversa, tendo em vista que o contraditório se encontra mitigado pelo artigo 9º, parágrafo único, do CPC.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Diogo Rezende de. **Recursos cíveis**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 400p.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Tutela provisória**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 528 p.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 10 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, 1.209 p.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 555142/RJ – Rio de Janeiro. Relator: Antônio Carlos Ferreira, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201401860908&dt_publicacao=16/12/2014. Acesso em: 28 jan. 2024
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 814100/MA – Maranhão. Relator: Teori Albino Zavascki, 17 de fevereiro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200600071683&dt_publicacao=02/03/2009. Acesso em: 13 fev. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 16391/RR – Roraima. Relator: Benedito Gonçalves, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100344000&dt_publicacao=13/12/2011. Acesso em: 13 fev. 2024
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 725466/DF – Distrito Federal. Relator: Luiz Fux, 06 de junho de 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200501996716&dt_publicacao=01/08/2006. Acesso em: 13 fev. 2024
- BRASIL. Recurso Especial 1700308/PB – Paraíba.. Relator: Herman Benjamin, 17 de abril de 2018. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702446106&dt_publicacao=23/05/2018. Acesso em: 17 fev. 2024
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1695936/MG – Minas Gerais. Relator: Herman Benjamin, 21 de novembro de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702210316&dt_publicacao=19/12/2017. Acesso em: 17 fev. 2024
- CABRAL, Antônio do Passo. **Jurisdição sem decisão: *Non liquet*** e consulta jurisdicional no direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2023. 368 p.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. 1º ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015. 564 p.
- CARDOSO, Oscar Valente. **Agravo de instrumento no CPC: Tipicidade, irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias e taxatividade mitigada no tema nº 988 dos recursos repetitivos do STJ**. In: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (org). Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. 535 p.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 236 p.
- CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Coisa julgada e questões prejudiciais: Limites objetivos e subjetivos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 640 p.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. 912 p.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. 912 p.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11ª ed. Salvador: JusPodvm, 2016. 686 p.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018. 319 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5 ed. Malheiros: São Paulo, 1996. 341 p.

- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 8 ed. Padova: Cedam, 1996. 487 p.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003. 370 p.
- GONZALEZ, Gabriel Araújo. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no Código de Process Civil de 2015**. 379 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2016.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. **Da recorribilidade ao recurso: um caso emblemático do movimento processual**. 2020. 325 f. Tese (Doutorado em Direito, Processo e Cidadania) - Faculdade de Direito da Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2020.
- LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. 206 p.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no Código de Processo Civil de 2015: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. In: DANTAS, Bruno *et al* (org.). **Questões relevantes sobre recursos, ações de impugnação e mecanismos de uniformização da jurisprudência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 535 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 315 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado** [livro eletrônico]. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2. São Paulo: RT, 2015. 1101 p.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. 375 p.
- MELO, Melquizedeck Monteiro. O despacho de reserva e a possível violação dos direitos fundamentais ao acesso à justiça e ao contraditório. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, ano 33, n.1, 2021.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade de. **Curso de processo civil comentado**. 17ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. 2976 p.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1.824 p.
- ROSSONI, Igor Bimkowski. **Recursos extraordinários e ação rescisória por ofensa à norma jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2019. 304 p.
- SANTOS, Ricardo Ribeiro dos. **O agravo de instrumento e a recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/2015**. In: BRITO, Anne Lacerda de; JULIÃO, Gustavo Lyrio (coord.). Reflexões sobre o Código de Processo Civil de 2015. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 244 p.
- STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; SOUSA, Diego Crevelin de. **Tutela provisória e contraditório: uma evidente inconstitucionalidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-15/tutela-provisoriaccontraditorio-evidente-inconstitucionalidade>. Acesso em 30 jan. 2024.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 3, [livro eletrônico]. 52 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LIMITAÇÕES ADMINISTRATIVAS DE CARÁTER DESAPROPRIATÓRIO: IMPLICAÇÕES E ENTENDIMENTOS DA “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”

ADMINISTRATIVE LIMITATIONS WITH EXPROPRIATORY NATURE: IMPLICATIONS AND UNDERSTANDINGS ABOUT THE “BRAZILIAN WAY EXPROPRIATION”

Pedro Trajano¹

RESUMO: O presente artigo pretende fazer uma análise acerca das chamadas “desapropriações à brasileira”, fenômenos expropriatórios decorrentes de limitação administrativa que não se restringe ao mero condicionamento do exercício do direito ou apenas a uma delimitação de sua abrangência, mas quando a pretensão regulatória acaba por se exceder, violando desproporcionalmente o conteúdo essencial da propriedade, gerando, portanto, a chamada “desapropriação à brasileira”. Para tanto, será realizada uma breve exposição teórica acerca das duas modalidades de restrições do Estado sobre a propriedade privada – limitação e desapropriação –, para então abordar de maneira mais aprofundada a questão envolvendo a identificação dos excessos do poder regulatório na imposição de limitações administrativas e o devido tratamento da matéria, perpassando por uma análise da temática sobre a ótica do direito comparado e observando como esta questão vem sendo tratada pelos órgãos jurídicos brasileiros.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Desapropriação; Limitação Administrativa; Direito Regulatório; Direito Comparado.

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the so-called “Brazilian way expropriations”, expropriatory phenomena resulting from administrative limitations that are not restricted to mere conditioning of the exercise of the right or only to a delimitation of its scope, but when the regulatory claim ends up exceeding itself, disproportionately violating the essential content of the property, thus generating the so-called “Brazilian expropriation”. To this end, a brief theoretical exposition will be made about the two modalities of State restrictions on private property - limitation and expropriation - in order to then address in more depth the issue involving the identification of the excesses of regulatory power in the imposition of administrative limitations and the proper treatment of the matter, passing through an analysis of the issue from the perspective of comparative law and observing how this issue has been treated by Brazilian legal bodies.

Key-words: Administrative Law; Expropriation; Administrative Limitation; Regulatory Law; Comparative Law.

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Visiting Student na Sciences Po – Paris no 1º semestre de 2024. Membro do Projeto “Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Novos Desafios Regulatórios do Ecossistema Digital” (formalizado por TED entre a Anatel e a UnB – Processo SEI 23106.085095/2022-64). E-mail para contato: pedrogualda10@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil de 1988 consolidou o princípio da função social da propriedade, expressamente disposto no art. 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III. Apesar deste princípio ter aparecido de forma expressa pela primeira vez na Constituição de 1967, ele já havia servido de fundamento para a inclusão da modalidade de desapropriação por interesse social na Constituição de 1946².

O princípio da função social da propriedade diz respeito a uma mudança paradigmática do Direito. Sob os moldes do Estado Liberal, o ordenamento jurídico foi concebido como meio de proteção e de garantia dos direitos dos indivíduos frente ao poder do Estado. Diante desta concepção individualista do direito, a propriedade privada assumia papel de cânone central de proteção contra a tirania estatal.

Concebiam-se o direito à propriedade privada como um direito real absoluto, congregando ao indivíduo poder irrestrito sobre sua propriedade, esta inatingível para os anseios estatais. Assim, sob a égide de um nascente Direito ainda intrinsecamente vinculado a uma fundamentação jusnaturalista, determinava-se que a propriedade era um “direito inviolável e sagrado”, conforme descrito no próprio texto da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789³.

Com efeito, o primado do direito individual, característico do primeiro paradigma constitucional do Direito⁴, sucumbe já em fins do século XIX, em decorrência das violentas mudanças ocorridas na esfera econômica, política e social, por consequência direta dos efeitos funestos decorrentes desse individualismo exacerbado. Diante disso, o Estado passou a adotar um papel mais ativo, atuando em áreas antes restritas somente ao direito privado. Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro⁵, “O Direito deixou de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como um meio para a consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.

Assim, ganha força outro princípio caro à Administração Pública: o princípio da supremacia do interesse público. Diante desta mudança valorativa acerca do papel do Estado frente ao ordenamento jurídico, ampliaram-se significativamente suas atribuições, precisamente com o intuito de tutelar às necessidades coletivas. Na mesma toada, tornou-se mais relevante o poder de Polícia exercido pelo Estado, passando a impor, também, obrigações positivas, isto é, para além da mera concepção de Estado Liberal que se vale da mera abstenção da interferência na liberdade dos particulares. Por conseguinte, em face desta evolução do direito de propriedade do sentido individual para o social, observa-se a consolidação de preceitos constitucionais no sentido de reiterar a possibilidade de intervenção do Estado sobre a Propriedade Privada.

2 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 148.

3 **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.

4 CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Rev. TST, Brasília, vol.68, no 2, abr/jun 2002, p. 135.

5 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 83.

É somente a partir da compreensão adequada acerca da mudança paradigmática enfrentada pelo Direito Administrativo – e pelo ordenamento jurídico como um todo – que se pode abordar corretamente a problemática a ser trabalhada neste artigo.

Portanto, afastando-se da concepção liberal de propriedade privada, admite-se como legítimas, constitucionais – e até necessárias – as restrições do Estado sobre a Propriedade Privada. Não há discussão quanto a isso.

Porém, não se pode confundir o princípio da supremacia do interesse público como uma “legitimação” para uma atuação irrestrita do Estado. Cada restrição imposta pela máquina pública deve ser devidamente justificada e fundamentada com base na lei, mediante estrita observância dos princípios que norteiam a atividade estatal. Dessa forma, controlam-se os atos da Administração Pública com vistas a assegurar as garantias constitucionais estabelecidas. Assim, constatados vícios irreparáveis em decisões administrativas, opera-se sua anulação ou invalidação, de modo a desfazer o ato por razões de ilegalidade. Este é o caso, por exemplo, da chamada desapropriação indireta, em relação a qual se dá a desapropriação sem a observância do devido procedimento legal.

Todavia, há ainda uma penumbra jurídica acerca de um tema específico acerca das restrições do Estado à propriedade privada. Refiro-me à atuação regulatória do Estado, através de limitações administrativas, que possam vir a esvaziar o conteúdo econômico da propriedade. Por vezes, as referidas limitações podem ocasionar a impossibilidade do aproveitamento da propriedade. Desse modo, estar-se-ia operando uma espécie de desapropriação sem a observância dos devidos requisitos legais, isto é, sem o direito a indenização justa e prévia. Restaria configurada uma “desapropriação à brasileira”⁶, sob a qual, ao ocasionar o esvaziamento econômico de propriedade como decorrência da limitação administrativa operada de forma irregular, acaba-se por inviabilizar o aproveitamento da propriedade.

A análise da temática proposta perpassa, necessariamente, por uma das faces mais atuais do poder estatal, qual seja a função regulatória. A Constituição Federal de 1988 inova por possuir a peculiaridade de ser o primeiro estatuto regulatório do país⁷. Diante de um verdadeiro “fenômeno regulatório”, sob uma multiplicidade de atores normativos e agências reguladoras, surgem propostas de mudança de paradigmas no direito administrativo⁸, incluindo até mesmo aqueles que sugerem a criação de um novo poder estatal, denominado poder regulatório, como é o caso do notório professor Bruce Ackerman⁹. Fato é que novel tema tem inspirado uma série de discussões doutrinárias no direito pátrio.

Mas, como já se é possível depreender, o foco deste artigo será nos casos em que há um abuso por parte do regulador, gerando aquilo que se denomina regulação expropriatória. Tratando de maneira mais específica, será analisada hipótese de quando a limitação administrativa não se restringe ao mero condicionamento do exercício do direito ou apenas a uma delimitação

6 Termo cunhado por Juliano Heinen em HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

7 CYRINO, André. **Direito Constitucional Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

8 BINEMBOJN apud CYRINO. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

9 ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, p. 633- 729, jan. 2000.

tação de sua abrangência, mas quando a pretensão regulatória acaba por se exceder, violando desproporcionalmente o conteúdo essencial da propriedade¹⁰, gerando, portanto, a chamada “desapropriação à brasileira”.

Para tanto, será realizada uma breve exposição teórica acerca das duas modalidades de restrições do Estado sobre a propriedade privada, para então abordar de maneira mais aprofundada a questão envolvendo a identificação dos excessos do poder regulatório na imposição de limitações administrativas e o devido tratamento da matéria, perpassando por uma análise da temática sobre a ótica do direito comparado e observando como esta questão vem sendo tratada pelos órgãos jurídicos brasileiros.

2. O INSTITUTO DA LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA

As Limitações Administrativas caracterizam-se por se tratar de restrições à propriedade privada de caráter geral, por meio da qual a Administração Pública impõe a proprietários determinadas obrigações positivas, negativas ou permissivas, com o intuito de condicionar as propriedades ao atendimento da função social¹¹.

Fundadas no interesse público, tais restrições constituem objeto do Direito Administrativo, uma vez que são executadas pela Administração Pública, ainda que se trate de matéria de caráter constitucional, penal, eleitoral etc.¹² Pode ser o caso da imposição de obrigações positivas, como às limitações que impõe a limpeza de terrenos, ou a edificação compulsória, prevista no próprio texto constitucional (art. 182, § 4º). Também podem se dar obrigações negativas, como no tradicional caso do gabarito de prédios, limitando a construção de edifícios a um determinado número de pavimentos. As limitações também podem ser de caráter permissivo, isto é, limitações nas quais o proprietário deve tolerar a ação administrativa, como no caso da permissão do ingresso de agentes para fins de vigilância sanitária¹³.

Deve se ter claro que as limitações administrativas à propriedade decorrem de normas gerais e abstratas, dirigindo-se a propriedades indeterminadas. Isto significa dizer que as limitações dão o contorno do próprio direito de propriedade. O proprietário mantém a totalidade de seus direitos de domínio sobre a propriedade, mas se sujeita necessariamente às normas regulamentadoras do exercício de tais direitos, que buscam conformá-los ao interesse da coletividade. Ademais, destaca-se que a manifestação volitiva do Poder Público no sentido das limitações pode se dar através de leis ou atos administrativos normativos, sempre dotadas de caráter geral e abstrato.

Infere-se, portanto, que as limitações administrativas não ensejam direito de administração em favor dos proprietários. Ora, uma vez que se diz respeito à normas genéricas, permeadas pela indeterminabilidade de seu objeto de conformação, não se pode alegar a existência de prejuízos individualizados. A limitação pode vir a contrariar interesses dos proprietários afetados,

10 BINEMBOJN, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

11 FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 872.

12 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 150.

13 FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 872.

mas nunca direitos subjetivos¹⁴. São uma carga imposta a todas as propriedades, inerente, portanto, ao próprio direito de propriedade, cujo conteúdo normal já se encontra limitado pela lei¹⁵

Por conseguinte, é possível afirmar que as limitações administrativas são atos legislativos ou atos administrativos de caráter geral, definitivo, motivado por interesses públicos abstratos dos quais não é possível alegar direito de indenização.

3. A DESAPROPRIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O instituto da desapropriação já se encontra presente no direito pátrio desde seus primórdios. De fato, o art. 179, inciso XXII, da primeira Constituição do Brasil, a Constituição Imperial de 1824, já previa a desapropriação. O dispositivo referido garantia a propriedade “em toda sua plenitude”, porém, instituía que, “se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, ele será previamente indenizado do valor dela”¹⁶. Não obstante, apesar de sua antiguidade, a desapropriação foi evoluindo conforme às mudanças paradigmáticas enfrentadas pelo Direito.

Assim, a concepção atual de desapropriação enquanto restrição do Estado à propriedade privada difere radicalmente do significado atribuído outrora a tal instituto. A Constituição de 1988 prevê três modalidades distintas de desapropriação com caráter sancionatório¹⁷, sendo que duas delas se referem ao caso de descumprimento da função social da propriedade. Para o caso de propriedades urbanas, a desapropriação se encontra prevista no art. 182, § 4º, e, no caso das propriedades rurais, a Constituição trata desta modalidade no art. 186. A terceira modalidade, prevista no art. 243 da Carta Magna, possui a peculiaridade de não ensejar o direito a indenização. Trata-se da expropriação de glebas de terra em que foram localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou em que haja a exploração de trabalho escravo na forma da lei.

A desapropriação se dá por meio de um procedimento composto por duas fases: a declaratória e a executória. A primeira etapa se consuma através do chamado ato declaratório, em que o Poder Público declara a utilidade pública ou interesse social do bem para fins de desapropriação. Tal ato, seja realizado por lei ou decreto executivo, deve conter o sujeito passivo da desapropriação, a destinação específica do bem, o fundamento legal, os recursos orçamentários destinados ao atendimento da despesa e a já referida declaração de utilidade pública ou interesse social¹⁸. A partir da realização do ato declaratório que se passa à realização das operações e atos administrativos e judiciais essenciais à devida efetivação da medida. Passa-se, então, a fase executória.

Com exceção da modalidade de desapropriação prevista no art. 243 da Constituição Federal, todas as outras modalidades ensejam aos proprietários afetados o direito a indenização. Não se pode olvidar a lição de Maria Sylvia Di Pietro¹⁹, para quem:

14 FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003., p. 875.

15 BIELSA apud DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 152.

16 BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824.

17 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 173.

18 FRANÇA apud DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 176.

19 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 183.

A indenização é exigência que se impõe como forma de buscar o equilíbrio entre o interesse público e o privado; o particular perde a propriedade e, como compensação, recebe o valor correspondente ao dinheiro

O direito à indenização se encontra expressamente disposto na Constituição, devendo ser justa, prévia e em dinheiro. Para os casos previstos nos artigos 182, § 4º, III e 184 da Carta Magna, a indenização pode se dar através de títulos de dívida pública. Em relação a hipótese descrita no art. 182, referente a desapropriação de bens urbanos inadequadamente utilizados, os títulos terão sua emissão previamente aprovada pelo Senado, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. O segundo caso se refere a desapropriação por interesse social de imóvel rural pela União, para fins de reforma agrária, hipótese que se realiza somente mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Por tratar-se de restrição estatal mais incisiva, a desapropriação perpassa compulsoriamente pela sua adequação aos pressupostos indicados pela Constituição. São eles: a necessidade pública, a utilidade pública e o interesse social, presentes nos arts. 5º, inciso XXIV e 184. Para tanto, não basta mencionar genericamente um dos pressupostos, deve se indicar precisamente o dispositivo legal em que se enquadra a hipótese concreta, uma vez que os requisitos para a presença de tais pressupostos se encontram taxativamente indicados por lei.

Por conseguinte, admite-se a desapropriação somente mediante estrita observância do devido procedimento legal. Se não observado o devido procedimento, configura-se, então, desapropriação indireta. Equiparada muitas vezes ao esbulho possessório, a desapropriação indireta pode ser obstada por meio de ação possessória.

A doutrina da desapropriação indireta, eminentemente brasileira, não se mostra pacífica. O Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de Recurso Especial²⁰ tentou delimitar de certa maneira a configuração da desapropriação indireta. Na ocasião, o Ministro Relator Teori Zavascki afirmou que:

A chamada desapropriação indireta é construção pretoriana criada para dirimir conflitos concretos entre o direito de propriedade e o princípio da função social das propriedades nas hipóteses em que a Administração ocupa propriedade privada, sem observância de prévio processo de desapropriação, para implantar obra ou serviço público

O ministro busca, ainda, definir alguns critérios para identificação da desapropriação indireta. *In verbis*:

Para que se tenha caracterizada situação que imponha ao particular a substituição da prestação específica (restituir a coisa vindicada) por prestação alternativa (indenizá-la em dinheiro), com a consequente transferência compulsória do domínio ao Estado, é preciso que se verifiquem, cumulativamente, as seguintes circunstâncias: (a) o apossamento do bem pelo Estado, sem prévia observância do devido processo de desapropriação; (b) a afetação do bem, isto é, sua destinação à utilização pública; e (c) a impossibilidade material

20 REsp nº 442.774-SP (2002/0057146-5), Rel. Min. Teori Zavascki, Dje: 20.6.2005.

da outorga da tutela específica ao proprietário, isto é, a irreversibilidade da situação fática resultante do indevido apossamento da afetação.

[...]

Não se pode, salvo em caso de fato consumado e irreversível, compelir o Estado a efetivar a desapropriação, se ele não a quer, pois se trata de ato informado pelos princípios da conveniência e da oportunidade

Entende-se, portanto, que o STJ estabelece que a configuração da desapropriação indireta só se dá caso ocorra o esbulho possessório²¹. Ou seja, exige-se a efetiva ocupação, exige-se imissão na posse por parte do Poder Público, acompanhada da devida prática de atos materiais propícios a acusação. A tese adotada pelo Tribunal, portanto, é a de que a desapropriação indireta pressupõe a tomada de posse. Nas palavras do próprio voto mencionado: “O esbulho supõe fato. Ele não existe no plano meramente normativo”²².

O entendimento jurisprudencial firmado exclui notadamente as hipóteses em que, diante de outras restrições administrativas, como a própria limitação, se opera um completo esvaziamento econômico das propriedades afetadas. Nestes casos, não se trataria de mera conformação ao exercício do direito de propriedade, mas sim de excessos perpetrados pelo poder regulador. Nesse sentido, mostra-se fundamental a lição de Di Pietro:

Às vezes, a Administração não se apossa diretamente do bem, mas lhe impõe limitações ou servidões que impedem **totalmente** o proprietário de exercer sobre o imóvel os poderes inerentes ao domínio; neste caso, também se caracterizará a desapropriação indireta, já que as limitações e servidões somente podem, licitamente, afetar **em parte** o direito de propriedade²³ (grifo meu)

O não reconhecimento destas hipóteses enquanto desapropriação indireta ocasionam perigosa liberdade a atuação irrestrita do Estado. Reputa-se lícita, então, a chamada “desapropriação à brasileira”, isto é, mediante a força do poder regulatório, operar-se-iam verdadeiras desapropriações, exceto pelo fato de que essas não ensejariam o direito a indenização, posto que se mostram travestidas de limitações administrativas genéricas e abstratas.

4. A CHAMADA “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”

A penumbra jurídica sobre esta matéria reside primordialmente no fato de que a “desapropriação à brasileira” é lícita. Não se trata de desapropriação indireta, pois, como já foi visto, não há imissão da posse. De fato, caso se tratasse de desapropriação indireta, se comprovada a ilegalidade, bastava obstá-la por meio de ação possessória. Mas, reputa-se lícita a limitação administrativa responsável pelo esvaziamento econômico da propriedade, inviabilizando a devida compensação ao proprietário prejudicado.

Esta nova modalidade de desapropriação, abordada neste artigo, caracteriza-se, justamente por cuidar-se de uma nova maneira de subjugar o direito de propriedade ou de minimizar

21 No mesmo sentido: REsp 871.141/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe: 30.9.2010; AREsp 922.786/SC, 1ª seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe: 15.09.09; REsp 912.778/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJe: 3.5.2007; REsp 1.041.693, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.2.2010.

22 REsp nº 442.774-SP (2002/0057146-5), Rel. Min. Teori Zavascki, DJe: 20.6.2005.

23 DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 194.

seu gozo de forma a torná-lo inviável. O elemento clássico da desapropriação não se mostra presente nesta hipótese, ou seja, não há uma transferência formal do domínio, não há o chamado apossamento administrativo²⁴, tampouco há afetação do bem ao domínio público. O que de fato ocorre é uma espécie de “transpasse material”²⁵, posto que, a partir da regulação expropriatória empreendida, a coletividade passaria a usufruir de forma quase exclusiva da propriedade privada. Juliano Heinen explica que o “transpasse material”:

Seria como se “materialmente” a propriedade fosse transferida à coletividade ainda que isso seja uma ficção, tendo em vista que sua utilidade e finalidade precípua já não estão sob domínio do particular, “formalmente” proprietário.²⁶

Assim, nota-se que a “desapropriação à brasileira” diverge da desapropriação tradicional por não observar o devido procedimento legal para sua realização. Além do mais, mesmo que seja flagrante a inobservância dos pressupostos legais, ainda assim, sob os critérios definidos pelo STJ, não se estaria configurada uma desapropriação indireta, mas apenas uma mera limitação administrativa.

A raiz desta problemática se encontra em uma tribulação mais profunda. Como já foi abordado, o Poder Regulatório se mostra como uma das faces mais presentes da atuação da *potestade* estatal perante a sociedade civil. Não é coincidência, portanto, que se multipliquem obras acerca do papel do Poder Regulatório no Estado Brasileiro contemporâneo, esmiuçando meandros dessa atuação estatal. Todavia, ainda é pouco explorado a temática sobre os limites e controles ao conteúdo da regulação²⁷, talvez por se tratar de problemática ainda tão em voga. A existência deste “vácuo doutrinário” propicia a confusão e o desacerto na abordagem das chamadas regulações desapropriatórias. Mais especificamente, em relação às limitações administrativas de caráter desapropriatório.

5. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE A “DESAPROPRIAÇÃO À BRASILEIRA”: FUNDAMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR

O Superior Tribunal de Justiça, como foi visto acima, buscou definir uma série de critérios com vistas a estabelecer um conceito legal mais bem definido do instituto da desapropriação indireta²⁸. Contudo, apesar do entendimento fixado pelo tribunal servir de parâmetro decisório, este se restringiu somente aos casos tradicionais de desapropriação indireta, caracterizados pelo efetivo apossamento administrativo por parte do Estado, isto é, pela sua equiparação ao esbulo possessório. Por conseguinte, para os casos em que, por meio de limitação administrativa se opera um verdadeiro esvaziamento econômico da propriedade, aos olhos do STJ se trataria de mera conformação ao exercício do direito.

24 José dos Santos Carvalho Filho o define como “o fato administrativo pelo qual o Poder Público assume a posse definitiva de determinado bem” (FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**, 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003. p. 691).

25 HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012p. 175.

26 HEINEN, Juliano. *Op. cit.*

27 CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. pp. 202-203.

28 REsp nº 442.774-SP (2002/0057146-5), Rel. Min. Teori Zavascki, Dje: 20.6.2005.

Apesar de ser o entendimento predominante adotado pelo Tribunal Superior, o próprio órgão já decidiu de forma diferente em outras ocasiões. André Cyrino²⁹ argumenta que o STJ teve dois momentos: em uma primeira fase, o tribunal veio a admitir a hipótese de configuração de desapropriação indireta em razão de regulações gerais, como as limitações administrativas. Mas este entendimento não perdurou e foi modificado em julgamentos posteriores.

Neste íterim, a criação do Parque Estadual da Serra do Mar (SP) se mostra relevante para este estudo, pelo fato de ter ensejado uma série de precedentes relativos a problemática proposta. O parque foi criado pelo Decreto Estadual n. 10.251/77 e foi modificado posteriormente pelo Decreto n. 13.313/79. Nos termos do art. 1º de tal norma:

Fica criado o Parque Estadual da Serra do Mar com a finalidade de assegurar integral proteção à flora, à fauna, às belezas naturais, bem como para garantir sua utilização a objetivos educacionais recreativos e científicos.³⁰

Depreende-se, portanto, que a criação do Parque incitou o estabelecimento de uma legislação ambiental rígida sobre a área determinada, visando sua preservação. Para tanto, o decreto declarou de utilidade pública para desapropriação a área demarcada (art. 6º). Esperava-se, então, que viriam outros decretos regulando as desapropriações a serem realizadas. Porém, não foi o caso. Diante da mora no cumprimento do ato desapropriatório, muitas das propriedades não foram efetivamente desapropriadas, contudo, diante das limitações impostas, tornou-se inviável a exploração econômica da propriedade. Dessa forma, vários dos proprietários entraram em juízo com o intuito de obter uma indenização, alegando se tratar de caso de desapropriação indireta.

Em um primeiro momento, o STJ reconheceu a ocorrência de desapropriação indireta. Na oportunidade o Tribunal adotou a tese de que a perda dos poderes ínsitos ao domínio sempre configurará desapropriação indireta, ainda que originada de limitação administrativa de caráter geral. Decidiu-se em vários casos, portanto, pelo pagamento da indenização com a devida fixação de juros^{31,32}.

Entretanto, esta tese não perdurou. O Tribunal veio a reaver este entendimento. Em um segundo momento, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a legislação ambiental concebida pelo Decreto Estadual n. 10.251/77/SP não houve por adicionar nenhuma limitação inédita, uma vez que tais restrições já se encontravam previstas em outros instrumentos normativos³³.

Desta forma, liderado pela 1ª Turma do STJ, o Tribunal reverteu o entendimento que havia firmado antes, voltando atrás em sua concepção acerca da configuração da desapropriação indireta. Se em decisões anteriores envolvendo a criação do mesmo parque, o órgão veio a reconhecer que as limitações impostas vieram a ensejar o direito de indenização por caracteriza-

29 CYRINO. *op. cit.* p. 219.

30 SÃO PAULO. Decreto: 10.251/77. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/1977/decreto-10251-30.08.1977.html>.

31 STJ, REsp no 94.297/SP, relator: ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe: 2.12.2002.

32 O estudo de caso sobre a alteração de entendimento do Superior Tribunal de Justiça foi extraído, principalmente, do texto já citado do prof. André Cyrino. Ver: CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.

33 Ver voto do Min. Rel. Luiz Fux no REsp n. 988.785/SP.

rem modalidade de desapropriação indireta, em casos posteriores o Superior Tribunal de Justiça apenas veio a reconhecer que o Decreto Estadual responsável pela criação do parque somente consolidou legislação ambiental já vigente.

Assim, o Tribunal rejeitou a hipótese de configuração de desapropriação indireta em razão do esvaziamento econômico da propriedade gerada pelas limitações impostas. Tratariam de mera conformação ao exercício de seu domínio, já presentes em outros atos normativos, de caráter geral e abstrato e sem a configuração de esbulho possessório, impossível, portanto, o pleito indenizatório por se tratar de mera limitação geral e abstrata. A criação do parque seria apenas um meio para cumprimento do princípio de função social da propriedade³⁴ e da legislação já prevista no Código Florestal³⁵. Logo, é possível afirmar que o Superior Tribunal de Justiça, em um segundo momento, apenas consolidou os critérios definidos no já mencionado REsp nº 442.774-SP para configuração de desapropriação indireta.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, adota entendimento contrário àquele firmado pelo STJ. Segundo a Corte Suprema, para o caso da criação da Reserva Florestal Serra do Mar, a desapropriação empreendida na área enseja sim o direito à indenização, independente das limitações administrativas impostas. É como se percebe diante da ementa do seguinte julgado.

Ação de desapropriação indireta. Reserva Florestal Serra do Mar. Assente a jurisprudência do Supremo Tribunal de que é devida indenização pela desapropriação de área pertencente à reserva florestal Serra do Mar, independentemente das limitações administrativas impostas para proteção ambiental dessa propriedade. Precedentes

De maneira semelhante, o STF reconheceu o direito à indenização e, por conseqüente, a configuração de desapropriação indireta nos casos em que as limitações administrativas decorrentes da edição do Decreto n. 10. 251/77/SP. Tal entendimento provém da argumentação empreendida no primeiro julgado do Tribunal acerca do tema, em que o Ministro Celso de Mello reconheceu que:

Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. **Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.** - A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmou-se no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes. - **A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular,**

34 STJ, REsp n. 468.405/SP, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe: 19.12.2003.

35 STJ, EREsp 610158/SP, rel. Ministro Castro Meira, DJe 22.9.2008.

quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. (Grifo meu)³⁶

Todavia, apesar do reconhecimento da possibilidade de configuração indireta decorrente de limitações administrativas de caráter geral - isto é, do devido dever indenizatório à chamada “desapropriação à brasileira” – o STF, na grande maioria dos casos, alega se tratar de questão relativa à matéria infraconstitucional, fazendo incidir, por exemplo, as súmulas 279 e 636, negando seguimento aos Recursos Extraordinários e ressaltando a competência do STJ para tratar do tema³⁷.

Segundo André Cyrino³⁸, a Suprema Corte erra em não dar seguimento a matéria sob o pretexto de se tratar de matéria infraconstitucional. O autor defende que a problemática deveria ser analisada sobre outro prisma, fundado em um dilema constitucional acerca do direito de propriedade, avaliando tais questões como um possível meio de violação ao sistema constitucional de proteção à propriedade privada. Tal entendimento seria primordial para uma melhor delimitação de uma teoria acerca dos excessos regulatórios. Cyrino vai mais além e afirma que a regulação expropriatória é espécie de desvio de finalidade constitucional, devendo gerar necessariamente uma declaração de nulidade sobre o ato normativo em questão.

Juliano Heinen fundamenta o devido dever à indenização com base em outros termos³⁹. A partir de uma interessante construção argumentativa, o autor argumenta que um dos principais fundamentos ao direito de indenização nos casos de “desapropriação à brasileira” se encontra no enriquecimento sem causa, ou melhor, no empobrecimento sem causa do proprietário prejudicado pelo esvaziamento econômico advindo de limitação administrativa.

Tal instituto se encontra consolidado no art. 876 do Código Civil brasileiro, estabelecendo que todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir. Da mesma forma, pressupõe o art. 84 do mesmo dispositivo que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita atualização dos valores monetários”.

Assim, no que se refere a “desapropriação à brasileira”, resta necessário, para que se determine a responsabilidade do Estado, a ocorrência de prejuízo a ser reparado. Caso se trate de limitações administrativas com o intuito de apenas conceder eficácia ao princípio da função social da propriedade, apenas gerando conformações ao exercício de direito, já inerentes ao próprio direito de propriedade, não há de se falar em pleito indenizatório ou de responsabilidade do Estado.

36 STF, RE 134.297/SP, rel. min. Celso de Mello, 1 Turma, DJe: 13.6.1995.

37 STF, AI n. 295.072 AgR/ SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe: 19.11.2009; RE no 267.817/SP rel. min. Mauricio Corrêa, j. 29-10-2002, Segunda Turma, DJ 29-11-2002, p. 42. Mais recentemente, v. STF, AI no 851.862 AgR/SC, rel. min. Teori Zavascki, Segunda turma, DJe 17.9.2013; STF, RE no 597.897 AgR/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 26-6-2013. STF, RE no 629.993 AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, 4.12.2012.

38 CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. p. 223.

39 HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012 p. 175.

Logo, o nexa causal entre o empobrecimento sem causa do proprietário e a limitação administrativa imposta revela-se essencial para aferir se há ou não o direito à indenização. Como já visto anteriormente, se a limitação administrativa gerar um dano especial, em função de uma restrição exorbitante a mera conformação do exercício do direito de propriedade, se está diante de uma situação em que se exige reparação, diante de uma “desapropriação à brasileira”.

Por conseguinte, é inequívoco afirmar que a “desapropriação à brasileira”, advinda de limitações administrativas responsáveis pelo esvaziamento econômico da propriedade, enseja o devido direito a indenização, tendo em vista que se trata de desapropriação indireta e em função dos argumentos supracitados. Porém, apesar da relativa clareza quanto a necessidade de indenização a “desapropriação à brasileira”, torna-se verdadeiro martírio responder o seguinte questionamento: como é possível identificar se determinada limitação administrativa apenas foi imposta com vistas a efetivação do princípio da função social da propriedade ou se constitui verdadeira regulação expropriatória passível de indenização?

6. AFERIÇÃO DA OCORRÊNCIA OU NÃO DE REGULAÇÃO EXPROPRIATÓRIA: POSSÍVEIS CAMINHOS

De fato, torna-se tormentoso estabelecer critérios sólidos passíveis de delimitar a identificação dos excessos do Poder Regulatório. Essa problemática revela-se ainda mais problemática para o Direito brasileiro, pois, como já foi visto, a literatura sobre o tema demonstra-se insuficiente.

Porém, mesmo com o exercício de análise do direito comparado, tal questionamento não se mostra resolvido. O Direito estado-unidense encontra longa tradição doutrinária acerca das chamadas “*regulatory takings*” partindo principalmente do *case law* estabelecido pela Suprema Corte norte-americana em 1922 no caso *Pennsylvania Coal v. Mahon*⁴⁰. Na ocasião, mediante o voto condutor do Justice Oliver Wendell Holmes, determinou-se que “quando a atividade regulatória atinge certa magnitude, na maioria, senão na totalidade dos casos, haverá exercício do domínio eminente do Estado, e a compensação ao particular é necessária para sustentar o ato”⁴¹.

O precedente estabelecido pela corte estimulou grande produção científica sobre o tema, justamente com o intuito de estabelecer critérios para identificação de quando uma regulação se excede. Cyrino⁴² revela que se formaram duas principais teorias acerca da resolução empreendida pelo Justice Holmes: àqueles que procuraram delinear com mais precisão a dicotomia de *harms/benefits* de Freund⁴³ e os que procuraram empreender uma análise de eficiência a partir da aferição da diminuição do valor da propriedade.

Em relação a primeira corrente doutrinária, pressupõe-se que a análise perpassasse pela adoção de um critério de prevenção de danos ou de extração de benefícios, diferenciando tais

40 *Pennsylvania Coal Co. V. Mahon*: 260 U.S. 393 (1922).

41 Citação extraída In: BINEMBOJN, Gustavo. Regulações expropriatórias. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

42 CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 p. 212

43 FREUND apud CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 p. 212

regulações com base em qual critério “motivou” a limitação empreendida. Nesta linha, se inserem teóricos como Robert Ellickson⁴⁴ que avalia a ocorrência ou não de regulação expropriatória a partir da distinção entre uso normal e usos anormais da propriedade, isto é, baseada em regramentos inspirados em *standards* comuns de convivência, com o intuito de prevenir danos à comunidade.

A partir de um viés, de certa forma, utilitarista, juristas como Frank Michelman e Richard Epstein promoveram suas análises através de análises econômicas de eficiência e de divisão de riqueza⁴⁵. Michelman constrói sua teoria com base em um sopesamento entre custos e benefícios da regulação por meio de uma análise de eficiência da medida. Para tanto, o autor utiliza três variáveis: (i) avaliar os ganhos de eficiência do ato, resultado da diferença entre os benefícios que possam ser gerados pela medida estatal e as perdas dela decorrentes; (ii) cálculo dos prejuízos causados e os demais efeitos, no caso de não haver indenização, sob uma perspectiva individual e sob a perspectiva da sociedade como um todo; e, por fim, (iii) avaliação dos custos da aferição sobre os prejuízos e a forma de alcançar uma solução em que eles sejam compensados. Assim, tal análise não leva em conta somente os efeitos imediatos dos custos originados da regulação, mas também seu efeito sobre a coletividade⁴⁶.

Epstein, por outro lado, funda sua análise partindo de uma perspectiva marcadamente liberal da propriedade privada. O autor inadmite a existência de um sentido social da propriedade, negando, por exemplo, o desenvolvimento de uma noção de função social da propriedade. Para avaliar se houve ou não a ocorrência de ato expropriatório, o jurista propõe o julgador se pergunte os seguintes questionamentos: (i) se houve esvaziamento do direito de propriedade em alguma de suas faculdades; (ii) se há justificativa para a expropriação; (iii) se o esvaziamento se dá com o intuito de atingir uma finalidade pública e, por fim (iv) se existe algum tipo de compensação pela expropriação, mesmo que implícita ou indireta⁴⁷.

A apresentação das propostas mais reconhecidas acerca da doutrina das regulações expropriatórias segundo o direito estado-unidense mostra-se relevante para o estudo aqui empreendido. Porém, constata-se que não há consenso acerca dos critérios precisos a serem utilizados para aferir se determinada limitação administrativa constitui ou não regulação expropriatória.

De fato, como bem apontado por Cyrino, “nenhuma fórmula será definitiva”⁴⁸. Gustavo Binembojn⁴⁹ sustenta que, no Brasil, parece possível identificar as hipóteses de regulação expropriatória por meio do exame da proporcionalidade da medida empreendida. O princípio da proporcionalidade se encontra bem consolidado no ordenamento jurídico pátrio e é ferramenta

44 ELICKSSON apud CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 p. 213.

45 FISCHER apud CYRINO, Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014p. 213.

46 MICHELMAN apud CYRINO, André. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014, pp. 214-215.

47 EPSTEIN apud CYRINO, **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014 pp. 216-217.

48 CYRINO, André. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014. p. 217.

49 BINEMBOJN, Gustavo. **Regulações expropriatórias.** Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

essencial no exame de interesses e direitos constitucionais em conflito. Nas palavras de Gilmar Mendes, a violação ao princípio da proporcionalidade se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins, sendo que a utilização de tal princípio para constatação de violação perpassa pelo exame da necessidade e da adequação do ato normativo⁵⁰.

A utilização do princípio da proporcionalidade para aferição da ocorrência de regulação expropriatória perpassa pelo sopesamento entre os custos e benefícios da medida, sendo que a desproporcionalidade se dará quando os custos individuais superarem os benefícios coletivos da medida, isto é, quando os custos suportados pelo proprietário não ensejam benefício equiparável para a coletividade.

O raciocínio empreendido anteriormente se funda no fato de que o princípio da supremacia do interesse público não é de caráter absoluto, não constitui “carta branca” para a atuação do Estado. No mesmo sentido, o princípio da função social da propriedade comporta não só interesses da coletividade como também interesses individuais, não devendo haver prevalência de nenhum dos dois. Logo, se os interesses públicos da regulação se mostram exorbitantes ao ponto de atacar desproporcionalmente os interesses atacados, se está diante de uma regulação expropriatória. Binembojn afirma que “a regulação expropriatória, portanto, é fruto do exagero⁵¹”.

Na temática da qual trata este artigo, o exagero decorrente de limitação administrativa é precisamente o esvaziamento da atividade econômica da propriedade. Tais medidas excessivas consistiriam em verdadeiros atos confiscatórios⁵². Binembojn, então, define que a regulação será expropriatória e inconstitucional, em face do caso concreto, quando: (i) vier acompanhada de esbulho possessório (desapropriação indireta em sua forma clássica) (ii) for desproporcional, logo desnecessária e/ou tiver custos maiores que seus benefícios; (iii) for excessiva por gerar esvaziamento econômico ou retirar o conteúdo prático do direito que passa a ser usado para o atendimento de finalidades públicas, sem qualquer compensação para o proprietário.

Destarte, os critérios apresentados por Binembojn mostram-se satisfatórios para aferir a ocorrência ou não de regulação expropriatória. De fato, como já foi definido, é materialmente impossível estabelecer qualquer tipo de fórmula pronta para realizar este exame. Porém, à luz das peculiaridades inerentes ao caso concreto, o juízo de proporcionalidade acerca da limitação empreendida se mostra capaz de distinguir a limitação administrativa que apenas conforma o exercício do direito de propriedade ao princípio de sua função social da restrição que promove a chamada “desapropriação à brasileira”.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da exposição empreendida neste artigo, ficou comprovada a complexidade e urgência da temática em análise. A limitação administrativa e a desapropriação constituem modalidades quase que antagônicas de restrições do Estado a propriedade privada. Enquanto a limitação administrativa se caracteriza por se tratar de medida genérica e abstrata, direcionada a

50 GONET; MENDES. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. p. 224.

51 BINENBOJM, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

52 BINEMBOJM, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010.

uma série de propriedades e visando a mera conformação do exercício de seu gozo, a desapropriação constitui medida administrativa pela qual o Poder Público transfere para si a propriedade de terceiro, por razões de utilidade pública ou de interesse social, mediante indenização prévia e justa (com exceção do caso previsto no art. 243 da Constituição Federal).

Entretanto, defende-se que a limitação administrativa que excede a simples conformação do direito, ocasionando o esvaziamento econômico da propriedade, constitui uma modalidade “às avessas” de desapropriação, pela qual se impede totalmente a utilização do proprietário de seus poderes de domínio sobre o imóvel, posto que as limitações podem afetar, lícitamente, só em parte o direito de propriedade.

Desta forma, estaria ocorrendo desapropriação sem o devido procedimento legal e sem ensejar o devido direito à indenização. Restaria configurada a chamada “desapropriação à brasileira”. Diante dos argumentos elencados, foram evidenciados os fundamentos que ensejam o direito a indenização para os casos aqui tratados.

Em virtude da “desapropriação à brasileira” promover uma espécie de enriquecimento sem causa, ou melhor, empobrecimento sem causa do proprietário afetado, restaria comprovado o dano especial e injustificado, ensejando o Estado ao cumprimento do dever de indenizar. Se provado o nexo causal entre o empobrecimento sem causa do proprietário e a limitação administrativa, tal direito resta garantido de forma inequívoca.

Logo, em face do caráter lesivo decorrentes dos possíveis excessos do poder regulatório, urge uma mudança de entendimento da matéria por parte dos Tribunais Superiores. Como foi visto, o STF admite que a limitação administrativa que ocasiona o esvaziamento econômico da propriedade caracteriza desapropriação indireta e gera o dever de indenizar, porém, por alegar que se trata de matéria infraconstitucional, reforça a competência do STJ para o julgamento do tema. O Superior Tribunal de Justiça não admite a configuração de desapropriação indireta decorrente de ato regulatório desmedido, atrelando-a necessariamente a ocorrência de esbulho possessório. Desta forma, o Tribunal não só viola o princípio constitucional de proteção da propriedade, como também o próprio princípio da função social da propriedade, além de impedir que se deem contornos jurídicos a doutrina das regulações expropriatórias.

Outrossim, apesar das obscuridades envolvendo a aferição de ocorrência de mera limitação administrativa conformativa ao exercício de direito ou de limitação administrativa responsável pelo esvaziamento econômico da propriedade, esta análise pode ser empreendida sem prejuízos com base em princípio constitucional já consolidado no ordenamento jurídico brasileiro. O juízo de proporcionalidade efetuado à luz do caso concreto se mostra adequado para tal análise. Assim, não há empecilhos para que o STJ reveja seu entendimento e faça uso deste princípio tão caro ao direito pátrio.

O intuito deste artigo nunca foi o de relatar uma argumentação enviesada por uma visão liberal acerca do instituto da propriedade privada. Muito pelo contrário. O princípio da função social da propriedade é primordial para as realizações sociais a que a Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, se presta à realização. Não pretende destituir a propriedade de seu sentido social, muito menos concebê-la como direito individual absoluto. Ora, os efeitos nefastos decorrentes da primazia de um ordenamento jurídico marcadamente individualista e

liberal são inesquecíveis. As restrições impostas pelo Estado à propriedade privada se mostram necessárias à consecução de uma sociedade mais justa e igualitária.

Todavia, tais fundamentos não podem justificar a atuação irrefreada do Estado. Ora, o instituto da desapropriação é amplamente aceito e consolidado no próprio texto constitucional, mas somente mediante indenização justa e prévia e de acordo com o devido procedimento legal. Diante da possibilidade de que uma limitação administrativa promova a impossibilidade do uso do imóvel pelo proprietário, resta caracterizada desapropriação indireta, então por que não a tratar como tal e lhe garantir a devida indenização? Este foi o propósito deste artigo, reivindicar a devida indenização a tais casos e buscar delimitar – ainda que de forma sucinta – as implicações e características de sua ocorrência. A atuação do poder regulatório deve ser melhor abordada e analisada com vistas a manter o respeito às garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, Bruce. **The new separation of powers**. Harvard Law Review, v. 113, n. 3, p. 633- 729, jan. 2000.
- BINEMBOJN, Gustavo. **Regulações expropriatórias**. Revista Justiça e Cidadania, n. 117, 2010. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/regulacoes-expropriatorias/#_ftn22. Acesso em: 22/4/2022.
- BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.html. Acesso em: 22/4/2022.
- CARVALHO NETTO, Menelick. **A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da Constituição**. Rev. TST, Brasília, vol.68, no 2, abr/jun 2020.
- CYRINO, André. **Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. V. 267, p. 199-235, set./dez. 2014.
- DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO**, 1789. Universidade de São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, 2015.
- DI PIETRO, Maria. **Direito Administrativo**. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- FILHO, José. **Manual de Direito Administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2003.
- GONET, Paulo; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- HEINEN, Juliano. **Limitação administrativa e poder regulatório**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. V. 260, p. 133-181, maio/ago. 2012.

A ESTABILIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: COMO SERVIDORES DEMITIDOS ILEGALMENTE PODEM RETORNAR AO CARGO?

STABILITY IN THE PUBLIC SERVICE: HOW CAN ILLEGALLY FIRED CIVIL SERVANTS RETURN TO OFFICE?

Kellys Louzeiro de Souza¹

RESUMO: O Artigo discute a estabilidade no serviço público brasileiro, conforme estabelecida pela Constituição Federal de 1988, diferenciando entre estabilidade ordinária e extraordinária. A estabilidade ordinária é adquirida por servidores concursados após três anos de estágio probatório, enquanto a estabilidade extraordinária foi concedida de forma discricionária a servidores não concursados, com base no artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O texto analisa a evolução histórica do conceito de estabilidade nas Constituições brasileiras, destacando que a estabilidade visa proteger o servidor público contra demissões arbitrárias, garantindo a continuidade e a imparcialidade do serviço público. A estabilidade é vista como um mecanismo essencial para assegurar que os servidores possam desempenhar suas funções sem serem influenciados por interesses políticos, sendo necessária para a manutenção da integridade do serviço público. O artigo segue e analisa o processo administrativo disciplinar como o meio legítimo para a demissão de servidores estáveis, ressaltando que tal processo deve respeitar todos os direitos fundamentais, incluindo a ampla defesa e o contraditório. Além disso, o artigo aborda as implicações jurídicas de atos administrativos inexistentes, inválidos e ineficazes, como a demissão de servidores estáveis, tendo como base a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ao final, defendemos a inexistência de prescrição para casos em que o ato administrativo inexista, especialmente o ato administrativo que demite servidor estável.

Palavras-chave: ato administrativo; estabilidade; Servidor público; reintegração.

ABSTRACT: The article discusses job stability in the Brazilian public service as established by the Federal Constitution of 1988, distinguishing between ordinary and extraordinary stability. Ordinary stability is acquired by civil servants through competitive exams after three years of probation, while extraordinary stability was discretionarily granted to non-competitive servants, based on Article 19 of the Transitional Constitutional Provisions Act (ADCT). The text analyzes the historical evolution of the concept of stability in Brazilian Constitutions, highlighting that stability aims to protect public servants from arbitrary dismissals, ensuring the continuity and impartiality of public service. Stability is viewed as an essential mechanism to ensure that civil servants can perform their duties without being influenced by political interests, being necessary for maintaining the integrity of public service. The article continues by analyzing the disciplinary administrative process as the legitimate means for dismissing stable servants, emphasizing that such a process must respect all fundamental rights, including due process and the right to a full defense. Additionally, the article addresses the legal implications of non-existent, invalid, and ineffective administrative acts, such as the dismissal of stable civil servants, drawing on the doctrine of Celso Antônio Bandeira de Mello. Finally, it argues against the prescription of cases where the administrative act is non-existent, particularly in cases where the act leads to the dismissal of a stable civil servant.

Keywords: Administrative act; Stability; Public server; Reinstatement.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (12/2019), Advogado inscrito nos quadros da OAB-DF sob o número 65.256. Experiente em Direito Civil, Processo Civil, Administrativo e Constitucional. Fez parte do Grupo de estudos “Sociedade e Democracia” vinculado ao Curso de Direito da UCB. Graduando em História pela Universidade de Brasília (UnB). Mestrando em Direito Agrário (PPGD - UFG). E-mail para contato: kelyslouzeiro@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 criou quatro espécies de estabilidade, a primeira, no artigo 41, se dirige de maneira geral aos servidores concursados, a Constituição ainda estabeleceu a existência de mais três espécies, a estabilidade do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, a estabilidade da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto (artigo 10, II, “a” e “b”, dos Atos das Disposições Transitórias - ADCT).

E por último, a estabilidade inserta no artigo 19, “caput”, ADCT, que resguardou diversos servidores não concursados de serem sumariamente demitidos do serviço público com a promulgação de uma nova Constituição.

Esta espécie de estabilidade tem eficácia plena aplicando-se diretamente as relações jurídicas. Portanto, não precisa de norma regulamentadora, ao mesmo tempo, seus efeitos teoricamente já foram exauridos, ou seja, já se concretizam. A estabilidade anômala do artigo 19, ADCT, foi uma saída para a manutenção de diversas pessoas em seus respectivos cargos de maneira legal.

Contudo, mesmo com a regra inserta no artigo 19, ADCT, não é raro encontrarmos casos em que os servidores foram demitidos sumariamente dos cargos e, sem ter o conhecimento da estabilidade em comento, quedaram-se inertes, atingindo o lapso temporal de 5 (cinco) anos, que em regra, é prazo para que a ação devida seja ajuizada.

2. A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES

A primeira grande reforma administrativa perpetrada no Brasil foi realizada na década de 30 (trinta) do século XX, conforme Boris Maia², quando Getúlio Vargas assumiu o poder iniciou-se uma forte centralização de poder, subordinando os governadores ao governo federal e realizando uma ampla reforma administrativa “com o objetivo de modernizar o aparelho de Estado”, dentre as medidas instituídas nesse período estar o concurso público como forma de admissão e a estabilidade dos ‘funcionários’ públicos, insertas na Constituição de 1934 e 1937 e no Estatuto dos Funcionários Públicos Civis de 1939.

O direito à estabilidade e a exigência de concurso público, impostos na Constituição de 1934 e 1937, fora repetido na Constituição de 1946, contudo esta Constituição excluiu do regime de concurso público os chamados cargos em comissão, além de cargos de livre nomeação e exoneração³.

A Constituição de 1967, no seu artigo 99, cabeça, trouxe a estabilidade ao servidor nomeado após concurso público e com dois anos de serviços. A Constituição foi enfática, reafirmando a necessidade de apenas o “funcionário” concursado para adquirir a estabilidade.

2 MAIA, BORIS. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. **Revista do Serviço Público - RSP**, v. 72 n. 3, 663 - 684 p. <http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/6739>

3 SILVA, P. V. da. O servidor público nas constituições federais brasileiras e no projeto da assembleia nacional constituinte. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 22, n. 2, p. 106 a 116, 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9439>. Acesso em: 16 mar. 2022.

A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, foi mais leniente em relação ao modo de contratação de servidores, abrindo espaço para a contratação de ‘funcionários’ públicos sem concurso para cargos de natureza técnica especializada.

Quanto ao momento em que o servidor adquiria a estabilidade, as Constituições republicanas, em regra, trouxeram os requisitos em seu próprio texto. Nesse sentido, a Constituição de 1934, 1937 e 1946 fixaram que, após 2 (dois) anos de efetivo exercício, para ‘funcionários’ concursados.

As Constituições de 1934 e 1937 criaram a estabilidade anômala, os ‘funcionários’ não concursados adquirem a estabilidade depois de 10 (dez) anos de efetivo serviço, a Constituição de 1946 diminuiu para 5 (cinco) anos.

A Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 flexibilizou a forma de contratação de funcionários, essa flexibilização gerou a entrada de milhares de servidores sem concurso público, visando não prejudicar tais servidores, os constituintes de 1988 decidiram a eles estender o direito a estabilidade extraordinária.

2.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A ESTABILIDADE

A Constituição de 1988 manteve, de maneira expressa, o direito do servidor à estabilidade funcional. Decorridos 10 (dez) anos da promulgação do texto constitucional, a reforma administrativa (Emenda Constitucional n.º 19/98) modificou o art. 41.

O texto constitucional original tem sensíveis diferenças do texto que atualmente está em vigor, dentre elas: exigia dois anos de efetivo serviço para que o servidor adquirisse a estabilidade, enquanto o atual texto exige três anos, além disso, acrescentou o parágrafo 4º que exige a necessidade de avaliação especial de desempenho por comissão como condição para que o servidor adquira a estabilidade.

Por outro lado, o constituinte originário quis, por meio do direito à estabilidade provisória da empregada gestante, garantir o mínimo existencial tanto para a genitora quanto para a criança, resguardando a dignidade humana, dentre outros princípios caros ao nosso ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 também tratou especificamente da estabilidade ou, como prefere Carvalho Filho,⁴ da “estabilização” dos servidores. Nesse tipo específico de estabilidade (art. 19, ADCT) o que deve ser observado é unicamente o preenchimento do requisito objetivo específico, qual seja: ser servidor público não concursado em cargo não comissionado na administração direta nos últimos 5 anos antes da promulgação da Constituição de 1988.

O artigo 19, do ADCT, é reflexo da política militar e da abertura constitucional de contratação sem concurso. Afinal, como uma nova constituição afastaria centenas de milhares de servidores do dia para a noite, muitos deles indicados por políticos que faziam parte da própria Assembleia Constituinte?

Conforme Farias,⁵ a estabilização é um “direito compensatório”, uma forma que o Estado teve para reconhecer seu erro de contratar durante décadas servidores sem concurso pú-

4 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.735.

5 FARIAS, Clovis Renato Costa. Estabilidade Extraordinária de Servidores Públicos e a Busca Pela Justiça (Uma análise do art. 19 do ADCT/CF88 com base na teoria dos direitos fundamentais). **Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 9, p. 9-32, jan. 2011. Disponível

blico. Além disso, o Constituinte quis resguardar e equilibrar possíveis conflitos que poderiam ocorrer caso todos os servidores fossem demitidos.

O fato é que, em todas as esferas administrativas, em todos os entes políticos, foram estabilizados servidores. Muitos nem sequer souberam da existência do referido direito e continuaram a crer estarem em seus cargos devido a apadrinhamentos políticos, outros tantos foram demitidos sumariamente.

2.2. O CONCEITO DE ESTABILIDADE

A Constituição de 1988, a exemplo de Constituições anteriores, conferiu estabilidade a servidores que não foram nomeados por concurso, desde que estivessem em exercício na data da promulgação da Constituição há pelo menos cinco anos consecutivos (art. 19, ADCT).

A estabilidade é adquirida no serviço público, e não no cargo ou emprego. Nessa quadra, o Supremo Tribunal Federal⁶ há muito fixou que:

[...] Não há que confundir *efetividade* com *estabilidade*. Aquela é atributo do cargo, designando o funcionário desde o instante da nomeação; a *estabilidade* é aderência, é integração no serviço público após preenchidas determinadas condições fixadas em lei, que se adquire pelo decurso de tempo.

Assim, estabilidade difere da efetividade, sendo a última um pressuposto para a primeira. Consoante Moreira Neto,⁷ “A efetividade, como condição da estabilidade, é uma qualidade do provimento originário, resultante da investidura por concurso público.” Efetivo é todo servidor público que ingressou via concurso, estável é aquele que, além dos pressupostos retro citados, também passou pelo estágio probatório de três anos.

Nessa quadra, é ponto pacífico que o servidor pode ser efetivo e não ser estável, e ser estável sem ser efetivo, caso dos servidores que ganharam a estabilização do artigo 19, ADCT. Portanto, torna-se muito singular a estabilidade extraordinária do artigo 19, ADCT, pois difere de todo o sistema jurídico, posto que, os servidores atingidos por tal regra não possuem efetividade, mas são estáveis, não podendo ser demitidos ou exonerados “ad nutum” pela administração.

2.3. A FUNÇÃO DA ESTABILIDADE

A estabilidade funcional do servidor público serve de salvaguarda para que este trabalhe de maneira independente. Contudo, com o surgimento, a partir, da década de 90 do século XX, especialmente com a Emenda n.º 19/98, do Estado gerencial brasileiro,⁸ a visão sobre o serviço público mudou diametralmente.

vel em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/780>. Acesso em: 01 mar. 2022.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade/MC n.º 1695. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 30 de outubro de 1997. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 ago. 1998.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

8 REIS, M. L. REFORMA DO ESTADO: DA ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: O CASO BRASILEIRO. **REVISTA FOCO**, [S. l.], v. 7, n. 1, 2014. DOI: 10.21902/jbslawrev.foco.v7i1.110. Disponível em: <https://revistafoco.emnuvens.com.br/foco/article/view/110>- Acesso 01.04.2022.

Conforme pontua Fabiana de Menezes Soares⁹ no longínquo ano de 1997, ou seja, pouco antes da Reforma Administrativa de 1998

No Brasil, quando se fala em reforma administrativa, a 1ª questão que surge diz respeito à estabilidade dos servidores públicos. Toda crítica endereçada aos serviços públicos no Brasil, leia-se ineficientes, onerosos, clientelistas e até mesmo desnecessários, repercute na figura do funcionário público, aquele que recebe todas as vantagens enquanto não executa ou executa mal suas funções. (grifo nosso).

A estabilidade funciona como um garante, um amalgama que protege o servidor e a administração contra interesses espúrios momentâneos. Nesse sentido, aduz Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁰

A estabilidade não pode ser considerada uma garantia do servidor, mas, antes, uma segurança para o cidadão. Ela confere estabilidade ao próprio serviço público e à Administração Pública, marcando uma qualidade que dá segurança à sociedade quanto à continuidade das atividades que lhe são essenciais.

A estabilidade não só resguarda o servidor de exercer seu mister com independência, livre de perseguições, como proporciona a sociedade a continuidade do serviço público, pois caso inexistisse o instituto em comento, e em face do costume paternalista pátrio, existiriam trocas periódicas de servidores, o que, acarretaria uma infinidade de infortúnios tanto aos administrados quanto a administração.

O mito de que servidores públicos não podem ser demitidos deve ser extirpado, pois, além de poderem ser demitidos por meio de avaliação periódica, podem ser demitidos por outras séries de fatores, conforme as leis específicas.

3. A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA – A DEMISSÃO DO SERVIDOR ESTÁVEL

Apesar do arcabouço jurídico-administrativo que veda a demissão sumária o servidor pode, sim, ser demitido. A Constituição Federal deixou a cargo das Leis (Federal, Estaduais e Municipais) que regulassem juridicamente os direitos e deveres destes servidores as hipóteses de demissão.

Os entes Administrativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, detêm autonomia políticos-administrativa, assim, detêm competência para legislar sobre os direitos e deveres dos seus servidores, podendo adotar hipóteses diversas para demissão, obedecendo aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A Lei Federal n.º 8.112/90, no seu artigo 132, traz uma série de hipóteses em que o servidor público civil pode ser demitido. As hipóteses elencadas em rol taxativo são as únicas em que o servidor federal pode ser demitido do serviço público, contudo, as hipóteses, ainda, se alargam, dado que os “crimes contra a administração pública” se desdobram, conforme o Código Penal, em uma série de ilícitos penais.

9 SOARES, Fabiana de Menezes. Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 136, n. 34, p. 87-99, 01 out. 1997.

10 ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999. p.252.

Outra forma de perder o cargo é através avaliação periódica de desempenho, conforme Irene Nohara¹¹ o artigo 41, §1º, III, da Constituição Federal que regula a hipótese é de eficácia limitada, ou seja, não é autoaplicável carece, portanto, de lei complementar.

Lado outro, conforme acima apontado, o servidor estabilizado, nos termos do artigo. 19, cabeça, ADCT, não possui efetividade, mas apenas estabilidade. No caso dos Servidores Públicos Civis Federais, o artigo 243, da Lei n.º 8.112/90, determinou efetivamente que os servidores atingidos pelo artigo 19, ADCT, seriam regidos pela referida lei.

A estabilidade em sentido amplo traz ao servidor estabilizado o direito de fundamentar a impossibilidade da sua demissão sumária, no artigo 41 da Constituição Federal. Apesar de o artigo tratar do servidor efetivo, ele também protege o servidor estabilizado.

Assim, a demissão de um servidor estável requer a existência de um Processo Administrativo Disciplinar ou de uma Sentença com trânsito em julgado.

3.1. O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

A Constituição Federal de 1988 rompeu de maneira genuína com o antigo regime, que representou o atraso, a ausência de direitos fundamentais e deveres constitucionais. A atual Constituição representa o oposto, foi disruptiva, criadora de direitos e deveres fundamentais.

Nessa quadra, afirma Romeu Bacellar¹²

(...) Esse processo de democratização do Direito Administrativo só foi possível em virtude da adoção de um modelo de Estado que tem em seu epicentro o ser humano, subsuindo-se a sua legitimidade à proteção e à promoção da dignidade do homem em todas as suas dimensões. Nesse caminho, a incidência dos direitos humanos e fundamentais sobre todas as atividades realizadas pelo Estado tornou-se a peça-chave do Direito Público hodierno, revelando-se o dever de efetivação de tais direitos — com a finalidade de plena satisfação da dignidade da pessoa humana — como o objetivo último a ser perseguido pelo Poder Público.

O Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é um dos meios pelo qual um servidor público pode ser demitido, note-se que, a Constituição se referiu expressamente em Processo Administrativo, não em procedimento. Isto porque, a sensível diferença conceitual implica em uma grande mudança para o administrado.

O Processo Administrativo Disciplinar é erigido sobre os direitos fundamentais, assim, faz jus o servidor público à presunção de inocência, posto ser um direito fundamental caro a todos os cidadãos em qualquer categoria de processo.

O Processo Administrativo brasileiro pode ser instaurado de ‘ofício’ ou a requerimento da parte interessada (art. 142, da Lei n.º 8.112/90 e art. 5.º da Lei n.º 9.784/99). A administração, ao tomar conhecimento de irregularidades, tem o “poder-dever”¹³ de promover a apuração

11 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

12 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 9, v. 37, p. 11-55, 1 jul. 2009. Revista de Direito Administrativo and constitucional. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v9i37>. Disponível em: [http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/issue/view/ano%209,%20n.%2037%20\(2009\)](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/issue/view/ano%209,%20n.%2037%20(2009)). Acesso em: 08 abr. 2022.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P.320.

dos fatos, inexistindo mera faculdade, isto porque a administração responde pelo interesse geral, o bem comum.

Ao se instaurar um Processo Administrativo Disciplinar a administração estará atuando na modalidade sancionadora ou com o Direito Administrativo Sancionador. Desta feita, os fatos, o tipo e a possível sanção, devem estar minuciosamente delimitadas e descritas, sob pena de nulidade.

A Lei n.º 8.112/90 dividiu o Processo Administrativo Disciplinar em três momentos distintos: instauração, inquérito administrativo e julgamento. A instauração é o ato que vai iniciar o Processo Administrativo Disciplinar.

Neste momento a peça instauradora deve ser encaminhada para comissão processante e deve conter os fatos imputados, os dispositivos infringidos, o nome do servidor processado, bem como o nome dos servidores que constituem a comissão processante, o servidor processado deve ser afastado visando não influir no julgamento.

O inquérito administrativo é o momento que os fatos serão efetivamente elucidados, neste momento solicita-se e colhem-se provas documentais, testemunhais, periciais e as que forem necessárias para os esclarecimentos dos fatos. Nota-se que o Processo Administrativo Disciplinar (PAD) busca a verdade real, nesse sentido aduz Irene Nohara¹⁴

O processo administrativo objetiva, conforme visto, a busca da verdade real. A comissão processante terá, conforme o princípio da oficialidade, iniciativa para promover a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a peritos e técnicos, de modo a permitir a correta elucidação dos fatos.

Por outro lado, para assegurar o contraditório e a ampla defesa, enfatiza o art. 155 da Lei n.º 8.112/90 que o servidor tem direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, e de arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

Caso a comissão consiga tipificar os fatos o servidor deverá ser citado para apresentar defesa escrita, a Súmula n.º 5 do Supremo Tribunal Federal diz ser prescindível a nomeação de advogado para fazer a defesa técnica do servidor, desta feita a defesa escrita pode ser apresentada pelo próprio processado.

Ainda no inquérito administrativo a comissão deve elaborar parecer opinativo concluindo pela absolvição ou pela aplicação de uma penalidade que deverá ser apontada no relatório.

A terceira e última fase do Processo Administrativo Disciplinar (PAD) é o julgamento. Caso a pena a ser aplicada seja a demissão do servidor, apenas o Presidente da República, Presidentes do Legislativo, Tribunais Federais e o Procurador-Geral da República, podem julgar o servidor.

O servidor estável somente pode ser demitido administrativamente por meio deste processo, resguardada todas as suas garantias.

14 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 305

3.2. A AVALIAÇÃO PERIÓDICA DE DESEMPENHO

A reforma administrativa de 1998 efetivada através da Emenda Constitucional n.º 19 de 1998, transformou de uma guinada transformando o Estado prestador de serviços públicos e concretizador de políticas públicas em um Estado gerencial, voltado para os resultados.

O Estado gerencial se baseia em transformar o Estado em um fiscalizador e gerenciador de serviços públicos por meio de suas agências, nesse sentido a reforma de 1998 criou “as agências reguladoras, as agências executivas e as Organizações Sociais (OS)¹⁵”

Bresser-Pereira¹⁶ analisando às três dimensões da reforma administrativa de 1998, afirma que uma delas seria:

[...]Cultural, de mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que pesa sobre os administradores públicos a um grau de confiança, ainda que limitado, combinado com maior compromisso com os resultados; aqui, a estratégia foi a da capacitação massiva e permanente de gerentes e servidores públicos.

A reforma administrativa atrelou-se à proposta de modernização da administração pública, tendo como mote a eficiência. A Emenda Constitucional n.º 19/98 inseriu no artigo 37, cabeça, da Constituição Federal de maneira expressa o princípio da eficiência como um norteador da atividade administrativa.

Dentro desse contexto e na mesma Emenda Constitucional n.º 19/98 foi inserido o inciso III, no parágrafo 1.º do artigo 41 da Constituição Federal, que relativiza a estabilidade do servidor, que poderá ser demitido quando não alcançar desempenho satisfatório.

A avaliação de desempenho inserida no texto constitucional é uma ferramenta indispensável para promover melhorias e avaliar objetivamente os servidores públicos¹⁷.

No contexto reformador da Emenda Constitucional n.º 19/98 a inserção do inciso I, no parágrafo 1º do artigo 41, da Constituição Federal, foi o que mais perto chegou de abolir a estabilidade do servidor público, pois mesmo aqueles servidores que adquiriram a estabilidade, poderão perder o cargo após a avaliação de desempenho.

O artigo em comento é de eficácia limitada, pois na seara federal depende de lei complementar para regularizá-lo, nesse sentido, o servidor da união não pode ser demitido pela avaliação periódica de desempenho, pois inexistente lei que estabeleça critérios de aferição relacionados ao desempenho do servidor no exercício do cargo, autorizando, em caso de desempenho insuficiente, a perda do cargo.

Francisco Gérson Marques Lima analisa de maneira clara a diferença entre a demissão (art. 41, §º 1, II, CF) e a exoneração por desempenho insuficiente (art. 41, §1º, III, CF):

15 NEY, Marcia Silveira; GONÇALVES, Carlos Alberto Grisólia. Reformas administrativas e o desmonte neoliberal do Estado brasileiro: desafios para o enfrentamento ao novo coronavírus. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 03, n. 30, p. 300-3155, 04 set. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312020300301>. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/physis/2020.v30n3/e300301/pt/>. Acesso em: 12 abr. 2022.

16 BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. PACHECO Regina Sílvia. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 de abril de 2022.

17 AMARAL, B. G. D., ENSSLIN, S. R., VALMORBIDA, S. M. I., & DUTRA, A. (2018). AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DE SERVIDORES PÚBLICOS: o que a literatura nos ensina? *Caderno De Administração*, 26(1), 147-169. Recuperado de <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/CadAdm/article/view/39713>

A falta de desempenho é periódica, verificável mediante procedimento de avaliação, acarreta a exoneração do servidor e é regulada por lei complementar. As faltas cometidas pelo servidor são apuradas em processo administrativo, que normalmente não é periódico, podendo concluir pela absolvição do servidor ou pela aplicação de sanção (inclusive demissão), e é regulado por lei ordinária (o Estatuto do Servidor ou outra lei específica, que trate da matéria)¹⁸

Cumpra anotar que a inexistência de lei complementar regulando o artigo 41, §1º, III e 247, CF, não obsta que o Estatuto dos Servidores de cada Ente, crie formas de desempenho com finalidades outras. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.437/SP,¹⁹ enfrentou o tema e assegurou a constitucionalidade de norma que criou avaliação de desempenho, caracterizando-a como falta funcional.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que independentemente da existência de lei regulando o art. 41, §1º, III e art. 247, CF, o ente federativo pode instituir em sua legislação a avaliação de desempenho para o recebimento de gratificação, verificação de progressão e eventual abertura de Processo Administrativo Disciplinar.

Conforme o Projeto em comento (PL 248), a avaliação será feita anualmente mediante a observância dos seguintes critérios, qualidade de trabalho; produtividade no trabalho; iniciativa; presteza; aproveitamento em programas de capacitação; assiduidade; pontualidade; administração do tempo; uso adequado dos equipamentos de serviço.

Nota-se que a maioria dos critérios são subjetivos, o que poderá trazer problemas ao serviço público (perseguição, por exemplo). Além disso, a partir dos critérios acima elencados, o servidor será conceituado como excelente, bom, regular ou insatisfatório.

A avaliação seria realizada por uma comissão de três servidores estáveis, com nível hierárquico igual ou superior ao avaliado. O servidor será exonerado após receber dois conceitos de desempenho insatisfatório ou três conceitos intercalados de desempenho insatisfatório nas últimas cinco avaliações²⁰.

3.3. O PROCESSO JUDICIAL

A terceira e última possibilidade de o servidor estável perder o cargo (existe a possibilidade do art. 169, §4.º, CF, porém não será objeto deste estudo) é por meio de processo judicial (art. 41, §1º, II, CF). Aqui existe uma série de possibilidades para que o servidor público estável perca seu cargo, em regra a condenação à perda do cargo público se dá no processo penal e em casos de improbidade administrativa.

Na seara penal, a sentença penal condenatória, para além da imposição de uma sanção ao autor de uma conduta reprovável criminalmente, também produz efeitos extrapenais, de natureza cível e administrativa. O artigo 92 possibilita a perda do cargo por servidores públicos,

18 LIMA, Francisco Gérson Marques. A Emenda Constitucional 19/98 e o servidor público. In: Revista dos tribunais, vol. 762, abr.1999, p. 106 -117.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.437. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 dez. 2020.

20 BRASIL. Projeto de Lei n.º 248, de 2020. Disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências. **Projeto de Lei 248**. Brasília, DF, 01 jan. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/plp248.htm. Acesso em: 14 abr. 2022.

apesar de o artigo 327, Código Penal (CP), trazer um conceito amplo de funcionário público que engloba, inclusive, o servidor, iremos, aqui, tratar apenas deste último.

Consoante o artigo 92, CP, o servidor perderá o cargo quando pratiquem delitos com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, cuja pena seja igual ou superior a um ano, ou, se tratando de crime comum, sejam punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos.

Nesta seara, a celeuma se dá quando a condenação alcança situações supervenientes às existentes à época dos fatos. Explicando, pode uma sentença penal condenatória declarar a perda do cargo público de um servidor que, à época dos fatos, não ocupava um cargo? A doutrina, em regra, diz que não, visto que os efeitos de uma sentença penal condenatória não podem alcançar essas situações.

Não cabe à sentença alcançar situação fática que não existia na época dos fatos, isto é, para a aplicação do art. 92, CP, deve-se não apenas considerar o desvalor e a reprovabilidade do delito, mas ligá-lo de maneira fática ao exercício da função do cargo. Outrossim, a perda do cargo não se confunde com a proibição do exercício do cargo (art. 47, I, CP), esta é temporária enquanto a outra é definitiva.

Quanto a discussão de se um novo cargo diverso do que foi praticado o delito pode ser perdido, o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.452.935²¹ entendeu que o cargo que se deve perder é aquele que o servidor ocupava a época do delito.

Até o julgado do Recurso Especial 1.452.935-PE o Superior Tribunal de Justiça tinha o entendimento que apenas o cargo que se ocupava a época dos fatos pode ser perdido. Não podendo a condenação atingir cargo diverso, ademais a sentença penal condenatória deve ser plenamente fundamentada ligando os fatos a hipótese de incidência.

Porém, a partir do julgado em comento o Tribunal abriu uma hipótese onde a regra é exceção, qual seja: quando o novo cargo tem estreita relação com o cargo em que ocorreu o delito. A justificativa estar no fato de que, nesses casos, pode haver o uso indevido do novo cargo para perpetuar delitos contra a administração.

Lado outro, o segundo grupo de sentenças que podem declarar a perda do cargo público são as eivadas em processos de improbidade administrativa. A improbidade administrativa é regulada pela Lei n.º 8.429/92 e suas respectivas alterações.

A reforma da lei de improbidade administrativa realizada pela Lei n.º 14.230/2021 retirou a possibilidade de improbidade administrativa por meio da culpa, a partir da lei em comento deve-se provar que o agente teve dolo de praticar a conduta.

Dentre as penas cominadas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa está a perda da função pública, que em linhas gerais para o servidor estável significa a perda do cargo.

Aqui também reside a mesma celeuma que existe na aplicação do artigo 92, CP; ou seja: qual a função pública pode ser perdida, apenas aquela que o ímprobo ocupava a época dos fatos ou uma novel que ocupe a época da sentença.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.452.935. Recorrido: Ministério Público Federal. Recorrente: João Vilarim Filho. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 14 de março de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 ago. 2018.

Ao contrário do entendimento consagrado na seara criminal, na seara administrativa entende-se que a função a ser perdida é aquela ocupada a época do trânsito em julgado da sentença.

Apesar do rigor, o Superior Tribunal de Justiça entende que a perda da função pública é a pena mais grave a ser aplicada ao servidor, por isso, deve-se de maneira percuciente analisar os fatos e peculiaridades do caso, momento o dolo e a má-fé, de modo de se chegar à conclusão de ser o caso ou não de aplicar a sanção de perda da função pública.

3.4. A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO

O artigo 5.º, L, CF, traz os princípios do contraditório e ampla defesa, que, devem ser exercidos em qualquer fase de processos judicial ou administrativo. A ampla defesa e o contraditório enquadram-se no chamado direitos de defesa insertos no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988.

A ampla defesa se caracteriza por oportunizar ao processado a utilização de todos os meios lícitos para se defender em um processo, seja ele judicial ou administrativo. Alexandre de Moraes²² fala em direito de se utilizar de todos os meios cabíveis para elucidar a verdade “ou mesmo de se omitir ou calar-se”, o processado pode, inclusive, na seara criminal, utilizar do silêncio parcial.

Lado outro, o processado (réu, inquirido, etc.) não tem compromisso com a verdade real, o direito a ampla defesa abarca inclusive o direito a contar-se os fatos da maneira que melhor aprouver a defesa, não se pode utiliza-se de ardis, mas de estratégias lícitas que objetivam a melhor defesa possível ao réu.

O processo só existe efetivamente se houver o contraditório, nessa quadra, inexistente devido processo legal sem que as partes possam exercer o contraditório durante o processo. A partir do contraditório às partes têm o direito de participar e influir na decisão do juiz no caso do processo judicial ou da comissão no caso do Processo Administrativo Disciplinar.

A garantia de participação no processo se concretiza no direito de ser ouvido, de falar de maneira oral ou escrita. O contraditório também se solidifica a partir do poder de influência, ou seja, de apresentar ideias, mostrar fatos, requerer provas.

Nessa quadra, conforme leciona Fredie Didier Jr²³ “o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”

O contraditório e ampla defesa não se encerra em si, não são princípios estáticos, na verdade, são princípios ensejadores da legitimidade processual, tal assertiva é indene de dúvidas, pois além de ser exercida quando da defesa ou contraditório e a ampla defesa devem estar presentes em todo o processo.

Assim, são eles que fundamentam a impossibilidade de o juiz e também das comissões prolatarem decisão surpresa, assim toda questão suscitada deve passar pelo crivo do contra-

22 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas. Grupo GEN, 2021. 9788597027648. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027648/>. P.162 Acesso em: 14 abr. 2022.

23 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020. p.111.

ditório. Leonardo Carneiro da Cunha²⁴ tecendo comentários sobre os princípios em comento afirmou:

[o] Estado democrático não se compraz com a ideia de atos repentinos, inesperados, de qualquer dos seus órgãos, mormente daqueles destinados à aplicação do Direito. A efetiva participação dos sujeitos processuais é medida que consagra o princípio democrático, cujos fundamentos são vetores hermenêuticos para aplicação das normas jurídicas.

A mácula formada pela ausência da ampla defesa e do contraditório é tão forte que consegue tornar os atos processuais inexistentes, pois, esses princípios são verdadeiros legitimadores do processo, assim inexistindo -ampla defesa e contraditório - dentro da relação processual está-se diante de atos inexistentes a partir do momento em que os referidos forem violados.

Tanto a Lei n.º 8.112/90 quanto a Lei n.º 9.784/99 trazem no seu bojo o mais profundo respeito ao contraditório e à ampla defesa, princípios fundamentais e legitimadores do processo administrativo.

Consoante se denota das referidas leis, o vício que pode levar a nulidade do Processo Administrativo é aquele insanável, que feito de outro modo não será o suficiente, trazendo prejuízo irreparável ao administrado e a administração que deveras novamente tornará que realizar a atividade processual.

Lado outro, as nulidades também recaem sobre os requisitos do ato (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), em regra, vício insanável é aquele que ofende a ordem jurídica, Bandeira de Mello²⁵ abalizou e discriminou o que seriam atos nulos e anuláveis, consoante o autor “nulos são os atos que a lei declarar, os atos impossíveis de serem convalidados e anuláveis são os atos que a lei assim o diz e os que podem ser praticados sem que haja vício”, repare que por essa baliza a ausência do contraditório e da ampla defesa é considerado como capaz de anular não apenas um ato processual, mas todo o processo.

Apesar da diferença terminológica, a nulidade a que faz referência nada mais é do que as inexistências dos atos praticados ou até mesmo de todo o processo.

4. A POSSIBILIDADE DE RETORNO AO SERVIÇO PÚBLICO

O servidor estável, seja por concurso, seja ou estabilizado nos termos do art. 19, cabeça, ADCT, quando demitido do serviço público, pode pleitear sua reintegração, conforme o artigo 28 da Lei n.º 8.112/90.

A Lei n.º 8.112/90 adotou um conceito de reintegração que vigia no direito pátrio pelo menos desde 1945, confira-se a conceituação de Alaim de Almeida Carneiro²⁶ “A reintegração, definida como sendo o ato pelo qual o funcionário demitido reingressa no serviço com ressarcimento dos prejuízos, decorre hoje, necessariamente, de decisão administrativa ou sentença judicial passada em julgado.”

24 CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil**: uma análise comparativa entre sistema português e brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p.61.

25 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.486.

26 Carneiro, A. de A. (1945). Da reintegração por sentença judiciária. **Revista De Direito Administrativo**, 2(2), 882–886.

Edmir Netto de Araújo²⁷ em linha semelhante aduz “reintegração é a recondução ao cargo, do funcionário ilegalmente demitido, indenizando-se os prejuízos causados por tal afastamento, portanto, com efeito, retroativo à data da penalidade ilegítima, restabelecendo-se o status quo, como se não tivesse ocorrido a demissão.”

A reintegração do servidor estável pode-se dar de duas formas por sentença invalidando o ato administrativo ou por meio administrativo, quanto a segunda hipótese é lastreada na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal que autoriza a administração a anular de ofício ou a requerimento seus atos quando eivados de vícios ou ilegalidades.

O pedido de reintegração quando existente um ato administrativo deverá ser realizado em até 5 (cinco) anos do ato administrativo de demissão, o prazo é lastreado nos artigos 110, I, lei 8.112/9 e art. 1º do Decreto-lei 20.910/32.

Caso interessante mostra-se quando o Servidor é demitido na seara administrativa, sendo o fundamento da demissão crimes contra a administração pública e após sobrevém sentença penal absolutória.

Em regra, a responsabilidade administrativa independe da criminal, no entender de José Cretella Júnior²⁸

[A] Sentença penal absolutória repercute no juízo administrativo, sobrepondo-se à decisão das autoridades administrativas, ou seja: a) quando fica provada a inexistência do fato; b) quando não há prova da existência do fato; c) quando não existe prova de que o funcionário concorreu para a infração penal.

Ora, se o servidor foi demitido por um fato que *a posteriori* não ficou provado ou mesmo ficou provado que não foi o autor, é de se sobrepor a sentença absolutória a decisão administrativa, nesse sentido entente as Cortes superiores.

Por outro lado, em regra, a Sentença absolutória ficará silente quanto a demissão realizada na seara administrativa, haja vista a independência das searas. Nessa quadra, se a sentença apenas foi exarada após os 5 (cinco) anos que o servidor teria para entrar com a ação de reintegração, é o caso de se afastar a regra e aplicar a exceção, ou seja, que o prazo de 5 (cinco) anos seja contado a partir do trânsito em julgado da sentença absolutória com base nos artigos 386, I e IV, Código de Processo Penal.

A contrário sensu o servidor estaria sofrendo uma penalidade mesmo provado que este não concorreu ou praticou conduta capaz de levá-lo a demissão, seria violado os princípios da igualdade, do concurso e a estabilidade funcional.

Ademais, em abono da tese sustentada, o artigo 174, da Lei n.º 8.112/90, afirma que o Processo Administrativo pode ser revisto a qualquer tempo desde que surjam “[...] fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido, ou a inadequação da penalidade

27 ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8.º ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 371 Acesso em: 14 abr. 2022.

28 CRETILLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, s/v., s/n., p. 135-160 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257/88035>. Acesso em: 01 mar. 2022.

aplicada²⁹.” Em casos tais, consoante aponta Mauro Roberto Gomes de Mattos³⁰ a própria lei possibilita a revisão administrativa, pois a sentença absolutória pode ser considerada um fato novo.

4.1. DA INEXISTÊNCIA DE ATO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello³¹ conceitua o ato administrativo como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Repare que, para o autor, o ato administrativo é uma declaração que advém do Estado ou de um substituto legal exarado com fundamento no direito público e é vinculado à Lei ou à Constituição, podendo ser revisto judicialmente.

Por seu turno Carvalho Filho³² caracteriza o ato administrativo como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.” Nessa quadra para o autor em comento o ato administrativo deve conter, pelo menos, três características: “[que] a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.”

Já Di Pietro³³ caracteriza o ato administrativo como “(...) a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”

Por outro lado, o ato administrativo deve conter elementos ou requisitos são eles: Competência, Objeto, Forma, Motivo, Finalidade, essa classificação gera de veras discussão na doutrina, e doutrinadores de relevo como Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴ adota classificação diversa.

Para o autor em comento nem todos os elementos realmente o são, pois elementos é a parte intrínseca do ato, assim, para este autor apenas o conteúdo e a forma são elementos. Nesse sentido, para Bandeira de Mello existe os elementos do ato e os pressupostos do ato, que se divide em pressupostos de existência e pressupostos de validade.

Desta feita a classificação de Bandeira de Mello³⁵ é a seguinte: elementos do ato: conteúdo e forma; pressupostos de existência: objeto e pertinência do ato; pressupostos de validade:

29 BRASIL. Lei nº 8.112/90, de 18 de abril de 1991. Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 10 abr. 1991.

30 Mattos, M. R. G. de. (1999). Do reflexo da decisão penal no âmbito do Direito Administrativo. *Revista De Direito Administrativo*, 217, 45–54.

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.393.

32 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.160

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Forense, 2021. p. 234.

34 MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.400.

35 Ibid. p. 400.

sujeito (subjetivo), motivo e requisitos procedimentais (objetivo), finalidade (teleológico), causa (lógico) e formalização (formalístico).

Nessa quadra para o Bandeira de Mello³⁶

Sem os elementos não há ato algum, administrativo ou não. Ou seja, inexistirá o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico. Sem os pressupostos de existência faltará o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltará o requerido para a qualificação dele como ato administrativo (válido ou inválido). Sem os pressupostos de validade não haverá ato administrativo válido.

O autor se utiliza implicitamente da escada ponteana, dos Planos: da existência; Validade e Eficácia. E aqui se situa o ponto nevrálgico deste tópico, a inexistência dos atos administrativos.

Nessa quadra, o ato administrativo deve conter todos os elementos (elementos e pressupostos) para existir. A existência do ato confunde-se com o preenchimento adequado dos seus elementos, ou seja, ter conteúdo (objeto) e forma. O objeto é a “alteração jurídica que o ato administrativo se propõe a fazer”³⁷ assim, o objeto é a própria mudança ou medida a que o ato pretende fazer juridicamente.

Por sua vez o ato administrativo deve ter forma que é o meio ou maneiro pelo qual o ato é exteriorizado, a forma deve ser a prescrita em lei, nesse sentido o ato é solene e formal, consoante Carvalho Filho³⁸

Deve o ato ser *escrito*, registrado (ou arquivado) e publicado. Não obstante, admite-se que, em situações singulares, possa a vontade administrativa manifestar-se por outros meios, como o caso de *gestos* (de guardas de trânsito, *v. g.*), *palavras* (atos de polícia de segurança pública) ou *sinais* (semáforos ou placas de trânsito). Esses meios, porém, é importante que se frise, são excepcionais e atendem a situações especiais.

Ao passo que o ato tenha conteúdo (objeto) e forma (exteriorização) ele existe no mundo jurídico, existindo enquanto não for revogado, anulado ou seus efeitos não forem exauridos.

Nesse sentido de maneira elucidativa diz Bandeira de Mello

Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não ato. Vale dizer: pode ter existência material, apenas, ou, então, apresentar-se como mero fato. Juridicamente relevante, mas ato jurídico não será. Logo, não poderá ser ato administrativo.³⁹

O ato administrativo é a declaração ou exteriorização de vontade da administração, nesse sentido o silêncio administrativo significa a ausência de manifestação da administração e deste silêncio apenas pode emanar efeitos se a legislação assim determinar.

A lei pode indicar que o silêncio significa uma manifestação de vontade positiva ou negativa, porém o mais comum, é a omissão da lei quanto aos efeitos do silêncio, nesses casos

36 Ibid. p 401.

37 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.169.

38 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020. p.171.

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.403.

a depender do ato a ser produzido o administrado pode ajuizar ação mandamental para que o judiciário obrigue a administração praticar o ato, contudo, o que se pode afirmar que quando a lei não informa as consequências do silêncio administrativo o ato não existisse.

Outrossim, Bandeira de Mello⁴⁰ defende que mesmo que a lei informe qual a consequência jurídica do silêncio da administração não existirá ato, mas mera imputação legal, confira-se

[...] Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou denegar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um “ato tácito”

A existência, é pressuposto para a validade e a eficácia, quanto a validade, faz parte o sujeito que produz o ato; o motivo, que é o pressuposto fático que exige ou autoriza a prática do ato. A eficácia é a produção dos efeitos do ato no mundo externo, é o momento em que o ato efetivamente se justifica.

A respeito da Existência, Validade e Eficácia, Rafael Valim⁴¹, explica que a existência do ato administrativo é sua pertinência com o “sistema jurídico.”

A validade é a “compatibilidade do ato administrativo em termos formais e materiais”, ou seja, é a adequação do ato administrativo com os pressupostos de validade, a “eficiência da declaração que põe a norma. Se eficiente, é válida; se deficiente, inválida.”

Por sua vez a eficácia é a “disponibilidade para a produção dos efeitos jurídicos a que está preordenado o ato administrativo” são os efeitos típicos, ou seja, é o momento que o ato se traduz concretamente na modificação, extinção ou criação de direitos e deveres.

Nesta quadra a sendo a eficácia a última fase é dependente das outras para produzir seus efeitos, neste sentido confira-se:

A eficácia do ato administrativo, assim como validade, é dependente da existência do ato administrativo. Não há eficácia sem existência, sendo, contudo, verdadeiro o contrário: há existência sem eficácia, nas hipóteses acima aventadas. Logo, retirada a existência de um ato administrativo, ipso fato, subtraída estará a sua eficácia.

Demais disso, se é certo que a validade e a eficácia têm na existência uma condição necessária, também o é que entre aquelas não se estabelece nenhum intercâmbio. São planos independentes [...]⁴²

A existência, validade e eficácia são planos diferentes, a existência do ato administrativo independe da validade e eficácia, assim, como a validade independe de ser eficaz e ser eficaz independe da validade, contudo ambos dependem da existência.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.394.

41 Valim, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p.72. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8546> Acesso em: 14 de abril de 2022.

42 Valim, Rafael Ramires Araujo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. p.74/75. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/8546> Acesso em: 14 de abril de 2022

Nessa quadra, o ato pode ser “existente, válido e eficaz; existente, válido e ineficaz; existente, inválido e eficaz; existente, inválido e ineficaz.”⁴³ Repare que em nenhum momento um ato inexistente irá produzir efeitos, pois, o que não existe não produz efeitos. O ato inválido por sua vez, existe, pode produzir efeitos.

Assim, ato administrativo inexistente não é anulado, invalidado ou qualquer coisa que o valha, mas apenas declarado como inexistente. A inexistência pode ser de duas formas, a primeira: os elementos não foram preenchidos, o conteúdo e a forma estão ausentes ou são deficientes a ponto de implicar a inexistência do ato.

A segunda maneira de ato administrativo inexistir é quando a administração se silencia e a lei não determina efeitos positivos ou negativos para o silêncio ou determina que o ato seja praticado de forma diversa.

A aplicabilidade da teoria dos atos administrativos formulada por Bandeira de Mello é importante, mormente, para a salvaguarda dos direitos fundamentais dos administrados.

4.2. A PRESCRIÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O instituto da prescrição é corolário da segurança jurídica, ao longo do tempo a sociedade entendeu que não era salutar deixar demandas em aberto por toda a eternidade.

Assim foi moldado o instituto da prescrição que em termos gerais é a perda do direito de pretensão autor, isto é, se não exercida em um determinado lapso temporal perde-se o direito a pretensão. Repare, a prescrição não implica na perda do direito de ação, posto que a jurisdição é inafastável, com a prescrição perde-se a força para se exigir determinado bem da vida seja concreto ou abstrato.

Consoante Atalá Correia⁴⁴ muitas funções são atribuídas a prescrição o autor elenca um rol exemplificativo: “i) garantir a certeza do direito; ii) sancionar o titular de direito negligente; iii) adequar a situação de direito à situação de fato; iv) realizar a presunção de pagamento ou remissão de dívidas ante o decurso do tempo; v) manter a contemporaneidade do direito.”

Por outro lado, para existir a prescrição é necessário que inicialmente haja um direito violado, a inércia do titular do direito e, por último, o decurso de determinado lapso temporal. O primeiro requisito nasce quando o direito de determinada pessoa é violado ou ameaçado, nesse momento nasce para o autor a pretensão, o direito de ingressar no judiciário e pleitear a medida cabível.

A prescrição contra a Fazenda Pública é regulada pelo Decreto-lei 29.910/32 e pelo Decreto-lei n.º 4.597/42. O conceito de Fazenda Pública abrange União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia e fundações públicas. Ademais, a prescrição incide sobre todo e qualquer tipo de pretensão em face da Fazenda Pública.

Cumprir lembrar que as ações declaratórias são imprescritíveis. Exceto em casos de trato sucessivo em que o prazo temporal da prescrição se renova mês a mês e é aplicável a Súmula 85 do Superior Tribunal Federal, todas as outras formas de contar a prescrição inicia-se a partir

43 Ibid. p.74.

44 CORREIA, Atalá. **Prescrição**: entre passado e futuro. Almedina (Portugal), 2021. 9786556272788. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556272788/>. P. 60 Acesso em: 15 abr. 2022.

do momento em que o ato administrativo ou a lei com efeitos concretos é publicada, ou o destinatário tiver ciência expressa.

4.3. DA POSSIBILIDADE DE INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO CONTRA O SERVIDOR

O artigo 1º do Decreto-Lei n.º 20.910/32 é claro ao afirmar que o prazo prescricional se inicia a partir da data do ato ou fato. Pois bem, da interpretação, Leonardo Carneiro da Cunha⁴⁵ aduz que o prazo se inicia “a partir da publicação no Diário Oficial de tal ato concreto e imediato, ou de qualquer outro meio que confira ciência inequívoca ao servidor público, é que se inicia a contagem do prazo de 5 (cinco) anos.”

A nosso ver, a prescrição jamais corre quando inexiste um ato administrativo, quando o Processo Administrativo Disciplinar não cita o servidor, quando a administração se silencia e a lei não atribui efeitos para o silêncio, por exemplo.

O ato administrativo inexiste quando não possui conteúdo ou forma, suponhamos que um servidor seja demitido do serviço público de maneira verbal, sem que seja confeccionado o ato administrativo escrito.

Nesse caso, a prescrição não incide, a demissão é ato formal e solene, deve ser realizada nos moldes da lei, sob pena de ilegalidade. Doutra banda, se o ato que deveria ter sido escrito é realizado de maneira verbal, este ato não existe, pois é praticado de maneira diversa.

É insuscetível a prescrição correr em casos como os exemplificados, pois a Fazenda estaria se beneficiando de sua torpeza, por outro lado, a prescrição não corre contra o que não existe, explica-se, se a demissão foi realizada de maneira diversa, ela não existe o servidor não foi demitido, portanto, não incide o instituto da prescrição.

Da mesma maneira que não incide a prescrição sobre atos administrativos sem conteúdo, suponha-se que após o PAD o servidor deve ser demitido, a demissão ocorre por meio de ato administrativo escrito, porém, este ato não possui os requisitos de demissão, fala de servidor diverso, aduz a instituto diverso da demissão e por fim tem-se como pronto e acabado, nessa hipótese também inexiste ato administrativo de demissão, não incidindo a prescrição.

A segunda hipótese em que defendemos que a prescrição não vai incidir é quando o Processo Administrativo não cita o servidor para se defender, não concretizando a relação jurídico-processual. Conforme delineado acima, o processo se caracteriza justamente pela relação dúplice entre autor e réu ou indiciante e indiciado, tendo o contraditório e ampla defesa como legitimadores.

Nesse sentido, a ausência da concretização jurídico-processual, ou seja, a não citação do réu para exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório, faz com que os atos *a posteriori* não existam.

O Tribunal de Justiça do Piauí⁴⁶, analisando um caso concreto chegou ao mesmo entendimento, o acórdão aduz que: “é de se ressaltar que a demissão de servidor público, sem pro-

45 DA CUNHA, Leonardo Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo. Forense: Grupo GEN, 2021.

46 PIAUÍ. Tribunal de Justiça do Piauí. Reexame Necessário nº 201000010043510. Relator: Desembargador José Ribamar de Oliveira. Teresina, PI, 20 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Teresina, 20 maio 2019

cedimento administrativo que lhe garanta a ampla defesa pende de vício tão grave que sequer corre a prescrição, pois a lei deve ser interpretada a luz da Constituição e não o contrário”.

O caso em comento analisa o caso em que a servidora foi demitida sumariamente depois de 20 anos de serviços prestados, a administração alegou que a servidora não fazia jus a estabilidade provisória por não preencher os 5 (cinco) anos exigidos pelo Art. 19, ADCT, o TJ-PI manteve a sentença de reintegração ao cargo, pois mesmo que a servidora não fizesse jus a estabilização não foi lhe oportunizado exercer a ampla defesa e contraditório, confira a Ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA.ART.19 DO ADCT.SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL.DEMISSÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

1- Ainda que se considerasse que a impetrante, ora apelada, não tivesse sido beneficiada pela estabilidade extraordinária, prevista no art. 19 do ADCT, posto que não teria 5 anos continuados no serviço público, quando da promulgação da Constituição de 1988; mesmo assim, haveria necessidade de abertura de processo administrativo com exercício do direito constitucional de defesa.

2- Assim, considerando que a demissão não contou com a abertura de processo administrativo, no qual fossem assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa, devida é a reintegração da recorrida ao mesmo cargo que anteriormente exercia seu labor, observando o status quo ante, assegurando-lhe o recebimento de todas as vantagens dele decorrente, desde o afastamento indevido.

(...)

4- RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. (grifo nosso).

Repare que o Tribunal não falou em nulidade, mas em inexistência do Processo Administrativo Disciplinar ante a ausência de contraditório e ampla defesa. Frisa-se que a ausência de contraditório é um vício tão grave que é capaz de ilidir a coisa julgada material a qualquer tempo.

Nesse sentido, também entendeu o TJ-CE⁴⁷ ao analisar o caso de um ex-militar que foi licenciado *ex officio*, afirmou que a

A ausência do referido processo administrativo disciplinar implica na falta de formalidade essencial, um dos requisitos de validade do ato administrativo, o que, por consequência, torna o ato inválido e incapaz de produzir qualquer efeito na órbita jurídica. Assim, inexistente, portanto, o ato de exclusão do militar, ora apelado, não há que se falar em prescrição, uma vez que tal ato não gerou qualquer efeito jurídico.

O STJ entende que a ausência da ampla defesa e contraditório implica em um ato inexistente, portanto, sem efeitos jurídicos, assim não há falar em prescrição. Isto porque “A ausência do referido processo administrativo disciplinar implica na falta de formalidade essencial, um dos requisitos de validade do ato administrativo, o que, por consequência, torna o ato inválido e

47 CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação nº 0619155-95.2000.8.06. 0001.Fortaleza, CE, 18 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Fortaleza, 20 maio 2019.

incapaz de produzir qualquer efeito na órbita jurídica⁴⁸.” Assim, o ato não pode ser convalidado nem mesmo pelo decurso do tempo.

Ora, estar-se-á falando dos direitos fundamentais dos administrados, e a violação dos direitos fundamentais jamais podem ser convalidados, mesmo porque, procedimento administrativo sem o conhecimento da parte investigada é inexistente, e ato demissional sem o prévio processo também inexistente no mundo jurídico.

A terceira e última hipótese em que não corre a prescrição é quando a administração silencia e a lei não atribui efeito algum ao silêncio, nem denegatório, nem concedendo. A justificativa é que, se o sujeito que detinha poderes jurídicos-administrativos para produzir o ato não o produziu, se este “ato” não tem forma, não tem objeto (conteúdo), não tem motivo, nem finalidade. O ato não entrou no mundo, não existe ato.

Aqui não importa se o agente quis, teve vontade de fazer o ato, o móvel é um pressuposto puramente psicológico e não jurídico, é apenas vontade, intenção. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁹

Sem os elementos não há ato algum, administrativo ou não. Ou seja, inexistirá o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico. Sem os pressupostos de existência faltará o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltará o requerido para a qualificação dele como ato administrativo (válido ou inválido). Sem os pressupostos de validade não haverá ato administrativo válido.

Fácil se infirmar que se inexistente ato administrativo não podemos falar em invalidade, ineficácia ou congêneres, pois como delineado acima validade e eficácia são dependentes da existência.

Outrossim, não podemos falar em nulidade ou teoria das nulidades, inexistente nulidade onde inexistente ato. Consequência lógica é: inexistente prescrição, pois, não se suscita nulidade o que atrairia o prazo prescricional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da decomposição do ato administrativo realizada por Bandeira de Mello podemos de maneira pormenorizada estudar quando existe o ato administrativo, a escada ponteano que se divide em plano da existência, da validade e da eficácia se mostra plenamente aplicável a espécie.

A implicação do ato administrativo inexistente é inúmera, a começar pela inexistência de efeitos, mas a principal implicação sem dúvidas é a ausência de prescrição para estes casos.

Como se demonstrou, afigura-se a impossibilidade de, em casos tais, incidir a prescrição, isto porque, inexistente ato administrativo. Nessa quadra, pode o servidor demitido a qualquer momento ajuizar a ação de reintegração ou mesmo a ação declaratória de reconhecimento de vínculo jurídico.

48 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.441.640 – CE, Rel. Min. Regina Helena Costa, Brasília, DF, 31 de maio de 2016, Brasília, DF, **Diário da Justiça eletrônico** 06 de junho de 2016.

49 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p.401.

A linha de pensamento guarda fundamentos na teoria dos direitos fundamentais, posto que, os princípios são tão aplicáveis como as regras, assim, a ofensa a um deles é como se ofender uma regra concreta, em verdade, torna-se muito mais grave, posto que, a regra é o malferimento a uma única conduta e o malferimento aos princípios é a ofensa ao sistema na totalidade.

Desta feita, é de imprescindível importância o respeito as formas ao preenchimento do objeto, o respeito ao contraditório, a publicidade dentre outros princípios, objetivando o regular fazimento do ato administrativo. Sobretudo, respeitando o direito dos servidores e dos cidadãos, bem como os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, B. G. D., ENSSLIN, S. R., VALMORBIDA, S. M. I., & DUTRA, A. (2018). **Avaliação de Desempenho de Servidores Públicos**: o que a literatura nos ensina? *Caderno De Administração*, 26(1), 147-169.
- ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 8°. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 9, v. 37, p. 11-55, 1 jul. 2009. *Revista de Direito Administrativo and constitucional*. <http://dx.doi.org/10.21056/aec.v9i37>. Disponível em: [http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/issue/view/ano%209,%20n.%2037%20\(2009\)](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/issue/view/ano%209,%20n.%2037%20(2009)). Acesso em: 1/12/2022
- BULON, Vanessa; OHAYON, Pierre; ROSENBERG, Gerson. A reforma gerencial brasileira em questão: contribuições para um projeto em construção. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 3, n. 63, p. 265-284, 01 jul. 2012. Jul/set.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 8.112/90, de 18 de abril de 1991. Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm. Acesso em: 12/10/2022
- BRASIL. **Decreto-Lei 20.910/32**. Rio de Janeiro, RJ, 07 jan. 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d20910.htm. Acesso em: 12/10/2022
- BRASIL. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 07 jan. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12/10/2022
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade/MC nº 1695. Relator: Ministro Maurício Correia. Brasília, DF, 30 de outubro de 1997. **Diário da Justiça**. Brasília, 07 ago. 1998.
- BRASIL. Projeto de Lei nº 248, de 2020. Disciplina a perda de cargo público por insuficiência de desempenho do servidor público estável, e dá outras providências. **Projeto de Lei 248**. Brasília, DF, 01 jan. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Plp/plp248.htm. Acesso em: 12/10/2022
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.437. Relator: Ministra Cármen Lúcia. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 dez. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.452.935. Recorrido: Ministério Público Federal. Recorrente: João Vilarim Filho. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 14 de março de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 14 ago. 2018.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.441.640 – CE, Rel. Min. Regina Helena Costa, Brasília, DF. 31 de maio de 2016, Brasília, DF, **Diário da Justiça eletrônico**, 06 de junho de 2016.
- BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. PACHECO Regina Silvia. Instituições, Bom Estado, e Reforma da Gestão Pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 de abril de 2022.
- Carneiro, A. de A. (1945). Da reintegração por sentença judiciária. **Revista De Direito Administrativo**, 2(2), 882–886.
- CEARÁ. Tribunal de Justiça do Ceará. Apelação nº 0619155-95.2000.8.06. 0001. Fortaleza, CE, 18 de fevereiro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Fortaleza, 20 maio 2019.
- CORREIA, Atala. **Prescrição**: entre passado e futuro. Almedina (Portugal), 2021. /.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A atendibilidade dos fatos supervenientes no processo civil: uma análise comparativa entre sistema português e brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo. Forense: Grupo GEN, 2021.

CRETELLA JÚNIOR, José. Repercussão da sentença penal na esfera administrativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, s/v., s/n., p. 135-160 Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66647/69257/88035>. Acesso em: 15 de abril de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo, Ed. Forense, 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

FARIAS, Clovis Renato Costa. Estabilidade Extraordinária de Servidores Públicos e a Busca Pela Justiça (Uma análise do art. 19 do ADCT/CF88 com base na teoria dos direitos fundamentais). **Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 9, p. 9-32, jan. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/780>. Acesso em: 15/05/2022

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LIMA, Francisco Gérson Marques. A Emenda Constitucional 19/98 e o servidor público. In: **Revista dos tribunais**, vol. 762, abr.1999, p. 106 -117.

MAIA, BORIS. A institucionalização do concurso público no Brasil: uma análise sócio-histórica. **Revista do Serviço Público - RSP**, v. 72 n. 3, 663 – 684.

Mattos, M. R. G. de. (1999). Do reflexo da decisão penal no âmbito do Direito Administrativo. **Revista De Direito Administrativo**, 217, 45–54.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MORAES, Alexandre D. **Direito Constitucional**. São Paulo. Atlas, 2021.

Moreira, E. B., & Gomes, G. J. (2018). A indispensável coisa julgada administrativa. **Revista De Direito Administrativo**, 277(2), 239–277.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NEY, Marcia Silveira; GONÇALVES, Carlos Alberto Grisólia. Reformas administrativas e o desmonte neoliberal do Estado brasileiro: desafios para o enfrentamento ao novo coronavírus. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, São Paulo, v. 03, n. 30, p. 300-315, 04 set. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312020300301>. Disponível em:<https://www.scielo.org/article/physis/2020.v30n3/e300301/pt/>. Acesso em: 26/04/2022.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REIS, M. L. REFORMA DO ESTADO: DA ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL: O CASO BRASILEIRO. **REVISTA FOCO**, [S. l.], v. 7, n. 1, 2014. DOI: 10.21902/jbslawrev.foco.v7i1.110. Disponível em: <https://revistafoco.emnuvens.com.br/foco/article/view/110>- Acesso: 1/11/2022.

PIAUI. Tribunal de Justiça do Piauí. Reexame Necessário nº 201000010043510. Relator: Desembargador José Ribamar de Oliveira. Teresina, PI, 20 de fevereiro de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Teresina, 20 maio 2019

SOARES, Fabiana de Menezes. Função administrativa, estabilidade e princípio da neutralidade: alguns apontamentos sobre a reforma administrativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 136, n. 34, p. 87-99, 01 out. 1997.

SILVA, P. V. da. O servidor público nas constituições federais brasileiras e no projeto da assembleia nacional constituinte. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, RJ, v. 22, n. 2, p. 106 a 116, 1988. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9439>. Acesso em: 12/05/2022.

Valim, Rafael Ramires Araújo. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. 2009. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

RECURSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES: O IMPACTO DO FILTRO DE RELEVÂNCIA NA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

APPEALS IN THE HIGHER COURTS: THE IMPACT OF THE RELEVANCE FILTER ON THE ADMISSIBILITY OF THE SPECIAL APPEAL

Manuela Rabello Chaves Freitas¹

RESUMO: Após uma década de tramitação, o texto definitivo da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º 39/2021, intitulada de “PEC da relevância”, foi aprovada em dois turnos de votação na Câmara dos Deputados. A PEC objetivou e introduziu um novo requisito de admissibilidade recursal, visando à otimização dos trabalhos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), semelhante aos requisitos da repercussão geral já existentes e implementados no recurso extraordinário, bem como a transcendência no recurso de revista. Como resultado, em 15 de julho de 2022² foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) n.º 125, a qual altera o art. 105 da Constituição para instituir, também no recurso especial, a necessidade de cumprir o requisito de relevância das questões de direito federal em matéria infraconstitucional. Assim, propõe-se analisar a implementação do filtro da relevância como um requisito de admissibilidade do REsp sob a ótica de que o Superior Tribunal de Justiça busca agora atuar como uma “Corte de precedentes”, e não mais como “outra instância” do Poder Judiciário. Em suma, foi traçado um quadro fático da origem desse mecanismo, delineando suas implicações básicas, os limites para sua aplicação, e o histórico de aplicação no Superior Tribunal de Justiça, para que, ao final, se delimite os mecanismos pelos quais o filtro de relevância adentrará – de forma prática – no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Recurso especial; Relevância; Tribunais Superiores; Filtro recursal; Direito Processual Civil.

ABSTRACT: After a decade of proceeding, the final text of the Constitutional Amendment Proposal (PEC) no. 39/2021, known as the “*Relevance PEC*”, was approved in two rounds of voting in the Chamber of Deputies. The PEC aimed to introduce a new requirement for appeal admissibility, aimed at optimizing the work of the Superior Court of Justice (STJ), similar to the requirements of “*general repercussion*” already existing and implemented in extraordinary appeals, as well as “*transcendence*” in magazine appeals. As a result, on July 15, 2022, Constitutional Amendment (EC) no. 125 was enacted, amending art. 105 of the Constitution to establish, also in special appeals, the need to comply with the requirement of relevance of questions of federal law in infra-constitutional matters. The proposal is thus to analyze the implementation of the relevance filter as a requirement for admissibility of the REsp from the perspective that the Superior Court of Justice now seeks to act as a “*Court of precedents*”, and no longer as “*another instance*” of the Judiciary. In short, a factual picture was drawn of the origin of this mechanism, outlining its basic implications, the limits to its application, and the history of its application in the Superior Court of Justice, so that, in the end, the mechanisms by which the relevance filter will enter – in a practical way – the Brazilian legal system are delimited.

Keywords: Special resource; Relevance; Superior Courts; Appeal filter; Civil Procedural Law.

1 Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília (UnB); estudante em mobilidade acadêmica na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Direito - IDP e Gestão de Políticas Públicas - UnB. E-mail: manurabello2803@gmail.com.

2 Emenda Constitucional n.º 125, de 14 de julho de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc125.htm. Acesso em: 3 de ago. de 2023.

1. INTRODUÇÃO

A crise de sobrecarga processual nos Tribunais Superiores do Brasil é, há anos, um desafio sistêmico que afeta a eficiência e a qualidade da prestação jurisdicional. Diante desse cenário, o presente artigo buscará analisar a crise de superlotação processual nas Cortes, com enfoque na necessidade da criação do filtro de relevância no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Outrossim, será realizado um destaque para a própria criação do Tribunal Superior e uma comparação inevitável da relevância no recurso especial com a figura da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (STF), buscando entender as possíveis semelhanças e diferenças entre esses mecanismos.

Ademais, o número crescente de processos que chegam a esses tribunais tem impactado negativamente a celeridade processual, a qualidade das decisões e a eficiência do sistema judiciário. Nesse mesmo sentido, sabe-se que a morosidade presenciada atualmente gera uma grave insegurança jurídica, minando a confiança dos cidadãos em um sistema de justiça eficaz.

Não obstante, para tentar solucionar essa crise, a Emenda Constitucional (EC) n.º 125, por meio da alteração do art. 105 da Constituição Federal, instituiu, também no recurso especial, a necessidade de cumprir o requisito de relevância das questões de direito federal em matéria infraconstitucional. Este mecanismo busca selecionar os casos com relevância nacional e impacto jurisprudencial, permitindo que o tribunal concentre seus esforços apenas nas matérias ainda não analisadas, afastando-se da mera análise fática –, a qual deve ser preocupação apenas das instâncias inferiores.

Logo, o filtro de relevância é uma tentativa de racionalizar o uso dos recursos do tribunal e direcioná-los para casos de interesse público e jurídico relevantes. Essa medida é crucial para evitar que o STJ seja sobrecarregado com processos de menor impacto e, ao mesmo tempo, garantir que as questões mais relevantes sejam analisadas com a devida qualidade processual.

Diante disso, o objetivo central da pesquisa é observar se o filtro da relevância é de fato uma medida capaz de solucionar a crise do STJ, bem como explicitar os seus impactos na admissibilidade do Recurso Especial. Ocorre que esse filtro foi inspirado, em grande medida, na repercussão geral adotada pela Corte Suprema, sendo assim, também será feita uma análise histórica do procedimento e das consequências do filtro da repercussão geral no STF.

2. CONTEXTO HISTÓRICO: DA IMPLEMENTAÇÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS À CRIAÇÃO DO FILTRO DE RELEVÂNCIA

É indubitável que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) desempenha um papel crucial para o funcionamento do sistema judiciário brasileiro, atuando como o guardião da uniformização da interpretação da Lei Federal. É exatamente nesse sentido que podemos pontuar que foi necessária e essencial a sua criação com o advento da Constituição Federal de 1988.

Nesse viés, cabe destacar que há um certo consenso na doutrina jurídica sobre o motivo pelo qual foi imperioso estabelecer uma nova Corte no sistema legal brasileiro. A partir de 1988, o Superior Tribunal de Justiça começou a assumir a competência do Supremo Tribunal Federal para examinar questões de direito federal comuns, que anteriormente eram ventiladas apenas através da arguição de relevância.

Quanto às suas atribuições, a Corte Superior exerce funções jurisdicionais em caráter originário e recursal, sendo responsável por supervisionar o cumprimento da lei no âmbito federal. Portanto, as disputas jurídicas que outrora eram arguidas por meio de recurso extraordinário passaram a ser suscitadas por meio do recurso especial, e essa é a tarefa central do STJ: analisar questões de direito “abaixo da Constituição”. Todavia, transferida a competência recursal de uma Corte para outra, impôs-se ao STJ, desde o princípio, a convivência com a crise numérica do Judiciário, inclusive em razão deste acumular dupla função como Corte de Cassação e de Corte de Precedentes (Mendes; Branco, 2017, p. 888).

Logo, os recursos repetitivos vieram como uma resposta legislativa à sobrecarga do STJ e à necessidade de uniformizar a interpretação da lei federal em casos idênticos ou similares, sendo a melhor solução encontrada a época para lidar com o crescente número de recursos que chegam ao tribunal.

Ante o elencado, neste texto traçaremos um panorama histórico da implementação dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça, discutindo porque eles não foram capazes de findar a crise do tribunal e como a introdução do filtro de relevância se tornou uma medida essencial para o bom funcionamento da Corte.

Em agosto de 2023, a Lei n.º 11.672/2008³, comumente conhecida como Lei dos Recursos Repetitivos, completou 15 anos de vigência. A referida norma permitiu que a tese jurídica fixada em apenas um julgamento fosse aplicada para solucionar múltiplos processos com a mesma controvérsia jurídica, afastando a questão fática do caso e inovando a atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Nesse viés, a Lei dos Recursos Repetitivos foi responsável justamente por tornar, de certa forma, “desnecessária” a atuação individualizada do STJ em casos que tenham similaridade em suas questões jurídicas, tornando-se um marco e uma transição na prática da corte. Assim, a lei se tornou primordial para uniformizar a jurisprudência pátria, de modo a aumentar a segurança jurídica e reduzir o volume da demanda processual – fato que, como se perceberá, não atingiu a totalidade de sucesso.

Inicialmente, cumpre destacar, de forma literal, o que são os recursos repetitivos, o seu real impacto e como o contexto histórico de sua implementação levaram a criação do filtro de relevância. Portanto, consoante a definição do Superior Tribunal de Justiça⁴, uma Tese ou Recurso Repetitivo (RR):

“É o recurso julgado pela sistemática descrita no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em que o STJ define uma tese que deve ser aplicada aos processos em que discutida idêntica questão de direito. A escolha do processo para ser julgado como repetitivo pode recair em processo encaminhado pelos tribunais de origem como representativo de controvérsia (art. 256-I do RISTJ⁵) ou em recurso já em tramitação.”

3 Lei n.º 11.672, de 8 de maio de 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111672.htm. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

4 STJ: Recursos repetitivos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/recursos-repetitivos>. Acesso em: 12 de ago. de 2023.

5 Capítulo II-A - Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/Regimento/article/view/3299/3968>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

Exatamente nesse contexto, o art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil preconiza que *“sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento (...)”*. Assim, a análise do mérito recursal pode ocorrer por amostragem, mediante a seleção de recursos que representem, de maneira adequada, a controvérsia. Em síntese, o Recurso repetitivo é aquele que representa um conjunto de recursos especiais de teses processuais e questão de direito idênticas.

Outrossim, faz-se evidente que a Lei n.º 11.672/2008 introduziu esse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que o tribunal selecionasse alguns processos representativos para julgamento e estendesse sua decisão para todos os casos semelhantes – sobrestados em instâncias inferiores –, aumentando a eficiência do STJ ao eliminar a necessidade de julgar milhares de casos praticamente idênticos e objetivando a maior fluidez das decisões, bem como o descongestionamento processual que assolava a atuação do Tribunal. E, no mesmo sentido da repercussão geral no Recurso Extraordinário, os maiores detalhes desse procedimento eram determinados pelo próprio Tribunal.

A fim de tornar efetivo e colocar em prática o proferido, logo após a publicação da Lei dos Recursos Repetitivos, o STJ estabeleceu os primeiros procedimentos relativos ao seu rito de processamento e julgamento, os quais foram dispostos por meio da Resolução 8/2008⁶, e determinavam que a decisão proferida pela Corte Superior deveria ser seguida pelos Tribunais de segunda instância, criando um efeito vinculante das decisões.

Em sequência, foi firmado um acordo de cooperação entre o STJ, os cinco Tribunais Regionais Federais (TRFs) e os dezesseis Tribunais de Justiça (TJs) até então existentes, o qual foi essencial para o estabelecimento taxativo dos procedimentos para a seleção de recursos, os critérios sobre juízo de admissibilidade, a suspensão de processos e a forma de julgamento dos processos suspensos pelo rito dos repetitivos. Sem esse acordo seria ainda mais difícil atingir uma isonomia na atuação dos Tribunais no que tange a aplicação dos recursos repetitivos.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o julgamento dos Recursos Repetitivos ganhou um papel de destaque através de textos específicos que discorrem sobre a sua uniformização dos Tribunais. Exatamente nesse sentido, o art. 926 do CPC compila a nova sistemática processual, citando a busca pela uniformidade jurisprudencial, mantendo-a estável, íntegra e coerente. No artigo seguinte, a Lei Ordinária determina que os juízes e tribunais devem observar diversas decisões, dentre elas o que for decidido no *“julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”*⁷.

Em outros termos, com a incorporação do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, o entendimento da Corte Superior nos recursos afetados deve ser seguido à risca nos processos suspensos e repetidos, tornando-se um passo fundamental a caminho da homogeneização do judiciário. Inclusive, o referido entendimento é evidenciado e reafirmado nos artigos seguintes do Código Processual.

6 Resolução n.º 8/2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/items/ab44d4ae-6770-40dd-a9d1-1313b23c6de3>. Acesso em: 10 de ago. de 2023.

7 Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão:
(...) III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (...).

Em síntese, a nova sistemática processual civil objetivou, entre outras coisas, que os repetitivos significassem mais do que apenas uma “forma de desafogo numérico” para a crise de congestionamento processual. Veja-se o que diz Humberto Theodoro Júnior acerca da matéria:

(...) o nCPC adotou na política de valorização da jurisprudência como instrumento comprometido com a segurança jurídica e o tratamento isonômico de todos perante a lei. Por isso, o mecanismo dos arts. 1.036 a 1.041 não deve ser visto como simples técnica de combater o enorme volume de recursos que se acumulam de forma cada vez maior nos tribunais superiores. Integra ele um grande **sistema processual voltado, precipuamente, para uniformizar e tornar previsível a interpretação e aplicação da lei, com vistas à segurança jurídica, que por sua vez pressupõe previsibilidade e repugna a instabilidade da ordem normativa** (Theodoro, 2016, p. 1.157, *grifos nossos*).

Logo, é fundamental a importância que o Código de Processo Civil de 2015 traz para os precedentes qualificados firmados pelo STJ nos julgamentos de recursos repetitivos, facilitando inclusive a publicidade e o acesso dos dados necessários por todas as partes envolvidas na esfera do judiciário.

Devidamente explanada a definição, a importância e a implementação dos recursos repetitivos, faz-se necessário elencar-se brevemente o procedimento de como é realizado o seu julgamento. Segundo a legislação processual, tudo se inicia quando os tribunais de origem notam a situação de múltiplos recursos da mesma demanda processual. Dentro dessa primeira situação, cabe elencar que a competência para escolha dos recursos e dos temas não é exclusiva dos tribunais de 2ª instância recorridos e o próprio STJ (“de ofício”) pode perceber a existência das repetições.

Em seguida, a Presidência ou Vice-presidência do Tribunal em questão irá selecionar dois ou mais recursos que representem a relação jurídica discutida de forma ampla, afetando-se o tema – admitindo-o como recurso representativo de controvérsia – para decidir se a questão será julgada sob a sistemática dos repetitivos ou não. Frise-se que somente esses recursos escolhidos são remetidos ao Superior Tribunal de Justiça e essa seleção prévia não vincula o Tribunal Superior, que pode eleger outros recursos como os paradigmas da questão.

Assim, quando um recurso é classificado como repetitivo, automaticamente o trâmite dos demais recursos será suspenso no tribunal de origem até o pronunciamento definitivo do STJ sobre a matéria, consoante o disposto no art. 1º, § 3º, da Resolução n.º 8/2008, e se encaminhará o “recurso representativo de controvérsia” a Corte Superior para julgamento.

Outrossim, o julgamento é dividido em duas etapas: no primeiro momento, o Relator do caso – o qual é escolhido por sorteio – analisa e decide se a questão debatida é realmente razoável e “digna” de afetação, sendo assim definida a sua real admissibilidade. Em caso positivo, os processos já sobrestados permanecem suspensos e é determinada a “questão submetida ao julgamento”.

Por outro lado, no segundo momento é realizado, pelas Seções ou pela Corte Especial, o julgamento voltado ao mérito do Recurso Especial. Após a afetação, julgamento e publicação da decisão colegiada sobre o tema repetitivo pelo Superior Tribunal de Justiça, a mesma solução deverá, impreterivelmente, ser aplicada aos demais processos que estiverem suspensos

na origem. Toda a sistemática narrada visa concretizar os princípios da celeridade, isonomia e segurança jurídica às partes envolvidas na relação processual.

Diante do tema, sabe-se que até julho de 2023⁸, o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC)⁹ registrou a incrível marca de 1.204 temas afetados para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Ademais, cumpre destacar que, do número total, 92 casos ainda aguardam julgamento e no presente ano já chega em 26 o número dos temas afetados. Por outro lado, a diferença entre o número de temas afetados e a quantidade de temas efetivamente julgados pode ocorrer devido ao cancelamento de alguns – atualmente 182 –, em que tanto o relator do recurso repetitivo quanto o colegiado podem decidir por cancelar um tema.

Apesar da boa intenção por trás da criação recursos repetitivos, a crise de congestionamento processual no STJ persistiu. Primeiramente, a legislação não definiu critérios claros para a seleção dos casos representativos, o que levou a uma aplicação heterogênea e, em alguns casos, arbitrária dessa ferramenta. Além disso, a quantidade de recursos repetitivos apresentados continuou a crescer exponencialmente, sobrecarregando ainda mais o tribunal.

Outro problema crucial foi a falta de eficácia das decisões proferidas em recursos repetitivos em vincular os tribunais de instâncias inferiores. A jurisprudência fixada pelo STJ nem sempre era seguida de forma uniforme, o que minava o objetivo de uniformização da interpretação da lei federal. Outrossim, não podemos deixar de pontuar que, em virtude da sistemática dos repetitivos, diversas questões também deixaram de tramitar em processos judiciais simplesmente porque houve uma definição pelo STJ, corte incumbida de dar a última palavra na interpretação da lei federal.

Ante o exposto, tornou-se inevitável e urgente a adoção de uma nova medida para sanar a crise. Daí a necessidade de criar um filtro de relevância para selecionar os casos que efetivamente demandavam a análise pela Corte Superior.

Em síntese, é evidente que a implementação dos recursos repetitivos no STJ, a partir da aprovação e entrada em vigor da Lei n.º 11.672/2008, foi uma tentativa importante de lidar, e tentar solucionar, a crise de congestionamento processual. Todavia, também ficou perceptível que essa medida não foi suficiente para solucionar os problemas enfrentados pelo tribunal, principalmente devido à falta de critérios específicos e o contínuo aumento da demanda processual, fazendo com que os julgadores de certa forma tivessem que “julgar mais com menos qualidade”.

Assim é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, que aborda a necessidade da readequação do STJ como, de fato, uma Corte de Precedentes e não “mais uma instância” de mera “correção”, mas atribui aos Recursos Repetitivos uma solução equivocada e sem muitos efeitos práticos para sanar com o congestionamento numérico da Corte.

8 STJ: Temas afetados para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/04072023--ultrapassa-marca-de-1-200-temas-afetados-para-julgamento-sob-o-rito-dos-recursos-repetitivos.aspx>. Acesso em: 19 de ago. de 2023.

9 Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC). Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Precedentes/informacoes-gerais/nucleo-de-gerenciamento-de-precedentes-e-de-acoes-coletivas>. Acesso em: 19 de ago. de 2023.

“A evolução do pensamento jurídico evidenciou que o Superior Tribunal de Justiça tinha que se libertar da função que exercia desde a Constituição de 1988, na linha das cortes supremas de correção. Porém, destituída de um filtro capaz de lhe permitir selecionar questões para exercer sua função interpretativa, a corte brasileira foi obrigada a optar por uma trilha que se mostrou equivocada”¹⁰

Nesse panorama, a introdução do filtro de relevância – que será detalhadamente abordada nos capítulos seguintes – representa uma evolução necessária no sistema jurídico brasileiro, visando direcionar os recursos do STJ para casos que realmente têm impacto nacional e relevância jurídica, retomando o preceito essencial da Corte: “julgar menos casos e com excelência técnica”, de modo que não haja mais inconsistências e divergências internas, subindo apenas os temas que realmente ainda não foram pacificados.

Por fim, sabe-se que essa mudança é fundamental para assegurar a eficiência do Tribunal Superior e a uniformização da interpretação da lei federal no Brasil, promovendo, assim, a estabilidade, a equidade e previsibilidade no sistema judiciário do país, fundamentos essenciais para o pleno funcionamento do Judiciário e garantia dos direitos dos cidadãos.

3. O FILTRO DE RELEVÂNCIA COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Preliminarmente, faz-se necessário discutir sobre a importância de se ter um sistema de precedentes não simplesmente como uma ferramenta de gestão de casos, mas como uma consequência do amadurecimento da metodologia da ciência do direito. Há uma clara distinção entre texto e norma, sendo necessário perceber as possibilidades interpretativas diante dos textos normativos, bem como a importância de ter uma palavra final do Estado a respeito do direito que rege a vida dos cidadãos. Em síntese, não se pode normalizar o ato costumeiro de se ter decisões distintas sobre casos idênticos, a depender exclusivamente do juiz designado.

O Poder Judiciário, por meio do sistema de precedentes, tenta cumprir a função essencial de conferir segurança jurídica e cognoscibilidade, nos informando qual o direito que vai reger as nossas relações. Em suma, o amadurecimento desse sistema é um imperativo de segurança jurídica, pois confere isonomia e até mesmo liberdade aos jurisdicionados. Afinal, como seríamos realmente livres se não sabemos sequer o direito que rege as nossas vidas?

Nesse viés, a implementação dos filtros recursais – seja a repercussão geral, a relevância ou a transcendência – pelos Tribunais Superiores é essencial para que as Cortes trabalhem de forma coerente e com racionalidade, conseguindo alcançar o ideal de “*judgar menos para julgar melhor*” (Marinoni, 2014, p. 152-153). Até porque não faz sentido algum o Tribunal enfrentar diariamente o mesmo tema, justamente porque isso alarga a possibilidade de decisões distintas sobre uma mesma matéria, o que apenas congestionava o sistema processual e impede que as Cortes Superiores possam definir o que e quando vão julgar.

Diante do já elencado contexto histórico, a Constituição Federal de 1988, por meio do art. 105, trouxe a necessidade da criação do Superior Tribunal de Justiça na busca por segurança jurídica e isonomia entre as cortes. Assim, faz-se necessária a repetição de que, na prática, o STJ

10 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-28/direito-civil-atual-recursos-repetitivos-relevancia-questao-federal/>. Acesso em: 1 de ago. de 2023.

funcionaria como guardião da matéria infraconstitucional, unificando e pacificando soluções a litígios recorrentes.

Todavia, com o passar dos anos o Superior Tribunal de Justiça começou a ser visto como mais uma instância do judiciário brasileiro, com o diferencial de ter a competência para analisar matérias relacionadas ao direito federal infraconstitucional. Essa perspectiva equivocada e já enraizada no pensamento dos que buscam o Tribunal Superior se deve ao fato de que diariamente são submetidos os mais diversos casos a Corte sem que seja observada a real relevância e impacto jurídico, social, econômico e político da questão debatida. Nesse sentido, não é exagero apontar que com uma mera alegação de violação à legislação federal o tribunal já possibilitava a análise do caso concreto.

O cenário em questão é extremamente perigoso, visto que, por diversas vezes, são julgadas demandas com temas extremamente parecidos – senão idênticos –, fazendo com que o STJ se distancie da sua competência originária. No AgInt no REsp 1.677.653¹¹, o ministro Luís Felipe Salomão discorreu exatamente sobre esse impasse ao afirmar que: *“o recurso especial tem como escopo a defesa da higidez do direito objetivo e a unificação da jurisprudência em matéria infraconstitucional, não se admitindo que o STJ funcione como mera instância revisora, pois não é essa sua missão constitucional”*.

Logo, com a perda gradual do seu princípio fundador, o tribunal passou a ser visto como uma mera corte de controle e de revisão da decisão dos tribunais de segundo grau e o excessivo número de processos remetidos ao STJ intensificou a mentalidade de que o tribunal teria a função de uma terceira instância revisora de causas cujo interesse só diz respeito ao caso concreto.

Cumprir pontuar que inicialmente um dos instrumentos adotados pelo Superior Tribunal de Justiça para preservar o seu papel de corte de precedentes foi a implementação da tão conhecida Súmula 7¹², a qual teve o seu enunciado aprovado no sentido de *“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”*. Em síntese, a súmula em questão preconiza que no julgamento do recurso especial não cabe qualquer tipo de reapreciação de fatos ou provas, devendo o STJ se limitar unicamente a reanálise de questões jurídicas. Nesse sentido, o temido enunciado serve como o maior filtro indireto para juízo impeditivo de admissibilidade em REsp pela Corte (Streck, 2023, p. 342).

Outrossim, é importante pontuar que, justamente para que não haja o desvirtuamento da função originária da Corte Superior, o recurso especial possui pressupostos de admissibilidade além dos requisitos comuns aos recursos, quais sejam: (a) atacar decisão de tribunal estadual ou regional; (b) não discussão de fatos ou direito; (c) esgotamento dos recursos ordinários; e (d) prequestionamento de decisões judiciais.

Ainda nesse sentido, o filtro de relevância no STJ surge inicialmente para atuar como mais um requisito de admissibilidade do recurso especial, condicionando a sua análise à presença de critérios previamente estabelecidos. Nesse contexto, como destaca Cândido Rangel

11 Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1713871&num_registro=201701376826&data=20180523&peticao_numero=201800168509&formato=PDF. Acesso em: 1 de out. de 2023.

12 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?sumula=7.num>. Acesso em: 8 de out. de 2023.

Dinamarco, “a admissibilidade de um recurso representa uma etapa fundamental no processo, permitindo que a jurisdição superior se concentre nas questões efetivamente relevantes” (Dinamarco, 2015, p. 342).

Desse modo, com a Emenda Constitucional nº 125 de 2022 foram introduzidos ao artigo 105 da Constituição Federal Brasileira os §§2º e 3º, veja-se:

§ 2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.

§ 3º Haverá a relevância de que trata o § 2º deste artigo nos seguintes casos: I - ações penais; II - ações de improbidade administrativa; III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários-mínimos; IV - ações que possam gerar inelegibilidade; V - hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI - outras hipóteses previstas em lei.

A referida inclusão surge como uma medida essencial para que a Corte Superior tenha de fato uma dedicação exclusiva a temas relevantes, reduzindo a quantidade de recursos submetidos e conseqüentemente melhorando a qualidade técnica das decisões (Marinoni; Mitidiero; Arenhart, 2015, p. 548).

Consoante os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, “os requisitos de admissibilidade são etapas indispensáveis no processo de seleção de recursos, uma espécie de filtro que visa permitir que apenas os casos mais relevantes cheguem à apreciação do tribunal superior” (Grinover, 2009, p. 208). Nesse viés, o filtro de relevância desempenha o papel de “guardião da seletividade recursal” (Diniz, 2018, p. 311), buscando direcionar a atenção da Corte Superior exclusivamente para os casos que evidenciem impacto nacional e relevância jurídica, evitando com que matérias menos relevantes sobrecarreguem o sistema judiciário.

Nessa primeira possibilidade de caminho processual, a adoção do filtro de relevância seria como um filtro de admissibilidade individual. Logo, nessa hipótese de implementação, ele se configuraria como um mero requisito de admissibilidade, sujeito a uma avaliação caso a caso, sem implicar na criação de precedentes. Portanto, a turma designada analisaria diretamente no recurso a presença ou não de relevância da matéria. Desse modo, a sua função seria tão somente a de reduzir o número de recursos que vão ser efetivamente analisados, semelhante ao que já ocorre no requisito de transcendência no recurso de revista (Vianna; Pavelski, 2020, p. 250-267).

Ademais, essa também não parece ser a intenção da alteração constitucional dirigida ao recurso especial, visto que a princípio a relevância tenta muito mais se aproximar da repercussão geral – que além de ter por objetivo a diminuição da quantidade de processos, também pretende alterar o funcionamento dos recursos especiais e da Corte Superior – do que da transcendência. Nesse mesmo viés, a experiência da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal nos comprova que a utilização do filtro recursal apenas como requisito de admissibilidade não é suficiente para resolver a superlotação do sistema judiciário.

Outrossim, se o STJ usar o filtro apenas com o intuito de negar em cada caso a relevância e não julgar os temas propriamente ditos, os processos vão continuar subindo e o problema não será resolvido, muito pelo contrário, a implementação terá sido em vão. Isso porque haverá

casos em que um mesmo tema terá a sua relevância reconhecida e, em outros casos, negada – a depender de quem analisará –, afastando por completo o propósito de uniformização.

Em síntese, a ideia central é que é indispensável que os filtros recursais se aproximem, na maior medida possível, das técnicas de formação de precedentes, ou seja, não se pode ver os filtros como um instrumento apenas para negar a apreciação de casos concretos. Os filtros precisam ser vistos para além de um mero requisito de admissibilidade, ou seja, precisam e devem ser observados como um pontapé inicial, seja para o tribunal reconhecer a eficácia transcendente do caso concreto – informando a sociedade que ele não vai apreciar o tema –, seja para o tribunal apreciar o tema e de fato formar um precedente sobre o conteúdo normativo do direito vigente daquela matéria.

É exatamente nesse sentido que, segundo Mitidiero (2022), a relevância da questão federal deve apresentar dupla composição, exigindo-se para o seu reconhecimento não apenas que a questão tenha repercussão econômica, social, política ou jurídica, mas, além disso, seja dotada de transcendência, ou seja, que tenha a capacidade de ultrapassar o mero interesse do caso concreto e das partes, conferindo de fato unidade ao direito.

Logo, o filtro de relevância trata-se de um objetivo institucional comum, no qual não se pode negar que as autoridades envolvidas nos polos de poder vejam o critério da relevância como uma alternativa viável para resolver o problema da sobrecarga numérica, como também ao propósito central de trazer cognoscibilidade e unicidade ao direito no âmbito federal.

Diante do exposto, torna-se evidente os dois modos possíveis de implementação do filtro de relevância: como o já abordado requisito de admissibilidade; e como técnica de julgamento. E é exatamente nesse sentido polissêmico que discutiremos, no capítulo seguinte, sobre a aplicação do filtro de relevância no Superior Tribunal de Justiça em um viés prático de aproximação com o instituto da repercussão geral e a sua institucionalização como técnica de julgamento para formação de precedentes.

4. UM FILTRO RECURSAL OU UM FORMADOR DE PRECEDENTES? A RELEVÂNCIA COMO TÉCNICA DE JULGAMENTO E A COMPARAÇÃO NECESSÁRIA COM O INSTITUTO DA REPERCUSSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

É inegável as diversas questões polêmicas que assolam a implementação do filtro de relevância, dentre elas está o grande questionamento de como realmente será regulamentado o filtro, como um mero requisito de admissibilidade ou como uma técnica de julgamento – assim como a repercussão geral no STF. Em síntese, é necessário apurar se quando reconhecida ou negada a relevância do caso, a demanda será apreciada isoladamente, com efeitos apenas no processo em questão, ou se o caso também será submetido à técnica de formação de precedente, com eficácia para além do caso concreto, em que a solução aplicada para casos análogos e impedindo a remessa para o STJ de recursos com o mesmo tema (Mendes, 2023, p. 423).

Para entender o modelo processual que a relevância irá seguir, é fundamental compreender como funciona o instituto da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Mas afinal, o que é a repercussão geral propriamente dita? É impossível responder essa pergunta sem entender o que de fato acontece no STF.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 incluiu no §3º do art. 102 da Constituição Federal¹³ a repercussão geral, um novo requisito para a interposição de Recursos Extraordinários. A medida inicialmente foi criada para frear o desvirtuamento da função institucional que a Corte Suprema estava enfrentando, sendo inclusive considerada um marco pela comunidade jurídica e vista como uma “reforma do judiciário” (Filho; Klotz; Siqueira, 2023, p. 50).

Inicialmente a repercussão geral também foi criada como um requisito de admissibilidade, em que todo o recurso extraordinário deveria necessariamente apresentar repercussão geral para entrar no Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, nem todo Recurso Extraordinário é julgado sobre o regime da repercussão geral. Então o que significa dizer que o tema foi julgado com repercussão geral, sendo que todo Recurso Extraordinário para ser admitido obrigatoriamente tem que apresentá-la?

O grande ponto acerca da conformação da repercussão geral no STF é justamente sobre esse ser um termo polissêmico: ora ele é visto como um requisito de admissibilidade, ora como uma técnica de julgamento, a depender do regime em que será enquadrado. E essa diferenciação é fundamental para entender o funcionamento da Corte Suprema e analisar o filtro da repercussão geral, bem como entender todas as virtudes e consequências por ele proporcionado.

Vejamos, se por um lado todo recurso extraordinário precisa de repercussão geral para entrar no Supremo Tribunal Federal, nem todo RE é submetido a técnica de formação de precedentes, e isso ocorre uma vez que na Corte Superior temos dois circuitos processuais centrais possíveis de tramitação: o enquadramento da repercussão geral como um mero requisito de admissibilidade; e a sua utilização como técnica de julgamento para formação de precedentes.

Enquanto a Constituição Federal de 1988 previu, nos termos do art. 102, §3º, a repercussão geral apenas como um requisito de admissibilidade, o próprio Supremo Tribunal Federal amadureceu, nos últimos 15 anos, a utilização do instituto também em outro panorama, o da técnica de julgamento para formação de precedentes qualificados¹⁴.

Nesse panorama, o STF ao analisar a admissibilidade primária do recurso extraordinário verifica, entre outros fatores, se a postulação apresenta repercussão geral, definindo se o recurso realmente terá o seu mérito julgado. Ou seja, nesse momento será analisado se o tema é de fato relevante do ponto de vista social, jurídico, político ou econômico ao nível de transcender o mero caso concreto. Em caso positivo, é possível que seja deflagrado, também, um procedimento de formação de precedente vinculante denominado “*julgamento sob o regime da repercussão geral*”, em que esse instrumento — inicialmente visto apenas como um requisito de admissibilidade — assumirá o papel, também, de técnica de julgamento.

Em síntese, enquanto um mero requisito de admissibilidade, significa dizer que todo recurso extraordinário precisa ter repercussão geral para minimamente entrar no STF e ter o seu mérito analisado. Outrossim, também poderá ser instaurada uma técnica de julgamento para

13 § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

14 MENDES, Paulo. Relevância no Recurso Especial. Um requisito de admissibilidade ou uma técnica de julgamento? In: Marques, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). A relevância da questão federal no recurso especial. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 425.

a formação de precedentes vinculantes, sendo esse um circuito mais específico e técnico, que ocorre em menor volume numérico que o anterior.

Ainda nesse contexto, cumpre destacar que o CPC utiliza dois termos distintos para a técnica de julgamento de formação de precedente vinculante no STF. Além de fazer referência ao julgamento de *recurso extraordinário repetitivo*, a Corte Suprema também se refere a essa técnica como *julgamento sob o regime da repercussão geral*. Tal fato pode ser observado, por exemplo, nos textos normativos dos artigos 1.030, I, “a”; 1.035, §7º; 1.042, *caput*; e 1.042, §2º, todos do Código de Processo Civil.

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I – negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal *não tenha reconhecido a existência de repercussão geral* ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no *regime de repercussão geral*

Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.

(...)

§ 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em *regime de repercussão geral* ou em *julgamento de recursos repetitivos* caberá agravo interno.

Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em *regime de repercussão geral* ou em *julgamento de recursos repetitivos*.

(...)

§ 2º A petição de agravo será dirigida ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem e independe do pagamento de custas e despesas postais, aplicando-se a ela o *regime de repercussão geral e de recursos repetitivos*, inclusive quanto à possibilidade de sobrestamento e do juízo de retratação.

Por outro lado, o Supremo – em oposição indireta ao Código de Processo Civil – não utiliza a expressão *julgamento de “recurso extraordinário repetitivo”* nem o termo “*recurso extraordinário repetitivo*” como sinônimo de *técnica de formação de precedentes*, mas sim “*julgamento sob o regime de repercussão geral*”, mesmo que de forma prática todos esses sejam considerados sinônimos.

O Procurador da Fazenda Nacional, Paulo Mendes, em artigo para o JOTA¹⁵ sobre o recurso extraordinário (RE) e os seus circuitos processuais, apresentou um fluxograma detalhado¹⁶ que bem especifica os possíveis caminhos que o RE pode passar desde o momento em que ele é interposto nos tribunais de origem. Em uma tentativa de sintetizar o ilustrado, o recurso extraordinário entra no Superior Tribunal Federal pela presidência e, uma vez dentro, há a pos-

15 Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/recurso-extraordinario-e-seus-circuitos-processuais>. Acesso em: 31 de out. de 2023.

16 Anexo 1.

sibilidade de passar por cinco circuitos distintos, a depender da decisão de admissibilidade da presidência.

Como pode se retirar da interpretação do esquema, no STF há dois procedimentos iniciais utilizados como base para análise: (1) uma espécie de “procedimento comum” em que tramita a maioria dos recursos extraordinários (circuitos 1, 2, 3 e 4 do fluxograma); e (2) um “procedimento especial”, o qual é representado justamente pelo denominado “regime de repercussão geral” (circuito 5 do fluxograma do STF). Ou seja, a maioria dos milhares de processos que tramitam diariamente no Supremo Tribunal Federal inegavelmente tem as suas decisões proferidas por qualquer um dos outros quatro circuitos iniciais, os quais representam possibilidades de trâmite do recurso extraordinário em que não haverá a formação de precedente.

Ademais, pode-se retirar a interpretação de que o chamado “procedimento comum” é bem mais flexível, sendo possível que o recurso extraordinário percorra diversos e variados caminhos, a depender unicamente das especificidades do caso concreto. Por outro lado, cumpre destacar também que a maioria dos recursos é impedida já na própria presidência do STF, seja por inadmiti-los, seja por devolvê-los à origem por já haver tema de repercussão geral firmado.

Nesse viés, apenas quando a presidência do Supremo identifica que um tema é relevante em um nível que transcenda o mero caso concreto, ele é submetido ao 5º circuito, que é justamente o regime de repercussão geral. O fluxograma demonstra, entre diversas conclusões, que o filtro recursal da repercussão geral por si só não eliminou – e nem eliminará – os outros quatro caminhos de análise possíveis no STF, de modo que diariamente ainda haverá milhares de decisões sendo proferidas exatamente dentro dessas possibilidades.

Outrossim, é por meio do Núcleo de Gerenciamento de Precedentes e de Ações Coletivas (NUGEPNAC) que temos acesso ao universo total dos temas que devem ser submetidos ao regime de formação de precedentes, havendo, portanto, uma aproximação prática, significativa e inegável no âmbito do Supremo Tribunal Federal entre o filtro da repercussão geral e a técnica de formação de precedentes.

Em suma, essa aproximação é uma possibilidade “chave” para resolvermos o problema de super congestionamento dos tribunais superiores, justamente porque é a partir desse mecanismo que o STF conseguiu diminuir significativamente o seu acervo processual e julgar com mais técnica e qualidade – assemelhando-se com o que se objetiva no STJ. Outra comparação possível é o filtro da transcendência no recurso de revista, visto que ele é utilizado de uma forma que não estabelece a mesma ligação da repercussão, atuando apenas com uma análise específica de casos concretos e não na formação de precedentes, consequentemente, o acervo processual superlotado também aparece como um impasse.

Em síntese, a discussão acerca do filtro de relevância no STJ frequentemente gira em torno de sua natureza: seria ele meramente um requisito de admissibilidade ou também uma técnica de julgamento? Essa ambiguidade pode ser exemplificada pelas palavras de Gilmar Mendes, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que afirma que *“os filtros de admissibilidade não apenas selecionam casos, mas também moldam a maneira como os tribunais fazem justiça”* (Mendes, 2012, p. 157).

Assim, tal ambiguidade é, de fato, inerente ao mecanismo. O filtro, ao condicionar a admissão do recurso especial a critérios de relevância, desempenha um papel duplo: limitar o

acesso ao STJ, poupando-o de processos menos relevantes; e, ao mesmo tempo, direcionar o julgamento para os casos que efetivamente contribuirão para a formação de precedentes. Em síntese, nem todo recurso especial que chegar ao STJ formará precedente vinculante, mas apenas aquele que for submetido ao regime dos repetitivos e da relevância.

Logo, o filtro de relevância na Corte da cidadania desempenha um papel multifacetado, podendo atuar como requisito de admissibilidade do recurso especial e, simultaneamente, como uma técnica de julgamento na formação de precedentes. Sua ambiguidade intrínseca torna-o uma ferramenta versátil, capaz de conciliar a necessidade de gerenciar a sobrecarga processual com o imperativo de promover a uniformização da jurisprudência federal. Nesse contexto, é necessário reconhecer que a nova ferramenta processual transcende sua função inicial, transformando-se em um instrumento de significativo impacto na justiça brasileira.

Diante do contexto apresentado, o que se imagina para alcançarmos um sucesso efetivo é que a relevância seja forjada de maneira similar com a aplicação da repercussão geral na Corte Suprema. Desse modo, espera-se que o STJ também possibilite mais de um circuito processual para julgamento dos casos e que, em um deles, haja justamente a possibilidade da presidência e/ou dos ministros da Corte submeterem os temas para a formação de precedentes.

Nesse panorama, o Superior Tribunal de Justiça, por meio do filtro da relevância, vai poder submeter o 5º circuito processual mencionado¹⁷, seja para negar a relevância, informando a sociedade que ele não vai apreciar o tema – e essa é uma das decisões mais importantes que o STJ pode proferir, assim como é com a negativa de repercussão geral no STF –, seja para reconhecer a relevância e submeter o tema a técnica de formação de precedentes.

Justamente por isso, o filtro da relevância não vai sanar o problema quantitativo do Superior Tribunal de Justiça se for utilizado apenas como um requisito de admissibilidade, ou seja, se ele for implementado apenas para negar casos concretos e isolados. Só teremos resultados de fato significativos se houver a devida aproximação da relevância com funcionamento processual da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal. Assim, compreender adequadamente o fluxo do recurso extraordinário será fundamental para a implementação das diretrizes relacionadas ao critério de relevância do recurso especial, estabelecido pela Emenda Constitucional n.º 125/2022.

E qual será o futuro dos recursos repetitivos perante esse novo instituto? Como toda a implementação e regulamentação do filtro são incertos, essa resposta também é. Todavia, perante o novo cenário processual, o previsto é que inevitavelmente os repetitivos acabarão sendo absorvidos pela relevância da questão federal, tal qual aconteceu no Supremo Tribunal Federal. Nesse mesmo viés, para os juristas Fabiano da Rosa Tesolin e João Pires de Carvalho Junior:

“O regime dos repetitivos tende a desaparecer, porque o reconhecimento da relevância da questão federal independe do caráter multitudinário da causa subjacente ou da repetitividade dos recursos, bastando com que o Tribunal verifique a existência de questão relevante (...), e que extrapole os interesses das partes envolvidas no litígio” (Tesolin; Junior, 2023, p. 215)

17 Anexo 1.

De todo modo, o esperado é que isso signifique apenas uma mudança na atuação da comissão gestora de precedentes, bem como do núcleo de gerenciamento, os quais exigirão certa adequação do trabalho.

E quais serão os tão falados efeitos virtuosos da implementação do novo instrumento jurídico? Em síntese, quando o STJ negar a relevância de determinado tema, não subirão mais recursos especiais que tratem dessa mesma matéria e será aplicada toda a técnica processual prevista nos arts. 1.030 e 1.042, do Código de Processo Civil, para evitar isso. Assim, o congestionamento numérico do STJ será estancado e os jurisdicionados terão a garantia e a segurança jurídica que a palavra final do caso vai ser necessariamente do tribunal de origem ou da Corte Suprema, conferindo a cognoscibilidade do direito. Por outro lado, se o STJ reconhece a relevância, teremos a aplicação propriamente dita de todos os outros efeitos virtuosos da definição da tese.

É indubitável a importância dos filtros da repercussão geral e da relevância, visto que, independentemente de como aplicados, são instrumentos importantíssimos de coordenação entre as cortes. A decisão de negativa de repercussão geral, bem como de negativa de relevância, traz um dos dados mais relevantes para o sistema de justiça brasileiro, qual seja: o estabelecimento e a definição de qual tribunal dará a palavra final sobre a matéria.

De modo didático, quando o Supremo Tribunal Federal nega repercussão geral pela natureza infraconstitucional da controvérsia, ele informa direta e indiretamente que será o STJ quem dará a última palavra acerca do tema. Objetiva-se então que o Superior Tribunal de Justiça tenha a mesma conduta através da implementação da relevância. Ou seja, a Corte negará a relevância pela natureza constitucional da controvérsia, informando para os jurisdicionados que o STF quem dará a palavra definitiva sobre matéria.

Nesse sentido, com a implementação dos filtros em uma perspectiva multifacetada será solucionada uma das maiores críticas feitas às Cortes Supremas, que é justamente a noção de quem que dará a solução definitiva aos problemas com natureza de coordenação entre as cortes, fato esse que já gerou por muitas vezes precedentes imprecisos e contraditórios internamente. Logo, é indubitável que, mesmo em um sistema eminentemente legislado, não vamos ter isonomia, segurança jurídica, e sequer liberdade – a dimensão mais importante do princípio da dignidade da pessoa humana – sem a execução abrangente desses instrumentos jurídicos.

Ante o exposto ao longo do capítulo, torna-se urgente que a relevância seja identificada para além de um mero requisito de admissibilidade recursal, devendo ser implementada, também, como um meio adequado para a formação de precedentes no âmbito o Superior Tribunal de Justiça. Desse modo, o filtro recursal, acima de qualquer outra função, deve servir para aprimorar um tratamento isonômico aos jurisdicionados, a fim de possibilitar – de inúmeras formas – a atribuição de efeitos vinculantes aos demais graus de jurisdição.

5. COMO A RELEVÂNCIA AFETA O QUE ENTENDEMOS POR “ACESSO À JUSTIÇA” E O RESSIGNIFICADO NECESSÁRIO DO TERMO

O significado de “acesso à justiça” está em constante evolução, especialmente à luz do filtro de relevância introduzido pela Emenda Constitucional n.º 125/2022. Este filtro, embo-

ra destinado a aprimorar a eficiência do sistema judiciário, tem gerado embates cruciais sobre como as pessoas terão esse direito garantido agora que, de certa forma, menos processos subirão para julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Neste contexto, é imperativo explorar uma resignificação que abranja não apenas a eficiência e a equidade, mas também a qualidade das decisões, redefinindo a nossa compreensão primária sobre o que de fato é o acesso à justiça.

É tradicional, e não apenas do direito brasileiro, a tendência da moldagem objetiva de fazer com que as Cortes Supremas ou Superiores se dediquem exclusivamente para casos de fato relevantes, ao invés de se preocuparem com toda e qualquer violação ao direito objetivo e assumirem indiretamente um papel de terceira instância (Peixoto, 2023, p. 437). Com essa perspectiva em mente, as Cortes poderão finalmente focar em poucos casos para julgá-los de forma mais técnica e adequada.

Um exemplo prático é experiência do Supremo Tribunal Federal com o uso da repercussão geral, que representou uma diminuição de cerca de 36% (trinta e seis por cento) dos processos que ascenderam a Corte. Nesse panorama, tem-se a expectativa de que, também no Superior Tribunal de Justiça, haja uma redução parecida na quantidade de processos que de fato subiam ao tribunal. Cumpre ressaltar que a competência recursal do STJ é ainda mais ampla que a do STF, de modo que há a expectativa que um percentual ainda maior de recursos deixe de ascender ao tribunal de justiça, na medida em que seja implementada a sistemática da relevância da questão de direito federal.

Os filtros abrangem muito mais do que uma mera seleção recursal, tratam da administração da justiça por meio da busca por uma solução análoga, quando não idêntica, pelo menos nos seus fundamentos e consequências jurídicas e sociais. Nesse sentido, segundo a Ministra Carmem Lúcia, *“não se pode retirar a humanidade do poder judiciário e a certeza desse jurisdicionado de que, no caso de haver uma lide, uma discordância, não vai se aplicar a vingança, mas se vai buscar a justiça”*.

O poder judiciário atua para o passado, mas o único ramo dele que vai do passado para o futuro é, em termos de previsibilidade, o de se poder prever o que se vai aplicar. Essas então são observações necessárias para que se tenha o fortalecimento de um sistema no qual a confiança daquele que busca o poder judiciário interprete o acesso à justiça e tenha a segurança jurídica, tenha o direito de ter acesso a mecanismos e a órgãos incumbidos de aplicar o direito. Em síntese, os filtros recursais são, e devem ser vistos, como mecanismos para darem aos cidadãos maior segurança nas instituições estatais.

As decisões devem ser idênticas em casos semelhantes, se não forem, qual o sentido do pilar básico da segurança jurídica para os jurisdicionados? É uma indignidade ocorrer algo fora desse cenário, é algo que fere inclusive os direitos fundamentais dos cidadãos. Na origem, o juiz precisa ter ciência do direito aplicado, dos precedentes, isso é fundamental para o funcionamento linear da justiça. No Brasil, desde os primórdios, aprendemos a doutrina e o juiz cita a doutrina, enquanto no panorama da Europa e dos Estados Unidos a doutrina cita a jurisprudência. É preciso que se tenha, já nas faculdades, o ensino dos precedentes. Não se pode transformar o sistema de precedentes naquilo que Rui Barbosa tanto condenava, ou seja, em um crime de hermenêutica

O sistema de justiça garante a previsibilidade das relações, a estabilidade das relações com a sociedade e a plena efetividade. O que se pretende com o acesso à justiça é que a pessoa possa chegar ao Poder Judiciário, mas não só isso, que consiga ter uma resposta de qualidade e com a garantia da aplicação do que já foi decidido em casos anteriores similares. Os filtros recursais permitem então que haja internamente entre os órgãos do poder judiciário uma interlocução, interação e compreensão coerente para garantir ao jurisdicionado a certeza de que ele está recebendo o direito que o poder judiciário já interpretou até a última instância possível.

O filtro de relevância não busca de forma alguma restringir o acesso à justiça, é definitivamente o oposto. O que norteou a alteração legislativa abarca justamente o acesso dos jurisdicionados a uma justiça de qualidade, célere e uniforme (Filho; Klotz; Siqueira, 2023, p. 53). Mas como isso será possível se o filtro busca explicitamente a redução numérica de processos que subam ao Superior Tribunal de Justiça? Será que isso, na verdade, não irá prejudicar os jurisdicionados que tentam ter seus casos analisados pela Corte Superior? Está aí a grande retórica da edição da EC n.º 125/2022. O grande intuito é reduzir o acesso ao STJ, não de maneira que prejudique os cidadãos, mas a fim de que os Ministros julguem menos processos para decidirem melhor e mais rapidamente (Nunes; Lisboa, 2023, p. 141).

Certamente, trata-se de um filtro recursal, cujo principal objetivo é otimizar a quantidade de recursos remetidos ao STJ, proporcionando à Corte condições ideais para desempenhar plenamente a função que a Constituição Federal lhe confere: a unificação do direito. Todavia, com o perdão da repetição, voltamos a grande retórica já mencionada. Esse é um tópico extremamente delicado que gera diversos embates entre os juristas pelo simples fato de que não se pode reduzir a relevância a um mero filtro que sirva apenas a causar embaraço à recorribilidade para o Superior Tribunal de Justiça. Até porque de que forma *“impedir o acesso à justiça melhora o acesso à justiça”*?¹⁸

Embora as críticas e anseios diante da adoção de um filtro “de acesso” ao Superior Tribunal de Justiça sejam pertinentes, a utilização de um critério de relevância como parâmetro para que a Corte possa deixar de decidir determinadas temáticas apresenta-se como uma necessidade à luz do congestionamento numérico que assola o Tribunal Superior.

Sobre esse tema, Ovídio Baptista da Silva (2004, p. 258) discorre justamente sobre a necessidade de que as Cortes Superiores tenham competência seletiva, escolhendo os casos que, pela relevância para o sistema, mereçam efetivamente apreciação pelo órgão. Essa moldagem faz com que as Cortes possam focar em poucos casos para decidirem de forma mais adequada, *“julgar menos para julgar melhor”*.

Durante a explanação da Ministra Cármen Lúcia no IV Encontro Nacional de Precedentes Qualificados, evento promovido em conjunto pelo STF e o STJ para aprofundar o estudo prático dos precedentes qualificados no âmbito dos tribunais brasileiros, ela defendeu um Poder Judiciário no qual o jurisdicionado tenha a segurança do direito e a confiança nos órgãos incumbidos de aplicar a justiça, destacando esse como um pilar essencial das Cortes.

“O sistema de justiça garante a previsibilidade das relações, a estabilidade das relações na sociedade e a plena efetividade. O acesso à Justiça não é apenas ir a um fórum e ajuizar

18 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-18/lenio-streck-impedir-acesso-justica-melhora-acesso-justica/>. Acesso em: 3 de nov. de 2023.

uma ação, ir a um tribunal e interpor um recurso. O que se pretende com o acesso à Justiça é que a pessoa possa chegar ao Poder Judiciário, ter uma resposta do Poder Judiciário pelo julgamento e ter a efetividade daquilo que foi julgado”

No mesmo Encontro, a Ministra Assusete Magalhães elencou como outra consequência positiva da aplicação da relevância a redução do custo social do processo para os jurisdicionados, isso porque a implementação do instituto evitará a interposição de recursos protelatórios, diminuindo drasticamente gastos de recursos públicos para os eventuais julgamentos. E aí fica o questionamento, o explanado pelas Ministras não demonstra também, direta e indiretamente, um facilitador para o acesso à justiça?

Seguindo essa linha de raciocínio, o jurista Luiz Guilherme Marinoni preconiza que o filtro da relevância reconhece à Corte Superior uma função eminentemente pública, indo ao encontro de soluções jurídicas relevantes à sociedade e ao aperfeiçoamento do direito. Desse modo, a arguição da relevância permite justamente que a Corte decida em uma perspectiva qualitativa, ou seja, é um filtro preocupado com a qualidade e não com a quantidade de julgamentos realizados (Marinoni, 2023, p. 70).

Seguindo essa linha de raciocínio, não há verdadeira justiça quando o próprio poder judiciário, por qualquer um dos seus órgãos, presta uma jurisdição não equânime acerca dos mesmos fatos subjacentes a causa de pedir e das pretensões deduzidas em juízo; isso é a aplicação prática do que não deve ocorrer, da insegurança jurídica aos jurisdicionados.

A conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Carolina Caputo Bastos, em fala sobre a relevância da questão de direito federal infraconstitucional e o procedimento de formação concentrada de precedentes qualificados, enfatizou que o filtro de relevância também deve assegurar a segurança jurídica, a previsibilidade dos pronunciamentos judiciais e o respeito ao princípio da não surpresa. Ela deu enfoque no fato de que é responsabilidade do STJ manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, motivo pelo qual o tribunal “*deve se ater aos seus próprios precedentes*”.

O Ministro Edson Fachin¹⁹ entende exatamente nesse sentido, discorrendo que é um dever, por vezes não cumprido pelos Tribunais Superiores, a uniformização da prestação jurisdicional em âmbito nacional e a produção de confiança na justiça. Cumprir um mandado de tratamento isonômico aos destinatários das garantias constitucionais se faz essencial e resulta na própria efetivação do “acesso à justiça” que os jurisdicionados tanto almejam. Nesse sentido, segundo Ruy Barbosa²⁰, “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”. Em suma, sem justiça efetiva não há democracia e justiça que tarde é justiça que é negada.

Logo, é importante que, acima de tudo, os debates sobre a relevância superem a visão desse instituto como um mero mecanismo de limitação de acesso ao Superior Tribunal de Justiça e passem a analisá-lo como meio para alcançar a plenitude do exercício da função originária atribuída à Corte com o advento da Constituição Federal de 1988 (Tesolin; Junior, 2023, p. 216).

Em face do exposto acerca da implementação do filtro de relevância, a reflexão sobre o “acesso à justiça” torna-se crucial. Resignificar esse conceito é uma tarefa imperativa para

19 Em explanação realizada no “IV Encontro Nacional de Precedentes Qualificados: fortalecendo a cultura dos precedentes”

20 Político, diplomata, advogado e jurista brasileiro.

preservar a essência da justiça e garantir que as mudanças processuais não comprometam a equidade e a universalidade do acesso ao sistema judicial. Assim, o grande desafio está em construir um modelo que harmonize eficiência processual e promoção de uma sociedade justa e igualitária, bem como passar a observar o “acesso à justiça” por um viés qualitativo e não mais quantitativo, ampliando todo o seu significado e abrangência.

Por fim, ao promover uma abordagem que harmoniza eficiência, equidade e qualidade, podemos aspirar a um ambiente jurídico mais justo, inclusivo e dotado de decisões judiciais que não apenas resolvam conflitos, mas também contribuam para o aprimoramento contínuo da justiça.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é fato que institutos jurídicos como a repercussão geral e a relevância desempenham um papel crucial na consecução da competência originária das Cortes Supremas: a unificação do direito mediante a consolidação de precedentes. Essa é a razão pela qual se confere a esses procedimentos força vinculativa, assegurando que a administração da justiça em todo o sistema esteja alinhada com as prerrogativas e diretrizes do devido processo legal, bem como com os padrões mínimos de qualidade nas decisões.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro exigia urgentemente uma nova ferramenta processual capaz de permitir que o Superior Tribunal de Justiça pudesse executar plenamente a sua missão constitucional de uniformização do direito federal, oferecendo uma resposta judicial eficiente, célere e, principalmente, isonômica aos jurisdicionados, garantindo efetivamente segurança jurídica.

A implementação do filtro de relevância no Recurso Especial, por meio da Emenda Constitucional n.º 125/2022, surge exatamente nesse cenário, representando uma resposta institucional à necessidade de otimização dos recursos. Todavia, os possíveis desdobramentos dessa medida exigem uma análise minuciosa e constante do cenário e circuito em que será aplicado. Logo, é imperativo que a seleção de casos seja pautada por critérios transparentes e objetivos, de modo a assegurar a legitimidade do processo.

Outrossim, a busca por uma justiça mais célere não pode comprometer os princípios fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do acesso à justiça. O desafio está em encontrar uma harmonia entre a eficiência do sistema e a preservação dos direitos individuais, garantindo que a implementação do filtro de relevância contribua efetivamente para a melhoria da estrutura judicial brasileira.

Assim, é essencial aprender com os erros e com os acertos da experiência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a implementação do instituto da repercussão geral. Isso se justifica principalmente tendo em vista que a PEC 39/2021 — da qual decorreu a Emenda Constitucional n.º 125 — traz dados estatísticos do STF para demonstrar que ao longo do tempo foi possível, por meio da repercussão geral, diminuir o acervo processual da Corte Suprema. Nesse cenário, mostrou-se essencial que o STJ criasse uma ferramenta análoga para poder de fato assumir o papel de uma Corte de Precedentes, e não ser mais considerada uma mera Corte “de correção”.

Ante o explanado nos capítulos anteriores, espera-se do filtro de relevância não apenas uma redução do acervo processual hoje presente no Superior Tribunal de Justiça, mas também uma racionalização recursal no âmbito da Corte, em que será possível implementar, de fato, os postulados constitucionais da eficiência, da celeridade, da isonomia e da segurança jurídica. Até porque não há nada mais injusto do que o jurisdicionado obter, perante situações idênticas, respostas jurisdicionais díspares no mesmo espaço de tempo e perante a mesma ordem jurídica.

Ainda nesse sentido, com a implementação do filtro haverá, por consequência, uma valorização da própria Corte, do trabalho e da resposta judicial das instâncias ordinárias. Por consequência, um dos melhores resultados da aplicação prática do filtro será o aprimoramento da resposta judicial, com o incremento da qualidade das decisões como fruto do amplo debate da matéria, visto que atualmente, com a crise quantitativa que assola a Corte Superior, há um evidente prejuízo na entrega das decisões.

Não se pode perder de vista que, embora a exigência da relevância da questão federal como requisito do recurso especial seja recente, a experiência do Superior Tribunal de Justiça com os recursos repetitivos, do Supremo Tribunal Federal com a repercussão geral e do Tribunal Superior do Trabalho com a transcendência devem orientar a implementação do instituto, mas não devem restringir a capacidade do STJ de inovar em sua regulamentação, corrigindo ou eliminando possíveis falhas identificadas nos sistemas vigentes.

Dessa forma, caberá a lei definir especificamente os contornos e como será demonstrada a relevância da questão infraconstitucional caso a caso. Ou seja, a implementação desse instituto dependerá, também, das escolhas do legislador, que definirá o novo funcionamento processual do recurso especial: seja como um simples requisito de admissibilidade, seja por meio de uma técnica de julgamento para criação de precedentes qualificados, ou até mesmo como um sistema multifacetado.

A inserção da relevância da questão federal infraconstitucional possui então inegável potencial de alterar o funcionamento do Superior Tribunal de Justiça, principalmente devido à diminuição do acervo processual, permitindo que a Corte decida menos e melhor. Ademais, a implementação da ferramenta permitirá o aperfeiçoamento, o fortalecimento e o aprimoramento do sistema de precedentes brasileiro.

Destarte, é indubitável os desafios que o Superior Tribunal de Justiça irá enfrentar com essa nova ferramenta processual, porém, na mesma medida, sem dúvidas haverá consequências extremamente benéficas decorrentes da sua implementação. Frente às discussões, a relevância deve sim ser vista e aplicada como uma ferramenta transformadora do judiciário e em prol da sociedade brasileira na busca por um imperativo constitucional eficiente, célere e isonômico. De todo modo, apenas o tempo, as doutrinas e o próprio STJ dissiparão as incertezas que ainda assolam o tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Constituição (1988)**. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 ago. 2023.
- BRASIL. **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia&pagina=recurso_s_annotacoes&tp=60>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 10ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.
- FILHO, Ruy Alves Henriques; KLOTZ, Anna Luisa Borges; SIQUEIRA, João Rodolfo. O filtro de relevância como novo pressuposto de admissibilidade do recurso especial. In: MARQUES, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). **A relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 50-53.
- GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar Projetos de Pesquisa**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- LIMA, Marina Amaral de. **A implementação de sistemática de filtragem recursal em meio à crise institucional do Judiciário**. Tese (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, p. 52, 2021.
- MARQUES, Mauro Campbell, *et al.* **Relevância da questão Federal no Recurso Especial**. Londrina: Thoth, 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto corte de precedentes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **O Filtro da relevância**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MATOS, Amanda Visoto de. **Os limites da PEC da Relevância (PEC n. 209/2012) como uma possível solução para a crise do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente da Universidade de Brasília, 2017.
- MEIRELES, Christiane. **A PEC da Relevância e o impacto no sistema recursal**. Revista Data Vênia, Brasília, 1ª ed., ano 1, jun. 2021, p. 29.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENDES, Paulo. Relevância no Recurso Especial. Um requisito de admissibilidade ou uma técnica de julgamento? In: MARQUES, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). **A relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 423.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- MITIDIERO, Daniel. **Relevância no Recurso Especial**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.
- NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NUNES, Dierle; LISBOA, Cícero; BAMBIRRA, Camila. Considerações iniciais da arguição de relevância da questão federal no recurso especial: Emenda Constitucional 125/221. In: MARQUES, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). **A relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina, PR: Thoth. p. 141.
- PEIXOTO, Ravi. A relevância da questão de direito federal no recurso especial e o dia depois de amanhã (ou o que fazer na lei regulamentadora). In: MARQUES, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). **A relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina, PR: Thoth. p. 442.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. Emenda da relevância: Da solução do problema aos problemas da solução. In: MARQUES, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). **A relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina, PR: Thoth, 2023. p. 342.
- TESOLIN, Fabiano da Rosa; JUNIOR, Beltrano. Relevância da questão federal: entre o filtro recursal e a formação de precedentes obrigatórios. In: MARQUES, Mauro Luiz Campbell (Org. Geral). **A relevância da questão federal no recurso especial**. Londrina, PR: Thoth. p. 215-216.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de Processo Civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- THEODORO JR., Humberto. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- VELLOSO, Carlos Mário. **O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional (Uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 192, abr.-jun. 1993, p. 17.
- VIANNA, Ariel Medeiros Garcia; PAVELSKI, Ana Paula. **O requisito da transcendência no recurso de revista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 86, n° 1, 2020.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (De acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

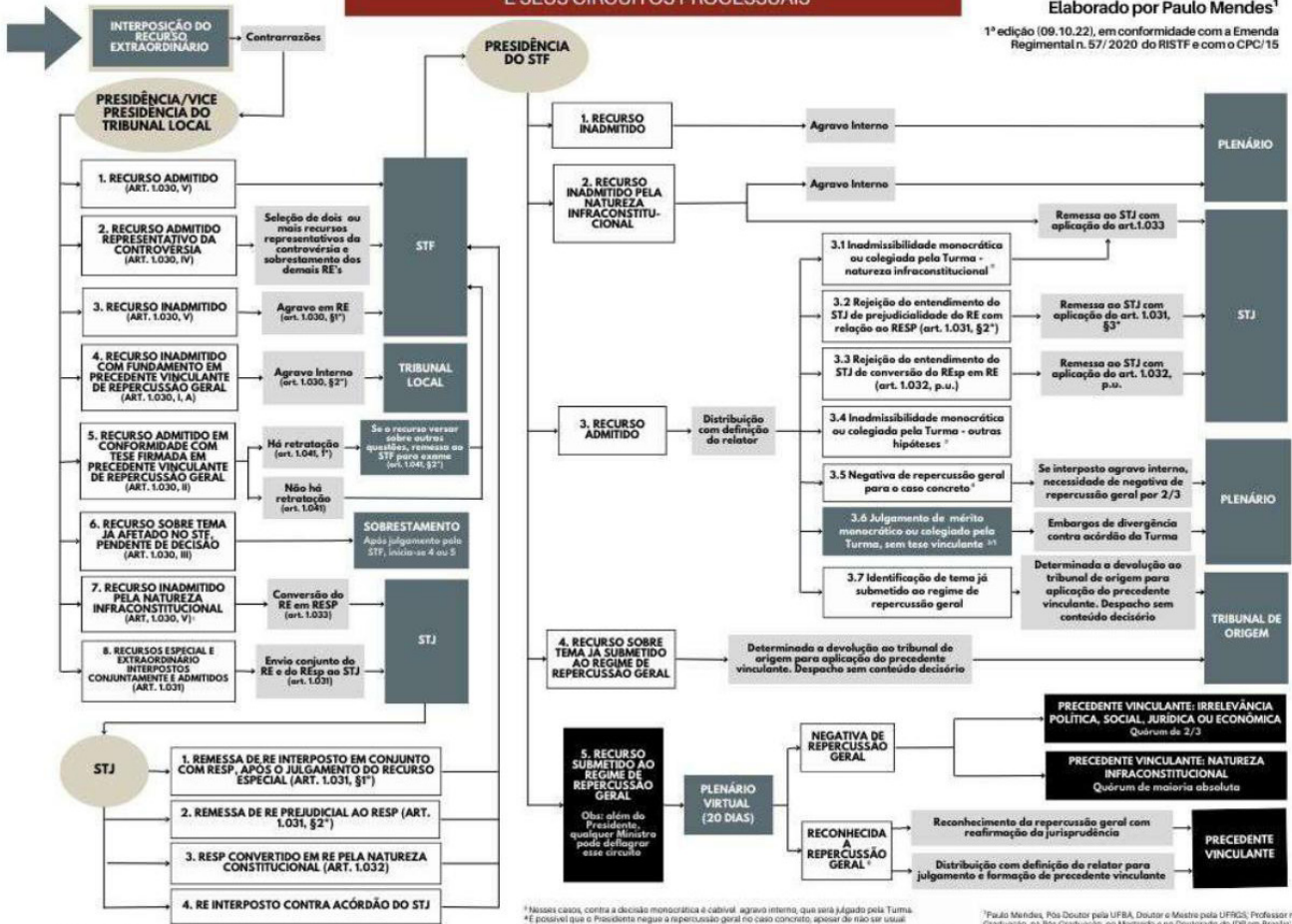
ANEXO 1 - RECURSO EXTRAORDINÁRIO E OS SEUS CIRCUITOS PROCESSUAIS

Elaboração: Paulo Mendes²¹

21 Pós-Doutor pela UFBA, Doutor e Mestre pela UFRGS; Professor na Graduação, Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado do IDP em Brasília; Procurador da Fazenda Nacional, Coordenador-Geral da atuação da PGFN no STF.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO E SEUS CIRCUITOS PROCESSUAIS

Elaborado por Paulo Mendes¹
1ª edição (09.10.22), em conformidade com a Emenda Regimental n. 57/2020 do RISTF e com o CPC/15



¹ Possibilidade admitida no RE 1.295.792/08, em 07.01.22

² Nesses casos, contra a decisão monocrática é cabível agravo interno, que será julgado pela Turma.
³ É possível que o Presidente negue a repercussão geral no caso concreto, apesar de não ser usual.
⁴ É possível que o Relator leve o recurso diretamente ao Plenário.
⁵ É possível o retorno do tema ao Plenário Virtual de 20 dias, com proposta de negativa de repercussão geral.

⁶ Paulo Mendes, Pós-Doutor pela UFPA, Doutor e Mestre pela UFRRJ, Professor na Graduação, na Pós-Graduação, no Mestrado e no Doutorado do IDP em Brasília, Procurador da Fazenda Nacional, Coordenador Geral de Atuação da PGR no STF

O INSTITUTO DA RETRATAÇÃO E O CRIME DE CALÚNIA COMETIDO EM AMBIENTE VIRTUAL

THE WITHDRAWAL INSTITUTE AND THE CRIME OF LIBEL COMMITTED IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT

Nicole Ferro Antunes de Oliveira¹

Julio Cesar da Motta Silva²

RESUMO: O presente artigo aponta a (in)eficácia do instituto da retratação no crime de calúnia cometido em ambiente virtual. Procurou-se entender, pela visão da vítima (querelante), os efeitos que a prática da calúnia em meios digitais causa para a vida de quem os sofre, em uma era caracterizada pelos “juizes da internet” e pela cultura do cancelamento. Nesse sentido, buscou-se responder se a retratação, na hipótese de crime de calúnia praticado em ambiente virtual, atinge o seu verdadeiro objetivo: reestabelecer a honra de quem foi caluniado. Apresentou-se um cenário de defasagem legislativa penal que não acompanhou a evolução tecnológica e seus veículos de comunicação, sobretudo a *internet*. Esse descompasso gera desproporcionalidade no enfrentamento e prevenção do delito em estudo. Assim, pretendeu-se trazer para o debate se o agravamento da pena é o único meio que se mostra suficiente para a inibição dos crimes contra a honra praticados no ambiente virtual ou se existem outros mecanismos de controle social capazes de respeitar o caráter subsidiário do Direito Penal.

Palavras-chave: Calúnia. Retratação. Ambiente virtual.

ABSTRACT: This article addresses the (in)effectiveness of the withdrawal institute in the crime of libel committed in the virtual environment. It sought to understand, from the perspective of the victim (private prosecutor), the effects that the practice of libel in digital media causes in the lives of those who suffer from it, in an era characterized by ‘internet judges’ and cancel culture. In this sense, it sought to answer whether withdrawal, in the case of libel committed in a virtual environment, achieves its true objective: to restore the honor of the libelled individual. A scenario of legislative lag in criminal law was presented, which did not keep pace with technological evolution and its communication channels, especially the internet. This discrepancy creates disproportionality in addressing and preventing the studied offense. Thus, the aim was to bring to the debate whether the aggravation of the penalty is the sole means shown to be sufficient for the inhibition of crimes against honor committed in the virtual environment or if there are other social control mechanisms capable of respecting the subsidiary nature of Criminal Law.

Keywords: Libel. Withdrawal. Virtual environment.

1 Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI). Ex-estagiária da Defensoria Pública de Pelotas/RS. Ex-estagiária do Gabinete do Defensor Nacional de Direitos Humanos/DPU. Ex-estagiária em Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Advogada. E-mail: nicole.ferro.antunes@gmail.com.

2 Graduado em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior. Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (PUC) de Minas Gerais. Mestrando em Direito, Regulação e Políticas Públicas pela Universidade de Brasília (UnB) no Programa de Mestrado Profissional. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: julio.silva@stf.jus.br.

1. INTRODUÇÃO

A comunicação desempenha um papel central da vida social, possibilitando interações entre emissores e receptores desde os tempos mais longínquos à atualidade. Entretanto, com o avanço da tecnologia da informação e as transformações advindas com os novos canais virtuais de transmissões de conteúdo, são inúmeros os desafios enfrentados, particularmente no campo do Direito Penal.

O mundo globalizado, embora de inegável desenvolvimento e acessibilidade da era digital, tomado pelos sofisticados aparelhos eletrônicos e dependente das funcionalidades da *internet*, traz consigo falsas sensações de anonimato e possibilidade de fazer o que se quer sem qualquer tipo de responsabilização. Nesse contexto, os crimes contra a honra cometidos no ambiente virtual, embora de abordagem incipiente na doutrina, vêm ganhando notoriedade com o avanço da tecnologia, dado o caráter essencial da reputação humana na sociedade contemporânea, sobretudo pelo maior poder de transmissão das informações veiculadas na rede mundial de computadores.

Desse modo, é necessária a adequação do ordenamento jurídico aos novos cenários tecnológicos e aos seus crescentes meios de comunicação de massa, seja pela instantaneidade da veiculação do conteúdo ou, ainda, por seu alcance de difícil mensuração. Tais fatos afetam a política de proteção de dados, a segurança da própria informação, mas especialmente, sendo esse o objeto do presente estudo, impõe a preocupação com a garantia da tutela do direito à honra, em razão das pessoas estarem exponencialmente expostas aos crimes virtuais.

Especificamente sobre os crimes de calúnia e difamação (espécies de crimes contra a honra), a legislação brasileira prevê a possibilidade de ocorrência da retratação em momento anterior a prolação da sentença, oportunidade em que se extingue a punibilidade.

Quanto ao ponto, o legislador estabeleceu expressamente a possibilidade de aplicação desse instituto nos referidos crimes praticados através de meios de comunicação (art. 143, parágrafo único, Código Penal³). Contudo, considerando que a expressão “meios de comunicação” abrange desde um jornal impresso até mesmo a própria *internet*, questiona-se a eficiência da retratação quando o crime de calúnia é cometido em meios digitais.

Isso porque, uma vez que o seu intuito é o de, literalmente, desdizer perante a sociedade e a vítima sobre o que foi a esta falsamente imputado, ainda que seja realizada nos mesmos canais em que o crime foi cometido, conforme prevê a legislação vigente⁴, é questionável a afirmação de que a retratação da calúnia cometida em ambiente virtual sirva para reestabelecer a reputação da vítima e não lhe causar nenhum tipo de dano.

Apresenta-se, ainda, reflexão sobre se o recrudescimento da pena prevista em abstrato para crimes contra a honra cometidos em ambiente virtual mostra-se suficiente e exclusivo para solução dos referidos delitos e suas maléficas consequências ou se há outros modos de contribuição para que o Direito Penal possa proteger a honra de maneira mais adequada e proporcional.

3 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

4 *Ibidem*.

Para a realização do presente estudo, foram realizadas pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas a respeito da temática, permitindo a discussão sobre o assunto e que algumas conclusões, na perspectiva dos autores, fossem obtidas a partir do debate contemporâneo sobre o papel do Direito Penal na era digital. Faz-se necessário destacar que o artigo conta com reflexões conceituais feitas a partir de obras de nomes relevantes da doutrina e pesquisa penal brasileira, tais como Cezar Roberto Bittencourt, Guilherme de Souza Nucci, Rogério Sanches Cunha, dentre outros.

Embora as premissas abordadas no presente estudo se enquadrem tanto para o crime de calúnia, como para o crime de difamação, ambos previstos no Código Penal brasileiro vigente, e não tendo como objetivo esgotar o estudo dos tipos penais e as suas implicações no universo digital, o foco do presente artigo, pautado na pesquisa doutrinária, jurisprudencial e legislativa ora apresentada, está no primeiro delito mencionado.

2. A INTERNET NOS DIAS ATUAIS E A SUA INTERFACE COM A CRIMINALIDADE

A realidade atual é dominada pelas tecnologias, que possuem diversos fins⁵. A *internet* é o meio que, nos dias de hoje, move o mundo e o cotidiano das pessoas, tornando-se o principal meio de interação social, com crescente número de usuários em todo mundo e através dos diversos aplicativos de comunicação e fluxo de informações.

Entretanto, apesar de ser essencial para o funcionamento das mais variadas atividades do dia a dia (incluindo o ensino à distância e o trabalho remoto, que se demonstraram possíveis e extremamente necessários para que o mundo não fosse assolado pelo medo e pelo caos da completa paralização de suas atividades, no cenário da pandemia do COVID-19), a *internet* também é, infelizmente, palco de diversos crimes.

Como pontua Flávia Sanna Leal de Meirelles:

A era digital é um momento da humanidade em que indivíduo e Internet são inseparáveis no cotidiano das diversas áreas da vida em sociedade. Trata-se de um cenário em que pessoas do mundo inteiro encontram-se permanentemente conectadas, em tempo real, com acesso a um número praticamente ilimitado de informações em forma de dados. Nunca o indivíduo esteve tão vulnerável quanto à sua reputação quanto neste cenário, sendo certa a necessidade de adequação do Direito Penal à nova configuração adquirida pelos crimes contra a honra na era digital⁶.

De acordo com site do Sindicato dos Metalúrgicos de Sorocaba e Região (SMETAL), em reportagem publicada em 17 de setembro de 2020, uma pesquisa realizada no ano de 2018, a partir de colaboração entre o Ministério Público Federal (MPF) e SaferNet Brasil, trouxe a público a informação de que foram realizadas 133.732 queixas a respeito de crimes praticados

5 ETCHEPARE VIEIRA, Ingra; SILVA, Rosane Leal da; *et al.* O movimento “Exposed” no contexto da sociedade em rede: tensões entre as narrativas de abusos sofridos por internautas e o direito ao esquecimento dos supostos ofensores. **Direitos Humanos e Vulnerabilidades**, Florianópolis, p. 117-132, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://nudiufsm.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/12/ebook-pdf-final-155x225mm-170-direitos-humanos-e-vulnerabilidades.pdf>. Acesso em: out. 2021.

6 MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. A tutela penal da honra na era digital. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. 214 p.

em meios digitais, incluindo os crimes contra a honra⁷. A partir desse dado, reflete-se acerca das premissas que isso pode indicar.

Esse número pode indicar que circula, erroneamente, a ideia de que a *internet* é “terra de ninguém”, ou seja, um ambiente que permite a prática das mais variadas ações, sem que, aquelas consideradas criminosas, sejam punidas. Para tanto, é preciso que a criminalização de determinadas condutas virtuais acompanhe as peculiaridades e a dinâmica do fluxo de informações na rede, para que se possa compreender, com maior assertividade, as consequências de todas as ações delituosas promovidas nos meios digitais e coibir tais ações.

As interações na *internet* são momentâneas, permanentes e públicas. Em suma: ao tempo em que algo foi publicado, uma enxurrada de outras informações foram postadas e fizeram aquela postagem (*post*) se perder na linha do tempo (*feed*) do internauta. Do mesmo modo, o material também é perpetuado na nuvem (uma vez postado, ali permanece e se propaga, através de *prints* ocorridos no *Instagram*, por exemplo). Por fim, o fato objeto da postagem pode ser acessado por todas as pessoas em qualquer lugar do mundo e a todo tempo.

Nesse sentido, Ingra Etchepare Vieira e Rosane Leal da Silva apontam que:

Na sociedade em rede, fluxos informacionais não encontram barreiras de espaço e ultrapassam as fronteiras estatais. As noções de tempo também são relativizadas, pois postagens e publicações podem se perpetuar e manter tanto o emissor da mensagem quanto o alvo de suas publicações sempre em evidência e sem direito ao esquecimento⁸.

É possível que muitos possam questionar o alcance da publicidade de uma postagem feita na *internet*, pois há casos de contas privadas, em que, teoricamente, é selecionado quais pessoas podem ter acesso àquela publicação. Entretanto, há de se tomar certo cuidado ao afirmar que as postagens feitas em contas privadas não são veiculadas perante o público em geral.

Com efeito, qualquer pessoa pode estar em posse do perfil X (restrito ao acesso de determinado grupo de pessoas), e não ser ela, necessariamente, escolhida para visualizar as postagens lá constantes. Ou, ainda, de maneira mais usual, a propagação do conteúdo da página privada pode ser feita por via verbal, por novas postagens em outros perfis, através, por exemplo, de *prints* da publicação do perfil restrito ou o *repost*. Em todos os casos citados, o material veiculado deixa de ser restrito para tornar-se de conhecimento público.

Além disso, há de se mencionar a preocupação atual com o domínio das verdades absolutas e dos “juízes da *internet*”. Embora o conceito de verdade seja bastante controverso e pauta de estudos filosóficos acerca da “teoria da verdade”⁹ ou, ainda, encampe o acalorado debate sobre o limite da liberdade de expressão e o poder regulador do Estado das mídias sociais, para os fins desse estudo, limita-se a constatação intuitiva de que se formou uma máxima coletiva de que tudo o que está na *internet* é a mais absoluta das verdades e as pessoas apoderam-se de

7 SMETAL, Imprensa. **Brasil**: crimes contra a honra crescem na internet. Disponível em: <https://smetal.org.br/imprensa/brasil-crimes-contra-a-honra-crescem-na-internet/>. Acesso em: 28 out. 2021.

8 ETCHEPARE, Ingra Vieira; SILVA, Rosane Leal da; *et al.* O movimento “*Exposed*” no contexto da sociedade em rede: tensões entre as narrativas de abusos sofridos por internautas e o direito ao esquecimento dos supostos ofensores. **Direitos Humanos e Vulnerabilidades**, Florianópolis, p. 117-132, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://nudiufsm.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/12/ebook-pdf-final-155x225mm-170-direitos-humanos-e-vulnerabilidades.pdf>. Acesso em: out. 2021.

9 HEES, Luciane Weber Baia; *et al.* Afinal, o que é verdade? **Complexitas – Revista de Filosofia Temática**, Belém, v. 3, n. 2, p. 29-39, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/complexitas/article/view/6585>. Acesso em: 6 mai. 2024.

legitimidade para julgar (e muitas vezes condenar) alguém pelos meios de comunicação digitais, na “cultura do cancelamento”.

Na realidade, trata-se de uma visão distorcida, eis que, de acordo com o texto constitucional vigente, as pessoas somente podem ser processadas, julgadas e condenadas por pessoas competentes para esse fim¹⁰. Entretanto, os “juízes da *internet*” ou as pessoas que simplesmente expõem determinado fato ou pessoa na internet podem (também) cometer crimes, injuriando/caluniando/difamando alguém, ou violando o direito alheio.

Nesse tema de crimes praticados no ambiente virtual, encontram-se os crimes contra a honra [calúnia (art. 138, CP), difamação (art. 139, CP) e injúria (art. 140, CP)¹¹] cometidos na *internet*.

Antes da era digital, caluniar, difamar ou injuriar alguém ocorria no mundo físico, de forma presencial ou no máximo em veículos de comunicação, tais como revistas e jornais, que possuíam leitores assíduos e fiéis. Hoje, esses crimes ocorrem também no mundo virtual, o que carrega consigo certas peculiaridades. Assim, como bem definido em artigo voltado ao combate dos crimes contra a honra em ambiente virtual, apud Malaquias, “os avanços tecnológicos e as novas descobertas científicas trouxeram uma nova realidade para o ser humano, em que o espaço e a presença física não são fundamentais para a realização de condutas ilícitas”¹². Desta forma, pode-se perceber que a *internet*, ao mesmo tempo que beneficia a espécie humana, permitindo avanços em diversas áreas, também é capaz de trazer malefícios, sendo um ambiente explorado pela criminalidade.

3. O CRIME DE CALÚNIA NOS MEIOS DIGITAIS E A (IN)EFICÁCIA DA RETRATAÇÃO

Caluniar, de acordo com o artigo 138 do Código Penal é imputar falsamente a alguém fato criminoso, incorrendo neste crime também quem sabendo que o que foi inveridicamente imputado a outrem (no caso, conduta criminosa) propala ou divulga o conteúdo calunioso, e tem como objeto, conforme indica Bitencourt, a honra (enquanto bem imaterial) objetiva, sendo essa a reputação de alguém perante a sociedade de forma geral¹³. Nesse sentido, a tipificação do delito de calúnia busca proteger a imagem do ser humano perante o ambiente em que vive.

De outro lado, o advogado gaúcho observa que, para que o crime se constitua, é requisito indispensável a alegação ser falsa: 01) pela inexistência do fato ou 02) pela imputação inverídica ao imputado¹⁴. Desta forma, percebe-se que, para que o crime de calúnia se configure, é necessário o preenchimento de determinadas circunstâncias que lhe são próprias.

10 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

11 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

12 DARIAN E SILVA, Fadima Nakhala; *et al.* A repressão penal dos crimes contra a honra praticados em ambiente virtual. DE SOUZA, Claudenice Costa (org.). **Linguagens do Direito: tecendo saberes**. Curitiba: Appris, 2020, p.47-64.

13 BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de direito penal 2 - parte especial: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. 679 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617029/>. Acesso em: 27 out. 2021.

14 *Ibidem*.

Nesse viés, a retratação no crime de calúnia cometido na esfera virtual é um tema que ganha relevância em razão da internet e da falsa sensação de liberdade trazida por esta.

De acordo com Guilherme Nucci, “retratar-se quer dizer voltar atrás, desdizer-se, desmentir-se. O agente reconhece que cometeu um erro e refaz as suas anteriores afirmações”¹⁵. Nesse sentido, o artigo 143 do Código Penal, em conformidade com o artigo 107, VI, do mesmo código¹⁶, permite que o querelado, nos crimes de calúnia e difamação, se retrate antes da sentença, sendo esse fator extintivo da punibilidade:

Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

Parágrafo único. Nos casos em que o querelado tenha praticado a calúnia ou a difamação utilizando-se de meios de comunicação, a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa. (Incluído pela Lei nº 13.188, de 2015)¹⁷

O instituto da retratação nos crimes contra a honra (art. 143, CP), antes da era digital, tinha mais força: defende-se que era mais razoável prever que a pessoa que ouviu o que o agente disse, caluniando ou difamando alguém, fosse a mesma para quem o infrator se retrataria. Isto significa dizer que a imagem da pessoa que havia sido difamada ou caluniada seria efetivamente retratada perante quem realmente ouviu a imputação de fato ofensivo a reputação de terceiro e/ou a imputação de um crime a outrem.

Em verdade, no caso dos veículos de comunicação, tais como jornais e revistas, por exemplo, ainda que não se possa afirmar, com precisão, que todos os leitores que tomaram conhecimento do texto calunioso ou difamador publicado por determinado jornal ou revista eram os mesmos que, potencialmente, acompanhariam a retratação publicada, é possível reconhecer-se que existia o costume da leitura diária da revista ou jornal de preferência, em planos de assinatura ou mesmo através de exemplares avulsos adquiridos nas bancas específicas. Desta forma, o público que teria ciência da nota/reportagem caluniosa, seria, provavelmente, o mesmo que leria a retratação, de modo que o instituto jurídico atingiria seu escopo.

Nesse sentido, a Lei nº13.188/2015 adicionou o parágrafo único do artigo 143 do Código Penal que prevê a ocorrência da retratação pelos mesmos meios de comunicação em que o crime (calúnia ou difamação) aconteceu, se o ofendido (contra quem se praticou o crime) assim o quiser¹⁸, inovando, assim, as condições para a ocorrência do instituto ora estudado.

Percebe-se que, quanto ao crime contra honra cometido por meios de comunicação, a inovação legislativa alterou a natureza da retratação, antes vista como ato unilateral, pois não dependia de aceitação do ofendido, passou a não mais gerar efeitos jurídicos se não for aceita pela vítima, notadamente no que diz respeito à sua forma.

Julio Fabbrini Mirabete e Renato Fabbrini entendem que o adicionado pela Lei nº13.188/2015 tutela o disposto no artigo 5º, V, da Constituição Federal de 1988:

15 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1616.

16 BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2021.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

O dispositivo foi inserido pela Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, que passou a disciplinar o direito de resposta assegurado na Constituição Federal (art. 5º, V) em face de matéria ofensiva à honra, ou com violação à reputação, intimidade, nome, marca ou imagem de pessoa física ou jurídica, que seja divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social¹⁹.

Contudo, pós-surgimento da *internet*, o instituto da retratação nos crimes contra a honra cometidos em ambiente virtual viu-se fragilizado, vez que não havia previsão específica de retratação para os casos de crimes contra a honra praticados na *internet*.

Assim, questiona-se se a retratação no crime de calúnia praticado em meios digitais é verdadeiramente eficaz a ponto de extinguir a punibilidade. De acordo com Eduardo Luiz Santos Cabette, a calúnia tem por objeto a honra objetiva, de forma que a retratação do artigo 143 do Código Penal seria capaz de, nas palavras do autor, “[...] ocasionar um efeito reparador da reputação da vítima no seio social”²⁰. Faz-se necessária a reflexão sobre as extensões e reais aplicações do instituto aqui estudado em ambiente virtual.

Em uma sociedade acometida pelo “bombardeio” de informações, verdadeiras ou não, na *internet*, bem como pela postura demonstrada pelos “juízes da *internet*”, é extremamente fácil prejudicar a vida de outrem, em larga escala e com alto grau de irreversibilidade, ao publicar algo que impute falsamente um fato criminoso a alguém.

Isso se intensifica se levar em consideração o fato de que nem todos os que tomaram conhecimento da atitude caluniosa serão os mesmos que terão ciência da retratação. Desta forma, o efeito reparador referente à reputação da vítima no meio social, mencionado por Cabette²¹, não acontece efetivamente e, portanto, a retratação no ambiente virtual não atinge o seu objetivo principal e o seu papel.

Não bastasse o acima mencionado, ainda se faz necessário trazer para a discussão, neste ponto, o conceito de retratação dado por Rogério Sanches Cunha. O autor entende que, na esfera dos crimes contra a honra, “retratar-se [...] não significa apenas confessar a prática da ofensa. [...] É escusar-se, retirando do mundo o que afirmou, demonstrando sincero arrependimento”²². Percebe-se, aqui, que o instituto da retratação, para além de reestabelecer a imagem pública da vítima, visa fazer com que a afirmação caluniosa deixe de existir. Contudo, o objetivo da retratação, para além do que já foi apresentado, encontra obstáculos na era digital.

Mais uma vez, reflete-se sobre a eficácia do instituto no mundo digital, uma vez que tudo o que é publicado em ambiente virtual, ali permanece e é perpetuado, como anteriormente explicado. Nesse viés, Fernanda Victorio Pollak e Pedro Pereira Borges, destacam que: “a calúnia online pode perdurar indefinidamente, pois informações falsas muitas vezes permanecem

19 FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**: arts. 121 a 234-B do CP. São Paulo: Grupo GEN, Atlas, 2021. Vol. 2. 558 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 28 out. 2021.

20 CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Retratação nos crimes contra a honra cometidos por meios de comunicação. **Conceito Jurídico**: As proteções dos trabalhadores em plataformas digitais, [s. l.], v. 47, p. 84-87, nov. 2020. Disponível em: <https://rochacalderon.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Revista-Conceito-Juridico-n-47.pdf#page=84>. Acesso em: 26 out. 2021.

21 *Ibidem*.

22 CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte especial (arts. 121 ao 361). 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1.328 p.

disponíveis na internet mesmo após serem desmentidas ou refutadas²³. Revela-se, portanto, o caráter eterno do conteúdo publicado nos meios digitais.

Partindo dessa linha de raciocínio, entende-se que a retratação nos meios digitais, por si só, não é suficiente para reparar o dano que se causou a outrem imputando-lhe uma falsa conduta criminosa e, portanto, não poderia ser capaz de extinguir a punibilidade do agente nesses casos, sem um exame do potencial lesivo e suas consequências para a vítima.

Nesse viés, aponta Bitencourt que há uma corrente, aqui representada por apud Damásio de Jesus, que sustenta a ideia de que a retratação deveria ser considerada como causa de diminuição de pena, vez que jamais alcançará todos os que tinham conhecimento da imputação falaciosa, de forma que o dano não é reparado na sua integralidade²⁴. Notório, portanto, que há posicionamento divergente do estabelecido em lei (retratação como causa de extinção da punibilidade), sendo, desta forma, tema de relevante debate.

Outra linha de raciocínio, defendida por Mirabete e Fabbrini, aproxima-se de Damásio de Jesus ao considerar que se a retratação for feita posteriormente a sentença do primeiro grau, pode ser considerada como atenuante. Nesse caso, não estariam presentes todos os requisitos exigidos pela lei para que haja a subsunção da norma ao caso concreto²⁵. Nesse viés, percebe-se que não há consenso na doutrina sobre a retratação e a sua implicação no processo penal.

Tais reflexões doutrinárias são movimentos que fazem repensar os moldes e a extensão dos efeitos do instituto da retratação nos crimes contra a honra²⁶. Em contrapartida, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem entendendo que a retratação no crime de calúnia, se feita preenchendo os requisitos legais, extingue a punibilidade do agente, independentemente de ter a aceitação do ofendido²⁷. Assim, pode-se entender que isso também se aplica aos casos do crime de calúnia cometido em ambiente digital.

Nesse sentido, colaciona-se o julgado abaixo que ilustrou o Informativo nº 687 do STJ no que tange à retratação no crime de calúnia:

ACÇÃO PENAL. QUEIXA-CRIME. ACUSAÇÃO CONTRA DESEMBARGADORA DO TJRJ.

CRIME DE CALÚNIA CONTRA PESSOA MORTA. **RETRATAÇÃO CABAL ANTES DA SENTENÇA (ART. 143 DO CP). ATO UNILATERAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (ART. 107, VI, DO CP).**

1. A retratação cabal da calúnia, feita antes da sentença, de forma clara, completa, definitiva e irrestrita, sem remanescer nenhuma dúvida ou ambiguidade quanto ao seu alcance

23 POLLAK, Fernanda Victório; BORGES, Pedro Pereira. Direitos humanos e crimes contra a honra na era digital. **Revista Multitemas**. Campo Grande, 2024, v. 29, n. 71, p. 29-51. Disponível em: <https://www.multitemas.ucdb.br/multitemas/article/view/4247/2973>. Acesso em: 24 jan. 2025.

24 BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de direito penal 2 - parte especial**: crimes contra a pessoa. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. 679 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617029/>. Acesso em: 27 out. 2021.

25 FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial**: arts. 121 a 234-B do CP. São Paulo: Grupo GEN, Atlas, 2021. Vol. 2. 558 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 28 out. 2021.

26 *Ibidem*.

27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência Número 687**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 8 mar. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/11533/11657>. Acesso em: 9 mai. 2024.

- que é justamente o de desdizer as palavras ofensivas à honra, retratando-se o ofensor do malfeito -, implica a extinção da punibilidade do agente e independe de aceitação do ofendido. Inteligência do art. 143, c.c. o art.

107, VI, do CP.

2. Em se tratando de ofensa irrogada por meios de comunicação - como no caso, que foi por postagem em rede social na internet -, “a retratação dar-se-á, se assim desejar o ofendido, pelos mesmos meios em que se praticou a ofensa” (art. 143, parágrafo único, do CP; grifei).

3. A norma penal, ao abrir ao ofendido a possibilidade de exigir que a retratação seja feita pelo mesmo meio em que se praticou a ofensa, não transmutou a natureza do ato, que é essencialmente unilateral. Apenas permitiu que o ofendido exerça uma faculdade.

4. Se o ofensor, desde logo, mesmo sem consultar o ofendido, já se utiliza do mesmo veículo de comunicação para apresentar a retratação, não há razão para desmerecê-la, porque o ato já atingiu sua finalidade legal.

5. Declarada a extinção da punibilidade da Querelada.

(APn 912/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, *DJe* de 23/03/2021)²⁸.

Desta forma, no caso da calúnia, praticada principalmente em ambiente virtual (por ser um meio de fácil propagação), afirmar que determinada pessoa agiu de forma criminoso, sem que tenha havido uma mínima investigação sobre o caso e, principalmente, que não tenha sido judicialmente condenada (com trânsito em julgado) é algo que pode afetar, negativamente, a vida de quem sofre as acusações, caso, posteriormente, se comprove a sua inocência.

Neste cenário, ainda que haja a previsão normativa da retratação, com o intuito de “recuperar” a reputação da vítima perante a sociedade, se a pessoa não for a autora dos fatos e/ou o suposto fato não tiver existido, imensuráveis são os danos na vida dessa pessoa.

Assim, admitir, em abstrato, a retratação no crime de calúnia praticado em ambiente virtual como extintor da punibilidade do agente é algo que pode ser desproporcional às consequências que a vítima enfrentará ao longo da sua vida, a depender da gravidade do que foi acusada.

Desta forma, acredita-se ser acertada uma provocação para uma reforma do sistema penal para que, dentro do possível, haja uma atualização que seja compatível com a realidade da era digital e considere que os efeitos de um crime contra a honra cometido no mundo físico não são, por muitas vezes, os mesmos de um crime, da mesma modalidade, cometido em ambiente virtual.

É certo que há projetos de lei que tramitam nas Casas Legislativas, tal como o PL nº 215/2015, apensado a outros doze projetos similares²⁹, que visam, conforme texto do artigo 1º do mencionado Projeto de Lei, “[...] punir com maior rigor os crimes contra honra praticados

28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **AÇÃO PENAL Nº912/RJ**. Autores: Marinete da Silva, Antonio Francisco da Silva Neto, Anielle Silva dos Reis Barboza e Monica Tereza Azeredo. Ré: Marília de Castro Neves Vieira. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 03 de março de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2019794&tipo=0&nreg=201802424385&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210323&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 9 mai. 2024.

29 BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 215/2015**. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 6 mai. 2024.

em redes sociais”³⁰. Entretanto, o mero viés punitivista, com o recrudescimento da pena prevista no Código Penal para os delitos do gênero, embora seja mais imediato e populista, não parece ser a solução única para a pacificação social.

De outro lado, para verificar a existência ou a veracidade de um suposto crime ocorrido, é necessário o apoio do mecanismo estatal: investigar, processar e condenar/absolver. Para que isso seja viável no que toca aos crimes contra a honra cometidos em ambiente virtual, é preciso a especialização da estrutura estatal, adotando técnicas de inteligência investigativa e adequadas ao combate aos delitos digitais.

Ademais, os mecanismos de controle social estatais, especificamente os agentes públicos ou, ainda, os elementos informais (movimentos sociais, escolas e família, por exemplo) necessitam ser atores integrativos e promovedores da manutenção da ordem social e da repressão aos crimes contra a honra no ambiente virtual.

Nesse sentido, Feitosa Luz, Luz Xavier e Darian e Silva, apud Florêncio Filho, se utilizando do conceito de controle social (sendo este, na visão de Florêncio Filho, uma reunião de aparatos e sanções penais, com o intuito de inserir o indivíduo ao regramento comunitário) e enxergando o Direito Penal como *ultima ratio* na proteção dos bens jurídicos³¹, concluem que:

Ganha relevo o controle social informal, sobretudo no que tange à educação, que se revela como medida acertada, ao passo que objetiva moldar o caráter e comportamento do cidadão por meio da escola, da família e de órgão imbuídos institucionalmente dessa responsabilidade. Primeiramente se instrui (controle informal) e caso os indivíduos insistam na transgressão às leis penais, causando perturbação e mal-estar social, imperioso se faz a atuação dos mecanismos do controle formal, representados pela Polícia, Ministério Público, Juízes etc³².

Nesse equilíbrio entre a punição e a prevenção, ou, mesmo, entre a adequação e a necessidade, encontra-se a aplicação da proporcionalidade como justa medida na tutela penal da honra, defendida na tese de Doutorado de Flávia Sanna Leal de Meirelles ao sustentar que:

Questionar se o tratamento do Direito Penal brasileiro aos crimes contra a honra na era digital é adequado significa verificar se há uma razoável proporcionalidade entre a severidade desta categoria delitiva e a forma como a disciplina determina que o agente responda por ela. E, quanto a isso, a hipótese da presente tese é no sentido de não haver tal adequação. A razão pela qual se parte dessa hipótese é histórica: o atual Código Penal brasileiro surgiu duas décadas antes da invenção da Internet no mundo. Assim, é cronologicamente impossível que o legislador tenha cogitado o alcance da afetação virtual da honra, motivo pelo qual os tipos penais que afetem este bem jurídico foram elaborados em um contexto em que as comunicações eram completamente diferentes daquela realizada na era digital³³.

Em contrapartida, a partir do trecho citado acima, observa-se a necessidade da adequação legislativa à realidade virtual e instantânea (ainda que se defenda que há a perpetuação

30 BRASIL. **Projeto de Lei nº 215 de 2014**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298301&filename=PL%20215/2015. Acesso em: 6 mai. 2024.

31 DARIAN E SILVA, Fadima Nakhala; *et al.* A repressão penal dos crimes contra a honra praticados em ambiente virtual. DE SOUZA, Claudenice Costa (org.). **Linguagens do Direito: tecendo saberes**. Curitiba: Appris, 2020, p.47-64.

32 *Ibidem*.

33 MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. A tutela penal da honra na era digital. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. 214 p.

dos conteúdos postados na *internet*). É necessário que se tenha proporcionalidade na defesa da honra, assim como há de se prevenir que os delitos relacionados ao assunto sejam cometidos, mas reconhece-se a defasagem da legislação penal vigente.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar o contexto da *internet*, sua possibilidade de ser um meio pelo qual se cometem os mais diversos crimes, as consequências que isso traz para a vida da vítima (nos casos do crime de calúnia) e a (in)eficácia do instituto da retratação na calúnia cometida por meios virtuais, eis que os possíveis resultados causados às vítimas do crime de calúnia praticado em ambiente virtual podem ter caráter permanente e, muitas vezes, potencialmente irreversíveis, algumas conclusões poder ser apontadas.

Depois de toda a reflexão feita no presente artigo, não seria adequado dizer que a retratação, apesar de autorizada pela legislação penal brasileira, é capaz de cumprir plenamente seu papel em crimes contra a honra cometidos no ambiente virtual, dando ênfase ao delito objeto de estudo do presente trabalho: as consequências que passarão a tomar a vida da vítima, na maioria dos casos, inclusive por não abranger a todos os que se inteiraram do conteúdo calunioso, são perpetuadas e não lhe dão o direito ao esquecimento, pela própria natureza da *internet*.

Assim, o Código Penal brasileiro precisa de uma reforma, que acompanhe a evolução da sociedade e adeque-se às suas necessidades: a *internet* trouxe uma infinidade de questões novas que acabam por desafiar os operadores do Direito, ou por não terem previsão legal expressa, ou porque as que existem estão inadequadas ao mundo virtual.

Nesse sentido, a urgência de adequação normativa não indica, exclusivamente, uma majoração da pena em abstrato prevista para os crimes contra a honra cometidos no ambiente virtual. Tal medida não é vista como única solução para o elevado número de delitos dessa natureza, contemporaneamente.

Ao contrário, como apresentado neste estudo, é possível pensar em melhorias na estrutura estatal, no aprimoramento dos seus agentes oficiais e a colaboração dos atores informais, de modo que os mecanismos de controle social possam contribuir para o caráter preventivo e pedagógico no enfrentamento dos delitos virtuais contra a honra e respeitando o caráter subsidiário do Direito Penal.

Portanto, frisa-se que a discussão quanto ao ponto é longa e necessária para que a retratação, enquanto instituto jurídico, cumpra com o seu papel em crimes contra a honra cometidos em ambiente virtual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, Cezar. R. **Tratado de direito penal 2 - parte especial: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020. 679 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617029/>. Acesso em: 27 out. 2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 215/2015**. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Acesso em: 6 mai. 2024.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 out. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 out. 2021.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 215 de 2014**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1298301&filename=PL%20215/2015. Acesso em: 6 mai. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **AÇÃO PENAL Nº912/RJ**. Autores: Marinete da Silva, Antonio Francisco da Silva Neto, Anielle Silva dos Reis Barboza e Monica Tereza Azeredo. Ré: Marília de Castro Neves Vieira. Relatora: Ministra Laurita Vaz, 03 de março de 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2019794&tipo=0&nreg=201802424385&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210323&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 9 mai. 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência Número 687**. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 8 mar. 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/11533/11657>. Acesso em: 9 mai. 2024.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Retratação nos crimes contra a honra cometidos por meios de comunicação. **Conceito Jurídico: As proteções dos trabalhadores em plataformas digitais**, [s. l.], v. 47, p. 84-87, nov. 2020. Disponível em: <https://rochacalderon.com.br/wp-content/uploads/2020/12/Revista-Conceito-Juridico-n-47.pdf#page=84>. Acesso em: 26 out. 2021.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361)**. 15 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPODIVM, 2022. 1.328 p.
- DARIAN E SILVA, Fadima Nakhala; *et al.* A repressão penal dos crimes contra a honra praticados em ambiente virtual. DE SOUZA, Claudenice Costa (org). **Linguagens do Direito: tecendo saberes**. Curitiba: Appris, 2020, p.47-64.
- ETCHEPARE VIEIRA, Ingra; SILVA, Rosane Leal da; *et al.* O movimento “Exposed” no contexto da sociedade em rede: tensões entre as narrativas de abusos sofridos por internautas e o direito ao esquecimento dos supostos ofensores. **Direitos Humanos e Vulnerabilidades**, Florianópolis, p. 117-132, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://nudiufsm.wordpress.com/wp-content/uploads/2020/12/ebook-pdf-final-155x225mm-170-direitos-humanos-e-vulnerabilidades.pdf>. Acesso em: out. 2021.
- FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal - Parte Especial: arts. 121 a 234-B do CP**. São Paulo: Grupo GEN, Atlas, 2021. Vol. 2. 558 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597028010/>. Acesso em: 28 out. 2021.
- HEES, Luciane Weber Baia; *et al.* Afinal, o que é verdade? **Complexitas – Revista de Filosofia Temática**, Belém, v. 3, n. 2, p. 29-39, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/complexitas/article/view/6585>. Acesso em: 6 mai. 2024.
- MEIRELLES, Flávia Sanna Leal de. **A tutela penal da honra na era digital**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021. 214 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. 1616.

POLLAK, Fernanda Victório; BORGES, Pedro Pereira. Direitos humanos e crimes contra a honra na era digital. **Revista Multitemas**. Campo Grande, 2024, v. 29, n. 71, p. 29-51. Disponível em: <https://www.multitemas.ucdb.br/multitemas/article/view/4247/2973>. Acesso em: 24 jan. 2025.

SMETAL, Imprensa. **Brasil**: crimes contra a honra crescem na internet. Disponível em: <https://smetal.org.br/imprensa/brasil-crimes-contra-a-honra-crescem-na-internet/>. Acesso em: 28 out. 2021.

INSTRUMENTALIZAÇÃO DOS ALGORITMOS NOS PROCESSOS ELEITORAIS: CONFINAMENTO VIRTUAL E MANIPULAÇÃO MERCADOLÓGICA

INSTRUMENTALIZATION OF ALGORITHMS IN ELECTORAL PROCESSES: VIRTUAL CONFINEMENT AND MARKET MANIPULATION

João Mário Martins Gonzales¹

RESUMO: No contexto da comunidade global contemporânea, as transformações tecnológicas têm alterado substancialmente as estruturas sociais e políticas. Este artigo analisa mecanismos informáticos que impactam eventos eleitorais, essenciais para avaliar a existência de um regime democrático. São examinados algoritmos e seu potencial no direcionamento e interpretação de dados, responsáveis pelas “bolhas sociais”, um confinamento virtual dos usuários na internet. Inicialmente, investiga-se o funcionamento dos sistemas algorítmicos e sua capacidade de influenciar ou alterar a opinião pública durante processos eleitorais. Discute-se o potencial antidemocrático da manipulação algorítmica para objetivos políticos e econômicos. Com o advento da internet, conceitos como a “democracia digital”, defendida por Pierre Lévy, aprofundam a compreensão sobre comunicação e liberdade de expressão. O artigo explora elementos intrínsecos à democracia, através de uma metodologia de pesquisa bibliográfica, e esclarece processos eleitorais e sistemas partidários para melhor investigar os efeitos dos sistemas algorítmicos nos eventos democráticos. Finalmente, examina tendências atuais de políticas globais destinadas a solucionar a manipulação mercadológica de informação nos processos eleitorais, visando garantir eleições livres e justas e, conseqüentemente, a manutenção da democracia, avaliando a efetividade dessas contramedidas.

Palavras-chave: Algoritmo. Bolhas sociais. Democracia. Manipulação mercadológica. Processo eleitoral.

ABSTRACT: In the context of the contemporary global community, technological transformations have substantially altered social and political structures. This article analyzes computer mechanisms that impact electoral events, which are essential for assessing the existence of a democratic regime. It examines algorithms and their potential for directing and interpreting data, responsible for “social bubbles”, a virtual confinement of users on the internet. Initially, the functioning of algorithmic systems and their ability to influence or alter public opinion during electoral processes is investigated. The anti-democratic potential of algorithmic manipulation for political and economic purposes is discussed. With the advent of the internet, concepts such as “digital democracy”, defended by Pierre Lévy, have deepened our understanding of communication and freedom of expression. The article explores elements intrinsic to democracy, through a bibliographical research methodology, and sheds light on electoral processes and party systems to better investigate the effects of algorithmic systems on democratic events. Finally, it examines current trends in global policies aimed at resolving the market manipulation of information in electoral processes, in order to guarantee free and fair elections and, consequently, the maintenance of democracy, assessing the effectiveness of these countermeasures.

Keywords: Algorithm. Social bubbles. Democracy. Market manipulation. Electoral process.

1 Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Pernambuco. Estagiário na Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (5ª Região). Pesquisador na Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos da UFPE. Pesquisador no Grupo de Pesquisa da Reforma Tributária, orientado por Eric Castro e Silva. Pós-Júnior do Bevilaqua - Escritório Modelo Empresarial. Ex-Monitor de Teoria Política e do Estado. Participação na 7ª Edição do Meeting de negociação. Participação na Pernambuco Model United Nations III e IV edições. Ex-membro da Liga de Direito Societário da Faculdade de Direito de Recife. joamariogonzales@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

No contexto da comunidade global contemporânea, as estruturas sociais e políticas têm sido profundamente transformadas pelas inovações tecnológicas. As novas tecnologias demonstram um impacto significativo no funcionamento e nas tendências dos setores cultural, político, social e econômico.

Este artigo propõe-se a analisar, à luz dessas inovações tecnológicas, os mecanismos informáticos que exercem efeitos concretos nos eventos eleitorais, os quais são fundamentais para aferir a existência de um regime democrático em uma dada sociedade. Serão examinados os algoritmos e seu potencial no direcionamento e interpretação de dados, que são responsáveis pelo surgimento das chamadas “bolhas sociais”, uma forma de confinamento virtual dos usuários na internet.

Após uma investigação acerca do funcionamento dos sistemas algorítmicos, o estudo procederá à análise de sua capacidade de moldar ou alterar a opinião pública dos eleitores durante processos eleitorais. Será examinado o potencial antidemocrático da manipulação algorítmica com fins políticos e econômicos específicos. Ademais, com o advento da internet, autores como Pierre Lévy já discutem a emergência de uma “democracia digital”, sinalizando um aprofundamento na compreensão sobre comunicação e liberdade de expressão.

Em seguida, o artigo apresentará uma breve explanação sobre os elementos intrínsecos à democracia, priorizando as perspectivas de Robert Dahl e Scott Mainwaring, além de oferecer um esclarecimento essencial sobre os processos eleitorais e os sistemas partidários, com o objetivo de investigar de forma mais precisa os efeitos dos sistemas algorítmicos nesses eventos democráticos.

Por fim, diante dos efeitos prejudiciais atestados relacionados ao problema em questão, o artigo examinará as tendências atuais, em âmbito global, de políticas voltadas para a resolução do complexo dilema da manipulação mercadológica da informação nos processos eleitorais, com o intuito de assegurar plenamente eleições livres e justas e, conseqüentemente, preservar a manutenção da democracia. Busca-se, assim, avaliar a efetividade ou inefetividade dessas contramedidas e propor soluções possivelmente mais eficazes.

2. ALGORÍTMOS E CONFINAMENTO VIRTUAL

As transformações que ocorrem na contemporaneidade refletem diretamente na estrutura social e política no contexto da comunidade global. As inovações tecnológicas não surgem de forma isolada; elas evoluem em paralelo com os setores cultural, político, social e econômico. O avanço da Sociedade da Informação está intrinsecamente ligado aos debates sobre o direito à liberdade de expressão, o acesso à informação, a consolidação democrática, e a promoção do desenvolvimento e das políticas públicas.

Uma das mudanças mais evidentes nesse cenário é a intensiva digitalização da comunicação e da disseminação de informações nas diversas comunidades. Paralelamente, o uso crescente de ferramentas digitais, como os algoritmos, acompanha esse desenvolvimento. Os algoritmos representam a manifestação do desejo humano de automatizar suas atividades produtivas e acelerar o processo de consumo.

Atualmente, o número de programas e aplicações voltados para a digitalização de grandes volumes de dados tem crescido exponencialmente. Essas aplicações são desenvolvidas com o objetivo de fornecer um número significativo de respostas a comandos feitos pelos usuários, visando satisfazer interesses específicos. Nesse processo de “pergunta” e “resposta”, os algoritmos tornam-se o principal meio de programação, justamente por seu potencial como intermediadores de comandos e operações. Algoritmos são sequências lógico-matemáticas de linhas de código que definem instruções ou operações necessárias para atingir um determinado objetivo.

O algoritmo opera com uma sucessão de raciocínios finitos que podem ser sistematicamente executados. Assim, há um limite de ações executáveis para a obtenção de uma solução, que varia de acordo com o tipo de problema específico (SILVEIRA, 2019, p. 12). A “pergunta” e a “resposta” representam, respectivamente, a entrada (input) e a saída (output) do algoritmo, enquanto a sequência de instruções e operações constitui o processamento intermediário. Essa lógica sistemática é essencial para o tratamento de volumes expressivos de dados.

As tecnologias que operam com grandes quantidades de dados são referidas pelo termo “*Big Data*” e dependem do uso de algoritmos para a manipulação das informações. Esses vastos conjuntos de dados têm origens diversas, com milhares de fontes, e a “vantagem” de manipular essa variedade de informações reside na capacidade de descobrir padrões e conexões entre um número enorme de usuários. No que diz respeito aos mecanismos tecnológicos que utilizam algoritmos para direcionar e interpretar dados para os usuários na internet, pode-se observar que o surgimento das chamadas “bolhas sociais” é um de seus efeitos indiretos (Pellizzari; Junior, 2019, p. 61).

As bolhas sociais representam um limite demarcado de interações entre indivíduos que, unidos por interesses semelhantes, se isolam de elementos adversos, como pessoas com perspectivas divergentes. Dentro dessas bolhas, há um certo grau de equilíbrio ideológico, pois os interesses correlatos previnem, com eficácia, a existência de conflitos (Pellizzari; Junior, 2019, p. 61-62).

O confinamento das bolhas sociais é um processo informático, gestado pelos algoritmos de programação que determinam a disposição da informação a ser oferecida aos usuários no ambiente virtual. Os algoritmos, longe de serem neutros, são performativos, gerando alterações nos espaços e nos indivíduos, além de produzirem diferentes tipos de efeitos almejados, dependendo do tipo de dado que está sendo processado (Silveira, 2019, p. 12).

Os dados manipulados pelos algoritmos variam em natureza numérica, literal e lógica, podendo incluir informações pessoais, geográficas, financeiras e até padrões de uso em ferramentas digitais (Pellizzari; Junior, 2019, p. 58). Diferentes possibilidades de desenvolvimento algorítmico podem resultar em algoritmos determinísticos, probabilísticos ou prescritivos, os quais funcionam como verdadeiros filtros informacionais (Silveira, 2019, p. 20).

Ademais, é essa vasta capacidade de controle de dados que permite aos algoritmos confinarem interesses relacionados e moldarem uma bolha padrão. “A coleta de dados sobre o comportamento de um usuário com determinados traços de personalidade, seu gênero, idade e o padrão de suas ‘curtidas’ ou likes nas redes sociais permite testar modelos preditivos ou ten-

dências de comportamento” (Silveira, 2019, p. 49). Assim, no cenário contemporâneo, pode-se inferir que o “confinamento virtual é conduzido pelo algoritmo” (Pellizzari; Junior, 2019, p. 58).

O processo que leva ao confinamento virtual pode ser denominado filtragem, onde as interpretações das informações recebidas pelos algoritmos são personalizadas com base no perfil do usuário. Em outras palavras, essa filtragem ocorre a partir de uma associação entre as categorias de informações prestadas e os dados do indivíduo já disponíveis, que refletem seus interesses pessoais em determinada plataforma (Silveira, 2019, p. 20).

Eli Pariser afirma que um dos resultados da filtragem é a criação da bolha social, que reúne e conecta aqueles que compartilham padrões e características semelhantes. Essas bolhas são particularmente úteis para o marketing e para redes de anunciantes, que buscam amostras precisas de um possível público consumidor (Pariser, 2012, p. 8).

É importante salientar que as informações presentes nas plataformas são dados coletados sem restrições, o que significa que não há um filtro de conteúdo baseado na veracidade. Isso implica que a programação do algoritmo não considera a autenticidade como critério de filtragem, o que permite que as informações oferecidas possam ser fictícias ou irreais.

Nas mídias sociais, a disseminação de informações falsas tornou-se um problema significativo. As famigeradas *fake news* podem ser vistas como catalisadoras de um fenômeno alienador na contemporaneidade, uma vez que a veiculação de informações não se baseia na verificação dos fatos nelas contidos (Pellizzari; Junior, 2019, p. 62). Isso ocorre porque há a possibilidade de formação de bolhas sociais baseadas em informações não genuínas, o que pode influenciar o mundo físico, já que o pensamento dos indivíduos e suas ações em uma comunidade podem ser produtos de concepções equivocadas às quais foram induzidos.

Usuários com perfis ou padrões de consumo informacional semelhantes são direcionados para meios correlatos, formando grupos que compartilham valores e opiniões. Dentro desses grupos, as informações que circulam tendem a reforçar os valores comuns, consolidando o interesse compartilhado (Pellizzari; Junior, 2019, p. 63).

No contexto desses grupos, informações ou notícias que não agreguem valor ao interesse comum não serão apresentadas. Nesse ambiente, os algoritmos intensificam essa tendência ao impedir a disseminação de informações que divergem das que circulam no grupo específico. É por meio desse processo de manipulação que as bolhas sociais surgem. Essa filtragem é crucial para o marketing e para as redes sociais na distribuição de anúncios, que são direcionados com base nas preferências similares dos consumidores.

Assim, o filtro da bolha controla as respostas fornecidas ao usuário por meio de similaridades de conteúdo, gerando um tipo de manipulação informacional mercadológica. Dado que um dos ativos mais valiosos na Sociedade da Informação são os algoritmos, especialmente na economia digital, onde a informação como mercadoria é essencial para a geração exponencial de dados, a relevância desse fenômeno é ampliada. Nick Srnicek (*apud* Silveira, 2019, p. 23-24) caracteriza o atual sistema socioeconômico como capitalismo de plataforma, uma fase que reforça o poder do capital daqueles capazes de adquirir informações alienadas, organizar e analisar vastas estruturas de dados (*Big Data*), que são processadas em data centers com milhares de servidores.

A fonte desse poder é, no fundo, a *Big Data*, ou seja, a capacidade das megaempresas digitais de armazenar e analisar dados comportamentais cada vez mais íntimos dos usuários, traçando perfis que são de grande valor para entidades comerciais, campanhas políticas, governos ou qualquer um que deseje monitorar, monetizar, controlar e prever o comportamento humano. (Pasquale, 2017, p. 18).

Os meios mais frequentes de confinamento virtual são as redes sociais (*Facebook, Instagram, Twitter* etc.) e as ferramentas de busca (*Google, Bing, Yahoo!, MSN* etc.). As mídias sociais são plataformas online que conectam grupos de indivíduos por meio do compartilhamento de informações, e as relações estabelecidas nelas podem ser de caráter público, privado ou até mesmo anônimo.

Os algoritmos empregados nas plataformas de mídias sociais podem gerar bolhas sociais por meio da afinidade eletiva, também conhecida como exposição seletiva. Esse fenômeno ocorre quando indivíduos optam por se conectar com outros que compartilham valores e opiniões semelhantes, à medida que constroem suas redes (Puddephatt, 2019, p. 16).

No entanto, as empresas de mídias sociais frequentemente se definem como plataformas de conteúdo, adotando uma postura que as exime da responsabilidade pelas informações veiculadas. Por não serem responsáveis pela criação do conteúdo, essas plataformas frequentemente se afastam de responsabilidades editoriais (Pellizzari; Junior, 2019, p. 65). Tal isenção de responsabilidade é questionável, visto que os algoritmos que manipulam o conteúdo nas redes sociais desempenham um papel análogo ao editorial na seleção do material disponibilizado ao usuário, especialmente por meio do processo de filtragem.

No que tange à disponibilização de informações, os meios digitais mencionados representaram uma transformação significativa na democratização dos meios de comunicação e informação. Contudo, fenômenos como as *fake news*, que têm proporções globais, desafiam o novo entendimento de liberdade de expressão, concebido com o advento das novas tecnologias de informação.

Ao contrário dos jornais, as redes sociais não realizam uma seleção rigorosa do que pode ser publicado, apenas aplicam restrições a conteúdos considerados impróprios para a plataforma. Um fator que contribui para essa situação é a rapidez no compartilhamento de informações. O fluxo incessante de dados dificulta a verificação dos fatos e favorece a disseminação de conteúdos enganosos.

Embora a internet tenha ampliado a liberdade de expressão, também aumentou a eficácia dos mecanismos de manipulação mercadológica da informação. Isso se deve ao caráter performativo dos algoritmos, que pode introduzir viés. Ou seja, os algoritmos podem direcionar informações de maneira errônea, resultando em distorções que são apresentadas como representações precisas e objetivas da realidade. As estruturas e sistemas algorítmicos são, portanto, cruciais na formação ou alteração da opinião pública, impactando questões democráticas, como as disputas eleitorais.

Além disso, o perigo dos efeitos dos algoritmos é intensificado pela sua natureza opaca e inescrutável. A opacidade decorre da complexidade das milhares de linhas de código que podem definir o funcionamento de um algoritmo. Segundo Sérgio Amadeu, “mesmo um pro-

gramador experiente não conseguiria compreender o conjunto de regras que motivaram certa decisão, já que os sistemas funcionam combinando funções complexas, e não narrativas que uma pessoa pode interpretar” (Silveira, 2019, p. 28).

Nesse sentido, uma sociedade dominada por algoritmos é uma sociedade opaca, devido à natureza indecifrável das decisões algorítmicas, o que coloca em questão a possibilidade democrática do uso dos algoritmos para objetivos políticos e econômicos específicos.

3. BOLHAS SOCIAIS E O PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO

É amplamente reconhecido que a internet aprofundou a compreensão sobre comunicação e liberdade de expressão, princípios fundamentais na concepção de uma estrutura democrática. Tal avanço leva a questionar a possibilidade de uma transformação na configuração das democracias e a emergência de um novo conceito denominado “democracia digital”. Assim, surge a necessidade de investigar os efeitos das bolhas sociais, geradas por algoritmos, sobre aspectos centrais da democracia, como o processo eleitoral.

Para conduzir tal investigação de forma robusta, é essencial estabelecer uma definição clara do que constitui a democracia e identificar seus elementos essenciais, bem como fornecer um esclarecimento fundamental sobre os processos eleitorais e sistemas partidários. Somente com essa base sólida poderá ser realizada uma análise comparativa eficaz da problemática em questão.

3.1. A DEMOCRACIA E A EXPRESSÃO POLÍTICA DOS CIDADÃOS

A democracia não é um conceito autônomo; ela depende de uma série de aspectos coexistentes para ser considerada efetiva. Robert A. Dahl argumenta que o sistema político democrático pode ser estudado como um modelo teórico, um “estado de coisas delimitador”, que serve para avaliar o grau em que outros sistemas se aproximam desse ideal teórico (Dahl, 2005, p. 26).

Nesse contexto, uma característica essencial de um regime democrático é a responsividade do governo a todos os seus cidadãos de maneira universalmente igualitária. Isto implica que o governo deve considerar as preferências da população como um pressuposto fundamental enquanto sistema político. Para que um governo se mantenha plenamente responsivo, é necessário que os cidadãos tenham oportunidades iguais para formular e expressar suas preferências e que essas preferências sejam igualmente consideradas na conduta governamental (Dahl, 2005, p. 26).

Outro aspecto crucial da democracia é a presença de um sistema político que permita a existência de oposições entre o governo e seus opositores. Esta característica sublinha a importância da participação inclusiva dos cidadãos na contestação pública. No entanto, a extensão da contestação pública e da inclusão pode variar independentemente, e a amplitude desses fatores em um sistema pode modificar seu grau de aproximação com a democracia (Dahl, 2005, p. 25). Um sistema amplamente popularizado e liberalizado – isto é, fortemente inclusivo e aberto à contestação pública – pode ser considerado um regime relativamente democratizado, denominado por Dahl como “poliarquia” (Dahl, 2005, p. 31).

Na poliarquia, novos conflitos podem surgir devido à substituição de preferências “por representantes dos indivíduos, grupos ou interesses recém-incorporados” (Dahl, 2005, p. 36). Isso ocorre em função da existência da liberdade democrática em sentido amplo, composta pelas liberdades liberais clássicas que definem a contestação pública e a participação. Algumas dessas liberdades incluem a oportunidade de exercer oposição ao governo sem temor de repressão estatal, o voto secreto e eleições em que candidatos derrotados entregam pacificamente seus cargos aos vencedores. Quanto mais amplas forem as oportunidades de expressão, maior será a variedade de preferências na representação política, indicando um maior grau de democratização.

Por outro lado, Scott Mainwaring propõe uma definição de democracia que vai além das eleições, pois uma definição “submínima” pode omitir elementos essenciais da democracia. Mainwaring defende a utilização de uma definição mínima que abranja todos os aspectos fundamentais considerados indispensáveis para a democracia (Mainwaring; Brinks; Pérez-Liñán, 2002, p. 646).

Na classificação proposta por Scott Mainwaring, a democracia representativa moderna é definida por quatro dimensões essenciais, das quais as duas primeiras correspondem às propriedades analisadas por Robert Dahl em seu conceito de poliarquia: participação e contestação pública (Mainwaring; Brinks; Pérez-Liñán, 2002, p. 648-650).

A primeira dimensão é a realização de eleições livres e limpas para os cargos executivos e legislativos. A segunda dimensão é a extensão do direito de voto a uma ampla maioria da população adulta, com um nível de inclusão próximo ao do sufrágio universal. As outras duas dimensões destacadas por Mainwaring são: a proteção dos direitos políticos e das liberdades civis, incluindo liberdade de imprensa, liberdade de expressão e liberdade de organização; e a garantia de que as autoridades eleitas possuam o poder pleno de governança, sem subordinação a militares ou figuras não eleitas com significativa influência política.

Para a análise deste artigo, a terceira dimensão é particularmente relevante, pois sublinha que um dos pressupostos fundamentais de um governo democrático moderno é a proteção das liberdades civis. Mesmo que um governo apresente um processo eleitoral adequado (com eleições livres e limpas e amplo sufrágio), a ausência de direitos políticos e liberdades civis compromete sua caracterização como democrático.

Se um governo democrático fosse avaliado exclusivamente pela competição política, estaríamos cometendo um erro fundamental na classificação do regime, ignorando dimensões cruciais da democracia. Sem a proteção das liberdades civis, o processo eleitoral pode sofrer distorções, resultando em eleições que não são verdadeiramente livres e isentas de interferência, comprometendo a expressão política genuína e autônoma dos cidadãos (Mainwaring; Brinks; Pérez-Liñán, 2002, p. 653).

2.2. PROCESSO ELEITORAL E SISTEMAS PARTIDÁRIOS, A INCLUSÃO E A COMPETIÇÃO LIMPA

A combinação de uma participação ampliada com uma competição política intensificada pode provocar mudanças significativas na composição da liderança política. O aumento do

sufrágio, ao incluir uma maior parcela da população, amplia a representatividade, especialmente no parlamento. Robert Dahl observou que a expansão do sufrágio em um regime oligárquico competitivo leva ao aumento do número de líderes provenientes das classes médias (Dahl, 2005, p. 42). Este fenômeno sugere que a inclusão de novos eleitores pode promover uma mudança na estrutura dos partidos e na representatividade política, potencializando a competição e a participação.

A ampliação do eleitorado e a intensificação da competição política podem levar os partidos a buscarem apoio em novos grupos, resultando na formulação de políticas mais alinhadas com os interesses desses grupos. Assim, a estrutura dos partidos pode se transformar para melhor mobilizar um eleitorado maior, exigindo organizações partidárias mais inclusivas e eficazes (Dahl, 2005, p. 45).

Maurice Duverger, em 1951, abordou o impacto psicológico do sistema eleitoral, como o voto útil, que leva os eleitores a optarem por candidatos com maiores chances de vitória para evitar o “desperdício” de seu voto (Silva, 2016, p. 6). Este comportamento pode fortalecer os grandes partidos e reduzir a competitividade dos menores, prejudicando a representação e a inclusão política.

A teoria de Sartori, que complementa Duverger, enfatiza o duplo efeito dos sistemas eleitorais sobre o comportamento do eleitor e a quantidade de partidos (Silva, 2016, p. 10). Ele sugere que as limitações na escolha do eleitor, como o voto útil, podem restringir a competição partidária e, conseqüentemente, a inclusão política.

Contrapõe-se a isso a visão de Dieter Nohlen, que argumenta que, embora os sistemas eleitorais desempenhem um papel importante, não determinam de forma absoluta a formação dos sistemas partidários (Silva, 2016, p. 13). Nohlen destaca a importância das variáveis históricas e sociais, sugerindo que o sistema eleitoral é um reflexo das estruturas sociais e políticas de um país. Portanto, para analisar a influência do sistema eleitoral, é necessário considerar o contexto social e histórico, bem como as condições locais e as preferências representativas da sociedade (Silva, 2016, p. 17).

Diante disso, para compreender a influência dos sistemas algorítmicos na psicologia dos eleitores e em suas decisões políticas, é crucial investigar como essas tecnologias afetam a participação política e a competição partidária. As ferramentas digitais e os algoritmos podem alterar o comportamento eleitoral, restringir a competição e influenciar a formação da opinião pública, impactando a essência democrática dos sistemas políticos. O próximo ponto de análise será explorar essas dinâmicas tecnológicas e seu impacto na política contemporânea.

2.3. O ALGORÍTMO E O CONTROLE NA DECISÃO POLÍTICA, UMA AMEAÇA DEMOCRÁTICA

Como elucidado no primeiro capítulo deste artigo, a filtragem realizada pelos algoritmos é responsável pela formação de bolhas sociais, funcionando como uma forma de personalização dos conteúdos disponíveis na rede. Esse processo manifesta-se tanto em mídias sociais, como Facebook, quanto em mecanismos de busca, como Google.

A privacidade do usuário é comprometida quando os algoritmos restringem sua capacidade de escolha intencional, uma vez que os filtros das bolhas podem ser empregados para atender a objetivos políticos e/ou econômicos específicos. A filtragem exerce um controle sobre o conteúdo disponibilizado e acessado, acentuando a problemática atual relacionada ao uso das bolhas sociais como instrumentos de influência nas decisões e opiniões dos usuários da internet.

Pensadores contemporâneos, como Sérgio Branco, identificam obstáculos à deliberação democrática proporcionada pela internet, evidenciados pela escolha dos usuários vinculada à presença de regras algorítmicas pouco transparentes (Branco, 2022, p. 57). Nesse contexto, à medida que os algoritmos são utilizados para influenciar as decisões políticas dos eleitores, o debate sobre democracia e livre arbítrio enfrenta desafios significativos. O processo democrático de seleção dos representantes fundamenta-se na ideia da livre expressão do desejo popular por meio do voto, conforme a proposição de Hans Kelsen sobre a “liberdade de consciência” do indivíduo como um pressuposto essencial da democracia:

O conceito de democracia teve incluído a garantia de certas liberdades intelectuais, como a liberdade de consciência, de maneira que uma ordem social que não disponha dessa garantia não poderia ser considerada democrática, ainda que em seu processo de criação e aplicação fosse garantido a participação dos governados no governo. (Kelsen, 2000, p. 143).

O conceito de democracia na era digital adquiriu uma ampliação significativa em seu significado. Nesta nova perspectiva, a emergência de uma democracia digitalizada se concretiza através de diversos modos, que vão desde formas mais simples de participação online em decisões governamentais até a realização de processos eleitorais paralelos por meio de plataformas digitais. Pierre Lévy menciona exemplos de “caricaturas de uma democracia eletrônica”, como a difusão de propaganda pela internet, a divulgação dos endereços eletrônicos dos partidos políticos e a organização de referendos online (Lévy, 2010, p. 185).

Sérgio Amadeu argumenta que a internet trouxe mudanças substanciais na concepção contemporânea de democracia. Eventos como as manifestações convocadas por mídias sociais no início da segunda década do século XXI – incluindo a Primavera Árabe, o movimento 15-M, o *Occupy Wall Street*, as manifestações na Praça Taksim na Turquia e as jornadas de 2013 no Brasil – revelaram crises políticas e partidárias, além das dificuldades da democracia em enfrentar problemas sociais e atender às expectativas populares (Silveira, 2019, p. 32).

Esses movimentos políticos demonstram o potencial das redes sociais para articular eventos, manifestações e ações diversas. Assim, ao discutir a democracia na contemporaneidade, é imperativo considerar o impacto das plataformas online e dos mecanismos de busca virtuais, que exercem uma influência significativa na formação das preferências políticas e nas expressões da população.

As teorias democráticas anteriores ao conceito de democracia digital já reconheciam a importância da liberdade de imprensa, cuja função tradicionalmente era a de “vigia do poder”. A imprensa também desempenha, de certa forma, um papel na definição da relevância dos fatos socialmente importantes. Com o advento da internet, os papéis de emissor e receptor de infor-

mações podem se confundir, gerando controvérsias nos processos de formação de opinião, que são cruciais para a democracia (Silveira 2019, p. 34).

Este cenário cria conflitos entre garantias de liberdade, como a de imprensa e a de expressão. Quando os ideais democráticos não são atendidos, a democracia corre o risco de declinar. O uso de sistemas algorítmicos para controlar decisões eleitorais evidencia um fenômeno antidemocrático.

Para ilustrar, Sérgio Amadeu da Silveira (2019, p. 36) cita o uso não transparente da tecnologia da informação nos debates sobre a reforma da previdência social no Brasil, em 2018. A reforma previdenciária, uma das principais promessas do então presidente Michel Temer ao empresariado que apoiou o impeachment de Dilma Rousseff, era rejeitada por 69% dos brasileiros no final de 2017. Para superar essa resistência, Temer negociou com representantes do Google um mecanismo de redirecionamento de buscas relacionadas à previdência para resultados favoráveis ao governo (Silveira, 2019, p. 37).

Silveira (2019, p. 37) explica o funcionamento desse mecanismo de redirecionamento com base em um artigo publicado em “O Globo”: “[...] um trabalhador rural que pesquisasse o termo ‘previdência’ no mecanismo de busca receberia informações explicativas, como por exemplo, que essa categoria não seria afetada pelas mudanças propostas pelo governo”. A *Inter-vozes*, uma organização que defende a democratização da comunicação no Brasil, relatou que a compra de resultados no mecanismo de busca do Google promovida pelo governo Temer viola o direito à informação e representa uma tentativa explícita de manipular condutas e reorientar o comportamento político e a opinião pública (Silveira, 2019, p. 37).

Para compreender a manipulação da escolha em processos eleitorais, é crucial entender o funcionamento dos algoritmos como ferramentas de domínio da opinião. Os algoritmos executam um trabalho psicológico de persuasão, adaptando a distribuição das informações para alinhar-se com as “crenças” ou ideias dos indivíduos, resultando na ampliação da credibilidade de informações, mesmo que imprecisas, e na disseminação de conteúdo não verificado.

Teresa Perosa observa que estudos clássicos de psicologia cognitiva revelam que, ao analisar os processos mentais do comportamento humano, as crenças possuem um poder predominante sobre a argumentação racional (Perosa, 2022). Consequentemente, é difícil alterar uma opinião quando ela se opõe a crenças previamente estabelecidas. Assim, os fatos objetivos influenciam menos na formação da opinião pública, e informações que apelam para emoções e crenças pessoais reforçam a existência das bolhas sociais e a ampla disseminação de *fake news*.

Nas redes sociais, que diferem das plataformas de cunho editorial, não há uma seleção prévia do conteúdo a ser publicado, permitindo que informações falsas se espalhem de maneira rápida e ampla. Esse fenômeno acentua o aprofundamento das bolhas sociais já existentes. O dicionário Oxford define essa situação, na qual fatos objetivos são sobrepostos a apelos emocionais e crenças pessoais, como pós-verdade (Silveira, 2019, p. 32).

Um exemplo de pós-verdade ocorreu no Brasil em 2018, quando sistemas algorítmicos sofisticados foram empregados para identificar indivíduos ou grupos de WhatsApp suscetíveis a informações específicas, mesmo que falsas. Essa prática serviu para desinformar e inflar discursos de ódio nas redes sociais durante o processo eleitoral (Silveira, 2019, p. 33).

Como discutido neste artigo, a esfera psicológica do eleitorado desempenha um papel crucial nos resultados eleitorais. Se a escolha do eleitor é restringida por mecanismos determinados, não se pode falar de inclusão ou competição partidária genuína, e, por conseguinte, de democracia e livre arbítrio. O uso de algoritmos para contornar limites na transmissão de informações e induzir psicologicamente o eleitor através da formação de bolhas sociais exemplifica essa problemática.

Reiterando a lição de Duverger sobre o fator psicológico no sistema eleitoral e seus efeitos no sistema partidário e nos resultados das eleições, observa-se que o voto útil ocorre quando eleitores evitam votar em partidos menores que aparentam ter poucas chances de vitória. Isso prejudica a competição eleitoral plena e corrompe a representatividade, especialmente em cenários de bipartidarismo ou oligopólios partidários. A diminuição da equidade competitiva partidária enfraquece a representatividade proporcionada pelo pluripartidarismo e afasta o regime da poliarquia (Dahl, 2005).

A questão psicológica é essencial para a realização de eleições plenamente pluripartidárias, onde os eleitores se sintam verdadeiramente livres de controle ou influência para votar no partido de sua escolha e, assim, serem efetivamente representados. O processo democrático de escolha dos representantes, dentro de um regime político democrático, é fundamentado na expressão livre e consciente do desejo do cidadão por meio do voto.

Portanto, em um cenário onde a decisão eleitoral é comprometida e influenciada pela utilização de sistemas de programação e direcionamento de informações, como nas plataformas digitais, a democracia é comprometida. Isso ocorre quando não são atendidas as garantias de liberdade dentro da ordem social (Kelsen, 2000).

Os processos eleitorais recentes têm levantado preocupações sobre a influência das plataformas digitais baseadas em algoritmos. Quando a escolha do eleitor é limitada por pressões externas, o sistema eleitoral produz uma competição partidária restrita e não inclusiva. E para compreender os fatores psicológicos que afetam um processo eleitoral, é necessário investigar como esses fatores surgem e pressionam as escolhas dos eleitores.

A possibilidade de distorção do debate político e o impacto negativo no resultado do processo eleitoral devido ao controle informacional preocupam muitos observadores. Nesse contexto, a rede social, sendo uma das principais plataformas de disseminação de informações entre reguladores eleitorais e grupos da sociedade civil, tem o potencial de amplificar o populismo e gerar desconfiança nas instituições formais.

As redes sociais não apenas facilitam a disseminação de *fake news*, como mencionado anteriormente, mas também permitem o “microdirecionamento” de eleitores de maneira desigual (Puddephatt, 2019, p. 11). Isso compromete a isonomia democrática na distribuição de conteúdo político. O equilíbrio democrático é promovido pela realização de eventos eleitorais, que representam o exercício da cidadania através de escolhas políticas com impacto direto na qualidade de vida e na organização da sociedade a longo prazo.

No entanto, os ataques ao equilíbrio democrático promovidos pelas plataformas de mídia social prejudicam o debate político e interferem no interesse público, uma vez que o interesse da população na operação da liberdade nos meios de comunicação entra em conflito com

a responsabilidade das redes sociais sobre os conteúdos que disponibilizam para a comunidade. Muitas vezes, o conflito de interesses sociais nesta questão reside na responsabilidade mista da veiculação informacional em oposição à possível intervenção estatal na liberdade de expressão (Puddephatt, 2019, p. 12).

No que diz respeito aos provedores digitais, um dos principais problemas na responsabilidade informacional é a dualidade entre a plataforma de comunicação e o ator social. No debate sobre a regulamentação da mídia, essa dualidade se manifesta na plataforma como o ambiente onde a liberdade de operação dos meios de comunicação é absoluta, enquanto o ator social carrega responsabilidades para com a comunidade mais ampla (Puddephatt, 2019, p. 12-14).

A questão se desdobra no âmbito das redes sociais, onde os principais provedores sustentam que atuam meramente como plataformas ou canais de conteúdo, assemelhando-se a companhias telefônicas. No entanto, cada vez mais se evidencia que as mídias sociais desempenham o papel de editores de conteúdo, devido ao uso de sistemas algorítmicos, o que as torna responsáveis pelo conteúdo veiculado em suas plataformas (Puddephatt, 2019, p. 14). Muitas vezes, as plataformas digitais, por meio da filtragem algorítmica, servem como ferramentas de controle informacional.

No livro *Manipulados*, Brittany Kaiser (2020) relata o caso da *Cambridge Analytica* e do *Facebook*, que invadiram a privacidade de milhões de eleitores nos Estados Unidos, evidenciando um problema democrático significativo no processo eleitoral. A *Cambridge Analytica* (CA), uma empresa britânica do grupo SCL, especializou-se em mineração e análise de dados para comunicação estratégica eleitoral, com foco na política estadunidense.

Segundo Kaiser, a CA empregava psicólogos para desenvolver métodos de análise política e utilizava os resultados para classificar indivíduos com base na psicografia, que mapeia a complexidade da personalidade e orienta seu comportamento (Kaiser, 2020, p. 31). Após a classificação, a CA modelava as informações coletadas para criar algoritmos capazes de prever com grande precisão o comportamento das pessoas ao receber mensagens elaboradas especificamente para elas.

No modelo mencionado, geravam-se subcategorias de classificação e tentava-se enriquecer essas categorias com temas de interesse demonstrados pelos indivíduos, como posts “curtidos” no Facebook, para segmentar ainda mais os grupos. Esses algoritmos, classificados como persuasivos e preditivos, alcançaram níveis de precisão de 95% ou mais (Kaiser, 2020, p. 71 e 72).

Com seus algoritmos preditivos, a CA oferecia vantagens a clientes políticos e comerciais, além de utilizar plataformas como *Twitter*, *Facebook*, *Pandora* e *YouTube* para identificar onde seu público-alvo passava a maior parte do tempo interagindo. A CA também comprou listas de palavras-chave do Google para alcançar usuários no momento em que digitavam essas palavras em provedores de busca. Cada vez que alguém digitava uma palavra-chave, a CA projetava conteúdos (anúncios, artigos etc.) especialmente para aquele indivíduo (Kaiser, 2020, p. 99).

Os eleitores, alheios a esse controle informacional, tornaram-se vulneráveis aos perigos da operação da *Big Data* da CA. As grandes estruturas de dados e seu tratamento algorítmico

foram utilizados em benefício de interesses financeiros, com a obtenção de amostras de segmentos e perfis de usuários para compradores ou interessados politicamente.

A manipulação mercadológica de dados revelou-se uma ferramenta política implacável, eficaz e funcional em larga escala. Kaiser demonstra como, nas eleições de 2016 nos Estados Unidos, esse mecanismo auxiliou na eleição do ex-presidente Donald Trump, representando uma afronta à democracia ao violar a privacidade digital de milhões de usuários do Facebook (Kaiser, 2020).

Um trecho relevante das exposições de Kaiser ressoa com as discussões sobre bolhas de filtro e lesão antidemocrática abordadas neste artigo, quando ela afirma que os algoritmos nos segregam, empurrando-nos para nossas próprias bolhas de crenças e afastando-nos de um diálogo necessário com pessoas com opiniões divergentes (Kaiser, 2020, p. 384). As bolhas sociais representam um limite demarcado nas relações entre indivíduos, unidos por interesses semelhantes e isolados de elementos contrastantes. A formação dessas bolhas prejudica o diálogo político e segmenta o eleitorado, como argumenta Sérgio Amadeu:

Nas eleições norte-americanas de 2016 e nas brasileiras de 2018, o uso de sofisticadas técnicas de segmentação da publicidade eleitoral, principalmente da reunião de grandes quantidades de dados de diferentes origens para definir microssegmentos do eleitorado com a finalidade de disseminar desinformação, boatos e notícias falsas, trouxe dúvidas se a democracia conseguirá sobreviver à destruição de parâmetros da realidade que anulam o debate e substituem-no pelo confronto de pós-verdades (Silveira, 2019, p. 32).

Para ilustrar o imenso potencial do controle de dados por meio da manipulação algorítmica, pode-se considerar o exemplo mencionado em uma matéria publicada em março de 2018 pelo periódico espanhol *El País*. Nela, Christopher Wylie, que liderou a operação de coleta e análise de dados para a *Cambridge Analytica*, afirmou ao jornalista Pablo Guímon:

“O ‘Brexit’ não teria acontecido sem a Cambridge Analytica”; “(O fato de) que uma empresa que tem clientes militares crie uma enorme base de dados de cidadãos, alguns deles coletados ilegalmente, gera um grave risco de apagar as fronteiras entre vigilância doméstica e pesquisa convencional de mercado. As pessoas e os legisladores precisam ficar em dia com a tecnologia e compreender o que significam de verdade essas empresas, o Facebook e outras, que ganham dinheiro com os dados pessoais” (Guímon, 2018).

A manipulação mercadológica praticada pelo Facebook também se manifesta nas ações subsequentes ao escândalo da *Cambridge Analytica*. Após o incidente, a rede social decidiu restringir o acesso de empresas de dados, agências de marketing e pesquisadores aos seus bancos de dados, alegando que tal medida protegeria os usuários contra possíveis novos vazamentos de dados ou práticas não autorizadas. No entanto, essa decisão resultou em um maior isolamento e menor transparência ao limitar o acesso à plataforma. Além disso, possibilitou uma monetização mais eficiente das buscas direcionadas por empresas e instituições para fins políticos e comerciais (Silveira, 2019, p. 50).

Frank Pasquale destaca os efeitos negativos da esfera pública operada por algoritmos, que incluem: 1) a priorização de conteúdos mais replicados empobrece a diversidade cultural e a pluralidade política; 2) a definição de relevância com base no número de visualizações e

compartilhamentos compromete a veracidade e a qualidade da comunicação; 3) o discurso público é submetido a algoritmos que visam a lucratividade das plataformas online; e 4) eleitores mal-informados são persuadidos pela ilusão de objetividade e neutralidade algorítmica (Pasquale, 2017, p. 18). Pasquale sugere que esses efeitos negativos devem ser mitigados por meio da regulamentação dos processos algorítmicos, a fim de evitar a aceleração da degradação da democracia.

No contexto da concepção democrática discutida neste artigo, a teoria de Dahl preconiza que, em um sistema partidário, deve haver uma competição justa e inclusiva. Tal competição pressupõe oportunidades iguais para todos os partidos em termos de exposição e propaganda política perante os eleitores. Manuel Castells, por sua vez, afirma que “o poder na sociedade em rede é o poder da comunicação”, destacando que a comunicação assimétrica e concentrada pode comprometer as bases do poder democrático (Castells, 2009, p. 53).

No âmbito da esfera pública automatizada, descrita por Frank Pasquale, as plataformas digitais operadas por algoritmos determinam as interações e visualizações dos conteúdos de relevância política, gerando comunicações assimétricas entre diferentes segmentos da sociedade. A falta de transparência nos critérios de distribuição dos algoritmos impede a sociedade de verificar se há viés político na distribuição de dados ou se a plataforma está favorecendo determinados grupos políticos (partidos, coalizões, movimentos etc.) em detrimento de outros. Isso ilustra como a interferência algorítmica pode prejudicar a equidade partidária e a competição eleitoral.

Portanto, evidencia-se a lesão à democracia causada pela manipulação mercadológica algorítmica nos processos eleitorais. Resta à sociedade determinar as medidas apropriadas para mitigar os efeitos do controle de dados e evitar que problemas semelhantes se intensifiquem. Surge a necessidade de respostas a questões cruciais, como: como limitar o potencial dos algoritmos para criar assimetrias e desequilíbrios antidemocráticos? É necessário regular os mecanismos de programação que organizam e disseminam informações por meio da modulação de dados? Como garantir a privacidade dos usuários sem comprometer a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa? Essas são questões que demandam urgente reflexão e ação.

4. TENDÊNCIAS ATUAIS DE CONTRAMEDIDA

Sabendo que as eleições livres, justas e regulamentadas são essenciais para a escolha dos representantes de um povo que determinarão o destino nacional, é possível inferir, conforme concluído neste artigo, que as técnicas de manipulação de informação nos processos eleitorais representam uma ameaça significativa à estrutura democrática do regime. A rapidez na distribuição de informações proporcionada pelas novas tecnologias da internet deu origem ao fenômeno denominado manipulação mercadológica algorítmica.

Diante desse cenário, espera-se que os reguladores eleitorais ao redor do mundo estejam profundamente preocupados com a amplitude do problema. Não é surpreendente que estejam desenvolvendo e implementando políticas destinadas a resolver esse complexo dilema, a fim de garantir eleições livres e justas. Contudo, a responsabilidade de enfrentar esse problema não deve recair exclusivamente sobre as empresas de tecnologia. Ela deve envolver uma gama

diversificada de atores, incluindo as plataformas digitais, os reguladores eleitorais, os partidos políticos, a mídia e a sociedade civil organizada (Puddephatt, 2022, p. 6).

A responsabilização das plataformas digitais, especialmente das mídias sociais, pelo conteúdo que veiculam ainda é incipiente em muitas jurisdições, apesar das crescentes preocupações. Nos Estados Unidos e na Europa, essas empresas não são tratadas juridicamente como editoras de conteúdo. O Ato de Decência em Comunicações dos Estados Unidos, na Seção 230, estabelece que as plataformas que oferecem serviços interativos de informática não podem ser consideradas responsáveis pelo conteúdo gerado por seus usuários (Puddephatt, 2022, p. 15). Da mesma forma, a Diretiva de Comércio Eletrônico de 2000 na Europa isenta os intermediários de responsabilidade por material ilegal hospedado em seus sites (Puddephatt, 2022, p. 16).

Embora essas normas legais protejam as plataformas de responsabilização direta, a crescente influência e os esquemas de manipulação associados a essas redes sociais têm gerado pressões significativas. Em resposta, contramedidas estão sendo desenvolvidas, especialmente em relação ao controle mercadológico durante períodos eleitorais. No entanto, devido à complexidade e à vastidão da internet, muitas dessas tentativas de remediação ainda se mostram insuficientes.

Um exemplo são as chamadas “bombas *Google*”, que podem ser aplicadas a todos os mecanismos de busca. Nesses casos, especialistas indexam um texto-âncora descritivo a um hiperlink e a páginas da internet, gerando uma “falsa relevância” que aumenta a distribuição e o acesso ao conteúdo. O Google tentou mitigar essa prática ajustando a interpretação de classificação dos algoritmos sobre as páginas, o que reduziu a eficácia do “bombardeamento”, mas não eliminou completamente a prática (Puddephatt, 2022, p. 17).

Outro caso ocorreu na França, onde foi implementada uma restrição à publicação dos resultados das pesquisas antes de uma eleição, estabelecendo que os dados da votação não poderiam ser divulgados a partir da meia-noite de sexta-feira até o domingo às 20h. Em 2021, esse embargo foi ignorado por organizações de mídia em países vizinhos, além de sites de mídia social e blogs que publicaram pesquisas de distritos que fecharam às 18h, 90 minutos mais cedo. As autoridades francesas não conseguiram impedir que pessoas, inclusive franceses, acessassem esses sites (Puddephatt, 2022, p. 17).

Um dos principais limites à criação de contramedidas para os impactos e controle prejudicial de dados em períodos eleitorais é a preservação da liberdade de expressão e de imprensa. Ao considerar a regulamentação das mídias sociais durante as eleições, é crucial manter os benefícios democráticos promovidos por essas redes (Puddephatt, 2022, p. 17).

As mídias sociais oferecem um aumento no acesso ao discurso de minorias e grupos oprimidos, engajam o eleitorado jovem e facilitam um canal de comunicação mais direto entre candidatos e eleitores. Com base nesses limites, as tendências regulatórias emergentes devem reconhecer o papel essencial da mídia social na democracia digital. Assim, qualquer estrutura legal deve priorizar o pluralismo de mídia, especialmente durante eventos eleitorais (Puddephatt, 2022, p. 18).

De acordo com Puddephatt (2022, p. 18), uma abordagem em evolução para enfrentar a manipulação mercadológica de dados nas plataformas digitais é a imposição às empresas para

que cuidem dos danos online e supervisionem o design técnico e a operação das suas plataformas. Em vez de censurar conteúdos específicos, a supervisão deveria abranger a totalidade da internet. As plataformas seriam responsáveis por emitir relatórios sobre a eficácia das suas estratégias de redução de danos e sobre as políticas de gerenciamento de dados em seus sistemas algorítmicos.

Outra abordagem considera soluções na engenharia de dados. Desenvolvedores atualmente trabalham em aplicativos que utilizam múltiplos pontos de dados para avaliar a probabilidade de uma notícia ser genuína. Além disso, após validar notícias, outra estratégia é introduzir informações de qualidade verificadas por fontes confiáveis nas plataformas de mídia social (Puddephatt, 2019, p. 19). No entanto, embora essas abordagens sejam promissoras, nenhuma delas é especificamente voltada para processos eleitorais.

Em 2018, o Comitê DCMS do Parlamento do Reino Unido propôs uma série de recomendações para lidar com as *fake news* nas redes sociais. Entre as recomendações estavam a criação de uma nova categoria de empresas de tecnologia com responsabilidades jurídicas claras e maior transparência, a realização de auditorias sobre aspectos não financeiros das empresas, incluindo seus mecanismos e algoritmos de segurança, e a responsabilidade do governo em investigar novas formas de garantir o cumprimento dos requisitos de transparência (Puddephatt, 2019, p. 21).

Um exemplo global emergente na luta contra as *fake news* é o crescimento das entidades de checagem de dados (*fact-checking*) e sites especializados em analisar e desmascarar notícias falsas veiculadas na internet. Inclusive, algumas empresas de mídia offline possuem departamentos dedicados à análise de notícias online (Pellizzari; Junior, 2019, p. 67). Segundo Ferrari (2018, *apud* Pellizzari; Junior, 2019, p. 67), os grandes canais jornalísticos poderiam adotar uma abordagem mais procedimental, com checagem e confronto dos dados, e a checagem de informações na internet se tornaria uma notícia em si, com resultados verificados por jornais ou agências de *fact-checking* externas.

Ao desenvolver uma abordagem política para combater os efeitos antidemocráticos das redes sociais, é essencial identificar as necessidades fundamentais a serem garantidas. Os eleitores devem ter acesso pleno às informações necessárias para exercer seu direito de voto e poder verificar essas informações de forma independente. Eles devem poder participar de debates e discussões sem serem restringidos por bolhas sociais. A mera persecução penal não é suficiente para abordar essa questão (Pellizzari; Junior, 2019, p. 70).

A responsabilização e a transparência, especialmente nas grandes empresas de tecnologia, são fundamentais para resolver a problemática. Políticas de compliance que atenuem os efeitos das bolhas algorítmicas e garantam a publicidade dos códigos algorítmicos, bem como a responsabilização de políticos que utilizam *fake news* como estratégia, são exemplos de possíveis abordagens para mitigar os efeitos antidemocráticos dos algoritmos.

Para que alternativas legislativas e regulatórias não se tornem meros mecanismos atenuantes, é crucial que a sociedade e as instituições analisem e estudem profundamente os efeitos e esquemas práticos do controle de dados. O objetivo é formular medidas que reduzam total ou parcialmente as técnicas de manipulação de informações durante os processos eleitorais e

proteger a democracia, que já está ameaçada pelos interesses hegemônicos do controle informacional.

A invisibilidade dos processos algorítmicos representa uma agressão a princípios democráticos fundamentais. Afirmamos que os algoritmos só servem à democracia quando são transparentes e auditáveis. A democracia deliberativa defende que:

Pessoas como seres independentes, que refletem, julgam e decidem as questões com base em um amplo leque de considerações pertinentes disponíveis a sua consideração em uma sociedade em que todo adulto é tratado como uma pessoa autônoma, sendo por isso assegurado a cada um o status político de cidadão igual. (Gutmann, 1995, p. 20).

Portanto, aquilo que não pode ser compreendido, debatido e definido pelos membros da sociedade deve ser recusado (Silveira, 2019, p. 83). Em uma democracia, não é aceitável que algoritmos que controlam a distribuição de conteúdo político na internet sejam obscuros e não auditáveis, pois esses sistemas podem privilegiar certos discursos em detrimento de outros, ou servir aos interesses do poder econômico mercadológico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Irineu Barreto Jr. afirma que o “confinamento virtual é conduzido pelo algoritmo”, e a manipulação mercadológica, além de produzir bolhas sociais, é orientada por valores políticos e econômicos. A *Big Data*, como aponta Pasquale, funciona em paralelo às megaempresas digitais, armazenando e analisando dados comportamentais cada vez mais íntimos dos usuários. Uma sociedade dominada por sistemas algorítmicos torna-se opaca, e a falta de transparência compromete a possibilidade democrática.

As bolhas sociais algorítmicas incentivam comportamentos similares além das redes sociais e outras ferramentas de comunicação, retroalimentando os efeitos dos algoritmos e fazendo com que as pessoas percam a tolerância com as divergências. Um regime verdadeiramente democratizado deve ser amplamente aberto à contestação pública. Não basta apenas um processo eleitoral adequado; é essencial garantir direitos políticos e liberdades civis. Os eleitores devem ser livres e isentos de interferências para expressar suas opiniões de maneira autônoma e genuína.

Os fatores psicológicos impactam o sistema partidário e o resultado das eleições. Quando a filtragem de conteúdo potencializa a formação de bolhas sociais, observa-se a instrumentalização dos algoritmos para influenciar decisões e opiniões dos usuários, e consequentemente, dos eleitores. Quando plataformas e provedores moldam preferências políticas e opiniões da população, os efeitos concretos prejudicam a democracia. As bolhas sociais afastam os cidadãos da transparência e do acesso a informações genuínas, comprometendo a qualidade racional das escolhas eleitorais da sociedade civil. Crenças pessoais acabam se sobrepondo a fatos objetivos na formação da opinião pública, intensificando o confinamento virtual e a disseminação de *fake news*.

Este artigo observa que as entidades que mais se beneficiam do controle de dados são as megaempresas com grandes recursos financeiros, capazes de gerir vastas estruturas de dados através do tratamento algorítmico. Elas obtêm amostras de perfis de usuários e estabelecem

padrões segmentados para compradores e interessados politicamente. Assim, a manipulação mercadológica tornou-se uma ferramenta política implacável e prejudicial ao regime democrático. Contudo, a resolução desse problema não se limita à responsabilização das empresas de tecnologia, mas exige a participação de uma gama complexa de atores, como plataformas digitais, reguladores eleitorais, partidos políticos e a mídia.

Antes de desenvolver uma abordagem específica, é crucial preservar os benefícios democráticos oferecidos pela internet. A opacidade dos sistemas algorítmicos representa uma agressão aos pressupostos democráticos. A transparência e a governabilidade são essenciais. De acordo com Amy Gutmann (1995), os cidadãos devem ser capazes de refletir, julgar e decidir de forma independente, com base em um amplo leque de informações relevantes, e ter garantido o status político de cidadania igual. Desse modo, um regime democrático não pode suportar sistemas algorítmicos opacos e não regulamentados que se apropriam da distribuição de conteúdo político.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, Rodolfo. WhatsApp, uma arma eleitoral sem lei. **El País**, 21 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/18/tecnologia/1539899403_489473.html. Acesso em: 07 out. 2022.
- BRANCO, Sérgio. *Fake news* e os Caminhos para Fora da Bolha. **Revista Interesse Nacional**, São Paulo, Ano 10, n. 38, p. 51-61, set.-out. 2017.sa
- CASTELLS, Manuel. **Communication Power**. Oxford University Press, 2009.
- DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição**. Tradução: Celso Mauro Paciornik. 1 ed. 1. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- GUIMÓN, Pablo. O 'Brexit' não teria acontecido sem a Cambridge Analytica. **El País**, 26 mar. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/03/26/internacional/1522058765_703094.amp.html. Acesso em: 7 out. 2022.
- GUTMANN, Amy. **A desarmonia da democracia**. Lua Nova, 1995.
- JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. Atualidade do Conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007.
- KAISER, Brittany. **Manipulados: como a Cambridge Analytica e o Facebook invadiram a privacidade de milhões e botaram a democracia em xeque**. 1. ed. Rio de Janeiro: Harper Collins, 2020.
- KELSEN, Hans. **A democracia**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. 3. ed. São Paulo: editora 34, 2010.
- MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. **Classificando Regimes Políticos na América Latina, 1945-1999**. Brasil: Revista Dados, 2002.
- MARANHÃO, Juliana. **A pesquisa em inteligência artificial e Direito no Brasil**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/juliano-maranhao-pesquisa-inteligenciaartificial-direito-pais>. Acesso em: 3 set. 2022.
- PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- PASQUALE, Frank. **A esfera pública automatizada**. Libero, 2017.
- PELLIZZARI, Bruno Henrique Miniuchi; JUNIOR, Irineu Francisco Barreto. **Bolhas sociais e seus efeitos na sociedade da informação: ditadura do algoritmo e entropia na internet**. Brasil: Revista de Direito, Governança e Novas tecnologias, 2019.
- PEROSA, Teresa. **O império da pós-verdade**. Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/mundo/noticia/2017/04/o-império-da-pos-verdade.html>. Acesso em: 29 set. 2022.
- PUDDEPHATT, Andrew. **Mídias sociais e eleições**. UNESCO, 2022.
- SILVA, Bruno Rangel Avelino da. **Sistemas eleitorais e partidários: Duverger, Sartori e Nohlen**. Brasil: Revista Ballot, 2016.
- SILVEIRA, Sergio Amadeu da. **Democracia e os códigos invisíveis: como os algoritmos estão modulando comportamentos e escolhas políticas**. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2019.
- SRNICEK, Nick. **Platform Capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.
- TEIXEIRA, João de Freitas. **O cérebro e o robô: inteligência artificial, biotecnologia e a nova ética**. Coleção Ethos. São Paulo: Paulus, 2015.

A ECONOMIA DO CUIDADO E A DESIGUALDADE DE GÊNERO: COMO A REFORMA TRIBUTÁRIA IMPACTA AS MULHERES?

THE CARE ECONOMY AND GENDER INEQUALITY: HOW DOES TAX REFORM IMPACT WOMEN?

Beatriz Ribeiro Silva¹

Jéssika Saraiva de Araújo Pessoa²

RESUMO: O Estado Democrático de Direito e seu ordenamento jurídico prevê a igualdade de gênero como direito fundamental e o princípio da isonomia como postulado basilar. O presente trabalho propõe-se a analisar criticamente a invisibilidade da economia do cuidado e suas consequências para a desigualdade de gênero existente no Brasil, por meio dos impactos promovidos pela reforma tributária, buscando compreender as razões que sustentam a desigualdade de gênero, sob a ótica dos Direitos Humanos, do Direito Tributário e do gênero (por intermédio da Teoria *Queer*). No que diz respeito à metodologia, essa pesquisa é eminentemente teórica, e desenvolver-se-á através da análise de conteúdo de doutrina, legislação e jurisprudência, bem como da análise do discurso, adotando um raciocínio dedutivo e uma perspectiva interdisciplinar, jurídico-sociológica, em razão da interface entre Direito e Gênero. Por fim, pretende-se apontar os caminhos que possam ser seguidos para a promoção da igualdade de gênero, por meio de uma tributação que, efetivamente, promova a justiça tributária, mas é preciso, também, transferir poder, “empoderar” os excluídos dos processos de construção de hegemonia e, assim, trabalhar para a criação de mediações políticas, institucionais e jurídicas que garantam o dito reconhecimento e a dita transferência de poder às mulheres, sobretudo aquelas que realizam o trabalho de cuidado de modo majoritário.

Palavras-chave: Economia do cuidado; Gênero; Reforma tributária.

ABSTRACT: The Democratic Rule of Law and its legal system provide for gender equality as a fundamental right and the principle of isonomy as a basic postulate. The present work proposes to critically analyze the invisibility of the care economy and its consequences for the gender inequality that exists in Brazil, through the impacts promoted by tax reform, seeking to understand the reasons that sustain gender inequality, from the perspective Human Rights, Tax Law and gender (through Queer Theory). Regarding methodology, this research is eminently theoretical, and will be developed through content analysis of doctrine, legislation and jurisprudence, as well as discourse analysis, adopting deductive reasoning and an interdisciplinary, legal-sociological perspective, due to the interface between Law and Gender. Finally, we intend to point out the paths that can be followed to promote gender equality, through taxation that effectively promotes tax justice, but it is also necessary to transfer power, “empower” those excluded from

1 Graduação em andamento no curso de Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Atuou como aluna extensionista do Projeto de Extensão “JusNews” vinculado à Universidade Estadual da Paraíba (UEPB), durante a cota 2023-2024. Residente no estado da Paraíba. E-mail: beatrizribeiros@outlook.com.

2 Advogada, Doutoranda pela UFPB, professora substituta da UEPB-CCJ e de cursos preparatórios para concursos, mestra em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba-UFPB, especialista em Prática Judicante pela Escola Superior da Magistratura- ESMA-PB e graduada em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba-UEPB. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB-PB. Membro dos grupos de pesquisa: Realismo Jurídico ligado ao PPGCJ/UFPB, Direito, Tecnologia e Realidade Social: Paradoxos, Desafios e Alternativas CNPQ/CAPES, na linha de pesquisa bioética, direitos humanos e meio ambiente, Direito à Diversidade e Cidadania Plural e do NUPOD - Núcleo para Pesquisa dos Observadores do Direito. Residente no estado da Paraíba. E-mail: jessikasaraiva@gmail.com.

processes of construction of hegemony and, thus, work towards the creation of political, institutional and legal mediations that guarantee the so-called recognition and the so-called transfer of power to women, especially those who carry out care work in a majority manner.

Keywords: Care economy; Gender; Tax reform.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende discutir, de forma crítica, a problemática da invisibilidade da economia do cuidado e suas consequências para a desigualdade de gênero existente no Brasil, por meio dos impactos promovidos pela reforma tributária. Busca-se compreender as razões que sustentam a invisibilidade da economia do cuidado e da desigualdade de gênero, sob as perspectivas dos direitos humanos, da reforma tributária e de gênero, apontando as alternativas que possam ser seguidas para a promoção da igualdade de gênero, por intermédio da promoção da justiça tributária no que tange às mulheres que exercem, preponderantemente, o ofício do cuidado.

Assim, inicialmente, será analisada a construção do conceito de economia do cuidado, seus desdobramentos históricos e seus reflexos na socioeconomia brasileira, bem como será abordada a divisão do trabalho de cuidado sob a perspectiva histórico-sociológica a respeito do conceito de gênero, por intermédio da Teoria *Queer* e da ideia de performance definida por Judith Butler. Logo após, será efetuada uma breve explanação sobre a invisibilidade tributada, analisando-se a tributação e seus reflexos na economia do cuidado. Por fim, será discutida a reforma tributária e seus impactos sobre as desigualdades de gênero e na distribuição dos afazeres do cuidado na sociedade.

Para tanto, no que diz respeito à forma como o esse artigo será desenvolvido, a pesquisa será eminentemente teórica, e desenvolver-se-á através da análise de conteúdo de doutrina, legislação e jurisprudência, assim como da análise do discurso, adotando um raciocínio dedutivo e uma perspectiva interdisciplinar, jurídico-sociológica, em virtude da interface entre Direito e Gênero.

Destarte, objetiva-se apontar caminhos que possam ser seguidos para o reconhecimento da importância do trabalho de cuidado e a promoção da igualdade de gênero, mediante uma tributação que promova, efetivamente, a justiça tributária. É preciso, também, transferir poder e “empoderar” os excluídos dos processos de construção de hegemonia, por meio da criação de mediações políticas, institucionais e jurídicas que garantam a efetivação dos direitos das mulheres que realizam essa modalidade de trabalho.

2. ECONOMIA DO CUIDADO: DESDOBRAMENTO HISTÓRICO E SEUS REFLEXOS NA SOCIOECONOMIA BRASILEIRA

É inegável que o progresso da sociedade brasileira se dá pela junção de diversos fatores sociais, políticos e econômicos que compartilham do exercício de um mesmo substantivo em comum: o cuidado. Ilustração disso, para que os setores industriais se desenvolvam, é preciso que um conjunto de indivíduos destine seu tempo e força de trabalho na execução de atividades no âmbito privado e doméstico, a fim de que aqueles que exercem práticas laborais externamente possam se deslocar e realizá-las de forma tranquila e saudável. Hodiernamente, diante desse cenário, não é raro visualizar que os indivíduos que executam, de forma preponderante, essas funções relacionadas ao cuidar, são as mulheres, tendo em vista as percepções sociais a respeito dos valores e convenções de gênero, bem como a forma como elas têm se inserido na coletividade.

Conseqüentemente, a banalização e invisibilidade conferidas na delegação quase que exclusiva do gênero feminino às famílias, às atividades relacionadas à reprodução da vida e da sociedade – usualmente denominada de trabalho de cuidado –, têm contribuído para a persistência histórica de uma coletividade que se beneficia dessa lógica perversa pautada em ideais machistas e patriarcais reproduzidos ao longo dos séculos.

A partir dos estudos de Pascale Molinier³, é estabelecido que a execução do cuidado é compreendida como:

[...] uma constelação de estados físicos ou mentais e de atividades trabalhosas ligadas à gravidez, criação e educação das crianças, aos cuidados com as pessoas, ao trabalho doméstico e, de forma mais abrangente, qualquer trabalho realizado a serviço das necessidades dos outros.

Sob esse contexto, a compreensão acerca desse tema é possível a partir da discussão de dois aspectos basilares: a dimensão histórica do tema e suas implicações na sociedade e economia do país. Perante isso, parte-se para a análise dos referidos tópicos a seguir.

2.1. “EU TRABALHO E VOCÊ SÓ CUIDA DA CASA”: DEBATE SOBRE A DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO NO BRASIL

No contexto brasileiro, a assimétrica divisão do trabalho, tanto em sua forma remunerada ou não, remonta ao Período Colonial (1500-1822), haja vista que as concepções ideológicas cristãs e patriarcais vigentes defendiam que os homens pertenciam à esfera do trabalho produtivo, remunerado e valorizado, ao passo que as mulheres eram restringidas ao ofício reprodutivo, não remunerado e desvalorizado no espaço doméstico. Ante ao exposto, Mary Del Priore⁴ aponta: “A igreja entendia que confinada à casa, delimitada pela privacidade doméstica, a mulher, e sobretudo a mãe, poderia fazer o trabalho de base para o estabelecimento do edifício familiar”.

Somado a isso, é preciso pontuar que esse período histórico utilizou, por mais de 300 anos, da lógica escravocrata para operar seu sistema econômico, de modo que esse cenário ocasionou o fortalecimento de uma sociedade hierárquica adocida pelo preconceito e misoginia explícitos. Pautando-se na interseccionalidade entre gênero e raça, no que tange à força de trabalho feminina empregada nessa época, é denunciada a distinção entre os ofícios realizados pelas mulheres brancas e negras, uma vez que Nascimento⁵ destaca:

Devido ao caráter patriarcal e paternalista, atribui-se à mulher branca o papel de esposa e mãe, com a vida dedicada ao seu marido e filhos. Deste modo, seu papel é assinalado pelo ócio, mantendo-se amada, respeitada e idealizada naquilo que o ócio lhe representava como suporte ideológico de uma sociedade baseada na exploração do trabalho [de da pessoa] de uma grande camada da população. Contrariamente à mulher branca, sua

3 MOLINIER, Pascale. O ódio e o amor, caixa preta do feminismo? Uma crítica da ética do devotamento. *Psicologia em Revista*, Belo Horizonte, v. 10, n. 16, p. 227-242, dez. 2004. p. 229.

4 DEL PRIORE, Mary L. M. Brasil Colonial: um caso de famílias no feminino plural. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 91, p. 69-75, nov. 1994. p. 69.

5 NASCIMENTO, Beatriz. A mulher negra no mercado de trabalho. In: BUARQUE, Heloísa. (org.). *Interseccionalidades: pioneiras do feminismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 49-50.

correspondente no outro polo, a mulher negra é considerada uma mulher essencialmente produtora, papel semelhante ao do homem negro, isto é, desempenha um papel ativo.

Todavia, a recente abolição da escravidão – de pouco mais de 130 anos – demonstra que a população negra ainda sofre das consequências desse passado, tendo em vista que, apesar da publicação da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, proclamar o fim dessa aterradora realidade no país, é perceptível que este dispositivo normativo não contemplou demais políticas públicas capazes de garantir a íntegra inclusão da parcela recém liberta na sociedade. Como revela a professora Lúcia Regina Brito Pereira, em entrevista para o canal midiático *Brasil de Fato*⁶:

Formalmente, os negros foram libertos, mas essa ação do então governo naquele momento era, em tese, para beneficiar os aos senhores escravizadores, esse era o objetivo. Por outro lado, para as pessoas escravizadas foi um momento significativo porque se queria a liberdade, a liberdade de trabalho, a liberdade de ir e vir, uma liberdade também meio que sonhadora, não é? E foi isso, só isso, porque a realidade, o dia quatorze começou a ser bastante cruel. Essa liberdade era uma utopia. E ainda hoje estamos lutando por ela.

Perante esse enquadramento, a utópica liberdade desse cenário é atestada com a vigência de um sistema econômico e político incapaz de realizar a plena reparação histórica desse coletivo que foi oprimido por mais de 300 anos, haja vista o contínuo cerceamento de garantias essenciais, tais como saúde e o direito ao trabalho, a esse grupo. Como exemplificação disso, dados coletados pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad), e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em fevereiro de 2024, disparam que a taxa de desemprego da população branca é de 5,9%, enquanto a de pretos equivale a quase 9%, superando a média nacional calculada em 2023⁷. Somado a isso, pelo prisma de gênero, a perspectiva colonial que atribui a predominância da mulher negra ao ambiente doméstico - ao contrário da mulher branca - reverbera na atualidade a partir dos números informados no suplemento “Outras Formas de Trabalho”, elaborado pela a (Pnad) Contínua Anual de 2019, e postados IBGE em 2020, de que o ofício de atividades domésticas no domicílio ou em habitações de parentes ocorreu entre 94,1% das mulheres negras, em contraponto ao polo feminino branco de 91,5%⁸.

Adentrando no modelo político republicano atual iniciado no final do século XIX, embora a figura feminina tenha conquistado prerrogativas trabalhistas favoráveis que a inseriram no mercado de trabalho com mão-de-obra livre, a exemplo da proibição do trabalho em indústrias insalubres e a assistência médica e sanitária à gestante conferidos pela Constituição Federal

6 REINHOLZ, Fabiana. Após 132 anos da abolição, Brasil ainda não fez a devida reparação da escravidão. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/13/apos-132-anos-da-abolicao-brasil-ainda-nao-fez-a-devida-reparacao-da-escravidao>. Acesso em: 9 maio 2024.

7 MOURA, Bruno de Freitas. Desemprego de mulheres e negros termina 2023 acima da média nacional. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/desemprego-de-mulheres-e-negros-termina-2023-acima-da-media-nacional#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20dos%20homens%2C%206%25>. Acesso em: 9 maio 2024.

8 MASSUELLA, Luana; SAKATE, Marcelo; BRIDI, Carla. Mulheres pretas são as mais responsáveis por afazeres domésticos, segundo IBGE. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/mulheres-pretas-sao-as-mais-responsaveis-por-afazeres-domesticos-segundo-ibge/>. Acesso em: 9 maio 2024.

de 1934, é denunciada a reprodução ideológica que categoriza o trabalho doméstico como uma vocação natural delas. Sobre esse aspecto, Silvia Federici⁹ apregoa:

[...] o trabalho doméstico, como conhecemos, é uma estrutura bastante recente, datada do fim do século XIX e das primeiras décadas do século XX, quando, pressionada pela insurgência da classe trabalhadora e pela necessidade de mão-de-obra mais produtiva, a classe capitalista da Inglaterra e dos Estados Unidos começou uma reforma social que transformou não apenas a fábrica, mas a comunidade, o lar e, antes de tudo, a posição social das mulheres.

Nessa esteira de pensamento, uma complexa engenharia social que instrumentaliza as mulheres como as responsáveis, de forma preponderante e oculta, pelos cuidados emocionais, sexuais e domésticos a terceiros, é desenhada, enfatizando o aumento substancial dos salários da mão-de-obra masculina e a defesa da tese de que a dona de casa “não trabalhava”¹⁰.

Assim, é válido citar a colocação de Helena Hirata¹¹: “O trabalho de cuidado é exemplar das desigualdades imbricadas de gênero, de classe e de raça, pois os cuidadores são majoritariamente mulheres, pobres e negras”. Dessa maneira, fica evidente a crucialidade da reflexão histórica para compreender como os elementos estruturais, políticos e sociais continuam a reforçar a desvalorização do trabalho de cuidado executado pelo gênero feminino, deslegitimando sua importância com frases, por exemplo, ditas por um homem a mulher como: “eu trabalho e você só cuida da casa”.

Diante disso, é preciso avançar para o tópico seguinte a fim de entender como esse panorama impacta a socioeconomia nacional.

2.2. A REALIDADE “DESAMOROSA” DO TRABALHO DE CUIDADO DELEGADO ÀS MULHERES

No tocante ao desenvolvimento dos polos econômicos e sociais, é fundamental frisar a postura do sistema capitalista diante da prática silenciosa e subalterna das atividades externas a ele que possibilitam sua operação. Nessa senda, como sublinha Fraser¹²:

A atividade socioreprodutiva não remunerada é necessária para a existência do trabalho remunerado, para a acumulação do mais-valia e para o funcionamento do capitalismo enquanto tal. Nada disso poderia existir caso faltassem o trabalho doméstico, a criação de crianças, a escolarização, o cuidado afetivo e uma gama de outras atividades que servem para produzir novas gerações de trabalhadores e repor as existentes, bem como para manter vínculos sociais e compreensões compartilhadas.

Sobre esse contexto, denota-se a progressão dessa estrutura, pois é nítido que ela se beneficia da desvalorização da força de trabalho feminina que executa as atividades ligadas ao cuidado em detrimento de suas garantias físicas, mentais e sociais. Isso ocorre, para além do arcabouço histórico dos ideais machistas e patriarcais, da concepção social que justifica o cuidado

9 FEDERICI, Silvia. **O patriarcado do salário**: notas sobre Marx, gênero e feminismo. São Paulo: Boitempo, 2021. 204 p. p. 157.

10 FEDERICI, Silvia. **O patriarcado do salário**: notas sobre Marx, gênero e feminismo. São Paulo: Boitempo, 2021. 204 p. p. 158.

11 HIRATA, Helena. O trabalho de cuidado: comparando Brasil, França e Japão. **Sur**, São Paulo, v. 13, n. 24, p. 53-63, 2016. p. 54.

12 FRASER, Nancy. Contradições entre capital e cuidado. **Princípios**, Natal, v. 27, n. 53, 261-288, maio/ago. 2020. p. 264-265.

como algo intrinsecamente relacionado ao amor, conferindo uma carga afetiva que obscurece sua relevância e suas implicações dentre aqueles que o exercem.

Perante isso, Silvia Federici¹³ ensina:

A casa e a família têm tradicionalmente oferecido o único interstício da vida capitalista, no qual as pessoas têm a possibilidade de atender às necessidades de amor e cuidado uma das outras, ainda que por medo e dominação. Pais e mães cuidam das crianças, ao menos em parte, por amor, de modo que sempre guardamos em nós, como uma espécie de utopia, que o trabalho e o cuidado vêm do amor em vez de serem baseados na retribuição financeira.

Dessa maneira, a retribuição financeira do ofício ligado à manutenção do bem-estar emocional e físico de terceiros, como ressalta Federici, deve ser levada em consideração pelo desenvolvimento do Estado, haja vista que o trabalho de cuidado não remunerado promove uma contribuição de pelo menos US\$ 10,8 trilhões por ano à economia global, o que corresponde a três vezes o valor da indústria de tecnologia do mundo¹⁴.

Ora, com um valor tão expressivo, é visível que essa ideia falaciosa deve ser descontinuada, pois os afazeres do cuidado têm apresentado sua faceta oposta às mulheres, tornando-se um “desamor”, em razão da sobrecarga deles decorrentes. Em consonância a isso, o levantamento elaborado pela plataforma *Elas Trabalham*, e divulgado pelo meio midiático *Marie Claire*, em maio de 2024, aponta que 73,4% das mulheres brasileiras começaram a realizar tarefas no ambiente doméstico e familiar antes dos 14 anos, mas que apenas 9,4% reconhecem que o desempenho dessas funções é uma categoria de trabalho¹⁵. Por conseguinte, é perceptível a essencialidade de se debater acerca das consequências dessa realidade entre o grupo feminino, uma vez que a banalidade persistente dessa divisão sexual do trabalho tocante à preservação da esfera domiciliar e dos seus residentes ocasiona, em uma a cada quatro mulheres, a insatisfação com sua saúde mental em decorrência do encargo exclusivo por tais responsabilidades¹⁶.

Ademais, é primordial discutir que a mulher, encarregada excessivamente com o cuidado, tem menos tempo ou condições para se dedicar ao trabalho remunerado, visto que o exercício precoce dos afazeres domésticos e a ausência de uma renda digna precarizam sua subsistência e sua capacidade de cuidar de terceiros. Dessa forma, o que se esboça é um panorama de sobrecarga, em que, segundo dados do IBGE, de 2018, 35,4% das mulheres entre 15 e 29 anos relataram que não buscam emprego por ter a obrigação de cuidar da casa, enquanto apenas 1,2% dos homens e adolescentes declararam a mesma razão¹⁷.

13 FEDERICI, Silvia. **O patriarcado do salário**: notas sobre Marx, gênero e feminismo. São Paulo: Boitempo, 2021. 204 p. p. 35.

14 TRABALHO de cuidado: uma questão também econômica. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/blog/trabalho-de-cuidado-uma-questao-tambem-economica/>. Acesso em: 09 mai. 2024.

15 CETRONE, Camila. 73 % das mulheres começam a fazer tarefas domésticas e de cuidado antes dos 14 anos; só 9% enxergam isso como trabalho. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/comportamento/noticia/2024/05/pesquisa-trabalho-domestico-e-do-cuidado-invisibilizacao-mulheres-dupla-jornada-economia.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2024.

16 THINK OLGA. Esgotadas: o empobrecimento, a sobrecarga de cuidado e o sofrimento psíquico das mulheres. Disponível em: <https://lab.thinkolga.com/wp-content/uploads/2023/08/LAB-Think-Olga-Esgotadas.pdf>. Acesso em: 10 maio 2024.

17 ASSIS, Carolina de. Tarefas domésticas e de cuidado são principal impedimento para mulheres jovens estudarem e trabalharem fora de casa. Disponível em: <https://www.generonumero.media/reportagens/tarefas-domesticas-e-de-cuidado-sao-principal-impedimento-para-mulheres-jovens-estudarem-e-trabalharem-fora-de-casa/>. Acesso em: 10 maio 2024.

Somado a isso, dentre as que são inseridas no mercado de trabalho remunerado, é visualizado que mais de 52% das mulheres, ao tentarem conciliar a dupla jornada do ofício externo e do privado no lar, ganham menos do que os homens, bem como 49% dessa comunidade feminina é a única responsável pelos gastos essenciais da residência¹⁸.

Portanto, é inadiável a reflexão acerca da inclusão do trabalho de cuidado no desenvolvimento social, financeiro e, sobretudo, tributário do país, pois Kathleen Lahey¹⁹ explica que:

[...] as mulheres responsáveis por sustentar a si mesma e outros têm maiores despesas com moradia, transporte, assistência médica, educação, cuidados pós- escolares, alimentos preparados ou servidos, ingredientes nutricionais básicos e itens de higiene pessoal.

Em vista disso, o tópico a seguir discutirá, especificamente, os desdobramentos desse tema ante ao aspecto tributário.

3. UM OLHAR DE GÊNERO SOBRE ECONOMIA DO CUIDADO

O ordenamento jurídico brasileiro prevê o princípio da isonomia como postulado basilar e a igualdade de gênero como direito fundamental. Porém, na prática, como ocorre a materialização desses princípios no sistema jurídico brasileiro, especialmente no que tange à invisibilidade do trabalho de cuidado? A discussão desses temas é essencial para o enfrentamento da desigualdade de gênero no país.

Nessa ótica, uma das características principais do Estado Democrático de Direito é a garantia de Direitos Humanos e, a não observância deste princípio da igualdade, constitui uma grave omissão do Estado, já que contribui para o crescimento das desigualdades, uma vez que a isonomia de oportunidades a todos proporciona a construção de um coletivo mais justo.

Esmiuçando esse cenário, é essencial discutir o que é gênero e os papéis que foram e ainda são atribuídos às mulheres, visto que essas definições se encontram em constante transformação histórica, social e cultural. Tentar delimitar um conceito de gênero traz complexidades, tendo em vista que não existe um conceito invariável e universal de gênero. Para Simone de Beauvoir²⁰, o gênero é construído: “a gente não nasce mulher, torna-se mulher”, ou seja, o gênero é produto da cultura e das relações sociais, nas quais são estabelecidos os papéis de homem e de mulher na sociedade.

No mesmo sentido, Judith Butler²¹ reconhece a existência dos papéis de gênero construídos de forma fixa nas sociedades pela cultura. Nessa perspectiva, a autora critica os papéis invariáveis da maternidade e de cuidar dos filhos atribuídos à mulher em razão de seu corpo, por meio da Teoria *Queer*, na qual o gênero é entendido como uma construção, não possuindo uma identidade estável. Uma coalizão aberta, portanto, afirmaria identidades alternativamente instituídas e abandonadas, sendo, pois, uma encenação ou uma performance, que consiste na

18 CETRONE, Camila. 73 % das mulheres começam a fazer tarefas domésticas e de cuidado antes dos 14 anos; só 9% enxergam isso como trabalho. Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/comportamento/noticia/2024/05/pesquisa-trabalho-domestico-e-do-cuidado-invisibilizacao-mulheres-dupla-jornada-economia.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2024.

19 LAHEY, Kathleen A. **Gender, Taxation and Equality in Developing Countries: Issues and Policy Recommendations**. [s.l.]: UN WOMEN, 2018. 74 p. p. 50.

20 BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**, v.I, II. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. 309 p.

21 BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. 226 p.

atribuição de representações sociais moldadas pela cultura de cada sociedade para estabelecer as funções da mulher e do homem em razão do seu corpo.

O gênero é teorizado como um artifício flutuante, não podendo ser separado das interseções com as modalidades raciais, classistas, étnicas, religiosas e culturais. Dessa maneira, a escritora se opõe à concepção de que existe um conceito de gênero universal e definitivo, uma vez que ele é produto de um contexto histórico, cultural e social, compreendendo-o como uma concepção aberta, em constante construção e que permite múltiplas convergências e divergências²².

Ademais, Butler afirma que não existe uma identidade de gênero por trás das expressões desse instituto e que a identidade é performaticamente constituída. A partir dessas definições, então, infere-se que o modelo de gênero heteronormativo binário, que se limita às noções consolidadas de masculino e feminino (dualismo entre sexo e gênero), possui grande influência na construção do ordenamento jurídico brasileiro e na divisão das tarefas domésticas entre homens e mulheres, bem como explica porque as atividades ligadas ao cuidado, no Brasil, são atribuídas, quase que exclusivamente, ao grupo feminino.

Nesse contexto, é concebido que esse modelo binário heteronormativo mostra-se ineficaz diante dos novos modelos de constituição das famílias contemporâneas, no qual o afeto passa a ser um valor jurídico de natureza constitucional, o núcleo conformador do conceito de família contemporânea, que inclui relações monoparentais, homoafetivas, adotivas e etc.

Dessa maneira, a compreensão de que os papéis do homem e da mulher socialmente construídos exerce forte influência na elaboração das normas que compõem o sistema jurídico brasileiro permitirá analisar, de forma crítica, sob a ótica do Princípio da Isonomia, da ideia de gênero e da nossa legislação, a invisibilidade do trabalho de cuidado reservado às mulheres e as tentativas de mascarar-lo com uma carga afetiva amorosa.

Dentre as previsões constitucionais que objetivam garantir a materialização da igualdade de gênero, destaca-se a igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I), a igualdade no âmbito da família (art. 226, § 5º), a proibição da discriminação no mercado de trabalho por motivo de sexo ou estado civil (art. 7º, XXX) e a proteção especial da mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XX)²³.

A Carta Magna foi elaborada por meio da compreensão heteronormativa binária de gênero trabalhada acima, na qual os papéis são estabelecidos de forma permanente. Por conseguinte, esses fatores contribuem para a invisibilidade e não remuneração do trabalho de cuidado, além de afastarem as mulheres de posições de poder, da capacitação e da seara do trabalho remunerado, contribuindo para a desigualdade de gênero no Brasil.

Destarte, é necessária a presença das mulheres nos espaços políticos, como autoras de propostas legislativas e políticas públicas para alteração dessa realidade, além da inclusão e representatividade feminina para o alcance da justiça tributária. Tendo isso em vista, é ressaltado o trabalho de grupos de estudo da área tributária como da Associação Brasileira Elas no Processo (ABEP), e do grupo de pesquisa sobre tributação e gênero do Núcleo de Direito Tributário do

22 BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012. 227 p.

23 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Mestrado Profissional da FGV Direito SP, o qual foi criado em junho de 2020 para pesquisar, debater e apresentar propostas de reforma que tenham como foco reduzir a desigualdade de gênero na carga tributária nacional.

Diante desta realidade, pesquisadoras da FGV Direito SP, em parceria com a iniciativa Tributos a Elas, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, criaram um grupo para estudar as diferenças de gênero na tributação brasileira, pautar o debate acadêmico sobre o tema e propor alterações legislativas, sobretudo durante a tramitação da proposta de reforma tributária em curso no Congresso Nacional, o que tem se mostrado de extrema relevância para alteração dessa realidade.

Tal como o debate sobre tributação e gênero, é de extrema relevância para as políticas fiscais e para a interpretação do direito tributário considerar as questões de gênero e a economia do cuidado para construção de um sistema equitativo e justo.

4. INVISIBILIDADE TRIBUTADA: ANÁLISE ACERCA DA TRIBUTAÇÃO E SEUS REFLEXOS NA ECONOMIA DO CUIDADO

À luz do estudo traçado, é essencial enfatizar que o quadro assimétrico da tributação entre homens e mulheres observado no contexto nacional está intrinsecamente relacionado ao não reconhecimento do trabalho de cuidado e à prestação dos tributos ligados ao consumo dos bens abrangidos por ele. Sob essa perspectiva, a parcela feminina que exerce, de forma majoritária, os atos ligados ao cuidar - de maneira não remunerada e no ocaso - sofrem das consequências advindas da inobservância do princípio da capacidade contributiva.

Esmiuçando-se esse dispositivo, vê-se que o princípio da capacidade contributiva está respaldado no art. 145 da Carta Magna de 1988, o qual dita:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: [...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte²⁴.

Entretanto, apesar do texto constitucional assegurar ao Estado Democrático de Direito o entrelaçamento entre igualdade e capacidade econômica como uma das ferramentas de equalização entre os contribuintes, na medida em que se elege o rendimento contributivo como critério adequado para a fixação dos tributos, o que se denuncia no plano fático é a desobediência a esse preceito tendo em vista a desconsideração das questões de gênero - sobretudo no que diz respeito à economia do cuidado - na elaboração das políticas fiscais.

Desse modo, ao abordar as temáticas da justiça tributária e da desigualdade de gênero, mesmo diante dos princípios constitucionais anteriores a reforma tributária – como o princípio da igualdade ou isonomia tributária (previsto no art. 150, II da CF/88) ou o princípio da capacidade contributiva (também previsto na constituição no art. 145, §1º) – ilustra-se que existe um tratamento desigual entre os contribuintes que se encontram em situação equivalente em

24 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

razão do gênero, mesmo sendo proibida, legalmente, qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Somado a isso, apesar dos impostos terem caráter pessoal, sendo aplicados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte com o objetivo alcançar o ideal de justiça fiscal ou justiça distributiva, existe uma desigualdade relativa à tributação na aplicação de alíquotas de impostos como o Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF) e sobre os impostos incidentes em produtos tipicamente femininos. Por consequência, o consumo desses produtos dentre o público feminino ativo economicamente é precarizado em virtude da disparidade salarial exemplificada segundo o IBGE²⁵, em que a diferença de remuneração entre mulheres e homens atingiu 22% no fim de 2022, ou seja, a mulher brasileira recebe somente aproximadamente 78% do salário do homem brasileiro, mesmo possuindo uma média de qualificação superior.

A fim de analisar minuciosamente essa realidade, é preciso contemplar a correlação entre dois fatores: a distribuição da administração do ambiente familiar e das tarefas domésticas, além do padrão de consumo de produtos e serviços direcionados à sua manutenção. Inicialmente, segundo dados do Relatório Anual Socioeconômico da Mulher (RASEAM), foi contabilizado que mais de 4 milhões de mulheres chefiam os domicílios sem cônjuges e com filhos (as) de até 14 anos de idade - principalmente mulheres pretas ou pardas -, enquanto apenas 501 mil homens o fazem (RASEAM, 2024, p. 18). Posto isso, a partir do viés da interseccionalidade entre gênero e raça, evidencia-se a perpetuação das estruturas patriarcais, machistas e raciais que defendem a ideia da mulher submissa à execução exclusiva dos afazeres do cuidado, o que corrobora para a dificuldade da inclusão feminina no mercado de trabalho de forma íntegra e para a sobrecarga dos seus aspectos físicos e mentais. Além disso, no que tange ao rendimento dos domicílios enunciados, o Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, em outubro de 2023, publicou que o mais de 80% dos titulares do benefício do Bolsa Família eram mulheres, as quais destinavam parte do seu valor à provisão financeira da família²⁶.

Nessa toada, pode-se perceber que estas mulheres não são capazes de atender, de forma satisfatória, sua própria subsistência e as necessidades advindas dos cuidados prestados por elas aos seus entes familiares, além da maior concentração destas famílias nas camadas inferiores de renda, tornando-as proporcionalmente mais penalizadas pela regressão tributária. Esse contexto é verificado segundo o relatório *Tributação e Desigualdade de Gênero e Classe no Brasil*, publicizado em março de 2023 pelo Instituto Justiça Fiscal (IJF), o qual menciona que considerando somente os impostos indiretos, a carga tributária das famílias chefiadas por mulheres permanece em 15,05% superior às chefiadas por homens, cuja carga é de 14,55%²⁷.

25 DYNIEWICZ, Luciana. Diferença salarial entre homens e mulheres vai a 22%, diz IBGE. CNN Brasil, São Paulo, 8 mar. 2023. Disponível em: Diferença salarial entre homens e mulheres vai a 22%, diz IBGE | CNN Brasil. Acesso em: 10 maio 2024.

26 MINISTÉRIO DAS MULHERES. **Relatório Anual Socioeconômico da Mulher**. Brasília: Ministério das Mulheres, 2024. 468 p. p. 27.

27 VIECELI, Cristina Pereira; AVILA, Róber Iturriet. **Tributação e desigualdade de gênero e classe no Brasil**. São Paulo: Instituto Justiça Fiscal, 2023.

Diante disso, a discrepância entre o arcabouço legal disposto no art. 145 da Constituição Federal de 1988, anteriormente citado, e a perspectiva real, torna nítida a ineficiência das políticas públicas fiscais que visam a promoção da isonomia entre os contribuintes, de modo que o Estado necessita, urgentemente, encarar essa questão como uma política pública de fato e romper com essa postura passiva de aceitação das tarefas ligadas ao cuidar algo como algo “natural” do papel da mulher na sociedade, visto que essa concepção falaciosa torna invisível a relevância econômica da temática do cuidado.

Dando prosseguimento a essa discussão, é contemplado no tópico seguinte a análise das taxas cobradas sobre os produtos consumidos no trabalho de cuidado.

4.1. MAPEAMENTO DOS TRIBUTOS TOCANTES AOS BENS E PRODUTOS UTILIZADOS NO TRABALHO DE CUIDADO

Sob essa esteira de pensamento, reitera-se que a carga de trabalhos domésticos não remunerados recai principalmente sobre a força de trabalho feminina devido à forma como a sociedade estrutura os trabalhos produtivos e reprodutivos e às relações de sexo e gênero. Essa estrutura, somada aos efeitos das normas legais e sociais, implica em menor acesso à renda e ativos, além de menos benefícios relacionados à seguridade social e deduções tributárias relativas aos trabalhos formais. A partir disso, por elas serem associadas ao trabalho no âmbito privado e familiar, tem-se como consequência padrões de consumo distintos para homens e mulheres:

Há evidências substanciais mostrando que as mulheres tendem a gastar mais da renda sob seu controle em bens que contribuem para a reprodução social do trabalho, incluindo saúde, educação, alimentação e cuidados com crianças e idosos. Alterações no preço desses bens (devido a políticas fiscais) podem levar à redução do consumo, substituição de bens de melhor qualidade por outros de qualidade inferior ou produção doméstica desses bens no domicílio pelas mulheres (aumentando assim a carga de cuidados não remunerados)²⁸.

Partindo dessa lógica, pretende-se averiguar os tributos cobrados no tocante aos bens manejados nos cuidados dos lares brasileiros. Conforme o levantamento inédito feito pela advogada Luiza Machado, divulgado na sua dissertação de mestrado intitulada, “Tributação e desigualdades de gênero e raça: vieses de gênero na tributação sobre produtos ligados ao trabalho de cuidado e à fisiologia feminina”²⁹, pode-se visualizar que produtos adquiridos tipicamente por mulheres possuem uma carga elevada, principalmente se comparado a produtos não essenciais ou voltados ao público masculino. Nesse sentido, mercadorias ligadas ao cuidado infantil e geriátrico, como fraldas, talco e carrinhos de bebê, possuem alíquotas elevadas e incompatíveis com a capacidade contributiva da realidade da chefia dos lares brasileiros que é feita, de forma expressiva, por mulheres.

Para elucidar esse quadro, a autora levou em consideração o IPI, o PIS, a Cofins e o ICMS estabelecido em Minas Gerais, exemplificando que o talco – comumente utilizado para

28 JOSHI, Anuradha. Tax and Gender in Developing Countries: What are the Issues? **Summary Brief**, Brighton, n. 6, p. 1-8, feb. 2017. p. 2.

29 MACHADO, Luiza. **Tributação e desigualdade de gênero e raça: vieses de gênero na tributação sobre produtos ligados ao trabalho de cuidado e à fisiologia feminina**. 2023. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.

prevenir assaduras em bebês – está sujeito a uma alíquota de 45,3%, mesmo percentual aplicado à água de colônia. Somado a isso, também é indicada uma alíquota elevada em outros produtos, tais como as pomadas preventivas de assaduras e as pomadas hidratantes de mamilos utilizadas durante a amamentação que são tributadas em cerca de 37%, ao passo que os carrinhos de bebê, lenços umedecidos, bicos de mamadeira e protetores de mamilo para amamentação têm incidência tributária de aproximadamente 34%, o que os igualam ao mesmo índice dos trailers de viagem e os potes de água para cães³⁰.

Dessa maneira, como foi demonstrado, o padrão de consumo dos produtos utilizados nas atividades de cuidado com indivíduos de diferentes idades tem uma tributação no mesmo limiar ou superior a bens empregados em outros ramos ou em comparação a produtos de utilidade masculina, a exemplo do Viagra, que tem uma carga tributária de 9,25%³¹.

Em decorrência disso, conforme explicita Machado³² (2023, p. 30-31):

[...] as escolhas tributárias não são neutras ao gênero: quando um sistema tributário decide isentar ou não tributar determinada base, ou quando escolhe realizar os gastos tributários, por meio seja de dedução, seja de devolução de créditos, essas decisões não são equânimes e afetam diferentemente homens e mulheres, sendo estas prejudicadas em benefício daqueles.

Nessa perspectiva, é confirmada que a inobservância estatal diante desse tema não só alicerça a invisibilidade do trabalho de cuidado praticado nos lares do país, mas também penaliza a população feminina com a imposição de alíquotas distintas do seu aporte financeiro. Dessa maneira, o presente estudo aponta para a essencialidade da política tributária como um mecanismo de redução das desigualdades de gênero, classe e raça na medida em que as reformas tributárias – sob vieses de gênero e outras políticas fiscais – possuem um potencial para reverter esse quadro que impede o desenvolvimento social íntegro das mulheres, a exemplo do aumento da possibilidade do seu ingresso no setor trabalhista remunerado a partir da distribuição igualitária entre as atividades executadas durante o cuidar.

5. A REFORMA TRIBUTÁRIA E SEUS IMPACTOS SOBRE A ECONOMIA DO CUIDADO E A DESIGUALDADE DE GÊNERO

O modelo de tributação no Brasil é alvo de críticas devido a sua complexidade e ineficiência. Nesse prisma, a Emenda Constitucional n.º 132/2023, denominada popularmente de Reforma Tributária e que foi aprovada em dezembro de 2023, teve como objetivo promover uma simplificação desse sistema, a proteção do meio ambiente e a justiça social, por meio da

30 MENGARDO, Bárbara. **De absorvente a talco, produtos adquiridos por mulheres têm tributação elevada.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-barbara-mengardo/de-absorvente-a-talco-produtos-adquiridos-por-mulheres-tem-tributacao-elevada-21062023?non-beta=1>. Acesso em: 10 maio 2024.

31 MENGARDO, Bárbara. **De absorvente a talco, produtos adquiridos por mulheres têm tributação elevada.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-barbara-mengardo/de-absorvente-a-talco-produtos-adquiridos-por-mulheres-tem-tributacao-elevada-21062023?non-beta=1>. Acesso em: 10 maio 2024.

32 MACHADO, Luiza. **Tributação e desigualdade de gênero e raça: vieses de gênero na tributação sobre produtos ligados ao trabalho de cuidado e à fisiologia feminina.** 2023. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023. p. 30-31.

incorporação de princípios como: Simplicidade, Transparência, Justiça Tributária, Cooperação, e Defesa do meio ambiente³³.

Com isso, a reforma tributária também alterou as normativas no que tangem aos impostos ISS, ICMS, IPI e às contribuições sociais. Em decorrência disso, foi elaborado um IVA Dual, (Imposto Sobre Valor Agregado) composto pelo IBS e CBS. O Imposto sobre Bens e Serviços (IBS) é um imposto da competência tributária compartilhada entre Estados, Distrito Federal e Municípios, ao passo que a Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS) é de Competência da União. Para além disso, o art. 153 da CF/88 menciona o Imposto Seletivo (IS) “Imposto do Pecado” de Competência da União sob a produção, extração, comercialização ou importação de bens e serviços prejudiciais à saúde ou ao meio ambiente, nos termos de lei complementar.

Dessa forma, pelo princípio da simplicidade, o que se busca é um sistema fácil de entender, tanto para o poder público quanto para o contribuinte. Outrossim, pelo princípio da transparência, busca-se dar total clareza sobre a carga tributária e sua composição ao contribuinte. Já o princípio da cooperação se evidencia na possibilidade de se relacionar o tributo que está sendo pago com as contrapartidas e os direitos que a sociedade deve receber em troca, por meio de investimentos em saúde, educação, cultura, segurança etc.³⁴.

Quanto ao princípio da defesa do meio ambiente, o sistema tributário necessita observar as questões ambientais, e, nesse contexto, esse preceito permite que os tributos possam considerar a preservação ou a deterioração que determinada atividade gera ao meio ambiente, como também a saúde, ponderando esse aspecto na carga tributária. O imposto seletivo, conhecido usualmente como imposto do “pecado” e criado pela reforma, leva em consideração esses fatores³⁵.

Já no que se refere ao princípio da justiça tributária, a ideia é a de que quem possui mais deve pagar mais, e quem possui menos deve contribuir menos. O contribuinte deve sentir que, de fato, o poder estatal está recolhendo uma carga tributária justa e adequada às suas condições financeiras³⁶. No que concerne a esse princípio, é visualizado que ele é de extrema relevância no que diz respeito à tributação e gênero e à tributação dos produtos relacionados à economia do cuidado. Posto isso, a reforma tributária e as políticas fiscais precisam considerar questões de gênero e o impacto da tributação na redução da desigualdade de gênero.

Nesse diapasão, é inegável a excessiva oneração tributária das mulheres, denominada pela doutrina de *pink tax*, ou taxa rosa, nos produtos direcionados para o público feminino, que

33 GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 60, p. 1-14, jul./set. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12384>. Acesso em: 01 mai. 2024.

34 GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 60, p. 1-14, jul./set. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12384>. Acesso em: 01 mai. 2024.

35 GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 60, p. 1-14, jul./set. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12384>. Acesso em: 01 mai. 2024.

36 GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 60, p. 1-14, jul./set. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12384>. Acesso em: 01 mai. 2024.

aumentam a base de cálculo dos impostos e, conseqüentemente, contribuem para a sobrecarga de tributos imposta à população feminina.

A fim de ilustrar esse fenômeno, Ruediger³⁷ pontua que existe um sobrepreço sobre as versões de produtos destinados às mulheres pela influência do patriarcado e suas estratégias de marketing. A taxa rosa³⁸ não é propriamente uma taxa, apesar da denominação, é importante entender que o sobrepreço adicionado ao produto, simplesmente por ser destinado ao público feminino, gera uma maior arrecadação para o Estado, uma vez que eleva o valor daquela mercadoria, implicando em uma base de cálculo mais cara e, conseqüentemente, em um maior valor final do produto.

À guisa dessa perspectiva, é visualizado que tributação sobre o consumo atual onera, principalmente, as mulheres ao levar em consideração suas necessidades específicas e únicas que requerem o manejo de produtos ou serviços quase que exclusivamente destinados a elas, o que evidencia a progressividade do sistema tributário atual, além de que favorece para a discriminação de gênero. Tendo em vista essa conjuntura, rever a forma de tributação sobre a renda é fundamental para alcançar a justiça social e promover a igualdade de gênero e, não obstante, as alterações realizadas pela reforma que objetivam o princípio da justiça tributária, podem ser consideradas um meio de exteriorização e de concretização desses ideais.

Consoante aos estudos realizados por Tathiane Piscitelli³⁹, as mulheres brasileiras são duplamente penalizadas pelo sistema tributário por pagarem mais impostos desproporcionais devido à progressividade tributária, visto que os produtos consumidos, majoritariamente, por elas - como os de higiene menstrual, anticoncepcionais e bens relativos ao cuidado - são mais tributados.

No sistema tributário brasileiro, observam-se diferenças de tributação tanto em relação aos produtos femininos como absorventes, anticoncepcionais e dispositivos intrauterinos, quanto em relação àqueles ligados ao cuidado, tais como talcos, pomadas, fraldas infantis e geriátricas. Ambos estão sujeitos a alíquotas consideravelmente mais altas se comparados a produtos não essenciais voltados ao uso masculino ou tradicionalmente menos utilizados por mulheres. Como exemplo, cite-se que absorventes menstruais e anticoncepcionais são três vezes mais tributados que a camisinha masculina; e as bombas para amamentação são três vezes mais tributadas que bombas para pneus de carro.⁴⁰

Um avanço no que diz respeito a esse cenário, promovido pela reforma tributária, diz respeito à adoção da seletividade pela EC n.º 132/2023 em seu art. 9 com a inclusão dos artigos básicos de higiene menstrual no rol daqueles que podem ter alíquota reduzida em 60% ou até mesmo zerada. Nesse contexto, o art. 9, §11º aponta uma inovação com a previsão do impacto

37 RUEDIGER, Marco Aurélio. **Existe Taxa Rosa no Brasil?: Incidência da discriminação de gênero em produtos no varejo online**. FGV DAPP - Diretoria de Análise de Políticas Públicas.

38 RUEDIGER, Marco Aurélio. **Existe Taxa Rosa no Brasil?: Incidência da discriminação de gênero em produtos no varejo online**. FGV DAPP - Diretoria de Análise de Políticas Públicas.

39 PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas conseqüências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011. 289 p.

40 PISCITELLI, Tathiane; SOARES, Gabriela Marília Natividade. **Notas sobre o II Congresso Internacional de Tributação e Gênero: Políticas Fiscais e Sustentabilidade para a Igualdade de Gênero e Raça**. Revista Direito Tributário Atual v.56. p.816-832 São Paulo: IBDT, 1 quadrimestre 2024.

das políticas tributárias na redução da desigualdade de gênero, o que se revela de extrema relevância para o alcance de uma tributação justa que considere as questões de gênero e um avanço no combate à pobreza menstrual.

Esse cenário ainda se encontra em construção, visto que as regulamentações ainda estão sendo feitas mediante lei complementar, no que concerne às alíquotas pagas referentes a esses produtos, considerando as questões de gênero nesse processo de regulamentação para que a justiça social possa ser alcançada.

Outrossim, na implementação do *cashback* (a devolução do imposto pago) para as pessoas vulneráveis economicamente, deve-se considerar a situação das mulheres e, sobretudo, aquelas que estão preponderantemente encarregadas pelo trabalho do cuidado. Portanto, a fim de reverter esse quadro, medidas como a concessão de isenção de tributos sobre absorventes íntimos e demais produtos de cuidados menstruais, fraldas infantis e geriátricas, além de anti-concepcionais, são cruciais e precisam ser discutida em função da necessidade de assegurar a construção de uma sociedade mais igualitária, tanto da perspectiva social, quanto de gênero⁴¹.

Desse modo, a implementação da desoneração da cesta básica e *cashback* são políticas implementadas pela reforma, como meios para se alcançar a justiça social. O *cashback* é uma forma de devolver parte dos tributos pagos pelos contribuintes mais pobres, o que incluem as mulheres em situação de vulnerabilidade⁴². Essa mudança envolve a consideração da seletividade na tributação, à luz da essencialidade de produtos ligados à fisiologia feminina e ao trabalho de cuidado, como forma de reverter as distorções geradas pela regressividade da tributação sobre o consumo e as alíquotas desproporcionalmente altas sobre tais bens, além do atendimento ao princípio da capacidade contributiva.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao estudo traçado, foi evidenciado que a sistêmica rede de cuidados contribui, de fato, para a progressão da humanidade, sendo indispensável sua presença na estruturação do sistema econômico e social do país. No entanto, a literatura referenciada dispara que a divisão sexual do trabalho de cuidado, bem como as desigualdades de gênero no país, reforça a invisibilidade histórica conferida a essa força de trabalho, o que gera implicações sociais e financeiras dentre as mulheres que são responsabilizadas, unicamente, pelos cuidados no ambiente doméstico e familiar.

A sociedade não reconhece o trabalho doméstico, principalmente o realizado pelas mulheres no âmbito de suas famílias. É importante esclarecer que o cuidado é um trabalho, ainda que envolva afeto e amor. A sobrecarga do ofício que as mulheres estão expostas pelo fato das atividades domésticas não serem divididas adequadamente entre as famílias, muitas vezes pela determinação social desses trabalhos como papel da mulher, faz com que as mulheres tenham que dedicar grande parte de seu tempo a esses cuidados, e isso muitas vezes impede/dificulta

41 PISCITELLI, Tathiane; SOARES, Gabriela Marília Natividade. **Notas sobre o II Congresso Internacional de Tributação e Gênero: Políticas Fiscais e Sustentabilidade para a Igualdade de Gênero e Raça**. Revista Direito Tributário Atual v.56. p.816-832 São Paulo: IBDT, 1 quadrimestre 2024.

42 GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 60, p. 1-14, jul./set. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12384>. Acesso em: 01 mai. 2024.

que elas ocupem o mercado de trabalho, posições de poder e exerçam seus direitos em outros âmbitos das vidas como, por exemplo, a consolidação da sua trajetória profissional.

Perante isso, no que tange a esse tema, foi explicitado que a distinta capacidade financeira e contributiva entre essas mulheres em relação aos homens decorre da inobservância das garantias constitucionais que afirmam a isonomia entre os sexos nos diversos setores da sociedade, sobretudo quanto aos aspectos da consumação de produtos utilizados na manutenção dos lares brasileiros. Como fora evidenciado, a reforma tributária deve considerar: a avaliação, a longo prazo, dos efeitos de gênero dos seus impostos, com o fito reestruturar o seu sistema de arrecadação e torná-lo mais equânime com a redução da pobreza e a observância de padrões de Direitos Humanos, contribuindo a consolidação de um sistema de tributação que considere a interface de gênero nas alíquotas cobradas nesses produtos.

Dessa maneira, a reflexão feita visa despertar a urgência de debater a distribuição do trabalho de cuidado na sociedade brasileira, haja vista seus efeitos socioeconômicos, evidenciando que eles devem ser observados, também, em seus aspectos tributários a partir de novas discussões na Emenda Constitucional n.º 132/2023 anteriormente citada, a fim de promover, plenamente, o princípio da justiça tributária à luz da concepção da igualdade entre os gêneros e empoderar toda a classe feminina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Carolina de. **Tarefas domésticas e de cuidado são principal impedimento para mulheres jovens estudarem e trabalharem fora de casa.** Disponível em: <https://www.generonumero.media/reportagens/tarefas-domesticas-e-de-cuidado-sao-principal-impedimento-para-mulheres-jovens-estudarem-e-trabalharem-fora-de-casa/>. Acesso em: 10 maio 2024.
- BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**, v. I, II. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BUTLER, Judith P. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade.** 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CETRONE, Camila. **73 % das mulheres começam a fazer tarefas domésticas e de cuidado antes dos 14 anos; só 9% enxergam isso como trabalho.** Disponível em: <https://revistamarieclaire.globo.com/comportamento/noticia/2024/05/pesquisa-trabalho-domestico-e-do-cuidado-invisibilizacao-mulheres-dupla-jornada-economia.ghtml>. Acesso em: 10 maio 2024.
- DEL PRIORE, Mary L. M. Brasil Colonial: um caso de famílias no feminino plural. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, n. 91, p. 69-75, nov. 1994.
- DYNIOWICZ, Luciana. **Diferença salarial entre homens e mulheres vai a 22%, diz IBGE.** CNN Brasil, São Paulo, 8 mar. 2023. Disponível em: [Diferença salarial entre homens e mulheres vai a 22%, diz IBGE | CNN Brasil](#). Acesso em: 10 maio 2024.
- FEDERICI, Silvia. **O patriarcado do salário: notas sobre Marx, gênero e feminismo.** São Paulo: Boitempo, 2021.
- FRASER, Nancy. Contradições entre capital e cuidado. **Princípios**, Natal, v. 27, n. 53, 261-288, maio/ago. 2020.
- GOBETTI, Sérgio Wulff; MONTEIRO, Priscila Kaiser. Impactos redistributivos da reforma tributária: estimativas atualizadas. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 60, p. 1-14, jul./set. 2023. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/12384>. Acesso em: 01 mai. 2024.
- HIRATA, Helena. O trabalho de cuidado: comparando Brasil, França e Japão. **Sur**, São Paulo, v. 13, n. 24, p. 53-63, 2016.
- JOSHI, Anuradha. Tax and Gender in Developing Countries: What are the Issues? **Summary Brief**, Brighton, n. 6, p. 1-8, feb. 2017.
- LAHEY, Kathleen A. **Gender, Taxation and Equality in Developing Countries: Issues and Policy Recommendations.** [s.l.]: UN WOMEN, 2018.
- MACHADO, Luiza. **Tributação e desigualdade de gênero e raça: vieses de gênero na tributação sobre produtos ligados ao trabalho de cuidado e à fisiologia feminina.** 2023. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2023.
- MASSUELLA, Luana; SAKATE, Marcelo; BRIDI, Carla. **Mulheres pretas são as mais responsáveis por afazeres domésticos, segundo IBGE.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/mulheres-pretas-sao-as-mais-responsaveis-por-afazeres-domesticos-segundo-ibge/>. Acesso em: 9 maio 2024.
- MENGARDO, Bárbara. **De absorvente a talco, produtos adquiridos por mulheres têm tributação elevada.** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-barbara-mengardo/de-absorvente-a-talco-produtos-adquiridos-por-mulheres-tem-tributacao-elevada-21062023?non-beta=1>. Acesso em: 10 maio 2024.
- MINISTÉRIO DAS MULHERES. **Relatório Anual Socioeconômico da Mulher.** Brasília: Ministério das Mulheres, 2024.

- MOLINIER, Pascale. O ódio e o amor, caixa preta do feminismo? Uma crítica da ética do devotamento. **Psicologia em Revista**, Belo Horizonte, v. 10, n. 16, p. 227-242, dez. 2004.
- MOURA, Bruno de Freitas. **Desemprego de mulheres e negros termina 2023 acima da média nacional**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2024-02/desemprego-de-mulheres-e-negros-termina-2023-acima-da-media-nacional#:~:text=A%20taxa%20de%20desocupa%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20dos%20homens%2C%206%25>. Acesso em: 9 maio 2024.
- NASCIMENTO, Beatriz. A mulher negra no mercado de trabalho. In: BUARQUE, Heloísa. (org.). **Interseccionalidades: pioneiras do feminismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019.
- PISCITELLI, Tathiane dos Santos. **Argumentando pelas consequências no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2011.
- PISCITELLI, Tathiane; SOARES, Gabriela Marília Natividade. **Notas sobre o II Congresso Internacional de Tributação e Gênero: Políticas Fiscais e Sustentabilidade para a Igualdade de Gênero e Raça**. Revista Direito Tributário Atual v.56. p.816-832 São Paulo: IBDT, 1 quadrimestre 2024.
- REINHOLZ, Fabiana. **Após 132 anos da abolição, Brasil ainda não fez a devida reparação da escravidão**. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/05/13/apos-132-anos-da-abolicao-brasil-ainda-nao-fez-a-devida-reparacao-da-escravidao>. Acesso em: 9 maio 2024.
- RUEDIGER, Marco Aurélio. **Existe Taxa Rosa no Brasil?: Incidência da discriminação de gênero em produtos no varejo online**. FGV DAPP - Diretoria de Análise de Políticas Públicas.
- THINK OLGA. **Esgotadas: o empobrecimento, a sobrecarga de cuidado e o sofrimento psíquico das mulheres**. Disponível em: <https://lab.thinkolga.com/wp-content/uploads/2023/08/LAB-Think-Olga-Esgotadas.pdf>. Acesso em: 10 maio 2024.
- TRABALHO de cuidado: uma questão também econômica. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/blog/trabalho-de-cuidado-uma-questao-tambem-economica/>. Acesso em: 09 mai. 2024.
- VIECELI, Cristina Pereira; AVILA, Róber Iturriet. **Tributação e desigualdade de gênero e classe no Brasil**. São Paulo: Instituto Justiça Fiscal, 2023.

DIREITOS AMBIENTAIS E DIREITOS TRABALHISTAS NA COMUNIDADE DE PESCADORES DA RAPOSA

ENVIRONMENT RIGHTS AND LABOR RIGHTS IN RAPOSA'S FISHERMEN COMMUNITY

Lara Castelo Branco Gedeon¹

Marcos Paulo Soares Pestana²

Michele Reis Batista³

Rafaela Bogéa Santos Oliveira⁴

RESUMO: Trata da comunidade de pescadores artesanais do município da Raposa e de como os direitos ambientais e trabalhistas se apresentam nesse contexto. Tem por objetivos traçar uma análise antropológica da comunidade e verificar a garantia de seus direitos. A metodologia baseou-se em pesquisa bibliográfica e de campo, por meio da visita ao local e da interação com os moradores. Diante do estudo, observou-se a forte relação da cultura com a economia de pesca e a carência da atuação judiciária na comunidade.

Palavras-chave: Pescadores Artesanais da Raposa; Antropologia; Direitos Ambientais; Direitos Trabalhistas.

ABSTRACT: This study focuses on the community of artisanal fishermen in the municipality of Raposa and how environmental and labor rights manifest in this context. Its objectives are to conduct an anthropological analysis of the community and assess the guarantee of their rights. The methodology was based on bibliographic research and fieldwork, including visiting the location and interacting with the residents. Through the study, a strong relationship between culture and the fishing economy was observed, as well as a lack of judicial intervention in the community.

Keywords: Raposa artisanal fishermen; Anthropology; Environmental Rights; Labor Rights.

1 É Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Membro do Grupo de Pesquisa em Natureza, Direito e Sociedade (GPDNES). Membro do Programa de Educação Tutorial (PET/DIREITO/UFMA) Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6061953457090427>. E-mail para contato: lara.gedeon@discente.ufma.br.

2 É Bacharelando em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Foi monitor na disciplina de Direito Civil I - Parte Geral, DDIR/UFMA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2244820824435972>. E-mail para contato: mps.pestana@discente.ufma.br.

3 É Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Foi diretora de marketing na Empresa Júnior de Direito da Universidade Federal do Maranhão (IUS - Grupo de Extensão). Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/441436928820185>. E-mail para contato: michele.reis@discente.ufma.br.

4 É Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Membro do Núcleo de Estudos em Direito, Identidade e Cidadania da Universidade Federal do Maranhão. Foi Monitora nas disciplinas de Hermenêutica Jurídica e Ciência Política e Estado, DDIR/UFMA. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9463972250581999>, E-mail para contato: rafaela.bogea@discente.ufma.br.

1 INTRODUÇÃO

Localizado na zona costeira estuarina da ilha de São Luís, o município da Raposa é detentor de uma das comunidades pesqueiras mais antigas do estado do Maranhão. Na comunidade da Raposa, a pesca artesanal é fonte de renda e o sustento da maioria das famílias e é evidente a importância e influência dessa atividade no aspecto social, cultural, econômico e ecológico do município. Ademais, percebe-se o abandono e o descaso estatal na comunidade que é constantemente acometida pela negligência do poder público. Por conta disso, torna-se essencial uma pesquisa acerca da situação desses trabalhadores e de seus direitos.

A pesca artesanal caracteriza-se como um regime produtivo extrativista de subsistência, com emprego de embarcações de pequeno e médio porte e equipamentos com pouca ou nenhuma sofisticação. Na Raposa a pesca possui, em muitos dos casos, um caráter familiar em que o ofício é passado de geração a geração, o que possibilita a conservação das técnicas e métodos utilizados na pesca. Na perspectiva de Pena⁵:

A pesca artesanal baseia-se em conhecimentos empíricos, adquiridos em família e transmitidos aos demais membros pelos mais velhos da comunidade. Resultando de uma atividade produtiva de caráter individual, com baixa divisão técnica, em que o artesão, em geral, é o proprietário dos seus instrumentos de trabalho, e sobrevive da venda do produto do seu trabalho. (Pena, 2011, p. 12)

O ofício da pesca artesanal, considerado um trabalho inferior pelo olhar da sociedade contemporânea e vítima permanentemente da desvalorização e marginalização dos indivíduos e do Estado, sofre com a perda e falta da garantia e efetivação dos direitos propostos na Constituição Federal Brasileira de 1988⁶, pois, observa-se na prática a ineficiência do governo em assegurar os direitos ambientais e os direitos trabalhistas na comunidade da Raposa.

Muitos dos cidadãos da região permanecem sem a garantia de seus direitos, como a garantia do seguro defeso (auxílio fornecido aos pescadores para cessar a atividade durante o período de reprodução de determinadas espécies), pois, apesar do município contar com uma Colônia de Pescadores (órgão responsável por assegurar os direitos e a plenitude do ofício), grande parte dos indivíduos não pode usufruir desses direitos devido a uma excessiva burocratização para a aquisição do auxílio, causando a desistência e acentuando a desvalorização dessa parcela da sociedade. Seguindo a visão Berlinguer⁷, diante das intensas alterações na concepção e no modo de viver do mundo atual, “os trabalhadores vão adquirindo uma crescente consciência do nexos existente entre ambiente e saúde, da ligação entre dois fenômenos concomitantes: a degradação da natureza e a exploração do homem”.

Ademais, no município, percebe-se o abandono estatal na manutenção do espaço público, a intensa poluição vinculada ao saneamento básico precário, que possibilita visualizar o descaso e a ineficácia do poder público na garantia dos Direitos Ambientais e, também, se-

5 PENA, P. G. L. **Programa de prevenção de riscos ocupacionais em pescadores e marisqueiras de comunidades pesqueiras da Baía de Todos os Santos**. FORMULÁRIO-SÍNTESE DA PROPOSTA – SIGProj EDITAL PROEXT 2011, 2011.

6 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225#:~:text=Do%20Meio%20Ambiente-,Art.,as%20presentes%20e%20futuras%20gera%C3%A7%C3%B5es>.

7 BERLINGUER, G. **Medicina e Política**. 3. ed. trad. por Bruno Giuliani. São Paulo: Hucitec, 1987, p. 70.

gundo Alves⁸, a presença de trabalho infantil decorrente da falta de fiscalização, muitas vezes, executado pela necessidade de ajudar financeiramente a família.

Diante desse cenário, surge, portanto, o seguinte problema de pesquisa: há a garantia dos direitos ambientais e dos direitos trabalhistas na comunidade da Raposa?

Para a realização do estudo, foi definido, como objetivo geral, estabelecer um panorama geral sobre a situação em que as comunidades de pescadores que vivem no cais da Raposa se encontram e acerca da negligência dos poderes judiciário e legislativo em garantir os direitos desses cidadãos, e como objetivos específicos:

- a. verificar, por meio do diálogo com a comunidade, o modo de vida e se há, na prática, a garantia dos direitos dos pescadores da Raposa;
- b. investigar, do ponto de vista antropológico, a relação da sociedade local com sua atividade econômica (a pesca artesanal) e como a violação de direitos ambientais afeta essa relação;
- c. analisar as violações de direitos trabalhistas no local e seus impactos para a comunidade;
- d. compreender os mecanismos do judiciário para lidar com a ameaça à estabilidade desses povos dentro do contexto de violação ambiental e trabalhista.

A pesquisa etnográfica foi desenvolvida com base em uma metodologia de pesquisa de campo, por meio da visita à comunidade de pescadores do cais da Raposa e de entrevistas com pescadores dessa região. Em suma, a pesquisa é referente à comunidade da Raposa e aborda, especificamente, a garantia dos Direitos Ambientais e dos Direitos Trabalhistas, o abandono e negligência do poder público, aspectos socioculturais, e, também, a visão antropológica.

A pesquisa etnográfica está estruturada em revisões literárias sobre a análise antropológica acerca da pesquisa de campo; a incidência jurídica na comunidade dos pescadores; Direitos Ambientais; Direitos Trabalhistas; estrutura do cais e o abandono estatal; e a conclusão.

2. ANÁLISE ANTROPOLÓGICA ACERCA DA PESQUISA DE CAMPO

Em primeiro lugar, torna-se evidente que, através das pesquisas de campo realizadas, busca-se esclarecer, em aspectos antropológicos, o processo e as conclusões retiradas do estudo. Nessa perspectiva, é necessário destacar o pensamento do antropólogo Boas⁹, que tece uma crítica ao método comparativo da antropologia estabelecido pelos evolucionistas do século XVIII. Tal método limitava o estudo antropológico a uma comparação das estruturas sociais com as instituições ocidentais às quais o pesquisador pertencia. Ainda segundo Boas¹⁰, esse método prejudicava o entendimento completo da sociedade estudada, tendo em vista que essa maneira de pesquisa é prejudicial à apreensão de características próprias da comunidade em questão, que diferem das instituições clássicas ocidentais.

8 ALVES, J. S. L. **Erradicação do Trabalho Infantil: Possibilidades**, s.d. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/erradicacao-do-trabalho-infantil-possibilidades/561376252>. Acesso em: 8 ago 2024.

9 BOAS, Franz. As limitações do método comparativo. In: CASTRO, Celso (org.). **Antropologia Cultural**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

10 Idem.

Além disso, Malinowski¹¹ afirma, sobre o papel do etnógrafo, que “seria fácil citar obras de grande reputação e de cunho científico reconhecido, em que somos confrontados com generalizações por atacado, sem qualquer informação relativa às experiências que conduziram os autores às suas conclusões”. E, ainda, por Malinowski¹²:

Na Etnografia, a distância entre o material informativo bruto - tal como se apresenta ao investigador nas suas observações, nas declarações dos nativos, no caleidoscópio da vida tribal - e a apresentação final confirmada dos resultados é, frequentemente, enorme. O Etnógrafo tem que salvar essa distância de anos laboriosos, entre o momento em que desembarca numa ilha nativa e faz as suas primeiras tentativas para entrar em contato com os nativos e o período em que escreve a sua versão final dos resultados. (Malinowski, 1978, p. 19).

Diante disso, nota-se, pelo pensamento dos dois autores, uma necessidade de uma pesquisa etnográfica que seja pautada na pesquisa de campo e em uma espécie de “imersão” na cultura estudada, assim como uma tentativa de abandonar o método comparativo e, portanto, uma visão etnocêntrica que surge com facilidade no estudo antropológico. Prova disso, é que Malinowski¹³ confirma, ainda, que o papel do etnógrafo deve ser, entre outros, o de “viver efetivamente entre os nativos, longe de outros homens brancos”. Portanto, buscou-se, ao conhecer a comunidade de pescadores da Raposa, seguir os princípios estabelecidos por Boas e por Malinowski na pesquisa de campo.

Ademais, ao realizar o contato com a população, buscou-se analisar o grupo no máximo de aspectos possíveis. Dessarte, quando se estudou a comunidade dos pescadores da Raposa, foram observados os costumes, as condições de vida e a cultura da comunidade, além de seu ofício. Tendo isso em vista, a pesquisa de campo foi realizada da seguinte maneira: os autores (todos) locomoveram-se, no dia 13/06/2023, por volta das 14 horas, até o Cais da Raposa, localidade da comunidade na qual concentram-se a maior parte das atividades de pesca e comércio.

Após isso, partiu-se à observação do local, tomando anotações. Observou-se a estrutura do comércio local, a distribuição geográfica dos vendedores de peixe e as condições gerais do local. Em seguida, foram realizadas as entrevistas com os pescadores do local, com perguntas previamente selecionadas, não limitando as entrevistas a estas apenas, no entanto. Não houve qualquer escolha prévia do espaço amostral no qual seria realizada a pesquisa, tendo em vista que o objetivo era uma análise qualitativa e descritiva das experiências dos trabalhadores locais, não propriamente dados numéricos. Diante disso, foram realizadas entrevistas com quatro pescadores diferentes, com o intuito de conhecer, pela perspectiva dos próprios moradores da comunidade, as condições de pesca, as mudanças ocorridas no local e a tradicionalidade e a ligação ancestral com a atividade da pesca artesanal.

Nesse contexto, notou-se que a comunidade dos pescadores é extremamente ligada ao ambiente em que se encontra, seja de maneira econômica, seja de maneira social e cultural. Em

11 MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental**: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanésia. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 18.

12 MALINOWSKI, 1978, p. 19.

13 Ibid., p. 21.

entrevistas com moradores e trabalhadores locais, ficou evidente uma forte relação socioeconômica do ambiente disponível para esses cidadãos com seus hábitos sociais.

Ainda sob a perspectiva econômica, observou-se uma dependência de atividades como a pesca artesanal do peixe e do camarão, mas ligadas também ao comércio local e à atividade das artesãs rendeiras, tendo em vista que muitos trabalhadores alocaram-se na região devido ao trabalho de mães ou esposas que trabalham com a fabricação de redes. Por exemplo, segundo o próprio morador; “[...] eu vim pra cá porque minha mãe trabalhava com artesanato. Depois vim pra cá. Ela era rendeira”.¹⁴

Do ponto de vista sociológico, a economia da pesca artesanal representa uma cultura marcada pela maritimidade, que é construída pela intensa relação desses cidadãos com o ambiente em que se encontram. Sobre isso, verifica-se uma construção histórica, social e quase religiosa da relação com o mar, assim como ocorre em diversas comunidades marítimas. Explica Diegues¹⁵:

Essa atração está radicada nas lembranças do mar como meio primordial da vida, à semelhança do útero materno e seus líquidos para o qual o ser humano gostaria de voltar. Na própria constituição do ser humano, cada um de nós começa sua vida individual no oceano reduzido da matriz maternal, repetindo nos diferentes estágios do desenvolvimento embrionário as etapas pelas quais a espécie evoluiu. De fato, em várias mitologias, como a egípcia e a hindu, o mar está associado à origem da vida (DIEGUES, 1989, p. 60).

Diante disso, percebe-se que uma característica essencial de se considerar ao estudar os pescadores da Raposa é sua relação com o ambiente e o ofício da pesca artesanal como algo cultural e ancestral. A pesca artesanal deve ser entendida nesse contexto, então, como uma atividade não apenas de cunho econômico, mas como também uma expressão cultural, social e histórica da comunidade em questão. Segundo Afonso-Dias¹⁶, apesar da agricultura e da pesca terem sido nascidas quase ao mesmo tempo como atividade humana no Paleolítico, a pesca (principalmente em sua forma artesanal praticada em comunidades como a do Cais da Raposa) permanece com métodos e ferramentas similares.

É nítida, então, uma hereditariedade da profissão, pautada na conservação de técnicas, no uso de instrumentos tradicionais e no ensino para as gerações seguintes. Um exemplo disso encontra-se em uma das diversas entrevistas realizadas durante o trabalho etnográfico:

– Como o senhor aprendeu esse ofício?

Pescador 3: comecei a pescar com meu pai, meu pai era pescador.

– **A sua família tem outros pescadores?**

Pescador 3: meu avô era pescador, meus pais, meus tios.

– **Ainda são utilizadas as mesmas técnicas, são as mesmas desde o passado ou houve alguma mudança?**

Pescador 3: é, a gente trabalha com rede. Mas também tem outros tipos de pescaria, com rede maior, menor.

14 PESCADOR 2 - Apêndice 1, 2023.

15 DIEGUES, Antonio Carlos. **Ilhas e mares:** simbolismo e imaginário. 1. ed. [s. l.]: Hucitec, 1989, p. 60.

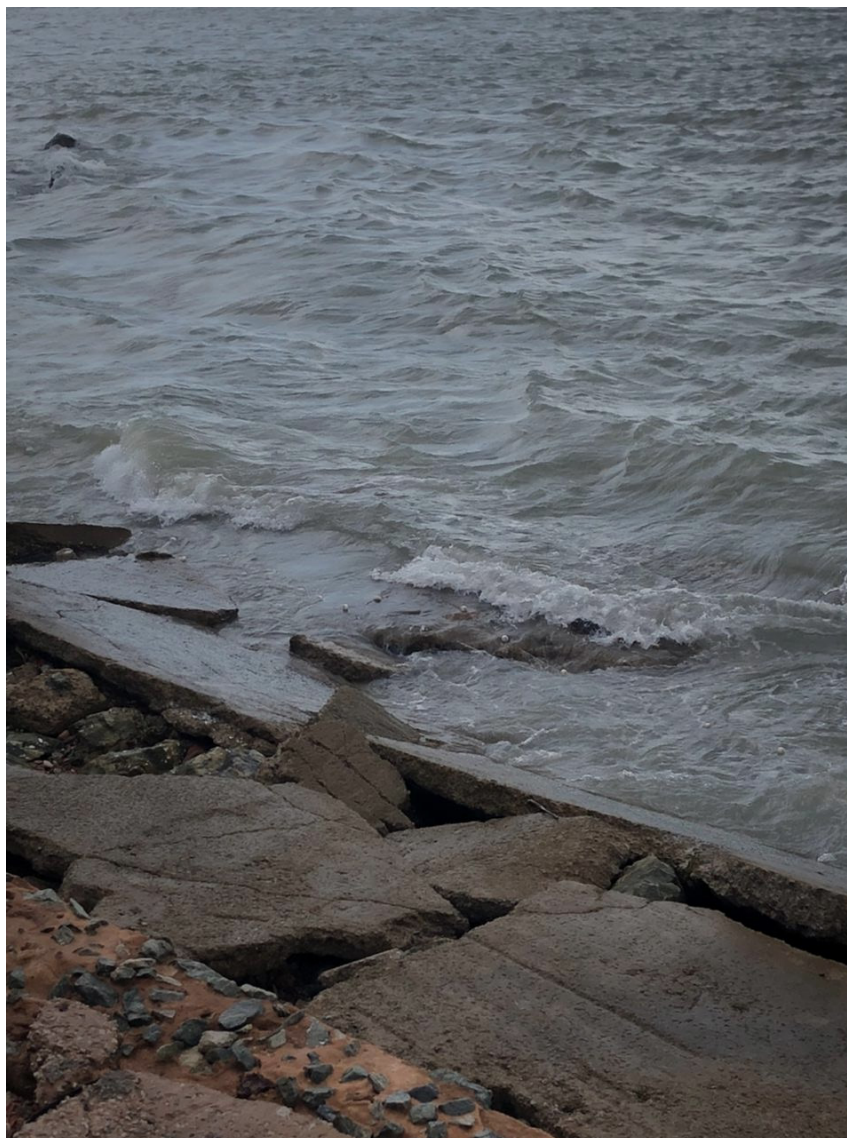
16 AFONSO-DIAS, Manuel. **Breves notas sobre a história da pesca, Algarve, Portugal.** In: **Pescas e Aquicultura**, 2007. Disponível em: <http://www.academico.uema.br/DOWNLOAD/BrevesNotasHistoriaPesca.pdf> . Acesso em: 26 jun 2023.

– Sentiu que esse tipo de rede foi mudando desde que o senhor começou a pescar até hoje em dia?

Pescador 3: não, são usadas as mesmas.¹⁷

Nessa perspectiva, faz-se necessária, sob a luz sociológica, uma análise dos materiais e técnicas utilizadas pelos pescadores. Segundo Silva¹⁸, “conhecer as trajetórias e os aspectos de como o ser humano manuseia a rede de pesca é redescobrir processos e relações culturais que estão intrínsecos em suas práticas, refletindo como os moradores das comunidades atribuem sentido às artes de pesca”. Assim, torna-se essencial estudar o ofício dos pescadores para compreender a comunidade estudada. No relato supracitado do pescador chamado Pescador 3¹⁹, por exemplo, torna-se marcante a preservação dos meios de trabalho e dos materiais utilizados, como as redes artesanais (fig. 1) e os barcos artesanais (fig. 2).

Figura 1 — Técnica tradicional de pesca em rede utilizada pelos pescadores.



Fonte: autores.

17 PESCADOR 3 - Apêndice 1, 2023.

18 SILVA, Patrick, *et. al.* Estudo das artes de pesca atreladas às tradições da comunidade do porto histórico de São Mateus, Espírito Santo, Brasil. *In: Mares: revista de Geografia e Etnociências*. v. 2. n. 2. [s. l.]. Disponível em: <http://revistamares.com.br/index.php/files/article/view/82> . Acesso em: 27 jun 2023, p. 43.

19 PESCADOR 3, Idem.

Figura 2 — Barco Artesanal utilizado para pesca.



Fonte: autores.

Por fim, é mister salientar como a comunidade relaciona-se entre si e com os externos. Nesse viés, é justo citar uma forma de troca conhecida como “*Kula*”, estudado por Malinowski²⁰ em “Argonautas do Pacífico Ocidental”. Tal sistema de troca de braceletes e colares era baseado na reciprocidade e realizado de forma inter-tribal, com a entrega de presentes de forma circular. Esses presentes, entretanto, não exerciam uma função objetiva, e sim representavam a troca e a reciprocidade entre os membros. Dessa forma, quando se compara o sistema estudado pelo antropólogo com as trocas culturais ocorridas no contexto atual da comunidade de pescadores da Raposa, é possível construir uma relação de paralelismo. De forma análoga ao *Kula* de Malinowski, pode-se afirmar que a comunidade da Raposa pratica um tipo de troca semelhante, ao passo em que, por meio do comércio do peixe, no próprio cais, estimula-se a harmonia entre pescadores, barqueiros, moradores e rendeiras.

Ademais, o comércio do cais se torna uma forma de integração e de interação social, no qual pessoas de dentro e de fora da comunidade realizam suas comunicações e as transações necessárias para a continuidade de uma coesão social e de uma reciprocidade de obrigações entre os participantes. Logo, nota-se que o próprio ofício é de extrema importância para a troca

20 MALINOWSKI, 1978.

cultural e social dessa comunidade, se tornando ponto fundamental de suas relações econômicas, sociais e culturais. Em suma²¹,

As práticas socioculturais dos pescadores dão às comunidades pesqueiras características identitárias, pois passam a ser uma das dimensões da vida social destes trabalhadores, um espaço de crenças, mitos e utopias, e adquirem valor simbólico e material para a reprodução da condição humana dos pescadores. (SILVA, 2020).

3. A INCIDÊNCIA JURÍDICA NA COMUNIDADE DOS PESCADORES

No tópico em questão será tratada a efetividade das garantias legais na vivência dos pescadores artesanais da Raposa. Nesse aspecto, focando, principalmente, na garantia de direitos ambientais e direitos trabalhistas. Ambas as áreas se encontram em contínua decadência e permanecem a falhar com os moradores do município maranhense em questão.

3.1. DIREITOS AMBIENTAIS

Primeiramente, destaca-se o trabalho raso e pouco eficaz do governo do Estado ao se tratar da preservação ambiental dos meios naturais. Apesar da Constituição Federal – promulgada em 1988²² e vislumbrada como lei de hierarquia maior em relação a todas as outras – garantir em seu código a proteção da natureza, no cenário moderno, isso não é cumprido de forma efetiva. Concomitante a isso, no Maranhão, o governo é incapaz de manter o meio ambiente em sua forma plena, o que acarreta o aumento da poluição que, portanto, afeta os pescadores artesanais e o seu trabalho.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (Brasil, 1988).

A vila de pescadores da Raposa é rodeada por casas onde residem os moradores locais e, aqueles os quais exercem a pesca, encontram-se majoritariamente no Cais da Raposa. Durante a execução desse projeto, a visita feita ao local supracitado foi de suma importância para revelar o descaso deixado pela região: o aumento da poluição na área é tanto que a quantidade de peixes diminuiu. Esse cenário afeta diretamente a renda dos moradores da Raposa e até mesmo impacta na elevação dos preços do mercado de peixe para todas as regiões adjacentes.

Em entrevista, o pescador artesanal Pescador 4²³ expôs sua frustração com a quantidade de plástico presente no mar. Ao ver do trabalhador, vindo de Tutóia durante sua infância, a quantidade de lixo na região teve uma crescente significativa e a poluição está sendo extremamente maléfica ao “destruir o meio ambiente”. Tal posicionamento diz muito sobre as condições atuais do Cais da Raposa, haja vista a falta de interesse governamental em tomar alguma atitude em relação ao lixo jogado diretamente do esgoto no mar e no mangue em resultado da falta de saneamento básico da região.

21 SILVA, 2020.

22 BRASIL, 1988.

23 PESCADOR 4 - Apêndice 1, 2023.

Além das impressões e das experiências dos pescadores da região, são constantes as pesquisas que demonstram uma crescente poluição da região principalmente a partir da década de 1990. Um exemplo claro de como a poluição marítima está cada vez mais presente é a presença de bactérias do gênero *Vibrio* no local, evidenciada por Rodrigues²⁴, que investigou a presença desse gênero em pescadores da região:

Dos 50 pescadores, foram isolados e identificados 21 indivíduos portadores de *Vibrio*, com predominância de *V. alginolyticus*, seguido de *V. parahaemolyticus* e de *V. cholerae* não O1, conforme demonstrado na Tabela 1. Em 5 indivíduos, houve associação entre estas espécies, sendo: *V. parahaemolyticus* e *V. alginolyticus* em quatro indivíduos e *V. alginolyticus* e *V. cholerae* não O1, em um indivíduo.

Esses dados foram obtidos por meio da investigação da presença dessas bactérias em ferimentos dos pescadores da região e os autores ressaltaram ainda os prejuízos causados por infecções dessa bactéria e de outras também encontradas no estudo.

“[Os moradores] jogam [o lixo] no mangue, jogam no mar. E nós aqui não tem saneamento básico também. Aí é tudo mangue”. A fala do Pescador 2²⁵, um dos pescadores da Raposa, confirma a precária situação em que os moradores locais vivem. Além da vida sem o mínimo necessário para sobrevivência — uma rede de saneamento confiável e que supra as necessidades da população —, essa conjuntura contribui para fenômenos como a eutrofização, a qual cria, na água, uma camada de seres decorrentes do lixo e acaba com o oxigênio presente na área, matando os peixes e qualquer outro ser vivo que esteja por perto. A consequência de todo esse empecilho? A pesca diminui e os trabalhadores são obrigados a aumentar o preço de seus produtos para manter uma renda mínima essencial para sua sobrevivência.

O crescimento populacional da Raposa impulsionou no avanço da cidade em direção ao manguezal e ao mar, aumentando a quantidade de palafitas, colocação do lixo e despejo de esgoto doméstico em área de preservação permanente, a coleta de lixo existente no município é precária, ocasionando a criação de lixões a céu aberto [...]. (FERREIRA *et al.*, 2014, p. 5).²⁶

Logo, a ausência de políticas públicas que efetivamente tomem partido em prol do bem-estar do cidadão raposense se faz presente de forma escrachada. Esse descaso por parte do governo intensifica a situação de abandono estatal em que se encontram os pescadores da Raposa, afetando diretamente o contexto ambiental no qual os moradores estão inseridos e danificando cada vez mais o local fornecedor do seu sustento. Esse cenário foi tido como problemática central do projeto.

24 RODRIGUES, Sther Marie de Aguiar; GONÇALVES, Eloisa da Graça de Rosário; MELLO, Débora Medeiros; OLIVEIRA, Euripedes Gomes de; HOFER, Ernesto. Pesquisa de bactérias do gênero *Vibrio* em feridas cutâneas de pescadores do município de Raposa - MA. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsbmt/a/SnYp859wqmpRtN48GmzHdBp/?lang=pt#:~:text=O%20estudo%20foi%20realizado%20com,de%20transporte%20de%20Cary%2DBlair>. Acesso em: 7 ago. 2024.

25 PESCADOR 2 - Apêndice 1, 2023.

26 FERREIRA, I. de S. *et al.* O município de Raposa-MA: do abandono ambiental às perspectivas de crescimento econômico e turístico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GEÓGRAFOS, 7., 2014, Vitória. **Anais eletrônicos** [...]. Vitória: AGB. Disponível em: http://www.cbg2014.agb.org.br/resources/anais/1/1404340937_ARQUIVO_TrabalhosobremunicipiodeRaposa-MA.pdf. Acesso em: 22 jun 2023.

3.2. DIREITOS TRABALHISTAS

Tal qual os Direitos Ambientais, os Direitos Trabalhistas também não chegam perto de serem assegurados pelo governo do Maranhão. No que tange à políticas públicas do Estado brasileiro e do governo do Maranhão, apesar de existência de leis e projetos visando a proteção dos pescadores, tais como a Lei Federal n.º 10.779/2003²⁷, que dispõe sobre o seguro desemprego durante o período de defeso para pescadores profissionais que exercem a atividade pesqueira de modo artesanal, popularmente conhecida pelos pescadores como “seguro defeso”, foi constatado, durante a pesquisa de campo, uma deficitária promoção desse direito na comunidade de pescadores da Raposa.

Para além da comunidade, em outras partes do país, em janeiro de 2024, os pescadores profissionais do sul de Minas Gerais alegaram a falta do pagamento do seguro defeso durante a Piracema²⁸, o que deixa claro o descaso do poder público em garantir os direitos assegurados em lei. Além disso, no que concerne às ações do governo do Maranhão, há a Lei Estadual n.º 10.757/2017²⁹, a qual aborda o “Programa Mais Produção e Abastecimento”, fixado em lei para garantir a otimização da produção agropecuária, que inclui a pesca. Ademais, é imprescindível destacar a importância da Colônia de Pescadores nas comunidades pesqueiras, tendo em vista que essa entidade é reconhecida pela Lei Federal n.º 11.699/2008³⁰, como órgão de classe dos trabalhadores do setor artesanal de pesca.

Entretanto, mesmo com dispositivos federais e estaduais de plena validade, a eficácia não é contemplada na prática. Apesar da comunidade de pescadores possuir um órgão responsável por lidar com a recepção de seus direitos e reivindicar as necessidades dos pescadores, a Colônia de Pescadores, sozinha, não é suficiente para assegurar todos os direitos, pois é necessária uma cooperação junto a outros órgãos governamentais. Tal conjuntura reforça as dificuldades trabalhistas sofridas por essa parcela da população. Na realidade, a visão que se tem da Colônia de Pescadores da Raposa através de depoimento dos pescadores da região, é que essa entidade exerce função de dispositivo fantasma que não urge para a contemplação do propósito de sua gênese.

Em primeira partida, destaca-se a má distribuição do seguro durante a época na qual é proibida a pesca de camarão. Nesse período – chamado de defeso – há a reprodução dessa espécie e a sua pesca é temporariamente proibida. Para que não haja prejuízo dos pescadores, o Estado cede uma determinada quantia que supra a teórica venda dos camarões, ou seja, o

27 BRASIL. Lei n.º 10.799, de 25 de novembro de 2003. Dispõe sobre a concessão de seguro-desemprego durante o período de defeso ao pescador que exerce a atividade pesqueira de forma artesanal. **Presidente da República**, Brasília, DF, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.779compilado.htm#:~:text=LEI%20No%2010.779%2C%20DE%2025%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20concess%C3%A3o%20do,atividade%20pesqueira%20de%20forma%20artesanal. Acesso em: 8 ago. 2024.

28 EPTV 2. **Pescadores profissionais do Sul de MG alegam falta de pagamento do seguro-defeso durante a piracema**. G1, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/mg/sul-de-minas/noticia/2024/01/12/pescadores-profissionais-do-sul-de-mg-alegam-falta-de-pagamento-do-seguro-defeso-durante-a-piracema.ghtml>. Acesso em: 8 ago. 2024.

29 MARANHÃO. Secretaria de Estado da Fazenda. Portaria n.º 318, de 04 de julho de 2019. Altera o Anexo 1.0 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 19.714, de 10 de julho de 2003. **Governador do Estado do Maranhão**, São Luís, Maranhão, 2017. Disponível em: <https://sistemas1.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/files?codigo=11509>. Acesso em: 8 ago. 2024.

30 BRASIL. Lei n.º 11.699, de 13 de junho de 2009. Altera o art. 1.233-A da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e dá outras providências. **Presidente da República**, Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111699.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.

seguro. Contudo, durante a pesquisa de campo no Cais da Raposa, foi-se descoberto que muitos dos pescadores locais não recebem essa quantia e mesmo os que recebem alertam que ela não é suficiente para se manter financeiramente de maneira digna sem a captura do camarão. De acordo com dados do relatório de 2017 do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) sobre a regularidade dos pagamentos do seguro defeso ao pescador artesanal, no Maranhão, cerca de 78,23% dos pescadores receberam o seguro defeso de forma indevida³¹ e, no município da Raposa, esse número chegou aos 75%³².

Figura 3 — Colônia dos Pescadores; sede responsável por reivindicar os direitos dos pescadores da Raposa.



Fonte: autores, 2023.

Nesse contexto, há a falha das instituições públicas na distribuição do seguro e, ao conversar com os moradores, descobriu-se que esse erro se expande para as fiscalizações inexistentes. Mesmo durante o período de defeso, não existe nenhuma fiscalização governamental na área. Desse modo, unindo o seguro baixo e/ou ausente com a falta de vigilância, apenas um resultado é possível: a pesca não cessa em momento algum. Sobre a situação, diz o Pescador 1³³:

[A pesca] continua, porque é tipo assim... vai fiscalizar todo mundo, mas não é todo mundo que recebe. E aí a maioria das pessoas que recebe... no meu caso, eu, eu não sou daqui e já trabalhei um tempo de carteira assinada, aí a gente vai lá e eles dizem que não tem direito [ao seguro], aí a gente não corre atrás, fica aqui

31 EMIR, A. **Mais de 78% dos benefícios do seguro defeso no Maranhão são pagos de forma irregular, diz CGU.** Maranhão Hoje, 2017. Disponível em: [https://maranhahoje.com/mais-de-78-dos-beneficios-do-seguro-defeso-no-maranhao-sao-pagos-de-forma-irregular/#:~:text=CGU%20%7C%20Maranh%C3%A3o%20Hoje-,Mais%20de%2078%25%20dos%20benef%C3%ADcios%20do%20seguro%20defeso%20no%20Maranh%C3%A3o,de%20forma%20irregular%2C%20diz%20CGU&text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Transpar%C3%Aancia%20e,Pescador%20Artesanal%20\(Seguro%20Defeso\).](https://maranhahoje.com/mais-de-78-dos-beneficios-do-seguro-defeso-no-maranhao-sao-pagos-de-forma-irregular/#:~:text=CGU%20%7C%20Maranh%C3%A3o%20Hoje-,Mais%20de%2078%25%20dos%20benef%C3%ADcios%20do%20seguro%20defeso%20no%20Maranh%C3%A3o,de%20forma%20irregular%2C%20diz%20CGU&text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Transpar%C3%Aancia%20e,Pescador%20Artesanal%20(Seguro%20Defeso).) Acesso em: 8 ago. 2024.

32 BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU avalia regularidade dos pagamentos do seguro-defeso ao pescador artesanal.** Gov.Br: CGU, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/10/cgu-avalia-regularidade-dos-pagamentos-do-seguro-defeso-ao-pescador-artesanal>. Acesso em: 8 ago. 2024.

33 PESCADOR 1 - Apêndice 1, 2023.

mesmo. Trabalha direito. Porque, na verdade aqui, só coisa o camarão. Aqui só existe o seguro do camarão só. Na reprodução do camarão, não pode pescar o camarão só. O resto é liberado.

Além dessa conjuntura, é importante ressaltar outra problemática gravíssima presente nesse contexto: o trabalho infantil.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) proíbe o desempenho de qualquer atividade laboral por menores de 16 anos, podendo o adolescente trabalhar como aprendiz a partir dos 14 anos. (FONSECA, 2022).³⁴

Durante a pesquisa de campo, foi possível observar a presença de inúmeras crianças no cais. Muitas delas exerciam trabalhos como carregar o peixe ou auxiliar no preparo das embarcações e, visualmente, aparentavam ter bem menos do que a idade necessária para ser aprendiz. O trabalho precoce se dá, muitas das vezes, pela necessidade dos pais em fazer renda extra para se manter ou pela falta de algum responsável para ficar com a criança enquanto os pais mais velhos pescam. Independente do motivo para que ocorra, a presença de trabalho infantil em qualquer comunidade é um claro alerta sobre a ineficácia do governo: ali, as leis não funcionam. E por que não funcionam? Porque o Estado não está sendo o suficiente para suprir as necessidades de sua população. Porque os direitos não estão sendo devidamente garantidos e, para manter uma vida digna, outros meios são necessários. Porque a lei não está sendo eficaz.

O relato do Pescador 3³⁵, ao afirmar que iniciou seu trabalho no cais aos 13 anos, é uma clara prova disso: não adianta, no papel, o dispositivo legal decretar como crime o trabalho infantil quando, na realidade do país, famílias sofrem diariamente para se manter e, por isso, são obrigadas a procurar vias onde crianças são postas para trabalhar em prol de sua sobrevivência³⁶. Segundo dados de 2023 da UNICEF, no Brasil cerca de 32 milhões de crianças e adolescentes são acometidas pela pobreza³⁷. O trabalho infantil é um ato ilícito deve ser considerado como tal, contudo, para mudar essa realidade é necessário que a ausência do judiciário pare de se fazer tão presente, e comece a agir pelo básico: a garantia dos direitos trabalhistas.

3.3. ESTRUTURA DO CAIS E O ABANDONO ESTATAL

Por fim, vale ressaltar as dificuldades estruturais enfrentadas pela população estudada. Segundo os próprios moradores, há anos não há intervenção estatal no cais para melhoria da estrutura e, mesmo quando essa intervenção aconteceu, ela foi considerada precária: o caminho feito de pedras o qual leva do começo do Cais da Raposa até a área de pesca foi completamente destruído pela maré pouco tempo após sua construção devido sua base frágil e uso de materiais débeis.

34 FONSECA, E. ECA traz mecanismos para o combate ao trabalho infantil. **Revista Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe**, Sergipe, jul 2022. Disponível em: <https://al.se.leg.br/eca-traz-mecanismos-para-o-combate-ao-trabalho-infantil/#:~:text=O%20Estatuto%20da%20Criança%20e,nos%20quatro%20cantos%20do%20pa%C3%ADs>. Acesso em 22 jun 2023.

35 PESCADOR 3 - Apêndice 1, 2023.

36 LIMA, C. F. **Trabalho infantil: crianças impedidas em nome da sobrevivência**. Lunetas, 2022. Disponível em: <https://lunetas.com.br/trabalho-infantil/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

37 **HÁ 32 milhões de crianças e adolescentes na pobreza no Brasil, alerta UNICEF**. UNICEF, 2023. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/ha-32-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-na-pobreza-no-brasil-alerta-unicef#:~:text=Educa%C3%A7%C3%A3o%20renda%20e%20recursos%20para%20alimenta%C3%A7%C3%A3o%20pioraram%20na%20pandemia&text=Bras%C3%ADlia%2C%2014%20de%20fevereiro%20de,%2C%20%C3%A1gua%2C%20sa-neamento%20e%20informa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 8 ago. 2024.

Figura 4 – Caminho para o cais destruído pela maré.



Fonte: autores, 2023.

Ao ser perguntado a Pescador 1 e Pescador 2³⁸ sobre reformas feitas na região, ambos afirmaram total descaso do governo e da Colônia de Pescadores. O primeiro diz não haver obras nos cinco anos em que esteve ali e o segundo ressalta que o caminho feito de pedras não durou muito. Esse contexto faz ser possível crer ainda mais no abandono estatal da região que, mesmo sendo tão importante para a economia local, está longe de ter seus direitos garantidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perante tal, após análise crítica do panorama geral onde vivem os pescadores da comunidade de Raposa e de suas implicações na esfera dos direitos trabalhistas e ambientais, inicia-se uma conclusão dos resultados obtidos por um contato direto com a comunidade, utilizando bases teóricas de Boas e Malinowski como fundamentos de estudo.

Deste modo, ao investigar a relação da sociedade com sua atividade econômica, observou-se como os membros da comunidade estão ligados ao seu ambiente. Nesse caso, não somente a pesca interfere na sua economia, mas, por viverem em uma rede familiar, outras atividades, como as das rendeiras afetam o seu trabalho, visto que, nos arredores do cais, essa é uma das atividades econômicas mais encontradas devido relação comercial direta entre ambos os serviços. Além disso, diversos pescadores artesanais se mudaram para a região devido às oportunidades de trabalho que surgiram nas décadas anteriores para suas mães ou familiares que seguem esse ofício. Compreendendo, portanto, a relação mutualística – análoga ao sistema do Kula – entre esses fatores econômicos.

Assim, partindo da conclusão que os impactos ambientais afetam o trabalho da comunidade, realizou-se a análise jurídica dentro do contexto trabalhista e ambiental. A falta de comprometimento do governo em relação à preservação revela a ineficácia jurídica no caso,

38 PESCADOR 1; PESCADOR 2 - Apêndice 1, 2023.

dados os resultados do impacto ambiental dentro da atividade da pesca. Já no aspecto trabalhista, a falta do pagamento do defeso e a sua quantia insuficiente para o complemento da renda fazem com que o período em que não deve haver pesca não seja respeitado, amplificando os problemas sociais da causa.

Além do precário serviço do governo em relação à prestação de contas com a comunidade, também se observou a falta de fiscalização, o que acarreta sua ineficácia jurídica e social, na qual a lei não é respeitada pelos seus destinatários e muito menos cumprida pelos seus órgãos responsáveis. O que, segundo Kelsen³⁹, na obra “A Teoria Pura do Direito”, torna essas normas, além de ineficazes, inválidas, dado que, para o mesmo, as duas ideias estão interligadas e não existem de forma independente na lei.

Conclui-se, portanto, que há a necessidade de maior atenção do governo para a manutenção da comunidade pesqueira da Raposa que, além de seu valor econômico, possui enorme carga cultural e, por conseguinte, deve ser preservada e valorizada.

39 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Técnica tradicional de pesca em rede utilizada pelos pescadores.....	281
Figura 2 - Barco Artesanal utilizado para pesca.....	282
Figura 3 - Colônia dos Pescadores; sede responsável por reivindicar os direitos dos pescadores da Raposa.....	286
Figura 4 - Caminho para o cais destruído pela maré.....	288

APÊNDICE 1

1) ENTREVISTA: PESCADOR 1 E PESCADOR 2

– **Qual o nome de vocês e a idade? Quanto tempo vocês trabalham na Raposa?**

Pescador 1: sim. É Pescador 1. 33. Tem uns 5 anos

Pescador 2: sim. O meu é Pescador 2. 29. Tem 7 anos ou mais.

– **Como vocês começaram no ofício?**

Pescador 1: eu comecei trabalhando pros outros mesmo. Com peixe começou aqui, mas nós já trabalhava com outras coisas.

Pescador 2: eu comecei pedindo peixe nas canoas. Eu vinha gurizinho e pedia peixe pra galera aí. Depois fui trabalhando pros outros.

– **Alguém da família de vocês já trabalhava a pesca antes?**

Pescador 1: não, não, não. Nem daqui eu sou. Sou do Ceará. Maranhense aqui é bem pouquinho. Na Raposa mesmo só tem poucos. 80% é de fora.

Pescador 2: sou paraense.

– **O que incentivou a vinda de vocês para cá?**

Pescador 2: eu vim pra cá porque minha mãe trabalhava com artesanato. Depois vim pra cá. Ela era rendeira.

– **Desde que vocês começaram a trabalhar aqui, vocês já perceberam alguma mudança estrutural aqui no cais? O governo já fez alguma melhoria?**

Pescador 1: nada. Durante esses cinco anos que eu tô aqui... nunca fez nada.

Pescador 2: só na frente aqui. No cais ali. Porque de primeira ali era pedra e areia e agora botaram as pedras e fizeram essa tampa aí. Mas não adiantou não que a maré já destruiu de novo.

– **Vocês consideram que o nível de poluição na região tá aumentando? E como isso prejudica a profissão de vocês?**

Pescador 1: bastante, bastante. Acho que o principal é o lixo que a gente próprio faz. Que os os próprios morador não tem consciência disso. Não é questão de gente de fora, tendeu? Os próprios moradores não tem a consciência de coisar o seu lixo.

Pescador 2: sim, com certeza. Rapaz, demais. Jogam [os moradores] no mangue, jogam no mar. E nós aqui não tem saneamento básico também. Aí é tudo mangue.

– **Isso tem afetado a quantidade de peixe?**

Pescador 1: tá diminuindo, tá diminuindo.

Pescador 2: rapaz, de um tempo pra cá nós tem sentido. De uns tempo pra cá nós sente a falta é muito.

– **E o preço? Sobe?**

Pescador 2: exatamente, porque tá na falta e aumenta o preço, né, mano?

– **Vocês recebem auxílio governamental durante a temporada que não pode ter pesca na região?**

Pescador 1: tem gente que recebe. Algumas pessoas recebe, não todas. Não todas. Eu não recebo. Ele [Pescador 2] não recebe. Tem um bocado de gente aqui que na verdade não recebe o seguro.

– **Nesse período, há uma fiscalização do governo?**

Pescador 2: não, fiscalização aqui nada. Zero.

– **A pesca, então, continua do mesmo jeito? Não ficam sem trabalhar?**

Pescador 1: continua, porque é tipo assim... vai fiscalizar todo mundo, mas não é todo mundo que recebe. E aí a maioria das pessoas que recebe... no meu caso, eu, eu não sou daqui e já trabalhei um tempo de carteira assinada, aí a gente vai lá e eles dizem que não tem direito [ao seguro], aí a gente não corre atrás, fica aqui mesmo. Trabalha direito. Porque, na verdade aqui, só coisa o camarão. Aqui só existe o seguro do camarão só. Na reprodução do camarão, não pode pescar o camarão só. O resto é liberado.

– **E sobre a venda do camarão?**

Pescador 1: a venda do camarão aqui é bem pouco. A gente não trabalha com camarão hoje. Hoje, na nossa praia, nem embarcação de camarão tem mais. Existia antes, mas hoje parou. Hoje é difícil tu ver camarão do mar aqui, tu vê mais o camarão de cativo que vem do Ceará. O camarão... é a despesa. Tu diz: “rapaz, vou pescar”, tem a despesa de tu ir pescar. Não é tu botou um barco um sensor d’água e vai pescar. Não. Tem a despesa. A despesa do camarão é muito grande pro custo pra pegar pouco camarão. Aí não compensa. A gente parou.

Pescador 2: acho que só um ou dois trabalham com camarão hoje. Não existe [venda de] camarão, lagosta.

– **Mas e quando vocês chegaram aqui? Como era a quantidade de camarão?**

Pescador 1: logo que eu cheguei dava bastante.

Pescador 2: dava, dava bastante. Só que aí é igual eu tô falando, devido o custo muito alto todo mundo desistiu dele. Daí vai pra peixes que são mais fáceis. Tem o pescado, a corvina, outros peixes mais em conta. Camarão hoje só cativo.

– **Vocês já perceberam o interesse de alguma empresa em explorar a área?**

Pescador 1: não, todo mundo que trabalha aqui é por conta própria.

– **Muito obrigado, agradecemos muito tempo de vocês.**

Pescador 1: que nada.

Pescador 2: na hora!

2) ENTREVISTA: PESCADOR 3

– **Qual o seu nome? E quantos anos tem?**

Pescador 3: Pescador 3. Tenho 37.

– **O senhor trabalha aqui já tem muito tempo?**

Pescador 3: desde os 13 anos que eu trabalho na praia.

– **Você é nascido aqui?**

Pescador 3: sim, nasci na Raposa.

– **Como o senhor aprendeu esse ofício?**

Pescador 3: comecei a pescar com meu pai, meu pai era pescador.

– **A sua família tem outros pescadores?**

Pescador 3: meu avô era pescador, meus pais, meus tios.

– **Ainda são utilizadas as mesmas técnicas, são as mesmas desde o passado ou houve alguma mudança?**

Pescador 3: é, a gente trabalha com rede. Mas também tem outros tipos de pescaria, com rede maior, menor.

– Sentiu que esse tipo de rede foi mudando desde que o senhor começou a pescar até hoje em dia?

Pescador 3: não, são usadas as mesmas.

– O senhor tem os seus direitos garantidos como, por exemplo: o governo garante um auxílio na época que precisa ter o afastamento, o chamado período de defeso. O senhor recebe esse auxílio?

Pescador 3: recebo!

– Durante esse período do ano o senhor continua pescando ou o senhor não pesca?

Pescador 3: rapaz, normalmente a gente não para não, que era o certo né, parar. Que justamente a gente recebe esse seguro pra isso né, eu entendo, só que ninguém para!

– Certo! Muito obrigado!

3) ENTREVISTA: PESCADOR 4

– Qual o seu nome e a sua idade?

Pescador 4: Pescador 4. 48.

– Começou a trabalhar com quantos anos aqui?

Pescador 4: com uns 18.

– E por que começou a trabalhar com pesca?

Pescador 4: por conta de família. Sabe, né? a gente é de família de pescador, aí...

– O senhor é daqui do município?

Pescador 4: não, sou de Tutóia.

– Você já está aqui tem muito tempo?

Pescador 4: muito tempo já! desde criança.

– Qual foi a motivação para vir pra cá?

Pescador 4: por conta de família, meus pais vieram pra cá e aí a gente veio junto.

– O senhor aprendeu a pescar com seus pais mesmo?

Pescador 4: foi.

– Antes dos seus pais, seu avô, bisavô... eram todos pescadores também?

Pescador 4: tudo pescador, tudo pescador.

– O senhor percebeu alguma mudança no ambiente desde que começou a pescar aqui?

Pescador 4: com certeza, as coisas do meio ambiente cada vez pioram mais.

– Isso tem afetado a própria pesca?

Pescador 4: com certeza.

– Diminuiu o tanto de peixe, aumentou seu custo para trabalhar?

Pescador 4: é... realmente, tem época que aumenta, época que fica mais barato. A poluição... ela... ela destrói o meio ambiente.

– O senhor sente que a poluição dificultou seu trabalho?

Pescador 4: com certeza, a gente vai pescar e tá cheio de plástico, né.

– Você que o governo dá a ajuda necessária pro senhor conseguir manter seu trabalho?

Pescador 4: não.

– Certo! Uma boa tarde e um bom trabalho pro senhor!

Pescador 4: boa tarde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO-DIAS, Manuel. **Breves notas sobre a história da pesca, Algarve, Portugal**. In: **Pescas e Aquacultura**, 2007. Disponível em: <http://www.academico.uema.br/DOWNLOAD/BrevesNotasHistoriaPesca.pdf>. Acesso em: 26 jun 2023.
- ALVES, J. S. L. **Erradicação do Trabalho Infantil: Possibilidades**, s.d. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/erradicacao-do-trabalho-infantil-possibilidades/561376252>. Acesso em: 8 ago 2024.
- BERLINGUER, G. **Medicina e Política**. 3. ed. trad. por Bruno Giuliani. São Paulo: Hucitec, 1987.
- BOAS, Franz. As limitações do método comparativo. In: CASTRO, Celso (org.). **Antropologia Cultural**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/constituicao-supremo/artigo.asp?abrirBase=CF&abrirArtigo=225#:~:text=Do%20Meio%20Ambiente-,Art.,as%20presentes%20e%20futuras%20gera%C3%A7%C3%B5es>.
- BRASIL. Controladoria-Geral da União. **CGU avalia regularidade dos pagamentos do seguro-defeso ao pescador artesanal**. Gov.Br: CGU, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/10/cgu-avalia-regularidade-dos-pagamentos-do-seguro-defeso-ao-pescador-artesanal>. Acesso em: 8 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 10.799, de 25 de novembro de 2003. Dispõe sobre a concessão de seguro-desemprego durante o período de defeso ao pescador que exerce a atividade pesqueira de forma artesanal. **Presidente da República**, Brasília, DF, 2003. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.779compilado.htm#:~:text=LEI%20No%2010.779%2C%20DE%2025%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202003.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20concess%C3%A3o%20do,atividade%20pesqueira%20de%20forma%20artesanal. Acesso em: 8 ago. 2024.
- BRASIL. Lei nº 11.699, de 13 de junho de 2009. Altera o art. 1.233-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e dá outras providências. **Presidente da República**, Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111699.htm. Acesso em: 8 ago. 2024.
- DIEGUES, Antonio Carlos. **Ilhas e mares: simbolismo e imaginário**. 1. ed. [s. l.]: Hucitec, 1989.
- EMIR, A. **Mais de 78% dos benefícios do seguro defeso no Maranhão são pagos de forma irregular, diz CGU**. Maranhão Hoje, 2017. Disponível em: [https://maranhaohoje.com/mais-de-78-dos-beneficios-do-seguro-defeso-no-maranhao-sao-pagos-de-forma-irregular/#:~:text=CGU%20%7C%20Maranh%C3%A3o%20Hoje-,Mais%20de%2078%25%20dos%20benef%C3%ADcios%20do%20seguro%20defeso%20no%20Maranh%C3%A3o,de%20forma%20irregular%2C%20diz%20CGU&text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Transpar%C3%Aancia%20e,Pescador%20Artesanal%20\(Seguro%20Defeso\)](https://maranhaohoje.com/mais-de-78-dos-beneficios-do-seguro-defeso-no-maranhao-sao-pagos-de-forma-irregular/#:~:text=CGU%20%7C%20Maranh%C3%A3o%20Hoje-,Mais%20de%2078%25%20dos%20benef%C3%ADcios%20do%20seguro%20defeso%20no%20Maranh%C3%A3o,de%20forma%20irregular%2C%20diz%20CGU&text=O%20Minist%C3%A9rio%20da%20Transpar%C3%Aancia%20e,Pescador%20Artesanal%20(Seguro%20Defeso)). Acesso em: 8 ago. 2024.
- EPTV 2. **Pescadores profissionais do Sul de MG alegam falta de pagamento do seguro-defeso durante a piracema**. G1, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/mg/sul-de-minas/noticia/2024/01/12/pescadores-profissionais-do-sul-de-mg-alegam-falta-de-pagamento-do-seguro-defeso-durante-a-piracema.ghtml>. Acesso em: 8 ago. 2024.
- FERREIRA, I. de S. *et al.* O município de Raposa-MA: do abandono ambiental às perspectivas de crescimento econômico e turístico. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE GEÓGRAFOS, 7., 2014, Vitória. **Anais eletrônicos** [...]. Vitória: AGB. Disponível em: http://www.cbg2014.agb.org.br/resources/anais/1/1404340937_ARQUIVO_TrabalhosobremunicipiodeRaposa-MA.pdf. Acesso em: 22 jun 2023.
- FONSECA, E. ECA traz mecanismos para o combate ao trabalho infantil. **Revista Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe**, Sergipe, jul 2022. Disponível em: <https://al.se.leg.br/eca-traz-mecanismos-pa>

ra-o-combate-ao-trabalho-infantil/#:~:text=O%20Estatuto%20da%20Criança%20e,nos%20quatro%20cantos%20do%20pa%C3%ADs. Acesso em 22 jun 2023.

HÁ 32 milhões de crianças e adolescentes na pobreza no Brasil, alerta UNICEF. UNICEF, 2023. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/ha-32-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-na-pobreza-no-brasil-alerta-unicef#:~:text=Educa%C3%A7%C3%A3o%2C%20renda%20e%20recursos%20para%20alimenta%C3%A7%C3%A3o%20pioraram%20na%20pandemia&text=Bras%C3%A-Dia%2C%2014%20de%20fevereiro%20de,%2C%20%C3%A1gua%2C%20saneamento%20e%20informa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 8 ago. 2024.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, C. F. **Trabalho infantil: crianças impedidas em nome da sobrevivência**. Lunetas, 2022. Disponível em: <https://lunetas.com.br/trabalho-infantil/>. Acesso em: 8 ago. 2024.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Argonautas do Pacífico Ocidental: um relato do empreendimento e da aventura dos nativos nos arquipélagos da Nova Guiné melanésia**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARANHÃO. Secretaria de Estado da Fazenda. Portaria n.º 318, de 04 de julho de 2019. Altera o Anexo 1.0 do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto n.º 19.714, de 10 de julho de 2003. **Governador do Estado do Maranhão**, São Luís, Maranhão, 2017. Disponível em: <https://sistemas1.sefaz.ma.gov.br/portalsefaz/files?codigo=11509>. Acesso em: 8 ago. 2024.

PENA, P. G. L. **Programa de prevenção de riscos ocupacionais em pescadores e marisqueiras de comunidades pesqueiras da Baía de Todos os Santos**. FORMULÁRIO-SÍNTESE DA PROPOSTA – SIGProj EDITAL PROEXT 2011, 2011.

RODRIGUES, Sther Marie de Aguiar; GONÇALVES, Eloisa da Graça de Rosário; MELLO, Débora Medeiros; OLIVEIRA, Euripedes Gomes de; HOFER, Ernesto. Pesquisa de bactérias do gênero *Vibrio* em feridas cutâneas de pescadores do município de Raposa - MA. **Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical**, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsbmt/a/SnYp859wqmpTn48GmzHdBp/?lang=pt#:~:text=O%20estudo%20foi%20realizado%20com,de%20transporte%20de%20Cary%2DBlair>. Acesso em: 7 ago. 2024.

SILVA, Patrick, *et. al.* Estudo das artes de pesca atreladas às tradições da comunidade do porto histórico de São Mateus, Espírito Santo, Brasil. *In: Mares: revista de Geografia e Etnociências*. v. 2. n. 2. [s. l.]. Disponível em: <http://revistamares.com.br/index.php/files/article/view/82>. Acesso em: 27 jun 2023, p. 43.

DEZ ANOS DE PROJETO VEREDICTO: EVOLUÇÃO E IMPACTO DA ÁREA DE PESQUISA JURÍDICA EXTENSIONISTA

TEN YEARS OF THE VEREDICTO PROJECT: EVOLUTION AND ACADEMIC IMPACT OF THE LEGAL RESEARCH AREA

Cesar Rodrigues van der Laan¹

Giovana Alencar da Costa²

Lucas Nepomuceno Macedo de Deus³

Ana Vitória Gomes de Oliveira Vieira⁴

RESUMO: O artigo objetiva identificar a reestruturação da área de pesquisa jurídica do Veredicto a partir de 2022 e apresentar evidências do impacto do projeto de extensão da Faculdade de Direito da UnB em termos de aprendizado e crescimento acadêmico de seus participantes. Parte-se da percepção de que a área de pesquisa do Veredicto permite concreta possibilidade de produção e publicação de artigo acadêmico, inclusive para discentes ainda no primeiro ano de graduação. Para tanto, analisam-se os dados coletados em pesquisa empírica desenvolvida com participantes do projeto durante os semestres 2022.2 e 2023.1. Os resultados corroboram a relevância acadêmica da área de pesquisa do Veredicto, complementando a formação do aluno da UnB e direcionando-o à publicação efetiva nas revistas acadêmicas. No período, registrou-se publicação efetiva de 6 artigos em revistas científicas, com a significativa constatação de quase 90% dos membros identificando mudanças na sua perspectiva de futuro, como planejar e seguir carreira docente, fazer iniciação científica ou ser um cidadão mais comprometido com a ciência e mais crítico com a informação. Tais constatações são promissoras e demonstram que efetivamente há resultado prático na vida acadêmica dos participantes. Isso se torna mais relevante se se considerar que o perfil dos participantes, predominantemente cursando até a metade do curso de graduação e sem experiência em publicação acadêmica.

Palavras-chave: Extensão Universitária, Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Veredicto.

ABSTRACT: The article aims to demonstrate the restructuring of the legal research area of Veredicto from 2022 and to present evidence of the social impact of the extension project at the University of Brasília's Law School, in terms of the learning assimilated by its participants. It starts from the perception that Veredicto's research area offers a concrete opportunity for the production and publication of academic articles, even for undergraduate students in their first year. For such, we analyze the data collected in empirical research conducted with former members of the project during the 2022.2 and

1 Especialista em Direito Legislativo (ILB) e em Defesa Nacional (ESD), Mestre e Doutor em Economia (UFRGS), com doutorado-sanduíche na Universidade de Cambridge, Inglaterra, graduando em Direito na UnB. É coordenador de Pesquisa Jurídica do Veredicto Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da UnB e Consultor Legislativo do Senado Federal. E-mail: cesarvdl@yahoo.com.

2 Bacharela em Direito (UnB). Graduanda em Filosofia (UBEC). Policial Militar do Distrito Federal. Foi coordenadora de Pesquisa Jurídica do Veredicto Projeto de Extensão. E-mail: giovanalencar@yahoo.com.br.

3 Graduando em Direito pela Universidade de Brasília. Estagiário no gabinete do Ministro Marco Buzzi no Superior Tribunal de Justiça. Foi coordenador de Pesquisa Jurídica do Veredicto Projeto de Extensão da Faculdade de Direito da UnB. E-mail: lucas.deus90@gmail.com.

4 Controller Jurídico e Estagiária do escritório Petrarca Advogados. Graduanda do curso de Direito da Universidade de Brasília. Empresária do Studio AV - identidade visual. Criadora do Canal Direitudo: de estudante para estudante, disponível em: <https://www.youtube.com/@direitudo>. Coordenadora Geral do Veredicto (Projeto de Extensão – UnB) entre janeiro de 2022 e março de 2024. E-mail: anavitoria.gov@gmail.com.

2023.1 semesters. The results indicate the academic relevance of Veredicto's research area, complementing the education of UnB students and guiding them toward effective publication in academic journals. In addition to the effective publication of 5 articles in academic journals, it is noteworthy that more than 90% of the members experienced changes in their future perspective, such as planning and pursuing a teaching career, engaging in scientific research, or becoming more science-committed and critical thinkers in information. Results are significant when considering that the Veredicto participants' profile consists of students who are only halfway through their undergraduate program, without prior experience in publishing in academic journals.

Keywords: Extension program, University of Brasilia, Brazilian Law School, Veredicto.

1. INTRODUÇÃO

A Universidade de Brasília (UnB) foi criada para ser um agente de mudança intencional da sociedade, visando à transformação das pessoas e do país⁵. A legitimidade de seu papel transformador no país baseia-se não apenas no ensino de qualidade, mas na associação do ensino com a pesquisa e a extensão. Em particular, a pesquisa e a extensão constituem pilares que diferenciam a universidade pública brasileira.

A extensão permite que a Universidade chegue à sociedade na forma de programas, projetos e ações que melhoram a vida de muitas pessoas, inclusive pela própria promoção de debates e seminários abertos à comunidade. São muitos os projetos que atendem à sociedade, em várias áreas do conhecimento. No âmbito jurídico, há prestação continuada de serviços jurídicos à população, entre outras iniciativas importantes. Além disso, a Faculdade de Direito é pródiga em projetos de extensão jurídica, permitindo a participação dos discentes já a partir do primeiro semestre de graduação, o que enriquece a experiência acadêmica.

Como Sousa Junior (2012) bem salienta, as iniciativas de pesquisa e de extensão beneficiam não apenas a sociedade em geral ou a população local, mas também os próprios discentes, dado que as atividades são conduzidas a partir da contribuição dos alunos universitários⁶. Eles têm a oportunidade de investigar soluções inovadoras e desenvolver experiências práticas ainda na graduação, contribuindo para torná-los profissionais ainda mais criativos e completos. Além disso, essas ações se contrapõem à crítica comum de dissociação entre ensino teórico e aplicação prática dos saberes desenvolvidos em aula⁷.

Nesse contexto, destaca-se o projeto de extensão “Verdicto Simulações Jurídicas, Pesquisa e Extensão”. Criado em 2013 e tendo recentemente completado 10 anos, tornou-se referência no que tange à pluralidade e à horizontalidade pressupostas na concepção de extensão universitária, ofertando aos participantes um ambiente acolhedor e transformador. Atualmente, possui 120 membros ativos, além dos coordenadores, que atuam em 5 (cinco) áreas: administração, social, comunicação, eventos e pesquisa. Inclusive, são os próprios membros que gerem o projeto, com autonomia e responsabilidade. Além disso, é totalmente aberto a discentes de qualquer curso da UnB, bem como a toda comunidade externa à UnB. Nas redes sociais, é o projeto de extensão com maior visibilidade, com mais de 1200 seguidores apenas no Instagram⁸. Isso tudo proporciona condições propícias para o desenvolvimento pessoal e profissional em diversas dimensões, a partir da efetiva troca de saberes entre os participantes.

O presente ensaio adota como enfoque a área de pesquisa do Verdicto e busca refletir sobre seus impactos. Mais especificamente, objetiva-se evidenciar a transformação acadêmica

5 RIBEIRO, Darcy. **Universidade para Quê?** Brasília: Editora UnB, 1986; RIBEIRO, Darcy. *A Universidade Necessária*. Cap. V, Editora Paz e Terra, 1978.

6 SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org). **Da Universidade Necessária à Universidade Emancipatória: balanço da gestão de um sonho**. Brasília: Editora UnB, 2012.

7 ROMÃO, Felipe Augusto; TAVARES, Giovanna Milanez; SILVA, Patrícia Bouvier do Nascimento; LIMA, Ramon Richardson Torres; BARROS, Sofia Sarmento. “Verdicto: Simulações Jurídicas, Pesquisa e Extensão” – O Espaço de Diálogo Proporcionado pela Experiência Extensionista Universitária e seus Reflexos Sociais. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 267–279, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/16574>. Acesso em: 18 out. 2023.

8 Perfil: @verdictounb. Verdicto Projeto de Extensão, Simulações Jurídicas e Pesquisa da Faculdade de Direito – Universidade de Brasília. Plataforma: Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/verdictounb>. Acesso em: 16 dez. 2024.

propiciada a seus integrantes, em termos de aprendizado, a partir da área de pesquisa do projeto. A área da Pesquisa do Veredicto tem por objetivo capacitar seus membros no que diz respeito à produção acadêmica em si, de modo a apoiá-los desde a assimilação de conceitos básicos como a noção do que vem a ser um artigo até as inúmeras possibilidades de publicação e desenvolvimento no ramo em questão. Parte-se da hipótese de que a área de pesquisa do Veredicto permite uma concreta possibilidade de produção efetiva de artigos científicos, inclusive para discentes ainda/já no primeiro ano de graduação. Para tanto, em termos de metodologia, busca-se mensurar esse impacto por meio de pesquisa empírica com ex-membros do projeto durante os dois últimos semestres (2022.2 e 2023.1), cujos resultados são consolidados neste artigo.

2. A ESTRUTURAÇÃO DO VEREDICTO

Em 2013, alunos da Faculdade de Direito (FD) da UnB perceberam que, embora Darcy Ribeiro tenha projetado uma universidade com base em um tripé existencial, a comunidade acadêmica jurídica ainda não dispunha de um projeto de extensão consolidado no referido tripé, apresentando inúmeras falhas no seu sistema. Esses alunos então tomaram a iniciativa de criar uma extensão da Universidade que fosse capaz de fomentar o ensino acadêmico dentro e fora da FD, a pesquisa jurídica (para um maior pensamento crítico) e a propagação de conhecimento e oportunidades. Essa extensão recebeu o nome de Veredicto.

Desde sua criação, o Veredicto busca sempre seu aprimoramento para oferecer o melhor serviço à comunidade acadêmica. Ao longo de seus 10 anos, as áreas do projeto foram ampliadas para que, em conjunto, abraçassem com sucesso o tripé universitário defendido pela UnB: ensino, pesquisa e extensão. Para isso, estrutura-se atualmente em 5 áreas que funcionam como uma engrenagem, de modo que, cada qual com suas tarefas e responsabilidades, proporcionam um espaço em que os membros podem desenvolver habilidades, ter contato com estudantes de todas as etapas da graduação – dado que o projeto recebe membros do 1º ao último semestre – e colocar seus aprendizados em prática⁹.

3. A ÁREA DE PESQUISA E SEUS NOVOS PILARES

Historicamente, o *locus* da pesquisa no Veredicto manteve-se secundário, até com pouco divulgação no meio acadêmico. O Veredicto sempre se baseou e ficou conhecido especialmente pelas simulações jurídicas e pelo trabalho de visitação institucional nas escolas públicas de

⁹ A área de Administração é responsável pela gestão de assuntos internos do projeto, auxiliando a coordenação geral na organização, realizando o controle de certificados e afins e mediando a relação do projeto com figuras externas (como professores, profissionais do mercado e figuras relevantes no meio acadêmico). A área Social efetua visitas a instituições de ensino no intuito de levar informações sobre as formas de ingresso na UnB e doar materiais de estudo. Ao levar o projeto para fora da UnB, estabelece uma relação mais próxima com a comunidade externa. Tal iniciativa busca eliminar barreiras e promover a inclusão educacional, incentivando alunos de todas as origens a transformarem suas realidades por meio do ensino superior na universidade pública federal. Por sua vez, a área de Comunicação fica com o encargo de promover visibilidade ao projeto, de modo a gerenciar suas redes sociais e manter a comunidade interna e externa informada quanto às atividades desenvolvidas pela referida extensão. Já a área de Eventos tem a responsabilidade de coordenar os eventos promovidos pelo Veredicto, tendo a simulação jurídica como objeto principal. A Simulação Jurídica é a oportunidade que o projeto oferece aos alunos para que atuem em versões adaptadas e fictícias de tribunais nacionais e internacionais. Em cada edição, os graduandos têm a oportunidade de simular como magistrados, desembargadores, advogados, defensores, promotores e, até mesmo, jornalistas nos tribunais. Há ainda uma corte destinada a alunos de Ensino Médio que mistura elementos do Tribunal de Júri com os modelos de *moot courts* americanos, recebendo o nome de Tribunal Especial. O foco da simulação é a discussão hermenêutica, priorizando a argumentação e o desenvolvimento de habilidades de oratória e retórica; questões processualistas não são totalmente priorizadas, de modo a permitir a participação de alunos de semestres distintos na discussão.

ensino médio, comandado pela área social. São atividades com grande repercussão no meio acadêmico (simulações no meio universitário e visitação no ensino médio público), que deram visibilidade ao Projeto e continuam compondo a base do Veredicto. Entretanto, a área da pesquisa começa a mudar a partir de 2022 com o ingresso de novos coordenadores. Até então, os membros da pesquisa eram incentivados a produzir, coletivamente, 1 (um) ou 2 (dois) artigos por semestre, mas foi observada a necessidade de fazer com que tal experiência fosse mais dinâmica e personalizada.

Optou-se, então, por proporcionar aos membros do Veredicto um espaço complementar no qual pudessem entender os princípios da pesquisa para então desenvolver um raciocínio lógico e assertivo nas produções. Atribuiu-se à essa iniciativa o nome de capacitação, visando não mais a obrigatoriedade da produção conjunta de um artigo, mas sim o desenvolvimento de habilidades e competências necessárias aos discentes que desejassem seguir no ramo da pesquisa acadêmica. Assim, a partir de 2022, a área da pesquisa foi renovada no sentido de melhor capacitar os membros para a pesquisa e escrita de artigos acadêmicos, adicionando-se novos pilares em sua atuação.

Sendo assim, estabeleceu-se a dinâmica de encontros virtuais regulares, nos quais são tratadas técnicas de pesquisa e escrita e discutidas as possibilidades de publicação das respectivas produções de cada participante. Isso proporciona ao membro a oportunidade de um aprendizado estruturado. Os encontros também contam com a participação de professores da Faculdade de Direito da UnB na capacitação dos membros, além de ex-alunos para compartilharem suas experiências em pesquisa jurídica e publicação acadêmica nesses encontros. Essa metodologia possibilitou uma aproximação estruturada, prática e direta dos discentes com essa realidade de produção da escrita acadêmica, aprendizado que não está na sala de aula. Isso se torna mais relevante porque muitos membros são estudantes do primeiro semestre de graduação, sem conhecimento prévio de como se desenvolverem no âmbito da pesquisa jurídica. Além disso, o formato proporciona interação direta entre os alunos, com troca de experiência e conhecimento em pesquisa.

Ademais, no lugar do artigo coletivo, adotou-se a orientação direta e individualizada da escrita acadêmica, em atendimento a demandas do participante. Assim, o discente, já com o projeto ou o artigo em elaboração, procura os coordenadores da Pesquisa para orientação direta individual para aprimorar seu texto, estabelecendo-se uma tutoria e revisão personalizada dos trabalhos. Isso, *per se*, tem sua importância, dada a dificuldade de acesso do graduando a esse tipo de apoio acadêmico. Em regra, observa-se tal serviço universitário tão somente no processo de redação de monografia final de curso. Contudo, ainda assim, é sempre algo bastante genérico e rápido, dada a própria dinâmica da Universidade e dos professores. O Veredicto veio para preencher esse espaço, complementando o esforço pedagógico de produção efetiva da escrita acadêmica.

4. PARCERIA COM A REVISTA AVANT E A RED | UNB

A área de pesquisa também buscou maior proximidade com revistas acadêmicas de Direito. Assim, em 2022.2, o Veredicto firmou parceria com a Revista Avant, editada pelos

estudantes da Faculdade de Direito da UFSC¹⁰. Trata-se de periódico semestral, que incentiva a publicação das contribuições científicas de alunos de graduação não apenas do curso de Direito¹¹. Esse critério possibilita o estímulo à pesquisa desde as primeiras fases, bem como a interdisciplinaridade entre o mundo jurídico e as demais áreas do conhecimento na universidade.

A Revista conta com três categorias de produção: cultural; acadêmica; de práticas jurídicas e universitárias¹². Na área cultural, é possível que o estudante submeta fotografias, poemas, resenhas de filmes, desenhos, dentre outros tipos de conteúdo. A área acadêmica destina-se a artigos científicos, resumos de monografias, críticas à jurisprudência etc. Por fim, na terceira categoria estão as exposições sobre núcleos de prática jurídica, além das comunicações práticas de pesquisa e de extensão. Sob esse viés, pode-se dizer que o projeto Veredicto apresentou a Revista Avant aos estudantes não apenas como opção científica, mas criativo-crítica para um efetivo processo de aprendizagem.

Houve oportunidade de comunicação entre os estudantes editores da UFSC com os membros do projeto. Isso porque a cooperação incluiu uma reunião virtual entre os estudantes da Revista Avant e os do Veredicto. Na ocasião, o corpo editorial explicou as principais regras de formatação e de submissão, ensinando também como navegar pelo site do periódico. Durante a reunião, muitos estudantes entenderam o funcionamento de um fluxo editorial e das regras para submissão. Também foi aberto espaço para sanar dúvidas dos membros. Ao final do semestre, muitos estudantes publicaram suas ideias na sétima edição, primeiro volume, da Revista Avant. Esse diálogo ficou marcado na Faculdade de Direito da UnB, sendo responsável por uma troca gratificante principalmente àqueles que foram instruídos em sua primeira publicação em uma revista científica.

Além disso, em 2023.1, a gestão do Veredicto Pesquisa alcançou novos rumos quanto à publicação dos artigos produzidos pelos membros. Pela primeira vez, o projeto de extensão realizou uma parceria direta com a Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília – RED | UnB. A partir daí, a Revista disponibiliza uma coluna própria ao Veredicto no Portal Jurídico dos Estudantes de Direito (PJED), com o intuito de “estimular diálogos mais dinâmicos sobre temáticas que são ao mesmo tempo inéditas e relevantes, interseccionando temas jurídicos, políticos, sociais e estudantis”, observada a qualidade do periódico¹³.

Tais parcerias, juntamente com as aulas síncronas *on-line* e o diálogo constante entre membros e coordenadores, incluindo a orientação individualizada, permitiram a capacitação de como redigir um artigo científico e incentivar o aluno para submissão efetiva da produção acadêmica às revistas acadêmicas RED | UnB e Avant. Em termos quantitativos, a parceria também já registrou publicação efetiva de artigos produzidos pelos participantes do projeto. No semestre de 2023.1, houve submissão de 9 textos para a RED | UnB. Das 9 submissões, 7 foram

10 Perfil @revistaavant. Revista Avant – Direito/UFSC. Revista Acadêmica da Graduação em Direito da UFSC. Plataforma: Instagram. Disponível em: <https://www.instagram.com/revistaavant/>. Acesso em: 16 dez. 2024.

11 A Revista também promove eventos e fornece minicursos gratuitos durante o fluxo editorial, que podem ser encontrados em: <https://revistaavant.paginas.ufsc.br/minicursos-e-materiais-complementares/>. Acesso em: 16 dez. 2024.

12 As edições são disponibilizadas por meio eletrônico de modo público e gratuito. Vide: <https://revistaavant.paginas.ufsc.br/>. Acesso em: 16 dez. 2024.

13 Sobre. Portal Jurídico dos Estudantes de Direito, s.d. Disponível em: <https://www.pjed.com.br/sobre/>. Acesso em: 16 dez. 2024.

aprovadas pelos coordenadores do Veredicto e pelos editores da revista, dos quais 4 já foram publicados. Quais sejam:

1. *Análise dos desafios do Direito Comparado na contemporaneidade e a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro*¹⁴, por Lucas Nepomuceno Macêdo de Deus, coordenador de pesquisa do Veredicto em 2023.1;
2. *Lei Complementar 176: Eficiência e Autonomia do Banco Central*¹⁵, por Cesar Rodrigues van der Laan, membro do Veredicto Pesquisa em 2023.1;
3. *O Brasil pode ser condenado perante um Tribunal Internacional pelo cometimento de um crime de genocídio à tribo indígena Yanomami?*¹⁶, por Ana Vitória Gomes de Oliveira Vieira, coordenadora-geral do Veredicto em 2023.1); e
4. *Falsa consciência de patriotismo no Brasil: Uma consequência neoliberal*¹⁷, por Gabriel Eduardo Nunes Lagares, membro do Veredicto Pesquisa em 2023.1.

As parcerias seguem ativas, proporcionando cada vez mais oportunidades para aqueles que se interessam pela área acadêmica do projeto de extensão. Dessa forma, o Veredicto Pesquisa passa a trabalhar não apenas com foco sobre a qualidade e o conteúdo do artigo em si, mas sobre os canais pelos quais o discente pode publicar seu trabalho. Desenvolve-se um elo entre o meio acadêmico da graduação e o universo das revistas científicas, em que os membros do Veredicto Pesquisa possuem uma nova possibilidade para publicar suas produções acadêmicas. Publicar no meio acadêmico passa a ser uma realidade concreta aos membros do Veredicto. Há possibilidade concreta de desenvolvimento prático de habilidades de escrita e raciocínio lógico voltados para o âmbito da pesquisa acadêmica. Tem-se, assim, a área da Pesquisa estruturada sob três pilares: encontros virtuais regulares, tutoria individualizada e parceria com revistas acadêmicas.

5. QUANTO À METODOLOGIA

Passamos, então, à avaliação da efetividade da reestruturação do Veredicto Pesquisa descrita na seção anterior a partir da percepção dos próprios alunos, membros dessa área. A pesquisa empírica foi realizada entre os dias 12 e 20 de outubro de 2023, por meio de questionário do Google Forms disponibilizado diretamente nos grupos de comunicação do Veredicto no WhatsApp. Isso permitiu alcançar os membros e ex-membros do Projeto que participaram da área de pesquisa nos semestres 2022.2 e 2023.1. A tabela 1 elenca o rol de questões elaboradas. As questões 1 a 4 traçam o perfil do estudante, enquanto as demais se referem à percepção propriamente dita.

Tabela 1. Questões da Survey

Item	Questão
1	É estudante vinculado a qual universidade?
2	Qual curso de graduação?
3	Em qual período/semestre do curso participou do Veredicto?

14 Deus (2023).

15 Van der Laan (2023).

16 Vieira (2023).

17 Lagares (2023).

- 4 Ingressou na universidade segundo a política de cotas?
- 5 Teve contato analítico anterior com a pesquisa acadêmica por meio de cursos?
- 6 Antes do Veredicto, já havia publicado algum trabalho em periódico científico?
- 7 O Veredicto lhe ajudou de alguma forma a escrever artigos acadêmicos, seja para publicação em revistas, ou para as disciplinas ou a monografia/TCC?
- 8 Você escreveu algum artigo durante a extensão?
- 9 Com o Veredicto, você escreveu pela primeira vez um artigo acadêmico?
- 10 Com o Veredicto, você publicou pela primeira vez em periódico científico?
- 11 Durante a extensão, você submeteu algum material à Revista Avant? Esse material foi publicado pela Revista Avant?
- 12 Durante a extensão, você submeteu algum material à Revista RED|UnB? Esse material foi publicado pela Revista RED|UnB?
- 13 Você sentiu mudanças na sua perspectiva de futuro, como planejar, seguir a carreira docente, fazer iniciação científica ou ser um cidadão mais comprometido com a ciência e mais crítico com a informação?
- 14 Deixe sua impressão geral sobre sua experiência na área de pesquisa do Verê

Fonte: elaboração própria; Link de pesquisa: <https://forms.gle/TsHv64mzbNvYNhPy7>.

6. RESULTADOS E DISCUSSÃO

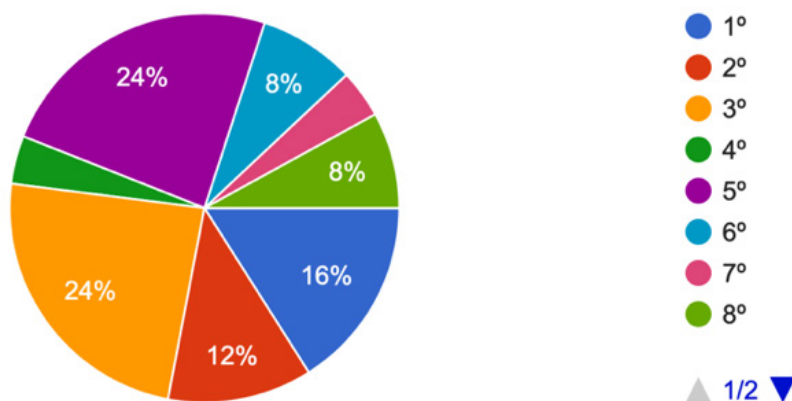
Do total de 65 discentes que participaram da área de pesquisa ao menos em um dos semestres (20 em 2022.2 e 45 em 2023.1), 25 responderam efetivamente a pesquisa.

Os dados coletados demonstram o predomínio de alunos até o quinto semestre, mais de 80% (gráf. 1). São, portanto, estudantes da primeira metade do curso. O perfil constatado pode ser relacionado ao fato de que, geralmente, ainda não trabalham ou mesmo estagiam, pois até estágios solicitam um período mínimo de semestres cursados. Ao mesmo tempo, observa-se que a participação reflete o equilíbrio buscado pela política de cotas da UnB, até com ligeiro predomínio de estudantes cotistas (gráf. 2).

Gráfico 1. Semestre curricular em que participou do Veredicto

Em qual período/semestre do curso participou do Veredicto?

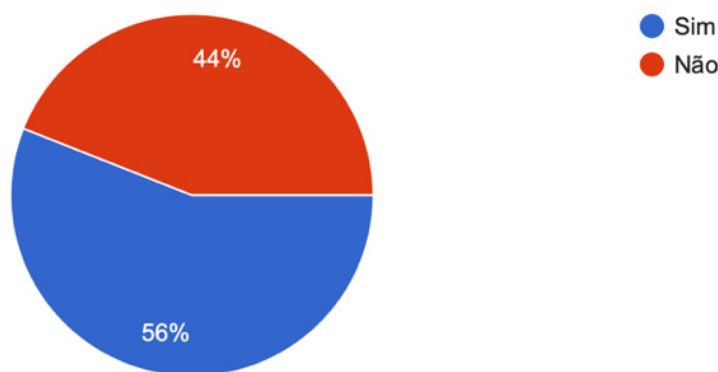
25 respostas



Fonte: elaboração própria

Gráfico 2. Perfil social – ingresso pela política de cotas
Ingressou na universidade segundo a política de cotas?

25 respostas



Fonte: elaboração própria

Em termos de percepção geral dos membros, pode-se constatar o seguinte:

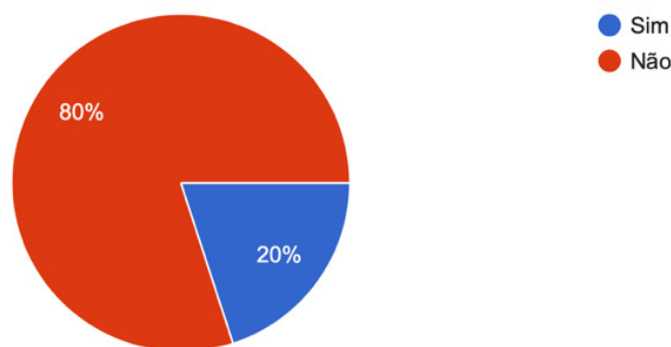
- i. 80% dos membros não tiveram, antes de participar do Veredicto, cursos de ensino sobre pesquisa acadêmica (gráf. 3) e quase 90% não possuíam publicação prévia em periódicos científicos (gráf.4);
- ii. 76% dos membros identificam algum efeito positivo do projeto em sua escrita acadêmica (gráf. 5);
- iii. 40% efetivamente escreveram algum artigo acadêmico durante sua participação no Veredicto (gráf. 6);
- iv. 5 alunos escreveram seu primeiro artigo acadêmico com o Veredicto (gráf. 7), e 4 efetivamente conseguiram publicar pela primeira vez em revista acadêmica (gráf. 8);
- v. Houve, efetivamente, 3 publicações e 1 submissão de artigo à Revista Avant (gráf.8) e 3 publicações e 1 submissão à RED | UnB (gráf. 9); e
- vi. Quase 90% dos membros sentiram mudanças na sua perspectiva de futuro, como planejar, seguir a carreira docente, fazer iniciação científica ou ser um cidadão mais comprometido com a ciência e mais crítico com a informação (gráf. 11).

Os gráficos 3 a 11 embasam tais conclusões.

Gráfico 3. Participação prévia em curso de pesquisa acadêmica

Já tinha tido um contato analítico com a pesquisa acadêmica antes por meio de cursos?

25 respostas

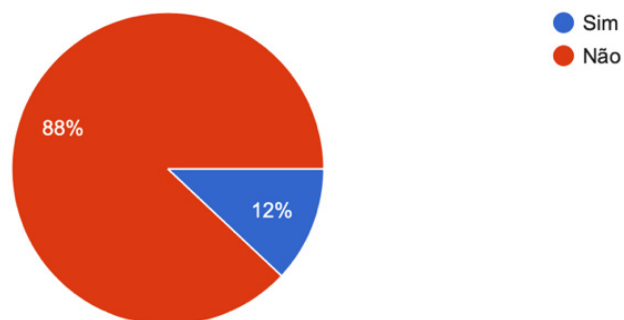


Fonte: elaboração própria

Gráfico 4. Publicação prévia em periódico científico

Antes do Veredicto, já havia publicado algum trabalho em periódico científico?

25 respostas

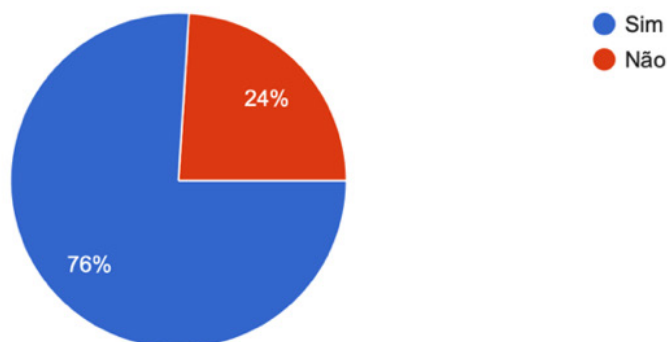


Fonte: elaboração própria

Gráfico 5. Percepção da efetividade da área de pesquisa

O Veredicto lhe ajudou de alguma forma a escrever artigos acadêmicos, seja para publicação em revistas, ou para as disciplinas ou a monografia/TCC?

25 respostas

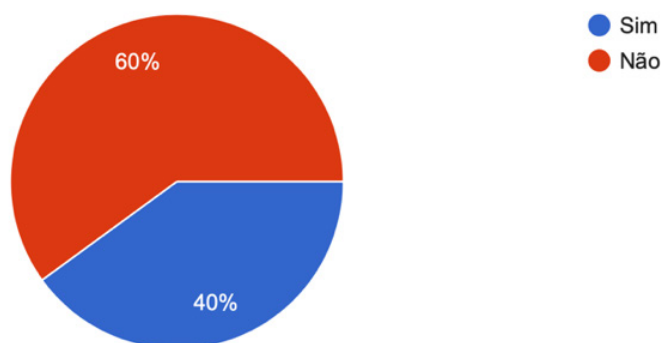


Fonte: elaboração própria

Gráfico 6. Produção efetiva durante o Projeto

Você escreveu algum artigo durante a extensão?

25 respostas

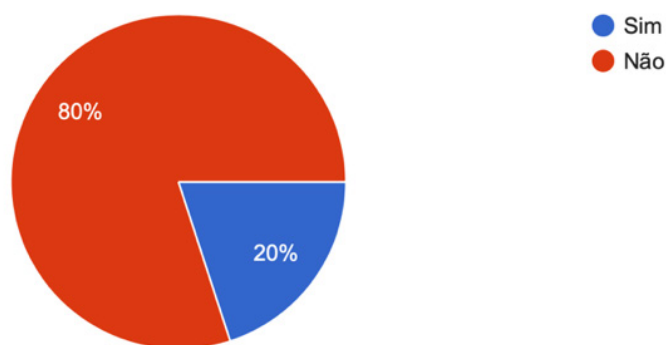


Fonte: elaboração própria

Gráfico 7. Primeira produção de artigo acadêmico

Com o Veredicto, você escreveu pela primeira vez um artigo acadêmico?

25 respostas

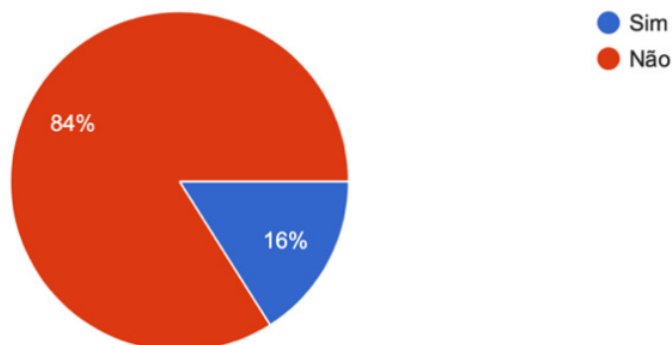


Fonte: elaboração própria

Gráfico 8. Primeira publicação de artigo acadêmico

Com o Veredicto, você publicou pela primeira vez em periódico científico?

25 respostas

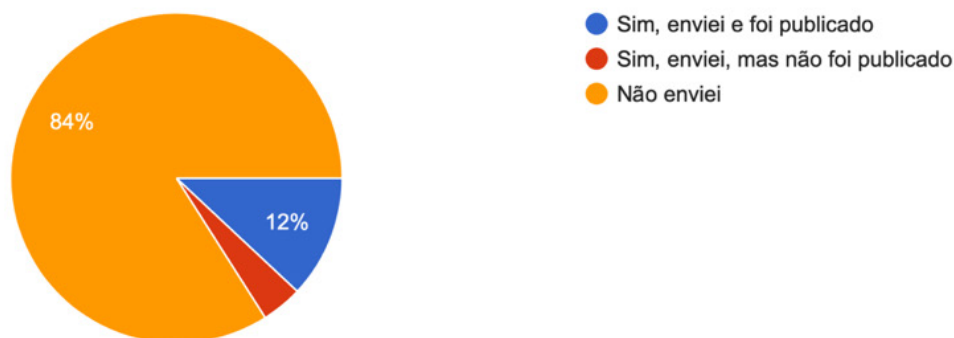


Fonte: elaboração própria

Gráfico 9. Revista Avant

Durante a extensão, você submeteu algum material à Revista Avant? Esse material foi publicado pela Revista Avant?

25 respostas

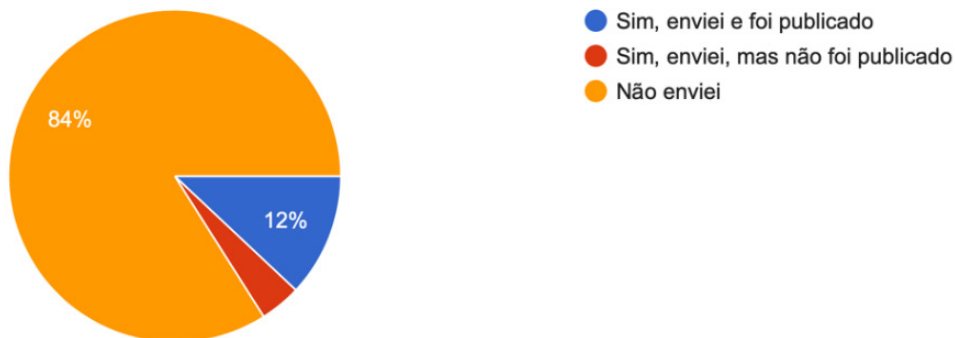


Fonte: elaboração própria

Gráfico 10. Revista RED | UnB

Durante a extensão, você submeteu algum material à Revista RED|UnB? Esse material foi publicado pela Revista RED|UnB?

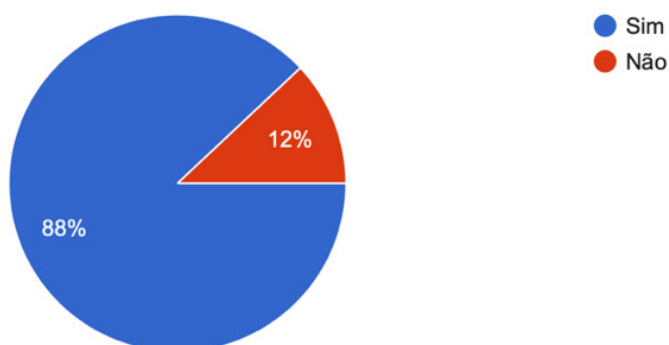
25 respostas



Fonte: elaboração própria

Gráfico 11. Percepção da utilidade do conhecimento adquirido na vida acadêmica e profissional
Você sentiu mudanças na sua perspectiva de futuro, como planejar, seguir a carreira docente, fazer iniciação científica ou ser um cidadão mais compr...o com a ciência e mais crítico com a informação?

25 respostas



Fonte: elaboração própria

Outro resultado bastante positivo esteve nas respostas livres coletadas na pesquisa. Em resumo, podem ser destacadas as seguintes constatações:

- i. satisfação dos participantes com as aulas ministradas no Veredicto e com a troca de experiências no modelo aluno-aluno facilitando a aprendizagem;
- ii. relevância acadêmica da área de pesquisa do Veredicto, que complementa a formação do aluno da UnB e lhe abre novos horizontes, direcionando-o à publicação efetiva nas revistas acadêmicas;
- iii. reconhecimento da mudança do conhecimento dos participantes;
- iv. aumento da compreensão da perspectiva de pesquisa jurídica e da produção de trabalhos acadêmicos, com aprimoramento da escrita, tornando-a mais próxima ao modelo acadêmico; e
- v. mais acessibilidade à escrita acadêmica, motivando a produção acadêmica do aluno nos próximos semestres, inclusive para fins de participação em PIBIC.

A tabela 2 elenca as respostas.

Tabela 2. Resposta livre dos membros no Veredicto Pesquisa

Item	Resposta
1	Maravilhosa!

- 2 No semestre passado participei na capacitação em pesquisa. Não há dúvida de que as aulas ministradas foram incríveis! Porém, por motivos pessoais e falta de tempo mesmo, não consegui produzir nenhum artigo científico nem fazer nenhuma pesquisa.
- 3 É uma área importante, pois confere aos acadêmicos as diretrizes para se realizar a escrita acadêmica, além de incentivar a formação de visões críticas que é a base para o desenvolvimento de artigos. Dessa forma o projeto visa incentivar a produção e publicação de artigos acadêmicos de qualidade.
- 4 Participei durante o 2º e o 3º período e simplesmente amei as duas experiências. A primeira experiência os coordenadores eram o Estevão e a Giovanna, eles sempre foram super atenciosos, preocupados e dedicados nos encontros, também buscavam estar trazendo convidados da área para agregar mais conhecimento. A segunda os coordenadores eram o Estevão e o Lucas, e da mesma forma que a primeira foi super bacana, as aulas bem explicativas, além do encontro muito bacana que teve com a Eneá. Ambas as experiências me ajudaram muito a escrever meus trabalhos acadêmicos, ainda que não tenha publicado nenhum, agora sou mais atenta a forma, o modelo da minha escrita.
- 5 A área de pesquisa aproxima o aluno da escrita acadêmica, complementando a formação do aluno; compartilha experiências de ex-alunos e professores convidados na escrita; indica e dá dicas de revistas científicas onde publicar, e permite ao aluno iniciante publicar artigo na RED, através da parceria com a revista dos estudantes de graduação da UnB. Enfim, torna a escrita acadêmica uma vivência possível, mais próxima e acessível à realidade do adolescente. Em particular, a pesquisa do Verê me reavivou a motivação para escrever.
- 6 Participar da área de pesquisa no semestre passado enriqueceu muito o meu conhecimento e a forma de escrita. Havia coisas das quais estava lutando há 4 semestres com muita dificuldade e após as aulas do grupo de pesquisa tive mais facilidade. Minha meta para esse próximo semestre é conseguir publicar um artigo.
- 7 Creio que todos que entrassem na área de pesquisa ao final obrigatoriamente deveriam entregar um artigo científico. O ideal é que houvesse um acompanhamento de acordo com cada parte do artigo (introdução, desenvolvimento e conclusão), de modo que, conforme o participante fosse evoluindo na teoria apresentada, pudesse escrever uma parte do artigo científico.
- 8 Sentí falta de mais atividades que levem a entender metodologias de pesquisa, bem como atividades remotas - sem necessidade de reunião - para aperfeiçoar a escrita e pesquisa acadêmica. Acho interessante criar aulas com convidados especiais que visam explicar melhor metodologias e estrutura de um texto para artigo e também realizar essas atividades remotas para estimular os membros.
- 9 Foram muito prestativos com as aulas proporcionadas, um bate-papo de aluno para aluno foi ótimo para o conhecimento.
- 10 O projeto é incrível no sentido de encaminhar os membros a novos âmbitos acadêmicos que geralmente não são tão explorados, como a produção e publicação de artigos científicos. É imprescindível a ação do Veredicto de elucidar os membros a redigir artigos e os direcionar a publicá-los nas revistas acadêmicas.
- 11 Foi extremamente enriquecedor entender a perspectiva de pesquisa em Direito, acredito que seria interessante também institucionalizar uma mentoria para compor os artigos.
- 12 Acho que focaram muito em um aspecto teórico e não estimularam tanto a prática.
- 13 O Veredicto é um projeto magnífico, e a pesquisa é um reflexo do trabalho e empenho de todos os coordenadores. Em especial, a pesquisa abre portas e novas perspectivas são criadas. Passei alguns semestres na Pesquisa, e a mudança no perfil de estudante é perceptível.
- 14 Foi interessante para aprender mais sobre como redigir um artigo e foi útil pois pretendo fazer um PIBIC.
- 15 O projeto é incrível. Gostaria de me dedicar mais a ele neste semestre.
- 16 Muito importante as atividades de troca de experiências na produção científica e conhecer boas revistas e suas regras de publicação. Não consegui me dedicar para desenvolver e submeter artigos mas a experiência foi relevante.
- 17 gostei bastante das palestras e de conhecer melhor o método científico/analítico; mas senti falta de uma prática, de produzir um artigo ou análogo.
- 18 A área de pesquisa do Veredicto me ajudou a entender as partes técnicas da pesquisa. Que foram cruciais para que eu pudesse escrever melhor artigos durante o semestre.
- 19 As formações foram excelentes.

- 20 Quero continuar a aprender mais. Gostei das aulas.
- 21 É bom projeto , gostei bastante !
- 22 Vejo no Veredicto uma excelente oportunidade para quem quer aprender o “bê-á-bá” da escrita acadêmica, os coordenadores incentivam e instruem os membros de forma personalizada, o que é, de fato, um diferencial do projeto. Sempre gostei de escrever, mas ao adentrar no mundo dos artigos acadêmicos, me deparei com uma grande insegurança e, com o auxílio da equipe de pesquisa do Veredicto, percebi que era sim possível levar o meu eu-autora para frente no âmbito acadêmico. Simplesmente essencial!
- 23 Não participei ativamente, por isso, não posso opinar.
- 24 Não pude assistir as aulas da área de pesquisa.
- 25 Eu gostei bastante da área de Pesquisa da Veredicto, pois eu aprendi conceitos fundamentais para o desenvolvimento das minhas atividades acadêmicas, tais como a estrutura de um artigo e as metodologias utilizadas nas ciências sociais.

Fonte: Pesquisa própria.

Também podem ser inferidas as seguintes conclusões. Por um lado, identifica-se a satisfação ampla dos participantes com o modelo adotado pela área de pesquisa, que preza a interação estudante-estudante e a horizontalidade no processo de ensino e aprendizagem. Por sua vez, observam-se sugestões pontuais de aprimoramento do projeto sugerindo-se pontualmente obrigatoriedade de produção de artigo pelo participante e a elaboração de atividades mais práticas, ao lado das aulas teóricas.

Porém, o Veredicto optou, metodologicamente, por constituir-se como projeto de extensão complementar à formação do aluno. Assim, a área de pesquisa foi estruturada com base em adesão voluntária à escrita acadêmica. Nesse sentido, cabe ao Veredicto transmitir conhecimento de como bem escrever um artigo acadêmico, inclusive fornecendo trabalho de revisão e mentoria individualizada em cada artigo, além de indicar onde publicá-lo. Já a produção efetiva do artigo cabe ao aluno.

Cabe salientar que a efetiva publicação constatada na pesquisa de apenas 6 artigos em revista acadêmica poderia, à primeira vista, ser considerada baixa. No entanto, a quantidade deve ser celebrada como uma conquista de um esforço de um trabalho coletivo, e compreendida em relação com as demais percepções oferecidas na pesquisa. Como apontado pelos participantes, questões pessoais como falta de tempo impediram a elaboração efetiva de pesquisa acadêmica e produção propriamente dita de artigo científico. Isso se relaciona com o fato de que escrever academicamente é um processo que consome tempo e reflexão. Diante das prioridades acadêmicas de se cumprirem as disciplinas e as demandas oficiais de entrega da UnB, trabalhos extras como o projeto de pesquisa acabam naturalmente em segundo plano.

Porém, isso não deve ser visto como desabono ao projeto. Como demonstra a pesquisa empírica, há uma percepção generalizada de contribuição efetiva do Veredicto na formação de seus membros em termos de conhecimento para produção acadêmica.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desenvolveu-se um esforço empírico para evidenciar o impacto do trabalho conduzido pela área de pesquisa jurídica do Veredicto na vida acadêmica de seus participantes. Em síntese, pode-se concluir pela efetividade desse trabalho, com percepções distintas, mas similares no sentido de apontar um caminho de crescimento acadêmico. Para muitos, o Veredicto permitiu

maior compreensão de como produzir um artigo acadêmico, não apenas em termos de estruturação, mas linguagem e conteúdo em si indicado para a boa produção. Para outros, mais do que auxiliar a escrever, o Veredicto ajudou a direcionar a produção acadêmica a alguma revista. Do contrário, possivelmente não teriam publicadas suas produções. Também o Veredicto tem o mérito de complementar a pesquisa jurídica na Faculdade de Direito da UnB.

Assim, pode-se concluir que a área de pesquisa, como reconhecido pelos participantes, desenvolve um trabalho de encaminhar os membros a novas possibilidades acadêmicas que geralmente não seriam tão exploradas, como a produção e publicação de artigos científicos. Assim, auxilia-se a redigir artigo e a direcioná-lo à publicação nas revistas acadêmicas adequadas. Tal realidade foi agregada aos alunos pelo Veredicto. Isso aponta que há um potencial de transformação acadêmica dos participantes da área de pesquisa do Veredicto.

Por fim, resgatamos que o Veredicto se alinha com as diretrizes de extensão universitária do Decanato de Extensão da UnB, no sentido de ser uma vertente de produção de conhecimento que valoriza e prioriza metodologias participativas e favorecem o diálogo, em linha com o plano nacional de Extensão Universitária¹⁸. Assim, agrega um novo conceito de educação, que não se limita ao espaço físico da dimensão tradicional da sala de aula, mas abrange experiências desenvolvidas pelos próprios alunos da graduação.

18 FORPROEX. O plano nacional de Extensão Universitária. **Coleção Extensão Universitária**. Vol. I, 1987. p. 10.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DEUS, Lucas Nepomuceno Macêdo. Análise dos desafios do Direito Comparado na contemporaneidade e a aplicação do Pacto de San José da Costa Rica no ordenamento jurídico brasileiro. **Portal Jurídico dos Estudantes de Direito**. Brasília. 29 jun. 2023. Disponível em: <https://www.pjed.com.br/analise-dos-desafios-do-direito-comparado-na-contemporaneidade-e-a-aplicacao-do-pacto-de-san-jose-da-costa-rica-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>. Acesso em: 16 dez. 2024.
- FORPROEX. O plano nacional de Extensão Universitária. **Coleção Extensão Universitária**. Vol. I, 1987. P. 10.
- LAGARES, Gabriel Eduardo Nunes. Falsa consciência de patriotismo no Brasil: Uma consequência neoliberal. **Portal Jurídico dos Estudantes de Direito**. Brasília. 28 set. 2023. Disponível em: <https://www.pjed.com.br/falsa-consciencia-de-patriotismo-no-brasil/>. Acesso em: 16 dez. 2024.
- RIBEIRO, Darcy. **Universidade para Quê?** Brasília: Editora UnB, 1986.
- RIBEIRO, Darcy. *A Universidade Necessária*. Cap. V, Editora Paz e Terra, 1978.
- ROMÃO, Felipe Augusto; TAVARES, Giovanna Milanez; SILVA, Patrícia Bouvier do Nascimento; LIMA, Ramon Richardson Torres; BARROS, Sofia Sarmento. “Veredicto: Simulações Jurídicas, Pesquisa e Extensão” – O Espaço de Diálogo Proporcionado pela Experiência Extensionista Universitária e seus Reflexos Sociais. **Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], v. 14, n. 1, p. 267–279, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/16574>. Acesso em: 18 out. 2023.
- SOBRE. **Portal Jurídico dos Estudantes de Direito**, s.d. Disponível em: <https://www.pjed.com.br/sobre/>. Acesso em: 16 dez. 2024.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (Org). **Da Universidade Necessária à Universidade Emancipatória: balanço da gestão de um sonho**. Brasília: Editora UnB, 2012.
- VAN DER LAAN, Cesar Rodrigues. **Lei Complementar 176: Eficiência e Autonomia do Banco Central**. **Portal Jurídico dos Estudantes de Direito**. Brasília. 27 jul. 2023. Disponível em: <https://www.pjed.com.br/lei-complementar-179/>. Acesso em: 16 dez. 2024.
- VIEIRA, Ana Vitória Gomes de Oliveira. O Brasil pode ser condenado perante um Tribunal Internacional pelo cometimento de um crime de genocídio à tribo indígena Yanomami? **Portal Jurídico dos Estudantes de Direito**. Brasília. 31 ago. 2023. Disponível em: <https://www.pjed.com.br/o-brasil-pode-ser-condenado-perante-um-tribunal-internacional-pelo-cometimento-de-crime-de-genocidio-contra-a-tribo-indigena-yanomami/>. Acesso em: 16 dez. 2024.

A REGRAVAÇÃO DE MÚSICAS COMO ESTRATÉGIA PARA RECUPERAÇÃO DE DIREITOS CONEXOS: ESTUDO DO CASO DAS REGRAVAÇÕES DE ÁLBUNS DA CANTORA TAYLOR SWIFT PELAS PERSPECTIVAS BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE¹

THE RE-RECORDING OF SONGS AS A STRATEGY FOR RECOVERING RELATED RIGHTS: CASE STUDY OF THE RE-RECORDINGS OF SINGER TAYLOR SWIFT'S ALBUMS THROUGH THE BRAZILIAN AND AMERICAN PERSPECTIVES

Ana Clara dos Santos Seares²

Mariana Armiliatto Pacheco³

RESUMO: A indústria musical contemporânea enfrenta desafios significativos relacionados à proteção e reivindicação dos direitos autorais, destacando-se a prática de regravar músicas como um meio de recuperar direitos conexos - fenômeno que recentemente ganhou notoriedade no caso da cantora Taylor Swift. Assim, importa compreender as nuances legais e estratégicas adotadas por artistas na era digital, bem como as implicações dessa prática para a indústria. A proposta do estudo é analisar os direitos conexos na Indústria da Música, realizando um estudo de caso de gravação de álbuns realizada pela cantora Taylor Swift, bem como um estudo comparativo entre as regulamentações no Brasil e nos Estados Unidos. Dessa forma, questiona-se: quais as modalidades legais no direito brasileiro e norte-americano que permitem resguardar os direitos conexos na indústria musical, e quais as diferenças e semelhanças entre suas regulamentações? Nesse sentido, o objetivo geral da presente pesquisa é verificar as modalidades legais que garantem a proteção dos direitos conexos na indústria da música. A metodologia empregada é qualitativa, envolvendo procedimentos de revisão bibliográfica, bem como um estudo de caso para ilustração. Os resultados revelam que a gravação, quando realizada de forma estratégica, pode ser um meio eficaz de recuperar controle sobre obras musicais. No caso de Swift, a gravação de álbuns não apenas gerou repercussões financeiras, mas também trouxe à tona discussões sobre propriedade intelectual, fortalecendo sua posição como artista e influenciadora na indústria. Por outro lado, destaca-se que essa estratégia pode não ser viável para artistas emergentes, ressaltando a complexidade do cenário musical contemporâneo.

Palavras-chave: Reivindicação Autoral. Mercado Fonográfico. Proteção de Criadores.

ABSTRACT: The contemporary music industry faces significant challenges related to the protection and claim of copyright, highlighting the practice of re-recording songs as a means of recovering related rights – a phenomenon that recently gained notoriety in the case of singer Taylor Swift. Thus, it is important to understand the legal and strategic nuances adopted by artists in the digital age, as well as the implications of this practice for the industry. The purpose of the study is to analyze the related rights in

1 O trabalho foi originalmente publicado nos anais do XVII Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, promovido pelo GEDAI/UFPR, vinculado ao PPGD/UFPR.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Estagiária em Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Integrante do Grupo Interdisciplinar em Propriedade Intelectual e Inovação (GIPPI - UFRGS). E-mail: anaclarados-santosseares@gmail.com.

3 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com período de mobilidade acadêmica na Université de Lille. Integrante do Grupo Interdisciplinar em Propriedade Intelectual e Inovação (GIPPI - UFRGS). Estagiária da área de Propriedade Intelectual e Direito Digital do Silveiro Advogados. E-mail: marianap1804@gmail.com.

the Music Industry, performing a case study of album re-recording, such as performed by singer Taylor Swift, as well as a comparative study between the regulations in Brazil and the United States. Thus, it is questioned: what are the legal modalities in Brazilian and North American law that allow to safeguard the related rights in the music industry, and what are the differences and similarities between their regulations? In this sense, the general objective of this research is to verify the legal modalities that guarantee the protection of related rights in the music industry. The methodology used is qualitative, involving literature review procedures, as well as a case study for illustration. The results reveal that re-recording, when performed strategically, can be an effective means of regaining control over musical works. In the case of Swift, the re-recording of albums not only generated financial repercussions, but also brought up discussions about intellectual property, strengthening her position as an artist and influencer in the industry. On the other hand, this strategy may not be feasible for emerging artists, highlighting the complexity of the contemporary music scene.

Keywords: Copyright Claim. Phonographic Market. Protection of Creators.

1. INTRODUÇÃO

A indústria da música é uma das mais dinâmicas e expressivas do cenário cultural global. Neste cenário, os direitos autorais desempenham um papel fundamental na proteção das criações artísticas e na garantia da justa remuneração aos seus criadores. Além dos direitos autorais, existem os denominados “direitos conexos” ou “direitos vizinhos”, que conferem proteção a indivíduos e entidades envolvidas na exploração e divulgação das obras musicais, resguardando os interesses de intérpretes, produtores fonográficos e outros profissionais da música relacionados à exploração e divulgação de obras musicais.

Assim, este artigo tem como objetivo principal verificar as modalidades legais nos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano que garantem a proteção dos direitos conexos na indústria da música, com ênfase na comparação entre suas regulamentações. Para tanto, serão explorados aspectos legais, conceituais e práticos envolvendo os direitos conexos, possibilitando uma compreensão mais abrangente dessa importante dimensão dos direitos autorais.

Dessa forma, o estudo abordará especificamente os direitos conexos, um tema essencial dentro do contexto dos direitos autorais, e sua relevância na indústria da música. Serão investigadas as leis e normas brasileiras e norte-americanas que regem essa categoria de direitos, com enfoque nas proteções concedidas aos artistas intérpretes ou executantes, produtores fonográficos e outros agentes envolvidos na exploração das obras musicais. Nesse sentido, questiona-se: Quais são as modalidades legais no direito brasileiro e norte-americano que permitem resguardar os direitos conexos na indústria musical, e quais as diferenças e semelhanças entre suas regulamentações? Inicialmente, a pesquisa partiu da hipótese de que a regravação estratégica de álbuns poderia ser uma maneira eficaz de artistas recuperarem os direitos conexos sobre suas obras musicais e, conseqüentemente, o controle sobre o que é feito com suas criações artísticas. Esta hipótese foi confirmada ao longo da análise dos direitos conexos na indústria musical, com foco nas regravações realizadas por Swift, bem como pela comparação das regulamentações entre Brasil e Estados Unidos.

O estudo é relevante por analisar a dinâmica dos direitos conexos na indústria musical, destacando estratégias como regravações, exemplificadas pelo caso da cantora Taylor Swift. Ao comparar regulamentações no Brasil e nos Estados Unidos (EUA), a pesquisa ilumina as complexidades da proteção autoral na era digital e suas implicações para artistas e a indústria, de modo a permitir uma visão abrangente quanto aos desafios enfrentados na proteção dos direitos conexos.

A metodologia da pesquisa se baseia em uma abordagem exploratória, envolvendo procedimentos de revisão bibliográfica, bem como um estudo de caso para ilustração. Assim, será proposta uma análise do caso envolvendo as regravações que a artista Taylor Swift lançou desde 2021, com vistas a exemplificar a aplicação dos direitos conexos na indústria musical e suas implicações.

Espera-se que esta pesquisa contribua para a compreensão aprofundada dos direitos conexos na indústria da música, proporcionando uma análise comparativa entre as regulamentações brasileira e norte-americana, além de fornecer subsídios para reflexões sobre a proteção dos criadores musicais e a viabilidade de políticas que assegurem seus direitos na era contemporânea.

rânea. Diante deste objetivo, propõe-se, em um primeiro momento, uma introdução à temática dos direitos conexos no âmbito do Direito brasileiro, com um enfoque direcionado à sua aplicação na indústria musical. Em seguida, é traçado um panorama quanto à legislação do *Copyright*⁴ norte-americano, de modo a compreender como os direitos conexos são aplicados no contexto dos artistas musicais. Posteriormente, apresenta-se uma análise comparativa entre as legislações em questão e suas possíveis searas de aplicação. Por fim, propõe-se um estudo de caso da situação envolvendo as regravações dos seis álbuns da cantora Taylor Swift, que foram lançados no período em que a artista tinha contrato firmado com a gravadora *Big Machine Records*.

2. INTRODUÇÃO AOS DIREITOS CONEXOS

Os direitos conexos, frequentemente referidos como direitos vizinhos, distinguem-se dos direitos autorais, mesmo sendo proximamente relacionados a eles. Enquanto os direitos autorais focam na criação da obra, os direitos conexos enfatizam o esforço envolvido em sua interpretação, execução ou difusão⁵. Assim, uma vez que a produção musical não se limita à criação da obra – mas envolve um conjunto complexo de etapas de produção, distribuição e divulgação –, os direitos conexos desempenham um papel essencial na proteção dos interesses dos diversos profissionais envolvidos na indústria musical. Diferentemente dos direitos autorais, que protegem os criadores das obras intelectuais, os direitos conexos abarcam os direitos de intérpretes, músicos executantes, produtores fonográficos e outros agentes que contribuem para a criação e difusão da música.

Segundo Eboli⁶, os direitos conexos surgiram da evolução tecnológica, que transformou efêmeras execuções de obras em registros duradouros, seja por meio de fixações sonoras ou audiovisuais. Nesse contexto, no escopo da indústria musical, os direitos conexos são inseparáveis dos direitos autorais, formando um conjunto abrangente de proteções legais. Enquanto os direitos autorais salvaguardam a criação original da obra, os direitos conexos conferem proteção às performances, interpretações e fonogramas associados às músicas. Essa interdependência garante uma proteção aos interesses dos profissionais que trabalham nos bastidores da criação musical, bem como àqueles que as interpretam e tornam suas manifestações artísticas acessíveis ao público. Assim, os titulares dos direitos conexos são: o artista – sobre sua interpretação ou execução; o produtor de fonogramas – sobre sua produção sonora; o organismo de radiodifusão – sobre o seu programa⁷.

Portanto, torna-se imperativo entender a definição e regulamentação dos direitos conexos no âmbito legislativo brasileiro. Para tanto, será realizada uma análise da legislação brasileira

4 A palavra “*Copyright*” designa a noção de direito de autor na lei americana (Título 17 do Código dos Estados Unidos), que abrange o conjunto de prerrogativas conferidas aos autores de obras originais e seus beneficiários para sua utilização. Esse termo, frequentemente utilizado em contextos internacionais, tem suas raízes na legislação norte-americana, diferenciando-se em certos aspectos dos sistemas de direitos autorais presentes em outros países. O “*copyright*”, presente no sistema anglo-saxão, refere-se ao direito de cópia, típico de países que adotam o sistema de Common Law, como EUA e Inglaterra. Em contraste, os Direitos Autorais, oriundos do *Droit d’Auteur* ou sistema francês/continental, são adotados pela maioria dos países, incluindo o Brasil. Este último foca na criatividade da obra e nos Direitos Morais de seu autor. Portanto, podemos identificar duas vertentes distintas em relação aos direitos sobre obras: o direito do autor e o *Copyright*.

5 PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. 144 p.

6 EBOLI, João Carlos de Camargo. Os direitos conexos. **Revista CEJ**, v. 7, n. 21, p. 31-35, abr./jun. 2003.

7 EBOLI, João Carlos de Camargo. Os direitos conexos. **Revista CEJ**, v. 7, n. 21, p. 31-35, abr./jun. 2003.

pertinente, com ênfase na Lei de Direitos Autorais Brasileira (Lei nº 9.610/1998). Através dessa análise, buscar-se-á elucidar as bases legais que protegem os diversos atores envolvidos na indústria musical brasileira.

3. LEI DE DIREITOS AUTORAIS BRASILEIRA (LEI N.9.610/1998) E OS DIREITOS CONEXOS

Os Direitos Autorais protegem os direitos morais e de exclusividade dos autores de obras intelectuais, estabelecendo um sistema de incentivo que almeja a produção contínua dessas obras. Essa proteção é essencial para estimular a inovação, pois assegura que as criações do espírito sejam protegidas, incentivando, assim, cada vez mais criações e fomentando a criatividade.

O Direito Autoral, segundo Bittar⁸, é conceituado como o ramo do Direito Privado responsável por regular as relações jurídicas advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais de caráter estético, abarcando a literatura, as artes e a ciência. A peculiaridade desse ramo do direito é marcada por sua natureza *sui generis*, indicando que não se enquadra nas categorizações convencionais, requerendo, assim, reconhecimento como um direito autônomo.

Nesse rumo, a Lei de Direito Autoral brasileira – Lei n.º 9.610, de 19 de fevereiro de 1998 – define os direitos dos autores sobre suas obras intelectuais, abrangendo os direitos patrimoniais e morais, assim como disciplina a duração, a transmissão e a cessão destes direitos. Em seu Artigo 7º, a Lei garante proteção a uma ampla gama de obras intelectuais, abarcando as criações do espírito expressas de qualquer forma, incluindo textos literários, composições musicais – que tenham ou não letra –, obras de arte, programas de computador, entre outras.

Ainda, os direitos do autor são bifurcados em direitos morais e patrimoniais. Os direitos morais são inalienáveis e irrenunciáveis, referindo-se, entre outros, ao direito de reivindicar a autoria da obra e de opor-se a qualquer modificação que possa prejudicar a sua honra ou reputação. Já os direitos patrimoniais referem-se à utilização econômica da obra e podem ser cedidos ou licenciados. Dessa forma, a Lei n.º 9.610/1998 representa um marco legal no reconhecimento e proteção dos direitos dos autores no Brasil. Em um mundo cada vez mais digital e globalizado, no qual a propriedade intelectual torna-se cada vez mais valiosa, a Lei de Direitos Autorais desempenha um papel crucial em garantir que os criadores sejam justamente reconhecidos e recompensados por suas contribuições ao acervo cultural e intelectual.

Ainda, a Lei de Direito Autoral brasileira é a base legal que abrange tanto os direitos autorais quanto os direitos conexos. Essa legislação é fundamental para a proteção dos diversos profissionais envolvidos na criação e divulgação de obras musicais, garantindo reconhecimento e compensação adequada pelos seus esforços.

Segundo Ascensão⁹, o Direito Autoral abrange também os chamados direitos conexos do direito de autor, como direito dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores de fonogramas e dos organismos de radiodifusão. Assim, dentro desse universo autoral, encontram-se os direitos conexos, os quais, embora adjacentes aos direitos autorais, possuem caráter

8 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 168 p.

9 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754 p.

distinto e independente. A Lei n.º 9.610/1998, em seu Artigo 1º, destaca que, sob a denominação de “direitos autorais”, compreendem-se tanto os direitos dos autores originários quanto os direitos conexos das pessoas que interpretam e disseminam suas obras, como artistas, produtores de fonogramas e organismos de radiodifusão. Ademais, a referida lei, em seu Artigo 89, estabelece que as normas relativas aos direitos de autor são aplicáveis, conforme o caso, aos direitos dos artistas intérpretes ou executantes, dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão. Importante ressaltar o esclarecimento prestado pelo parágrafo único deste artigo, também mencionado por Eboli¹⁰, que confirma que a proteção desta lei aos direitos conexos não interfere nas garantias destinadas aos autores de obras literárias, artísticas ou científicas.

A contextualização histórica fornecida por Abrão¹¹ demonstra que a necessidade de proteger os direitos conexos decorre, em parte, do avanço tecnológico. A ascensão das gravações reduziu as performances ao vivo, levando a uma demanda por compensações justas para as performances gravadas. Esta demanda, por sua vez, levou à aliança entre artistas e produtores de fonogramas, ambicionando remunerações equivalentes para ambos os grupos.

Dentro do cenário dos direitos conexos, a proteção conferida aos produtores fonográficos é tema de debate e divergência doutrinária. Conforme destacado por Paranaguá e Branco¹², produtores fonográficos são aqueles que investem na produção do fonograma, sendo, em termos simplificados, equivalentes às produtoras de CDs na contemporaneidade. A Lei de Direitos Autorais concede a esses produtores direitos que, em alguns pontos de vista, poderiam ser entendidos como empecilhos para a circulação das obras intelectuais. A crítica se acentua quando se pondera acerca da ausência de justificativa artística para atribuir um direito de natureza intelectual a esses produtores. Diferentemente dos intérpretes e executantes, cuja contribuição artística e intelectual na obra pode ser reconhecida, os produtores fonográficos não apresentam, segundo os autores, um papel criativo que justifique tal proteção. Esta perspectiva evidencia as complexidades e nuances do debate sobre direitos conexos no campo jurídico e artístico.

Portanto, o Direito Autoral e os direitos conexos representam um campo complexo e multifacetado da proteção jurídica. Eles refletem a necessidade de equilibrar os interesses dos criadores originais com aqueles que desempenham funções cruciais na disseminação e apresentação de obras ao público, sejam eles intérpretes, artistas, produtores de fonogramas ou organismos de radiodifusão. Enquanto o Direito Autoral protege principalmente os direitos inerentes à criação original, os direitos conexos buscam reconhecer e proteger as contribuições secundárias no universo da propriedade intelectual. Contudo, as controvérsias, exemplificadas pelo debate sobre os produtores fonográficos, revelam os desafios de conciliar interesses diversos e de reconhecer adequadamente todos os contribuintes no processo criativo. Em uma era na qual a tecnologia transforma constantemente a maneira como consumimos e interagimos com a arte e a cultura, a necessidade de uma legislação bem estruturada e adaptada às realidades contemporâneas é mais premente do que nunca. Reconhecer e proteger adequadamente os di-

10 EBOLI, João Carlos de Camargo. Os direitos conexos. *Revista CEJ*, v. 7, n. 21, p. 31-35, abr./jun. 2003.

11 ABRÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. 229 p.

12 PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. *Direitos Autorais*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. 144 p.

reitos dos envolvidos nesse processo é fundamental para garantir a continuidade da inovação e da expressão criativa em nossa sociedade.

Após explorar a complexidade dos direitos conexos no contexto brasileiro, é imperativo lançar um olhar sobre o tratamento desses direitos nos Estados Unidos, uma nação com uma rica tradição na indústria da música e uma abordagem distinta à proteção da propriedade intelectual.

4. DIREITOS CONEXOS NO DIREITO NORTE-AMERICANO: INVESTIGAÇÃO DAS LEIS E ESTATUTOS APLICADOS NOS ESTADOS UNIDOS

No tocante aos Estados Unidos, os direitos conexos, geralmente referidos como “*neighboring rights*” ou “*related rights*”, são fundamentados no *Copyright Act*, o qual consta no Título 17 do *United States Code*. Este documento jurídico teve sua origem em 1909, mas sofreu várias alterações, sendo a mais substancial em 1976.

No âmbito norte-americano, os direitos conexos geralmente abrangem performances, fonogramas, produções audiovisuais e transmissões. Diante do contexto da indústria musical, cabe ainda fazer menção a alguns termos cunhados pelo *Copyright Act* estadunidense, objetivando uma compreensão mais clara da proteção legal existente no país. Segundo o parágrafo 101 do *Copyright Act*, “*sound recordings*” são trabalhos resultantes da junção de uma série de sons, podendo ser musicais ou mesmo falados, independente do objeto no qual ele se encontra (como discos, fitas e CDs). Nestes não estão inclusos os sons que acompanham filmes ou outras obras audiovisuais. De acordo com o mesmo dispositivo legal, “*phonorecords*” são objetos materiais nos quais os sons são fixados, por qualquer método atual ou futuramente conhecidos, pelos quais os sons podem ser percebidos, reproduzidos ou comunicados, seja diretamente ou por meio de uma máquina ou dispositivo. Estes também não incluem aqueles sons que acompanham filmes ou produções audiovisuais.

Ao abordar-se os direitos conexos nos Estados Unidos, é essencial que se compreenda como esse escopo de proteção foi elaborado ao longo das décadas por tratados internacionais e de que modo foi internalizado pelos EUA. Uma vez que o *Copyright* se diferencia, em grande medida, do *Droit d’Auteur* – comumente associado a países do sistema *civil law* – nem sempre as tentativas de internacionalização dos direitos autorais e conexos é incorporada da mesma forma nos diversos países que aderem aos tratados. Nesse sentido, cabe referenciar a Convenção da União de Berna (1886), a qual estabeleceu proteção a obras artísticas e literárias, incluindo aquelas de cunho científico. Tal Convenção foi pensada pelo viés dos países europeus¹³, de modo que os Estados Unidos não aderiram à Convenção num primeiro momento – tendo ratificado o acordo apenas em 1989 –, uma vez que algumas das questões trazidas, como a proteção do direito moral dos autores e a desnecessidade de requerimento para que a proteção seja conferida, estariam em dissonância com o *Copyright* adotado no direito norte-americano.

Ademais, no que tange aos direitos conexos, uma das mais relevantes convenções internacionais existentes é a Convenção de Roma (1961), a qual fornece proteção aos artistas

13 FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quatier Latin, 2009. 406 p.

intérpretes ou executantes, aos órgãos de radiodifusão e aos produtores de fonogramas, estabelecendo os princípios fundamentais para os direitos conexos. Seguindo com a justificativa de que a Convenção não se adequaria aos moldes presentes no *common law* estadunidense, o país não incorporou a legislação internacional.

Além disso, é importante destacar que o Brasil é signatário de vários tratados internacionais relacionados aos direitos autorais e conexos. Entre os mais relevantes, o país aderiu à Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas; à Convenção de Roma sobre a proteção dos artistas intérpretes ou executantes aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão; ao Convênio de Fonogramas para a proteção dos produtores de fonogramas contra a sua reprodução não autorizada; ao Convênio de Bruxelas sobre a distribuição de sinais de programas transmitidos por satélites, e ao Tratado de Marrakech para facilitar o acesso a obras publicadas para pessoas cegas, com baixa capacidade visual ou com outras dificuldades para acessar o texto impresso. Além disso, o Brasil também é parte do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), que estabelece padrões internacionais de proteção de propriedade intelectual.

Em relação aos tratados internacionais que foram incorporados pelos Estados Unidos no tocante aos direitos autorais e conexos, pode-se ressaltar ainda o Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas (WPPT) – que entrou em vigor em 2002. Este Tratado garantiu direitos econômicos aos performers e aos produtores de fonogramas, dentre estes os direitos de reprodução, de distribuição, de aluguel, de disponibilização, de transmissão e de fixação de performances. Cabe ainda mencionar no tocante à incorporação deste Tratado nos EUA, que o país não fez ressalvas quanto à previsão de direitos morais aos performers, a qual estaria em dissonância à legislação do *Copyright*.

Ademais, ressalta-se o Acordo TRIPS, do qual os Estados Unidos se tornaram signatários em 1994. Por meio do Acordo TRIPS, as provisões da Convenção de Berna – com exceção do direito moral dos autores – foram incorporadas, de modo que, aos intérpretes e performers, foi garantido o direito de fixação de suas performances em fonogramas e a reprodução destas fixações, bem como a transmissão e a divulgação de suas performances ao público¹⁴. Estes direitos incorporados na legislação estadunidense podem ser encontrados no Capítulo 11 do Título 17 do *United States Code*, mas separadamente ao *Copyright Act*, o que sugere sua categorização no âmbito jurídico norte-americano de direito conexo ao direito autoral¹⁵.

5. ANÁLISE COMPARATIVA DAS REGULAMENTAÇÕES BRASILEIRA E NORTE-AMERICANA

Ao adentrar na análise comparativa entre a legislação brasileira e a norte-americana referente aos direitos conexos, é fundamental reconhecer que, embora ambas as legislações tenham propósitos semelhantes – proteger os direitos dos artistas e dos produtores, bem como incen-

14 GERVAIS, Daniel. Related Rights in United States Law. *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 65, n. 4, p. 371-393, Fall 2018.

15 GERVAIS, Daniel. Related Rights in United States Law. *Journal of the Copyright Society of the USA*, vol. 65, n. 4, p. 371-393, Fall 2018.

tivar a criação artística e intelectual – elas foram moldadas por diferentes tradições jurídicas e diferentes contextos culturais.

A tradição jurídica brasileira é baseada no sistema *civil law*, com forte ênfase na relação entre o autor e sua obra, predominando, desse modo, a teoria da personalidade no ordenamento, consoante a ideia do autor francês Morillot¹⁶, que empregou o termo “direito moral”, marcando o começo da visão dualista do direito autoral. Essa perspectiva concede tanto direitos patrimoniais quanto morais ao autor, sendo os últimos ancorados nos direitos da personalidade. Assim, no contexto da família romano-germânica, o direito autoral combina dois elementos: o direito moral, ligado ao direito da personalidade, e a propriedade exclusiva da obra intelectual. Essa visão dualista reconhece simultaneamente um direito patrimonial e um pessoal, ambos originados da obra intelectual. Nesse sentido, a Lei de Direitos Autorais brasileira (Lei n.º 9.610/98), reconhece as “criações de espírito” como obras intelectuais protegidas, independentemente do meio em que sejam expressas. O artigo 22 da lei estabelece tanto os direitos morais quanto patrimoniais do autor sobre sua criação. Esses direitos morais refletem a conexão íntima e contínua entre o autor e sua obra, sendo vistos como um direito da personalidade devido ao vínculo indissolúvel entre criador e criação. Dessa forma, esse direito da personalidade, que abarca o direito moral do autor, é um conceito oriundo do direito civil continental da tradição romano-germânica.

Os Estados Unidos, por sua vez, têm seu sistema baseado na tradição do sistema *common law*, de forma que o direito autoral é visto como um meio de incentivar a criatividade e a inovação, garantindo aos autores direitos exclusivos por um tempo determinado, após o qual a obra entra em domínio público para benefício da sociedade. Assim, é um sistema orientado para o mercado, com uma abordagem que visa maximizar o bem público. Dessa forma, existe certa dificuldade em reconhecer os direitos morais sob a ótica do sistema *common law*, considerando as particularidades do *copyright*. Assim, a lógica de cada sistema é diferente: o *copyright* foca na reprodução da obra, enquanto o direito autoral prioriza a proteção do autor, destacando sua personalidade. Em relação às diferenças entre esses sistemas, Ginsburg observa:

As concepções do direito autoral francês como “orientado pelo autor” e do *copyright* anglo-americano como “orientado pela sociedade” carregam certos corolários. Em geral, alguém pode acreditar que, quanto mais centrado no autor for o sistema, mais protetivo será o regime de direito autoral. E essa extensão do “centrismo autoral” promoverá alguns interesses em detrimento de outros. Por exemplo, alguns argumentam que os diferentes focos do sistema explicam a proteção ativa dos direitos morais ou não econômicos dos autores de receber a atribuição e preservar a integridade artística das suas criações na França, e a tradicional escassez de tais salvaguardas nos EUA. Da mesma forma, a perspectiva francesa abrangerá de forma mais confortável obras de conteúdo literário ou artístico mais perceptível, enquanto a ênfase dos EUA na utilidade social pode explicar a cobertura histórica de direitos autorais em compilações que transmitem muitas infor-

16 MORILLOT, André. **De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne**. Paris: Cotillon; Berlin: Puttkammer & Mühlbrecht, 1878. 184 p.

mações, mas pouca contribuição autoral subjetiva, bem como sua atual receptividade à proteção de programas de computador¹⁷.

Enquanto o Brasil é signatário de várias convenções internacionais, incluindo a Convenção da União de Berna, os Estados Unidos possuem uma relação complexa com tratados internacionais, tendo aderido à Convenção da União de Berna apenas em 1989. Ademais, não é signatário da Convenção de Roma – a qual delimitou os marcos legais internacionais acerca dos direitos conexos –, indicando uma certa resistência a incorporar provisões que não estejam em consonância com o que foi inicialmente cunhado pelos legisladores no âmbito do *Copyright*. Ademais, ressalta-se a tendência econômica e de viés mercadológico percebida na proteção dos direitos autorais nos EUA diante da ratificação do Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas (WPPT), o qual trata dos direitos conexos por meio de um enfoque econômico, ao passo que a Convenção de Roma – precursora no tocante à regulação dos direitos conexos – seguiu sem aceitação pelo Estado norte-americano.

Outrossim, destaca-se como essas diferentes filosofias dos sistemas jurídicos são incorporados na seara da indústria musical. Ao passo que no contexto brasileiro existe uma proteção intrínseca à autoria da obra, sendo atribuídos direitos morais aos autores, mesmo na hipótese de mudança da titularidade, nos Estados Unidos a situação se diferencia em larga escala. Na esfera estadunidense, nem mesmo a autoria da obra necessariamente será de quem a produziu, uma vez que existem mecanismos tal qual o “*work made for hire*”, situação na qual um compositor, por exemplo, seria contratado com o objetivo de realizar um trabalho musical, como escrever uma canção para algum organismo, de modo que o autor não teria direito de reter nem a autoria, nem a titularidade de sua obra¹⁸.

Portanto, os sistemas de *Droit d’Auteur* e *Copyright*, embora busquem objetivos similares, são fundamentados em tradições e filosofias distintas. Enquanto o sistema brasileiro – cunhado pela mesma lógica do *Droit d’Auteur* – enfatiza a relação pessoal e íntima entre o autor e sua obra, o sistema norte-americano adota uma abordagem mais utilitarista, vendo os direitos autorais como um incentivo para a criação e disseminação de novas obras.

6. CASO TAYLOR SWIFT - A REGRAVAÇÃO DE MÚSICAS COMO ESTRATÉGIA PARA RECUPERAÇÃO DE DIREITOS CONEXOS

Diante do exposto em relação aos direitos autorais e os direitos conexos com enfoque na indústria musical, passa-se ao estudo do caso envolvendo a cantora norte-americana Taylor Swift e seu conflito com a produtora musical Big Machine Records. As editoras musicais tradicionalmente controlam a produção, distribuição, promoção e monetização da música, atuando como um intermediário entre o artista e o público. Em 2006, Swift assinou originalmente seu contrato com a Big Machine Records, quando ainda era adolescente, de modo que produziu seis álbuns entre os 15 e 24 anos, majoritariamente sob contrato com a Big Machine.

17 GINSBURG, Jane C. A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. *Tulane Law Review*, Nova Orleans, v. 64, n. 5, p. 993-994, maio 1990.

18 OKAMOTO, Scott T. Musical Sound Recordings as Works Made for Hire: Money for Nothing and Tracks for Free. *University of San Francisco Law Review*, São Francisco, v. 37, n. 3, p. 783-812, 2003.

Contudo, conflitos emergiram quando a Ithaca Holdings adquiriu a gravadora. A empresa que comprou a gravadora era de propriedade de Scooter Braun – com quem Swift havia tido desavenças públicas no passado –, de modo que a propriedade dos masters¹⁹ passou de Swift para Braun. Assim, após a venda da gravadora, Swift tentou comprar os seus masters junto à Big Machine, mas Braun recusou-se a vendê-los à cantora. Em resposta à venda da gravadora a Braun, Taylor publicou uma carta aberta na internet, expressando sua tristeza e indignação, na qual enfatizou o valor que atribui à sua música, a qual escreveu e produziu com seu próprio dinheiro, além de ter defendido o direito dos artistas de possuírem suas obras²⁰. Meses depois, promovendo seu álbum *Lover* (2019), Taylor confirmou que planejava regravar seu catálogo para recuperar o controle artístico e financeiro de suas obras.²¹

Nesse sentido, é necessário fazer a diferenciação entre a autoria e a titularidade da obra. A autoria se refere à criação da obra, sendo o requisito primário para adquirir a titularidade dos direitos autorais. A titularidade, por outro lado, pode ser originária ou derivada. Caracteriza-se como originária quando obtida primariamente, e, derivada quando obtida posteriormente. Ainda, a titularidade sobre os direitos de autor tem a possibilidade de ser transmitida a terceiros através da cessão, de modo que, é possível ser autor sem ser titular. No caso envolvendo Swift, trata-se da hipótese na qual a gravadora obteve os direitos sobre as obras produzidas pela cantora, passando a atuar como titular destas e exercendo, assim, todos os direitos conexos intrínsecos à titularidade, tal qual a comercialização.

Assim, o que se observa na situação concreta narrada foi a venda dos *masters* de Swift e a impossibilidade de qualquer atuação por parte da cantora para que a comercialização de suas obras fosse impedida, uma vez que a titularidade dos *masters* de suas músicas não era da artista. Anteriormente à venda de seus *masters*, a cantora tentou adquiri-los da Big Machine, visto que pretendia se desvencilhar da gravadora, no entanto, as propostas dela foram recusadas e acordos que Swift considerava desvantajosos foram oferecidos.²² Então, a cantora optou por deixar a Big Machine sem os *masters* de suas músicas e assinar com a Universal Music Group.²³ Como parte do acordo com a nova gravadora, foi-lhe oferecido que mantivesse todos os direitos de suas matrizes no futuro, começando por seu álbum *Lover*. Contudo, surge uma questão pertinente: como ficam posicionadas as composições anteriores associadas à Big Machine Records no contexto desse novo arranjo?

19 *Masters* refere-se às gravações originais e definitivas de músicas ou álbuns na indústria musical. São as versões de alta qualidade a partir das quais todas as cópias são produzidas e distribuídas. Controlar os direitos dos masters implica ter autoridade sobre a reprodução e distribuição dessa gravação específica.

20 TORRES, Leonardo. **Taylor Swift publica carta aberta contra Scooter Braun e Big Machine Records**. Disponível em: <https://portalpopline.com.br/taylor-swift-publica-carta-aberta-contra-scooter-braun-e-big-machine-records/>. Acesso em: 23 ago 2023.

21 **How Taylor Swift (Legally) Changed Music Forever ft. Rick Beato**. 2021. 1 vídeo (18 min 59 seg). Publicado pelo canal LegalEagle. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=M-A_RrOeoWw. Acesso em: 20 ago 2023.

22 **Lawyer Explains Why Taylor Swift is Re-Recording All Her Old Albums & Other T Swift Lawsuits**. 2021. 1 vídeo (19 min 45 seg). Publicado pelo canal Leeja Miller. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AyjC6IKVcVs&t=11s>. Acesso em: 20 ago 2023.

23 NUNES, Caian. **Novos rumos**: os detalhes sobre o acordo de Taylor Swift com a Republic Records. Disponível em: <https://portalpopline.com.br/novos-rumos-os-detalhes-sobre-o-acordo-de-taylor-swift-com-a-republic-records/>. Acesso em: 20 ago 2023.

No contexto dos direitos de autor, é fundamental distinguir entre os direitos da composição (incluindo licença, partituras, melodias e letras) e os direitos da gravação sonora. Taylor Swift, embora não possuísse a titularidade sobre as gravações sonoras da Big Machine – que posteriormente passou para outras empresas de capital privado – possuía os direitos sobre a composição, optando por utilizá-los para regravar suas músicas. Assim, embora a Ithaca Holdings possuísse os direitos sobre as matrizes das canções, isso não significava que detinham todos os direitos de autor sobre a obra. Como ela é a compositora, pôde utilizar de suas criações artísticas para criar novas versões de suas músicas – às quais deu o nome de “*Taylor’s Version*” (Versão da Taylor), fazendo alusão ao fato de que as versões anteriores não são de sua propriedade. Dessa forma, atualmente, a cantora é detentora de todos os direitos sobre as novas versões de sua música, inclusive dos direitos conexos, de modo que cabe à ela qualquer decisão em relação às gravações, inclusive aquelas de cunho econômico. Ela não é a primeira artista a fazer isto. Podemos citar aqui o caso de Frank Sinatra, o qual, após abrir sua própria gravadora musical, decidiu regravar algumas de suas músicas mais famosas, uma vez que não poderia seguir utilizando as gravações originais na nova gravadora. O disco “*A Man and His Music*” surgiu desse trabalho de regravação de seus títulos mais populares, o que, em 1967, conferiu-lhe um troféu *Grammy* de “Álbum do Ano”²⁴.

O impacto econômico dessa estratégia tem se mostrado bastante efetivo no caso de Swift. As regravações, embora similares às originais, diluíram o valor da gravação original, uma vez que os consumidores tendem a preferir e adquirir a nova versão, especialmente diante das polêmicas envolvidas com as versões anteriores. Destaca-se ainda que a nova versão possui maior qualidade sonora, em razão da tecnologia superior e amadurecimento da voz da cantora. Assim, há uma redução significativa das reproduções da versão original em plataformas de streaming e, conseqüentemente, diminuição das receitas da atual detentora das gravações originais.

No entanto, cabe aqui mencionar que, ainda que a estratégia de regravação utilizada por Taylor Swift tenha sido extremamente bem-sucedida, de modo a alcançar feitos nunca antes atingidos por outras artistas mulheres, como a marca de 12 discos no 1º lugar da *Billboard Pop Radio Chart*²⁵, não se trata de uma técnica infalível. Por meio de suas regravações, Swift conseguiu, além da recuperação dos direitos conexos vinculados às suas canções, sucesso econômico estrondoso, conforme se verifica pelas expectativas de ganhos da cantora com sua atual turnê de shows – “*The Eras Tour*” –, a qual estima-se que possa arrecadar mais de um bilhão de dólares americanos²⁶.

O sucesso de Swift ocorre, em grande medida, pela mobilização que a artista conseguiu causar com seu público, possibilitando que os ouvintes escolham ouvir as novas versões de suas músicas em detrimento das originais. Entretanto, o mesmo triunfo de Swift com essa estratégia

24 RECORDING ACADEMY – GRAMMY AWARDS. **Frank Sinatra**. Disponível em: <https://www.grammy.com/artists/frank-sinatra/6581>. Acesso em: 30 set 2023.

25 Trata-se de uma tabela publicada semanalmente pela revista norte-americana *Billboard*, a qual contabiliza a quantidade de reproduções das músicas em estações de rádio dos EUA.

26 LIND, J. R. **Mid-Year Top Tours**: No. 1 Taylor Swift’s ‘Eras Tour’. Disponível em: <https://news.pollstar.com/2023/06/26/mid-year-top-tours-no-1-taylor-swifts-eras-tour/>. Acesso em: 27 ago 2023.

nem sempre se concretiza. Especialmente quando existe um interesse econômico por trás da re-gravação de músicas e a consequente recuperação dos *masters*, é essencial que uma boa estratégia de divulgação seja organizada, de modo que os fãs migrem das canções que estão habituados a ouvir para as novas versões lançadas. Caso contrário, as versões originais podem acabar seguindo com sua forte relevância na indústria musical, ofuscando as novas versões, como podemos ver no exemplo do *rapper* DMX, o qual, em 2011 lançou o álbum “*Greatest Hits With a Twist*”, composto por músicas regravadas. Atualmente, na plataforma de streaming Spotify, dentre as vinte músicas mais escutadas do artista, apenas duas delas são versões regravadas, ao passo que as demais seguem sendo as originais²⁷. Ademais, é possível trazeremos à tona o caso do cantor Prince, o qual desejava – segundo seu advogado, Gary Stiffelman – ter controle sobre a distribuição de sua música, uma vez que gostaria de lançar novos álbuns quando a vontade surgisse, o que estaria em desacordo com o contrato que mantinha com sua gravadora. Em 1996, seu contrato com a gravadora terminou, de modo que, em 1999, lançou regravagens de suas músicas, por meio do álbum denominado “*1999: The New Master*”. No entanto, a nova versão das músicas não foi bem sucedida, uma vez que o público seguiu preferindo as versões originais²⁸.

No caso de Taylor Swift, contrariamente ao que se poderia supor sobre a concorrência entre as duas versões, licenciadas – como produtoras de filmes e programas de televisão – inclinam-se para a versão regravada, com o objetivo de manter um relacionamento positivo com a artista, que tem uma carreira inteira pela frente. Dessa forma, as decisões de Swift não apenas influenciaram seu próprio patrimônio, mas também sinalizaram para outros artistas em relação à importância de manter o controle sobre suas obras.²⁹

7. ANÁLISE DO CASO TAYLOR SWIFT A PARTIR DAS PERSPECTIVAS BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE

A análise do caso de Taylor Swift sob as perspectivas brasileira e estadunidense evidencia as diferenças e semelhanças entre os sistemas jurídicos. Nos EUA, regulado pelo *Copyright Act* de 1976, diferenciam-se os direitos de composição e gravação sonora. Swift, também autora de muitas das músicas que lançou, detém direitos de composição em relação a elas. No entanto, em razão das cláusulas contratuais de seu contrato com a antiga gravadora, não seria detentora dos “masters” de suas gravações, os quais acabaram sendo vendidos a Scooter Braun. Dessa forma, regravou suas faixas – com base em seus direitos de composição – de modo que os lucros advindos de suas músicas retornassem diretamente a ela, sem intermediação de outras partes, ou mesmo a possibilidade de que decisões contrárias a sua vontade fossem tomadas pelos titulares das canções. No Brasil, também existe a proteção da composição e gravação separadamente. Dessa forma, provavelmente, em ambos os sistemas, a estratégia de regravagem teria êxito.

27 DMX – **Spotify Top Songs**. Disponível em: https://kworb.net/spotify/artist/1HwM5zlc5qNWhJtM00yXzG_songs.html. Acesso em: 24 ago 2023.

28 Ultimate Prince. **How Prince Tried to Re-Write His Past With ‘1999: The New Master’**. Disponível em: <https://ultimate-prince.com/prince-1999-new-master-ep/>. Acesso em: 27 ago 2023.

29 A cantora norte-americana Olivia Rodrigo, por exemplo, afirmou em entrevista ao jornal The Guardian que manteve o controle de seus *masters* no contrato que assinou com as gravadoras Interscope Records e Geffen Records por influência das dificuldades que Swift enfrentou em suas tentativas de recuperação de seus *masters*. (AHLGRIM, Callie. **Olivia Rodrigo has full control of her masters because she paid attention to Taylor Swift’s battle over her own music**. Disponível em: <https://www.insider.com/olivia-rodrigo-owns-master-recordings-taylor-swift-battle-2021-5>. Acesso em: 27 ago 2023).

O caso também destaca as diferenças entre *Droit d'Auteur* e *Copyright*. O primeiro, focado no vínculo autor-obra, protege direitos morais inalienáveis; já o *Copyright* vê a obra mais comercialmente, priorizando direitos econômicos. Nos EUA, a venda dos “masters” de Swift foi permitida e a argumentação da artista para impedir que a venda fosse feita ou que a oferta apresentada pela autora fosse priorizada na transação comercial foi ineficaz. Uma vez que existe um enfoque utilitarista e mercadológico no sistema adotado pelos EUA, as liberalidades pactuadas em contratos acabam sendo mais impositivas às partes, existindo poucas possibilidades de mudança ou adaptação caso não haja concordância de ambos. No regime do *Droit d'Auteur*, Swift teria maior amplitude de argumentação, como por meio da ponderação acerca de seus direitos morais em relação à forma como suas obras são veiculadas ou mesmo quem se beneficia financeiramente de seu trabalho. Na situação de Taylor Swift, diante das claras desavenças públicas mantidas com Scooter Braun, no caso da legislação brasileira, poderíamos pensar que a cantora poderia se opor à venda de seus “masters” à Braun pelo perigo de dano aos seus direitos morais. Ao ponderar pela impossibilidade da venda de suas obras a alguém que publicamente demonstrou não apreciar seu trabalho, a artista poderia argumentar que seria uma maneira de manter a integridade de seu trabalho artístico e, conseqüentemente, de seu bom nome e de sua fama.

Assim, percebe-se que o sistema do *Copyright* se mostra mais permissivo em relação à transação comercial envolvendo a obra da cantora, enquanto o sistema do *Droit d'Auteur* poderia ter oferecido maior proteção aos seus direitos morais como autora, uma vez que esse mecanismo oferece proteção ao autor em relação a como a sua obra é usada, de forma a proteger sua honra e reputação.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação às canções originais gravadas junto à Big Machine Records, Swift optou por uma estratégia de regravação, permitindo-lhe criar novas versões que estariam sob seu controle direto. Este movimento não só garante a Swift maior autonomia sobre sua obra, mas também serve como um precedente para outros artistas em situações semelhantes, ressaltando a importância do domínio artístico e do controle sobre o legado musical.

Os resultados revelam que a regravação, quando realizada estrategicamente, pode ser um meio eficaz de recuperar o controle sobre obras musicais. Por outro lado, destaca-se que essa estratégia pode não ser viável para artistas emergentes, ressaltando a complexidade do cenário musical contemporâneo. Além disso, existe o risco de o público ouvinte preferir as versões originais da obra, como relatado nos casos do cantor Prince e do *rapper* DMX, cujas regravações acabaram adquirindo posição secundária em suas respectivas discografias.

Nesse sentido, a aquisição da Big Machine por Scooter Braun trouxe à tona questões de propriedade e controle sobre as gravações originais de Swift, uma vez que ressalta os desafios que os artistas enfrentam ao tentar manter o controle sobre suas obras. A decisão de Swift de regravar seus álbuns apresenta uma estratégia potencial para artistas que buscam recuperar algum controle sobre suas gravações originais. Ressalta-se aqui que um domínio apropriado acerca da complexidade da indústria musical, dos contratos que a rodeiam e dos direitos auto-

rais presentes nas obras são essenciais para artistas que desejam proteger suas criações e seu patrimônio. Neste contexto, a decisão ousada de Swift de regravar os seus álbuns e reclamar o valor da sua própria música irá influenciar todos os artistas da sua geração e daquelas que virão.

É fundamental salientar as limitações inerentes à análise proposta. Este estudo baseou-se em informações e fontes disponíveis até o momento da pesquisa, o que significa que não considerou eventos ou desenvolvimentos ocorridos após a data da conclusão do trabalho. Dessa forma, quaisquer mudanças significativas nas circunstâncias legais ou na situação de Taylor Swift não foram abordadas no presente estudo. Além disso, a análise concentrou-se nas perspectivas brasileira e estadunidense em relação aos direitos do autor e conexos na música, não abordando considerações de outros sistemas legais que podem ser relevantes. Portanto, ao interpretar os resultados e conclusões do trabalho, é importante levar em conta essas limitações e considerar que o cenário pode ter evoluído desde a data de referência deste estudo.

Para pesquisas futuras, seria valioso aprofundar a análise das estratégias legais utilizadas por artistas em situações semelhantes àquela vivenciada por Taylor Swift. Imagina-se que poderia ser desenvolvido um estudo mais amplo das implicações econômicas e legais da regravação de músicas, bem como a comparação das abordagens jurídicas em diversos países ao redor do mundo. Além disso, uma investigação mais detalhada das questões éticas e morais envolvidas na propriedade e controle de obras musicais pode proporcionar visões valiosas para artistas, advogados e legisladores. Ainda, seria interessante considerar como a tecnologia e as plataformas de streaming, tal qual o Spotify, estão impactando os modelos de negócio da indústria musical, de modo que o estudo dos direitos do autor e dos direitos conexos pode ser um campo de pesquisa promissor para o futuro. Em suma, há uma ampla gama de tópicos a serem explorados no campo interdisciplinar de direitos autorais e música.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Eliane Y. **Direitos de Autor e Direitos Conexos**. São Paulo: Editora do Brasil, 2002. 229 p.
- AHLGRIM, Callie. **Olivia Rodrigo has full control of her masters because she paid attention to Taylor Swift's battle over her own music**. Disponível em: <https://www.insider.com/olivia-rodrigo-owns-master-recordings-taylor-swift-battle-2021-5>. Acesso em: 27 ago 2023.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 754 p.
- BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 168 p.
- BRASIL. **Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**. Lei de Direitos Autorais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm. Acesso em: 10 ago 2023.
- DMX – **Spotify Top Songs**. Disponível em: https://kworb.net/spotify/artist/1HwM5zlC5qNWhJtM00yX-zG_songs.html. Acesso em: 24 ago 2023.
- EBOLI, João Carlos de Camargo. Os direitos conexos. **Revista CEJ**, v. 7, n. 21, p. 31-35, abr./jun. 2003.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Code. Title 17. **Copyright Law of The United States and Related Laws**. Disponível em: <https://www.copyright.gov/title17/#:~:text=The%20United%20States%20copyright%20law,553%2C%2090%20Stat.%202541>. Acesso em: 15 agosto 2023.
- FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Quatier Latin, 2009. 406 p.
- GERVAIS, Daniel. Related Rights in United States Law. **Journal of the Copyright Society of the USA**, v. 65, n. 4, p. 371-393, Fall 2018.
- GINSBURG, Jane C. A Tale of Two Copyrights: Literary Property in Revolutionary France and America. **Tulane Law Review**, Nova Orleans, vol. 64, n. 5, p. 993-994, maio 1990.
- Ultimate Prince. **How Prince Tried to Re-Write His Past With '1999: The New Master'**. Disponível em: <https://ultimateprince.com/prince-1999-new-master-ep/>. Acesso em: 27 ago de 2023.
- How Taylor Swift (Legally) Changed Music Forever ft. Rick Beato**. 2021. 1 vídeo (18 min 59 seg). Publicado pelo canal LegalEagle. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=M-A_RrOeoWw. Acesso em: 20 ago 2023.
- Lawyer Explains Why Taylor Swift is Re-Recording All Her Old Albums & Other T Swift Lawsuits**. 2021. 1 vídeo (19 min 45 seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=AyjC6IKVcVs&t=11s>. Acesso em: 20 de agosto de 2023.
- LIND, J. R. **Mid-Year Top Tours: No. 1 Taylor Swift's 'Eras Tour'**. Disponível em: <https://news.pollstar.com/2023/06/26/mid-year-top-tours-no-1-taylor-swifts-eras-tour/>. Acesso em: 27 ago 2023.
- MORILLOT, André. **De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne**. Paris: Cotillon; Berlin: Puttkammer & Mühlbrecht, 1878. 184 p.
- NUNES, Caian. **Novos rumos: os detalhes sobre o acordo de Taylor Swift com a Republic Records**. Disponível em: <https://portalpopline.com.br/novos-rumos-os-detalhes-sobre-o-acordo-de-taylor-swift-com-a-republic-records/>. Acesso em: 20 ago 2023.
- OKAMOTO, Scott T. Musical Sound Recordings as Works Made for Hire: Money for Nothing and Tracks for Free. **University of San Francisco Law Review**, São Francisco, v. 37, n. 3, p. 783-812, 2003.
- PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. 144 p.
- RECORDING ACADEMY – GRAMMY AWARDS. **Frank Sinatra**. Disponível em: <https://www.grammy.com/artists/frank-sinatra/6581>. Acesso em: 30 set 2023.

SUMMARY OF THE WIPO PERFORMANCES AND PHONOGRAMS TREATY (WPPT) (1996).

Disponível em: www.wipo.int/treaties/en/ip/wppt/summary_wppt.html#:~:text=The%20Treaty%20also%20grants%20performers,prejudicial%20to%20the%20performer's%20reputation. Acesso em: 24 ago 2023.

TORRES, Leonardo. Taylor Swift publica carta aberta contra Scooter Braun e Big Machine Records.

Disponível em: <https://portalpopline.com.br/taylor-swift-publica-carta-aberta-contra-scooter-braun-e-big-machine-records/>. Acesso em: 23 ago 2023.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). Understanding Copyright and Related Rights. Genebra: World Intellectual Property Organization, 2016. 40 p.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A Proteção Internacional do Direito de Autor e o Embate entre os Sistemas do Copyright e do Droit d'Auteur. **Revista Videre**, Dourados, v. 3, n. 5, p. 107-128, jan./jun. 2011.

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA SOBRE BENS MÓVEIS NOS CONTRATOS BANCÁRIOS: UM ENSAIO SOBRE OS ASPECTOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E SOCIAIS DO DECRETO-LEI N.º 911/69 E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FRENTE AO *PACTA SUNT SERVANDA*

TRUST ASSIGNMENT ON MOVABLE ASSETS IN BANKING
CONTRACTS: AN ESSAY ON THE LEGAL, ECONOMIC, AND
SOCIAL ASPECTS OF DECREE-LAW NO. 911/69 AND THE
CONSUMER PROTECTION AGAINST *PACTA SUNT SERVANDA*

Damião Benilson Gomes de Melo¹

RESUMO: O objeto deste artigo será examinar o instituto da alienação fiduciária de bens móveis, disciplinada no Decreto-lei n.º 911/69, como instrumento relevante na relação contratual bancária, bem como os aspectos jurídicos, econômicos e sociais básicos dessa relação. Em nossa hipótese, há uma frágil proteção do consumidor diante da força enérgica da cédula de crédito bancário, aderida com cláusula de garantia. Ela visa atender a uma demanda da realidade atual do mercado de capitais. Mas, em contrapartida, pode gerar impactos negativos sobre os direitos básicos do consumidor, além de uma série de violações às garantias constitucionais. Argumentamos que, nessa modalidade de crédito, o devedor transfere a propriedade fiduciária para o credor como garantia real do pagamento da dívida e, embora o acesso ao crédito com garantia seja um estímulo do mercado, possibilitando o acesso ao crédito e a inclusão financeira de diversas pessoas, sobretudo os economicamente vulneráveis, tal facilidade resulta em um endividamento excessivo das famílias, com o aumento da inadimplência e acentuação das desigualdades sociais. Ademais, quando verificado o cenário de inadimplência, começa a saga pela recuperação do crédito. Nosso método de pesquisa será bibliográfico com estratégia lógico-dedutiva e foco no estudo de natureza teórica. O objeto de pesquisa será qualitativo – dada a utilização subjetiva de referenciais teóricos para promoção e articulação entre os mais diversos conceitos – e justifica-se pela vontade de realizar um estudo que contribua ainda com as discussões relacionadas ao direito contratual e à proteção das relações de consumo frente às práticas comerciais abusivas das instituições financeiras.

Palavras-chave: Contratos bancários. Alienação fiduciária. Crédito com garantia de bens.

ABSTRACT: *The Decree-Law No. 911/69 serves as a significant instrument in the banking contractual relationship, as well as the basic legal, economic, and social aspects of this relationship. In our hypothesis, there is fragile consumer protection against the robust force of the bank credit note, which is adhered to with a guarantee clause. It aims to meet a demand of the current reality of the capital market. However, it may generate negative impacts on the basic rights of the consumer, in addition to a series of violations of constitutional guarantees. We argue that, in this type of credit, the debtor transfers fiduciary ownership to the creditor as a real guarantee for the debt payment, and although access to guaranteed credit is a market stimulus, enabling credit access and financial inclusion of various people, especially the economically vulnerable, such*

1 Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestre em Filosofia (CCHLA-UFPB). Especialista em Docência pelo Instituto Federal de Minas Gerais – Campus Avançado Arcos (IFMG-Arcos). Bacharel em Direito. Advogado inscrito na OAB/PB. Integrante desde 2018 do Grupo de Pesquisa intitulado Realismo, Marxismo e Direito (associado ao CNPQ), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) e ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia (PPGFIL) da UFPB, em parceria institucional com a Universidade Federal do Cariri (UFCA). E-mail: benilson.adv@live.com.

ease results in excessive indebtedness of families, with an increase in default and exacerbation of social inequalities. Furthermore, when a default scenario is verified, the saga for credit recovery begins. Our research method will be bibliographic with a dialectical strategy and focus on the study of a theoretical nature. The research object will be qualitative — given the subjective use of theoretical references to promote and articulate among the most diverse concepts — and is justified by the desire to conduct a study that further contributes to the discussions related to contractual law and the protection of consumer relations against the abusive commercial practices of financial institutions.

Keywords: *Banking contracts. Fiduciary alienation. Credit with collateral.*

1. INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da fidúcia vem desde tempos muito antigos. Sua primeira aparição data da época do Império Romano, com origem no termo *fides* (confiança). Historicamente, a fidúcia surge como um pacto formal fundado na confiança, fidelidade e integridade do fiduciário mediante uma garantia real².

Essa garantia real era representada pela *fiducia cum creditore*³, em que o devedor entregava seus bens ao credor sob a condição de recuperá-los após determinado prazo. Havendo o adimplemento da dívida, os bens eram restituídos⁴. Seguindo por essa tradição, a legislação brasileira cuidou de adequar e introduzir no ordenamento jurídico o instituto da “alienação fiduciária em garantia”, por meio da Lei n.º 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais).

Outrossim, a proposta deste ensaio parte de uma indagação sobre os aspectos jurídicos, econômicos e sociais do Decreto-Lei n.º 911/69 e a frágil proteção do consumidor frente ao princípio civilista *pacta sunt servanda*⁵. Em nosso raciocínio jurídico, algumas disposições do Decreto-Lei colidem com uma efetiva proteção do consumidor, principalmente ao se analisar a abordagem pelo prisma da vulnerabilidade econômico-financeira.

Dito isto, no delinear o tema, chegamos a uma pergunta: a função da cláusula de garantia por alienação fiduciária consiste em uma proteção legal ou uma vantagem para o credor? Ao longo das próximas páginas, partiremos de um raciocínio lógico-dedutivo para responder a essa questão, buscando identificar quais mecanismos possibilitarão um equilíbrio mais justo nas relações contratuais com cláusula de garantia fiduciária, que respeite os ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/1990)

De maneira muito precisa e rigorosa, a alienação fiduciária de bens móveis, no Brasil, está prevista no Art. 66 da Lei do Mercado de Capitais, com alteração advinda pelo Decreto-Lei n.º 911/69. Mais tarde, o referido artigo foi revogado pela redação da Lei n.º 10.931/2004, que alterou, dentre outras, as disposições da cédula de crédito bancário e o próprio Decreto-Lei n.º 911/69 para incluir na lei o Art. 66-B. Mais tarde, outra modificação foi introduzida no Decreto-Lei n.º 911/69, desta vez, pela Lei n.º 13.043/2014, que dispôs sobre a alienação fiduciária na Seção II, do Capítulo II, entre do Art. 101 ao Art. 103.

Mais recentemente, outra modificação foi introduzida no Decreto-Lei n.º 911/69, agora para conter as alterações promovidas pela Lei n.º 14.711/2023, que dispõe sobre o aprimoramento das regras de garantia e o procedimento de busca e apreensão extrajudicial de bens móveis em caso de inadimplemento de contrato de alienação fiduciária, dentre outras modificações sobre garantia contratual nas relações creditícias com as instituições financeiras. Em nosso estudo, nos limitaremos às discussões acerca dos contratados bancários para financiamento de bens móveis, conforme poderá ser visto adiante.

2 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**, Belém: CEJUP, 1988, p. 121.

3 INSTITUTAS DO JURISCONSULTO GAIO, Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.

4 CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 41.

5 FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 8ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

2. CONCEITOS E ELEMENTOS ESSENCIAIS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Bulgarelli, em citação à saudosa lição de Orlando Gomes⁶, esclarece que a alienação fiduciária pode ser compreendida como um “negócio jurídico pelo qual o devedor, para garantir o pagamento da dívida, transmite ao credor a propriedade de um bem, retendo-lhe a posse direta, sob a condição resolutiva de saldá-la”⁷. Para ele, esse tipo de relação contratual constitui-se como um negócio jurídico autônomo, na espécie dos negócios de garantia, que conserva em seu bojo os traços originais da “*fiducia cum creditore*” do direito romano⁸.

Pode-se afirmar, de tal modo, que a alienação fiduciária com cláusula de garantia representa um pacto acessório que visa, em última instância, assegurar o cumprimento de uma obrigação principal assumida pelo devedor. Quer dizer, o devedor (fiduciante) transmite ao credor (fiduciário) determinado bem que constitui o seu patrimônio sob a condição resolutiva de recuperá-los automaticamente quando cumprir integralmente as obrigações que assumiu contratualmente perante o credor.

Caio Mário da Silva Pereira, ao conceituar o instituto da alienação fiduciária em garantia, escreveu que este se trata de:

[...] um negócio jurídico subordinado a uma condição resolutiva, uma vez que a propriedade fiduciária cessa em favor do alienante, com o implemento dessa condição, ou seja, com a solução do débito garantido, de modo que o alienante que transferiu a propriedade fiduciariamente, readquire-a com o pagamento da dívida⁹.

Portanto, a condição como elemento futuro e incerto corresponde ao pagamento integral da obrigação contraída e uma vez concretizada faz consolidar a propriedade em mãos do fiduciante (devedor), resolvendo o direito real concedido na sua pendência, como estabelece o Art. 647 do Código Civil, que trata da propriedade resolúvel.

Caso contrário, havendo inadimplência do pacto comercial, a lei garante, após certo prazo, que a propriedade do bem se consolide nas mãos do credor fiduciário, concedendo-lhe a faculdade de exercer sobre o bem o direito de domínio (uso, fruição e disposição), levando-o à hasta pública para que o valor apurado com a venda salde o débito inadimplido¹⁰. Não resta dúvida quanto ao fato de que o domínio transmitido pelo alienante ao adquirente é resolúvel.

Desta forma, o credor fiduciário tem o domínio sobre o bem enquanto durar o seu crédito, a qual é a condição necessária para que se operem os efeitos da garantia real sobre o móvel. Uma vez satisfeito, extingue-se automaticamente a propriedade para o credor fiduciário e o bem passa para o domínio do alienante, uma vez que o pagamento da dívida é a condição a que se sujeita esse domínio. São elementos essenciais da alienação fiduciária: (i) devedor; (ii) credor; (iii) bem móvel e (iv) dívida.

6 GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

7 BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. 4ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 307.

8 BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

9 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18ª. Ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 426.

10 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005.

3. A CONSTITUIÇÃO DO DIREITO REAL SOBRE O BEM MÓVEL

A aquisição de veículos financiados com cláusula de garantia é uma realidade no país. Se olharmos com atenção, perceberemos que para muitas famílias a aquisição de bens de grande aporte financeiro somente se torna possível mediante uma alienação fiduciária. Isso vale tanto para bens móveis quanto imóveis. Este é um hábito no mercado de consumo que não podemos ignorar. É muito difícil para um trabalhador que ganha até 2,5 salários-mínimos por mês, por exemplo, comprar um carro ou uma moto à vista sem comprometer outras despesas pessoais e familiares.

Conforme o retrato dos rendimentos do trabalho — resultados da ‘PNAD Contínua’ do quarto trimestre de 2023, houve uma “elevação na renda média do trabalhador brasileiro, consolidando o aumento da renda no segundo semestre de 2023, após uma relativa estabilidade ao longo do primeiro trimestre daquele ano”¹¹. O relatório também aponta que “[...] o rendimento médio real, em dezembro de 2023, foi de R\$ 3.100,00 — 0,7% maior que o observado no mês anterior (R\$ 3.078,00) e 3,3% superior ao valor de junho do mesmo ano”¹². Além disso, os dados mostram que o aumento foi 3,9% maior que o valor registrado em dezembro de 2022, quando a renda média do brasileiro equivalia a R\$ 2.985,00.

Ainda de acordo com o relatório:

Em janeiro de 2024, a estimativa mensal avançou para R\$ 3.118,00. No segundo trimestre de 2023, a renda média se manteve acima da observada no mesmo trimestre de 2019 pela primeira vez desde a pandemia (0,6%). Já no quarto trimestre de 2023, a renda média superou o mesmo trimestre de 2019 em 2,1%¹³.

Quer dizer, a relação do brasileiro com o financiamento bancário projeta-se como uma das formas mais comuns do dia a dia, permitindo que milhares de pessoas conquistem o primeiro bem material de grande valor. Com isso, a alienação fiduciária parece o caminho mais curto para a realização de um projeto de vida.

Mas, independentemente do padrão de vida, todo e qualquer indivíduo inserido na sociedade algum dia precisará assumir obrigações perante terceiros visando alçar finalidades específicas que atendam às suas necessidades, a exemplo da aquisição de bens móveis no mercado de consumo. Essa contratação que se dá perante uma instituição financeira visa o desenvolvimento econômico e social dos envolvidos, devendo observar e atender aos preceitos legais das normas jurídicas em vigor.

Nas relações de consumo, a garantia do crédito garante o efetivo cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo devedor. O crédito em garantia não somente protege o mercado como também garante ao cidadão o acesso desburocratizado ao crédito, com taxa de juros menores e mais competitivas, pois, nesse tipo de relação, o patrimônio do devedor passa

11 IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Carta de Conjuntura**. Número 62 — Nota de Conjuntura 18 — 1º Trimestre de 2024. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2024/03/240308_cc_62_nota_18_rendimentos.pdf. Acesso em: 18 mai. 2024.

12 *Idem*.

13 IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Carta de Conjuntura**. Número 62 — Nota de Conjuntura 18 — 1º Trimestre de 2024. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2024/03/240308_cc_62_nota_18_rendimentos.pdf. Acesso em: 18 mai. 2024.

a garantir fiduciariamente o contrato com uma cláusula de reserva de domínio (alienação fiduciária), a fim de resguardar o credor de uma eventual inadimplência. A sujeição a esse tipo de contrato é de natureza voluntária e por adesão¹⁴.

Quando falamos de crédito com garantia nos referimos ao contrato com reserva de domínio visando proporcionar maior garantia para o vendedor de bens móveis. Nela, o consumidor obtém a posse direta do veículo para usufruto, porém a propriedade somente será efetivada quando ele quitar todas as parcelas do contrato.

A aderência do direito real à coisa não é senão a constatação do fato de que o direito real permanece incidindo sobre o bem, ainda que este circule de mão em mão e se transmita perante terceiros, pois o aludido direito segue a coisa (*jus perseguendi*), em poder de quem quer que ela se encontre. Em consequência, a tutela do direito real é sempre mais enérgica e eficaz que a do direito de crédito¹⁵.

Basicamente, essa modalidade de contratação possui cinco elementos:

- Venda em prestações, previsto no Art. 129, § 5º da Lei de Registros Públicos;
- Objeto da alienação deve ser infungível, de acordo com o Art. 522 do Código Civil de 2002;
- A tradição do bem deve ser efetuada;
- O pagamento das parcelas deve ser realizado no prazo convencionado.
- A transferência de domínio do credor para o comprador ocorre depois que o consumidor paga todas as prestações do contrato.

Ocorre que em determinadas situações o credor, no exercício regular de um direito contratualmente assegurado, ao tentar recuperar o crédito cedido ao consumidor com essa cláusula de garantia – em particular, nos casos de financiamento de veículos – ultrapassa a aplicação da norma legal e acaba violando direitos e garantias fundamentais que estão consagradas na Carta Magna de 1988, a exemplo do direito ao contraditório e da ampla defesa, algo que podemos verificar reiteradamente nas ações cautelares de busca e apreensão em alienação fiduciária distribuídas em segredo de justiça (sigilo processual), em desacordo com os parâmetros legais.

Tal comportamento das instituições financeiras baseia-se em preceito ou interpretação equivocada da lei, valendo-se de uma hermenêutica que lhes favorece apenas para satisfazer seus próprios interesses financeiros e econômicos, desrespeitando a norma consumerista e o próprio consumidor, enquanto sujeito de direitos no mercado de consumo, cuja repercussão econômica será refletida no patrimônio do credor nas relações mercantis decorrentes das relações creditícias.

Neste caso, é necessário que se proceda a uma análise fundamental desse tipo de negócio jurídico a fim de buscar medidas que equilibrem as relações derivadas dos contratos de alienação fiduciária não apenas no sentido de proteção ao mercado, mas que, ao mesmo tempo, funcionem como mecanismos limitadores aos abusos que frequentemente são cometidas pelas instituições financeiras contra o direito das relações de consumo, enquanto norma heterôno-

14 Sobre a matéria, vale transcrever o Art. 54, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), *in verbis*: Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

15 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**, 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

ma que tem repercussão na vida do próprio consumidor, apaziguando o nítido confronto que há entre o Decreto-Lei nº 911/69) e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

4. O ASPECTO JURÍDICO, SOCIAL E ECONÔMICO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A alienação fiduciária desempenha um importante papel social ao possibilitar um amplo acesso ao crédito bancário para a realização de projetos pessoais ou a conquista de bens¹⁶, contribuindo para o desenvolvimento econômico do país e para uma melhor condição de vida das pessoas. Ao mesmo tempo, consiste em uma vantagem para a instituição financeira que concede o crédito financiado por haver uma garantia de pagamento estipulada na adesão do contrato¹⁷.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior observou que:

A criação da cédula de crédito bancário veio ao encontro da necessidade premente e urgente de inovação no cenário nacional à época, em que os financiamentos bancários se tornavam cada dia mais caros e restritos, devido à insegurança e instabilidade das decisões dos pretórios nacionais que fragilizavam os vínculos contratuais. As instituições financeiras vinham enfrentando grande resistência de devedores inadimplentes, tomadores de crédito sob a difundida modalidade de cheque especial ou contrato de abertura de crédito, que, sem tornar sequer o capital recebido ou a parte incontroversa de suas dívidas, postergavam anos a fio as ações executivas sob a alegação de ausência de título executivo líquido, certo e exigível¹⁸.

Em sendo ela um importante instrumento para o fomento ao crédito, especialmente para consumidores de baixa renda, a alienação fiduciária ainda proporciona o acesso ao crédito com taxas de juros mais baixas, parcelas fixas e prazos de pagamento mais longos. O financiamento bancário é, por assim dizer, uma maneira de inclusão financeira dos segmentos socialmente desfavorecidos, mas que têm acesso a algum benefício social.

Em contrapartida¹⁹, mesmo diante de tais benefícios, alguns desafios econômicos podem ser projetados, sendo uma das causas o superendividamento da parcela mais pobre da população, uma vez que o acesso facilitado a uma ampla gama de crédito contribui para o aumento da inadimplência e também para a acentuação da desigualdade social, pois consumidores que tenha uma renda mais alta e financeiramente estável não experimentam as mesmas dificuldades na obtenção de crédito ou na liquidação das dívidas contraídas. Dessa forma, consumidores

16 BITTAR, Carlos Alberto (Ed.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.

17 De acordo com Viana (2013, p. 22): “O contrato de adesão surgiu em decorrência da produção e do consumo em massa de bens e serviços originados do enorme desenvolvimento econômico e industrial que se seguiu à Revolução Industrial e ao período do pós-guerra, acompanhado da explosão demográfica mundial. Tal instituto apresenta, por um lado, as condições gerais, pré-formuladas por um dos contratantes, justamente a parte de maior poderio econômico e intelectual (na medida em que é um profissional) e que estabelece as regras que melhor convêm aos seus interesses. No outro lado da relação, encontra-se o aderente que terá de aceitar essas regras tais como lhe são apresentadas, sem a possibilidade de alterá-las ou de eliminá-las. O contrato de adesão é um mecanismo visando agilizar a vida mercantil e econômica, que, na nossa realidade atual, não se compatibiliza com o velho modelo do contrato clássico ou negociado entre as partes”. VIANA, Sônia Diniz. **Contrato de adesão**, Revista do TRF1, Brasília, v. 25, n. 11/12 nov./dez. 2013, p. 22-31.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Cédula de Crédito Bancário**. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem, ano 6, n. 22, out/dez 2003, p. 13-52.

19 BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

economicamente vulneráveis são mais prejudicados com a piora da situação financeira²⁰. A solução para evitar este cenário passa pela educação financeira e pela restrição do acesso ao crédito quando se constata a possibilidade de insolvência que coloque o crédito a ser cedido sob risco de inadimplência.

Tercio Sampaio Ferraz Junior diz que:

O contrato sofre, inevitavelmente, com estas transformações sociais, um processo significativo de estandarização. Nesse sentido é típico o aparecimento dos contratos de adesão. A estandarização dos contratos é uma das consequências do aparecimento das sociedades de massa. A segunda consequência é a substituição, progressiva, das relações de trocas individuais numa sociedade dada por relações de trocas coletivas. O aparecimento dos contratos coletivos é típico para este tipo de transformação social²¹.

Inegavelmente, as relações sociais se transformam dia após dia. Essa mudança possibilita a criação de novos cenários²², como ocorreu com o surgimento da cédula de crédito bancário. Entretanto, a felicidade de obter um financiamento de um bem acaba no primeiro cenário de crise financeira. É com o atraso nas parcelas que o Banco passa a ter o veículo financiado como alvo principal. Além dessas distorções econômicas e sociais que podem existir por conta dos contratos bancários, há ainda a omissão de aspectos importantes do negócio que pode resultar em desequilíbrio na relação de consumo com a verificação de comportamento abusivo das instituições financeiras, principalmente quando precisam recuperar o crédito inadimplido.

De acordo com Nelson Abraão:

No direito comparado, conforme assinalamos, deparamos com uma realidade distinta, na qual existe uma comissão que faz a constatação do grau de endividamento, em relação às pessoas físicas, e um comitê direcionado às empresas, antes de atravessarem o estado nebuloso de crise, agindo preventivamente. O reflexo do endividamento das carteiras é a multiplicidade das demandas, prioritariamente relacionadas ao setor automobilístico, alienação fiduciária em garantia, cláusula de reserva de domínio, e também na esfera dos bens imóveis²³.

Nesse momento, a instituição financeira encaminha a cédula de crédito bancário com parcelas atrasadas para uma empresa especialista em recuperação de créditos. A primeira análise passa por uma esteira de ajuizamento, em que se analisa a viabilidade técnica da cobrança e os documentos comprobatórios do negócio jurídico. Em segundo lugar, aponta-se a melhor estratégia: judicial ou extrajudicial. Na cobrança judicial, as instituições financeiras praticam uma série de ilegalidades — desde o ajuizamento em segredo de justiça até a condução final do processo (trânsito em julgado). O mesmo ocorre na cobrança extrajudicial por métodos vexatórios e ameaças, como a utilização de falsas notificações de protesto para amedrontar o devedor e fazê-lo pagar o débito.

20 TIMM, Luciano Benetti. **Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro**: justiça distributiva *vs.* eficiência econômica. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3733_3789.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.

21 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Destino do contrato. **Revista do Advogado**, ano III, n. 9, 1980, p. 53.

22 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

23 ABRAÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 17ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 453.

Uma ação judicial decorrente da inadimplência parte do pressuposto de que o bem é a própria garantia do contrato. Logo, o direito a ação reipersecutória nasce para o credor a partir da constituição em mora do devedor, comprovada a inadimplência de uma das parcelas da cédula de crédito bancário. É uma faculdade do credor a antecipação de todas as parcelas vincendas a fim de exigir do devedor a quitação integral do débito. Tal entendimento está pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em diversas decisões, conforme o Tema 722 da mesma Corte.

Tema 722/STJ: Nos contratos firmados na vigência da Lei n. 10.931/2004, compete ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar na ação de busca e apreensão, pagar a integralidade da dívida - entendida esta como os valores apresentados e comprovados pelo credor na inicial -, sob pena de consolidação da propriedade do bem móvel objeto de alienação fiduciária²⁴.

A antecipação da dívida necessariamente precisa ser comunicada ao devedor por meio de uma carta de notificação, enviada extrajudicialmente, momento em que, a partir do recebimento, será constituída a mora do devedor. A mora é um requisito necessário e fulminante para a existência da ação judicial, segundo as disposições do Art. 2º, § 2º do Decreto-Lei n.º 911/69. A partir do atraso (estado de inadimplência) comprovado, nasce para o credor a faculdade de reaver o bem a qualquer momento, fazendo-o por ação de busca e apreensão em alienação fiduciária.

No julgamento do REsp 1.287.402 e REsp 1.418.593, o STJ pacificou o entendimento de que a purgação da mora somente é possível se o devedor pagar a integralidade do débito apontado pelo credor na Inicial no prazo de 5 (cinco) dias, ocasião em que o bem lhe será restituído livre de ônus, caso já tenha ocorrido a retomada. Não havendo o pagamento da dívida no prazo legal, a propriedade e posse plena serão consolidadas nas mãos do credor fiduciário, conforme alteração introduzida pela Lei n.º 10.931/04.

Ocorre que muitas vezes o devedor sequer tem ciência do ajuizamento da ação e quase sempre é surpreendido com o cumprimento do mandado pelo Oficial de Justiça. Muito embora seja controverso falar em princípio da não-surpresa, é preciso reconhecer que nesse caso foi retirado do devedor a garantia amparada pelo Art. 5º, inciso LV da Constituição de 1988, que assim dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Para não suportar nenhum tipo de prejuízo, o credor usa das mais diversas armas para recuperar o crédito cedido em garantia, valendo-se, inclusive, de interpretações teratológicas sobre determinadas restrições do processo civil. Ora, quanto ao processo hermenêutico da lei:

Não pode ser compreendido como um sistema lógico-dedutivo, autônomo e autossuficiente, mas, sim, como um sistema aberto e flexível, receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos, integrado ao restante da ordem constitucional, além de sujeito aos influxos do mundo circundante²⁵.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 722**. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 mai 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?nova_consulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1418593. Acesso em: 18 mai 2024.

25 SARMENTO, Daniel. Comentários ao Artigo 5º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Orgs.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 275.

A distribuição do processo em segredo de justiça quase sempre resulta em uma situação na qual o devedor não dispõe de numerário suficiente para a purgação da mora após a execução da liminar (parcelas vencidas e vincendas), e mesmo diante do desejo de exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, este vê-se prejudicado por conta da tramitação dos autos em segredo de justiça, o que torna o processo indisponível para o acesso e consulta pública.

É patente que as sucessivas alterações na lei que disciplina a alienação fiduciária resultaram em graves prejuízos para o devedor fiduciante, ainda mais quando se percebe que algumas dessas mudanças favoreceram as instituições financeiras em detrimento do consumidor e das normas disciplinares das relações de consumo, promovendo desequilíbrio na relação contratual e impingindo ao consumidor uma obrigação manifestamente excessiva que se reflete no seu direito.

A Constituição Federal erigiu a defesa do consumidor à garantia fundamental, outorgando ao Estado tal compromisso (Art. 5º, XXXII) e ao estabelecer os parâmetros da ordem econômica nacional precisou a defesa do consumidor como um de seus pilares intransponíveis (Art. 170, V). Se o consumidor é o elo mais fraco da economia e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco, a Carta Magna sufragou o cuidado histórico que nos recai.

Ora, nos termos da alteração legislativa proposta pela Lei n.º 10.931/04 em face do Decreto-Lei n.º 911/69, a perspectiva do consumidor (devedor fiduciante) que contrata sob a forma de alienação fiduciária em garantia bem móvel é deveras agravada, pois com a alteração na forma de se realizar a purgação da mora como meio de impedir a consolidação da posse plena e exclusiva do bem nas mãos do credor fiduciário, a lei passou a autorizar que o credor fiduciário exigisse a satisfação integral do valor pactuado como única maneira viável ao devedor fiduciante de conseguir afastar a imediata busca e apreensão do bem afetado. Com isso, a lei permite que a instituição financeira impossibilite o cumprimento da obrigação pelo consumidor.

Cumpre-nos invocar as preeminentes notas de Nelson Nery Junior no sentido de que a Lei n.º 8.078/90 tem natureza principiológica. Ou seja: “(...) o princípio de que a lei especial derroga a geral não se aplica ao caso em análise, porquanto o CDC não é apenas lei geral das relações de consumo, mas, sim, lei principiológica das relações de consumo”²⁶. Ou seja, os princípios gerais do direito, notadamente *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, sucumbem diante do princípio constitucional da proteção ao consumidor e seus corolários preceitos encerrados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

5. ENTRE *PACTA SUNT SERVANDA* E EQUILÍBRIO CONTRATUAL

De uma relação de consumo, pressupõe-se um negócio jurídico²⁷ firmado entre duas partes²⁸. Nela, temos o consumidor, que figura como a parte mais vulnerável da relação, situa-

26 NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. Direito material (Arts. 1º a 80 e 105 a 108). pp. 528-530.

27 Para uma melhor definição, acerca do negócio jurídico, devemos entender o que Miguel Reale, no Capítulo XVII, *Lições Preliminares de Direito*, diz. Segundo o autor, os atos humanos podem se apresentar como relações que não são tipicamente sociais e que são dotadas de características e requisitos previstos na norma jurídica. Nisto, consiste a ideia de negócio jurídico firmado como ato de vontade entre duas partes, além de outras características, tais como: *unilateralidade* ou *bilateralidade* (também chamados de contratos *sinalgmáticos*), adesão solene (quando a lei exige para a sua validade o cumprimento de determinadas formas) e sob a forma escrita.

28 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 279.

ção que implica na proteção de seus direitos e interesses, segundo os ditames legais da Lei n.º 8.078/1990, e o fornecedor de bens ou serviços.

Sob a ótica da nossa discussão, é muito comum que alguns contratos bancários contenham exigências de valores excessivos ou indevidos, aderidos sem o devido conhecimento ou esclarecimento. Embora seja uma prática corriqueira muito presente no cenário nacional, ainda assim não são todas as instituições que agem dessa forma. Apenas a título de exemplo, podemos mencionar que a cobrança indevida pode ocorrer quando o credor se exige do devedor as custas judiciais antecipadas na judicialização do contrato.

Essa transferência dos riscos da atividade empresarial impinge sobre o devedor um montante ainda maior para a quitação do débito vencido. Considerando a hipótese exposta na seção anterior, em que o débito vencido e não pago constitui o devedor em mora, após a entrega da carta de notificação no endereço do contrato, certamente essa prática configura-se como uma manobra do credor para obstar a liquidação da dívida, dificultando ainda mais a restituição do bem, caso a apreensão já tenha sido executada.

Neste contexto, importante destacar que tal prática, além de ilegal, viola as normas previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, posto que a lei proíbe a transferência dos riscos da atividade empresarial para o consumidor, como está previsto no Art. 51, IV, da Lei n.º 8.078/1990. São consideradas nulas as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou seja, incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Dessa forma, o fornecedor de produtos ou serviços que age em desacordo com a norma legal será responsável pela reparação de danos causados ao consumidor, independentemente da existência de culpa, conforme a dicção do Art. 14 da Lei n.º 8.078/1990.

Em outras palavras, o contrato não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal de per se significativo, mas deve orientar as operações econômicas de forma a atender os princípios básicos de nossa sociedade: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas (arts. 1º e 3º da CF). Toda vez que a operação econômica revestida pelo contrato violar um desses objetivos, tem-se que ele não estará cumprindo com a sua função social²⁹.

Ainda sobre o tema, Flávio Tartuce destaca que “a exigência de valores excessivos ao consumidor para a cobertura dos riscos da atividade empresarial é indevida e viola o equilíbrio contratual, além de ser contrária à boa-fé objetiva e à função social do contrato”³⁰. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já se manifestou no sentido de que “a imposição de custas judiciais ao consumidor, ainda que prevista em contrato, é abusiva e viola os princípios da boa-fé objetiva e da proteção ao consumidor”³¹.

Em suma, é ilegal e abusiva a exigência indevida e excessiva de valores, inclusive custas judiciais, sob o argumento de que eles seriam necessários para cobrir os riscos da atividade em-

29 LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**, 1ª ed. São Paulo: Método. 2007.

30 TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

31 REsp 1506369/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017.

presarial. Tal prática viola as normas de proteção ao consumidor, além de ser contrária à boa-fé objetiva nas relações de contrato³².

Por isso, se o credor se recusa a receber o pagamento que lhe é devido, sob a alegação de que a dívida abrange outras despesas para além do débito vencido, pode-se invocar a mora do credor, como está previsto no arts. 394 e 396 do Código Civil. Tal previsão e se refere à situação na qual o credor não cumpre com a sua parte na obrigação contratual, como recusar-se a receber o pagamento que lhe é devido no tempo oportuno.

O efeito jurídico para a caracterização dessa mora está no fato do credor criar embaraço no intuito de que o devedor não consiga cumprir uma obrigação assumida contratualmente. Isto porque, a partir do momento em que o devedor deixar de cumprir com as obrigações do contrato, o credor pode exigir o cumprimento forçado da obrigação. Resta claro, pois, o motivo pelo qual alguns credores têm interesse em manter a inadimplência do devedor sob iníquas exigências ou abusivas cobranças que o colocam em desvantagem excessiva, além de ser um ato que desrespeita a boa-fé e desequilibra a relação contratual.

Maria Helena Diniz defende que a mora do credor deve ser considerada uma espécie de inadimplemento, e que sua caracterização deve considerar o princípio da boa-fé e a proporcionalidade das sanções.

A mora do credor, em sentido amplo, configura-se como o retardamento injustificado no cumprimento de uma obrigação, gerando inadimplemento, ensejando ao devedor o direito de exigir a compensação pelos prejuízos sofridos. A inércia do credor ocasiona a impossibilidade de aproveitamento imediato da coisa, bem como a impossibilidade de sua aplicação em benefício próprio, em nítido prejuízo do devedor. Sendo assim, é de rigor que o credor adote ações capazes de permitir o cumprimento da obrigação no prazo contratualmente estipulado, sob pena de lhe ser imputado o ônus do descumprimento³³.

A partir do momento em que o credor entra em mora, o devedor fica desobrigado de cumprir com sua parte no negócio jurídico, sem que isso acarrete prejuízo para ele. Ou seja, não prevalecerá a máxima *pacta sunt servanda* em uma relação contratual abusiva, em que o credor faz o uso desmedido do seu alto poder de barganha, oriundo do monopólio financeiro, detido pelas instituições financeiras e bancos em geral, mas que coloca a outra parte em fragilidade negocial e em absoluta supressão da autonomia da vontade. O princípio do *pacta sunt servanda* não consiste em uma carta em branco³⁴ ou ao irrestrito apego formal à lei, como era uma característica da época do império romano³⁵.

O cotejo entre o enunciado de diversos artigos esparsos no Código Civil e as peculiaridades atinentes aos contratos *sub judice* conduzem à hermenêutica precisa, pautada na boa-fé, de que a necessidade do crédito e a respectiva concessão devem ser ajustadas ao princípio da equidade no equilíbrio contratual. Principalmente quando as obrigações são oriundas de contratos de adesão, pois a estipulação das cláusulas deve ser interpretada sempre da maneira menos

32 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 9. ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 549.

33 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

34 BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

35 CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

onerosa, interpretando-se sempre em favor daquele se obriga, que tem menos vantagem na relação (RT 142/620-197/709 e 237/654).

Ademais, nos contratos de adesão, a supressão da autonomia da vontade é inconteste. Na obra “Contratos de Crédito Bancário”, o eminente magistrado Arnaldo Rizzardo, interpretou a posição desfavorável em que se encontram aqueles que celebraram contratos de adesão junto ao banco, ele sustentou *in verbis*: “Os instrumentos são impressos e uniformes para todos os clientes, deixando apenas alguns claros para o preenchimento, destinados ao nome, à fixação do prazo, do valor mutuado, dos juros, das comissões e penalidades”³⁶. Tais contratos contêm inúmeras cláusulas redigidas prévia e antecipadamente, com nenhuma percepção e entendimento delas por parte do aderente.

Efetivamente, é do conhecimento geral das pessoas de qualidade média os contratos bancários não representam natureza sinalagmática, porquanto não há válida manifestação ou livre consentimento por parte do aderente com relação ao suposto conteúdo jurídico, pretensamente, convencionado com o credor. Em verdade, não se reserva espaço ao aderente para sequer adimplir a obrigação, nos padrões impostos, será esmagado economicamente.

Por conta disso, na relação jurídica firmada por adesão, a interpretação do contrato deve ser realizada com observância estreita da norma contida no Art. 85 do Código Civil, o qual apresenta uma regra geral de interpretação dos negócios jurídicos: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”³⁷. Caso contrário, estaremos diante do *error juris*, ou seja, uma situação em que a manifestação de vontade está contaminada pelo vício do consentimento³⁸.

Neste caso, será preciso corrigir tanto o excesso quanto o desvio da finalidade contratual, urdidos na supressão de sua autonomia volitiva. A revisão integral da relação contratual respalda-se também no art. 167 do Código Civil, inserido no título que disciplina as modalidades dos atos jurídicos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa, abordamos o instituto da alienação fiduciária sobre bens móveis como um pacto formal que se funda na integridade e na boa-fé do contrato bancário mediante uma garantia real, com destaque para os aspectos jurídicos, econômicos e sociais dessa modalidade de crédito e as consequências observadas no cotidiano da vida social, como a acentuação da desigualdade ao analisar o tema pelo viés da vulnerabilidade econômico-financeira do

36 RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 12ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

37 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 maio 2024.

38 Os vícios de consentimento nos negócios jurídicos são fenômenos que merecem atenção especial no âmbito do direito. De acordo com Cristiano Chaves de Freitas e Nelson Rosenvald (2021, p. 731), esses vícios referem-se a situações em que a manifestação de vontade de um agente não reflete sua verdadeira intenção. Tal descompasso pode ocorrer por diversas razões, como erro, dolo ou coação, comprometendo a validade e a eficácia do ato jurídico. A compreensão desses vícios é fundamental para garantir a segurança das relações contratuais e a proteção dos direitos dos envolvidos. Torna-se imprescindível que os operadores do direito estejam atentos a essas nuances, a fim de assegurar que a vontade expressa nos negócios jurídicos corresponda à real intenção das partes. Ver: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 19ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

aderente. Indagamos se a cláusula de garantia consiste em uma proteção legal ou uma vantagem para as instituições financeiras.

O exame de diversos diplomas legais serviu para assentar um entendimento de que essa modalidade de crédito foi pensada para atender às necessidades do mercado de capitais, com um objetivo precípua de realizar negócios jurídicos com segurança, possibilitando uma rápida recuperação do crédito, em caso de inadimplemento. Um contrato bancário com cláusula de garantia real, conforme visto no decorrer das seções, transmite ao credor a propriedade de um bem até a quitação total do débito. Contudo, o aderente permanece na posse direta sobre o móvel.

O tema em questão é fruto da experiência do autor com ações judiciais de natureza bancária, o que permitiu um agradável passeio pelos jardins do direito para tratar dos conceitos elementares da alienação fiduciária aliado ao pensamento da doutrina jurídica, sem obstar como se dá a constituição do direito real de exigir o bem móvel para a satisfação do débito, quando verificado a inadimplência pelo tomador do crédito no intuito de forçar o cumprimento da obrigação contratualmente assumida. Outrossim, o estudo evidenciou que, em determinadas situações, no exercício regular de um direito, o credor chega a ultrapassar algumas barreiras legais para satisfazer o seu direito ao crédito cedido, muitas vezes interpretando equivocadamente um dispositivo legal.

Perquirindo um raciocínio lógico-dedutivo, após verificar o aspecto jurídico, social e econômico da alienação fiduciária, chegamos à conclusão de que ela é um importante instrumento para fomentar o crédito e possibilitar o acesso de pessoas de baixa renda a bens de consumo de alto valor. Logo, o financiamento bancário é uma maneira de inclusão social das pessoas vulneráveis economicamente, mas que, com o devido ajuste da taxa de juros e com prazos mais longos de pagamento, elas conseguem ter acesso aos mesmos bens daqueles que têm uma condição financeira melhor e mais favorável.

Entretanto, a pesquisa também demonstrou que tais benefícios podem resultar em desafios econômicos e levar muitas famílias ao superendividamento, sobretudo aquelas que são mais pobres e dependem de benefícios sociais. A facilidade do acesso ao crédito pode gerar o aumento da inadimplência e, em muitos casos, o agravamento da desigualdade social, visto que a tomada de crédito sem um planejamento financeiro pode piorar a situação econômica de uma família vulnerável economicamente. A solução para evitar este cenário passa pela educação financeira.

Por fim, sob a ótica dessa discussão, defendemos a ideia de que o princípio contratual do *pacta sunt servanda* não pode ser admitida como uma carta em branco. As instituições financeiras estão obrigadas a observar os direitos básicos do consumidor, dispostos na Lei n.º 8.078/1990, pois, enquanto fornecedores de bens ou serviços, detêm responsabilidade objetiva perante as relações de consumo, devendo absterem-se de cobranças indevidas ou exigências desproporcionais nos contratos bancários com cláusulas que coloquem o consumidor em excessiva desvantagem.

Em suma, o contrato de financiamento bancário com cláusula de garantia em alienação fiduciária para aquisição de bens móveis consiste em uma vantagem que pode contribuir para

a melhoria de vida de muitas pessoas, possibilitando o acesso ao crédito e aos bens necessários para o fomento de uma vida com mais qualidade e dignidade, atendendo aos princípios dispostos na Constituição Federal de 1988, para atender os princípios básicos de nossa sociedade: a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; a equidade; a solidariedade e a produção de riquezas (arts. 1º e 3º da CF). Contudo, poderá haver o aumento da desigualdade, se a concessão do crédito se tornar irrestrita e sem critérios.

Ademais, vimos que, quando há inadimplência do tomador do crédito, a instituição financeira não pode se valer de todo e qualquer meio para recuperar o crédito cedido, mas deve pautar-se na estrita legalidade, permitindo que o devedor exerça o direito ao contraditório e à ampla defesa, possibilitando a recuperação do bem em tempo hábil. Caso contrário, estaremos diante de uma relação contratual abusiva, na qual a dificuldade para se obter o adimplemento da dívida tem como consequência uma vantagem indevida e desproporcional para a instituição financeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAÃO, Nelson. **Direito Bancário**. 17ª. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Contratos inominados ou atípicos e negócio fiduciário**, Belém: CEJUP, 1988, p. 121.
- BITTAR, Carlos Alberto (Ed.). **A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. **Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. **Lei n.º 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964, n.º 4.728, de 14 de julho de 1965, e n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. **Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014**. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias; prorroga o prazo de que trata outras leis correlatas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. **Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0911.htm. Acesso em: 18 maio 2024.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1506369/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 19/09/2017, DJe 26/09/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 722**. Relator: Luís Felipe Salomão. Brasília, 27 maio 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1418593. Acesso em: 18 maio 2024.
- BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 307.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário**. 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 279.

- CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de Direito Romano**. 24^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 3. 31. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**, 19^a ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Destino do contrato**. *Revista do Advogado*, ano III, n. 9, 1980, p. 53.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 12^a. ed. São Paulo: Atlas, 2023.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Ação de busca e apreensão em propriedade fiduciária**. São Paulo: RT, 2005.
- FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 8^a ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 20^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**, 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- INSTITUTAS DO JURISCONSULTO GAIO, Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Carta de Conjuntura**. Número 62 – Nota de Conjuntura 18 — 1^o Trimestre de 2024. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/cartadeconjuntura/wp-content/uploads/2024/03/240308_cc_62_nota_18_rendimentos.pdf. Acesso em: 18 mai. 2024.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**, 1^a ed. São Paulo: Método, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev., atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1. Direito material (arts. 1^o a 80 e 105 a 108). pp. 528-530.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 9. ed. rev. ampl. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 549.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18^a. Ed. Vol. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 426.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo, Saraiva, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos de Crédito Bancário**. 12^a. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- SARMENTO, Daniel. Comentários ao Artigo 5^o da Constituição. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang et al. (Orgs.) **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo, Saraiva, 2013, p. 275.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Cédula de Crédito Bancário. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem**, ano 6, n. 22, out/dez 2003, p. 13-52.
- TIMM, Luciano Benetti. **Função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica**. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3733_3789.pdf. Acesso em: 26 nov. 2024.
- VIANA, Sônia Diniz. **Contrato de adesão**, *Revista do TRF1*, Brasília, v. 25, n. 11/12 nov./dez. 2013, p. 22-31.



DIREITO

ISSN: 1981-9684 (IMPRESSO)
ISSN: 2177-6458 (ELETRÔNICO)