

digital

DIREITO E SEUS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS E TECNOLÓGICOS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Coordenação

Catarina Santos Botelho

Antônio Carlos Efig

Leonardo Cacau Santos La Bradbury



PORTO



*DIREITO E SEUS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS E TECNOLÓGICOS
NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS*

CATARINA SANTOS BOTELHO; ANTÔNIO CARLOS EFING; LEONARDO CACAU
SANTOS LA BRADBURY [COORD.]

© Universidade Católica Editora . Porto
Rua Diogo Botelho, 1327 | 4169-005 Porto | Portugal
+ 351 22 6196200 | uce@porto.ucp.pt
www.porto.ucp.pt | www.uceditora.ucp.pt

Coleção · e-book
Coordenação gráfica da coleção · Olinda Martins
Capa · Olinda Martins
Imagem capa · Eflon

Data da edição · janeiro 2021
Tipografia da capa · Prelo Slab / Prelo
ISBN · 978-989-8835-99-4

digital

DIREITO E SEUS DESAFIOS
SOCIOAMBIENTAIS
E TECNOLÓGICOS
NAS DEMOCRACIAS
CONTEMPORÂNEAS

Coordenação

Catarina Santos Botelho

Antônio Carlos Efig

Leonardo Cacao Santos La Bradbury

ÍNDICE

Prefácio	· 6 ·
1. Direito e seus desafios socioambientais	
Os atuais desafios socioambientais do consumo	· 9 ·
<i>The current socioenvironmental challenges of consumption</i>	
Antônio Carlos Efig e Ana Carolina Fontana de Mattos	
Os desafios do poder judiciário nas democracias contemporâneas	· 29 ·
<i>Judiciary`s challenges in contemporary democracies</i>	
Leonardo Cacau Santos La Bradbury	
Paradoxos, utopias e o futuro do estado do bem-estar social no Brasil	· 68 ·
<i>Paradoxes, utopias and the future of the welfare state in Brazil</i>	
Paulo Afonso Brum Vaz	
A eficácia dos direitos sociais	· 103 ·
<i>The effectiveness of social rights</i>	
Flávio Martins	
A estrutura normativa dos direitos sociais do trabalho	· 116 ·
<i>The normative structure of social rights of work</i>	
Milton Vasques Thibau de Almeida	
A atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação de tratados internacionais de direitos humanos em prol do fortalecimento do ensino superior	· 143 ·
<i>The action of the Supreme Federal Tribunal in the Implementation of international human rights treaties in Favor of strengthening higher education</i>	
Daniella Maria Pinheiro e Luís Alexandre Carta Winter	
Perspectivas da proteção jurídica do meio ambiente no direito comparado Brasil-União Europeia	· 169 ·
<i>Perspectives of the legal protection of the environment in Brazil-Europa Union comparative law</i>	
Arnaldo de Souza Ribeiro	
O papel do estado português no combate ao homicídio em contexto de violência doméstica no século XXI	· 187 ·
<i>The role of the portuguese state in the fight against Murder taken place in domestic violence context</i>	
Maria Elisabete Ferreira	

**O feminicídio e seus desdobramentos sociais: direito comparado
Brasil x Espanha** · 203 ·

Feminicide and its social consequences: comparative right Brazil x Spain

Arleide Costa de Oliveira Braga

**A limitação da responsabilidade civil nos contratos de fretamento
marítimo internacional de carga perspectivas: brasil e portugal** · 217 ·

*The limitation of civil responsibility in international maritime freight
charter contracts - perspectives: Brazil and Portugal*

Steve Beloni Correa Dielle Dias

Efetividade processual e a estabilização da tutela antecipada no brasil · 232 ·

Procedural effectiveness and stabilization of early measure in Brazil

Cristina Bichels Leitão

2. Direito e seus desafios tecnológicos

Os espaços da tecnologia e da ideologia no direito · 247 ·

The spaces of the technology and the ideology in law

Luiz Alberto Blanchet

**Smart contracts e obrigações: cláusulas autoexecutáveis como
instrumento para um novo equilíbrio na alocação de custos de
transação nos contratos** · 258 ·

*Smart contracts and obligations: self-executing clauses as an instrument
for a new balance in the allocation of transaction costs in contracts*

Eduardo Oliveira Agostinho e Sandro Mansur Gibran

**Nanotecnologias e desafios à proteção do consumidor na sociedade
de risco** · 277 ·

*Nanotechnologies and challenges to consumer protection in
the risk society*

Rudinei Jose Ortigara

O modelo open banking: o consumidor dono de seus próprios dados · 300 ·

The open banking model: the consumer owner your own data

Henrico César Tamiozzo

**Os desafios do direito brasileiro na proteção jurídica do livre-arbítrio
em redes sociais** · 320 ·

*The challenges of brazilian law in the legal protection of self determination
in social networks*

Charles Emmanuel Parchen

Tokens criptográficos para energia elétrica · 335 ·

Cryptographic tokens for electric power

Arlei Costa Junior

PREFÁCIO

Esta obra coletiva reúne as comunicações dos oradores do I Congresso Internacional – Direito e seus Desafios Sociais, Económicos e Ambientais, que teve lugar nos dias 27 e 28 de janeiro de 2020, na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP), em parceria com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Neste congresso, organizado por mim, pelo Professor Doutor António Efing, professor na PUC-PR, e pelo juiz federal Leonardo Cacau La Bradbury, doutorando na PUC-PR e na UCP, cerca de trinta oradores debateram as seguintes temáticas: direito comparado e desafios socioambientais; direitos fundamentais e desafios sustentáveis; direito e desafios tecnológicos; direito e desafios económicos, processuais e laborais; e teoria do Estado e desafios constitucionais.

Foram dois dias de partilha de ideias e de debate académico, num diálogo contínuo que se revelou muito interessante e desafiador. Tendo maturado as ideias e densificado os pontos de vista resultantes das trocas de argumentos com os participantes, vinte juristas optaram por elaborar um artigo sobre a sua comunicação. Eis-nos então perante este contributo inestimável para a problematização dos principais desafios socioambientais e tecnológicos do direito nos nossos dias.

Nesta esteira, a obra divide-se em duas temáticas basilares: (i) o direito e os seus desafios socioambientais; (ii) e o direito e os seus desafios tecnológicos. Quanto à primeira temática, António Carlos Efing e Ana Carolina Fontana de Mattos abordam os desafios socioambientais do consumo, advogando pela instituição do Estado Socioambiental de Direito. Leonardo Cacau Santos La Bradbury discorre sobre os desafios do poder judiciário nas sociedades contemporâneas, mormente num contexto de judicialização da política e de ativismo judicial. Paulo Afonso Brum Vaz apresenta um ensaio crítico sobre passado, do presente e do futuro do Estado do bem-estar social no Brasil.

Em sintonia, Flávio Martins enfoca a problemática da eficácia dos direitos sociais na América Latina, sustentando que a educação pública de qualidade é o “mínimo dos mínimos existenciais”. Já concretamente quanto aos direitos sociais laborais, Milton Vasques Thibau de Almeida discorre sobre as virtudes e as

imperfeições da reforma juslaboral brasileira. Por sua vez, quanto ao direito social à educação, Daniella Maria Pinheiro e Luís Alexandre Carta Winter debatem a aplicação do direito internacional de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Para finalizar a excursão sobre direitos sociais, Arnaldo de Souza Ribeiro apresenta um estudo de direito comparado acerca da proteção ambiental no Brasil e na União Europeia, destacando os efeitos do dia de sobrecarga da terra e do ponto de inflexão da Amazônia.

Maria Elisabete Ferreira partilha o trabalho da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica, como instrumento conducente à melhoria dos procedimentos em vigor no sistema de justiça criminal português e na rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica. Em sintonia e do outro lado do Atlântico, Arleide Costa de Oliveira Braga analisa a situação do femicídio no Brasil, apresentando igualmente uma análise comparatística com o sistema espanhol.

Steeve Beloni Correa Dielle Dias procedeu à análise da legislação internacional sobre o transporte de mercadorias, em especial quanto às cláusulas de limitação de responsabilidade civil nos contratos de fretamento marítimo internacional de carga. A fechar a temática do “direito e os seus desafios socioambientais”, Cristina Bichels Leitão apresentou o panorama geral da estabilização da tutela antecipada antecedente no sistema processual civil brasileiro.

No que respeita à segunda temática – “o direito e os seus desafios tecnológicos” – Luiz Alberto Blanchet introduz o tema da ideologia, que resulta apenas indiretamente versado na Constituição brasileira, e associa-o à tecnologia das hodiernas sociedades de risco. Eduardo Oliveira Agostinho e Sandro Mansur Gibran refletem sobre os efeitos que podem advir da tecnologia *blockchain* e dos *smart contracts* nos contratos e obrigações presentes no direito privado. Por sua vez, Rudinei Jose Ortigara alerta não apenas para as potencialidades, mas também para os perigos e incertezas da disponibilização de produtos contendo ou com processos nanotecnológicos, particularmente quanto à proteção do consumidor na sociedade de risco.

Henrico César Tamiozzo apresenta o perfil dos consumidores bancários no contexto brasileiro e analisa a autodeterminação informativa dos seus dados pessoais. Charles Emmanuel Parchen expõe a situação de hipervulnerabilidade dos usuários das redes sociais e aponta lacunas no ordenamento jurídico brasileiro. A terminar, Arlei Costa Junior apresenta uma análise sobre as possibilidades de uso de tokens

criptográficos no setor elétrico, e os benefícios que daí poderiam advir para a melhoria das políticas públicas no setor e para a promoção do desenvolvimento económico e social.

Num tal contexto de metamorfose, o direito procura dar resposta a crises – sejam elas ambientais, económico-financeiras, humanitárias, tecnológicas, etc. – que assolam as comunidades políticas hodiernas. Neste ensejo, os valiosos contributos recolhidos nesta obra coletiva procuram iluminar caminhos e sugerir tentativas de resposta aos mais variados problemas. Não tenho dúvidas de que será um contributo significativo para o avanço das dogmáticas juspublicista e jusprivatista.

Catarina Santos Botelho

Professora de Direito Constitucional na Universidade Católica Portuguesa

CAPÍTULO I - DIREITO E SEUS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS

OS ATUAIS DESAFIOS SOCIOAMBIENTAIS DO CONSUMO

THE CURRENT SOCIOENVIRONMENTAL CHALLENGES OF CONSUPTION

Antônio Carlos Efing¹

Ana Carolina Fontana de Mattos²

RESUMO: O presente artigo trata dos atuais desafios socioambientais do consumo, tendo como objetivo a identificação dos principais desafios na atualidade e procurar responder como o Direito pode atuar para minimizar a degradação socioambiental causada pelo sistema econômico vigente e seus mecanismos de atuação, como a ideia de progressismo e a dissociação do homem com a natureza. Para isso, foram apontados os atuais problemas socioambientais e os óbices à sustentabilidade dentro do mercado de consumo. O estudo traz como propostas para enfrentar o processo de destruição da natureza, a instituição do Estado Socioambiental de Direito, que depende invariavelmente dum Direito do Consumidor que além de garantir o reconhecimento efetivo da vulnerabilidade do consumidor dentro das relações consumeristas e imponha aos fornecedores prestarem informações corretas e claras para que o consumidor, devidamente esclarecido, possa tomar decisões de consumo mais conscientes, responsáveis e sustentáveis do ponto de vista socioambiental. Com isso, há uma pretendida mitigação dos riscos da modernidade avançada e o surgimento do consumo consciente praticado pelo consumidor como ativismo ecológico e social, abrindo as rotas para a adoção de um Estado de Direito mais preocupado com as questões socioambientais. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método de abordagem lógico-dedutivo.

Palavras-chave: Desafios Socioambientais; Direito do Consumidor; Efetiva proteção do meio ambiente; Consumo Consciente; Estado Socioambiental de Direito.

ABSTRACT: This article deals with the present socio-environmental challenges of consumption, having as an aim to identify the main challenges nowadays and look for an answer in what way the Law can act to minimize the socio-environmental degradation caused by the current economic system and its mechanisms of action, such as the idea of progressiveness and the dissociation of man with nature. To this end, the contemporary socio-environmental problems and obstacles to sustainability within the consumer market were pointed out. The study brings as proposals to face the process of destruction of nature, the institution of the Socioenvironmental State of Law, which invariably depends on a Consumer Law that besides guaranteeing the effective recognition of the consumer's vulnerability within consumer relations and imposing on suppliers to provide information

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP; Professor titular Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba/PR. Conselheiro e Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OAB/PR. E-mail: ace@eradv.com.br

² Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Bolsista CAPES/PROEX. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Advogada. E-mail: anacfmattos@hotmail.com

correct and clear so that the consumer, duly informed, can make consumption decisions that are more conscious, responsible and sustainable from a socio-environmental point of view. Therefore, there is an intended mitigation of the risks of advanced modernity and the emergence of conscious consumption practiced by the consumer as ecological and social activism, opening the routes for the adoption of a Rule of Law more concerned with socio-environmental issues. The methodology used was bibliographic and jurisprudential research, through the method of logical-deductive approach.

Keywords: Socio-environmental challenges; Consumer Law; Effective protection of the environment; Conscious Consumption; Socio-environmental State of Law.

INTRODUÇÃO

Diante do cenário socioambiental caótico que se vive hodiernamente, que já se mostrou insustentável e tem colocado em risco a sobrevivência da humanidade no Planeta, questiona-se quais são os atuais desafios socioambientais da sociedade de consumo para frear este processo (auto)predatório.

Percebe-se que essa grande crise é reflexo dos fundamentos e mecanismos impostos pelo sistema capitalista para a sua manutenção e perpetuação, como o antropocentrismo; a ideia do progressismo a todo o custo; a utilização de recursos naturais de forma ilimitada; a dissociação do homem com a natureza; a acumulação primitiva de capital; e a instauração da sociedade de risco, que quebra com padrões de segurança em favor de interesses escusos. Alguns desses mecanismos utilizados dizem respeito ao consumidor, formando um óbice à sustentabilidade, já que instigam à compra irracional, como a publicidade abusiva, a invenção do crédito e a obsolescência programada.

Com a instauração e predominância do sistema capitalista e seus pressupostos, apontam-se os atuais problemas socioambientais, que ultrapassam a esfera do meio ambiente, englobam a sociedade como um todo. A crise socioambiental provoca o desmatamento; o derretimento de geleiras; o desequilíbrio do clima global; a degradação das águas; poluição dos oceanos por microplásticos; os gases de efeito estufa; o lixo tecnológico etc. Além disso, com o avanço da tecnologia e da Sociedade de Consumo, os indivíduos se veem expostos a práticas publicitárias altamente persuasivas, instigando o consumo irresponsável e despropositado de produtos, serviços e crédito; ao uso desautorizado de seus dados pessoais que circulam na *Internet*; ao endividamento e ao superendividamento, que potencializam o desenvolvimento de doenças psíquicas e psicossomáticas, dentre outros.

Para isso, o artigo aborda a instituição do Estado Socioambiental de Direito e o Direito à Informação do consumidor como meios possíveis de se mitigar os riscos e as ameaças socioambientais que a humanidade vem sofrendo.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, por meio do método de abordagem lógico-dedutivo.

1. OS ATUAIS PROBLEMAS SOCIOAMBIENTAIS

A relação ser humano *vs.* Natureza é controversa, prova disto são os inúmeros problemas socioambientais que põem em xeque a sobrevivência humana e de todas as demais espécies na Terra. Ao passo que a humanidade se desenvolve técnica e cientificamente, o meio ambiente é, na mesma proporção – ou mais, desmantelado. O irônico dessa relação é que, embora seja parte integrante e dependente do ecossistema, o ser humano se vê como autônomo perante a Natureza. Talvez isto justifique a maneira despaupeira e perniciosamente com que vem destruindo o seu próprio habitat, já que uma autodestruição seria ilógica.

Harding³ sustenta que a sociedade, há séculos, trata a Natureza como mero meio para alcançar seus objetivos, sendo uma máquina morta a ser explorada a seu bel prazer. Essa ideia vem sendo difundida, em especial, no mundo ocidental, por cerca de 400 anos, o que travou uma guerra de proporções gigantescas do ser humano contra o meio ambiente.

O ideal antropocêntrico, esta fictícia superioridade e independência do homem com relação à Natureza, é o grande transgressor do meio ambiente, pois se parte do “mito da superabundância da natureza; a crença no caráter ilimitado dos seus recursos e a surrogabilidade daqueles exauríveis”.⁴

Há o agravamento do cenário ambiental com a incorporação social da ideia de desenvolvimento e progresso a todo custo, principalmente após a Primeira Revolução Industrial. Parte-se da premissa de um melhoramento não somente industrial e econômico, mas social. “Com o progresso, se estabelece um sentido de continuidade histórica”.⁵ Capella⁶ afirma que a sociedade passou a entender que, com o tempo, a humanidade vai chegando mais perto da perfeição, e em nome de tal evolução econômica e tecnocientífica, é legítimo o extermínio dos recursos naturais. Há uma corrida cega, onde o crescimento é descontrolado, esse dito “progresso” conduz ao abismo, gerando agonia, crise, policrise, aceleração, damocleana e aliança das barbáries.⁷

Esse ideário é especialmente difundido com o sistema capitalista e o seu processo histórico de acumulação primitiva: separação entre produtor e meio de produção. Isto é, com o fim do sistema feudal, há a expropriação dos meios de produção dos antigos servos e camponeses, que passam a pertencer aos capitalistas. Mas, o que se conhece por capitalismo atualmente só viria a se concretizar de fato a partir do Século XVI, quando “grandes massas humanas são arrancadas súbita e violentamente de seus meios de subsistência e lançadas no

³ HARDING, Stephan. *Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia*. São Paulo: Cultrix, 2008.

⁴ JUNGES, José Roque. Ética ecológica: antropocentrismo ou biocentrismo?. *Revista Perspectiva Teológica*, v. 33, n. 89, p. 33-66, 2001, p. 35.

⁵ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 25.

⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 25.

⁷ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

mercado de trabalho como proletários livres”.⁸ Daí surge a figura do consumidor, massa a ser sucateada com desejos de consumo para a contínua demanda mercadológica: “essa nova sociedade tem por necessidade a inclusão de seus membros na condição de consumidores, inculcando em cada um deles a vontade e o desejo de assumir esse papel”.⁹

O pensamento progressista – e de certa forma, materialista –, portanto, é perpetuado com a ascensão do capitalismo, já que aquele é indispensável à sua manutenção. Esse pensamento é incorporado pela sociedade, e sobrevive na atualidade, tendo como características principais a sobrevalorização do presente imediato; o modo consumista de viver; o vazio cultural; a indústria de produção de sentimentos de carência; e a reconsagração do profano.¹⁰ O que vem ao encontro da ideia de Modernidade Líquida e da Sociedade de Consumo, concebida por Bauman, que sustenta que: “na sociedade de consumidores, ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria, e ninguém pode manter segura sua subjetividade sem reanimar, ressuscitar e recarregar de maneira perpétua as capacidades esperadas e exigidas e uma mercadoria vendável.”¹¹

Paulatinamente, a Sociedade de Consumo se instaura, instigada pelo capitalismo, que tem como propósito último a lucratividade, mesmo que isto ameace o meio ambiente e seus habitantes. Para manutenção desse sistema, há a massificação dos meios de produção – para produzir-se cada vez mais em menor espaço de tempo, e a implantação de desejos de consumo aos indivíduos.

Com a introdução desses desejos e de novas estratégias industriais de produção, o consumo de produtos e serviços cresce exponencialmente, ainda mais quando aliado, tão logo, à facilidade de acesso ao crédito; à publicidade abusiva, enganosa e a publicidade de crédito; à tecnologia (*internet* e redes sociais, que são veículos de comunicação de difusão publicitária da oferta de produtos e serviços de crédito – difusão de medo e ameaça/agressividade).

Souza Filho¹² afirma que “a economia política liberal ou capitalista precisa excluir a natureza para dela se servir.” E continua “a natureza não se submete à economia de mercado, mas uma proposta anticapitalista pode reconhecer na natureza necessidades de sobrevivência porque não tem como objeto o contínuo aumento da produção de mercadoria.”

Ocorre que a somatória *consumo exacerbado, crescimento populacional desenfreado e recursos naturais disponíveis* resulta em crise socioambiental, que, por sua vez, resulta em

⁸ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro. São Paulo: Abril Cultural, 1984, pp. 340-341.

⁹ EFING, Antonio Carlos; GEROMINI, F. P.. Crise ecológica e sociedade de consumo. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 6, p. 225, 2017.

¹⁰ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 25.

¹¹ BAUMAN, Zygmund [1925]. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, pp. 19-20.

¹² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista Crítica do Direito*, n. 5, vol. 66, ago/dez. 2015. p. 88-106.

grandes catástrofes, como “contaminação das águas, inclusive dos lençóis freáticos; envenenamento dos solos por excesso de pesticidas e fertilizantes; e os problemas globais relativos ao planeta como um todo, como as emissões de Co² que intensificam o efeito estufa.”¹³; além de desmatamento; descarte indevido de lixo¹⁴; surgimento de refugiados ambientais¹⁵; extinção de espécies endêmicas e *hotspots*¹⁶⁻¹⁷; escassez de água e demais recursos naturais¹⁸; poluição dos oceanos por conta dos microplásticos¹⁹, dentre outros.

A humanidade consome 30% mais recursos naturais do que a capacidade de renovação do planeta, e se este cenário persistir em menos de cinco décadas serão necessários dois planetas Terra para atender às necessidades de água, energia e alimentos.²⁰

Essa crise ecológica não se restringe à esfera ambiental, atinge toda a sociedade e suas instituições, por isto, chamada de crise *socioambiental*.²¹ Como exemplos, tem-se o endividamento e o superendividamento; o uso desautorizado e ilícito de dados pessoais que circulam na *internet*; o desenvolvimento de doenças psicológicas e psicossomáticas, como ansiedade, depressão, síndromes etc., por conta da despersonalização e desumanização das relações interpessoais.

¹³ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

¹⁴ O lixo eletrônico é um problema, já que a indústria eletrônica gera todo ano até 41 milhões de toneladas de lixo. Cf.: Lixo eletrônico representa ‘crescente risco’ ao meio ambiente e à saúde humana, diz relatório da ONU. In: *Nações Unidas no Brasil*, 03 jan. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/lixo-eletronico-representa-crescente-risco-ao-meio-ambiente-e-a-saude-humana-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹⁵ “Existência de refugiados ambientais, pessoas que foram impelidas a abandonar onde viviam devido ao declínio do ambiente, causando perturbação a sua existência e/ou à qualidade de vida. Esse declínio é resultado de transformações no campo físico, químico e/ou biológico do ecossistema, o que impossibilita (temporária ou definitivamente) a permanência de indivíduos neste local.” Cf.: EFING, Antônio Carlos. O consumo consciente e o desenvolvimento socioeconômico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 6, ano 4, p. 689-706, 2018.

¹⁶ Conforme resultado obtido no artigo “Identifying species threat hotspots from global supply chains”, o excessivo consumo norte-americano é o maior responsável por ameaças aos *hotspots* por todo o mundo. Cf.: MORAN, Daniel. KANEMOTO, Keiichiro. Identifying species threat hotspots from global supply chains. *Nature Ecology & Evolution*, v. 1, pp. 0-23, 2017.

¹⁷ *Hotspots* são “lugares onde há a interseção de uma elevada concentração de espécies endêmicas e de níveis muito elevados de extinção.” Cf.: BRASIL. *Conservação Internacional*. Disponível em: <<https://www.conservation.org/How/Pages/Hotspots.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹⁸ BRASIL. Instituto brasileiro de defesa do consumidor – IDEC. *Consumo Sustentável: Manual de educação*. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/IDEC, 2005. 160 p. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/Manual_completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

¹⁹ Microplásticos são fragmentos de plásticos com dimensões micrométricas que estão em todos os lugares e impõem desafios ao seu controle. Cf.: CHAVES, Léo Ramos. A ameaça dos microplásticos. *Revista Pesquisa FAPESP*, Edição 281, jul. 2019.

²⁰ BRASIL. Instituto brasileiro de defesa do consumidor – IDEC. *Consumo Sustentável: Manual de educação*. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/IDEC, 2005. 160 p. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/Manual_completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²¹ BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 2012. (Capítulo 1)

Ademais, o superendividamento leva muitas vezes à degradação e exclusão social, “pode conduzir as pessoas superendividadas a evitar despesas de tratamentos, mesmo essenciais, ou ainda a negligenciar a educação dos filhos.” O endividado e o superendividado passam a sofrer exclusão social, acarretando doenças psíquicas, como ansiedade, depressão e a própria oneomania (compulsão ao consumo).²² Ou seja, o superendividamento “é fonte de isolamento, de marginalização; ele contribui para o aniquilamento social do indivíduo.”²³

Todavia, para alterar o cenário socioambiental vigente, é necessário superar a modernidade avançada em que se vive atualmente. Ulrich Beck²⁴, ao conceber a também entendida como Sociedade de Risco, trata da existência de riscos incalculáveis, imprevisíveis, transfronteiriços e transtemporais oriundos da evolução tecnocientífica, que acabaram por quebrar e romper com padrões de segurança em nome de interesses mercadológicos e da manutenção do *status quo* capitalista, potencializando os problemas socioambientais.

Com isso, não é mais possível distinguir indústria, tecnologia e ciência, pois o mercado passa a interferir nestes, à medida que valores morais, sociais e ecológicos são abandonados. A ciência passa a ser simbólica, perde sua neutralidade e imparcialidade, que deveriam ser características inerentes a ela. Chama-se tal fenômeno de “exercício simbólico da ciência”, que é a criação de conhecimentos falsos ou parciais com a finalidade de atender a interesses específicos sem que a natureza da ciência praticada seja revelada. Na questão ambiental, “algumas metas e medidas anunciadas pelo governo podem servir apenas como instrumento para que outros objetivos políticos sejam alcançados.”²⁵

Além disso, há a função simbólica do Direito, quando se passa a elaborar legislações para criar a falsa sensação de que os riscos estão sendo mitigados ou, ao menos, regulados. As legislações apresentam lacunas, e então o Direito Ambiental e o Direito do Consumidor, a partir do Consumo Consciente e Responsável, com o fornecimento de informações verdadeiras e claras ao consumidor – seu direito básico –, assumem na sociedade contemporânea papel fundamental para a quebra desse sistema que põe em risco a sobrevivência humana e de todas as espécies no Planeta Terra.²⁶

2. ÓBICES À SUSTENTABILIDADE

²² LEWGOY, Júlia. Como saber se o seu consumismo virou doença, a oneomania. 22 dez. 2017. In: *Revista Exame*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/como-saber-se-o-seu-consumismo-virou-doenca-a-oneomania/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²³ PAISANT, Gilles. *Prefácio do livro Prevenção e Tratamento do Superendividamento*. Brasília: Editora Ministério da Justiça, 2010, p. 10.

²⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. España: Siglo Veintiuno, 2002.

²⁵ FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). *Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente*. Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 108-158.

²⁶ FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). *Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente*. Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 108-158.

Para a manutenção da forma atual do sistema capitalista e da sociedade de consumo, algumas medidas mercadológicas são adotadas. Há o aprimoramento das técnicas de *marketing*, principalmente a partir da publicidade, que desempenha papel grave na manutenção da condição de vulnerabilidade dos consumidores ao transmitir informações equivocadas e persuasivas, pois elimina a livre escolha e incute falsas necessidades nestes, gerando evidente problema socioambiental, tanto para a produção (mais matéria-prima) de mais produtos devido à maior demanda do mercado; quanto do descarte de tais materiais após seu uso.²⁷

Quanto à publicidade, mencionam-se as “mensagens subliminares – técnicas manipulativas e persuasivas – privam o consumidor de sua liberdade, fazendo-o crer que necessitam consumir, necessidades artificiais. A publicidade influencia nas decisões dos consumidores e incitando-os ao erro, crendo num primeiro momento que age livremente”.²⁸

A invenção do crédito também representa uma gravidade, já que oferece ao consumidor um maior poder de compra para que possa adquirir os desejos e as falsas necessidades incutidas pelo capitalismo. Diferentemente de quando era necessário adiar a satisfação de compra, estimulando naturalmente mais reflexão sobre o que, quando e como satisfazer as necessidades, interesses e desejos de consumo, a pré-aprovação e disponibilização do crédito à disposição da sociedade, fez como que possibilitasse a perpetuação do sistema capitalista.²⁹

Outro óbice à sustentabilidade é a obsolescência programada, aplicada de diferentes formas, sendo a mais comum “o simples fim da vida útil, com a completa inutilidade do produto, pela mudança na moda ou o desejo desarrazoado de ter um produto mais atual.”³⁰, que leva o consumidor a consumir cada vez mais, alimentando a máquina capitalista.

3. O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

Frente aos problemas socioambientais, resultantes do capitalismo que oculta riscos e introduz desejos de consumo na sociedade para a sua manutenção e perpetuação, questiona-

²⁷ EFING, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento do consumidor: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 101, 2015.

²⁸ EFING, Antônio Carlos; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e a garantia constitucional da dignidade humana. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 16, p. 70, 2014, p. 79.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt [1925]. *Vida a crédito: conversas com Citlali Rovirosa-Madrado*. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

³⁰ EFING, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth de. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, v. 2, p. 117-135, 2017.

se como o Direito pode mitigar tais riscos, bem como harmonizar o desenvolvimento tecnológico, econômico e científico com a preservação dos valores socioambientais.

Em primeiro lugar, é necessário destacar que no ordenamento jurídico brasileiro o desenvolvimento econômico se vê atrelado e submetido, por força de mandamento constitucional, ao Estado Democrático de Direito, que deve se fundamentar na dignidade humana (art. 1º, *caput*, da Constituição Federal – CF); à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I e II, da CF); à garantia individual da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII); ao Princípio da Ordem Econômica de Defesa do Consumidor (art. 170, V); e à sustentabilidade (arts. 1º, 3º, 170, inciso VI, e 225 da CF).³¹

Enquanto país-membro da Organização das Nações Unidas – ONU, o Brasil também deve obedecer ao compromisso global firmado em 1987 pelo Relatório *Brundtland* (*Our Common Future*), no qual os signatários se comprometem a fomentar o desenvolvimento sustentável, definido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades.”³²⁻³³

Tal relatório define desenvolvimento sustentável a partir do panorama dos problemas socioeconômicos e ecológicos da sociedade global, enfatizando “a interligação entre economia, tecnologia, sociedade e política e chama também atenção para uma nova postura ética, caracterizada pela responsabilidade tanto entre as gerações quanto entre os membros contemporâneos da sociedade atual.”³⁴

No entanto, deve-se levar em conta que o conceito de desenvolvimento sustentável e de consumo consciente por vezes é utilizado erroneamente devido a sua banalização: “utilizando-o para se referir à manutenção do crescimento econômico, ao grau de responsabilidade corporativa das empresas ou até a probabilidade de um relacionamento ser duradouro”.³⁵

Diante disso, Fiorillo³⁶ define desenvolvimento sustentável como aquele que garante “a manutenção das bases vitais da produção e da reprodução do homem e de suas

³¹ 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: 20 jun. 2020.

³² Sustainability Degrees. *Sustainable Society*. Disponível em: <<https://www.sustainabilitydegrees.com/what-is-sustainability/sustainable-society/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

³³ UNITED NATIONS. *Our Common Future*. 42/187 - *Report of the World Commission on Environment and Development*. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

³⁴ BRASIL. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Desenvolvimento Humano e IDH*. Disponível em <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho.html>>. Acesso em: jun. 2020.

³⁵ VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Editora Senac, 2007, p. 67.

³⁶ FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

atividades”. Mas, para alcançar tal sustentabilidade, Veiga³⁷ traça uma agenda ambiental com medidas a serem tomadas:

Para que a expressão desenvolvimento sustentável deixa de ser mero conto de fadas, será necessário que as sociedades contemporâneas assumam uma agenda ambiental com doze grandes desafios. Quatro decorrem de destruições ou perdas de recursos naturais: *habitat*, fontes proteicas, biodiversidade e solos. Três batem em limites naturais: energia, água doce e capacidade fotossintética. Outros três resultam de artifícios nocivos: químicos tóxicos, espécies exóticas e gases de efeito estufa ou danosos à camada de ozônio. E os dois últimos concernem às próprias populações humanas: seu crescimento e suas aspirações de consumo.

Cavalcanti³⁸ afirma que para que haja concretização do desenvolvimento sustentável alguns princípios mínimos devem prevalecer, como a austeridade, a sobriedade, a simplicidade e de não-consumo de bens suntuários; e que este seria o único meio de “se tentar suavizar a operação da segunda lei da termodinâmica no processo econômico com sua implacável degradação entrópica.”

Ainda, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da qual o Brasil também foi signatário, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, traz como Princípio 3: “O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.”. O Princípio 4 traz que “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.”³⁹

Considerando isso, alguns autores tecem o conceito de “Estado Socioambiental de Direito”. Sarlet e Fensterseifer⁴⁰ sustentam que tal modelo estatal está longe de ser um Estado Mínimo, onde o mercado se autorregula, pelo contrário, é um Estado que regula as atividades econômicas, dirigindo e ajustando-as aos valores constitucionais, com a missão de se desenvolver de forma humana, social e ambientalmente sustentável. Trata-se de um Estado que deve pregar um desenvolvimento que vá além do que harmonizar a economia

³⁷ VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2007, p. 67-68.

³⁸ CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica. In: *Desenvolvimento e Natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. Clóvis Cavalcanti (Org.). INPSO -FUNDAJ: Recife, 1994.

³⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volume-v>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁰ SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre o princípio da sustentabilidade e os deveres fundamentais dos consumidores à luz do marco jurídico socioambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, ano 24, p. 241-263. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

com a preservação ambiental, mas que garanta a efetivação de valores como a solidariedade, a fim de garantir dignidade a todos os integrantes da comunidade político-estatal.⁴¹

Ferreira e Leite⁴² também tratam do tema, ao sustentar que o agravamento da crise ambiental e a complexidade dos problemas ecológicos requerem uma nova perspectiva de Estado de Direito. Para isso, alguns pressupostos devem ser adotados, como a concepção integrada de meio ambiente; a institucionalização dos deveres fundamentais ambientais; e um agir integrativo da administração. É urgente que se abandone a ideia de dissociação entre ser humano e natureza, uma vez que são parte única do ecossistema. Uma constituição que contenha esses aspectos, pode-se considerar minimamente um Estado de Direito Ambiental.⁴³

No entanto, para a efetivação desse modelo estatal, considerando os “graves problemas democráticos, energéticos, de recursos e de resíduos, com ambiente deteriorado, com multidão de espécies, inclusive as mais evoluídas, exterminadas pelo industrialismo”, é indispensável também uma mudança cultural para extinguir a ideia capitalista de “progressismo”.⁴⁴

Para Capra⁴⁵, existem soluções para os problemas socioambientais, no entanto, para isso, é imprescindível uma mudança de comportamento e de percepções sobre o mundo. “A partir do ponto de vista sistêmico, as únicas soluções viáveis são as soluções ‘sustentáveis’”. Isto é, o autor sustenta que é necessária uma mudança de paradigma, pois por muitas centenas de anos viveu-se a partir de uma visão de mundo mecanicista, o que deve ser alterado para uma visão mais holística e ecológica do mundo, abolindo a “a visão do corpo humano como uma máquina, a visão da vida em sociedade como uma luta competitiva pela existência, a crença no progresso material ilimitado, a ser obtido por intermédio de crescimento econômico e tecnológico.”⁴⁶

4. A INDISPENSABILIDADE DA INFORMAÇÃO CORRETA E CLARA AOS CONSUMIDORES PARA ENGAJAMENTO E COMBATE AOS PROBLEMAS SOCIOAMBIENTAIS

⁴¹ SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre o princípio da sustentabilidade e os deveres fundamentais dos consumidores à luz do marco jurídico socioambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, ano 24, p. 241-263. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

⁴² FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio. *Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29-53.

⁴³ FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio. *Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 29-53.

⁴⁴ CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

⁴⁵ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2004.

⁴⁶ CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2004.

Algumas legislações brasileiras surgiram na tentativa de fomentar práticas socioambientais e desacelerar o processo de degradação ambiental e humana, como a Lei nº 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, com o objetivo de prevenir e reduzir a geração de resíduos, problema grave atualmente, através da “prática de hábitos de consumo sustentável e um conjunto de instrumentos para propiciar o aumento da reciclagem e da reutilização dos resíduos sólidos e a destinação correta de rejeitos”.⁴⁷ Recentemente também foi editado decreto que trata da logística reversa de produtos eletroeletrônicos e seus componentes de uso doméstico, o Decreto nº 10.240, de 12 de fevereiro de 2020; além do próprio Código de Defesa do Consumidor que veda diversos tipos de práticas abusivas praticadas por fornecedores que visam ao estímulo ao consumo irresponsável do ponto de vista socioambiental.

No entanto, somente a existência de legislações, sem seu efetivo cumprimento e fiscalização, se mostra inócua. Demanda-se uma nova postura ética e cultural em relação aos problemas socioambientais, bem como a quebra do paradigma do progressismo (que envolve o materialismo e o consumismo) para a instituição do Estado Socioambiental de Direito, traz à tona a figura do consumidor e a forma como atua no mercado de consumo. Efing⁴⁸ afirma que “o conceito de desenvolvimento sustentável depende do conceito de consumo consciente. Este reflete a necessidade de os consumidores passarem a ser agentes de ‘controle crítico’ do desenvolvimento sustentável”.

O consumo exacerbado (e irresponsável, por impulso etc.) é um dos efeitos colaterais do capitalismo, sendo que esta forma de consumir pode ser tratada por “consumismo”. Opondo-se ao consumo consciente, consumismo é o consumo pelo ato de consumir, ainda que tal produto ou serviço não seja útil ou essencial à subsistência da pessoa, logo, o consumismo é um ato individualista, focado em ideais distorcidos de felicidade, bem-estar, progresso e prosperidade, gerando cada vez mais danos ambientais, seja pela geração e acúmulo de resíduos, seja pelo dano causado na extração de recursos direcionados à produção⁴⁹.

No entanto, para o exercício cidadão, consciente e responsável do consumidor, é preciso, em primeira instância, reconhecer a vulnerabilidade (e hipervulnerabilidade⁵⁰, em

⁴⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Política Nacional de Resíduos Sólidos*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁴⁸ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: Consumo e Sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 125.

⁴⁹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2019, p. 126.

⁵⁰ “A hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês, nomes e marcas de salgadinhos ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou sua situação de doente (assim o caso de glúten e as informações na bula de remédios).” Cf.: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade,*

alguns casos), deste dentro da sociedade de consumo. Essa vulnerabilidade decorre da acumulação primitiva (separação entre produtor e meio de produção), abordada no primeiro capítulo deste artigo, já que o indivíduo, que antes detinha o poder de barganha e se encontrava em uma situação de relativo equilíbrio perante o fornecedor, hodiernamente se encontra numa situação de dependência, e o produtor assume uma posição privilegiada na relação de consumo, passando a ditar as regras.

A partir da constatação de que na sociedade de consumo os consumidores “estão sujeitos, expostos, suscetíveis aos produtos e serviços disponibilizados na sociedade de consumo, não dispondo de meios para acompanhar todo o processo da cadeia econômica (criação, produção, transporte, distribuição e comercialização etc.)”⁵¹, atestou-se que todo consumidor é presumivelmente vulnerável, encontrando-se em situação de desequilíbrio em relação aos fornecedores; “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos.”⁵²

Desse modo, para reequilibrar a balança que pende para o lado do fornecedor, a informação correta e clara cumpre papel essencial, uma vez que o consumidor, devidamente informado, pode tomar decisões de consumo mais acertadas e salutares, possuindo maior autonomia dentro do mercado.

O direito à informação, portanto, foi instituído no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (CDC) como direito básico do consumidor, e na Constituição Federal no seu artigo 5º, inciso XIV, ao trazer que “é assegurado a todos o acesso à informação”.⁵³ Além de ser direito, o fornecimento de informações é também um *dever* do fornecedor, a fim de oferecer subsídios para que o consumidor “tome sua decisão pautado em informações que sejam suficientes claras e objetivas para formular um juízo sobre o produto a ser adquirido ou serviço a ser contratado”.⁵⁴

A informação é ferramenta essencial dentro da sociedade de consumo, capaz de trazer ao consumidor subsídios necessários à tomada de decisão de consumo e de pós-consumo, “o consumo consciente, neste sentido, somente é possível por meio da informação adequada e

nas demais práticas comerciais. 3. Ed., rev., atual. E ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 13.

⁵¹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2019.

⁵² BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 5. Ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 272.

⁵³ 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: 20 jun. 2020.

⁵⁴ AYROZA Igor Feitosa Lacôrte; BORGES, Liliane de Moura Borges. Exercício do direito à informação e consumo consciente: Contribuições da economia comportamental para o direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 119, p. 385-407, set.-out. 2018.

da educação corretamente disponibilizada ao consumidor”.⁵⁵ O direito à informação assume papel ainda mais relevante quando pensado através da lógica da Sociedade de Risco, que transgride padrões de segurança em nome de interesses mercadológicos.

O consumidor bem informado pode selecionar com mais cuidado os bens e serviços que pretende adquirir, diminuindo a aquisição compulsiva de produtos e serviços majoritariamente desnecessários e o excesso de resíduos deles decorrentes. Portanto, há a necessidade premente de se “incrementar os meios de informação e o acesso a eles, bem como o papel indutivo do poder público nos conteúdos educacionais, como caminhos possíveis para alterar o quadro atual de degradação socioambiental.”⁵⁶ Para que haja a promoção da consciência ambiental, “expandindo a possibilidade de a população participar em um nível mais alto no processo decisório, como uma forma de fortalecer sua corresponsabilidade na fiscalização e no controle dos agentes de degradação ambiental.”⁵⁷

Assim, o consumidor responsável, consciente e informado, antes de realizar qualquer decisão, deve se questionar e refletir sobre o tipo de consumo que está realizando: produtos descartáveis; que sofrem obsolescência; que são poluentes; e de origem duvidosa (sem responsabilidade social, socioambiental) etc.

Segundo o Instituto Akatu⁵⁸, consumo consciente é aquele realizado pelos cidadãos que consideram os impactos que o ato de consumir gera para as partes, para o meio ambiente e para sociedade. O consumidor consciente respeita os 5r’s: repensar hábitos e atitudes; reduzir a geração e o descarte; reutilizar aumentar a vida útil do produto; reciclar transformar num novo produto; recusar produtos que agridam a saúde e o meio ambiente.

Ou seja, consumo consciente significa consumir de forma a levar em consideração sua renda, a necessidade da compra, a escassez de recursos naturais e o efeito disto para as gerações futuras, bem como descarte do produto pós-consumo. Essa é também uma definição possível de sustentabilidade, o que demonstra que ambos os institutos estão intimamente ligados.

O consumo consciente também engloba o conceito de “consumidor verde”, cuja definição é aquele consumidor que “inclui em seu ‘poder de escolha’ a variável ambiental, preferindo produtos que não agridam ou sejam percebidos como não-agressivos ao meio ambiente”.⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁵ EFING, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. Informação para o pós-consumo: consoante a lei 12.305/2010. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 66/2012, p. 209-228, abr.-jun.2012.

⁵⁶ JACOBI, Pedro. Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade. In: *Cadernos de Pesquisa*, nº118, p.189-205, março/2003. São Paulo: USP, 2003.

⁵⁷ JACOBI, Pedro. Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade. In: *Cadernos de Pesquisa*, nº118, p.189-205, março/2003. São Paulo: USP, 2003.

⁵⁸ INSTITUTO Akatu. *Sobre o Akatu*. Disponível em: <<https://www.akatu.org.br/sobre-o-akatu/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁵⁹ PORTILHO, Fátima. Consumo sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo. In: *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 01-12, 2005, p. 03.

O Ministério do Meio Ambiente, ao tratar do assunto, leciona que todo consumo causa algum tipo de impacto na economia, nas relações sociais, na natureza, ou em si próprio. Assim, ao ter conhecimento desses impactos no momento da compra, como o fornecedor escolhido, o modo de usar e o descartar daquilo que não serve mais, o consumidor “pode maximizar os impactos positivos e minimizar os negativos, desta forma contribuindo com seu poder de escolha. [...] é um consumo com consciência de seu impacto e voltado à sustentabilidade.”⁶¹

Assim, percebe-se que a responsabilidade ambiental, que antes se restringia ao Poder Público e aos fornecedores, passa a envolver também os indivíduos, pessoas físicas. Importante lembrar que a Constituição Federal em seus artigos 170, inciso VI, e 225,⁶² bem como o diploma consumerista em seu artigo 37, §2º, e artigo 51, inciso XIV,⁶³ trazem expressamente a necessidade de preservação do meio ambiente e rechaçam condutas no sentido contrário, inclusive prevendo medidas punitivas.

Isto é, passou-se a entender que a preservação da natureza é de responsabilidade concorrente de todos, sem exceção. É a partir dessa ideia que se passa a mencionar a “Responsabilidade Social do Consumidor”, quando o este “se comporta de maneira ética não apenas considerando beneficiar a si próprio, mas visando o bem da coletividade”.⁶⁴

Para que o consumidor possa responder a essa sua responsabilidade social, em primeiro lugar as empresas (fornecedoras) devem também obedecer à sua responsabilidade social, que é a de fornecer informações que permitam ao consumidor fazer escolhas sustentáveis.⁶⁵

⁶⁰ Um consumidor que reflete sobre o impacto na natureza de suas escolhas de consumo, deixando de adquirir um produto da empresa X para adquirir outro da empresa Y, onde a proteção ambiental é avaliada. Cf. PORTILHO, Fátima. Consumo sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo. In: *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 01-12, 2005, p. 03.

⁶¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *O que é consumo consciente?*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7591-o-que-é-consumo-consciente>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁶² 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: 20 jun. 2020.

⁶³ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁶⁴ CASALI, Richélita do Rosário Brito. *Responsabilidade Social do Consumidor: conceituação e proposta de mensuração*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Administração. CCSA (UFPB), João Pessoa, 2011. 216f, p. 04.

⁶⁵ BRASIL. Instituto brasileiro de defesa do consumidor – IDEC. *Responsabilidade social é direito do consumidor*. 25 jul. 2011. Disponível em: <<https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/responsabilidade-social-e-direito-do-consumidor>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

Freitas e Cavalli⁶⁶ sustentam que “o poder de decisão pode tornar os consumidores mais fortes frente a todas as essas técnicas e mecanismos utilizados para expor a mente do consumidor aos produtos e serviços e convencê-lo a aceitá-los.”

Em outras palavras, o consumidor, munido de seu poder de compra, por meio da oportunização da concorrência entre empresas, torna-se apto a escolher entre uma fornecedora ou outra, optando por aquela que segue as normas ambientais e socioambientais e que busca causar o menor prejuízo ao meio ambiente.

Nesse ponto, salienta-se a importância da educação para o consumo, já que a informação, por si só, não é capaz de fomentar o consumo consciente. São necessárias “a compreensão e a valorização de um modo de vida sadio e respeitoso ao meio ambiente”, o que deve ser possibilitado “desde o início da vida, nos primeiros anos do desenvolvimento, pois os conhecimentos adquiridos nessa época serão carregados por toda a vida”.⁶⁷ Certamente essa é chave para a quebra do paradigma da ideia de “progressismo” e a demanda por uma postura mais crítica no combate aos problemas socioambientais.

Assim, em 2015 foi sancionada legislação que trata exclusivamente da educação para o consumo sustentável, Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015⁶⁸, com o objetivo de estimular a adoção de práticas de consumo e de técnicas de produção ecologicamente sustentáveis.⁶⁹ Em seu artigo 1º, parágrafo único, referida lei traz que “entende-se por consumo sustentável o uso dos recursos naturais de forma a proporcionar qualidade de vida para a geração presente sem comprometer as necessidades das gerações futuras.”

No Brasil, as populações mais informadas (educadas formal e informalmente) adotam os valores socioambientais que favorecem a preservação ambiental. Pelo consumo consciente, as pessoas podem “depurar” o mercado.

Para ressuscitar a esperança na desaceleração dos problemas socioambientais e no consumo mais consciente, a pesquisa realizada pela Confederação Nacional da Indústria demonstra que o consumidor brasileiro está mudando seus hábitos de consumo e pós-consumo. A pesquisa mostra o consumidor brasileiro como um consumidor mais atento e consciente, já que, apesar de se viver atualmente num período de desemprego alto, dificuldades financeiras, muitas pessoas estão levando em conta outros aspectos além do preço na hora de adquirir algum produto ou serviço. Estima-se que 62% dos brasileiros já

⁶⁶ FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; CAVALLI, Tassia Teixeira de Freitas Bianco Ermano. Tecnologia da informação e comunicação como instrumento para o consumo consciente e o desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 120, p. 531-552, nov.-dez. 2018.

⁶⁷ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2019, p. 124.

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015. *Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13186.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015. *Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13186.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

deixou de comprar de marcas ou empresas por motivos como violação de direitos trabalhistas; maus-tratos de animais; prática de crimes ambientais; discriminação racial, de orientação sexual e/ou de gênero.⁷⁰

Isso demonstra uma grande conquista ao Direito Ambiental e ao Direito do Consumidor, capazes de fomentar a sustentabilidade, base para instituição de um Estado Socioambiental de Direito, bem como instituir o consumo consciente, por meio da educação ao consumo e do fornecimento e acesso a informações verdadeiras e claras, no combate aos problemas socioambientais.

CONCLUSÃO

Ao perpassar pelo surgimento do sistema capitalista e os fundamentos e mecanismos que o levaram à ascensão político-econômica, e sua manutenção até a sociedade hodierna, percebe-se que os indivíduos foram levados a entender o ideal de felicidade e bem-estar a partir da acumulação material e do consumo desenfreado de bens e serviços.

A ideia de progresso a qualquer custo, aliado ao pensamento antropocêntrico de que o ser humano é uma figura à parte do ecossistema – pressupostos do capitalismo –, legitimaram o aniquilamento da Natureza.

Em razão disso, surge no início do Século XX uma grave crise socioambiental que volta o gatilho do *progresso a todo custo* em direção à humanidade e à sua sobrevivência, já que se vê inserida num ambiente hostil que ela mesma criou e perpetua até hoje.

Assim sendo, o mundo roga por uma nova cultura de consumo, sob prejuízo da sobrevivência humana no planeta Terra. Para isso, entende-se que a adoção do Estado Socioambiental de Direito é uma saída para tanto, onde o Poder Público deve prezar pela preservação do meio ambiente e entender o homem como integrante da Natureza, e não como ente dissociado dela.

Mas, para a efetiva instituição desse modelo estatal, deve existir também uma postura crítica dos consumidores frente aos apelos de consumo, como as publicidades abusivas, a concessão e uso de crédito irresponsável, e a obsolescência programada, óbices à sustentabilidade. E isso exige duas importantes condições: o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor dentro do mercado e o seu consequente direito básico à informação clara e verdadeira para reequilibrar a relação consumerista; e a educação para o consumo mais consciente, sustentável, ambiental e responsável.

Esse último, em especial, demanda que os governos de todo o mundo se movimentem para educar seus consumidores desde a infância, para que cresçam com pensamentos mais

⁷⁰ RECICLAGEM ganha mais atenção dos brasileiros, diz pesquisa. In: *Jornal Nacional, Globo.com*, jan. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/01/16/reciclagem-ganha-mais-atencao-dos-brasileiros-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

consciente quanto à crise socioambiental. Por outro lado, também é necessária a quebra do paradigma do “progressismo”, devendo o consumidor renunciar a ideias antidualistas, que vão contra o solidarismo constitucional, que envolve a preservação do ambiente e a consolidação de uma sociedade mais justa.

O consumidor, devidamente educado ao consumo, tendo à sua disposição informações claras, corretas e precisas sobre o que está disposto no comércio, é capaz de exercer o consumo consciente e tem o poder de prestigiar e selecionar conscientemente os fornecedores, marcas e produtos/serviços que não violam normas socioambientais e que agem responsável e respeitosamente perante o mercado.

Ainda, sobre o pós-consumo, o cidadão, enquanto consumidor consciente, ainda deve extração a máxima utilidade dos produtos que adquire, boicotando a armadilha da obsolescência programada (também chamada de obsolescência planejada); e realizar o descarte adequado e correto dos resíduos.

As leis existentes no ordenamento brasileiro já são suficientes para combater a crise socioambiental, no entanto, a sua existência, sem uma devida e profunda reflexão, cumprimento e fiscalização, se mostra inócua.

Com a adoção do consumo consciente e o seu fomento por políticas públicas será mais fácil superar os desafios que os tempo modernos nos reservam, onde os consumidores possuem o papel fundamental de fazer o juízo crítico e privilegiar os produtos, marcas e fornecedores comprometidos com a preservação dos valores socioambientais e, por outro lado, bicotar os que não se mostram comprometidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYROZA Igor Feitosa Lacôrte; BORGES, Liliane de Moura Borges. Exercício do direito à informação e consumo consciente: Contribuições da economia comportamental para o direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 119, p. 385-407, set.-out. 2018.

BAUMAN, Zygmunt [1925]. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Ed. Jorge Zahar, 2008.

_____, Zygmunt [1925]. *Vida a crédito: conversas com Citlali Roviroso-Madrado*. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernidade reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 2012.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. España: Siglo Veintiuno, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 5. Ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. *Conservação Internacional*. Disponível em: <<https://www.conservation.org/How/Pages/Hotspots.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. 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: 20 jun. 2020.

_____. Instituto brasileiro de defesa do consumidor – IDEC. *Consumo Sustentável: Manual de educação*. Brasília: Consumers International/ MMA/ MEC/IDEC, 2005. 160 p. Disponível em: <http://www.idec.org.br/uploads/publicacoes/publicacoes/Manual_completo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.186, de 11 de novembro de 2015. *Institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13186.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *O que é consumo consciente?*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7591-o-que-e-consumo-consciente>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Ministério do Meio Ambiente. *Política Nacional de Resíduos Sólidos*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/pol%C3%ADtica-de-res%C3%ADduos-s%C3%B3lidos>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Ministério Público Federal. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/itajai/gerco/volume-v>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

_____. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. *Desenvolvimento Humano e IDH*. Disponível em <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho.html>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 25.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 2004.

CASALI, Richélita do Rosário Brito. *Responsabilidade Social do Consumidor: conceituação e proposta de mensuração*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Administração. CCSA (UFPB), João Pessoa, 2011.

CAVALCANTI, Clóvis. Sustentabilidade da economia: paradigmas alternativos de realização econômica. In: *Desenvolvimento e Natureza: Estudos para uma sociedade sustentável*. Clóvis Cavalcanti (Org.). INPSO -FUNDAJ: Recife, 1994.

CHAVES, Léo Ramos. A ameaça dos microplásticos. *Revista Pesquisa FAPESP*, Edição 281, jul. 2019.

EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: Consumo e Sustentabilidade*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

_____, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 4. Ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2019.

_____, Antônio Carlos. O consumo consciente e o desenvolvimento socioeconômico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, n. 6, ano 4, p. 689-706, 2018.

_____, Antônio Carlos; GEROMINI, F. P.. Crise ecológica e sociedade de consumo. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 6, p. 225, 2017.

_____, Antônio Carlos; GIBRAN, Fernanda Mara. Informação para o pós-consumo: consoante a lei 12.305/2010. *Revista de Direito Ambiental*. Vol. 66/2012, p. 209-228, abr.-jun. 2012.

_____, Antônio Carlos; PAIVA, Leonardo Lindroth de. Consumo e Obsolescência Programada: Sustentabilidade e Responsabilidade do Fornecedor. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, v. 2, p. 117-135, 2017.

_____, Antônio Carlos; POLEWKA, Gabriele; OYAGUE, Olenka Woolcoot. A crise econômica brasileira e o superendividamento do consumidor: emergência do aprimoramento legislativo para a tutela social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 101, 2015.

_____, Antônio Carlos; SOUZA, Maristela Denise Marques de. O comportamento do consumidor sob influência da publicidade e a garantia constitucional da dignidade humana. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 16, p. 70, 2014.

FERREIRA, Heline Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Heline Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). *Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente*. Curitiba: Letra da Lei, 2016.

_____, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato. A expressão dos objetivos do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: COUTINHO, Ronaldo; AHMED, Flávio. *Cidade, direito e meio ambiente: perspectivas críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, C. A. P. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 102.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; CAVALLI, Tassia Teixeira de Freitas Bianco Ermano. Tecnologia da informação e comunicação como instrumento para o consumo consciente e o desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito do Consumidor*. Vol. 120, p. 531-552, nov.-dez. 2018.

HARDING, Stephan. *Terra-Viva: ciência, intuição e evolução de Gaia*. São Paulo: Cultrix, 2008.

INSTITUTO Akatu. *Sobre o Akatu*. Disponível em: <<https://www.akatu.org.br/sobre-o-akatu/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

JACOBI, Pedro. Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade. In: *Cadernos de Pesquisa*, nº118, p.189-205, março/2003. São Paulo: USP, 2003.

JUNGES, José Roque. Ética ecológica: antropocentrismo ou biocentrismo?. *Revista Perspectiva Teológica*, v. 33, n. 89, p. 33-66, 2001.

LEWGOY, Júlia. Como saber se o seu consumismo virou doença, a oneomania. 22 dez. 2017. In: *Revista Exame*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/como-saber-se-o-seu-consumismo-virou-doenca-a-oneomania/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LIXO eletrônico representa ‘crescente risco’ ao meio ambiente e à saúde humana, diz relatório da ONU. In: *Nações Unidas no Brasil*, 03 jan. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/lixo-eletronico-representa-crescente-risco-ao-meio-ambiente-e-a-saude-humana-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro primeiro. São Paulo: Abril Cultural, 1984, pp. 340-341.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. 3. Ed., rev., atual. E ampl. de acordo com o Código Civil de 2002. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MORAN, Daniel. KANEMOTO, Keiichiro. Identifying species threat hotspots from global supply chains. *Nature Ecology & Evolution*, v. 1, pp. 0-23, 2017.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

PAISANT, Gilles. *Prefácio do livro Prevenção e Tratamento do Superendividamento*. Brasília: Editora Ministério da Justiça, 2010.

PORTILHO, Fátima. Consumo sustentável: limites e possibilidades de ambientalização e politização das práticas de consumo. *Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 3, p. 01-12, 2005.

RECICLAGEM ganha mais atenção dos brasileiros, diz pesquisa. In: *Jornal Nacional, Globo.com*, jan. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/01/16/reciclagem-ganha-mais-atencao-dos-brasileiros-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. Notas sobre o princípio da sustentabilidade e os deveres fundamentais dos consumidores à luz do marco jurídico socioambiental estabelecido pela Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 101, ano 24, p. 241-263. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista Crítica do Direito*, n. 5, vol. 66, ago/dez. 2015. p. 88-106. Sustainability Degrees. *Sustainable Society*. Disponível em: <<https://www.sustainabilitydegrees.com/what-is-sustainability/sustainable-society/>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

UNITED NATIONS. Our Common Future. 42/187 - *Report of the World Commission on Environment and Development*. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

VEIGA, José Eli da. *A emergência socioambiental*. São Paulo: Editora Senac, 2007.

OS DESAFIOS DO PODER JUDICIÁRIO NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

JUDICIARY`S CHALLENGES IN CONTEMPORARY DEMOCRACIES

Leonardo Cacau Santos La Bradbury⁷¹

RESUMO: O artigo aborda o fortalecimento do poder judiciário no Estado constitucional democrático e o papel institucional da jurisdição constitucional. Traçam-se as diferenças entre judicialização da política e ativismo judicial. A judicialização é um fato jurídico-social impulsionado pelo controle de constitucionalidade, pela defesa dos direitos coletivos e pela (re)democratização. O ativismo é uma atuação disfuncional do poder judicial, que avoca para si a responsabilidade de selecionar pautas políticas e sociais sob a diretriz ideológica do julgador, à margem do consenso e ao arrepio da lei, o que pode provocar rachaduras – profundas e estruturais – no Estado de Direito. São analisadas seis consequências do ativismo judicial para a democracia: 1) crise de legitimidade do judiciário; 2) riscos à independência judicial por atos de *courting-pack*; 3) promoção de insegurança jurídica; 4) violação do princípio da igualdade; 5) mitigação do princípio da soberania popular; 6) efeito *backlash*. Ao final, são retratados os principais desafios do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas.

Palavras-Chave: Poder Judiciário. Democracia. Judicialização da Política. Ativismo Judicial. Crise de Legitimidade. Independência Judicial. Atos de *Courting-Pack*. Insegurança Jurídica. Princípio da Igualdade. Soberania Popular. Efeito *Backlash*.

ABSTRACT: The article addresses the strengthening of the judiciary in the democratic constitutional state and the institutional role of the constitutional jurisdiction. Differences between judicialization of politics and judicial activism are drawn. The judicialization is a legal-social fact driven by judicial review, the defense of collective rights and the (re)democratization. The activism is a dysfunctional action of the judges, which advocate for themselves the responsibility of selecting political and social agendas under their own ideological guidelines, outside the consensus and the legal framework, which can cause deep and structural distress on the rule of law. Six consequences of judicial activism for democracy are analyzed: 1) legitimacy crisis of the judiciary; 2) threats to judicial independence by courting-pack plan; 3) promotion of legal uncertainty; 4) violation of the principle of equality; 5) mitigation of the principle of popular sovereignty; 6) political backlash. In the end, the main challenges of the judiciary in contemporary democracies are portrayed.

Keywords: Judiciary. Democracy. Judicialization of Politics. Judicial Activism. Legitimacy Crisis. Judicial Independence. Courting-Pack Plan. Legal Uncertainty. Principle of Equality. Popular Sovereignty. Political Backlash.

⁷¹ Doutorando em Direito Social e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e pela Universidade Católica Portuguesa (UCP/PT), Escola de Direito do Porto – com dupla titulação. Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), da Escola Superior da Magistratura do Trabalho de Santa Catarina (AMATRA12) e da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina (ESMAFESC). Juiz Federal em Florianópolis/SC, Brasil. E-mail: leolabradbury@yahoo.com.br. Instagram: @leo_cacau.

1. O ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E O FORTALECIMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

O poder judicial desempenha uma importante missão nas democracias contemporâneas: velar pelo efetivo respeito e cumprimento das normas consagradas nas constituições que adotam o modelo de Estado de Direito Democrático⁷².

Os tribunais constitucionais, na lição de Gloppen, Gargarella e Skaar, possuem uma função fiscalizadora (*accountability*⁷³ *function*) em relação aos atos dos poderes executivo e legislativo direcionada a garantir importantes valores democráticos: 1) transparência das ações e dos programas estatais (*transparency*); 2) responsabilidade dos gestores públicos e justificação das suas condutas conforme os parâmetros constitucionais (*answerability*); 3) controle de abusos que violam os direitos fundamentais e comprometem a democracia (*controllability*)⁷⁴.

O exercício das funções do poder constituído e sua relevância na estrutura estatal sofreram, no entanto, mutações ao longo da história da criação dos estados modernos, fruto de um movimento contínuo – e não necessariamente progressista – de intensas transformações sociais e políticas.

A Revolução Francesa de 1789, pautada nos ideais do Estado Liberal, marcou a transição do poder do absolutismo monárquico para as mãos do Parlamento (legislativo), composto pela burguesia em ascensão. No Estado Social, impulsionado pelos movimentos dos trabalhadores⁷⁵ e a Revolução Industrial, houve a transferência da concentração do poder para a esfera dos governantes (executivo).

⁷² O artigo 2º da Constituição Portuguesa de 1976 adota a expressão *Estado de Direito Democrático*, em que pese VAZ, Manuel Afonso *in Lei e Reserva da Lei – A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra Editora: Coimbra. 2º ed. 2013. p. 245-246 prefira o termo *Estado Democrático de Direito*, que foi o utilizado pelo legislador constituinte originário brasileiro (artigo 1º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988), por entender que reforça a ideia de que o Estado está fundado na democracia, mas, simultaneamente, limitado pelo Direito.

⁷³ O termo *accountability* representa mecanismos de fiscalização em face da atuação de gestores, como a prestação de contas e a responsabilização por suas condutas. A *accountability* pode ser *horizontal* – quando a fiscalização ocorre entre instituições que não possuem relação hierárquica, como a realizada pelo judiciário sobre os atos do executivo e do legislativo – ou *vertical* – nos casos em que há hierarquia entre quem fiscaliza e aquele que exerce o poder, como a realizada pelos cidadãos nas eleições.

⁷⁴ GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass: London and Portland, 2004, pp.1-6.

⁷⁵ Tais como o *ludismo* – movimento dos trabalhadores ingleses do ramo da fiação e tecelagem do início do século XIX que protestavam através de ataques e destruição às máquinas – e o *cartismo* – movimento dos proletariados da Inglaterra entre as décadas de 30 e 40 do século XIX em busca de inclusão política da classe operária, pautada em uma série de reivindicações eleitorais, dentre os quais o de igualdade de tratamento, sufrágio universal masculino e participação operária no Parlamento, previstas em um documento intitulado *Carta do Povo*.

O liberalismo económico aliado à postura do Estado mínimo – permitindo que a “*mão invisível do mercado*”⁷⁶ atuasse em diversos setores da economia à margem de regulamentação estatal – além de agravar as desigualdades sociais culminou com a quebra da bolsa de valores de 1929, originando o período da Grande Depressão⁷⁷. O Estado Liberal, portanto, teve profundas falhas de performance tanto na economia quanto na promoção da justiça social, gerando a revolta dos trabalhadores em busca de melhores condições de vida.

Impulsionada pela intensa exploração provocada pela Revolução Industrial, a retórica do Estado Social assenta-se na ampliação dos direitos sociais e na concretização da incompleta e ainda deficitária justiça social. Todavia, a concentração do poder no executivo originou regimes populistas e totalitários, que, por meio de ditaduras, sacrificaram as liberdades individuais e intensificaram a opressão.

Resgatando os anseios populares e o respeito à dignidade da pessoa humana, edifica-se o Estado Democrático. Constata-se, porém, que tanto em democracias maduras, como nos Estados Unidos, quanto naquelas que ainda são jovens, como no Brasil, brotam governos com tendência antidemocrática, em contramão dos valores e dos fins estatais no qual estão inseridos e por meio do qual foram legitimamente eleitos.

A história, portanto, atesta que desde a formação do Estado Moderno até a atual concepção de Estado de Direito Democrático, a dinâmica da relação entre o poder estatal e o que ele próprio representa sofreu variações vertiginosas e pendulares, ora prevalecendo o caminho democrático, ora realçando traços autoritários. E, mesmo após séculos de oscilação, ainda não existe um consenso sobre o que seria um modelo de Estado ideal, sendo a democracia aquele que converge a maior aceitação.

A despeito das críticas que facilmente podem ser traçadas ao regime democrático⁷⁸, facto é que ainda espelha os ideais de justiça e a forma com que o poder deve ser exercido segundo as aspirações populares. Essa asserção leva à óbvia implicação de que para se delimitar o espaço de atuação de cada uma das funções do poder constituído, faz-se necessário perquirir a própria constituição da democracia, bem como analisar a conjuntura que levou a sua formação e na qual atualmente ela se insere.

⁷⁶ Expressão de SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Vol.1. Lisboa: Ed.Fundação Calouste Gulbenkian, 1981, p.284. Sobre o tema, vide NUNES, Antônio José Avelãs. A filosofia social de Adam Smith in *Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, v. 4, n. 6, pp. 5-41, 2005, pp.32-33.

⁷⁷ Período de forte recessão econômica que perdurou de 1929 até o início da Segunda Guerra Mundial, marcado por altas taxas de desemprego, diminuição da produção industrial e queda do produto interno bruto em diversos países do mundo.

⁷⁸ Vide CANFORA, Luciano. *Crítica da retórica democrática*. Tradução do italiano Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007, pp. 31-40, apontando, por exemplo, as seguintes: a) transformação do voto em mercadoria política; b) alto dispêndio de valores para a admissão ao Parlamento; c) crise da soberania popular, posto que a autoridade decisória é atribuída aos experts monetários, como o Banco Mundial e o FMI, que não possuem qualquer legitimação eleitoral; d) o consenso é fruto da manipulação da opinião pública por uma elite oligárquica mercantil e manufatureira.

Nesses termos, ao afirmar que o papel do poder judicial no Estado de Direito Democrático é salvaguardar a constituição, cabe-nos, antes de tudo, delimitar o que vem a ser esse modelo de democracia.

O conceito de democracia constitucional agrega à noção formal ou procedimental também uma dimensão material ou substancial. O aspecto formal da democracia reveste-se em normas de reconhecimento e de competência delimitadas na constituição que definem os *meios* de tomada das decisões estatais, isto é, *quem* e *como* se decide⁷⁹. Assenta-se, no âmbito político, no princípio da representatividade das funções do governo, no sufrágio universal, na soberania popular e na separação dos poderes. Por sua vez, na seara civil, materializa-se no princípio da autodeterminação do indivíduo, que tem a sua afirmação no exercício da autonomia⁸⁰.

Essa concepção meramente procedimental é insuficiente para uma legítima deliberação coletiva pautada em uma sociedade igualitária. Isso porque não estabelece qualquer limite ao conteúdo que uma lei possa veicular, desde que os procedimentos apropriados de produção da norma tenham sido atendidos⁸¹.

O âmbito material ou substancial da democracia vincula este procedimento – governo do povo, orientado pela universalidade do sufrágio e pela separação das funções do poder estatal – a um *fim*, qual seja, o respeito aos direitos fundamentais, que engloba tanto os direitos individuais (liberdades clássicas) quanto os sociais. Por conseguinte, a dimensão material passa a se preocupar não somente com a forma da prolação da decisão, mas, sobretudo, com o seu conteúdo. Orienta-se na premissa de que somente com a coerência do assunto contido na norma é que a democracia política se mantém idônea à representação dos interesses públicos e gerais⁸².

Nesse contexto, a aceção substancial da democracia reveste-se, por um lado, no reconhecimento da emancipação e da autonomia do direito de qualquer submissão à vontade majoritária ou específica determinação econômica⁸³, notadamente quando ofendem os valores e bens jurídicos tutelados pela constituição, tais como aqueles garantidos a minorias étnicas, raciais, sexuais ou religiosas. Por outro, defende condições materiais mínimas de subsistência humana, mediante a satisfação de direitos sociais, necessários à dignidade humana, reconhecida como razão de ser do estado contemporâneo⁸⁴.

Nessa perspectiva material, o Estado democrático não ignora a existência de uma complementariedade e convergência que se estabelece entre os direitos de liberdade e os

⁷⁹ COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. pp.50-56.

⁸⁰ COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.* pp.47-56.

⁸¹ DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007, p.88.

⁸² COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.* p.62.

⁸³ COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.* p.76.

⁸⁴ COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.* p.103.

sociais pautada no reconhecimento de que ninguém é verdadeiramente livre sem mínimas condições materiais de sobrevivência: educação, saúde, trabalho e previdência⁸⁵.

A democracia constitucional retrata, portanto, a vinculação impositiva das decisões estatais não somente ao respeito às liberdades individuais, mas, principalmente, direcionadas à concretização de direitos coletivos básicos e essenciais para que o indivíduo possa desenvolver, em sua plenitude, as aptidões da vida. Em suma, o regime democrático fundamenta a ordem constitucional na dignidade da pessoa humana, enquanto valor⁸⁶ estruturante do sistema jurídico, reconduzindo e moldando as ações do Estado para a sua plena efetivação.

Na arena política, a democracia representa não somente a existência e alternância de poder nas instituições por meio do sufrágio universal e a delegação de representatividade eleitoral, mas sobretudo a possibilidade de mobilização social e de influência dos cidadãos na conformação da lógica do convívio deliberativo⁸⁷. Para além do revezamento entre grupos políticos, legendas ou partidos, o regime democrático pressupõe, em sua essência, a abertura do debate público e seu amplo exercício pelos meios e canais existentes, evoluindo o conceito liberal de democracia representativa para a democracia deliberativa⁸⁸.

Essa renovação da teoria democrática assenta-se, em precisa lição de Boaventura Santos, na formulação de critérios de participação política que não confinem esta ao acto de votar, implicando uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa⁸⁹. No entanto, para que tal articulação seja possível, adverte o ilustre jurista português, é necessário que o campo político seja radicalmente redefinido e ampliado, a fim de alcançar todos os espaços políticos estruturais no qual as relações de poder estabelecidas sejam transformadas em autoridades partilhadas⁹⁰.

Nessa ótica, ocorre a fusão dos conceitos de Estado de Direito e da democracia, conciliando as principais máximas do Estado contemporâneo: origem popular do poder,

⁸⁵ COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.* p.102.

⁸⁶ MIRANDA, Jorge; CORTÊS, António. Anotação ao artigo 1º. In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp.82-86, asseveram que a dignidade da pessoa humana não se reveste de um direito específico, mas, sim, de um princípio englobante, que fundamenta os demais direitos fundamentais, conferindo unidade e coerência à tutela dos direitos fundamentais delineada no sistema constitucional.

⁸⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca in *Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 65.

⁸⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca in *Teoria do Estado...op.cit.* p.61-67, destacando que “além dos limites da representação, se quer entender democracia deliberativa como forma política que permite a produção legítima de leis derivar da deliberação pública de cidadãos.”

⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade*. 9.ed. Revista e Aumentada. Coimbra: Almedina, 2013, p.267.

⁹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice...op.cit.*, pp.268-275, sustenta que são quatro espaços políticos estruturais: o espaço da cidadania, ou seja, o espaço político segundo a teoria liberal; o espaço doméstico; o espaço da produção e o espaço mundial. Defende que cada um deles é um espaço político específico a suscitar uma luta democrática adequada a transformar as relações de poder próprias desse espaço nas relações de autoridade partilhada.

prevalência da legalidade⁹¹ e respeito aos direitos fundamentais. Forma-se uma relação de interdependência em dois modos, tanto na direção do liberalismo à democracia – pois são necessárias certas liberdades para o correto exercício do regime democrático – quanto no sentido oposto da democracia ao liberalismo – porquanto a democracia é imprescindível para a existência e a persistência das liberdades fundamentais⁹².

Na doutrina liberal, conforme Norberto Bobbio, o Estado de Direito significa não só subordinação formal dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, mas também o reconhecimento material da existência de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente na aceção de princípios invioláveis⁹³.

Além de agregar em seus fundamentos determinados aspectos normativos presentes no Estado liberal, notadamente a tutela de proteção dos direitos individuais (liberdades clássicas), os Estados democráticos hodiernos mantêm do Estado social a necessidade de concretização dos direitos sociais, económicos e culturais, voltados à coletividade, tais como saúde, moradia, educação e previdência social.

O constitucionalismo democrático reveste-se, em seu plano político-jurídico, daquilo que Agustín Gordillo denomina de identidade básica⁹⁴ entre o Estado de Direito e o Estado Social, que simboliza o facto de que este toma e mantém daquele o respeito aos direitos fundamentais. Sobre esta base constrói seus próprios princípios, notadamente o da soberania popular⁹⁵, que direciona o Governo e os negócios públicos para que sejam gestados em torno do interesse do povo⁹⁶.

Surge, então, o conceito de Estado Social e Democrático de Direito, que reúne em si as qualidades que se podem extrair como positivas seja do Estado Liberal, seja do modelo de Estado Social, sem recair nem se confundir com eles, destacando que se trata de um modelo estatal no qual o direito é visto como fonte de transformação e emancipação social⁹⁷. Reveste-

⁹¹ DANTAS, IVO. *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989, p.27.

⁹² BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p.20, concluindo o doutrinador italiano que “*em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais*”.

⁹³ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo...op.cit.*p.19.

⁹⁴ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977, p.74.

⁹⁵ Sobre o conceito do princípio da soberania popular, CANOTILHO, J.J. Gomes *in Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.422-423, destaca que “*O princípio da soberania popular transporta sempre várias dimensões historicamente sedimentadas: O povo é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma negativa, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio <<não populares>> (monarca, classe, casta); (ii) de forma positiva, a necessidade de uma legitimação democrática efectiva para o exercício do poder (o poder e exercício do poder deriva concretamente do povo): o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação; ela vem do povo e a este se deve reconduzir*”.

⁹⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca *in Teoria do Estado...op.cit.*,pp. 52-65.

⁹⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca *in Teoria do Estado...op.cit.*,pp 52-65.

se das seguintes características: 1) supremacia da vontade popular; 2) preservação da liberdade; 3) igualdade de direitos⁹⁸.

A lógica da igualdade democrática, todavia, não se limita ao estabelecimento de tratamento diferenciado para igualar as oportunidades na vida concreta (aceção material do Estado Social), posto que vincula o Estado para o reconhecimento da diferença de determinados grupos e cidadãos e a promoção da sua afirmação enquanto membros de uma comunidade complexa e diversificada.

O Estado democrático acentua a imposição de barreiras ao Estado para a proteção dos direitos individuais de liberdade e alarga o alcance das obrigações positivas necessárias para a efetivação dos direitos sociais assegurados no texto constitucional. Porquanto, passa a exigir uma atuação estatal que reconheça, proteja e promova as diversidades de género e comportamentais decorrentes de uma sociedade multiétnica e multicultural⁹⁹.

As constituições do Estado liberal pressupunham uma sociedade baseada em cidadãos considerados abstratamente iguais em direitos e obrigações. Diversamente, as constituições do Estado social contemplavam os cidadãos enquanto pessoas inseridas em uma sociedade que não é homogénea, mas com profundas diferenças e desigualdades económicas. Por sua vez, as constituições do Estado democrático reconhecem que as sociedades não são homogéneas apenas em razão da pluralidade de classes sociais, mas por também serem multiculturais¹⁰⁰.

Partindo desse pressuposto normativo-ideológico, as democracias contemporâneas passam a considerar um outro papel ao sentido material do princípio da igualdade. Com efeito, dele se retiram não somente discriminações positivas destinadas a igualar as oportunidades na realidade da vida dos cidadãos, mas, e sobretudo, se reconhece que as diferenças devem ser consideradas positivamente, na medida em que favorecem o desenvolvimento da personalidade individual, constituem a identidade de um grupo, ou representam os desejos e as aspirações de uma pessoa¹⁰¹.

Essa tutela estatal do diferente é sintetizada no lapidar ensinamento de Boaventura de Sousa Santos ao afirmar que “*temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos trivializa*”¹⁰².

O direito à diferença, nas democracias contemporâneas, traduz-se em múltiplas intervenções do Estado: ações afirmativas de quotas para mulheres, afrodescendentes e

⁹⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca *in Teoria do Estado...op.cit.pp.64-65.*

⁹⁹ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas.* Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 6, p. 463–490, 2002. p. 466.

¹⁰⁰ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit,p.466.*

¹⁰¹ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit,p.466.*

¹⁰² SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.56.

indígenas, revisão profunda da história dos países, dos programas e conteúdos educativos, reconhecimento e proteção de línguas não coloniais, direitos especiais à terra e ao território¹⁰³.

Nessa perspectiva, os avanços e as transformações sociais, culturais e políticas produzidas pela globalização no mundo contemporâneo conduzem ao que Peter Häberle denomina de *Estado Constitucional Cooperativo*. Segundo essa noção, a figura estatal não se apresenta voltada para si mesmo, mas como referência para os outros Estados membros de uma comunidade, sobressaindo-se a importância do respeito aos direitos fundamentais, o que se pode constatar na conjuntura jurídica dos países que integram a União Europeia.

Durante a República de Weimar (1918-1933), houve o clássico debate ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a quem deveria recair o papel de “guardião da constituição” (*Der Hüter der Verfassung*)¹⁰⁴. Kelsen defende que essa atribuição deve ser feita por um tribunal constitucional com competência para o controle de constitucionalidade das leis, vinculado ao Estado de Direito e ao princípio da legalidade¹⁰⁵. Diversamente, Schmitt sustenta que a guarda da constituição não deve ser imputada nem ao judiciário nem ao Parlamento, mas, sim, ao Presidente do Reich, por considerar ser um poder neutro, com independência política e pautado do princípio democrático, já que foi eleito diretamente pelo povo alemão. Essa posição de Schmitt, ao reforçar o poder presidencial em detrimento do Parlamento, ajudou a gerar a crise política final do regime democrático na Alemanha, que desembocaria no nazismo¹⁰⁶.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, com a crise do positivismo jurídico e os dilemas envolvendo a moral e o direito¹⁰⁷, ocorre o fortalecimento do poder judicial, que assume o *status* institucional de “guardião da constituição”. Deve, portanto, fazê-la prevalecer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outras funções do poder constituído, ainda que para tanto exija dos tribunais uma atuação contramajoritária¹⁰⁸.

¹⁰³ CHAUI, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2014, pp.55-56.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Giufrè: Milano, 1981, pp.231-291.

¹⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992, p. 333.

¹⁰⁶ BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v.1, pp.195-201, 2003, p.198, disponível em <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30/31>. Acesso em 05 out. 2015

¹⁰⁷ Sobre o tema, BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro in SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.475 destacam que “a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”, complementando que “ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.”

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012, p.31. Essa atuação contramajoritária do Poder Judiciário foi

A função jurisdicional, nesse contexto político, jurídico e social, ganha força, pois compete-lhe assegurar a pacificação social, apacando dissídios, reconhecendo a diversidade cultural, étnica, de género, de grupos minoritários, compondo interesses pela aplicação da lei e sua adaptação às mutáveis condições sociais, económicas e políticas¹⁰⁹.

Faz-se necessário estabelecer os fundamentos desse avanço do poder judicial e as suas consequências, para a partir disso traçar os limites do que se considera a justeza de sua atuação.

A democracia, por si só, não gera necessariamente a ampliação do poder judicial, ao menos da forma como vem ocorrendo¹¹⁰. Apesar de a expansão do poder judicial não ser um efeito lógico e necessário das democracias contemporâneas, não se pode negar que, ao assentarem parte dos seus pilares político-normativos em fundamentos existentes nos precursores Estados Liberal e Social, notadamente o respeito às liberdades individuais e a concretização dos direitos sociais, também contribuem para o fortalecimento institucional do poder judicial.

Tate e Vallinder observam, no entanto, que dadas as circunstâncias em que muitas novas democracias foram construídas, a inclusão de um poder judicial forte é quase inevitável para a arquitetura governamental, na medida em que um padrão ideológico pode ser encontrado em grande parte dos países democráticos: a desconfiança na classe política é maior do que a desconfiança nos juizes, ou seja, embora os três ramos do poder estatal possam ser considerados corruptos, uns são mais do que os outros¹¹¹.

Trata-se, a nosso ver, de um paradoxo o facto de que em um Estado democrático o poder que desperta mais confiança ser justamente aquele que não é eleito pelo povo e, portanto, não tem a característica de representatividade direta.

bem delimitada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no julgamento do Recurso Especial 1.183.378/RS (Quarta Turma, DJe 01/02/2012), no qual o Ministro Luis Felipe Salomão, em seu voto na condição de relator, a respeito do casamento entre pessoas do mesmo sexo, bem pontuou que “*não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo ‘democraticamente’ decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é ‘democrático’ formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis*”.

¹⁰⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 720-721.

¹¹⁰ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York University Press, New York and London, 1995.p.02.

¹¹¹ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.p.02*. BARROSO, Luís Roberto *in* *Judicialização...op.cit.* p. 24, destaca que a Constituição Brasileira de 1988 é “*analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador*.”

A respeito da expansão global do poder judicial, Tate e Vallinder destacam que os fatores variam conforme o modelo constitucional e a situação política de cada país¹¹². Apontam, entretanto, alguns determinantes gerais: a) as atrocidades realizadas contra os direitos dos cidadãos pelos regimes totalitários europeus; b) os anseios por igualdade econômica e liberdade política necessitavam da reorganização do Judiciário para a defesa do cidadão contra as oligarquias; c) a queda do comunismo da Europa Oriental e o desaparecimento da União Soviética, deixando os Estados Unidos, como a única superpotência mundial, o que contribuiu para a disseminação da jurisprudência americana em diversas partes do mundo; d) a democratização na América Latina, Ásia e África; e) o desenvolvimento dos modelos de constitucionalidade americano e austríaco e os esforços de diferentes organizações internacionais na proteção dos direitos humanos¹¹³.

Atribui-se, nesse contexto, a competência judicial de realização de uma *filtragem constitucional*¹¹⁴ da lei, também retratada na jurisprudência constitucional na Alemanha como *eficácia irradiante* ou *efeito de irradiação* decorrente da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais¹¹⁵. Prioriza-se a proteção dos valores constitucionais, pautados na dignidade da pessoa humana, notadamente nos ordenamentos que adotam a supremacia normativa da constituição e possuem uma jurisdição constitucional responsável por realizar o controle de constitucionalidade dos atos normativos.

Nesse sentido, são os ordenamentos de diversos países, como o artigo 93.º, 2.º, da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 que, ao tratar sobre o Tribunal Constitucional Federal, atribui-lhe, dentre outras, a competência de decidir no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental alemã ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal (*Bundestag*).

O artigo 134.º da Constituição da República Italiana de 1947 atribui ao Tribunal Constitucional a competência de julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, tendo força de lei, do Estado e das Regiões, bem como

¹¹² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.02-24.

¹¹³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.02-24.

¹¹⁴ O termo, conforme BARROSO, Luís Roberto in *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo*, v. 240, pp. 1-42, 2005, consiste no reconhecimento de que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados, tratando-se, portanto, de reinterpretação dos institutos do direito infraconstitucional sob uma ótica constitucional.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. pp.251-252, destaca que os direitos fundamentais na condição de direito objetivo “*fornece impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico.*”

sobre os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e as Regiões e entre as Regiões.

O artigo 221.º da Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que compete ao Tribunal Constitucional especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional e, nos termos do artigo 223.º, apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos atos normativos.

O artigo 161.º da Constituição Espanhola de 1978 estabelece que o Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei, do recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades referidos no artigo 53.º, 2.º, da mencionada constituição, bem como dos conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou destas entre si.

O artigo 256.º da Constituição do Uruguai de 1967 estabelece que as leis podem ser declaradas inconstitucionais por razão de forma ou conteúdo, estabelecendo o artigo 257.º da mencionada constituição que compete à Suprema Corte de Justiça o conhecimento e a resolução originária e exclusiva sobre tal matéria.

O artigo 160.º da Constituição da Nicarágua de 1987 dispõe que a administração da justiça garante o princípio da legalidade, bem como protege e tutela os direitos humanos mediante a aplicação da lei aos assuntos ou processos de sua competência. O artigo 164.º da aludida Constituição prevê que são atribuições da Corte Suprema de Justiça conhecer e resolver os recursos por inconstitucionalidade da lei e os recursos de amparo por violação aos direitos estabelecidos na Constituição.

O artigo 102.º, I, da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

O fortalecimento do poder judicial nas principais democracias contemporâneas está, portanto, estritamente ligado ao facto de que a ordem constitucional nesses Estados lhe atribui a função de salvaguardar os direitos fundamentais e, para tanto, controlar a constitucionalidade dos atos normativos emanados do Estado.

A missão institucional do judiciário de “dar a última palavra” sobre a interpretação constitucional garante a supremacia da constituição em detrimento de interesses meramente partidários e ocasionais, além de impor o respeito às minorias na tomada das decisões maioritárias.

Esse modelo normativo foi traçado com o escopo de que a atuação judicial limite os abusos provenientes das demais funções do poder constituído, assegurando as liberdades

individuais e a própria ideia de constitucionalismo¹¹⁶. No entanto, quando há a desnaturação dos parâmetros previamente delimitados na constituição, o exercício distorcido da função judicial pode gerar sérios riscos à democracia. Cabe-nos, portanto, indagar como limitar a atuação da jurisdição constitucional.

2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA E DINÂMICA

As constituições dos Estados democráticos atribuem a uma jurisdição constitucional o poder-dever de invalidar os atos dos poderes legislativo e executivo que conflitem com a supremacia formal e axiológica da constituição.

Sibylle Kessal-Wulf, ministra integrante do Tribunal Constitucional Federal alemão, observa que para estar à altura das expectativas previstas na constituição, a jurisdição constitucional deve pautar-se com base nas seguintes condicionantes: a) atuação paritária com outros órgãos constitucionais; b) atribuições jurídico-constitucionais claras; c) compreensão certa das funções da jurisdição constitucional e da estrutura institucional a nível nacional e internacional; d) normas claramente desenhadas para o controle substantivo da legislação aprovada pelo Parlamento; e) assegurar a implementação das decisões do Tribunal Constitucional¹¹⁷.

Nesse cenário, cabe ao judiciário, dentre os seus escopos institucionais, precipuamente, incidir ao litígio o direito positivado, isto é, transformar os comandos legais de normas gerais e abstratas em preceitos individuais e concretos, mediante o processo hermenêutico de transformação do texto normativo em norma jurídica¹¹⁸.

Sobre o tema, Canotilho diferencia a *interpretação constitucional* – consistente em atribuição de significado a um ou vários símbolos linguísticos na constituição –, do que intitula de *concretização da constituição*, que representa a construção de uma norma jurídica por meio da aplicação de princípios e regras constitucionais incidentes sobre o texto

¹¹⁶ SMITH, Stanley Alexander de in *The New Commonwealth and its Constitutions*, London: Stevens, 1964. p.106 destaca que “A ideia de constitucionalismo envolve a proposição de que o exercício do poder governamental deve ser limitado por regras, regras estabelecendo o procedimento de acordo com o qual os atos do legislativo e do executivo serão executados e delimitando seus conteúdos permitidos. O constitucionalismo se torna uma realidade viva uma vez que essas regras limitam a discricionariedade e são de fato observadas pelo exercício do poder político, já que estabelecem as zonas proibidas que a autoridade não pode entrar sem permissão criando significante espaço para o exercício da liberdade individual.”

¹¹⁷ KESSAL-WULF, Sibylle. *El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, v. XXIII, p. 593–606, 2017, p. 596.

¹¹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p.33, destaca que “o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido”, na medida em que revela a norma jurídica mediante a interpretação do texto normativo.

(enunciado) a fim de se descobrir a norma de decisão que resolve a lide e soluciona o caso concreto¹¹⁹.

A atividade judicial de desvendar a norma a ser aplicada ao caso sob julgamento reveste-se, em certa medida, de função criativa¹²⁰, não na aceção de elaborar a lei – competência reservada ao poder legislativo – mas em delimitar o seu sentido e alcance, reconhecida por Konrad Hesse na elaboração do método hermenêutico concretizador, ao enfatizar que o conteúdo da norma somente se completa por meio do ato interpretativo¹²¹.

Paulo Bonavides complementa que interpretar a constituição, além de lhe fazer claro o sentido, é sobretudo atualizá-la, segundo critérios evolutivos que permitam uma adequação histórica dos textos aos imperativos tácitos de mudança constitucional, sem que haja violência ao espírito do ordenamento jurídico fundamental¹²².

Defende-se, inclusive, a existência de um *princípio da interpretação evolutiva*¹²³, pautado na ideia de adaptação constante do sentido da norma, o que é favorecido pela inserção nos textos constitucionais de cláusulas gerais e conceitos abertos. Essas disposições indeterminadas presentes nas constituições de muitos países se propõem a redirecionar os múltiplos direitos individuais, reorientando-os ao princípio da personalidade¹²⁴ e ao da dignidade da pessoa humana. Tratam-se, por conseguinte, de preceitos constitucionais cujos significados são definidos mediante a incidência do conteúdo normativo da dignidade da

¹¹⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp.1200-1201.

¹²⁰ Nesse sentido, GRAU, Eros *in Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4^a ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006, pp.30-66, defende que a interpretação do Direito não é uma atividade meramente declaratória do sentido do texto normativo, mas, sim, constitutiva, defendendo o caráter alográfico do direito pautado na premissa de que “o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete.” BARROSO, Luís Roberto *in Judicialização...op.cit.*, p.28, destaca que os juízes, em muitas situações, são “coparticipantes do processo de criação do direito”, na medida em que são responsáveis por atribuir sentido a expressões, vagas, fluidas e indeterminadas, tais como a dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva.

¹²¹ Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: C.F.Muller Verlag, 1999, pp. 24-25.

¹²² BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.483.

¹²³ BOTELHO, Catarina Santos *in A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 341, ao tratar das decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) destaca que os elementos jurídicos utilizados pelo referido Tribunal – leis internas dos Estados signatários, tratados internacionais a que tenham aderido, opinião pública europeia e de especialistas – estão em evolução constante sendo perceptível que a interpretação consensual se converta em *princípio da interpretação evolutiva*, destacando a constitucionalista portuguesa que a expressão é utilizada por Voy. F. Rigaux, *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive*, apud Florian Hoffmann e Julie Ringelheim, *Par-delà l’universalisme et le relativisme: La Cour européenne des droits de l’homme et des dilemmes de la diversité culturelle*, in *Revue Interdisciplinaire D’Études Juridiques*, 2004, n.º 52, pp. 109-142. p. 120, ressaltando que esse princípio de interpretação também é denominado de *princípio da interpretação dinâmica* por Konstantin Korkelia, *Principles of Interpretation of the European Convention on Human Rights* in *Georgian Law Review*, 5, 2002-4, pp. 467-501, p. 471.

¹²⁴ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p.468.

pessoa humana, que na lição de Jorge Miranda e António Cortês, não se materializa em um direito específico, mas, sim, em um princípio ordenador e englobante, que fundamenta e confere unidade e coerência à tutela dos direitos fundamentais delineada no sistema constitucional¹²⁵.

Essa interpretação evolutiva da constituição, conforme observa Giancarlo Rolla, está sendo consolidada pela jurisdição constitucional de diversos países, como na República Federal da Alemanha, onde o Tribunal Constitucional tem sustentado em múltiplas ocasiões a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais como expressão do livre desenvolvimento da personalidade humana, ainda que não tenham sido expressamente codificados pela constituição¹²⁶.

O mencionado constitucionalista italiano ainda evidencia a experiência do Supremo Tribunal norte-americano que, utilizando-se de uma interpretação evolutiva e extensiva das cláusulas do devido processo legal e da igualdade previstas nas emendas V e XIV da Constituição americana, passou a reconhecer a tutela constitucional a numerosas situações subjetivas seguramente não previstas de forma expressa no texto constitucional¹²⁷.

A Constituição portuguesa de 1976, em seu artigo 16.º, expressamente assegura que os direitos fundamentais consagrados na constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional, o que se trata de cláusula geral que permite o desenvolvimento da interpretação evolutiva pela jurisdição constitucional portuguesa.

Dispositivo semelhante é previsto no artigo 5.º, §2.º, da Constituição brasileira de 1988 ao realçar que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em

¹²⁵ MIRANDA, Jorge; CORTÊS, António. Anotação ao artigo 1º. In MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 82-86. Nesse sentido, considerando o caráter normativo da dignidade da pessoa humana na aceção de um princípio constitucional e não de um direito específico vide também BOTELHO, Catarina Santos *in A Tutela Directa...op.cit.* p.105 e *Direitos Sociais em Tempos de Crise...op.cit.* p.50, destacando a constitucionalista portuguesa que assume o contorno de princípio estruturante da ordem constitucional com significado jurídico-político, posto que representa um atributo da pessoa humana – seja em sua dimensão individual ou colectiva –, com uma ligação incindível com a liberdade e a igualdade, não consubstanciando qualquer tipo de brilho retórico (*rhetorical gloss*), mas inestimável e primeira aspiração humana, anterior a qualquer tipo de reivindicação material; ROLLA, Giancarlo *in El valor normativo...op.cit.* pp.468-485, destaca que a dignidade da pessoa humana reveste-se como valor supremo com pluralidade de funções, de cláusula de interpretação a parâmetro de ponderação no caso de conflito entre os diversos direitos constitucionais, concluindo o constitucionalista italiano que possui aplicabilidade direta, não se podendo reduzir a mera declaração romântica desprovida de efetividade; SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.* pp.190-192; BARROSO, Luís Roberto *in Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.* Revista dos Tribunais RT, Ano 101, Vol.919, maio de 2012, pp.127-196, p.154, destaca o conceito multifacetado da dignidade humana enquanto princípio jurídico com status constitucional e não como um direito autônomo.

¹²⁶ ROLLA, Giancarlo. *El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo.* Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, v. 49, pp. 227-262, 2003, p.239.

¹²⁷ ROLLA, Giancarlo. *El principio de la dignidad humana: del artículo 10...op.cit.*, p.239.

que a República Federativa do Brasil seja parte. Assegura-se, desse modo, outros direitos além daqueles taxativamente enumerados no texto constitucional, apontando para uma abertura material do catálogo dos direitos fundamentais¹²⁸, o que alastra a hermenêutica dinâmica também na jurisdição constitucional brasileira.

A jurisdição constitucional, exercida de forma adequada e nos limites traçados pela constituição, longe de se configurar em um governo de juízes¹²⁹, possui o seu mérito, consoante Catarina Santos Botelho, de dar vida à constituição, permitindo a sua adaptação às mudanças da realidade constitucional, sem admitir, por outro lado, o seu distanciamento do pacto fundamental de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito democrático¹³⁰.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA VERSUS ATIVISMO JUDICIAL E AS CONSEQUÊNCIAS PARA A DEMOCRACIA

O fortalecimento da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito gera uma relação entrelaçada de direito e política, acentuada pelo controle de constitucionalidade dos Tribunais Constitucionais e seu poder de revisão dos atos do executivo e do legislativo.

Não se pode, contudo, perder de vista o facto de que a constituição é simultaneamente um instrumento normativo e político, de forma que uma decisão judicial que aplica suas diretrizes terá necessariamente repercussão na esfera política¹³¹.

Tate e Vallinder, em detalhado estudo sobre o tema, descrevem o fenómeno da *judicialização da política (the judicialization of politics)* em diversos países e concluem que ele possui dois sentidos: um, o que consideram o mais dramático, representa a expansão global do poder judiciário no âmbito da política por meio da revisão judicial (*judicial review*) dos atos do legislativo e executivo pelas jurisdições constitucionais; o outro, que entendem ser menos dramático, mas também em ascensão, consubstanciado na introdução e expansão

¹²⁸ Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp.78-84.

¹²⁹ Expressão usada por LAMBERT; Édouard in *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris, Giard, 1921, p.08 “*gouvernement par le judiciaire*”, para retratar a ingerência da autoridade do Judiciário no âmbito legislativo, enfatizando a interpretação subjetiva do juiz à lei, partindo da experiência do ativismo judicial da Suprema Corte Norte-americana.

¹³⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou Revisitar as Normas Programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 511.

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização...op.cit.* p. 25, pontua que “*A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre os dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política*”. BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*,p. 511 observa que “*é preciso assumir a realidade incontornável de que a Constituição é uma ‘decisão política’ que delimita as opções políticas do legislador, que tem efeitos políticos e é ‘garantida politicamente’*”.

do staff judicial ou dos procedimentos judiciais típicos de tomada de decisões também no âmbito do setor administrativo¹³².

Note-se que a judicialização da política significa tanto o aumento do poder judicial mediante a transferência do processo decisório das assembleias legislativas e do poder executivo aos tribunais, como a disseminação de métodos judiciais decisórios para setores que não integram o judiciário, enfatizando que a judicialização envolve essencialmente transformar algo em uma forma de processo judicial¹³³.

Os referidos autores exemplificam que os legisladores e executivos franceses e alemães rotineiramente alteram políticas públicas desejadas em resposta ou em antecipação a pronunciamentos das cortes constitucionais¹³⁴. Esta situação também é observada em locais como na Suécia e nos Países Baixos, nos quais aumenta-se a perspectiva de os governantes eleitos modificarem as políticas públicas em resposta às determinações dos seus Tribunais como resultado de decisões tomadas a nível da União Europeia¹³⁵.

A judicialização, portanto, é um facto jurídico-social¹³⁶ que representa a ampliação da atuação do judiciário na conformação da tomada de decisões políticas que antes eram de exclusiva ingerência do Parlamento.

O fenómeno da judicialização é impulsionado pelo modelo constitucional adotado nas democracias contemporâneas que legitimam o judiciário a rever os atos normativos dos poderes executivo e legislativo, pautado no controle de constitucionalidade e na supremacia formal e axiológica da constituição.

Outros fatores também contribuem para o desenvolvimento da judicialização, como, por exemplo, a reforma do sistema judicial por meio da aprovação de leis que intensificam a proteção dos direitos difusos – denominada por Cappelletti e Garth de *segunda onda renovatória do acesso à justiça*¹³⁷ – pautada na teoria da *class action* do direito norte-americano.

¹³² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.05-14. Sobre o tema, MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei in *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova. São Paulo, n. 57, 2002, pp.113-134, p.114, destacam que o termo representa os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, sendo que a primeira aceção resulta na ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*, enquanto a segunda, mais difusa, constitui-se pela introdução ou expansão de staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).

¹³³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.13-14

¹³⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.04.

¹³⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.04.

¹³⁶ Aplicado ao contexto brasileiro, BARROSO, Luís Roberto in *Judicialização...op.cit.*, p. 25, reconhece a judicialização como um fato circunstancial decorrente do modelo constitucional e não um exercício deliberado de vontade política.

¹³⁷ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, pp.49-50.

Isso porque as ações inerentes à tutela coletiva de direitos vinculam-se com assuntos importantes de política pública, que antes não integravam a pauta de julgamento do judiciário. O fornecimento de medicamentos, a disponibilização de vagas em creches¹³⁸, a fiscalização estatal contra medidas de degradação ambiental, a implementação de saneamento básico em bairros carentes são exemplos corriqueiros que antes pertenciam exclusivamente à discussão político-administrativa.

A redemocratização de muitos países, após intenso período de submissão a governos autoritários, também impulsionou a judicialização por despertar nos cidadãos a consciência dos seus direitos em face do Estado e a necessidade de efetivá-los por meio de ação judicial quando não são espontaneamente observados pelos órgãos públicos.

Não se pode confundir a judicialização com o ativismo judicial. A judicialização é um fenômeno jurídico-social decorrente do Estado constitucional democrático que confere ao judiciário o poder de rever os atos normativos dos poderes executivo e legislativo, atuando como última instância estatal para a salvaguarda dos direitos e a prevenção e reparação dos abusos institucionais. Diversamente, o ativismo representa um comportamento judicial que desvirtua essa atribuição constitucional de competências do poder judicial.

Essa distorção provocada pelo ativismo judicial materializa-se porque a transferência da decisão de cunho político para o judiciário não decorre nos estritos limites estabelecidos da revisão ou da conformidade constitucional de um ato normativo pretérito emanado dos poderes executivo e legislativo. Trata-se de atuação precípua e originária das jurisdições, que avocam para si a responsabilidade de decidir sobre determinada matéria de cunho eminentemente político, à margem do consenso do Parlamento¹³⁹.

A respeito do conceito de ativismo, Willian Marshall destaca sete tipologias: a) *ativismo contramajoritário*: as cortes constitucionais relutam em aplicar as decisões tomadas pelos representantes do povo, eleitos no regime democrático; b) *ativismo não originalista*: os tribunais não consideram a concepção da constituição idealizada pelos autores do texto constitucional; c) *ativismo de precedentes*: os magistrados negam a incidência de precedentes anteriormente estabelecidos; d) *ativismo jurisdicional*: as cortes e juízes atuam fora dos limites formais de competências estabelecidos pela constituição; e) *ativismo criativo*: as cortes criam, substancialmente, novas teses e direitos a partir da

¹³⁸ A respeito da atuação do Poder Judiciário brasileiro na oferta de vagas em creches e pré-escolas para crianças até 5 anos, vide a nossa obra LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Direito à Educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016, pp.68-75.

¹³⁹ Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto *in* *Judicialização...op.cit.*, p.26, destaca que a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

jurisdição constitucional; f) *ativismo remediador*: os tribunais definem obrigações aos demais poderes e mantém as instituições governamentais sob contínua supervisão judicial como mecanismos de imposição de suas decisões; f) *ativismo partisan*: ocorre quando os juízes pautam suas decisões com o propósito de alcançar objetivos partidários¹⁴⁰.

O ativismo, portanto, relaciona-se ao comportamento disfuncional do magistrado no exercício da jurisdição constitucional. Isso porque avoca para si o papel de elaboração de política pública ou de inovação no ordenamento jurídico, criando específicos contornos e condicionantes para os direitos que não possuem qualquer amparo legal, tomado no sentido *latu sensu*, isto é, seja decorrente de normas postas ou implícitas, de status constitucional ou infraconstitucional.

No entanto, importante frisar que há também o chamado ativismo *extrajudicial*, o qual é exercido sem a necessária utilização da jurisdição. Representa a forma como os juízes se apresentam perante os demais poderes, a sociedade e a opinião pública, por seus modos de pronunciamento externo ao processo¹⁴¹, através, por exemplo, de entrevistas para a imprensa ou publicações em redes sociais, como o *twitter*.

Constata-se, nesse cenário, consoante a análise de Ernest Young, que o ativismo possui muitas faces (*the many faces of activism*), os quais estão todos interligados por um traço comum: a recusa dos tribunais em julgar determinados casos com deferência às demais instâncias democráticas de autoridade, mas, sim, de acordo com o seu próprio e independente entendimento a respeito da correta interpretação da lei¹⁴².

Veja-se que a caracterização de uma decisão como ativista ou decorrente de uma simples judicialização de novas realidades liga-se mais à forma de atuação do julgador do que ao próprio conteúdo do que se põe sob julgamento, conteúdo este, aliás, que sequer cabe ao juiz escolher, já que inerte. Nessa perspectiva, a maneira com que o judiciário faz uso das já mencionas técnicas interpretativas¹⁴³ com o escopo de fundamentar a tomada de decisão parece ser um dos crivos necessários para determinar a justeza da atuação judicial¹⁴⁴.

¹⁴⁰ MARSHALL, Willian P. Conservatism and the seven signs of judicial activism. *University of Colorado Law Review*. Chapel Hill, n. 73, pp. 101-140, 2002, p. 104. Disponível em: http://ssrn.com/abstract_id=330266. Acesso em 20 jun. 2015.

¹⁴¹ Nesse sentido, vide MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

¹⁴² YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*. v. 73, n. 4, pp. 1.139-1.216, 2002, p. 1.144. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2526&context=faculty_scholarship. Acesso em 10 jun. 2015.

¹⁴³ Vide tópico anterior, no qual tratamos sobre a jurisdição constitucional e a interpretação evolutiva e dinâmica.

¹⁴⁴ Sobre o tema, TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coords.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017,

A interpretação evolutiva ou dinâmica encontra respaldo em vários ordenamentos na existência de cláusulas abertas, por meio das quais se desenvolve a função criativa da jurisdição constitucional com o escopo de desvendar o sentido, alcance e atualização da norma, mesmo que decorrente de preceitos que não estejam explícitos na constituição. No entanto, o uso de tal hermenêutica é direcionada como parâmetro para a resolução do litígio no caso concreto (micro justiça) ou a *judicial review* dos atos normativos dos demais poderes constituídos.

Entretanto, no ativismo judicial, vai-se muito além da incorporação no ordenamento de direitos que não estão especificamente delimitados. Desvirtuando-se da própria finalidade da atividade jurisdicional, utiliza-se da interpretação evolutiva e da abertura material da constituição não somente para solucionar o caso em julgamento ou garantir a conformidade do ato normativo aos ditames constitucionais, mas, sobretudo, para a criação de direito ou a elaboração originária de política pública que não foi alvo de debate democrático suficiente nas instâncias políticas.

O incremento da carga política nas decisões judiciais é palpável nas democracias contemporâneas. Esse fenómeno revela-se no facto de que, em certos casos, ao invés de concretizar os anseios legislativos – que representam a vontade da maioria –, o Poder Judiciário chama para si a tarefa de escolher quais são esses anseios. Não lhe basta adjudicar direitos. À mercê de qualquer previsão normativa, quer escolher o rol de direitos a ser adjudicado, interferindo, de forma disfuncional, na definição das opções democráticas.

No Brasil, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem em uma crescente ativista¹⁴⁵, a ponto de Oscar Vieira afirmar a existência de uma *Supremocracia*¹⁴⁶. O Tribunal brasileiro possui uma vasta jurisprudência que se imiscui na apreciação política, indo desde aspectos relacionados à saúde pública e sanitária, como o estabelecimento de critérios para a concessão judicial de medicamentos sem registro em órgãos de vigilância sanitária¹⁴⁷ ou não

sustentam que a identificação do ativismo exige uma investigação qualitativa acerca do conteúdo das decisões judiciais, concluindo que é na interpretação e na fundamentação que reside o problema.

¹⁴⁵ A postura ativista do Supremo Tribunal Federal Brasileiro é constatada por SANTISO, Carlos. Economic Reform and Judicial Governance in Brazil: Balancing Independence with Accountability. *In Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin (editors). Frank Cass: London, 2004, pp.161-180, alertando que a extrema autonomia do Supremo Tribunal Federal brasileiro pode o tornar um poder acima da lei.

¹⁴⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441-464, 2008, pp. 444-445, leciona que o termo supremocracia demonstra a singularidade do arranjo institucional brasileiro e tem um duplo sentido: o primeiro refere-se à autoridade do STF em relação às demais instâncias do judiciário e o segundo significa a expansão da sua autoridade em detrimento dos demais poderes. Salienta que a distinção do STF para as outras cortes constitucionais é no tocante à escala – pela grande quantidade de temas que têm natureza constitucional no Brasil – e à natureza – pelo facto de não haver qualquer obstáculo para que o STF aprecie os atos do poder constituinte reformador.

¹⁴⁷ No julgamento do Recurso Extraordinário 657.718 (Tema 500 de Repercussão Geral) o Supremo Tribunal Federal Brasileiro estabeleceu as hipóteses nas quais é excepcionalmente possível a concessão judicial de medicamentos não registrados na ANVISA.

previstos no sistema único de saúde e de alto custo¹⁴⁸, até as de âmbito administrativo, ingerindo em nomeações de agentes políticos, por meio da suspensão da sua posse e exercício, quando se reconhece que a conduta estatal foi motivada por valores que conflitam com os bens jurídicos tutelados pela constituição¹⁴⁹.

Contrariando postulados centenários, no ano de 2019, utilizando-se de uma alegada construção jurisprudencial, o Supremo Tribunal brasileiro criminalizou uma conduta mesmo sem existir lei penal anterior ao facto que tipifique o delito¹⁵⁰. Veja-se que não se contesta a dignidade do bem jurídico a ser penalmente tutelado. A discussão cinge-se ao facto de que não cabe ao judiciário escolher qual conduta deve ou não ser criminalizada.

Se de um lado é possível trazer o exemplo brasileiro de criminalização judicial de uma conduta para mostrar claramente o que é uma atuação judicial ativista, de outra banda a própria definição do papel do poder judicial como garante de direitos fundamentais torna tênue a linha entre a atuação legitimada e a atuação disfuncional.

Nesse cenário, a expansão do judiciário nas democracias contemporâneas acaba gerando certas *zonas cinzentas de atuação* que tornam nebulosa a constatação de que as decisões judiciais estão em conformidade com suas atribuições constitucionais ou, diversamente, tratam-se de indevida ingerência política na gestão pública, surgindo críticas pautadas na falta de legitimidade popular e no exacerbado ativismo judicial¹⁵¹.

Essa zona cinzenta que permeia o ativismo judicial decorre da constatação de que a legítima competência constitucional atribuída ao judiciário pelas democracias contemporâneas – controle de constitucionalidade e interpretação evolutiva – é utilizada

¹⁴⁸ No Recurso Extraordinário 566.471 (Tema 06 de Repercussão Geral), ainda pendente de julgamento, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro irá definir os critérios para a concessão judicial de medicamentos que não são fornecidos pelo SUS (Sistema Único de Saúde) e que são de alto custo.

¹⁴⁹ No julgamento do MS 34.070 e 34.071, em 18.03.2016, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, por decisão individual do Ministro Gilmar Mendes, suspendeu a nomeação de Luís Inácio Lula da Silva ao cargo de Ministro da Casa Civil realizada pela então Presidente Dilma Rousseff, por entender que houve desvio de finalidade. Situação similar ocorreu, novamente, em 29.04.2020, no julgamento do MS 37.097 no qual o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, por decisão individual do Ministro Alexandre de Moraes, suspendeu a nomeação de Alexandre Ramagem ao cargo de Diretor da Polícia Federal efetuado pelo Presidente Jair Bolsonaro, por também vislumbrar desvio de finalidade e inobservâncias aos princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade e do interesse público.

¹⁵⁰ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4733 o Supremo Tribunal Federal Brasileiro decidiu que até o Congresso Nacional editar lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas, reais ou supostas, se enquadram nos crimes previstos na Lei 7.716/1989 e, no caso de homicídio doloso, constitui circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe.

¹⁵¹ BOTELHO, Catarina Santos *in Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 228-229, destaca que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) no caso *Tyner v. Reino Unido* de 25/04/1978 ao afirmar que a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) é um “*instrumento vivo a ser interpretado à luz das condições de vida atuais*” sofreu críticas de ativismo judicial, desenvolvidas por Alastair Mowbray, “*The Creativity of the European Court of Human Rights*”, HRLR, 5, 2005, pp. 57-79, p. 61, bem como de falta de clareza na fundamentação do que seria a noção de *instrumento vivo* por George Letsas, “*The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR*”, EJIL, 15 (2), 2004, pp. 279-305, p. 299.

como subterfúgio para a imposição de ideologias do julgador, à margem da existência de consenso político¹⁵², ainda que se valendo de valores constitucionais.

Em outras palavras: no ativismo judicial o julgador, apesar de fundamentar sua decisão com base em princípios e bens jurídicos tutelados pela constituição, busca impor uma ideologia pessoal que, em muitos casos, ainda não se encontra plenamente amadurecida nas instituições democráticas de tomada de decisão, notadamente os poderes executivo e legislativo.

O resultado dessa postura judicial é que, embora a decisão esteja carregada de sólido embasamento constitucional, reveste-se de elevada carga subjetiva, visto que impõe a ideologia do intérprete ao arripio das regras democráticas, por retirar do Parlamento a competência precípua de assegurar um certo direito e estabelecer os contornos e limites da sua tutela.

Portanto, as decisões ativistas, embora devidamente fundamentadas por valores constitucionais, violam o caráter normativo das constituições democráticas posto que a adjudicação da tomada de decisão política pelo judiciário materializa-se fora do ambiente delineado no texto constitucional.

Citando Alexander Hamilton, Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill, Vallinder aponta as preocupações dos referidos doutrinadores em conferir importância para as cortes e juízes americanos contra a tirania da maioria, incluindo a opinião pública, ao destacarem que o poder garantido às cortes americanas de pronunciar a constitucionalidade das leis é uma das mais poderosas barreiras contra abusos das assembleias políticas¹⁵³.

Todavia, no ativismo judicial há o desvirtuamento deste modelo constitucional de delineamento das funções do poder constituído, porque a finalidade para o qual foi previsto o *judicial review* pelas jurisdições constitucionais – que é a limitação do poder político a fim de proteger os cidadãos contra abusos e tiranias decorrentes do princípio majoritário – se esvaece, na medida em que, em muitas situações, sequer há atuações dos poderes executivo e legislativo a serem revistas.

O ativismo judicial, como uma atuação disfuncional, gera consequências à democracia, dentre as quais ressaltam-se, em especial, 6 (seis): 1) crise de legitimidade do judiciário; 2) riscos à independência judicial por atos de *court-packing*; 3) promoção de insegurança jurídica; 4) violação do princípio da igualdade; 5) mitigação do princípio da soberania popular; 6) efeito *backlash*. As cinco primeiras afetam especificamente ao judiciário e o sistema jurídico-constitucional, enquanto a sexta gera impactos ao direito que

¹⁵² BARROSO, Luís Roberto *in* *Judicialização...op.cit.*, p.31, destaca que o ativismo judicial se trata de um mecanismo para contornar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.

¹⁵³ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.* p.18.

se busca proteger com a decisão judicial ativista, sobre as quais abordaremos nos tópicos seguintes.

3.1 Crise de Legitimidade e Riscos à Independência do Judiciário por Atos de Courting-Pack

Não são raros os casos em que, legitimados sob o manto da proteção dos direitos, o judiciário, por atuação ativista, intervém em determinados aspectos da política cujos conflitos precipuamente devem ser resolvidos na seara do executivo e do legislativo, extrapolando a sua função institucional.

O problema se intensifica quando cientes dessa anomalia, os próprios atores políticos optam por transferir a decisão do âmbito do Parlamento para o judiciário, por uma série de fatores, como a facilidade de obtenção de uma decisão que lhe seja mais favorável, uma vez que o convencimento da maioria dos juízes da Corte Constitucional¹⁵⁴ é, ao menos quantitativamente, mais fácil do que persuadir a maioria dos membros da assembleia legislativa.

Em outros casos, o deslocamento do poder decisório da arena política para o âmbito judicial decorre do facto de que isso retira dos representantes eleitos o *custo político* de arcar com as consequências pela responsabilidade da tomada de decisão. Elaboram-se, para tal finalidade, discursos que buscam criar uma barreira de proteção contra eventuais críticas realizadas pela sociedade e a imprensa, sob a alegação de que as medidas foram determinadas pelos Tribunais.

Configura-se, portanto, um *círculo vicioso*, no qual ora o executivo e legislativo incentivam o ativismo judicial, a fim de alcançar de forma mais rápida, com menor esforço e reduzido custo político, a decisão que resolve o litígio da maneira que mais lhe beneficiem, ora o desestimulam e tentam deslegitimar as decisões judiciais que são contrárias aos seus interesses.

Nesse cenário paradoxal, a primeira consequência do ativismo judicial é a *crise de legitimidade* do judiciário. Isso ocorre porque as decisões ativistas, embora embasadas em princípios e valores constitucionais, extrapolam o espaço de atuação político-normativo atribuído à jurisdição pela constituição.

¹⁵⁴ Em muitos casos no Brasil, para gerar efeitos imediatos, não precisa sequer do convencimento da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, mas apenas de um só ministro, para o qual foi distribuído o processo ou que estava em regime de plantão, cuja situação é retratada por RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz in *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p.293, ao destacarem que os 11 (onze) ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro funcionam como verdadeiras ilhas, prolatando decisões liminares individuais que acabam por violar o princípio da colegialidade que deve pautar as decisões do referido Tribunal, consignando que “o poder individual de seus integrantes estrangula a legitimidade do tribunal. E a falta de controle interno do processo decisório aprofunda a percepção do público de que no Supremo cada um faz sua política como bem entende, baseando-se em interpretações próprias do que são as leis e a Constituição.”

Ao invés de se concretizar os bens tutelados pela constituição, o que ocorre é a sua violação, posto que o ativismo judicial, ao adjudicar para si a responsabilidade pela tomada de decisão política fora do ambiente delineado no texto constitucional e ao arrepio do consenso do Parlamento, põe em xeque a própria autoridade judicial.

Portanto, as decisões ativistas, embora devidamente fundamentadas por valores constitucionais, violam o caráter normativo das constituições democráticas na medida em que a adjudicação da tomada de decisão política pelo judiciário ocorreu à margem dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional.

O espaço no qual se travam as disputas políticas é amplo, já que envolve infinitas questões, que vão desde a elaboração de políticas públicas, a alocação de recursos do orçamento priorizando específico objeto em detrimento de outro – embora ambos sejam tutelados pelo ordenamento – até a escolha de integrantes para ocupar cargos relevantes na Administração Pública.

Não pode o judiciário imiscuir-se na função de árbitro regulador de todo e qualquer assunto político, ainda que movido de forma bem intencionada pela constituição (e não por vontade própria) e pautado na interpretação evolutiva e na abertura do catálogo dos direitos fundamentais, sob pena de gerar a crise de sua legitimidade.

Ao cruzar a linha da repartição de competências delimitada pela constituição, decidindo questões políticas com base no ativismo, o judiciário se transforma em ator essencialmente político em detrimento do jurídico.

Essa nivelação das funções jurisdicionais à atuação da classe política provocada pelo ativismo, corrói o padrão ideológico existente na construção de muitas democracias contemporâneas, apurado por Tate e Vallinder¹⁵⁵– e salientado no início do presente artigo –, dado que contribui para o aumento da desconfiança no judiciário em relação às demais funções do poder estatal.

Decisões judiciais ativistas passam a ser alvo constante de críticas e ataques, com o fundamento de que são, essencialmente, atos políticos e não jurídicos, aprofundando a crise de legitimidade judicial.

A segunda consequência do ativismo judicial é o *risco à independência* do judiciário. A crise de legitimidade provocada pelo ativismo pode afetar a própria independência judicial, na medida em que passa a ser alvo de constantes investidas do executivo e legislativo por meio da aprovação de atos normativos que visam a sua captura e controle, a fim de conter a interferência judicial em suas atribuições.

¹⁵⁵ TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global...op.cit.*p.02.

As medidas legislativas de captação da atuação judicial aliada ao (re)surgimento de governos de extrema direita com viés autoritários dentro de Estados democráticos¹⁵⁶, como na Polónia, intensificam o risco da transgressão à independência do poder judicial¹⁵⁷.

Verifica-se, nesse cenário, a surgimento de medidas *court-packing*, originadas dentro de Estados democráticos. O termo *court-packing plan* está associado à tentativa frustrada do Presidente norte-americano Franklin Roosevelt que em 1937 propôs o aumento do número de membros da Suprema Corte Americana de nove para quinze membros, cuja justificativa formal era aumentar a sua eficiência, quando, em verdade, buscava alterar a composição da Corte para que não houvesse a reprovação dos atos da sua administração realizados no período do *New Deal*.

Court-packing significa, então, em linhas gerais, a tentativa de captura do judiciário por meio de ações políticas da classe hegemónica que buscam minar a sua independência, movidas pela finalidade de controlar o conteúdo da atividade jurisdicional, a fim de intensificar um específico projeto de poder.

Os atos relacionados ao *court-packing* vão desde a indicação de magistrados com explícito viés político para as Cortes Constitucionais até a aprovação de leis que almejam a punição de magistrados por se manifestarem contra determinados atos aprovados pelo Parlamento¹⁵⁸, com o escopo de eliminar a resistência judicial às ações políticas, violando a

¹⁵⁶ LEVITSKY, S.; ZIBLATT, D. *Como as democracias morrem*. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 15, destacam que “há outra maneira de arruinar uma democracia. É menos dramática, mas igualmente destrutiva. Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos - presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder”.

¹⁵⁷ A Comissão Europeia denunciou a Polónia ao Tribunal de Justiça da União Europeia por entender que houve violação ao princípio da independência judicial, à inamovibilidade dos magistrados e claro risco da quebra do Estado de Direito. Nesse sentido, LEMOS, Clara Giffoni; MAYON, Lucas; BISCO, Manuela Fernandes. *A Ameaça que vem de dentro: O fenómeno da degradação da democracia a partir do estudo dos casos húngaro e polonês*. Cadernos de Relações Internacionais/PUC-Rio, Edição Especial Crise da Democracia Liberal e Pensamento das Relações Internacionais, vol.2, dez/2019, pp.160-184, pp.167-168, destacando os referidos autores que em 2018 essa denúncia da Comissão Europeia foi motivada quando uma nova lei polonesa diminuiu a idade de aposentadoria dos magistrados de 70 para 65 anos, fazendo com que vários dos magistrados da Suprema Corte corressem o risco de serem aposentados compulsoriamente, decidindo o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que tal medida de redução de idade não era justificada por um objetivo legítimo, minando o princípio da inamovibilidade judicial essencial para sua independência. Antes dessa denúncia, destacam os mencionados autores que em 2016, em face da ameaça judicial provocada pela ascensão do PiS (Partido da Lei e Justiça) ao poder, a Comissão instaurou procedimento sob o *Rule of Law Framework*, pautada no artigo 2º do Tratado dos Direitos Fundamentais da União Europeia, concluindo, em 2017, que existe um sério risco de quebra do Estado de Direito na Polónia, recomendando pela primeira vez que fosse iniciado o procedimento preventivo especial previsto no artigo 7º do referido Tratado. A respeito da crise judicial na Polónia vide também KUSTRA, Aleksandra. *Poland’s constitutional crisis: from court-packing agenda to denial of constitutional court’s judgments*. Torunskie Studia Polsko-Wloskie XII, Studi Polacco-Italiani di Torun XII, Torun 2016. Disponível em DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/TSP-W.2016.022>.

¹⁵⁸ Cita-se, como exemplo, o projeto de lei polonesa aprovada em primeiro turno no dia em 20.12.2019 que cria punições para magistrados que se opõem à reforma que vem sendo feita no Judiciário pelo governo de direita do partido Lei e Justiça, que vão desde a redução dos salários até a demissão.

independência e a imparcialidade, dois dos mais importantes valores judiciais expressamente assegurados nos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial¹⁵⁹.

3.2 Promoção de Insegurança Jurídica e Violação do Princípio da Igualdade

A terceira consequência do ativismo judicial, além de conduzir à crise de legitimidade e dos riscos à independência pelo surgimento de medidas *courting-pack*, é a *promoção de insegurança jurídica*.

Isso porque, ao interpretar o direito de acordo com inclinações políticas pessoais, o ativismo judicial gera a disseminação, muitas vezes simultânea, de diversas decisões judiciais contraditórias a respeito de um mesmo assunto, contribuindo para que o processo judicial seja considerado uma verdadeira loteria, reduzindo a previsibilidade do direito.

Essa falta de previsibilidade na aplicação do direito pelo aparato judicial, agravada por decisões ativistas, tem consequências danosas aos litigantes e às demais instituições democráticas, porquanto a insegurança jurídica incentiva o desenvolvimento de modelos de comportamento abusivos, tanto no âmbito privado quanto público, que destoam dos parâmetros legais, em tese, estabelecidos.

A quarta consequência do ativismo judicial é a *violação do princípio da igualdade*. A ofensa ao princípio da igualdade entre os cidadãos é verificada na medida em que as decisões ativistas, ao concretizar o direito apenas para aqueles que ingressam com uma demanda judicial e arcam com os custos processuais, contribuem para que haja, por parte do Estado, tratamento jurídico distinto entre pessoas que estão enfrentando a mesma situação fática.

A quinta consequência do ativismo judicial é a mitigação do princípio da soberania popular, o qual será abordado no tópico seguinte.

3.3 Mitigação do Princípio da Soberania Popular

¹⁵⁹ Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial, conforme destacado em *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial* / Escritório Contra Drogas e Crime ; tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008. 179p. p.22, foram anexados ao relatório apresentado na 59^a Sessão da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas em abril de 2003 pelo Relator Especial das Nações Unidas para a Independência dos Juizes e Advogados, Dato Param Kumaraswamy. Em 29 de abril de 2003, a Comissão adotou, por unanimidade, a resolução 2003/43, que anotou os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial e os trouxe à atenção de Estados-membros, relevantes órgãos das Nações Unidas e organizações intergovernamentais e não-governamentais para consideração. Trata-se de um código de conduta judicial, elaborado pela ONU, que versa sobre seis valores inerentes ao Poder Judiciário: independência, imparcialidade, integridade, idoneidade, igualdade, competência e diligência. A independência judicial é expressamente consignada como um pré-requisito do Estado de Direito e uma garantia fundamental de um julgamento justo.

Embora os magistrados não sejam eleitos, por exercerem uma parcela do poder, diversos países democráticos relacionam a função jurisdicional à origem popular em seus textos constitucionais.

Essa vinculação do judiciário ao povo está expressa em algumas constituições em capítulo específico sobre a estrutura judicial, como no artigo 202.º,1., da Constituição Portuguesa de 1976 (*os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo*), no artigo 117.º da Constituição Espanhola de 1978 (*a justiça emana do povo*), no artigo 101.º da Constituição Italiana de 1947 (*a justiça é administrada em nome do povo*) e no artigo 158.º da Constituição da Nicarágua de 1987 (*a justiça emana do povo*).

Noutros países, a recondução da organização judicial ao povo não é retirada de previsão em capítulo específico sobre o judiciário, sendo uma decorrência do princípio fundamental da soberania popular que ecoa em todas as três funções do poder constituído (executivo, legislativo e judiciário), como no artigo 20.º, 2.º, da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 (*todo o poder estatal emana do povo*) e no artigo 1.º, parágrafo único, da Constituição Brasileira de 1988 (*todo o poder emana do povo*).

Comentando o mencionado artigo 20.º, 2.º, da Lei Fundamental da Alemanha de 1949, Kessal-Wulf destaca que as disposições institucionais e procedimentais devem garantir que todas as decisões do Estado estejam sustentadas pela vontade popular¹⁶⁰.

Portanto, embora os juízes não sejam agentes públicos eleitos, ao exercerem parcela do poder estatal, não somente a sua organização e estrutura, mas também as suas decisões devem ser reconduzidas à preservação da supremacia popular, por ser a fonte de legitimação de todos os atos estatais¹⁶¹.

Ocorre que essa correlação popular dirigida aos membros do judiciário não encerra um sentido tão claro quanto aquele direcionado aos representantes eleitos do executivo e legislativo. Enquanto estes devem atuar com vistas a assegurar a vontade dos cidadãos que o elegeram, os juízes possuem autonomia e independência, atuando de forma imparcial, conforme os ditames da constituição e dos demais atos normativos, o que pode não coincidir com as aspirações populares imediatas.

Desse modo, a soberania popular aplicada à estrutura judicial não necessariamente vincula sua atuação aos anseios da maioria, posto que uma das suas funções institucionais, intensificada nos Estados democráticos, é justamente a de proteger os grupos minoritários e

¹⁶⁰ KESSAL-WULF, Sibylle. *El papel de la justicia...op.cit.* p.594.

¹⁶¹ Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto *in Judicialização...op.cit.*, pp.30-311, considera os magistrados representantes indiretos da vontade popular, pois embora não eleito o poder que exerce é representativo, isto é, emana do povo e em seu nome deve ser exercido. BOTELHO, Catarina Santos *in Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 512, afirma que o Tribunal Constitucional, como órgão de soberania, possui “*legitimidade democrática indireta*”.

vulneráveis, cujas decisões, para alcançar tal mister, podem demandar uma atuação contramajoritária dos juízes e Tribunais.

Nessa perspectiva, nem mesmo os países onde a democracia encontra-se amadurecida estão imunes à ocorrência de tensões e conflitos entre a vontade da maioria e a razão decorrente da manutenção da integridade da ordem constitucional¹⁶².

É nessa arena política própria da democracia deliberativa que o judiciário é permitido a atuar para solucionar o litígio, mesmo que isso represente, em determinados casos, a preponderância da razão – representada pela supremacia e higidez das normas e valores constitucionais – sobre a vontade de uma maioria conjuntural.

Esse é o ambiente político no qual o judiciário está autorizado a transitar, visando, em última análise, conforme já sustentado, assegurar os pilares do próprio constitucionalismo, ao defender os direitos fundamentais contra a tirania de uma maioria passageira e de uma opinião pública transitória.

O ativismo judicial, todavia, utiliza-se da vontade da maioria não para concretizar os seus legítimos direitos constitucionais, mas como mecanismo sub-reptício de convalidação de atos judiciais tomados à margem da lei e à custa de rachaduras – profundas e estruturais – no Estado de Direito.

A explicação dessa consequência da postura ativista demanda analisar, mesmo em linhas gerais, os contornos em que se materializa o postulado democrático da origem popular do poder na estrutura judicial.

A legitimação democrática da decisão judicial ocorre quando em todas as etapas da construção do convencimento dos magistrados haja o respeito aos direitos e garantias constitucionais, pautado no contraditório, na ampla defesa e no devido processo legal. Este deve ser efetivado em sua dupla dimensão: a formal – que assegura igualdade de tratamento jurídico e a paridade de armas entre os litigantes – e, principalmente, a material, no qual as partes tem o direito de não somente se manifestar nos autos, mas, sobretudo, de terem os seus argumentos efetivamente analisados pelo julgador.

A motivação dos atos judiciais deve ser inequívoca, não para se buscar qualquer tipo de apoio popular, mas para permitir que, no caso de insatisfação, quaisquer das partes possam recorrer da decisão podendo adequadamente impugnar as razões que entendem contrárias aos seus interesses.

A exigência de motivação dos atos judiciais, além desse aspecto endoprocessual – dirigido aos litigantes a fim de que possam em sua plenitude realizar os postulados do devido processo legal e do contraditório – também possui uma dimensão extraprocessual,

¹⁶² BARROSO, Luís Roberto *in* *Judicialização...op.cit.*, p.28.

sustentada por Michele Taruffo como uma espécie de controle democrático difuso da sociedade sobre o exercício do poder jurisdicional¹⁶³.

Tendo em vista que a sociedade, muitas vezes, desconhece os específicos contornos da lide, a fundamentação é a fonte de conhecimento do cidadão a partir da qual será realizado o controle e apurada a justeza da atuação judicial.

É através dessa aceção extraprocessual da fundamentação que se materializa a participação popular na administração da justiça, visto que permite aos cidadãos e à opinião pública realizarem a investigação da conformidade da atuação jurisdicional aos ditames democráticos. Exerce-se, para tanto, o legítimo direito de crítica, a ponto de ter a aptidão de influenciar decisões futuras e até mesmo mobilizar-se para modificar, por atos normativos emanados do Parlamento, aspectos da matéria discutida e da própria estrutura do judiciário.

O dever de fundamentação, por conseguinte, além de revestir-se de indubitável caráter jurídico, possui no âmbito extraprocessual intenso aspecto sociológico e político, direcionado para a realização dos valores da democracia¹⁶⁴.

Nessa perspectiva, a recondução do judiciário à vontade popular significa, por um lado, que toda a construção da tomada de decisão judicial deve ser motivada de forma clara, transparente e em observância ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Por outro, permite que a própria sociedade controle a atividade judicial por meio da análise da fundamentação e, a partir dela, da justeza da atuação da autoridade judiciária.

No entanto, enquanto a fundamentação é o que vincula o judiciário à soberania popular, o ativismo judicial é o que o afasta. Isso porque a postura ativista desconfigura o escopo da motivação da decisão judicial, posto que a utiliza para mobilizar a sociedade em prol de uma ideologia do julgador e, muitas vezes, ao arrepio da lei.

A exposição lógica, racional e constitucionalmente conformada dos motivos que levaram ao acolhimento ou rejeição de uma pretensão resistida tem sim a sociedade como um de seus destinatários. Sem embargo, não pode ter por finalidade a mobilização da opinião pública para servir de escudo às decisões ilegais que apenas refletem a ideologia do julgador.

No Brasil, o fato de as sessões do Supremo Tribunal Federal serem transmitidas ao vivo pela televisão, aliado à crescente manifestação política nas redes sociais – utilizadas não somente para divulgar os atos do judiciário mas, sobretudo, para criticar pessoalmente os seus membros – contribuem para que a motivação de determinadas decisões de magistrados e Tribunais seja construída como prestação de contas à sociedade com o propósito de obter o

¹⁶³ TARUFFO, Michele. *Note sulla Garanzia Costituzionale della Motivazione*. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LV, pp.29-38. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1979, p.30-31.

¹⁶⁴ SILVA, Blecaute Oliveira. Motivação de sentença no pensamento de Michele Taruffo. In GAIO JR; Antônio Pereira; JOBIM, Marco Félix (orgs.). *Teorias do Processo: dos clássicos aos contemporâneos*. Vol. I. Londrina, PR: Thoth, 2019. pp.84-85.

seu respaldo e aceitação, reduzindo a função jurisdicional à conduta própria dos representantes eleitos.

A ação judicial, portanto, não pode ser encarada como arma política de mobilização social ou mecanismo de captação de apoio popular para convalidação de uma atuação disfuncional. Não é esse o papel do juiz e não é essa a função do processo.

Ao contrário do que se possa parecer em uma análise superficial, o ativismo judicial, em vez de promover, ofusca o controle popular e político da decisão judicial e, por conseguinte, mitiga o princípio da soberania popular.

Isso porque, sob a postura ativista, a fundamentação da decisão não tem o escopo de concretizar ao povo qualquer postulado democrático que permita a fiscalização da atuação judicial pelos cidadãos que não fazem parte do processo. Em verdade, a motivação é delineada para mobilizar a sociedade, seja convergindo a decisão aos anseios populares, seja moldando a opinião pública, como mecanismo sub-reptício de imposição da ideologia do julgador e de convalidação de atos judiciais produzidos ao arrepio da lei e à margem do Estado de Direito.

Nesse contexto, o ativismo judicial utiliza-se da vontade da maioria não para concretizar e fazer prevalecer os seus legítimos direitos constitucionais, mas como mecanismo oculto de convalidação de atos judiciais tomados à margem da lei e à custa de rachaduras – profundas e estruturais – no Estado de Direito.

A sexta consequência do ativismo judicial é o efeito *backlash*, o qual será abordado no tópico seguinte.

3.4 O Efeito Backlash

A palavra *backlash* é definida pelo Dicionário Inglês Oxford como a “*dissonante reação de uma roda ou conjunto de rodas de um mecanismo quando o movimento não é uniforme ou quando é aplicada uma pressão súbita*”, estando, assim, associada a efeitos indesejáveis e contra produtivos¹⁶⁵.

O termo passou a ser rotineiramente aplicado na arena política durante o movimento pelos direitos civis, quando alcançou um sentido mais amplo, associado à reação de grupos que estão em declínio por uma falta de senso de importância, influência e poder, resultante de uma endêmica mudança da sociedade¹⁶⁶.

A relação do efeito *backlash* com a atuação judicial avançou bastante a ponto das faculdades de Direito americanas discutirem a sua conexão com decisões polêmicas tomadas

¹⁶⁵ POST, Robert and SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 2007; Yale Law School, Public Law Working Paper N°.131, p.16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=990968>.

¹⁶⁶ POST, Robert and SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism..op.cit.p.17*.

pela Suprema Corte Americana, tais como a *Brown v. Board of Education*¹⁶⁷, ou a *Roe v. Wade*¹⁶⁸, usando o termo para focar questões da função e da autoridade judicial, adotando a perspectiva das Cortes, preocupando-se que as decisões judiciais podem desencadear o enfraquecimento dos Tribunais e suas próprias decisões¹⁶⁹.

Michael Klarman, professor de Harvard, ressalta que antes da decisão da Suprema Corte Americana no caso *Brown v. Board of Education*, o voto dos negros nos Estados Unidos estava em ascensão, bem como mesmo nas cidades do extremo sul estava ocorrendo a integração racial em pequenas ligas de baseball, na contratação de policiais e na escolha como jurados, havendo, inclusive, vitória nas eleições no Alabama de políticos engajados com a questão racial¹⁷⁰.

Conquanto, após o caso *Brown*, a reforma da segregação racial deslocou-se para as mãos de políticos da extrema direita, destruiu a carreira política de líderes moderados do sul e reavivou a de demagogos, reduziu a quantidade dos votos dos negros, gerou maior desagregação no ensino superior e diminuiu o processo de integração racial nas competições esportivas nos Estados Unidos¹⁷¹.

Pode-se, então, conceituar *backlash* como uma reação à postura ativista dos Tribunais Constitucionais provenientes da sociedade e da classe política que, em resposta, convergem esforços para resistir e enfraquecer o direito tutelado no âmbito judicial e, por consequência, a efetividade da própria decisão judicial que o consagrou.

Embora Robert Post e Reva Siegal, em detalhado estudo sobre o assunto, destaquem que as controvérsias provocadas pela tomada de decisões judiciais possam ter benefícios positivos para o constitucionalismo democrático – visto que estimula os cidadãos que se opõem às decisões da Corte Constitucional a se tornarem politicamente ativos, comprometendo-se com a importância do significado das normas constitucionais e engajando-se para persuadir a comunidade a aceitarem o seu ponto de vista¹⁷² – é inegável

¹⁶⁷ O caso *Brown v. Board of Education* foi decidido pela Suprema Corte Americana em 1954 que declarou inconstitucionais leis estaduais que determinavam a segregação entre crianças brancas e negras em escolas públicas americanas, representando, assim, uma superação (*overruling*) da decisão anterior da própria Suprema Corte realizada em 1896 no caso *Plessy v. Ferguson*, que permitia a segregação racial mediante a aplicação da teoria “*separate but equal*”.

¹⁶⁸ O caso *Roe v. Wade* foi decidido pela Suprema Corte Americana em 1973 que declarou inconstitucionais leis estaduais que restringiam ou criminalizam o aborto, garantindo o direito à privacidade da mulher, protegido pela cláusula do devido processo legal da Décima Quarta Emenda da Constituição Americana.

¹⁶⁹ POST, Robert and SIEGEL, Reva. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism...op.cit.* p.17.

¹⁷⁰ KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. Philip A. Hart Memorial Lecture. 2, 2011, p.02. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/hartlecture/2>.

¹⁷¹ KLARMAN, Michael *in Courts...op.cit.*, p.02.

¹⁷² POST, Robert and SIEGEL, Reva *in Roe Rage: Democratic Constitutionalism...op.cit.* pp.18-20, destacam, porém, que a atual e dominante interpretação do fenômeno do *backlash* pautado pelos ensinamentos de Michael Klarman, William Eskridge e Cass Sustein acabam por analisá-lo sob uma perspectiva juriscêntrica, isto é, focada na visão das cortes, qualificando-o como impedimento para que os esforços judiciais alcancem os ideais constitucionais. Em contraposição a esta ótica, Post e Siegal sustentam que quando o *backlash* é observado sob o ponto de vista da ordem constitucional americana

que o efeito *backlash* pode provocar um grave retrocesso na defesa do direito alvo de uma decisão judicial ativista.

Nos EUA, além da decisão *Brown v. Board of Education*, outro claro exemplo de *backlash* foi a tomada em 1972 no caso *Furman v. Georgia*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por 5 (cinco) votos a 4 (quatro), que a pena de morte seria inconstitucional por ser incompatível com a oitava emenda da Constituição Norte-Americana, que proíbe a adoção de penas cruéis e incomuns¹⁷³.

Antes da mencionada decisão, na década de 60, a sociedade americana registrava uma diminuição do apoio à pena de morte, e, em 1971 – ano anterior à decisão do caso *Furman* –, pesquisas de opinião demonstravam que teria havido uma estabilização em cerca de 50% a favor e 40% contra¹⁷⁴.

Após a decisão do caso *Furman*, um referendo eleitoral na Califórnia restaurou a pena de morte com uma margem de 66% a favor e 34% contra, a maior margem de apoio desde que se iniciou a votação sobre o assunto, a ponto de 4 (quatro) anos depois da mencionada decisão, 35 (trinta e cinco) estados americanos promulgarem novas leis adotando ou ampliando a pena de morte¹⁷⁵.

Conclui-se, nesse cenário, que a postura ativista da Suprema Corte Americana, longe de conseguir o consenso dos cidadãos americanos em torno da crueldade dessa punição, acabou por fortalecer o grupo conservador, o qual obteve nas eleições seguintes uma expressiva vitória política, alcançando vários cargos no Parlamento e no executivo, tendo como proposta de campanha o endurecimento da legislação penal¹⁷⁶.

A ascensão política dos grupos conservadores, além de aprovar diversas leis aumentando o rigor da legislação penal, inclusive ampliando a prática da pena de morte, forçou a Suprema Corte a, posteriormente, em 1976, no caso *Gregg v. Georgia*, reavaliar a decisão proferida anteriormente no caso *Furman*, passando a entender que, observadas algumas condições, a adoção da pena de morte seria compatível com a oitava emenda da constituição, permitindo que os estados continuassem a prever a pena capital para os crimes mais graves¹⁷⁷.

Nesse contexto, Michael Klarman conclui que a decisão da Suprema Corte Americana de acabar com a pena de morte certamente gerou o efeito contrário de aumento do seu apoio

como um todo, situa-se dentro de uma densa rede de troca de comunicações que sustenta a legitimidade constitucional da democracia, salientando que Klarman, Eskridge e Sustain sistematicamente superestimaram os custos do *backlash* e subestimaram os seus benefícios.

¹⁷³ KLARMAN, Michael *in Courts...op.cit.*, p.02. Vide, também MALMESTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas à atuação judicial*. Texto-base de palestra proferida durante o Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro, proferida em outubro de 2016, em Bolonha-Itália. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/caju/Efeito.Backlash.JurisDicao.Constitucional_1.pdf

¹⁷⁴ KLARMAN, Michael *in Courts...op.cit.*, p.03.

¹⁷⁵ KLARMAN, Michael *in Courts...op.cit.*, p.03.

¹⁷⁶ MALMESTEIN, George. *Efeito Backlash...op.cit.*

¹⁷⁷ MALMESTEIN, George. *Efeito Backlash...op.cit.*

e fortalecimento em diversos Estados americanos, muitos dos quais passaram a adotá-la em face da mudança da opinião pública em reação à decisão judicial, configurando o efeito *backlash*¹⁷⁸.

O fenômeno político do *backlash* também é observado em outros países, como no Brasil¹⁷⁹, em reação, por exemplo, à decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4893, realizada em 2016, na qual foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Ceará que regulamentava a prática esportiva da vaquejada¹⁸⁰, visando tutelar a proibição de maus tratos a animais.

No entanto, determinado grupo da sociedade com poder político, em clara reação à referida decisão, conseguiu, posteriormente, modificar o próprio texto constitucional, aprovando a Emenda Constitucional 96/2017, que incluiu o § 7.º no artigo 215.º na Constituição Federal Brasileira, prevendo expressamente que não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Como se percebe, a postura ativista das jurisdições constitucionais acaba por, contrariamente, ao invés de aumentar, contribuir para a redução da tutela estatal do direito que se almejou proteger por meio da decisão judicial.

O risco do efeito *backlash* ocorre quando transfere-se, originariamente, a tomada de decisão sobre os contornos da tutela de um direito específico da arena política (legislação) para o âmbito judicial (adjudicação), causando efeitos colaterais indesejáveis e muitas vezes imprevisíveis no direito que se busca salvaguardar e enfraquecendo, por conseguinte, a efetividade e autoridade da decisão judicial que o assegurou.

CONCLUSÃO

O fortalecimento do judiciário como um dos traços marcantes dos Estados democráticos contemporâneos, alçou-o à função de guardião da constituição.

Essa missão institucional simboliza não somente a limitação dos atos emanados do Parlamento, mas, sobretudo, a imposição de responsabilidade pela preservação do Estado de Direito contra toda e qualquer forma de abusividade – seja proveniente das demais funções do poder constituído, de uma maioria conjuntural ou de uma opinião pública transitória.

¹⁷⁸ KLARMAN, Michael *in Courts...op.cit.*, p.03.

¹⁷⁹ A respeito do *backlash* no direito brasileiro vide FONTELES, Samuel Sales. *Direito e Backlash*. Salvador: JusPodivm, 2019, pp. 167-206.

¹⁸⁰ Trata-se de atividade desenvolvida principalmente nos estados do nordeste brasileiro na qual duas pessoas montadas em cavalos (denominadas de vaqueiros) perseguem um boi para derrubá-lo, em um local demarcado, puxando-o pelo rabo.

É indiscutível o facto de que na tensão democrática entre a vontade da maioria e a razão – orientada pela manutenção da higidez da ordem constitucional – o judiciário tem a legítima atribuição de assegurar a supremacia formal e axiológica da constituição.

A fim de bem desempenhar seu encargo de guardião da constituição, o poder judicial pode se valer do controle de constitucionalidade (*judicial review*), das modernas técnicas de interpretação evolutiva e dinâmica e da abertura do catálogo dos direitos fundamentais. Tais ferramentas visam reconduzir os atos estatais ao respeito à dignidade da pessoa humana, ainda que possam ser utilizadas para proferir decisão contramajoritária e realizar a conformação de políticas públicas aos valores constitucionais.

A expansão da atuação judicial é impulsionada pelo fenómeno da judicialização, pelos avanços normativos do acesso à justiça na tutela dos interesses difusos e coletivos e pela redemocratização ocorrida em diversos países que despertaram nos cidadãos a consciência dos seus direitos e a necessidade de garantir a sua concretização.

O escopo da jurisdição é a resolução do conflito no caso concreto e visa, em última análise, garantir a defesa dos direitos fundamentais individuais e sociais em face da abusividade proveniente tanto de condutas quanto de omissões estatais.

O controle de constitucionalidade e as hodiernas metodologias de interpretação constitucional, por outro lado, quando empregados sem a indispensável cautela crítica, a ponto de extrapolar os parâmetros constitucionais e invadir a zona cinzenta do ativismo judicial, afrouxam os laços da normatividade e podem conduzir ao colapso de racionalidade das constituições, pondo em risco o próprio Estado de Direito¹⁸¹.

Isso porque uma decisão arraigada de ativismo judicial, ainda que não se valha declaradamente de opiniões pessoais do prolator, mantém seu carácter subjetivista quando, a pretexto de interpretar o sistema, utiliza-se dos valores constitucionais retirados do ordenamento jurídico como subterfúgio para fazer prevalecer a sua ideologia.

Principalmente nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, em que o Estado democrático ainda está em déficit com a justiça social¹⁸², o judiciário assume, em diversas situações, um papel de protagonismo no delineamento de políticas públicas, em

¹⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional...op.cit.* pp.485-486.

¹⁸² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca in *Teoria do Estado...op.cit* p. 66, destaca que na realidade brasileira “*sequer os traçados liberais da democracia foram plenamente consolidados, efetivados e realizados*”, por estar profundamente marcada pela “*baixa credibilidade das instituições e das funções essenciais à justiça, da pobreza, de altas desigualdades sociais, clivagem classista, discriminação, graves violações de direitos humanos, elevados índices de violência, convívio diuturno com casos de tortura e déficits sociais profundos*”, através dos quais “*se colhem os indícios de falta de consolidação de uma consciência sobre o valor do respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos e à igualdade, encontrando-se aí elementos que traçam o precário estágio de consolidação dos valores contidos nas normas de direitos humanos.*”

muitos casos, à margem da existência de consenso político, o que pode empobrecer a consistência jurídica da constituição¹⁸³.

O ativismo judicial, ainda que movido por boas intenções, põe em risco a própria noção de constitucionalismo como mecanismo de limitação do poder estatal. Em boa verdade, ao reconduzir o Judiciário ao nível de ator político em detrimento do jurídico – composto por membros técnicos e imparciais – , mitiga a credibilidade da instituição, enfraquece a sua função institucional de controle dos atos dos demais poderes constituídos e abala as estruturas do Estado de Direito.

Além dessa crise de legitimidade, o ativismo judicial gera riscos à própria independência judicial, ao contribuir para a ocorrência de atos *courting-pack* que, fundamentados na alegação de conter a demasiada intervenção judicial, buscam capturar os seus órgãos a fim de implementar determinado projeto de poder, alguns dos quais com claras tendências autoritárias.

Intensifica, ainda, a insegurança jurídica, restringindo a previsibilidade do direito e transforma o sistema judicial em uma espécie de loteria jurídica, o que conduz à quebra da isonomia entre os cidadãos. Isso porque o Estado-Juiz pode conferir um tratamento jurídico mais benéfico do que o Estado-Executivo, notadamente em relação àqueles que não tem condições de ingressar com um ação judicial.

O ativismo judicial mitiga também o princípio da soberania popular, pois a fundamentação da decisão é delineada – não com o escopo de concretizar ao povo qualquer postulado democrático que permita a fiscalização da atuação judicial pelos cidadãos que não fazem parte do processo – mas para mobilizar a sociedade, seja convergindo a decisão aos anseios populares, seja moldando a opinião pública. Trata-se, portanto, de um mecanismo sub-reptício de imposição da ideologia do julgador e de convalidação de atos judiciais produzidos ao arrepio da lei e à margem do Estado de Direito.

Além desses impactos que abalam a estrutura do sistema jurídico-constitucional, uma decisão ativista pode conduzir também ao intenso retrocesso do direito que almeja tutelar. Porquanto contribui para a ocorrência do efeito *backlash*, impulsionando o renascimento das carreiras de líderes políticos demagogos que atuarão para aprovar atos normativos que minam o direito assegurado e retardam o seu reconhecimento pela sociedade.

Gloppen, Gargarella e Skaar alertam que a combinação de amplos poderes das Cortes Constitucionais somados aos poucos controles sobre a atuação dos seus membros representa

¹⁸³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional...op.cit.* p. 484 destaca que “a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo, assim, a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha de desintegração.”

uma formula explosiva para o regime democrático, particularmente nas novas democracias¹⁸⁴.

As constituições das democracias do século XX têm se mostrado mais sociais do que políticas, mas, paradoxalmente, como revela Bonavides, enquanto os direitos sociais as prescindem para sua concretização, as liberdades individuais delas necessitam¹⁸⁵. Ou seja, o Estado-providência pode se realizar com ou sem uma constituição, mas, por outro lado, não há direitos individuais sem um Estado de Direito¹⁸⁶.

Um dos maiores desafios da jurisdição constitucional, principalmente nos países em desenvolvimento, é se buscar uma atuação judicial prudente e proporcional, por meio da qual a correção dos atos do legislador (*judicial review*) seja feita com cuidado, contenção (*judicial restraint*) e na estrita medida do necessário¹⁸⁷.

O dever de observância da soberania popular no judiciário, expressamente prevista em muitas constituições, demanda, sobretudo, o respeito à delimitação de competências constitucionais estabelecidas, sem que haja o desvirtuamento do processo originário de tomada de decisões políticas no âmbito das democracias contemporâneas, a ponto de transferi-lo inadequadamente ao poder judicial.

No movimento entre o binômio ativismo e autocontenção judicial (*judicial restraint*), que costuma ser pendular, parece-nos necessário, principalmente nos países em que o Estado ainda não realizou os objetivos de justiça social em sua plenitude, haver uma maior autocontenção das jurisdições constitucionais, a fim de que a formulação de políticas públicas e as deliberações políticas sejam originariamente fruto de um consenso emanado dos órgãos representativos dos poderes executivo e legislativo, verdadeiros centros da tomada de decisões na democracia.

Essa conclusão materializa-se no facto de que num ambiente de eventual deficiência ou insuficiência de políticas públicas, o poder judicial tem a missão de desempenhar um importante papel de resolução de situações concretas (micro justiça) e de incitação ao poder político-legislativo de tomar medidas normativas, de cariz geral e abstrata (macro justiça)¹⁸⁸.

Por conseguinte, a autocontenção judicial não significa a falta de resolução dos conflitos que lhe são postos a julgamento, mas, sim, a impossibilidade de avocar para si a

¹⁸⁴ GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary...op.cit.*p.5.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional...op.cit.* p. 486.

¹⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional...op.cit.* p. 486.

¹⁸⁷ KESSAL-WULF, Sibylle. *El papel de la justicia ...op.cit.*, p. 602. LAMB, Charles M. *Judicial restraint on the Supreme Court*. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (ed.). *Supreme Court activism and restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982. p.8.

¹⁸⁸ Nesse sentido, vide Santos Botelho, Catarina. A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Saúde - Políticas Públicas e Ativismo Judicial (Human Dignity and the Right to Health - Public Policies and Judicial Activism) (2018). *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (org. Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 81-112, p. 111. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2913567>.

competência para estabelecer de forma universal uma ideologia do julgador ao atropelo da atuação do Parlamento.

Mesmo nos países em que há grande desconfiança por parte da classe política, a transformação social não deve ser realizada por condutas ativistas do poder judicial, mas por medidas que vão desde a conscientização popular a respeito das consequências de escolhas equivocadas no processo eleitoral até a ampla abertura do espaço público no qual se possa realizar o debate político.

Não compete ao judiciário utilizar-se das funções institucionais para ajustar supostos equívocos de representatividade popular. Os reflexos das eleições, ainda que traumáticos, precisam ser percebidos pela sociedade.

A marcha da democracia precisa seguir com seus acertos e erros. Cabe ao judiciário assegurar o seu fluxo contínuo e não o retardar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, v. 5, n. 1, p. 23–32, 2012.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 240, p. 1–42, 2005.

_____. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporânea e no discursos transnacional. Revista dos Tribunais RT, v. 919, p. 127–196, 2012.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v.1, pp.195-201, 2003.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.

_____. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou Revisitar as Normas Programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Saúde - Políticas Públicas e Ativismo Judicial (Human Dignity and the Right to Health - Public Policies and Judicial Activism) (2018). *A Dignidade da Pessoa Humana na Justiça Constitucional* (org. Jorge Reis Novais e Tiago Fidalgo de Freitas), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 81-112. , Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2913567>.

CANFORA, Luciano. *Crítica da retórica democrática*. Tradução de Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2014.

COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

DANTAS, Ivo. *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Método, 2007.

ÉDOUARD, Lambert. *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris: Giard, 1921.

NAÇÕES UNIDAS (ONU); ESCRITÓRIO CONTRA DROGAS E CRIME (UNODC). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008.

GORDILLO, Agustin. *Princípios Gerais de Direito Público*. Tradução de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977.

GRAU, Eros. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass: London and Portland, 2004.

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

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: C.F.Muller Verlag, 1999.

- KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Giufrè: Milano, 1981.
- KESSAL-WULF, Sibylle. *El papel de la justicia constitucional en el Estado democrático de derecho*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, v. XXIII, pp. 593–606, 2017.
- KLARMAN, Michael. *Courts, Social Change, and Political Backlash*. Philip A. Hart Memorial Lecture, v. 2, 2011.
- KUSTRA, Aleksandra. *Poland's constitutional crisis: from court-packing agenda to denial of Constitutional Court's judgments*. Toruńskie Studia Polsko-Włoskie XII — Studi Polacco-Italiani di Toruń XII, p. 343–366, 2016.
- LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Direito a Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- LAMB, Charles M. Judicial restraint on the Supreme Court. In: *Supreme Court activism and restraint*. Lexington: Lexington Books, 1982.
- LEMONS, Clara Giffoni; BISPO, Manuela Fernandes; MAYON, Lucas. *A ameaça que vem de dentro: O fenômeno da degradação da democracia a partir do estudo dos casos húngaro e polonês*. Cadernos De Relações Internacionais, v. 2, p. 160–184, 2019.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MACIEL, Debora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, v. 57, pp. 113–134, 2002.
- MARMELSTEIN, George. *Efeito Backlash da Jurisdição Constitucional: reações políticas ao ativismo judicial*. Terceiro Seminário Ítalo-Brasileiro. Anais. 2016.
- MARSHALL, Willian P. Conservatism and the seven signs of judicial activism. *University of Colorado Law Review*. Chapel Hill, n. 73, pp. 101-140, 2002.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MORAES, Guilherme Peña de. Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Processo Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- NUNES, Antônio José Avelãs. *A filosofia social de Adam Smith*. Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, v. 4, n. 6, pp. 5–41, 2005.
- POST, Robert; SIEGEL, Reva. *Roe rage: Democratic constitutionalism and backlash*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 42, n. 2, pp. 373–433, 2007.
- RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. *Os onze: O STF, seus bastidores e suas crises*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas*. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, n. 6, pp. 463–490, 2002.

_____. *El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo*. *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, v. 49, pp. 227–262, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade*. 9.ed. Revista e Aumentada. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SILVA, Blecaute Oliveira. Motivação de sentença no pensamento de Michele Taruffo. In: GAIO JR, Antônio Pereira; JOBIM, Marco Félix (Orgs.). *Teorias do Processo: dos clássicos aos contemporâneos*. Vol. I. Londrina: Thoth, 2019.

SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Vol. I. Lisboa: Ed.Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

SMITH, Stanley Alexander. *The New Commonweath and its Constitutions*. London: Stevens, 1964.

TARUFFO, Michele. *Note sulla Garanzia Costituzionale della Motivazione*. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. LV, p. 29–38, 1979.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power*. New York and London: New York University Press, 1995.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Os impactos do ativismo judicial no sistema político: notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais poderes em tempos de crise política. In LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JR., Nelson (Coords.). *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito Económico - A ordem económica portuguesa*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, pp. 441–464, 2008.

YOUNG, Ernest A. Judicial activism and conservative politics. *University of Colorado Law Review*. v. 73, n. 4, pp. 1.139-1.216, 2002.

PARADOXOS, UTOPIAS E O FUTURO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL NO BRASIL

PARADOXES, UTOPIAS AND THE FUTURE OF THE WELFARE STATE IN BRAZIL

Paulo Afonso Brum Vaz¹⁸⁹

RESUMO: Neste ensaio crítico encaminho aproximações jurídicas, políticas, sociológicas e econômicas acerca do passado, do presente e do futuro do Estado do Bem-Estar Social. Pretendo evidenciar que, apesar dos paradoxos e utopias, sobretudo nos países do capitalismo tardio, o Estado do Bem-Estar Social tem seu lugar garantido, embora se possam discutir os níveis de participação da sociedade civil, da família e do próprio capitalismo no desenho das estruturas dos sistemas de seguridade social. O certo é que, a cada crise do capitalismo, fica mais evidente que a salvação do poder aquisitivo daqueles que movimentam o sistema econômico depende de um Estado Social forte.

PALAVRAS-CHAVE: Welfare State. Sistema econômico. Direitos Sociais. Utopias e Paradoxos.

ABSTRACT: In this critical essay I lead legal, political, sociological and economic approaches to the past, present and future of the Welfare State. I intend to show that, despite the paradoxes and utopias, especially in the countries of late capitalism, the Welfare State has its place guaranteed, although it is possible to discuss the levels of participation of civil society, the family and capitalism itself in the design of structures of social security systems. What is certain is that, with each crisis of capitalism, it becomes more evident that the salvation of the purchasing power of those who move the economic system depends on a strong Social State.

Keywords: Welfare State. Economic System. Social Rights. Utopias and Paradoxes.

INTRODUÇÃO

O Estado do Bem-Estar Social é assunto paradoxal e transversalmente permeado por utopias, contradições, ideologias e ilusões. Aliás, delas sempre dependeu, baldadas as tentativas de um existencialismo unidimensional sem sonhos que a modernidade se esforçou por criar: um homem camusiano ou kafkiano, individualista e possessivo, isolado da realidade, despojado de perspectivas de futuro e sem esperanças nas transformações sociais.

¹⁸⁹ Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Mestre em Poder Judiciário (FGV), Doutor em Direito Público (PPG Direito UNISINOS), Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social – ABDSS, Pós-doutorando do IGC – Centro de Direitos Humanos, Universidade de Coimbra, Professor de Direito Processual Civil da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina.

Talvez não existam mesmo instrumentos adequados para apreender a realidade social em movimento da contemporaneidade (líquida ou incontida, no dizer de Bauman), por isso o recurso a utopias e paradoxos, o que se explica, em certa medida, exatamente pelo caráter transitório, de frenético movimento e inconsistente da realidade, que constitui na sociedade pós-moderna um eterno *estado de experiência*.

Utopias e paradoxos refletem o paradigma pós-moderno, desconfortável até certo ponto, em que uma mesma ideia pode ser verdadeira em um determinado contexto e falsa em outro, diante da incerteza e do pluralismo de sentidos. Mas, sobretudo, devem ser encarados como símbolo das oportunidades: de realizar sonhos, de fazer transformações, de revisar conceitos, de acreditar que as coisas são possíveis (ou impossíveis mesmo) e, talvez, de realizar críticas e autocríticas, que nos permitam escapar das ilusões e conhecer, compreender e demarcar as diferentes formas de racionalidade possíveis implicadas na nossa realidade de mundo.

Calha aqui uma explicação conceitual. A expressão *utopia*, neste ensaio, é empregada justamente com o sentido que celebrizou a obra de Thomas More:¹⁹⁰ uma ilha imaginária que se erige como crítica social à propriedade e ao dinheiro, em que a justiça é uma forma de promover o bem diante do poder autoritário¹⁹¹. É, na verdade, uma crítica que se adapta à realidade hoje existente, uma denúncia contra os males sociais, o egoísmo, a violência dos poderosos e a fragilidade dos laços sociais¹⁹².

O conceito de utopia é um conceito histórico. Refere-se aos projetos de transformação social que se consideram impossíveis. Por que razões impossíveis? Na atual discussão da utopia, a impossibilidade da realização do projeto de uma nova sociedade se afirma, primeiro, porque os fatores subjetivos e objetivos de uma determinada situação se opõem à transformação. Fala-se então de imaturidade da situação social, por exemplo, a propósito dos projetos comunistas durante a Revolução Francesa, ou, quiçá, hoje, do socialismo nos países

¹⁹⁰ Sir Thomas More (ou Morus) sabia muito bem que, tanto quanto um projeto para o estabelecimento de uma vida boa, seu plano de um mundo limpo da insegurança e dos medos sem fundamento era apenas um sonho: ele chamou a sua concepção de "utopia" referindo-se ao mesmo tempo a duas palavras gregas: *eutopia*, ou seja, "lugar bom", e *outopia*, que significa "lugar nenhum" (BAUMAN, Z. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 100).

¹⁹¹ Dahrendorf, a partir dos preceitos filosóficos de Popper sobre a incerteza e a dúvida, acredita que os utopistas possuem em suas obras um traço comum: de Platão, passando por Morus, Hegel e Rousseau, até Orwell, todas as sociedades são concebidas no plano ideal, em que a mudança está ausente bem como os conflitos estruturais. A história seria um rio caudaloso em constante movimento, ao passo que a utopia nada mais seria que uma calma laguna. Seriam *sociedades sem história* (DAHRENDORF, Ralf. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. São Paulo: Zahar e Universidade de São Paulo- USP, 1974).

¹⁹² Não deixa de levar em conta o sentido lato de ideologia, força essencial e intrínseca à condição humana, que mobiliza os indivíduos e as multidões, alimenta intolerância, intenta conservar ou modificar a sociedade, produz guerras e revoluções. Um estado de espírito utópico que está incongruente com o que ocorre na realidade. Na mentalidade utópica, o inconsciente coletivo, guiado pela representação tendencial e pelo desejo de ação, oculta determinados aspectos da realidade. Volta as suas costas a tudo que possa abalar sua crença ou paralisar seu desejo de mudar as coisas (MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 66-7).

capitalistas mais desenvolvidos. Ambos são exemplos de ausência real ou suposta de fatores subjetivos e objetivos possibilitadores de uma realização¹⁹³.

Paradoxo é uma contradição, pelo menos aparente, com o senso comum e com a lógica, um raciocínio que encerra uma oposição. Emprego aqui o vocábulo paradoxo como proposição que parece se autocontradizer, mas que, na verdade, expressa uma das hipóteses possíveis. Não é, portanto, uma simples contradição entre duas proposições, mas –uma implicação de dependência entre duas proposições que, reciprocamente, se negam a ponto de bloquearem futuras comunicações.

Falar-se em paradoxo é fundamental para os adeptos da teoria dos sistemas, como N. Luhmann, que constrói a teoria social a partir do seu paradoxo constitutivo da diferença entre sistema e entorno, representando uma condição necessária para a concepção e a crítica do direito. A questão não é a eliminação do paradoxo, mas a sua ampliação e o seu desenvolvimento mediante a *desparadoxização*. Na matriz sistêmica, o paradoxo é usado construtivamente ou criativamente na observação e na descrição do sistema jurídico: o fato de que a aceitação de uma descrição tenha como consequência a aceitação de uma descrição oposta, na medida em que não existe um observador último capaz de conhecer uma verdade última¹⁹⁴.

O mundo ocidental vive um momento de ebulição e indefinição quanto aos rumos do Estado do Bem-Estar Social, cujo futuro tem ocupado as pautas de políticos, juristas, economistas, sociólogos, filósofos e cientistas políticos. Sobretudo, representa assunto de relevante interesse social, que a todos, inexoravelmente, afetará, independentemente da condição econômica ou da situação geográfica.

A discussão sobre a existência, a manutenção, a extensão, os limites e as possibilidades do Estado do Bem-Estar Social, uma das mais palpitantes da atualidade, constitui um temário em que sonhos (quase delírios) e contradições vicejam, tanto permitindo a busca de solução dos problemas quanto se colocando como verdadeiras cortinas de fumaça a impedir medidas políticas de consenso, que conjuguem os interesses sociais e econômicos, aparentemente conflitivos. O futuro do Estado do Bem-Estar Social constitui a chave de uma convivência harmônica para as gerações presentes e futuras, e o Direito assume um papel importante nesse debate.

Neste ensaio crítico, com base nas matrizes teóricas sistêmica e crítica, encaminho aproximações jurídicas, políticas, sociais e econômicas acerca do tema, as quais, certamente,

¹⁹³ Cf. MARCUSE, Herbert. *El final de la utopía*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1986. p. 8-9.

¹⁹⁴ A propósito, consultar ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2. ed. – Ijuí: Unijuí, 2013; CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006; MAGALHÃES, Juliana N. O uso criativo dos paradoxos do direito: aplicação dos princípios gerais de direito pela Corte de Justiça Europeia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2. ed. – Ijuí: Unijuí, 2013. p. 285-328.

não escapam dos mesmos vícios e críticas que todos apontam, mas têm a presunção de carrear ao debate um "quê" de inovação: a reflexão crítica a partir das utopias e dos paradoxos do Estado Social. Em suma, o que almejo é demonstrar que o Estado do Bem-Estar Social, sobretudo nos países do capitalismo tardio, tem seu lugar garantido, embora se possam discutir os níveis de participação da sociedade civil, da família e do próprio capitalismo no desenho das estruturas dos sistemas de seguridade social.

1. A PARADOXAL EMERGÊNCIA DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: POR CONTINGÊNCIA DO CAPITALISMO

A emergência do Estado do Bem-Estar Social acabou sendo uma contingência para o capitalismo, uma *solução de compromisso*, para utilizar a expressão de Avelãs Nunes. O pressuposto liberal da mão invisível das leis do mercado e da separação entre Estado e economia falhou. A ascensão das classes trabalhadoras e a introdução de um ideário que pregava a revisão do papel do Estado e do Direito, trazendo ao jogo político *a mão visível do Direito*, revelaram a necessidade de um certo compromisso do Estado com a Justiça Social como condição de possibilidade do próprio capitalismo¹⁹⁵.

O Estado de Bem-Estar é, na verdade, uma adaptação do Estado burguês capitalista, ou seja, dos regimes baseados no liberalismo democrático pluralista. A plena articulação do Estado de Bem-Estar só pôde funcionar com base em dois fundamentos do Estado liberal-democrático contemporâneo. Em primeiro lugar, as propostas do Estado de Bem-Estar tiveram como intenção garantir a acumulação capitalista – mediante a intervenção sobre a demanda – com o objetivo de manter a estabilidade social. Em segundo lugar, o Estado de Bem-Estar proporcionou uma nova e importante dimensão à democracia, a partir do reconhecimento de um conjunto de direitos sociais¹⁹⁶.

Desde a Grande Depressão de 1929, ficou evidenciado o equívoco inserto no ideário liberal de Adam Smith, fundado na lógica de que a economia não deveria constituir uma permanente preocupação do Estado. A superação da crise passou pela essencialidade da intervenção estatal; em outras palavras, pelo reconhecimento consensual da necessidade de um Estado Social inspirado pelo compromisso entre os socialistas mais radicais e a pequena burguesia. O reconhecimento de direitos sociais e econômicos teve, pois, um sentido de prevenção dos riscos de rupturas revolucionárias. O Estado Social não inaugura uma nova ordem social centrada nos direitos sociais, é o capitalismo que cede em alguns pontos, mas

¹⁹⁵ Consulte-se, por todos, AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹⁹⁶ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem-Estar. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 198-213.

em favor da ordem capitalista e da conservação do poder em mão das classes burguesas dominantes. O Estado Social, em sua gênese, foi, por assim dizer, a tábua de salvação do capitalismo.

Esse disfarce do capitalismo, concebendo um bem-estar social aos trabalhadores à custa da poupança pública, e não como redistribuição de rendimentos, revela-se ainda hoje no Estado de Bem-Estar Social contemporâneo, em que a quota parte do setor produtivo, embora seja a maior, ainda é desproporcional se considerada a participação do Estado, da sociedade em geral e dos próprios trabalhadores no custeio das benesses que lhes são proporcionadas. Sem contar que quem mais ganha com a recuperação do poder de compra dos trabalhadores são os proprietários dos meios de produção (é o próprio capitalismo), que se beneficia com o aumento do consumo dos trabalhadores e com a qualificação da massa de trabalhadores melhor remunerada¹⁹⁷.

2. A UTOPIA DO MODELO EUROPEU DE SEGURIDADE: REALIDADES DIFERENTES EM DIVERSOS PLANOS

A América Latina sempre admirou os Estados de Bem-Estar europeus com uma indisfarçável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho de consumo dos latino-americanos em todas as discussões acerca do modelo ideal de Estado Social. Assim como outros países da América Latina, o Brasil (ainda chamado de país *periférico*) recém começa se candidatar ao nível da *modernidade tardia*, mas gostaria de ter um Bem-Estar no nível europeu.

Falar em bem-estar social, naturalmente, pressupõe levar em conta as peculiaridades de cada Estado, as suas tradições históricas e políticas de bem-estar, as suas possibilidades econômicas e, em boa medida, na contemporaneidade, o nível de participação do Estado no processo de globalização. Estados do capitalismo avançado têm possibilidades e estilos de vida totalmente diferentes daqueles em vias de desenvolvimento e, principalmente, em relação aos Estados pobres do chamado Terceiro Mundo.

É impossível parametrizar pragmaticamente uma análise do bem-estar a partir do padrão de seguridade da Europa Ocidental, berço do Estado-Providência e onde a seguridade social constitui um dos quatro pilares em que se assenta a concretização do modelo de sociedade, vale lembrar: o respeito pelos direitos humanos (direito à liberdade individual), a organização democrática do Estado (direito à participação política), a economia de mercado (direito à liberdade de empreendimento) e a proteção social (direito ao bem-estar social). O

¹⁹⁷ Ver, a propósito, AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá...*: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 68-69.

fundamento constitucional do Estado de Bem-Estar faz parte do núcleo duro do constitucionalismo europeu. “A Europa que protege” é um lema da União Europeia.

No último quartel do século passado e, notadamente, depois da Crise Financeira de 2008 (Crise do Euro), países da Europa como Alemanha, França, Itália, Suécia e Inglaterra promoveram importantes enxugamentos nos seus programas sociais¹⁹⁸, em uma tentativa de *adaptação* às mudanças na conjuntura econômica mundial e aos tempos de recessão (orçamentos sociais imensos, receitas fiscais em queda, momento demográfico desfavorável, aumento do déficit público e endividamento privado).

As diversas variantes nacionais do modelo de Estado de Bem-Estar europeu estão realmente em profunda crise. Nada obstante, o modelo europeu parece manter-se em um nível prestacional muito mais elevado do que o do Estado de Bem-Estar Social dos países da América Latina, notadamente o brasileiro¹⁹⁹.

De fato, o dado relevante a ser considerado é o ainda existente abismo entre a seguridade social dos países mais ricos da Europa (sobretudo, a dos países escandinavos que têm um gasto público médio com o social superior a 30% do PIB) e a seguridade social dos países em desenvolvimento como o Brasil (com apenas 14,4% do PIB gastos no social). Lá, existe espaço suficiente para limitações – até porque, em certos aspectos, algumas benesses concedidas pelo seguridade social constituem, comparativamente, verdadeiras extravagâncias; entre nós, o pouco que se conquistou e que a situação econômica da América Latina permite atender não admite qualquer retrocesso ou limitação.

Desde o Consenso de Washington de 1989, sob o influxo dos acordos com o FMI e dos grandes capitais de investimentos, a Europa vive o seguinte quadro: redução dos impostos (perda de soberania tributária); privatização de instituições públicas que antes pertenciam aos cidadãos; pressão das Diretivas de Bruxelas, que conduz à privatização da riqueza pública, do sistema de educação e da previdência social; aumento dos rendimentos (lucros) do capital; e diminuição das chances de vida das camadas inferiores, sob os elevados índices de desemprego.

A Europa vive hoje sob o signo do medo da globalização, que exacerba desigualdades, produz desemprego, achata salários e solapa direitos sociais. Há uma profunda melancolia na

¹⁹⁸ E outros, como Portugal, Grécia e Espanha, reduziram drasticamente o nível dos serviços sociais prestados pelo Estado.

¹⁹⁹ "Como problema marco, los Estados de Bienestar están cada vez más en crisis, especialmente en los países pobres o en vía de desarrollo y las políticas de privatización de los servicios básicos, particularmente salud y educación, se incentivan y a veces se obligan desde las organizaciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional" (RIBOTTA, Silvina. *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: pobreza, redistribución e injusticia social*. Madrid: CEPC, 2010. p. 26).

sociedade europeia, que perde, aos poucos, o seu mundo vivido (*lebenswelt*). E a prometida integração, a ideia de unidade, se esboroa e fica cada vez mais distante frente ao egoísmo nacional, sobretudo depois da Conferência de Nice, em que ficou muito claro o apego à ideia de Estado-Nação. Há, entre os jovens, um sentimento de descrença, uma aceitação da desistência do Projeto Europa que alimentou o ideário das gerações do pós-guerra. As perguntas mais sentidas são: A Europa ainda é a esperança do mundo (Habermas defendeu que a Europa deveria exportar suas experiências e seus valores...!)? O capitalismo *renano* (Michel Albert) soçobrou²⁰⁰?

Os Estados europeus se debatem hoje entre a pressão de seus cidadãos para manter os benefícios do Estado de Bem-Estar e as exigências do Banco Central Europeu e do FMI para que controlem o déficit público, aumentem a carga tributária e abandonem a intervenção em diversos setores, principalmente o social. Os setores econômicos, por sua vez, clamam por redução de tributos para o capital, pelo nivelamento por baixo dos salários, dos direitos dos trabalhadores e das prestações sociais. Qualquer das alternativas gera desgaste eleitoral, por isso não serão fáceis as mudanças no cenário político.

3. O PARADOXO DA ECONÔMICA POLÍTICA: O CAPITALISMO DEMOCRÁTICO PODE SER HUMANISTA?

A economia política, disse Baudrillard, se desvanece por si mesma ante nossos olhos, convertendo-se em uma transeconomia da especulação, e ridiculiza sua própria lógica (a lei do valor, a do mercado, a produção, a mais valia, a lógica mesma do capital), para um jogo de regras cambiantes e arbitrárias, um jogo desastroso²⁰¹.

Thomas Piketty, o festejado autor de *Capital in the Twenty-first Century*, afirmou que o capitalismo tende a enriquecer os proprietários do capital e a empobrecer os trabalhadores, com o que os pensadores neoliberais não concordam. O problema, explica ele, está em que o pensamento neoliberal – *em um mercado livre todos acabam ganhando* – nasceu em um momento econômico que mostrou ser uma exceção histórica: o período entre 1913 e 1973. Nessa época de ouro do capitalismo, as economias da Europa ocidental e dos Estados Unidos de fato se expandiram e a desigualdade econômica realmente diminuiu, mas, em termos estatísticos, o período foi uma exceção, portanto, transitória. Piketty explica que, se nesse período a distância entre pobres e ricos diminuiu, não foi devido ao livre-mercado,

²⁰⁰ Michel Albert havia distinguido dois modelos opostos em matéria de política econômica: um modelo renano e um modelo liberal. O modelo renano estava composto por dois tipos diferentes, o germano-francês, de uma política social avançada, preocupada acima de tudo com a luta contra as desigualdades, e o modelo escandinavo, muito mais ativo socialmente devido a uma política fiscal pesada, com direitos sociais importantes e uma política econômica ativa (ALBERT, Michel. *Capitalism against Capitalism*. London: Whurr, 1993).

²⁰¹ BAUDRILLARD, *El paroxista indiferente*. Barcelona: Anagrama, 1998. p. 9.

mas aos efeitos combinados de duas guerras mundiais e da Grande Depressão. Atualmente, os índices demonstram que a distância entre pobres e ricos apenas aumenta. Mas, com base no otimismo enganoso nascido naquele período de exceção, os neoliberais continuam a insistir que o capitalismo sem rédeas acabará produzindo, sem qualquer necessidade de intervenção, a justiça social e econômica. Piketty sustenta que a distância crescente entre pobres e ricos tende a produzir tensões insuportáveis, na linha marxista; porém, onde Marx celebrava o fato de que a tensão acabaria produzindo a revolução, Piketty lamenta que a tensão poderá acabar inviabilizando o capitalismo, não escondendo que sua tese é uma defesa patética da salvação do capitalismo tal como hoje ele é²⁰².

Em outro livro nominado “A Economia da Desigualdade”, Thomas Piketty, tomando como indubitável que o modelo econômico atual produz profundas desigualdades se dedica a enfrentar as intrincadas questões da redistribuição, que constituem o cerne dos debates políticos do momento, entre a posição liberal da direita e a defesa de políticas e ações públicas de redistribuição por parte da esquerda progressista. Suas conclusões acerca dos instrumentos de redistribuição desembocam na crítica à forma por excelência da distribuição pura, que é a fiscal, propondo um modelo de “distribuição fiscal justa”, ou seja, aquela que “permite fazer progredir o máximo possível as oportunidades e condições de vida dos indivíduos mais desfavorecidos, com exprime, por exemplo, o princípio rawlsiano do maximin”. Piketty também vê virtudes no modelo redistributivo Keynesiano, pelo qual “o aumento dos salários pode permitir fortalecer a demanda de bens e serviços na economia e assim aquecer a atividade e o nível de emprego”²⁰³.

Mais recentemente, Branko Milanovic, depois de reconhecer que o capitalismo é hoje hegemônico, o divide em clássico, meritocrático liberal e social-democrático, com diferentes influências no nível das desigualdades que causam entre os donos do capital e os trabalhadores. Superando as expectativas otimistas frustradas de Piketty, mostrou que o capitalismo meritocrático liberal é o que mais gera concentração de renda e capital entre os donos do capital e as maiores desigualdades em relação aos trabalhadores²⁰⁴.

Embora a economia de mercado seja hoje um sistema criticável, ela ainda é o melhor sistema que conhecemos. Ainda não inventaram outro mais eficaz, em que pesem suas crises preocupantes e cada vez mais frequentes. O fim do comunismo, ainda inconcluso quanto ao seu projeto existencial, deixa essa lição. O Estado Social somente existe e se concretiza pragmaticamente porque existe a economia de mercado, base do capitalismo. A eficiência e a ambição por lucro estão na racionalidade da modernidade, somos *homo economicus*. Embora

²⁰² PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge, MA: Belknap, 2014.

²⁰³ PIKETTY, Thomas. *A Economia da Desigualdade*. Tradução de André Telles. 1. ed.. Rio: Intrínseca, 2015. pp. 132 -133-135.

²⁰⁴ BRANKO, Milanovic. *Capitalismo sem rivais: o futuro do sistema que domina o mundo*. Tradução de Bernardo Ajzenberg. Ebook. Todavia, 2020.

seja ético tentar resistir ao apelo consumista/materialista, infelizmente, a humanidade, na sua inventividade sem limites, ainda não idealizou outro meio mais racional e menos traumático de atendimento de suas necessidades, o que, na perspectiva do Estado Social, está na dependência da implementação das receitas públicas. Uma economia forte é o pressuposto material do Estado Social efetivo. O Estado de completude social sem economia forte e eficiente é *utópico*; embora possa ser pensado, jamais será concretizado. O problema está na lógica capitalista de acumulação de riqueza e no manejo dos seus institutos. Não se trata, pois, de reconhecer o capitalismo como um sistema ruim, mas sim de observar que a sua desvinculação dos problemas sociais,²⁰⁵ seu apoderamento político²⁰⁶ e a ausência da mediação do direito constituem falhas na concretização dos ideais de desenvolvimento social sustentável. Ao menos, é curial perceber que temos diferentes modelos de capitalismo.²⁰⁷ Acredito que o capitalismo pode humanizar-se, como mostrarei adiante.

Imaginar o capitalismo apenas enquanto um objetivo, um ideal econômico ou a própria economia como um fim em si mesma é ilusório. Ficamos agora com um dentre os vários motivos relevantes a justificar um Estado Social forte: sem renda as pessoas não consomem, há recessão econômica – o consumo ativa a economia, em uma espécie de circularidade que os economistas sabem explicar melhor. Esse fenômeno simplista é que recomenda a integração do desenvolvimento econômico com o social, embora isso também possa parecer paradoxal, na concepção weberiana. Em outras palavras, o crescimento econômico como pressuposto do crescimento social, consoante quis a Constituição ao eleger como princípio da ordem econômica a sustentabilidade social.

O problema do consequencialismo econômico no direito está mais fora do que dentro da sua teoria, senão que decorre da leitura que dela fazem alguns economistas e juristas. A sua construção é pouco reparável, embora sabidamente Posner (o novo Deus da Economia) tenha exagerado na dose. É que a ideologia ultraliberal deturpa a sua racionalidade. Há equívocos que podem ser constatados a olho nu.

²⁰⁵ “A continuidade do sistema capitalista ou de mercado estará ameaçada se o empenho de eficiência não for contrabalançado pela proteção social dos economicamente fracos e o treinamento/educação dos trabalhadores deixados para trás pela rapidez das mudanças econômicas e tecnológicas” (GILPIN, Robert. *O desafio do capitalismo global: A economia mundial do século XXI*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004).

²⁰⁶ Veja-se o caso do Estado português, que sempre esteve muito mais a serviço de uma burguesia industrial do que de um ideal de socialidade. A propósito, consultar, além da obra citada de Avelãs Nunes, o documentário “Donos de Portugal”, de Jorge Costa, sobre cem anos de poder econômico, retratando a proteção do Estado às famílias que dominaram a economia do país (Disponível em: donosdeportugal.net).

²⁰⁷ Ver, a propósito, BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Cinco Modelos de Capitalismo. *Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*, Textos para discussão, 280, maio 2011; ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. New Jersey: Princeton University, 1990, dividindo o capitalismo em liberal, corporativo e socialdemocrático.

O primeiro equívoco a ser analisado está em pensar que a AED é o culto a uma racionalidade utilitarista que se desinteressa pela efetividade dos direitos fundamentais em proveito de um suposto bem-estar da coletividade (Bentham), quando, na verdade, esse raciocínio é antiutilitarista, porque a coletividade beneficia-se mais quando todos os indivíduos que a compõem estão *felizes*. Prevenir e atenuar os efeitos dos riscos sociais é, antes de ser um dever do Estado, uma obrigação da própria sociedade, assim como tutelar os direitos sociais dos seus membros: uma questão de solidariedade e cooperação.

As reformas nos parâmetros de seguridade social ocorridas nesses dez últimos anos no Brasil têm, em minha maneira de ver, uma forte conotação utilitarista. Não levaram em conta a segurança jurídica, reduziram o nível de proteção social dos indivíduos e apertaram os requisitos para a concessão de benefícios sociais. O que se buscava era a proteção do maior número. Partindo-se de uma premissa falaciosa de que a previdência social entraria em colapso, reduziu-se o nível de benefícios de seus titulares, em nome de toda a sociedade, em nome da preservação de um seguro coletivo que é de interesse (útil) a todos dessa geração e das próximas. Buscaram a máxima satisfação para o maior número de pessoas, mas olvidaram a subjetividade dos direitos sociais e nunca comprovaram que o sistema de seguridade social não era auto-sustentável.

O segundo está na falsa ideia de que o capitalismo não pode ser humanista, se outra função não ocorre à economia senão atender às necessidades humanas, sua razão ética e moral, incorporadas pelo direito, é dizer, jurisdicizadas pelos princípios, na linha dos pensamentos de Habermas e Dworkin. Mediando o embate entre a razão social e a razão econômica, encontramos o homem e suas necessidades. O desejo de lucro que move o homem moderno (monetarizado e tocado pelo *fetichismo da mercadoria* de Marx) não é de todo incompatível com as aspirações de resgate do humanismo. Ao invés disso, deve estar a serviço do homem (e não o contrário!). Mesmo os economistas, - e pode-se aqui citar três prêmios Nobel de Economia: Sen, Stiglitz e Krugman - não poupam críticas à visão estreita, inspirada por um quantitativismo superficial de um pensamento estatístico e econômico que reduz a situação de um indivíduo ou de uma categoria social ao seu rendimento em dólares. De qualquer sorte, a função da ordem econômica é satisfazer as necessidades sociais. O pensamento sociológico contemporâneo, na *virada da sociologia econômica*, mudou o seu foco. Sociologia e economia devem caminhar juntas, em uma recíproca condição de possibilidade e retroalimentação.

O terceiro e último é supervalorizar o discurso da *quebra do Estado*, vale dizer, pensar que as despesas sociais poderão aumentar tanto a ponto de levar o Estado à bancarrota. Essa *razão instrumental econômica*, que também contaminou a justiça (que deixa de ser social), escuda-se em uma retórica *alarmista e catastrófica* definida por uma conspiração perversa, a exemplo da falácia da *quebra da Previdência* no Brasil (anunciada

desde o advento da Constituição Cidadã de 1988), que, embora não deva de todo ser desprezada, porque os direitos sociais têm um custo e o problema demográfico é preocupante,²⁰⁸ visa também a aumentar os lucros do capitalismo.

O modelo ideal, ao que penso, com o perdão pelo saudosismo, pode-se chamar de *neocapitalismo* ou *economia social de mercado*, como quiseram os democratas-cristãos dos anos 50. Neste modelo, a economia de mercado está dirigida à elevação da produtividade, assegurando-se a evolução da produtividade de modo a atender as necessidades de consumo, mas com limites éticos que estabeleçam um equilíbrio entre desenvolvimento econômico e social ou, melhor dizendo, harmonizando-se o princípio de mercado com os avanços sociais (programas de pleno emprego, direitos de seguridade social, políticas de distribuição e justiça social)²⁰⁹.

Este câmbio do modelo capitalista, disse García-Pelayo, pressupõe mudanças estruturais profundas: "o primado dos problemas econômicos teria que se subordinar à prevalência das verdadeiras decisões políticas socialmente orientadas, que já não poderiam mover-se nos limites do *status quo*, tendo que avançar até as novas modalidades de distribuição básica do poder econômico e social"²¹⁰.

4. A UTOPIA CAPITALISTA DA REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA: ACREDITAR QUE É POSSÍVEL COMPATIBILIZAR REDUÇÃO DE TRIBUTOS E MANUTENÇÃO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

A teoria clássica da tributação está fundada em dois princípios: neutralidade e equidade. A ideia básica da neutralidade é a de que eventuais alterações na tributação não tragam distorções no sistema de preços relativos, o que implicaria menor eficiência nas decisões econômicas e, portanto, redução do nível de bem-estar. A equidade tributária pressupõe que o sistema tributário reparta o ônus de forma justa entre os agentes econômicos, observando a utilização que cada um faz dos bens e serviços públicos e a capacidade contributiva individual. Ocorre que, ao perseguir a chamada solução eficiente de mercado, se olvida que a tributação não pode ser analisada como elemento isolado do sistema social, justamente porque é o mecanismo essencial para a cabal efetivação dos direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. É, de rigor, o fator de equilíbrio entre os

²⁰⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. O paradoxo da transição demográfica e o futuro da Previdência Social. *Revista de Doutrina da 4^a Região*, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Paulo_Vaz.html>. Acesso em: 12 jul. 2016.

²⁰⁹ Nesta linha, Pelayo sustenta que o neocapitalismo dos países desenvolvidos constitui a infraestrutura econômica sobre a qual foi construído o Estado Social (GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009).

²¹⁰ GARCÍA-PELAYO, *op. cit.*, p. 67-68.

interesses capitalistas e sociais, que constituem a ordem socioeconômica normativa constitucional.

Não há como manter o Estado do Bem-Estar Social sem tributação razoável dos meios de produção. O nível de atendimento das necessidades sociais se define pelo tamanho da carga tributária. Ainda que exista um espaço muito grande no Brasil para uma maior racionalidade da tributação (a folha de salários não poderia ser tão onerada) e principalmente para uma maior eficiência do Estado na arrecadação (renúncias fiscais, informalidade e sonegação fiscal são sangrias desatadas), tarefa difícil será a de conciliar os ideais de redução da carga tributária e, portanto, desoneração do capitalismo corporativista com a manutenção de programas sociais em níveis que garantam o bem-estar social mínimo. Alcançar o equilíbrio, dosando a carga fiscal de forma que possibilite o crescimento econômico (investimento), constitui o grande desafio das sociedades contemporâneas.

Nas sociedades democráticas avançadas, o limite máximo para a carga tributária é alto. As cargas tributárias médias nos países desenvolvidos são substancialmente maiores do que nos países intermediários, e maiores nestes últimos do que nos países pobres. Não é em vão que os Estados Unidos têm uma carga tributária de 30 por cento, contra 44 por cento na União Europeia e mais do que isso nas democracias sociais mais avançadas do Norte da Europa²¹¹.

Uma das grandes reclamações, tanto do capital quanto dos trabalhadores, é a elevada carga tributária. No Brasil, chega a 40% do PIB. Entre nós, o elevado nível de tributação dos salários e das empresas fica exposto às mais contundentes críticas na medida em que as contrapartidas estatais em termos de serviços públicos tendem a escassear. É certo que nos países com programas sociais mais consistentes o nível de tributação é elevado ou tão alto quanto no Brasil, mas o nível dos serviços sociais prestados é muito maior²¹².

A reflexão crítica que precisa aflorar remete à própria essência da tributação sobre a folha de salários, sua elevada carga no país e suas distorções. Tomando por base uma análise dos efeitos da tributação nos incentivos ao trabalho em 137 países, o Ranking de Competitividade Global de 2018 formulado pelo Fórum Econômico Mundial mostra o Brasil como um exemplo de ineficiência.²¹³

²¹¹ Cf. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado Republicano. *Lua Nova*, n. 62, 2004. p. 131-150.

²¹² Embora o Brasil seja apenas o 30º colocado entre os países com tributação mais elevada, figura como campeão no que diz respeito ao índice de retorno de bem-estar à sociedade, mostra pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT) <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/07/04/brasil-e-o-pais-com-o-menor-indice-de-retorno-de-bem-estar-a-sociedade-pesquisa-foi-feita-com-30-paises-de-maior-carga-tributaria-no-mundo.ghtml>. Acesso em 30 ago. 2020.

²¹³ Global Competitiveness Report (2018), Fórum Econômico Mundial. Disponível em: Global Competitiveness Report (2018), Fórum Econômico Mundial. <http://www3.weforum.org/docs/GCR2017->

Dados indicam que as empresas e os empregados brasileiros pagam entre 34,3% e 42,8% sobre a remuneração do trabalho, contra média de 22,5% dos países integrantes da OCDE, na qual o Brasil pretende ingressar. Estudo da OCDE nominado *Taxing Wages in Latin America and the Caribbean*, evidencia que a carga fiscal brasileira sobre os empregadores é como a mais elevada entre os países da América Latina, o que causa uma série de distorções econômicas, a exemplo da utilização artificial dos regimes simplificados de tributação, do desincentivo ao emprego formal e dos incentivos para que serviços sejam prestados por intermédio de pessoas jurídicas.

Os movimentos mundiais estão vetorialmente direcionados para o deslocamento da tributação da folha de salários para o consumo, por meio da criação do chamado IVA, tributação neutra que é utilizada em vários em países como a Alemanha, Hungria, Dinamarca e outros, proporcionando aumento de arrecadação e competitividade nos níveis de emprego e estímulo de médio e longo prazo no crescimento econômico.²¹⁴

O paradoxo do desenvolvimento econômico a partir do aumento da carga tributária reside justamente na circunstância de que a política fiscal é determinante do nível dos investimentos internacionais. As empresas transnacionais incorporam, sem exceção, políticas econômicas que determinam a retração dos investimentos diante de países com carga fiscal elevada, inclusos os encargos sociais. Eis o paradoxo: Estados débeis não têm como equilibrar suas finanças senão por meio da arrecadação tributária.

Os governos atuais, na Europa, engessados pela gestão centralizada do euro, que impede a desvalorização cambial,²¹⁵ passam a ter que conviver com a contradição de manter os altos custos do Estado de Bem-Estar e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas. Em qualquer dessas situações, a impopularidade e o possível desgaste eleitoral são fantasmas sempre presentes.

Resumindo: se formos realistas, vamos ver também que, fora do âmbito da tributação – a base da receita pública –, não existem muitas soluções, embora muito possa ser feito para se evitar a evasão e a elisão fiscais. A racionalização da receita tributária passa pelo combate à

[2018/05FullReport/TheGlobalCompetitivenessReport2017%E2%80%932018.pdf](https://www.oecd-ilibrary.org/economics/fiscal-devaluation-can-it-help-to-boost-competitiveness_5k3z2dckn2bw-en). Acesso em: 30 ago. 2020.

²¹⁴ Ver, a propósito, estudo da OCDE, OECD. FISCAL DEVALUATION – CAN IT HELP TO BOOST COMPETITIVENESS? Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/economics/fiscal-devaluation-can-it-help-to-boost-competitiveness_5k3z2dckn2bw-en. Acesso em: 30 ago. 2020.

²¹⁵ Ver, a propósito, STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Lisboa: Actual, 2012. p. 264-268. Para este autor, a possibilidade de desvalorização constitui uma espinha que crava na garganta do totalitarismo de um mercado único, embora seja um instrumento grosseiro e provisório, mas, do ponto de vista da justiça social, é melhor do que nada: "O direito de desvalorização não é senão uma expressão institucional do respeito pelas nações, representadas pelos seus Estados, enquanto comunidades económicas de vida e destino singulares. Funciona como um travão à pressão capitalista para a expansão e racionalização, exercida do centro para a periferia, e proporciona aos interesses e às identidades que se lhe opõem e que, no mundo do comércio livre do grande mercado interno, seriam empurrados para o populismo e o nacionalismo, uma alternativa coletiva realista à autocomercialização obediente, exigida pelo mercado" (Op. cit., p. 265-5).

sonegação e à informalidade, pelo fim das renúncias fiscais, pela desoneração e pela autonomia do orçamento da seguridade social.

O mercado internacional globalizado, por exemplo, bem explicam Martin e Schumann, atua como vilão do bem-estar social: "no âmbito do entrelaçamento global, empresas transnacionais operam numa zona cinzenta do direito tributário, na qual a tributação pode ser reduzida a um mínimo". Nem sempre ilegalmente: "as despesas são criadas onde os impostos são mais altos, os lucros são lançados onde as alíquotas são menores". Empresas, inclusive as de porte médio, usam e abusam do *transferpricing*. A "guerra fiscal" está deflagrada. "Os governos democraticamente eleitos não decidem mais sobre o valor da tributação, mas os próprios negociantes de produtos e capitais estabelecem qual a contribuição que desejam dar para o atendimento dos encargos estatais", sem contar que canalizam uma parcela crescente das despesas estatais para o seu caixa: "a concorrência pelos menores recolhimentos é acompanhada pelas subvenções mais generosas"²¹⁶. Em todos os casos, o Estado pode ser adjetivado de mero *hospedeiro* das empresas transnacionais.

5. O PARADOXO NEOLIBERAL DA MINIMIZAÇÃO DO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL A CONTRÁRIO SENSO DA MAXIMIZAÇÃO DOS RISCOS SOCIAIS

Uma aproximação histórico-conceitual é condição de possibilidade para o desenvolvimento do tema. O que é neoliberalismo? Podemos dizer, de uma forma singela, que se trata de uma nova versão do liberalismo, movimento político constitutivo de uma verdadeira religião que impregnou o mundo ocidental depois das revoluções americana e francesa, no século XVIII. Suas bandeiras são as limitações ao poder estatal e o culto à liberdade individual. Representa o neoliberalismo um novo capítulo na luta ideológica travada na modernidade entre liberalismo e socialismo, ao qual costuma fazer concessões cíclicas. O liberalismo, na verdade, nunca deixou de ser perseguido pela humanidade. Nesta fase mais liberal, que se convencionou chamar de neoliberalismo – e alguns já agora a identificam como pós-neoliberalismo ou ultraliberalismo²¹⁷ –, uma espécie de *neo-laissez-faire*, uma política econômica baseada na ideologia capitalista, vale dizer, no *fetichismo da mercadoria*, no desmonte do Estado Social, na lógica econômica eficientista, nas ideias de acumulação e concentração de capital, o liberalismo ressurge com o objetivo de retomar o espaço, até certo ponto autoritariamente perdido, depois da Segunda Guerra.

²¹⁶ MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização*. São Paulo: Globo, 1998. p. 273-312 (Capítulo 8 - A quem pertence o Estado?).

²¹⁷ SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org). *Pós-neoliberalismo II. Que Estado para que democracia?* 4. ed. - Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

Em síntese, trata-se de uma ideologia fermentada a partir da queda dos regimes socialistas. Suas principais características assim podem ser sumariadas: (1) tendência de mercantilização dos direitos sociais, agora transformados em bens e serviços entregues à iniciativa privada; (2) artificial desequilíbrio entre mercado e Estado: sacralização do mercado e satanização do Estado, associado ao mau e ao ineficiente; (3) manipulação do ideário popular com o objetivo de criar um senso popular que confere legitimidade às escolhas políticas de cunho econômico e social (manipulação do consenso democrático); (4) convencimento das elites políticas capitalistas sobre as vantagens do seu programa de desmonte do Estado Social, aumento das desigualdades econômicas e enfraquecimento das instituições democráticas por meio de retrações dissimuladas em supostas e indispensáveis metas-sociais da pós-modernidade não diretamente vinculadas ao capitalismo.

A universalização do ideário neoliberal contou com a instrumentalização operacional do Fundo Monetário Internacional (FMI), por meio do conhecido pacote de ajuste estrutural do Banco Mundial, o chamado "Consenso de Washington", que constitui a síntese da estratégia neoliberal, incluindo medidas como a privatização dos bens estatais, a diminuição dos subsídios e a eliminação das restrições e dos regulamentos dos Estados em vigor sobre a atividade econômica, o comércio e o investimento estrangeiro²¹⁸.

Uma das principais características do neoliberalismo está em que qualquer área da vida social pode, em princípio, ser reconstituída nos termos das entidades, dos processos, das relações e das identidades dos mercados. Pessoas e países, por exemplo, podem tornar-se produtos. Esse é o "objetivo utópico" do neoliberalismo – alusão ao paradoxo e à ironia que a ninguém escapa: em contraste com o liberalismo clássico, o neoliberalismo não é um princípio antiutópico, sua antipatia ao socialismo e ao comunismo vai junto com a projeção de seu próprio *mercado utopia*.

O desafio mais importante do Estado do Bem-Estar Social deverá ser a governança dos riscos que a complexidade e as novas contingências da sociedade global pós-moderna impõem aos indivíduos. Embora não constitua tarefa exclusiva do Estado a contenção desses riscos, que incumbe também à sociedade organizada, aos organismos internacionais, enfim, à pluralidade dos novos atores trazidos à cena pelo multipluralismo, deve-se reservar ao Estado o papel de grande protagonista na governança das inseguranças sociais.

²¹⁸ Ninguém desconhece a "história" do neoliberalismo, e seria, sem embargo da importância, comezinho recontá-la aqui, senão para lembrar que as origens do projeto neoliberal são governamentais, provêm do Estado. São anglo-americanas e associadas em particular às administrações de Reagan e Thatcher, sob o argumento de encontrar solução para as crises econômicas da Grã-Bretanha e dos EUA. A "revolução Thatcher", também chamada thatcherismo, foi, pois, na sua origem, uma estratégia de política econômica estatal empregada na tentativa de inverter a longa decadência econômica da Grã-Bretanha, o mesmo se podendo dizer do reaganismo nos EUA, no início dos anos 90.

A governança dos riscos pressupõe basicamente duas ordens de medidas, dois grandes desafios: (1) prevenir, evitando que ocorram; (2) gerir os seus efeitos, se forem inevitáveis. Ambas as tarefas são, senão prioritariamente, ao menos supletivamente, cometidas ao Estado, que para isso necessita adaptar seu paradigma regulatório.

Em suma: o neoliberalismo e a globalização econômica, de que fazem parte as medidas de ajuste da economia e desajuste do social, além de benefícios, produzem também nas sociedades contemporâneas o agravamento de antigas situações de miséria e desigualdade a partir de uma nova pobreza causada pelo desemprego e pela generalização das situações de precariedade no trabalho, aumentando o contingente daqueles que se tornaram vulneráveis do ponto de vista social pela ausência dos mecanismos de proteção social. Em contrapartida, paradoxalmente defendem a supressão do Estado Social. A pergunta que não quer calar é: quem irá prover as situações de risco?

Diante desse quadro, pode-se arriscar um prognóstico que não deixa de ser sombrio. O neoliberalismo, fundado na “racionalidade econômica” de acumulação do capital, alvitra, em um futuro bem próximo, “entregar o social para uma grande seguradora financeira” ou para o chamado “Terceiro Setor”. Quem puder pagar pelo seguro garante imunidade contra os riscos sociais (incapacidade, desemprego e velhice, basicamente). O Estado somente deve intervir para garantir prestações compreendidas no que chama de *mínimo existencial*, a quem comprove estar no umbral da miserabilidade. Teremos um Estado Social meramente filantrópico.

6. PARADOXO ULTRALIBERAL E NEOCONSERVADOR DA MINIMIZAÇÃO DO ESTADO SOCIAL: A FALHA DA RACIONALIDADE EFICIENTISTA ECONÔMICA

A investidura, por parte do Estado, de responsabilidade pelo bem-estar dos cidadãos implica transferências, monetárias e de serviços, invariavelmente redistributivos. Qualquer tentativa, pois, de implantação de um Estado do Bem-Estar Social irá se defrontar com o *trade off* entre crescimento e redistribuição: o gasto público social é economicamente ineficiente e, portanto, exerce influência negativa sobre o crescimento econômico. Esta é a base fundante do ideário neoliberal da economia capitalista.

Esses argumentos, fundados em uma equivocada racionalidade econômica, em um pseudo-eficientismo, na desvinculação entre o econômico e o social, não levam em consideração aquele que talvez constitua o fundamento mais relevante do Estado Social, sua face mais eficiente, que vai além da redução da pobreza e das iniquidades: é o Estado-Providência conferindo segurança ou garantia durante todo o ciclo de vida dos indivíduos, possibilitando que permaneçam economicamente ativos e consumindo. No dizer de Nicholas

Barr, no seu *The Welfare State as piggy bank*, “*the welfare state exists not only to relieve poverty; but also to provide insurance and consumption smoothing*”.

Essa função confere ao Estado a tão decantada eficiência econômica, que é justamente o equilíbrio na divisão dos recursos entre os gastos com o bem-estar social e outras áreas. Cumpre também ao *Welfare State* comprovar sua eficiência atuando diretamente no nível de consumo dos indivíduos.²¹⁹ É justamente a manutenção do consumo que interfere positivamente na produção econômica (desenvolvimento), aumentando a receita e possibilitando a maior distribuição de rendas. O crescimento pode ser um remédio miraculoso à pobreza quando aumenta o emprego e faz crescer a produtividade e com ela os salários,²²⁰ aumentando o conjunto da renda, mas isso não se dá de forma espontânea, pressupondo, sobretudo, o estabelecimento de uma política de distribuição de renda e mecanismos de limitação ao regime de acumulação.

7. PARADOXOS DO "ESTADO MAQUEIRO" (GARANTIDOR): A OPERAÇÃO DE SALVAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO E OS REFLEXOS NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL

Com a crise do capitalismo do final da última década, as medidas governamentais adotadas na operação de salvamento marcaram o retorno forte da intervenção estatal na economia, agora para aplacar uma crise que ameaçava a economia mundial. Paradoxalmente, o Estado foi chamado para restabelecer a ordem econômica e, nessa medida, o apelido *Estado Maqueiro* (Chevallier) é irrecusável. "Quem teria pensado, ainda há poucos anos, que precisamente os bancos que outrora protestavam veementemente contra qualquer intervenção estatal pediriam ajuda aos Estados endividados, e que estes Estados disponibilizariam realmente montantes astronômicos?"²²¹.

É importante correlacionar a crise do Sistema Financeiro com a crise do Estado Social, isto é, a relação da face capitalista do Estado com a sua face Social (Estado do Bem-Estar Social). Depois de irrompida a crise nos EUA, seus efeitos chegaram à economia europeia, que não foi atingida de forma linear – Grécia, Espanha, Itália e Portugal estão a

²¹⁹ Se observarmos o avanço na redução da pobreza dos países asiáticos, por exemplo, vamos ver que ele está relacionado com o desenvolvimento econômico sustentável. Nestes países em que o crescimento é elevado há mais de 30 anos, a desigualdade de renda é moderada, a dispersão de renda dos pobres é menor e a pobreza reduziu-se consideravelmente.

²²⁰ O paradoxo da mais-valia é olvidar que os trabalhadores não são somente os produtores da riqueza, mas também os que têm de adquirir, a um preço lucrativo para o capital, as mercadorias produzidas para serem vendidas no mercado. Ao reduzir os salários, o capital aumenta a taxa de mais-valia, mas, ao fazê-lo, reduz o poder de compra dos trabalhadores, colocando em risco a própria mais-valia. O empobrecimento dos trabalhadores acaba por gerar uma crise de sobreprodução.

²²¹ Paradoxo suscitado por BECK, Ulrich. *A Europa alemã. De Maquiavel a "Merkievel"*: estratégias de poder na crise do euro. Lisboa: Edições 70, 2013. p. 24.

sofrer os maiores abalos (Alemanha e França gozam hoje de melhor saúde financeira). A chamada “crise do euro” repercutiu em profunda recessão econômica e imediata massificação do desemprego. A UE e o FMI aplicaram, na delicada operação de salvamento, suas cartilhas de medidas de austeridade, de que já se falou, apostando em soluções que passam pela recessão econômica e pela limitação dos salários e das aposentadorias. O desmanche do Estado Social é apontado como panaceia.

Tanto na crise americana quanto na crise do euro, a solução encontrada foi, além da adoção de políticas econômicas recessivas, que geram o desemprego (problema social), o sacrifício dos direitos sociais. Quem paga a conta dos desmandos do capitalismo é o social. O elevado custo da salvação da economia mundial depois das manobras arriscadas dos operadores do sistema financeiro global, verdadeiro cassino, recaiu sobre o Estado Social.

A conclusão revela-se de clareza solar: houve, de rigor, dupla punição do Estado Social. Há uma espécie de circularidade. Primeiro, porque os recursos destinados ao social foram repassados ao sistema financeiro. Isso gerou déficit público, aumento pesado das despesas públicas diretamente empenhadas na operação de salvação. Depois, porque a salvação, como disse, encontra na recessão econômica o seu fundamento, o que gera desemprego. O desemprego, por sua vez, onera o Estado Social.

Do ponto de vista econômico, a crise provocada pelo “estouro da bolha” de crédito imobiliário nos Estados Unidos em 2008 evidencia um paradoxo. Ao exigir o socorro de inúmeras instituições financeiras, ela acabou difundindo a noção equivocada de que o Estado deve sobrepor-se ao mercado como agente alocador de recursos econômicos escassos. Levada ao extremo, essa falsa ideia, no Brasil, poderá ter consequências graves, pois é inegável que, quanto maior o Estado, maior o incentivo à corrupção, maiores serão as despesas com a sua burocracia e menos recursos sobrarão para os serviços sociais (fins sociais).

Avelãs Nunes sintetiza esse paradoxo:

Quando os excessos do jogo levaram os grandes especuladores à beira da falência, o estado (sob a responsabilidade dos conservadores, socialistas ou sociais democratas) aparece a salvá-los da bancarrota, com o dinheiro que cobra dos contribuintes, em grande parte trabalhadores por conta de outrem. É, verdadeiramente, o estado garantidor, o estado que garante os interesses da pequena elite do grande capital financeiro²²².

E conclui:

Se não houver uma mudança radical, a única certeza é esta: os 'pobres do costume' pagarão um preço mais elevado para sanar a crise de que não são responsáveis. É o que já está acontecer, sem qualquer disfarce, na Grécia, em

²²² AVELÃS NUNES, *op. cit.*, p. 175-6. Segundo este autor, a OCDE calcula que em todo mundo, foram mobilizados, nessa cruzada salvadora, 11,4 mil milhões de dólares, o que equivale a dizer que cada habitante do planeta contribuiu com 1,676 dólares para salvar da bancarrota aqueles que utilizam a poupança coletiva para jogar na roleta dos *jogos da bolsa* e em outros jogos, à margem da economia real à custa dela e mesmo à margem da lei.

Portugal, na Irlanda e também na Espanha, que se contam entre os elos mais fracos da Eurolândia²²³.

Apesar da crise – e agora, paradoxalmente, em razão da crise –, os dirigentes europeus continuam adotando as práticas monetaristas de culto ao combate da inflação a custo do desemprego e da recessão. A solução da crise “exige sacrifícios humanos para apaziguar a cólera dos deuses invisíveis (mas bem conhecidos)” (Paul Krugman).

No ano de 2020, o mundo foi abalado com a Pandemia da Covid-19. O Estado Maqueiro, até então em processo de miniaturização e demonizado, notadamente pelos governos de direita, como no Brasil, foi novamente chamado para salvar tanto a economia como aqueles que perderam suas rendas. Os setores econômicos, sem consumo, sequer puderam manter os empregos. Trabalhadores tiveram que abrir mão de seus direitos para manter os empregos. O número de desempregados e informais hoje no Brasil forma um contingente de mais de 60 milhões de pessoas, ou seja, mais de 40% da população economicamente ativa.

A constatação paradoxal é que os países do capitalismo tardio como o Brasil, sobretudo depois da crise pandêmica da Covid-19, que enfraqueceu suas economias, apanhadas já em meio a uma crise que se arrasta faz muito tempo, cada vez mais ficam dependentes do Welfare State. A pergunta é se os seus refratários terão compreendido isso depois de comprovado faticamente o caráter insubstituível da proteção social a cargo do Estado, já que o capitalismo, preocupado em sobreviver, não ofereceu soluções razoáveis.

Há uma contradição teórica fundamental nos discursos sobre o Estado-Nação e seus sistemas econômicos. Gramsci mostra esse lamentável equívoco, afirmando que o fundamento do movimento do livre mercado está baseado na diferença entre sociedade política e sociedade civil, que se converte em distinção orgânica. Dessa forma, afirma-se que atividade econômica é própria da sociedade civil e que o Estado não deve intervir em sua regulamentação.

Pero, dado que en la realidad concreta la sociedad civil y el Estado se identifican, la conclusión es que también el liberalismo es una 'reglamentación' de carácter estatal, introducida y mantenida por vía legislativa y coercitiva: es un hecho de voluntad consciente de los propios fines y no la expresión espontánea, automática del hecho económico. Por consiguiente, el liberalismo es un programa político, destinado a modificar, en cuanto triunfe, el personal dirigente de un Estado y el programa económico del Estado mismo, es decir, a modificar la distribución de la renta nacional²²⁴.

O capitalismo, está mais que provado, não tem capacidade para gerir as diversas fases do ciclo econômico, mas, sobretudo, já nem sequer consegue manter uma ilusão de

²²³ AVELÃS NUNES, *op. cit.*, p. 218.

²²⁴ GRAMSCI, Antonio. *La política y el Estado moderno*. 1. ed. – Buenos Aires: Arte Gráfico Editorial Argentino, 2012. p. 113.

crescimento distribuído conforme a ideia de justiça social estruturada na perspectiva de redução das desigualdades, que é, ao mesmo tempo, o telos e a base operacional da democracia.²²⁵

Um modelo de capitalismo sem Estado e democracia encontramos na utopia de Friedmam e Hayek, da ditadura da economia de mercado capitalista acima de qualquer correção democrática. De fato, bloqueadas as instâncias mediadoras políticas, é dizer, os caminhos democráticos de articulação de interesses e esclarecimento de preferências, restarão apenas os protestos extra-parlamentares, sempre emocionais, irracionais, fragmentados e irresponsáveis (tivemos isso bem claro no Brasil, com os recentes movimentos sociais sem objetivos definidos, que não duraram e quase nada mudaram).²²⁶

Nada obstante a respeitável defesa da retirada do Estado, nos dias atuais há um quase consenso sobre a relevância do papel estatal – o que fica mais evidente nas crises do capitalismo e nas crises de segurança, em que o Estado é chamado para restabelecer a ordem e a paz social. Para Peces-Barba:

la ideología que impulsa los derechos sociales los entiende en una dialéctica entre el Estado y la sociedad civil, siendo la interacción de ambas dimensiones imprescindible para sua existencia. No hay derechos sociales sin intervención del Estado, y sin la participación de los ciudadanos reclamando de éste, por un procedimiento jurídico, situado en la democracia parlamentaria-representativa²²⁷.

Polanyi aponta o paradoxo liberal capitalista em sua dimensão de livre mercado:

(...) la introducción de mercados libres, lejos de suprimir la necesidad de ordenación, de regulación y de intervención, han aumentado el alcance de estos (...) Así que, incluso los que deseaban con más ardor, liberar al Estado de toda tarea inútil, sólo han podido investir a este mismo Estado de poderes, órganos y instrumentos nuevos, necesarios para el establecimiento del laissez faire (...)²²⁸.

Parece evidente que a utopia estatolátrica, a sustentar a plenipotencialidade do Estado para resolver todos os conflitos e atender todas as contingentes necessidades sociais,

²²⁵ A ideia de democracia tem como base o equilíbrio entre justiça social e justiça de mercado.

²²⁶ Destacam-se as ideias dos autores libertários NOZICK, Robert (*Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011), FRIEDMAN, Milton (*Capitalismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Abril, 1984) e HAYEK, Friedrich (*O caminho da servidão*. 6. ed. - São Paulo: Mises Brasil, 2010), refutando o Estado Social distributivo e o igualitarismo. O primeiro, com a chamada Teoria da Titularidade, e os outros dois com base em fundamentos individualistas descritos no libertarismo instrumental de matriz econômica. Friedman, expoente da Escola de Chicago, vinculado ao monetarismo, combate duramente o keynesianismo (e as ideias de gasto público com o Bem-Estar) defendendo a economia de livre mercado. Hayek afirmou que a expressão justiça social deveria ser abolida do dicionário dos economistas. Ambos, defensores dos modelos solipsistas de econometria, têm um papel muito importante no triunfo do ultraliberalismo como nova verdade irrefutável.

²²⁷ PECES-BARBA, Gregório. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Madrid: DYKINSON, 1999. p. 34.

²²⁸ POLANYI, Karl. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Traduzido por Julia Várela y Fernando Alvarez-Uría. Madrid: Ediciones de la Paqueta, 1989. p. 233.

não resiste às tendências de pluralismo e à policontexturalidade da sociedade pós-moderna. Mostram isso Boaventura, Teubner, Canotilho e tantos outros.

O discurso hoje dominante advoga que o Estado Social, no entanto, carece de uma nova formatação de seus aparelhos para enfrentar as novas necessidades e contingências que caracterizam a chamada modernidade tardia, que se projeta no contexto da globalização. O Estado tende a transformar-se, adaptar-se aos novos tempos. Seus elementos, tensionados pelas crises, passam por uma releitura e estão sendo redesenhados, quiçá com a tinta da flexibilização determinante de um esmaecimento socialmente perigoso, embora economicamente vantajoso. Adaptação é, pois, a palavra-chave do momento contemporâneo, como bem refere Nicholas Barr: "*In the face of all these changes, the word 'adapting' is key*".²²⁹

A instituição estatal, atravessando crises, permanece insubstituível, mas demanda um conjunto de transformações que, longe de serem superficiais, são de ordem estrutural e contribuem para redesenhar a figura do Estado. É, pois, precipitado imaginar que a presença do Estado seja dispensável, quanto mais não fosse, para desempenhar o papel de mediador das forças e dos interesses dos vários atores que, tendência da pós-modernidade, passam a compor o processo político-democrático, cada vez mais marcado pela pluralidade de ideias, interesses e atores²³⁰.

Na Europa, os avanços histórico-políticos decorrentes de um consenso fundamental de solidariedade social, refletidos no Estado do Bem-Estar Social, desde o pós Segunda Guerra Mundial, em três décadas de predomínio das ideologias ultraliberais e neoconservadoras, se esboroam e desaparecem sem muita resistência, rumo à liquidação. Esse parece o ponto fundamental que precisamos tocar. Não há resistência. Dá-se por certo que as ideias do Estado do Bem-Estar Social, filosóficas, financeiras e políticas, devem ser abandonadas. A sociedade está desarticulada e parece aceitar de bom grado que seus direitos sejam solapados. Está, pode-se dizer, anestesiada, assim como cooptada pelo irresistível discurso ultraliberal, sua representação política. Com a crise de 2008, que tinha tudo para escancarar a falácia liberalista, desnudando sua face escusa e arriscada, ocorreu o contrário - foi o Estado Social duplamente punido: os recursos dos serviços sociais foram desviados para apagar o incêndio dos sistemas financeiros em crise, mas também as ajudas financeiras externas, por imposição do Banco Central Europeu, foram condicionadas a desnecessários cortes no Bem-Estar Social²³¹.

²²⁹ BARR, Nicholas. *The Welfare State as Piggy Bank: Information, Risk, Uncertainty, at the Role of the State*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2003. p. 272.

²³⁰ Consultar, a propósito, CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

²³¹ Alguns, em termos puramente ideológicos, combatem o Estado, empurrando-o para um Estado mínimo e subsidiário. Outros salientam a lógica econômica: o equilíbrio do déficit orçamental indispensável à criação de clima atrativo para investimentos não é compatível com uma Administração

Paulo Krugman, sobre a hegemonia ultraliberal que golpeia sem dó o Estado Social, exigindo o seu desmanche, disse que "Não o fazem porque creem que isto contribuirá para sair da crise. Fazem-no porque odeiam profundamente o Estado de Bem-Estar"²³². No banco dos réus está a célebre política do *déficit spending*: endividamento do Estado com a finalidade de financiar a despesa pública, sobretudo a despesa social.

8. DA UTOPIA DA AUTOSSUFICIÊNCIA DAS NORMAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS À INSUFICIÊNCIA DO SUPERDISCURSO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No contexto de crise econômica globalizada (facilitada ou não pela globalização), os Estados são tensionados para enxugar seus modelos de bem-estar. A remodelagem, sob o influxo ultraliberal, passa desgraçadamente pela limitação de direitos sociais. Bem por isso, é compromisso da Ciência do Direito – e até aqui falei de possibilidades econômicas – com a construção de uma dogmática que responda à necessidade de proteção dos direitos sociais. Seja como estabilizador e generalizador de expectativas sociais, seja como regulador de condutas ou ainda como instrumento de transformação social, parece intangível a atuação diretiva do direito na "luta pelos direitos sociais", e isso não prescinde de construções jurídicas dogmáticas e filosóficas que impeçam o seu solapamento. O direito, notadamente o constitucional, por sua capacidade de direção, constitui ainda o instrumento mais eficaz de tutela dos direitos sociais. Canotilho explica:

Se a 'lógica dirigente' está hoje posta em causa, isso não significa que o direito tenha deixado de se assumir como instrumento de direcção de uma comunidade juridicamente organizada. A Constituição pode ter deixado de ser uma norma dirigente, mas não está demonstrado que não tenha capacidade para ser uma norma directora. Mesmo tendo em conta as críticas dirigidas contra o normativismo constitucional (a que atrás fizemos referência) cremos que o direito continua a ser um instrumento fiável e incontornável de comando numa sociedade²³³.

As Constituições representam a barreira jurídica que pode garantir sobrevida aos direitos sociais, inequivocamente, ao lado dos direitos econômicos e culturais, espécie de direitos fundamentais, como afirmaram, entre outros, Habermas, Ferrajoli, Canotilho, Peces-

Pública herdada do "Estado máximo" (CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 19, n. 67, p. 15-68, 2008).

²³² BURGAYA, Josep. *El Estado de bienestar y sus detractores*: a propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo. Barcelona: Octaedro, 2013. p. 113.

²³³ CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 19, n. 67, p. 15-68, 2008. p. 29.

Barba, Pérez Luño, Jorge Miranda, Gilmar Mendes, Bolzan de Moraes e Jairo Schäfer,²³⁴ impedindo que se tornem objeto de transigências políticas e econômicas. Brasil e Portugal, por vontade social vertida nos seus textos constitucionais, afirmam a centralidade dos direitos fundamentais e o modelo de Estado Social Democrático de Direito, vale frisar, o compromisso do Estado, legitimado pela própria normatividade da Constituição, não apenas com o reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais, mas, também, com a preservação de seus conteúdos diante das ameaças ultraliberais.

Mas foi com a preocupação dogmática que o Estado Social se fez "montanhas de leis". Além de outros problemas, sabemos, a normatividade nem sempre tem sua eficácia social garantida. Bem dizia Morus, que, para os utopianos, "é suprema iniquidade manter os homens sob uma infinidade de leis que ninguém chegará jamais a conhecê-las todas ou mesmo lê-las, além de serem demasiado confusas para que o cidadão comum possa mesmo compreendê-las".²³⁵

Impende falar então acerca da assimetria entre a normatividade e a teoria dos direitos fundamentais e a sua efetivação social, notadamente sobre o déficit de implementação das políticas públicas sociais. Como condição de possibilidade, refiro duas posições cediças na dogmática jurídica. A primeira, no sentido de que o Estado, para que possa ser considerado de Direito, precisa contar (i) com um conjunto de normas garantidoras de direitos fundamentais de natureza civil, política, econômica e social e (ii) também com um sistema efetivo de promoção e garantia desses direitos que possibilite o seu pleno gozo pela população. O Estado de Direito não se realiza, pois, pela mera existência de um sistema formal de regras jurídicas e pela substituição da discricionariedade do governante pela discricionariedade da vontade do legislador. A segunda, a ditar que, no Estado Social Constitucional de Direito, não é a vontade do legislador que deve prevalecer para conter o arbítrio do governante, mas sim a vontade da Constituição que se deve sobrepor tanto ao legislador como ao governante. Nesse modelo, adotado pelo Brasil, a Constituição não se limita a fixar os parâmetros de organização jurídica e política do Estado e vai mais longe para outorgar *poder normativo vinculante* aos valores-programas que estruturam a ordem social. Mesmo quando válida, a norma que contrarie valores, princípios ou regras constitucionais perde o seu fundamento de legitimidade e torna-se inválida.

Há hoje um quase consenso no sentido de que os direitos sociais, antes de tudo direitos humanos, estão enquadrados na espécie dos direitos fundamentais, conferindo,

²³⁴ Por todos, citamos Schäfer, no seu ensaio sobre a classificação dos direitos fundamentais, na defesa da proposta de um sistema de compreensão unitária desses direitos, um contributo importante, disse Gilmar Mendes, para "combater a hierarquia valorativa que, para justificar o postergamento da incorporação dos direitos fundamentais sociais, empurra-os a um segundo plano" (SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 14).

²³⁵ MORUS, T. *A Utopia*, p. 88.

portanto, a seus titulares um feixe de posições jurídicas subjetivas em face do Estado. Natural consequência disso é atribuir-se a vários legitimados a possibilidade de demandarem judicialmente em defesa de seu direito subjetivo.²³⁶ O art. 6º da CR/88 dispõe que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição.

Ocorre que, no último quartel do século passado e nesse limiar do século XXI, experimentou-se um considerável avanço no plano teórico-normativo constitucional dos direitos fundamentais. Pode-se hoje contar com um arcabouço normativo com assento constitucional e uma racionalidade teórica bem construída, suficientes para justificar estarmos, no Brasil, identificados com o ideário do *Estado Constitucional Democrático Social de Direito*.²³⁷ Dito avanço, todavia, não se refletiu no campo social, na esfera da realidade palpante da vida das pessoas. É, pois, paradoxal “a prodigalidade discursiva no campo do direito sem compromisso com o efeito transformador da base material da Constituição”²³⁸.

Como bem observa o Ministro do STF e professor Luiz Edson Fachin:

Do descompasso entre o prodigioso discurso principiológico e a realização que o circunda, se extrai uma importante lição. Materializar a comunhão da teoria e da práxis na prospectiva efetivação de nossa Constituição é tarefa que ainda não se cumpriu. O desafio é a reconstrução da identidade do discurso jurídico diante do real, das condições materiais de vida, sem montagens efêmeras ou capengas. Poderá vir outra linguagem e outros significantes desde que essa nova genética seja realmente para construir, e não apenas para iludir²³⁹.

No caso brasileiro, as políticas públicas na área da seguridade social (saúde, assistência e previdência), por exemplo, são deficitárias. Não é preciso esforço para perceber-se que o nosso sistema de saúde, devido ao subfinanciamento (desobediência reiterada do teto mínimo constitucional), está muito aquém do que seria minimamente satisfatório para a implementação do direito fundamental à saúde, direito social universalizado na Constituição de 1988. O atendimento é precário, não há hospitais em número suficiente e o fornecimento de medicamentos não atende suficientemente à demanda,²⁴⁰ que se encontra ampla e

²³⁶ Cf. posição defendida, entre inúmeros outros constitucionalistas, por Gomes Canotilho, Ingo W. Sarlet, Paulo Bonavides, Gilmar Mendes, Jorge Miranda e Luís Barroso.

²³⁷ Passamos, pois, da *crise de reconhecimento* dos direitos para a *crise de efetividade*; já não se busca mais o reconhecimento e a justificação dos direitos do homem, e sim a sua proteção. O problema não é mais filosófico, mas sim político (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24).

²³⁸ FACHIN, Luiz Edson. A Constituição nossa de cada dia. *Jornal Carta Forense*. Abr. 2011. p. 16.

²³⁹ FACHIN, idem, *ibidem*.

²⁴⁰ Ver, a propósito, relatório do Tribunal de Contas da União sobre o sistema público de saúde no Brasil, mostrando uma profunda desigualdade regional e uma abissal distância dos padrões observados nos países desenvolvidos que integram a OCDE. Consultar a íntegra da pesquisa em:

patologicamente judicializada. No sistema de previdência, da mesma forma, há uma nítida tendência de limitação de direitos reconhecidos e positivados, de modo que a própria constitucionalização dos direitos sociais não os imuniza contra a *reversibilidade*. De emenda em emenda, a Seguridade Social se esboroa e perde a sua condição de garante diante dos riscos sociais!

9. A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL – PRINCÍPIO JURÍDICO OU UTOPIA?

A limitação da liberdade do legislador ocorre de dois modos nos textos constitucionais (dirigentes): de um lado, positivamente, mediante o dever de legislar em favor dos direitos fundamentais sociais; de outro, por meio do controle que os tribunais exercem, não apenas sobre o aspecto formal (procedimental) da elaboração das leis, mas também sobre o seu conteúdo material, no âmbito das limitações interpretativas, incorporando e zelando pelos valores previstos na Constituição, enquanto re-construção do próprio Estado de Direito perante a sociedade.

A vedação de retrocessos sociais, se aceita como princípio constitucional, representa que estarão vedadas todas as formas de mutações constitucionais que limitem os direitos sociais, seja mediante práticas estatais que violem, formal ou materialmente, a Constituição, seja pela imposição de limites arbitrários ao exercício de tais direitos, seja mediante interpretação que limite ou aniquile os núcleos essenciais dos direitos sociais, conferindo às suas normas de reconhecimento um sentido despido de razoabilidade ou desproporcional.

O assunto é polêmico nos planos teórico e jurisprudencial. Autores de nomeada, como Ingo Sarlet, Jorge Miranda, Vieira de Andrade, Paulo Otero e Canotilho, reconhecem a proibição de retrocesso social. Este último, por todos, sustenta que "o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados por meio de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, em anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial".²⁴¹

http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/032.624-2013-1%20Fisc%20Saude.pdf. Acesso em 30 ago. 2020.

²⁴¹ Em outros trabalhos, Canotilho relativiza seu discurso apontando para a insustentabilidade do princípio da *não reversibilidade social* na crise econômica do Estado Social, sobretudo em face da bancarrota da previdência social, embora advirta não haver motivo para os princípios do Estado de Direito não valerem diante de eventuais "desarrazoabilidades" legislativas, é dizer, quando as soluções legislativas representarem uma desproporcionada e retroativa afetação de direitos subjetivos radicados (CANOTILHO, J. J. G. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 111).

Se é certo que devemos refletir sobre as possibilidades materiais do Estado do Bem-Estar Social, que "não pode ser mais do que pode ser", não menos certo é que qualquer abordagem séria não pode olvidar que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988 veda, no art. 60, parágrafo 4º, inciso IV, alterações no seu texto tendentes a abolir direitos fundamentais, e, sobretudo, que a exegese corrente deste dispositivo constitucional não se limita ao processo legislativo, encontrando integral operacionalidade no campo hermenêutico para limitar as interpretações que conduzam ao mesmo resultado proscrito.

No contexto da ideologia ultraliberal abandonaram-se os fundamentos jurídicos mais consistentes de debate do princípio da proibição de retrocessos sociais, tais como o princípio democrático, a hierarquia das normas e a necessidade de conferir-se eficácia ao sistema dos direitos fundamentais. Toda a argumentação concentrar-se hoje em um único argumento de ordem econômica: *a reserva do possível*.²⁴²

As limitações à eficácia dos direitos fundamentais sociais contidas na reserva do possível, indo ao encontro do programa ultraliberal, não escondem o seu caráter eminentemente econômico e consequencialista. É um discurso econômico banalizado que corrompe o código do sistema do jurídico (direito – não direito). Se é certo que os direitos sociais têm um custo econômico, não menos certo é que esse custo representa uma questão externa ao próprio reconhecimento do direito, condicionante de sua eficácia social.²⁴³

Nessa perspectiva, ao que penso, dever-se-ia operar a partir de algumas premissas distintas: (a) no plano do reconhecimento, no modelo de Estado Constitucional Social Democrático de Direito, a reserva do possível é indiferente (não se deve associar a estrutura jurídica do direito com o seu financiamento ou implementação prática);²⁴⁴ (b) no plano da legislação infraconstitucional, o legislativo, no âmbito da sua reserva de competência, vincula-se às regras e princípios constitucionais (à juridicidade), devendo prover sobre o custeio respectivo dos direitos sociais; (c) no plano do Executivo é que se pode avaliar a capacidade financeira de Estado efetivar os direitos sociais, até o limite do seu núcleo ou conteúdo essencial; (d) no plano jurisdicional, a reserva do possível constitui uma *tese defensiva* que precisa ser comprovada, incumbindo a quem a alega o ônus de comprová-la atuariamente, não sendo bastantes abstrações do tipo "o orçamento público é deficitário,

²⁴² Ver, a propósito, NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁴³ Cass Sustein e Stephen Holmes afirmam que não são apenas os direitos de liberdade positiva que têm custo para o Estado, também os direitos negativos. De rigor, todos os direitos reconhecidos são positivos, na medida em que demandam alocação de recursos, direta ou indiretamente, embora nem todos se submetam às limitações da reserva do possível (SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The costs of the rights: why liberty depends on taxes*. NY-London: V. W. Norton & Company, 1999. p. 43).

²⁴⁴ Pérez Luño situa o problema na fixação dos objetivos básicos do Estado Constitucional de Direito, consubstanciando um sentido ético garantista de reconhecimento dos direitos fundamentais (valores éticos da pessoa) a impedir tanto o retrocesso social como o crédito ilimitado às alegativas vazias de insuficiência financeira (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. - Madrid: Tecnos, 2005. p. 631-632).

está comprometido como outras políticas públicas mais relevantes", "a seguridade social irá à bancarrota", quando não demonstradas.

É dever do Estado otimizar seus recursos voltados à satisfação dos direitos sociais, que não podem ser sacrificados por simples alegações de escassez de recursos, nem mesmo por real escassez no âmbito da normalidade. O compromisso da Justiça Social não deve ser com a minimização, mas com a maximização.

Dessarte, com Netto, tenho como certo que a *reserva do possível*, em situações de normalidade, não legitima constitucionalmente que se debilite a eficácia de direitos sociais, a ponto de retirar-lhes sua eficácia prestacional essencial, não sendo, portanto, óbice ao reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social.²⁴⁵

Não enxergo na efetivação de direitos fundamentais sociais, como são os da seguridade social, exemplificando, colisão entre interesses individuais (subjativados) e coletivos (da maioria, segundo o raciocínio utilitarista), à míngua também de um elemento de concretude. Só há conflito concreto. O interesse coletivo contido na contingência de recursos públicos (leia-se: economia de dinheiro público ou verbas orçamentárias) e todo o mais que inspira o raciocínio utilitarista da *reserva do possível* constituem, no mais das vezes, presunção abstrata e artificial, e não elemento concreto, dado real, embora se aceite uma perspectiva jurídica da reserva do possível (artificial) – ao lado da fática – que traduz a ausência de previsão da despesa na lei orçamentária, contingência que a dogmática tem superado com a criação do chamado núcleo essencial dos direitos sociais, que ficam sempre à margem da reserva do possível e imunizados contra os retrocessos.

10. O PARADOXO REDUCIONISTA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: ARTIFÍCIO SUBALTERNIZANDO OS DIREITOS SOCIAIS?

A ideia de recortar o núcleo essencial dos direitos sociais constitui hoje uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional que se coloca como última tentativa de garantia e imunização contra as leis e medidas restritivas desses direitos. No contexto global de precarização dos direitos sociais, talvez represente mesmo a tábua de salvação do Estado do Bem-Estar Social e dos direitos da seguridade social diante da escassez financeira.

Canotilho reconhece que o núcleo essencial desempenha um papel relevante na garantia dos direitos, mas adverte que a doutrina e a jurisprudência abraçaram uma posição cada vez mais conservadora: (i) as prestações existenciais partem do mínimo para uma existência minimamente condigna; (ii) são consideradas mais como dimensões de direitos,

²⁴⁵ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 165.

liberdades e garantias (direito à vida, direito ao desenvolvimento da personalidade, direito ou princípio da dignidade da pessoa humana) do que como elementos constitutivos de direitos sociais; (iii) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos, *prima facie* do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados diretamente da Constituição. E refere o constitucionalista lusitano:

Tal como se poderá ver na retórica argumentativa do Tribunal Constitucional Português no caso referente ao rendimento social de inserção (Ac. 590/02), a jurisprudência reconduz o direito ao rendimento social de inserção à ideia de “conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna” e acaba por colocar entre parêntesis os próprios direitos económicos, sociais e culturais. A metódica jurisprudencial tende a transformar-se em uma metodologia funcional de obtenção de vencimento decisório²⁴⁶.

Embora importante e indispensável, no Brasil e na Europa, a ideia da renda básica transforma a lógica do Estado de Bem-Estar Social em *lógica da esmola*. Avilta de forma drástica, no plano subjetivo-quantitativo, os direitos sociais, agora mera filantropia do Estado aos que se encontram abaixo do umbral da miséria.

Mas, embora utópico, não custa lembrar que "*La fortaleza del modelo nórdico descansa precisamente sobre los 'beneficios' que el sistema aporta a toda la sociedad y no solo a aquellos que encuentran en riesgo de exclusión o como último recurso*", disse Burgaya²⁴⁷.

11. O PARADOXO DA HIPERTROFIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM METADISCURSO QUE APRESENTA RISCOS

Mostra Canotilho que o arquétipo antropológico baseado na centralidade do indivíduo enquanto pessoa, cidadão e trabalhador deslocou-se para a acentuação da dignidade da pessoa como princípio fundante da sociedade, mas, simultaneamente, dessubstantizador da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais. A hipertrofia da dignidade da pessoa humana, refletida na jurisprudência constitucional portuguesa, aponta para o “esvaziamento solidarístico”:

O leading case é o Acórdão nº 509/02 do Tribunal Constitucional Português sobre o rendimento de inserção social que veio alterar o anterior regime do rendimento mínimo garantido. O cerne argumentativo do Tribunal acabou por ser o da conformidade ou não do regime legislativo definidor do subsídio de inserção social com o princípio jurídico-constitucional fundante da dignidade da pessoa humana. Esse princípio postularia sempre um agasalho prestacional assegurador de uma existência minimamente condigna. A

²⁴⁶ CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 19, n. 67, p. 15-68, 2008. p. 33.

²⁴⁷ BURGAYA, op. cit., p. 233.

dignidade da pessoa só seria afectada se o regime jurídico-legislativo não garantisse os “mínimos” da dignidade. O problema é que a estratégia discursiva do Tribunal, sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por proceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos *standards* mínimos da existência²⁴⁸.

12. A UTOPIA DO MODELO JUDICIAL DO JUIZ HÉRCULES QUE LEVA SOB OS OMBROS O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

No paradoxal cenário que apontamos, o entrelaçamento de ideias e de interesses marca a judicialização das relações sociais e económicas e a politização da justiça. Mais do que nunca, os juízes são chamados a decidir sobre questões sociais e políticas, muitas vezes diante de situações em que pessoas situadas nos umbrais da pobreza e da miserabilidade vêm mendigar apenas por condições de sobrevivência, porque nada mais lhes foi possível obter diante do Estado minimalista e miniaturizado. Este é o dilema que os juízes têm de resolver todos os dias, diante das tendências de desmantelamento do Estado Social.

François Ost recriou, na perspectiva pós-moderna, modelos de juiz baseados na mitologia grega: os juízes Júpiter, Hércules, Hermes²⁴⁹ e Janus.²⁵⁰

Júpiter é o juiz positivista, que adota o modelo piramidal de ordem jurídica, nos moldes kelsenianos. O direito é a lei estatal. Não consegue escapar do sagrado e da transcendência, baldadas as tentativas, e manifestamente entrou em desuso. Corresponde esse modelo piramidal às exigências do Estado Liberal do século XIX.

Hércules é o juiz que aparece no modelo iconoclasta que faz da sua figura a fonte única do direito válido e eficaz (Dworkin disse não ser Hércules um tirano usurpador que tenta enganar o povo, privando-o do seu poder democrático).²⁵¹ Este juiz inspirou as correntes realistas, especialmente o realismo norteamericano que influenciou a magistratura

²⁴⁸ CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 19, n. 67, p. 15-68, 2008. p. 21.

²⁴⁹ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

²⁵⁰ TEUBNER G. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, 1992. p. 1443-62.

²⁵¹ “Quando intervém no processo de governo para declarar inconstitucional alguma lei ou outro ato do governo, ele o faz a serviço de seu julgamento mais consciencioso sobre o que é, de fato, a democracia e sobre o que a Constituição, mãe e guardiã da democracia, realmente quer dizer” (DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 476).

brasileira e suas vertentes da jurisprudência sociológica. Corresponde esse modelo de "embudo" às exigências do Estado Social ou assistencial do século XX.²⁵²

Ost diz que nada será perdoado ao juiz assistencial, que precisa resolver todos os tipos de problemas, estar em todas as frentes, incluindo relativizar o mito da supremacia do legislador. É responsável pela criação do direito, que se resume à materialidade do fato, apesar de ser o melhor modelo de juiz para a solução dos problemas sociais. Ameaçado de transformar-se utópico, sobretudo diante da sua impotência para continuar cumprindo seu papel, tende a ficar hipostasiado e corre o risco de não sobreviver diante do novo modelo, o do juiz Hermes.

O juiz Hermes, "o Mensageiro dos Deuses", está sempre em movimento, está no céu e no inferno, ao mesmo tempo. Ocupa resolutamente o vazio entre as coisas e assegura o trânsito de umas e de outras.²⁵³ É o juiz da pós-modernidade, aberto à negociação, e que, por isso, não tem muito a ver com a solução das questões sociais. Sendo o juiz do consenso, do pluralismo e da mundialização, vai enfrentar problemas diante do desequilíbrio de forças que caracteriza as relações sociais e econômicas em geral, principalmente no Brasil.

A figura mítica do deus romano Janus, o guardião de portas e portões do começo e do fim, simboliza o pluralismo. Como Janus, tem duas faces: o direito, como discurso, operando fechado aos demais discursos, mas deles dependendo: "os fenômenos do pluralismo são, ao mesmo tempo, normas sociais e regras jurídicas, direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas e espontâneos.

O Estado do Bem-Estar europeu construiu-se sob os ombros do Juiz Hércules, muito mais na jurisprudência do que positivado. Cruz e Oliviero apontam o vazio normativo e a ausência de políticas legislativas como responsáveis pelo "fenômeno de reforço normativo do tipo jurisprudencial, a ponto de se poder afirmar que a existência de alguns direitos, não só os sociais, é muito mais fruto de um trabalho de criação judicial do direito do que de movimentos coordenados de governos ou de autoridades europeias".²⁵⁴

Ocorre que a jurisprudência, embora tenha um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais, além de atender às demandas sociais de forma fragmentada e atomizada (não molecular), não imuniza os direitos sociais reconhecidos contra o retrocesso nos momentos de crise econômica, é dizer, não garante a sustentabilidade.

De qualquer sorte, no Brasil, ainda não se pode abrir mão da judicialização, como disse em outro espaço, apesar de algumas externalidades negativas, o reconhecimento de direitos fundamentais sociais na via judicial ainda representa um contributo insubstituível no sentido da alavancagem da cidadania a partir da concretização de direitos da seguridade

²⁵² OST, François, idem, ibidem.

²⁵³ OST, François, idem, ibidem.

²⁵⁴ CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem-Estar. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 198-213, 2012.

social, notadamente em países periféricos como o Brasil, em que se somam quatro fatores judicializantes transversalmente paradoxais: a) a tendência de retração do Estado do Bem-Estar Social; b) a ineficiência das instâncias administrativas responsáveis concessão das prestações sociais a cargo do Estado; c) a limitação dos direitos sociais assegurados no texto constitucional por emendas que, de pouco em pouco, enxugam o rol de tais direitos, e d) o aumento exponencial dos índices de pobreza extrema e desigualdades.²⁵⁵

CONCLUSÃO

Sobretudo, não concluir, mas, sim, encaminhar reflexões. Poderia ficar por páginas a fio escrevendo sobre utopias e paradoxos do Estado Social. Deixei de dizer, *v.g.*, que o capitalismo exige garantias políticas, sociais, econômicas e jurídicas para os seus empreendimentos, quer ter a segurança que somente lhe podem oferecer as funções do Estado. Então, ao mesmo tempo, quer se autorregular e quer também que o Estado o faça. Quer pouca regulação, alguma regulação e às vezes muita regulação. Quer contar com atividade estatal protetiva forte, sobretudo contra a concorrência desleal, mas exige carga tributária e políticas aduaneiras amigáveis, condições de possibilidade daqueles serviços. Necessita um direito civil eficaz na proteção das suas propriedades (patrimônio), mas um direito do trabalho com tênue regulação (flexível); exige um Poder Judiciário ágil na cobrança de suas dívidas e com previsibilidade, mas vinculado ao eficientismo econômico que solapa as forças do direito (principalmente da Constituição), seu instrumental de trabalho. Precisa de mão de obra barata, como condição de investimento, mas mercados consumidores com capacidade de compra, contraditoriamente. Quer dominar todos os mercados e ao mesmo tempo sustenta a presença do Estado onde a lucratividade é baixa. Quer o fim do Estado Social, mas não assume as suas despesas, aliás, aceita que o Estado Social pague a conta do seu banquete. Assuntos que, devido ao limite do presente ensaio, ficam inconclusos e seu desenvolvimento deixo para uma oportunidade futura.

Ninguém se iluda! A defesa liberal da retirada do Estado, descartável como elemento de coesão social e substituível no poder coercitivo, não consegue esconder uma ideologia

²⁵⁵ VAZ, Paulo A. B. A Judicialização da Seguridade Social: importância na crise do Estado do Bem-Estar Social. In: O “estado de mal-estar social” brasileiro [recurso eletrônico] / José Ricardo Caetano Costa; Marco Aurélio Serau Junior; Hector Cury Soares (Org.) / Prefácio de Ricardo Antunes – Belo Horizonte: IEPREV, 2020. p. 277-295. O URL e os links para a integralidade do livro são os seguintes: <http://repositorio.furg.br/handle/1/8604>. <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/8604/capa-mesclado.pdf?sequence=3>. Acesso em: 30 ago. 2020.

neoliberal, nem sempre perceptível, de assunção de todos os mercados lucrativos. Não causa estranheza a proposta finalista, quando se percebe que o embate Estado social *versus* capitalismo de mercado é uma disputa puramente mercadológica, uma briga concorrencial. Os Estados do pós-guerra assumiram os serviços públicos essenciais e outros não tão essenciais, atuando mesmo como verdadeiros agentes econômicos sem qualquer pudor (Estado especulador, investidor, parceiro etc.). Se ficarmos apenas nos serviços públicos essenciais que hoje são oferecidos pelo Estado a custo baixo ou gratuitamente (saúde, segurança, educação, transportes públicos e até mesmo justiça), vamos ver que eles despertam a cobiça capitalista. São rentáveis fatias do mercado que estão sendo “mal geridas pelo Estado”, tido por perdulário, e que passariam a ser oferecidas remuneradamente pela iniciativa privada. São serviços e bens que podem ser adquiríveis segundo as regras do mercado. Tudo estaria certo, se isso não gerasse exclusão social. Esse é o ponto: novamente, apenas quem puder pagar pelos serviços poderá deles desfrutar! Estamos ou não diante de retrocessos sociais?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERT, Michel. *Capitalism against Capitalism*. London: Whurr, 1993.

AVELÃS NUNES, António José. *As voltas que o mundo dá..: reflexões a propósito das aventuras e desventuras do estado social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARR, Nicholas. *The Welfare State as Piggy Bank: Information, Risk, Uncertainty, at the Role of the State*.

BAUDRILLARD, *El paroxista indiferente*. Barcelona: Anagrama, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos Líquidos*. Traduzido por Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

Oxford/New York: Oxford University Press, 2003.

BECK, Ulrich. *A Europa alemã. De Maquiavel a "Merkievel": estratégias de poder na crise do euro*. Lisboa: Edições 70, 2013.

BRANKO, Milanovic. *Capitalismo sem rivais: o futuro do sistema que domina o mundo*. Tradução de Bernardo Ajzenberg. Ebook. Todavia, 2020.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado Republicano. *Lua Nova*, n. 62, 2004. p. 131-150.

_____. Cinco Modelos de Capitalismo. *Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas*, Textos para discussão, 280, maio 2011.

BURGAYA, Josep. *El Estado de bienestar y sus detractores: a propósito de los orígenes y la encrucijada del modelo social europeo*. Barcelona: Octaedro, 2013.

CANOTILHO, J. J. G. O Direito Constitucional como ciência de Direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). *R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg.* Porto Alegre, a. 19, n. 67, p. 15-68, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. Metodologia "fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. G. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem-Estar. *Revista Direito Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 198-213.

DAHRENDORF, Ralf. *Ensaio de Teoria da Sociedade*. São Paulo: Zahar e Universidade de São Paulo- USP, 1974.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPING-ANDERSEN, G. *The three worlds of welfare capitalism*. New Jersey: Princeton University, 1990.

FACHIN, Luiz Edson. A Constituição nossa de cada dia. *Jornal Carta Forense*. Abr. 2011. p. 16.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Abril, 1984.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Tradução Agassiz de Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GILPIN, Robert. *O desafio do capitalismo global: A economia mundial do século XXI*. Tradução Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2004.

GRAMSCI, Antonio. *La política y el Estado moderno*. 1. ed. – Buenos Aires: Arte Gráfico Editorial Argentino, 2012.

HAYEK, Friedrich. *O caminho da servidão*. 6. ed. - São Paulo: Mises Brasil, 2010.

MANNHEIM, Karl. *Ideologia e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

MARCUSE, Herbert. *El final de la utopía*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1986.

MAGALHÃES, Juliana N. O uso criativo dos paradoxos do direito: aplicação dos princípios gerais de direito pela Corte de Justiça Europeia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2. ed. – Ijuí: Unijuí, 2013. p. 285-328.

MARTIN, Hans-Peter; SCHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização*. São Paulo: Globo, 1998. p. 273-312 (Capítulo 8 - A quem pertence o Estado?).

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*. Disponível em: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf. Acesso em: 29 ago. 2020.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. - Madrid: Tecnos, 2005.

PECES-BARBA, Gregório. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*. Madrid: DYKINSON.

PETERSEN, Nikolai; SOUZA, Draiton Golçalves (org.). *Globalização e Justiça = Globalisierung und Gerechtigkeit*. Porto Alegre: Goethe Institut Inter Naciones, 2002.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Cambridge, MA: Belknap, 2014.

_____. *A Economia da Desigualdade*. Tradução de André Telles. 1. ed.. Rio: Intrínseca, 2015.

POLANYI, Karl. *La gran transformación: crítica del liberalismo económico*. Traduzido por Julia Várela y Fernando Alvarez-Uría. Madrid: Ediciones de la Paqueta, 1989.

RIBOTTA, Silvina. *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia: pobreza, redistribución e*

ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. 2. ed. – Ijuí: Unijuí, 2013.

SADER, Emir; GENTILI, Pablo (org.). *Pós-neoliberalismo II. Que Estado para que democracia?* 4. ed. - Petrópolis/RJ: Vozes, 1999.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário*. 2. ed. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STREECK, Wolfgang. *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático*. Lisboa: Actual, 2012.

MORUS, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

injusticia social. Madrid: CEPC, 2010.

SUSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The costs of the rights: why liberty depends on taxes*. NY-London: V. W. Norton & Company, 1999.

TEUBNER G. The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, 1992. p. 1443-62.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Paradoxos e Utopias do Estado do Bem-Estar Social: interface luso-brasileira. In: MENDES G. F.; MIRANDA, J. (Orgs.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: interface Portugal/ Brasil* (E-book). Brasília: IDP, 2014e. p. 135-174. Disponível em: www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooks. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. O paradoxo da transição demográfica e o futuro da Previdência Social. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 61, ago. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao061/Paulo_Vaz.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

_____. Previdência Social e a Transição Demográfica. In: FERNANDES, A. P; SANTOS, R. C; SERAU JR. M. A. (coord.). *Direito Previdenciário em Tempos de Crise*. Belo Horizonte: IEPREV, 2019.

_____. A Judicialização da Seguridade Social: importância na crise do Estado do Bem-Estar Social. In: O “estado de mal-estar social” brasileiro [recurso eletrônico] / José Ricardo Caetano Costa; Marco Aurélio Serau Junior; Hector Cury Soares (Org.) / Prefácio de Ricardo Antunes – Belo Horizonte: IEPREV, 2020. O URL: <http://repositorio.furg.br/handle/1/8604>. Disponível em: <http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/8604/capa-mesclado.pdf?sequence=3>. Acesso em: 30 ago. 2020.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS

Flávio Martins ²⁵⁶

RESUMO: A pouca implementação dos direitos sociais, especialmente na América Latina, fez nascer uma posição jurídica de difícil realização: os direitos sociais teriam os mesmos efeitos dos direitos individuais, numa espécie de “teoria unitária”. Entendemos que a diferença entre os direitos sociais e os direitos individuais não está na onerosidade, mas na forma: as normas-regra e as normas-princípio. Quanto às últimas, é imperioso identificar qual o “mínimo existencial” dos direitos sociais. Entendemos que o mínimo existencial varia de acordo com a cultura, a história e a realidade de cada país. No caso brasileiro, o mínimo dos mínimos existenciais é a educação pública de qualidade.

Palavras-Chave: Direitos Sociais – Eficácia – Mínimo Existencial – Educação

ABSTRACT: The implementation of social rights, especially in Latin America, gave rise to a legal theory difficult to accomplish: social rights would have the same effects as individual rights, in a kind of "unitary theory". We understand that the difference between social rights and individual rights is not in onerosity, but in form: the norms-rules and norms-principles. It is imperative to identify the "minimum existential" of social rights. We understand that the existential minimum varies according to the culture, history and reality of each country. In the Brazilian case, the minimum of existential minimums is quality public education.

Keywords: Social Rights - Effectiveness - Existential Minimum – Education

1. PROLEGÔMENOS

“Esperar tantos anos torna tudo mais urgente e a sede de uma espera só se estanca na torrente”, disse Sérgio Godinho, em uma de suas canções mais conhecidas e geniais: “Liberdade”. De fato, o tempo longo de espera faz com que a ansiedade e o desejo por uma pronta solução aumentem. Assim agem a jurisprudência e parte da doutrina brasileira, que, diante de tantos séculos de profundo descaso à concretização dos direitos sociais, tentam encontrar saídas rápidas, soluções fáceis para problemas históricos e complexos.

Indubitavelmente, a natureza e a eficácia dos direitos sociais são alguns dos temas centrais da doutrina constitucional contemporânea. Quanto à primeira questão (a natureza

²⁵⁶ Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela, na Espanha. Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado do curso de Mestrado em Direito da Universidade Portucalense, em Portugal. Coordenador da Pós-graduação em Direito Constitucional do Damásio Educacional. Autor dos livros “Curso de Direito Constitucional” e “Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica”, ambos da editora Saraiva.

dos direitos sociais), a Constituição brasileira facilita o trabalho dos constitucionalistas, na medida em que inclui expressamente os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais. De fato, os direitos sociais são formalmente fundamentais (estão previstos no texto constitucional como direitos fundamentais) e materialmente fundamentais. Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, “a fundamentalidade material está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição (...) dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana”²⁵⁷. Nesse sentido, concordam com a fundamentalidade dos direitos sociais autores como José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Vital Moreira, Ricardo Maurício Freire Soares²⁵⁸, dentre outros.

Não obstante, embora os direitos sociais sejam considerados direitos formal e materialmente fundamentais, ao menos no Brasil e demais países sul-americanos, identificar a eficácia de tais direitos não é tarefa tão simples.

2. REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

Como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, “mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais existe tanto quem queira negar os direitos sociais a aplicação do regime jurídico pleno assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, quanto quem discuta o exato conteúdo deste regime”²⁵⁹. Prossegue o autor: “um problema central relacionado com a própria eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais é o de estabelecer, no âmbito do marco constitucional brasileiro (e, portanto, de modo afinado com os limites do nosso direito constitucional positivo), os contornos do seu (dos direitos sociais) respectivo regime jurídico-constitucional, o qual, além do que expressamente – e implicitamente – foi estabelecido pelo Constituinte, tem sido objeto de fecundo – mas amplamente controverso – desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial”²⁶⁰.

²⁵⁷ *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 26.

²⁵⁸ Segundo o autor, “a partir da leitura principiológica da dignidade da pessoa humana, pode-se asseverar que o sistema constitucional brasileiro não previu nenhum regime jurídico diferenciado para os direitos fundamentais, seja para os direitos individuais, seja para os direitos sociais. Esse entendimento se reforça pela constatação de que o Poder Constituinte pátrio optou por um modelo de constitucionalismo dirigente, a ser implementado por um Estado intervencionista no campo econômico-social (arts. 1º e 3º), além da Carta Magna, no art. 5º, § 1º, estabelecer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, aqui englobando todas as normas de direitos fundamentais, até mesmo aquelas que regulam os direitos sociais, e não somente as que tratam dos direitos individuais dos cidadãos. (...) Sendo assim, revela-se, portanto, insustentável a interpretação constitucional de que os direitos sociais a prestações positivas do Estado estão excluídos da categoria dos direitos fundamentais, não apresentando eficácia plena e imediata aplicáveis, porquanto a dignidade da pessoa humana e os demais direitos fundamentais, inclusive individuais, só se realizam plenamente com o reconhecimento da aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais” (*O princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 154).

²⁵⁹ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 47.

²⁶⁰ Op. cit.

Em outras palavras, Ana Carolina Lopes Olsen também afirma que “há que se ter em mente, entretanto, que apesar da fundamentalidade que une os direitos sociais na Constituição, as respectivas normas apresentam diferentes estruturas deônticas, ora estabelecendo prestações de cunho positivo por parte dos poderes públicos, ora estabelecendo uma posição de defesa do seu titular contra a ingerência do Estado”²⁶¹.

A doutrina constitucional pode ser assim dividida, no que toca ao regime jurídico-constitucional dos direitos sociais: a) *teoria unitária*, para a qual direitos sociais e direitos individuais fazem parte do mesmo fenômeno constitucional (ainda que, para alguns, com algumas variações); b) *teoria dual*, para a qual direitos sociais e direitos individuais são institutos diversos, com regimes jurídicos diversos; c) *teoria mista*, que reconhece a diferenciação entre os dois direitos, mas visa a reaproximá-los.

Segundo a *teoria unitária*, todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais, sejam sociais têm o mesmo regime jurídico-constitucional. “A sua defesa, em Portugal, é ainda relativamente recente. Teve início no final da década de 80 do século passado, pelo contributo de André Salgado de Matos, tendo sido densificada e defendida com mais rigor por Jorge Reis Novais. No Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet defende, mais matizadamente, uma dogmática tendencialmente unitária’, que ‘não é incompatível com alguma diferenciação interna”²⁶².

A *teoria dual*, estimulada pelos textos constitucionais que separam os direitos individuais, de um lado, e os direitos sociais, de outro lado, bem como os tratados internacionais que tratam dos direitos de forma diversa, entende que direitos individuais e sociais têm sistemas jurídicos diversos, já que essencialmente diferentes: “uma perspectiva didática e tradicional tem defendido uma *antinomia de raiz* entre os direitos fundamentais clássicos e os (mais recentes) direitos econômicos, sociais e culturais, que interagem entre si numa permanente “área de tensão”. (...) A ideia fulcral é a de que os direitos de liberdade tradicionais se realizam por si mesmos, enquanto os direitos sociais são ‘direitos de criação’(...) que carecem de concretização legislativa”²⁶³. Muitas seriam as supostas distinções entre direitos individuais e sociais, que os colocariam em categorias distintas: a) enquanto os direitos individuais seriam “negativos”, os direitos sociais seriam “positivos”; b) a titularidade seria distinta, já que os primeiros seriam universais e os últimos setoriais; c) enquanto os primeiros exigem uma abstenção, os últimos exigem uma ação, dentre outras diferenças.

²⁶¹ *Op. Cit.*, p. 47.

²⁶² Catarina Santos Botelho. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise.*, p. 291.

²⁶³ Catarina Santos Botelho. *Op. Cit.*, p. 279. Continua a autora: “a distinção entre direitos de liberdades e direitos sociais teve eco tanto em teses: a) *substancialistas ou essencialistas*, para as quais a distinção entre os direitos assume uma natureza material associada a uma superioridade hierárquica dos primeiros em relação aos segundos; b) *e formais*, que apelam a diferenças estruturais, de regime entre ambos os direitos, à natureza dos deveres estatais envolvidos, à maior ou menor determinabilidade do seu conteúdo” (p. 279).

Por fim, uma terceira via, conciliatória (a *teoria mista*), tenta aproximar os direitos individuais e sociais, preservando e reconhecendo suas distinções. Se o critério da onerosidade não é capaz de diferenciar direitos sociais e individuais (já que todos os direitos têm seus custos), bem como o tradicional critério da ação e abstenção (já que todos os direitos geram obrigações de fazer e não-fazer ao Estado), bem como a titularidade setorial dos direitos sociais é um equívoco doutrinário, um fato há de ser reconhecido: em regra, os direitos sociais estão consagrados em normas sem determinabilidade constitucional, carecendo de concretização legislativa. Isso se dá porque, em regra, os direitos sociais, para serem implementados, precisam de uma maior ação por parte do Estado. As normas constitucionais definidoras de direitos sociais são normas-princípios, e não normas-regras. Somente quando o constituinte originário entendeu extremamente urgente e prioritário o cumprimento do direito social é que o definiu através de uma norma-regra. Outrossim, essa indeterminabilidade dos direitos sociais também tem um condicionante diverso: a reserva do financeiramente possível, como afirma a doutrina: “esta indeterminabilidade não é apenas ‘semântica’, no sentido de juridicamente determinável mediante critérios interpretativos, mas ‘advém da reserva do (financeiramente) possível. Com efeito, o caráter indeterminado destas normas não alude à noção de *conceitos indeterminados* de que partilham grande parte das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, mas, mais complexamente, diz respeito a uma indeterminabilidade que carece de opções políticas, econômicas e sociais, a par da mera interpretação jurídica de normas”²⁶⁴.

Concordamos com a terceira via. No nosso entender, a eficácia da norma definidora dos direitos fundamentais (e isso se aplica tanto aos direitos individuais como aos direitos sociais) dependerá, inicialmente, da forma normativa que lhe é dada: norma-regra ou norma-princípio. O constituinte originário, para os direitos fundamentais que considerou essencial, não querendo deixar uma margem de concretização ao legislador ordinário, estabeleceu normas-regra, de cumprimento imediato e integral, não sujeito a ponderação ou sopesamento, aplicando-se de acordo com a máxima *ou tudo ou nada*, como afirma Ronald Dworkin. Nesses casos, além da dimensão objetiva que todo direito fundamental possui, a norma possuirá uma elevada dimensão subjetiva, como afirma Canotilho: “Alguns direitos econômicos, culturais e sociais, são verdadeiros direitos *self-executing* (ex: liberdade de profissão, liberdade sindical, direito de propriedade)”²⁶⁵. Essa aplicação imediata se dá por conta da estrutura da norma, por sua determinabilidade, como afirma a doutrina: “a determinabilidade consubstancia, assim, um passo lógico prévio à aplicabilidade direta: é porque os direitos resultam determinados ou determináveis que possuem a aplicabilidade

²⁶⁴ Catarina Santos Botelho. *Op. Cit.*, p. 302.

²⁶⁵ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 474.

direta”²⁶⁶. Dessa forma, as regras devem ser cumpridas integralmente, somente podendo ser excepcionadas em casos absolutamente excepcionais, como vimos acima. Nas palavras de Canotilho, nesses casos, estamos diante de “direitos originários a prestações”: “com base na indiscutível dimensão subjetiva dos direitos sociais afirma-se a existência de *direitos originários a prestações* quando: a partir da garantia constitucional de certos direitos se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos”²⁶⁷.

3. REGRAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOBRE DIREITOS SOCIAIS

Como afirma Jorge Reis Novais, as normas definidoras de direitos individuais ou liberdades públicas comumente são mais objetivas, precisas, específicas, trazendo importantes consequências: “no caso dos direitos negativos, se o direito é indiscutivelmente reconhecido e se a violação é objetivamente determinável e atalhável, não há dúvidas sobre a adequação de uma intervenção judicial de controle: a justiciabilidade do direito é plena porque qualquer juiz, recorrendo pura e simplesmente à verificação dos fatos, se pode bastar com critérios jurídicos para determinar a eventual violação do direito e encontrar, conseqüentemente, a correspondente reparação. Já no caso dos direitos positivos, quando se pede que o Estado atue, faça alguma coisa, só podemos determinar objetivamente uma violação se o ato devido for indiscutivelmente configurado como preciso, concreto, único e de realização exigível num tempo delimitado. Se não for assim, e na maior parte das situações envolvendo direitos sociais não é, ou seja, não é possível determinar um único ato constitucionalmente devido num determinado tempo, então já muito dificilmente conseguiremos demonstrar, recorrendo a critérios jurídicos, se a atuação ou não atuação do Estado é inconstitucional e, neste caso, como deveria ser necessariamente substituída por outra força dos ditames constitucionais”²⁶⁸.

No nosso entender, esse é o ponto principal para verificação da eficácia da norma definidora dos direitos sociais. A distinção entre direitos negativos e positivos está largamente enfraquecida na doutrina atual (e, por alguns, abandonada). Da mesma forma, parece ser equivocado o entendimento de que a titularidade é universal nos direitos de liberdade e setorial nos direitos sociais. Outrossim, a suposta exclusiva onerosidade dos direitos sociais parece ter sido igualmente abandonada (basta verificar os altíssimos custos para se manter um aparato eleitoral destinado a assegurar o direito de voto). O que definirá a eficácia da norma definidora dos direitos sociais é a sua estrutura como *regra* ou *princípio*. A

²⁶⁶ Catarina dos Santos Botelho. *Op. Cit.*, p. 297.

²⁶⁷ *Op. Cit.*, p. 473.

²⁶⁸ *Op. Cit.*, p. 125.

grande maioria das normas definidoras dos direitos sociais são normas-princípios, enquanto uma minoria são normas-regras.

Como afirma Ana Carolina Lopes Olsen, “foi a partir da distinção entre regras e princípios que uma série de problemas decorrentes da aplicação das normas de direitos fundamentais passaram a encontrar uma justificação racional, já que os critérios positivistas de subsunção se mostravam insuficientes para a solução dos casos concretos”²⁶⁹.

Assim como afirma Canotilho, “a teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre *normas* e *princípios* (*norm-prizip, principles-rules, norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: 1) as regras e princípios são duas espécies de normas; 2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas”²⁷⁰. De fato, a anterior classificação (hoje em dia praticamente em desuso) não considerava o princípio uma norma constitucional. Antes do neoconstitucionalismo, muitos diriam que os princípios previstos na Constituição sequer eram normas jurídicas, mas metas programáticas a serem cumpridas com o passar do tempo, de reduzidíssimo (ou inexistente) teor normativo. Bem, com o advento do neoconstitucionalismo, os princípios ganharam alto grau de normatividade e eficácia, motivo pelo qual, ao lado das regras, também são normas constitucionais.

Assim, em resumo, enquanto as **regras** são normas de conteúdo mais determinado, delimitado, claro, preciso²⁷¹, os **princípios** são normas de conteúdo mais amplo, vago, indeterminado, impreciso. O que diferencia a regra do princípio não é o assunto da norma jurídica, mas a forma através da qual ela é tratada. Por exemplo, o assunto “transporte” é tratado pela Constituição de forma diversa. Há um princípio constitucional, no artigo 6º, da Constituição Federal (alterado pela Emenda Constitucional n. 90/15) de que o “transporte” é um direito social. Trata-se de um princípio (a Constituição não diz a amplitude desse direito, os limites de sua proteção etc.). Trata-se de uma norma ampla, vaga e abstrata, prevendo o direito social ao transporte. Por sua vez, o artigo 230, § 2º, prevê que “aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”. A norma, que também trata de transporte, dessa vez é uma **regra** constitucional, pois é uma norma clara, precisa, delimitada. Ambas tratam do mesmo tema (transporte), mas a primeira é um princípio e a segunda é uma regra.

²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 63.

²⁷⁰ *Op. cit.*, p. 1144.

²⁷¹ Segundo Ana Paula de Barcellos, “a repercussão da estrutura das regras sobre sua eficácia jurídica é bastante evidente. Em primeiro lugar, as regras caracterizam-se pela eficácia positiva ou simétrica, isto é, pela possibilidade que oferecem de exigir-se, diante do Judiciário, exatamente o tal efeito definido por seu comando, e em particular as condutas que o concretizam. Essa é sua eficácia padrão, independentemente de qualquer referência explícita do texto legal nesse sentido. Na medida em que o efeito pretendido pela norma esteja de logo identificado, é natural que a modalidade de eficácia seja a positiva, tendo em conta o propósito da coatividade da ordem jurídica é realizar tais efeitos”. (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 108).

Outrossim, enquanto as regras devem ser cumpridas integralmente (aplicando-se a máxima “ou tudo ou nada”), os princípios devem ser cumpridos na maior intensidade possível (ou, como disse Robert Alexy, são “mandamentos de otimização”). Isso se dá exatamente porque os princípios são vagos, amplos, imprecisos. Impossível seria cumpri-los na integralidade, motivo pelo qual devem ser cumpridos na maior intensidade possível.

Dessa maneira, não pode o poder público descumprir a norma do artigo 230, § 2º, da Constituição Federal do Brasil, que trata da gratuidade do transporte urbano aos maiores de 65 anos. Trata-se de uma regra. O descumprimento ensejará a impetração de mandado de segurança por parte do titular do direito (ou outra medida coletiva juridicamente possível)²⁷².

Como afirma Ana Carolina Lopes Olsen, a regra só pode ser descumprida em casos excepcionais: “se um direito fundamental social se configura como regra, caberá ao intérprete tão-somente cumprir a conduta prevista em grau de definitividade na norma, adotando uma postura coerente com o mandado, proibição ou permissão nela estampados. Não haveria espaço para cumprir o mandamento apenas em parte, pois com o cumprimento integral dá-se a observância da norma, com seu cumprimento parcial ou não cumprimento, verifica-se sua violação. A lógica que sustenta a aplicação das regras é a do *tudo ou nada*. A única hipótese para a não aplicação da regra, como já referido, seria a existência de uma cláusula de exceção, que determina o seu afastamento. Seria o caso, por exemplo, de estarem presentes todos os pressupostos para a aplicação da regra segundo a qual a jornada de trabalho não poderá exceder oito horas diárias (art. 7º, XIII, Constituição Federal). Todavia, o trabalho realizado é o de contenção de um incêndio pelo único grupo de bombeiros de uma cidade pequena. Se todos os empregados abandonarem os postos de serviço quando encerrada sua jornada de trabalho, o incêndio assumirá proporções impossíveis de serem contidas. Nestas condições, outros princípios aplicáveis ao caso concreto acabam por representar uma cláusula de exceção que determina o afastamento da regra, apesar de presentes as circunstâncias de fato que determinariam sua aplicação”²⁷³.

²⁷² Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.768: “A norma constitucional é de eficácia plena e aplicação imediata”. A Ministra Relatora Cármen Lúcia, em seu voto, afirmou que: “os direitos dos idosos ao transporte gratuito, previsto na norma do § 2º do art. 230 da Constituição da República, é de eficácia plena e tem aplicabilidade imediata. Assim, desde a promulgação da Constituição da República, esse direito compõe o sistema normativo na condição de direito exigível pelos idosos, sem a necessidade de criação de qualquer outra norma que trate da matéria”. (grifamos)

²⁷³ *Op. cit.*, p. 68-69. Quanto aos princípios, afirma a autora: “no caso de direito fundamental social materializado sob a forma de princípio, vale observar que o mandamento jurídico poderá ser densificado a partir de circunstâncias fáticas ou jurídicas, de modo a gerar, ao final, também um mandamento definitivo – o qual não será *prima facie*, pois o mandamento definitivo *prima facie* só está presente nas regras. Voltando-se ao exemplo da norma prevista no inc. XXII do art. 7º da Constituição Federal, pode-se imaginar a situação de um trabalhador em uma mina. Se existem duas formas de escavação de um túnel, uma mais dispendiosa, mas mais segura, e outra mais econômica, entretanto, menos segura para o trabalhador, estará presente o mandamento definitivo, tal como de uma regra, que seja adotada a forma mais dispendiosa, porém mais segura” (p. 69).

Por sua vez, quanto à norma do artigo 6º, da Constituição (direito ao transporte), impossível o Estado cumpri-la integralmente. Cumprirá essa norma na maior intensidade possível, dentro dos limites fáticos, jurídicos e orçamentários. Isso por se tratar de um princípio.

Como se vê, ao contrário da Constituição alemã (que não prevê um rol de direitos sociais, malgrado preveja a cláusula do Estado Social), a Constituição brasileira adota, no tocante aos direitos sociais, um modelo híbrido: há normas constitucionais definidoras dos direitos sociais que possuem a forma de regras e outras a forma de princípios. Essa também é a conclusão de Ana Carolina Lopes Olsen: “parece mais adequado considerar os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional como pertencentes a um modelo normativo híbrido de regras e princípios”²⁷⁴.

No exemplo acima mencionado, um dos direitos sociais (o transporte) foi tratado pela Constituição por meio de regras (art. 230, § 2º, CF) e princípios (art. 6º, CF). A eficácia dessas normas, como vimos acima, é diversa. Enquanto a regra deve ser aplicada integralmente, no modelo *ou tudo ou nada* (como afirma Ronald Dworkin), os princípios devem ser aplicados na maior intensidade possível, já que são *mandamentos de otimização* (como afirma Robert Alexy). Sendo um princípio que estabelece um programa para o Estado, é uma *norma programática*, que, como vimos em item anterior, não é desprovida de eficácia, produzindo efeitos concretos, como lembra Canotilho: “a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: 1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes toma-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam”.

Esse modelo brasileiro (algumas normas-regras e muitas normas-princípio) é previsto por Jorge Reis Novais: “é certo que, em abstrato, o legislador constituinte poderia consagrar os direitos sociais com um outro grau, mais intenso, de determinação. Tal como o legislador ordinário, também ele poderia determinar precisa e especificamente aquilo que fica o Estado obrigado a prestar e determinar o conteúdo das pretensões subjetivas com uma tal precisão que possibilitasse a sua imediata judiciabilidade. Algumas Constituições, pelo menos pontualmente, adotam essa modalidade de positivação mais densa em algumas disposições sobre direitos sociais”²⁷⁵. Entendemos que tal modelo é um avanço, se comparado ao histórico de ineficácia sistemática dos direitos sociais, mas deve ser aplicado com cautela,

²⁷⁴ *Op. Cit.*, p. 72.

²⁷⁵ *Op. Cit.*, p. 143.

para não contrariar as vontades democráticas da maioria existente nas novas gerações. Outrossim, há um risco de constitucionalizar excessivamente a política.

Não obstante, esse modelo é passível de crítica: como manter os compromissos constitucionais originários em tempos de grave crise econômica? Como garantir juridicamente aquilo que não pode ser garantido pelos fatos? No nosso entender, diante de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, podemos encontrar a saída dada pelo constituinte originário. Ao estabelecer as cláusulas pétreas (matérias que não podem ser suprimidas da Constituição Federal), o constituinte originário de 1988 estabeleceu que não podem ser objeto de deliberação as propostas de emenda tendentes a abolir os “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV, CF). Embora parte da doutrina faça uma interpretação extensiva, ampliativa ou generosa desse dispositivo constitucional, parece clara a opção do constituinte originário: caso, no futuro, não seja possível continuar a cumprir os direitos sociais estabelecidos por normas-regras (como o artigo 230, § 2º, da Constituição Federal), poderá ser tal direito reduzido por emenda constitucional, desde que seja razoável e proporcional e desde que tal restrição não atinja o “núcleo essencial” do direito que, como veremos no item a seguir, em se tratando de direitos sociais, recebe o nome de mínimo existencial.

Dessa forma, podemos assim sintetizar: todas as normas constitucionais definidoras de direitos sociais (sejam elas normas-regras ou normas-princípios) produzem a eficácia objetiva, influenciando toda a interpretação da constituição, servindo de parâmetro para o controle de constitucionalidade, não recepcionando as legislações anteriores incompatíveis e vinculando o Estado (administração, juiz e legislador) a concretizar os ditames constitucionais. Por sua vez, quanto ao aspecto subjetivo, enquanto as normas-regras são de cumprimento imediato e pleno, as normas-princípio são objetivadas por meio do legislador ordinário e das normas concretas que implementam as políticas públicas. Quanto a estas últimas, afirma Jorge Reis Novais que “é ao legislador ordinário que cabe, em função das disponibilidades financeiras e das margens de avaliação e opção políticas de correntes do princípio democrático, determinar específica e concretamente, no domínio de cada direito social, o que fica o Estado juridicamente obrigado a fazer e o que pode o particular exigir judicialmente. Mas, neste sentido, como o direito social só cobra determinabilidade e conteúdo preciso através da legislação ordinária, isso significaria, diz-se, que a respectiva vinculatividade jurídica – seja como dever estatal ou como pretensão ou direito subjetivos – é uma criação infraconstitucional, da responsabilidade do legislador e, naturalmente, como é próprio do direito ordinário, na sua disponibilidade”²⁷⁶.

²⁷⁶ *Op. Cit.*, p. 142.

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E A EDUCAÇÃO

A teoria do *mínimo existencial* dos direitos sociais, que teve origem na Alemanha, fortaleceu-se ao longo das últimas décadas, sobretudo nos países em desenvolvimento, em razão do déficit histórico na implementação dos direitos sociais mais basilares, como saúde e educação. Essa teoria é uma tentativa de minimizar os riscos decorrentes da teoria da *reserva do possível*, sempre considerada um limite para a implantação dos direitos sociais. Como afirma Ana Carolina Lopes Olsen, “a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais também pode ser comprometida pela aplicação da reserva do possível, que enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou por ser ideologicamente manipulada, a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação dos recursos econômicos”²⁷⁷.

Ao contrário do que apregoa parte da doutrina, entendemos que a proteção ao *mínimo existencial* é constitucionalmente assegurada, sendo ela corolário do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

O *mínimo existencial* (máxime no seu aspecto mais estrito – o *mínimo vital*) decorre inegavelmente do direito à vida. Nesse sentido, Isabel Moreira afirma: “é urgente afirmar, pelo menos, o direito subjetivo ‘social’ a uma prestação (não necessariamente derivada, mas originária, e resultante já do próprio direito à vida) dirigida à garantia do mínimo de existência, impondo o correspondente dever de proteção às entidades públicas”²⁷⁸ (grifamos). Entendemos que o *mínimo existencial* constitucionalmente garantido não se restringe ao *mínimo vital*, cuja distinção fizemos em item anterior desse capítulo. Ora, como afirmou John Rawls, viver não consiste em simplesmente sobreviver, sendo necessárias condições mínimas para que a pessoa possa se desenvolver dignamente, atuando como um personagem político relevante, já que “abaixo de um certo nível de bem-estar material e social e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”²⁷⁹

Da mesma forma, como corrente na doutrina pátria e internacional, o *mínimo existencial* decorre em grande parte da dignidade da pessoa humana. Segundo Ana Paula de Barcelos, “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica”²⁸⁰. O próprio Otto Bachoff afirmava que

²⁷⁷ *Op. Cit.*, p. 312.

²⁷⁸ *A Solução dos Direitos. Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa*, p. 133

²⁷⁹ John Rawls. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 172.

²⁸⁰ *Op. Cit.*, p. 100.

“a prestação da dignidade humana requer não só a liberdade, mas também um nível mínimo de segurança social”²⁸¹.

Por fim, como vimos em item anterior, o mínimo existencial é corolário e elemento indispensável à realização da cidadania. Ora, como afirmou John Rawls, “em uma sociedade democrática, o poder político, que é sempre um poder coercitivo, é o poder do público, isto é, de cidadãos livres e iguais como um corpo coletivo”²⁸². Concordamos com o autor, na medida em que afirmava que essa igualdade dos cidadãos exige o mínimo de condições a fim de que cada pessoa tenha capacidade física, moral e intelectual de participar do corpo coletivo social.

A tutela de um *mínimo existencial* não está expressa na Constituição, que possui um rol mais dilatado de direitos sociais. Todavia, assim como outros princípios constitucionais (como a proporcionalidade, a mutação constitucional etc.), a tutela do *mínimo existencial* está implícita na Constituição. Outrossim, o argumento de que inexistente previsão constitucional expressa soçobra diante do declínio do positivismo jurídico desde os regimes sanguinários do século XX que ostentaram o ódio, a perseguição e a desigualdade no texto legislativo. A lei já permitiu outrora a escravidão, a morte, a retirada da nacionalidade, liberdade e vida de judeus, dentre outras atrocidades. A teoria do *bloco de constitucionalidade* nos permite compreender que a Constituição é muito maior que o texto constitucional.

O *mínimo existencial* dos direitos é irredutível, intangível, inviolável e não pode ser objeto de ponderações. Da mesma maneira que não se pode restringir o *núcleo essencial* dos direitos de defesa, não se pode negligenciar com as imposições de cumprimento do *mínimo existencial* dos direitos sociais.

Assim como ocorre com a definição do *núcleo essencial dos direitos fundamentais*, na abordagem do *mínimo existencial* existem duas teorias possíveis: a *teoria absoluta*, segundo a qual existe aprioristicamente um mínimo existencial dos direitos fundamentais, independentemente do contexto histórico, cultural e econômico e uma *teoria relativa*, na qual o *mínimo existencial* varia de acordo com a sociedade, moldando-se à nova realidade das pretensões e necessidades de cada país no seu contexto histórico. Parte da doutrina enumera um rol de direitos que, por razões jurídicas, sociais ou filosóficas, recebem o atributo de *mínimo existencial*. Trata-se de uma solução apriorística, independente da realidade social e das conjunturas econômicas. Essa indeterminação apriorística, em vez de ser um problema, é uma virtude pela qual o hermeneuta constitucional (e, à luz da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, todos somos potenciais intérpretes da Constituição do país) será capaz de extrair, à luz da conjuntura do país, o *mínimo existencial* dos direitos sociais.

²⁸¹ *Op. cit.*, p. 42.

²⁸² *O Liberalismo Político*, p. 255.

Posicionamo-nos de forma intermediária entre a *teoria absoluta* (que reconhece aprioristicamente um rol de direitos sociais mínimos, ou aspectos mínimos de alguns desses direitos) e a *teoria relativa* (segundo a qual o *mínimo existencial* dos direitos sociais é aferido no contexto histórico, político, cultural e econômico de cada país). Adotamos uma *teoria mista*, na qual, em regra, o mínimo existencial é aferido de acordo com o contexto histórico de cada país (*teoria relativa*), mas com um núcleo aprioristicamente reconhecido: a educação básica de qualidade, que chamaremos

Não sendo a educação tratada como o “mínimo dos mínimos”, a preponderância de outros direitos sociais sobre ela gera uma consequência perniciosa: os direitos sociais tutelados podem ser vistos como manobras políticas a uma sociedade inculta, benesses de uma gestão política “salvadora”, no claro “risco de se confundir os direitos sociais com caridade; a fragilização do processo de consolidação dos direitos em geral; o desestímulo ao exercício da cidadania ativa; e a abertura de espaço para que prestações sociais brasileiras sejam distribuídas não para emancipar os cidadãos, mas para mantê-los no estado que Kant chama de menoridade, e assim, evitar a expansão das cidadanias civil e política”²⁸³.

Dessa maneira, considerando-se a educação básica de qualidade como um mínimo dos mínimos essenciais, será possível concretizar a progressividade da implantação dos direitos sociais, na medida em que a sociedade estará cada vez mais instrumentalizada para exigir e até mesmo implementar diretamente muitos dos direitos constitucionalmente previstos. De certa forma, essa também é a conclusão de Martha Nussbaum, professora da Universidade de Chicago, na medida em que sugere a seguinte solução das “escolhas trágicas”: “quando nós notamos um conflito trágico, não podemos simplesmente torcer as mãos: temos que perguntar qual o melhor ponto a intervir para criar um futuro no qual essa espécie de escolha não confronte as pessoas”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler (VVDStRL) n. 12. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1954.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: 2002.

²⁸³ Karine da Silva Cordeiro. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial*, p. 295. Conclui a autora: “sendo o mínimo existencial condição do exercício da cidadania, não pode ser considerado princípio retórico ou favor do Estado, nem ser delegado à caridade pública ou privada, e muito menos transmutar-se em moeda de voto. Ademais de construir um patamar mínimo de concretização dos direitos sociais, o mínimo existencial representa um espaço plural de promoção e (re)construção da cidadania, a partir da inclusão de expectativas positivas, num diálogo dialético permanente entre as instituições democráticas” (p. 301).

BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 2012.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais e Mínimo Existencial: Uma Pauta Emancipatória para o Desenvolvimento da Cidadania*. Tese de Doutorado. PUC/RS. Porto Alegre, 2016.

MOREIRA, Isabel. *A Solução dos Direitos*. Liberdades e Garantias e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na Constituição Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Coimbra: Almedina, 2016.
_____. *Direitos Sociais*. Coimbra: Almedina, 2016.

NUSSBAUM, Martha. *Creating Capabilities – The Human Development Approach*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Curitiba: Juruá, 2008.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 172.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHO

THE NORMATIVE STRUCTURE OF SOCIAL RIGHTS OF WORK

Milton Vasques Thibau de Almeida²⁸⁴

RESUMO: O método comparativo revela uma influência do Direito do Trabalho ibérico sobre a Reforma Trabalhista brasileira, que, no entanto, tem particularidades próprias: introduziu alterações substanciais na estrutura normativa dos contratos individuais de trabalho e dos instrumentos de negociação coletiva. A Reforma Trabalhista também impôs uma desconstrução da jurisprudência trabalhista, limitou as funções interpretativa, integrativa e extensiva de direitos, que são inerentes ao exercício das funções jurisdicionais; vedou à Justiça do Trabalho restringir direitos legalmente previstos ou criar obrigações que não estejam previstas em lei, e instituiu o princípio jurídico da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Na análise do slogan “o negociado prevalece sobre o legislado”, podem ser verificadas várias inconsistências, como por exemplo, a ausência de lei para servir de contraposição à negociação coletiva; a lei supostamente superada (que regulamenta o Programa Seguro-Emprego) não se refere a matéria trabalhista e apenas autoriza os interessados a aderir às suas disposições; não há regulamentação legal para a participação nos lucros e resultados, e a lei que regulamenta o preceito constitucional que a institui apenas estabelece procedimentos a serem observados na negociação coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Estrutura normativa dos direitos sociais do trabalho; Reforma Trabalhista; força jurídica da jurisprudência; livre estipulação; intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

ABSTRACT: The comparative method reveals the influence of iberian labour law over the Brazilian Labor Reform, though has its own particularities: introduced substantial modifications over their structural rules of worker's individual contracts and the instruments of collective bargaining. The Labor Reform even has taken a labour jurisprudence disruption, has limited the interpretative, integrative and extensive functions, that are inherent to the employment of jurisdiction functions; has prohibited to the Labour Justice to limit rights created by the law or creates obligations not ruled by the law, and introduced the juridical principle of the collective bargaining minimum intervention. In the slogan “the negotiated prevails over the legislated” analyses, can be verified some wrongfulness, as for instance, the absence of law to make opposition to the collective bargaining; the law supposed to be overleaped (that takes rules to the Employment Protection Program) didn't refer to labour matter and only authorizes the interested people to take adherence to its dispositions; didn't have legal dispositions to the profits and results participation, and the law that increases the constitutional rule that creates it only disposes about proceedings to be followed in the collective bargaining.

284 Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos/Universidade de Coimbra. Professor Associado de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Itaúna. Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3a. Região (Minas Gerais). Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).

KEYWORDS: Worker's social rights structural rules; Labor Reform; jurisprudence creative power; freedom negotiation; collective bargaining minimum intervention.

INTRODUÇÃO

A recente Reforma Trabalhista levada a efeito no Brasil, pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, introduziu novos limites para a concepção jurídica da proteção do trabalhador ativo, em muitos aspectos, com o notório escopo de precarizar a sua proteção e empoderar ainda mais o já poderoso capital que o emprega.

O espectro das alterações legislativas se estende desde a regulamentação dos direitos individuais, criando mecanismos de negociação específicos para determinada categoria de empregados, até os direitos coletivos, relativizando a eficácia normativa dos instrumentos de negociação coletiva.

Trata-se, portanto, de uma reformulação substancial na estrutura normativa do direito do trabalho brasileiro, e que repercute também na estrutura normativa de outros direitos sociais, notadamente o direito previdenciário. Em que pese o legislador ter ressaltado no artigo 611-B da CLT (acrescentado pela Lei nº 13.467, de 2017) a proibição de negociação coletiva que vise suprimir ou reduzir os direitos que menciona, repetiu as garantias constitucionais dos direitos trabalhistas listados nos incisos do artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, e proclamou a intangibilidade dos “tributos e outros créditos de terceiros” (que são de interesse exclusivo da União Federal).

Ademais, a Lei da Reforma Trabalhista estabeleceu uma verdadeira hierarquização das fontes do direito do trabalho, com o escopo de flexibilizar os contratos de trabalho, subtraindo ou enfraquecendo a clássica intervenção do Estado no domínio contratual para proteger o empregado, como parte economicamente mais fraca no contrato.

O objetivo da nossa abordagem é examinar essa metamorfose que se estabeleceu na estrutura normativa do direito do trabalho no Brasil. Para tanto, utilizaremos os métodos analítico-dedutivo e comparativo.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

A Reforma Trabalhista levado a efeito no Brasil em 2017 começou a ser delineada em 2002, no final do segundo mandato do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O Projeto de Lei por ele encaminhado ao Congresso Nacional, chegou a ser votado e aprovado pela Câmara dos Deputados, mas quando foi encaminhado para a apreciação do Senado Federal, o Presidente da República era outro (Luís Inácio Lula da Silva), e este comunicou ao Senado Federal a desistência da tramitação desse Projeto de Lei, pois pretendia substituí-lo por outro Projeto de Lei.

Somente em 2017, durante o mandato do Presidente da República Michel Temer, foi encaminhado novo Projeto de Lei ao Congresso Nacional para que se fizesse a Reforma Trabalhista pretendida pelo Governo Federal, e que, ao final, acabou não atendendo os objetivos por ele pretendido. O Governo pretendia efetuar alterações em apenas 7 (sete) artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a pretexto de “modernizar” a legislação trabalhista, adotando o mote “o negociado prevalece sobre o legislado”. O Projeto de Lei tramitou normalmente pelas Comissões Temáticas da Câmara dos Deputados, mas quando foi aprovado para votação em Plenário, os Deputados Federais apresentaram 110 (cento e dez) Destaques. O Presidente da República tinha pressa na aprovação da Reforma Trabalhista, para que ela pudesse abrir caminho para a Reforma Previdenciária, e, portanto, se os Destaques fossem votados um a um no Plenário da Câmara dos Deputados, a tramitação do Projeto de Lei demoraria, no mínimo, de três a quatro meses. O Presidente Michel Temer, então, procurou o Presidente da Câmara dos Deputados (Deputado Rodrigo Maia) e com ele combinou a aprovação do Projeto de Lei tal como estava (cento e dezessete alterações na CLT), se comprometendo a vetar as disposições que fossem inconstitucionais ou que fossem objeto de muita polêmica. O Presidente da Câmara dos Deputados cumpriu a sua parte nessa negociação, mas o Presidente da República Michel Temer não honrou a sua palavra, e sancionou integralmente a lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017), sem qualquer veto às suas disposições. O Governo sabia que qualquer veto implicaria no retorno do texto à Câmara dos Deputados para apreciação do veto, então promulgou a Medida Provisória nº 808, de 2017, para alterar as novas disposições da Lei da Reforma Trabalhista (aquelas que deveria ter vetado). Naturalmente que os Deputados Federais se sentiram traídos e deixaram a referida Medida Provisória caducar. Consequentemente, as novas disposições trabalhistas introduzidas pela Lei da Reforma Trabalhista, especialmente os Destaques apresentados pelos Deputados Federais, não passaram pelo crivo de qualquer debate parlamentar e contêm verdadeiras aberrações jurídicas, apesar de algumas dessas alterações serem vistas como positivas.

2. A INFLUÊNCIA DO DIREITO COMPARADO NA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

A Reforma Trabalhista brasileira possui alguma inspiração na Reforma Trabalhista portuguesa, mas não tanto a ponto de se deixar influenciar totalmente por ela.

A Reforma Trabalhista brasileira começou a se delinear na mesma época em que também teve início a Reforma Trabalhista portuguesa, no início do Segundo Milênio, mas avançou apenas de planejamento em planejamento (do governo Fernando Henrique para o governo Lula) até ser concluída numa terceira etapa (com o planejamento do governo Michel

Temer). Há quem afirme que o Projeto de Lei da Reforma Trabalhista brasileira, aprovado pela Lei nº 13.467, de 2017, tenha sido o mesmo Projeto elaborado pelos Presidentes Fernando Henrique e Lula. O último Projeto da Reforma Trabalhista brasileira possui elementos dos Projetos anteriores (inclusive se apropriou do mote criado no governo de Fernando Henrique Cardoso, no sentido de que “o negociado deve prevalecer sobre o legislado”), mas é um Projeto diferente, pois sofreu influência direta de uma Cartilha que foi elaborada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e distribuída entre os congressistas em Brasília. Sob a influência dessa Cartilha da CNI é que brotaram as 110 (cento e dez) emendas de destaque que os Deputados Federais acrescentaram ao Projeto de Lei encaminhado pelo Presidente da República, que pretendia introduzir apenas 7 (sete) alterações no texto da CLT (que é um diploma legislativo promulgado em 01 de maio de 1943, considerado anacrônico pelo Projeto de Lei do governo, mas que deveria ser apenas remendado e não substituído).

A Reforma Trabalhista portuguesa também foi elaborada por etapas, mas não etapas de mero planejamento e sim etapas de aprovação legislativa, como explica MONTEIRO FERNANDES (2018, p. 314, n. 2):

A primeira codificação foi aprovada e publicada pela Lei 99/2003, de 27 de Agosto, que sofreu três alterações, introduzidas pela Lei 9/2006, de 20 de Março; pela Lei 59/2007, de 4 de setembro, e pela Lei 12-A/2008, de 27 de Fevereiro. O Código atual foi aprovado e publicado pela Lei 7/2009, de 12 de Fevereiro, que sofreu também sucessivas alterações até ao presente. Foram introduzidas pela Lei 53/2011, de 14 de Outubro, pela Lei 23/2012, de 25/06 (de longe, a mais importante); pela Lei 47/2012, de 29 de Agosto; pela Lei 69/2013, de 30 de Agosto; e pela Lei 27/2014, de 8 de Maio.

Há um paralelismo entre a Reforma Trabalhista portuguesa e a Reforma Trabalhista espanhola, como também explica MONTEIRO FERNANDES (2018, p. 314/315):

(...) Apesar de ambos os ordenamentos evoluírem na zona de influência do Direito da União Europeia, de as culturas jurídicas dos dois países ibéricos assentarem em alicerces comuns e de as economias respectivas, embora estruturalmente diferentes, serem intercomunicantes nas tendências conjunturais que manifestam, as legislações laborais espanhola e portuguesa são, reconhecidamente, distintas em muitos aspectos.

Desde logo, sob o ponto de vista da organização dos materiais normativos, a diferença é notória. Portugal tem, desde 2003, o seu código do trabalho, o qual revela uma ambição que vai além da consolidação ou mesmo da codificação à francesa: pretendeu-se criar um 'corpo' de normas, organicamente construído e dogmaticamente consistente, e não simplesmente 'arrumar' as normas existentes de modo racional e acessível. O projecto tem um saldo positivo, no que respeita à acessibilidade dos regimes legais por parte da cidadania, mas é, em si mesmo, largamente deficitário. A insuficiência do código português revela-se, imediatamente, no facto de ter uma 'parte geral' e não uma 'parte especial'; e torna-se clamorosa quando se observam o número e a importância das leis extravagantes que foram sucessivamente postas em vigor ao lado do código.

Diversamente, o sistema normativo laboral espanhol está construído sobre e em torno de uma lei básica – naturalmente, de grau infraconstitucional,

mas alicerçada num mandato constitucional – que é o Estatuto de los Trabajadores. A 'disposição adicional oitava' do Estatuto promete – há mais de trinta anos – a elaboração de um código do trabalho, aparentemente segundo um modelo próximo ao do código francês, mas o projeto continua irrealizado. No entanto, o Estatuto desempenha, na prática, o papel de uma codificação: a legislação extravagante é, sobretudo, a que subsistiu do período pré-estatutário e as novas medidas legislativas redundam, maioritariamente, em alterações ao texto do Estatuto.

Reconheça-se, num breve parêntesis, que, tanto no caso do Estatuto como no da codificação portuguesa, a argumentação tradicionalmente deduzida contra a consolidação legislativa – assente na exigência específica de adaptação que pesa sobre as normas laborais – foi já abundantemente desautorizada por um grande número de 'reformas', ditadas por supostas ou reais necessidades de conjuntura: cerca de meia centena, desde 1980, no caso espanhol; à volta de uma dezena, desde 2003, no caso do código português. Pode bem dizer-se que toda uma gradual inversão de rumo da política legislativa laboral – no sentido da redução de direitos e de formas de tutela dos trabalhadores, e do simultâneo aumento dos poderes dos empregadores –, com implicações profundas na própria dogmática deste ramo de Direito, tem sido realizada, sem especiais dificuldades, no quadro desses textos supostamente estabilizados” (MONTEIRO FERNANDES, 2018, p. 314/315).

A Reforma Trabalhista brasileira foi influenciada pelo direito comparado europeu ibérico, embora o legislador não o tenha dito expressamente, mas essa influência foi branda, casuística e pontual, e exercida principalmente pela legislação portuguesa.

Como bem destacou Monteiro Fernandes, as Reformas Trabalhistas portuguesa e espanhola foram influenciadas pelo Direito da União Europeia, porém mais do que influenciadas pelo Direito a questão trabalhista interessa mais ao mercado do que aos juristas e aos Estados, de sorte que a influência maior veio do Mercado Europeu, e o seu imperativo de cortar os custos da mão-de-obra, o que implica precarizar a proteção dos direitos trabalhistas.

Especificamente quanto ao tema da normatividade dos direitos sociais trabalhistas, as Reformas portuguesa e espanhola versaram sobre a questão da ultratividade das normas coletivas de trabalho, e nesse aspecto a influência do direito comparado é notória sobre o preceito do artigo 614, § 3º, da CLT, que foi acrescentado pela Reforma Trabalhista brasileira. Mas a ultratividade no Direito do Trabalho português difere da ultratividade no Direito do Trabalho espanhol.

3. AS ESPECIFICIDADES DA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA NO PLANO NORMATIVO

Sob a ótica da estrutura normativa, a Reforma Trabalhista brasileira apresenta as seguintes especificidades:

- no plano da autonomia da vontade individual: a) inverteu a polaridade da tutela trabalhista no contrato individual de trabalho; b) introduziu a “livre

estipulação”, para atribuir ao contrato individual de trabalho a mesma eficácia normativa e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

- no plano da autonomia da vontade coletiva, estabeleceu uma hierarquia entre as fontes do Direito do Trabalho: i) impondo os instrumentos da negociação coletiva sobre a legislação trabalhista; ii) instituindo a precedência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva do trabalho. Também introduziu a vedação à ultratividade das convenções coletivas de trabalho.

- no plano da jurisdição trabalhista, impôs limitações ao exercício das funções jurisdicionais interpretativa, integrativa e extensiva de direitos da Justiça do Trabalho, ao mesmo tempo em que desconstruiu a jurisprudência uniformizada dos Tribunais do Trabalho.

4. A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PLANO DA AUTONOMIA DA VONTADE INDIVIDUAL

O mote do Projeto de Lei que encaminhou a Reforma Trabalhista ao Congresso Nacional era modernizar a legislação trabalhista, através da “prevalência do negociado sobre o legislado”, contudo, a Reforma Trabalhista, ao nosso ver, foi mais incisiva no plano da autonomia da vontade individual do que, propriamente, no plano da autonomia da vontade coletiva, até porque deu prevalência da primeira em relação à segunda.

Ademais, inescusavelmente, a Reforma Trabalhista passou a amparar os interesses da classe patronal, mais do que amparar os interesses da classe proletária.

4.1 A inversão da polaridade da tutela trabalhista no contrato individual de trabalho

Ao estatuir que essas fontes do direito deverão ser aplicadas pela jurisdição administrativa e judicial “*na falta de disposições legais ou contratuais*”, o legislador do Século XX definiu *contrario sensu* que, em existindo disposições legais e contratuais essas fontes do direito do trabalho arroladas no *caput* do artigo 8º da CLT não se aplicam.

Mas também não se aplica a legislação trabalhista na falta de disposições contratuais.

O contrato individual de trabalho é a fonte de direito mais importante do Direito do Trabalho, sem ele não existe qualquer incidência das disposições legais. Toda e qualquer norma de direito legislado, no campo do Direito do Trabalho, incide sobre o contrato individual de trabalho ou o tem como pressuposto.

Antes da celebração do contrato individual de trabalho não existe relação jurídica entre o empregado e o empregador, e não basta a mera celebração formal desse contrato para

já se firmar de imediato a relação jurídica de trabalho, pois o empregado tem que necessariamente iniciar a prestação de serviços de forma efetiva. Por isso o Direito do Trabalho não admite a Fase Pré-contratual, e isso se reflete na legislação previdenciária.

Apesar de a legislação trabalhista brasileira não ser dotada de um Código do Trabalho, a nossa Consolidação das Leis do Trabalho, que foi promulgada em 1º de maio de 1943, reflete a tendência legislativa europeia do início do Século XX, calcada no empirismo legislativo e na elaboração de normas esparsas. Desta forma, a partir da Lei Elói Chaves, editada em 1923, o legislador brasileiro passou a editar leis esparsas para regulamentar o relacionamento jurídico contratual entre as empresas e os empregados que pertenciam a categorias profissionais específicas. A transcendência da regulamentação legislativa para classes profissionais começou a surgir, posteriormente, a partir de 1943, quando o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT) foram consolidadas num diploma jurídico único, cujas normas legais passaram a assumir uma característica de genericidade (aplicável a todos os empregados, independente da profissão a que pertencessem) e de abstração (comandos abstratos e hipotéticos, que só se concretizam diante da realidade fática da contratação do empregado).

Sequer é necessária a existência da formalização do contrato de trabalho por escrito, pois em se tratando de uma situação fática de prazo indeterminado, o contrato de trabalho se forma por consentimento tácito ou verbal, tal como estatui o artigo 442, *caput*, da CLT (o que é enfatizado pela Lei da Reforma Trabalhista nos artigos 59-A e 59-B, que tratam, respectivamente, da instituição de turnos individuais de revezamento e de acordo de compensação de jornadas).

A estrutura normativa da legislação trabalhista evoluiu de um caráter especial (comandos legislativos aplicáveis apenas a uma ou algumas categorias profissionais) para um caráter genérico, mantendo o caráter abstrato da lei, mas, de certa forma, não abandonou o método legislativo empírico, pois o legislador continua legislando ao sabor dos acontecimentos à medida em que a vida social e econômica segue adiante na sua inexorável trajetória existencial. Na medida do possível, o legislador estendeu para todos os trabalhadores em geral a regulamentação de matérias trabalhistas que, em princípio, interessavam apenas a determinadas classes profissionais, como registra a história do Direito do Trabalho: primeiramente os proletários da indústria; posteriormente os empregados do comércio, os empregados rurais, os empregados domésticos, etc..

Aquela ressalva contida no final do *caput* do artigo 8º da CLT (“*sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público*”) marca o fim daquela fase inicial da evolução da legislação trabalhista brasileira, por desbotar a mera proteção classista e abraçar a proteção universal dos direitos trabalhistas. Nesse momento é que os direitos trabalhistas se tornaram verdadeiramente direitos sociais no Brasil.

O empirismo legislativo dos primórdios da *législation ouvrière* do início do século XX, no entanto, era calcada numa lógica de proteção jurídica apontada por Paul Pic (DURAND, 1953, p. 18), que partia do pressuposto de que a empresa era um ambiente perigoso, e, por isso, era necessário proteger o empregado desde o momento em que nela ingressava, durante todo o tempo em que nela permanecia, e, também, no momento do rompimento da relação jurídica contratual.

Essa lógica jurídica se mantém inabalável na estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho, e tem como pressuposto inarredável o contrato individual do trabalho. Todas as Reformas Trabalhistas procedidas no Brasil e no direito comparado convergem para a manutenção do contrato individual do trabalho, ainda que empoderando o empregador, precarizando direitos obrigacionais, suprimindo direitos legislados e pretendendo impor uma sobrevalorização da negociação coletiva do trabalho.

Agora, porém, com a Lei da Reforma Trabalhista o legislador brasileiro também passou a regulamentar matérias trabalhistas para atender aos interesses jurídicos das classes patronais, sobrepondo-os aos interesses das classes trabalhadoras, com o que institucionalizou a inversão da polaridade protecionista dentro do contrato de trabalho.

4.2 A introdução da “livre estipulação” e a sua prevalência sobre a eficácia normativa dos instrumentos coletivos

A Reforma Trabalhista brasileira imputou uma autonomia plena da vontade individual a uma nova classe de empregados (sem qualquer consideração à categoria profissional à qual possam pertencer), estabelecendo como metodologia o preenchimento concomitante de duas exigências: a) ser portador de diploma de nível superior; b) receber um salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (artigo 444, parágrafo único, da CLT, introduzido pela Lei nº 14.367, de 2017).

Essa nova classe de empregado é a classe do “empregado hipersuficiente”, que tem por características a escolaridade de nível superior (o que exclui a escolaridade de nível técnico) e um padrão econômico de remuneração (o dobro do “limite-teto” dos benefícios previdenciários do RGPS).

Esse “limite teto” do RGPS é atualmente R\$ 6.101,06 (fixado em janeiro.2020). Portanto, o empregado que recebe um salário igual ou superior a R\$ 12.202,12, e que tenha diploma de nível superior é um “empregado hipersuficiente”.

A legislação trabalhista não procede a qualquer subtração ou precarização de direitos trabalhistas diretamente para essa nova classe de empregados, apenas abre a possibilidade para que o empregado hipersuficiente negocie diretamente com o empregador (sem a

interferência das entidades sindicais), a regulamentação das “*hipóteses previstas no art. 611-A*” da CLT, “*com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos*”.

Desta forma, o contrato individual de trabalho se reveste de uma natureza jurídica híbrida, como dupla fonte de Direito do Trabalho, por incorporar (nos limites das matérias elencadas no artigo 611-A da CLT) a eficácia normativa dos instrumentos de negociação coletiva, mais precisamente a eficácia normativa dos acordos coletivos de trabalho.

5. A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PLANO DA AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA

Sob o ângulo de visada da autonomia da vontade coletiva, a Reforma Trabalhista estabeleceu uma hierarquia entre as fontes do Direito do Trabalho, pois impôs uma prevalência da negociação coletiva sobre a legislação trabalhista e instituiu uma precedência do acordo coletivo de trabalho em relação à convenção coletiva de trabalho.

Também instituiu a vedação da ultratividade em relação à eficácia temporal das convenções coletivas de trabalho.

5.1 A prevalência da negociação coletiva sobre a legislação trabalhista

O artigo 611-A da CLT (introduzido pela Lei nº 13.467, de 2017) concede 15 (quinze) autorizações para que a flexibilização da legislação trabalhista seja procedida através da negociação coletiva, nas seguintes matérias: a) duração da jornada de trabalho (inc. I, com expressa imposição da observância dos limites constitucionais); b) banco de horas anual (inc. II); c) intervalo intrajornada (inc. III, com expressa imposição do limite mínimo legal de 30 minutos para jornadas de trabalho superior a seis horas); d) adesão ao Programa Seguro-Emprego instituído pela Lei nº 13.189, de 2015 (inc. IV); e) plano de cargos e salários (inc. V); f) regulamento empresarial (inc. VI); g) teletrabalho, sobreaviso e trabalho intermitente (inc. VIII); h) remuneração por produtividade (inc. IX); i) modalidade de registro de jornada de trabalho (inc. X); j) troca do dia de feriado (inc. XI); k) enquadramento do grau de insalubridade (inc. XII); l) prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (inc. XIII); m) prêmios de incentivo em bens ou serviços (inc. XIV); n) participação em lucros e resultados da empresa (inc. XV).

O slogan “o negociado prevalece sobre o legislado” utilizado pela Reforma Trabalhista é enganoso, porque os comandos legislativos dos incisos do artigo 611-A da CLT (que foram introduzidos pela Lei nº 13.467, de 2017), expressam uma estrutura normativa deformada e assimétrica nas quais se revelam:

- a inexistência de uma lei que possa fazer contraposição ao objeto da negociação coletiva;
- que a lei dita superada pelo negociado não cede os limites máximos do exercício do direito por ela estabelecidos imperativamente, apenas permite a mitigação do exercício do *jus variandi* do empregador pela via da negociação coletiva;
- que a lei dita superada pelo negociado apenas cria regras procedimentais a serem observadas pelas partes na negociação coletiva, sem interferir no conteúdo da negociação;
- que o direito legislado sequer é matéria trabalhista, logo não podendo ser contraposto a uma negociação coletiva;
- que o legislado cria ambiência para o negociado, eliminando a interferência da Administração do Trabalho para viabilizar a negociação coletiva;
- que a despeito da autorização da lei trabalhista a matéria objeto da negociação coletiva é regulamentada pela legislação previdenciária, que tem natureza jurídica imperativa e, portanto, não comporta barganha entre as partes.

Tratam-se, portanto, de hipóteses de pseudo-prevalência do negociado sobre o legislado.

5.1.1 A jornada de trabalho sempre pôde ser reduzida, mas jamais ampliada para além dos limites de duração estabelecidos pela Constituição

O referido slogan “o negociado prevalece sobre o legislado” é inadequado em se tratando da matéria duração da jornada de trabalho, pois se a lei pode ser supostamente descumprida, a constituição não pode, conforme dispõe o próprio artigo 611-A, no seu inciso I.

Como a legislação trabalhista é calcada no princípio jurídico protetor, que estabelece as condições mínimas de proteção, encurtar os limites da lei não implica em infração aos seus preceitos. Extrapolar os limites da lei não é juridicamente possível, nem mesmo com o consentimento dos empregados e das entidades sindicais que os representa.

A Constituição brasileira dispõe sobre dois regimes de duração do trabalho no seu artigo 7º: o regime da Jornada Inglesa (inciso XIII) e o regime dos turnos ininterruptos de revezamento (inciso XIV).

O regime da Jornada Inglesa (duração de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais) é fortemente legislado, não admitindo a extrapolação desses limites, de sorte que a redução desses limites é possível, mas a ampliação não é, e isso não interessa às empresas.

O regime dos turnos ininterruptos de revezamento (com duração de seis horas diárias [e trinta e seis horas semanais não explicitado no texto constitucional] foi idealizado para ser negociado entre patrões e empregados, de sorte que o artigo 611-A, inc. I, da CLT é redundante, repetitivo, em relação ao artigo 7º, inc. XIV, da CRFB de 1988, mas o negociado não pode extrapolar os limites impostos pela Constituição, porque o legislador constituinte não autorizou o legislador constituído a legislar sobre essa matéria, e quis que ela fosse objeto de negociação coletiva entre os interessados, como registrou ARNALDO LOPES SÜSSEKIND (2001, p. 229/230).

5.1.2 Os intervalos para descanso podem ser criados e ampliados à vontade, mas jamais serem suprimidos ou reduzidos

O referido slogan “o negociado prevalece sobre o legislado” também não se aplica à negociação coletiva em relação ao intervalo intrajornada, pois embora seja possível a ampliação da sua duração (o que em nada interessa às empresas), o inc. III do artigo 611-A da CLT impõe expressamente o respeito ao limite mínimo legal de 30 minutos para jornadas de trabalho superior a seis horas. Antes da Reforma Trabalhista esse limite mínimo era de uma hora, portanto foi reduzido para meia hora, o que na prática dispensa qualquer negociação coletiva para alterá-lo na maioria dos casos.

Mas sendo defeso por lei a supressão ou a redução desse intervalo mínimo de descanso intrajornada, não há interesse algum das empresas em submeter essa matéria à negociação coletiva.

5.1.3 Se a lei cria e regulamenta a concessão de um benefício social, cabe apenas a adesão dos interessados

Não faz o mínimo sentido afirmar que “o negociado prevalece sobre o legislado” relativamente ao Programa Seguro-Emprego instituído pela Lei nº 13.189, de 2015, pois o próprio art. 611-A, inc. IV, da CLT, estatui caber apenas a adesão.

A referida lei condiciona a adesão a esse Programa à redução de jornada e de salário (art. 2º da Lei nº 13.189, de 2015). Portanto, é a lei que autoriza a redução de limites de duração do trabalho e redução de salário, que são fixados por outra lei, e não propriamente a negociação coletiva.

A adesão a esse Programa atende aos interesses das “empresas de todos os setores em situação de dificuldade econômico-financeira” (art. 2º, *caput*, da Lei nº 13.189, de 2015).

Esse benefício é concedido sob a forma de compensação pecuniária ao empregado, e custeado pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT); conforme as disposições do artigo 4º da Lei nº 13.189, de 2015 (com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.456, de 2017):

Os empregados das empresas que aderirem ao PSE e que tiverem o seu salário reduzido, nos termos do art. 5º desta Lei, fazem jus à compensação pecuniária equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor da redução salarial e limitada a 65% (sessenta e cinco por cento) do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, enquanto perdurar o período de redução temporária da jornada de trabalho.

A negociação coletiva, neste caso, significa apenas uma formalidade dentro da qual a empresa tem que demonstrar a dificuldade econômico-financeira para o Governo, e não para as entidades sindicais. Nenhuma das disposições da Lei nº 13.189, de 2015, pode ser alterada ou revogada pela negociação coletiva.

5.1.4 A negociação coletiva do Regulamento de empresa

A lógica jurídica não concebe a ideia de que deva ser submetida à negociação coletiva uma matéria que deva ser regulamentada pela vontade unilateral do empregador, pela via do regulamento de empresa, tal como estatui o artigo 611-A, inc. VI, da CLT.

No exercício normal de suas faculdades mentais, nenhuma empresa abrirá mão do seu poder diretivo e regulamentar, ou se curvará a qualquer submissão aos interesses da categoria profissional.

Tratam-se de duas fontes distintas do Direito do Trabalho: a negociação coletiva é fonte consensual e o regulamento de empresa é fonte impositiva (com poder de coercividade assemelhado à lei).

Como fonte de direito do trabalho, o regulamento de empresa não pode violar limitações e proibições impostas pela lei, ainda que pudesse contar com a aquiescência das entidades sindicais.

As limitações jurídicas às quais o poder regulamentar do empregador tem que se curvar são aquelas impostas pelo item I da Súmula nº 51 do TST, em virtude do seu caráter de “lei privada do empregador”, não podendo ter eficácia retroativa e devendo respeitar os direitos adquiridos de quem era empregado da empresa ao tempo em que teve vigência a norma regulamentar revogada ou alterada.

5.1.5 O enquadramento do grau de insalubridade é dever imposto pela lei previdenciária ao empregador, não podendo ser objeto de negociação coletiva

O enquadramento do grau de insalubridade (art. 611-A, inc. XII, da CLT) também não admite violação da lei, que, neste caso, é a lei previdenciária que instituiu o “auto-

enquadramento” da atividade preponderante pelo empregador, para fins da contribuição adicional da empresa onde haja riscos ambientais do trabalho, destinada ao financiamento da aposentadoria especial (artigo 202, §§ 4º, 5º e 6º, do Decreto nº 3.048, de 1999):

Art. 202. A contribuição da empresa, destinada ao financiamento da aposentadoria especial, nos termos dos arts. 64 a 70, e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho corresponde à aplicação dos seguintes percentuais, incidentes sobre o total da remuneração paga, devida ou creditada a qualquer título, no decorrer do mês, ao segurado empregado e trabalhador avulso:

I – um por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve;

II – dois por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio; ou

III – três por cento para a empresa em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave.

(...)

§ 3º Considera-se preponderante a atividade que ocupa, em cada estabelecimento da empresa, o maior número de segurados empregados e de trabalhadores avulsos (redação dada pelo Decreto nº 10.410, de 2020);

(...)

§ 5º É de responsabilidade da empresa realizar o enquadramento na atividade preponderante, cabendo à Secretaria da Receita Previdenciária do Ministério da Previdência Social revê-lo a qualquer tempo.

6º Verificado erro no auto-enquadramento, a Secretaria da Receita Previdenciária adotará as medidas necessárias à sua correção, orientará o responsável pela empresa em caso de recolhimento indevido e procederá à notificação dos valores devidos.

Uma barganha entre a empresa e a entidade sindical só poderia visar inserir no instrumento da negociação coletiva uma cláusula que contivesse a declaração da atividade preponderante correspondente ao grau mínimo, visando o recolhimento da alíquota mínima da contribuição da empresa (1%). Mas seria inócua essa barganha, pois os §§ 1º e 2º do mesmo artigo 202 do Decreto nº 3.048, de 1999, instituiu as alíquotas adicionais de contribuição do segurado sujeito ao referido risco ambiental:

§ 1º As alíquotas constantes do *caput* serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, respectivamente, se a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa ensejar a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição;

§ 2º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A opção voluntária ou negociada por um grau maior de enquadramento sem que haja a exposição dos empregados às condições especiais de trabalho no grau máximo não é inteligente, pois haveria um recolhimento de valores maiores do que os das contribuições devidas pela empresa para o financiamento da seguridade social (consequentemente também maiores para os segurados), e que não redundaria em vantagem alguma para os segurados, pois a autarquia previdenciária pode rever esse auto-enquadramento e não se vincula às

barganhas feitas por terceiros (o INSS sempre que ela não é parte na relação contratual, ou na relação processual, que envolve a empresa e os seus empregados). Não haveria, portanto, qualquer concessão do benefício previdenciário aposentadoria especial, para os segurados empregados e trabalhadores avulsos, antes do tempo e em valores de renda mensal mais elevados.

5.1.6 A dispensa de uma formalidade administrativa para estimular a negociação coletiva

Na hipótese do artigo 611-A, inciso XIII, da CLT, o negociado não prevalece sobre o legislado, simplesmente a lei exige o cumprimento de uma formalidade administrativa (a obtenção de licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho) que seria entrave à negociação coletiva em matéria de prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres.

Se a lei se antecipa em dispensar essa formalidade, não é possível dizer que o negociado prevaleceu sobre o legislado.

5.1.7 A regulamentação coletiva da participação em lucros e resultados da empresa, que não é direito regulamentado por lei

Na hipótese do inciso XV do artigo 611-A da CLT não há uma prevalência do negociado sobre o legislado, pois embora a Constituição determine a regulamentação legal da participação em lucros ou resultados, essa regulamentação não é de natureza material, mas tão somente procedimental, de sorte que seja lá o que as categorias profissionais e econômicas negociarem a esse respeito não haverá sobreposição a qualquer disposição de lei.

Desde a Constituição brasileira de 1946 a participação em lucros ou resultados da empresa é um direito social reconhecido em prol dos empregados, mas nunca foi regulamentado antes da promulgação da Constituição brasileira vigente, de 1988, que a imiscui com a participação na gestão da empresa, no inciso XI do artigo 7º: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculados da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

O referido inciso XI do artigo 7º da CRFB de 1988 foi regulamentado apenas em parte pela Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, nada dispondo sobre a “co-gestão” (participação na gestão da empresa).

Na essência, a Lei nº 10.101, de 2000, estabelece dois procedimentos especiais, que devem ser escolhidos de comum acordo pelas partes, para a negociação coletiva que objetiva

a implantação da participação nos lucros ou nos resultados da empresa: a) por intermédio de uma comissão paritária, ou b) por convenção ou acordo coletivo.

Caso haja impasse na negociação coletiva, deverá ser resolvido por mediação, ou por “arbitragem de ofertas finais” (artigo 4º, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 10.101, de 2000).

Em síntese, a Lei nº 10.101, de 2000, não regulamenta o direito trabalhista da participação nos lucros e resultados, apenas determina que essa matéria seja resolvida pela via da negociação coletiva e acrescenta disposições específicas de procedimento coletivo (art. 114, §§ 1º e 2º, CRFB, c/c arts. 611 a 625 e 856 a 859 da CLT).

5.1.8 A instituição da precedência do acordo coletivo de trabalho em relação à convenção coletiva de trabalho

A Reforma Trabalhista instituiu a precedência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva de trabalho (artigo 620 da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 13.467, de 2017).

A Reforma Trabalhista, como atividade legislativa antagônica à atividade jurisdicional da Justiça do Trabalho, não descartou todos os avanços da jurisprudência trabalhista como atividade pacificadora de conflitos entre os empregados e os empregadores. Em mais de uma passagem a Lei nº 13.467, de 2017, elevou ao nível de direito legislado o que, até então, era apenas uma uniformização da jurisprudência trabalhista.

A Justiça do Trabalho, com especial destaque para a 3ª. Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região (Minas Gerais), já vinha interpretando e aplicando as normas coletivas de trabalho observando essa precedência dos acordos coletivos do trabalho em relação às convenções coletivas de trabalho, ao fundamento de que, em virtude da especificidade da negociação coletiva em relação a um determinado empregador, as cláusulas negociadas refletem com mais precisão o consenso entre as categorias profissional e econômica envolvidas, as necessidades sociais e econômicas específicas da categoria profissional, e a capacidade econômica da categoria econômica em implementar e cumprir as obrigações ali assumidas, o que, salvo raras exceções (para não dizer que não as existam) não ocorre com a convenção coletiva de trabalho.

A negociação do acordo coletivo de trabalho se assemelha a um paletó que o cliente encomenda ao alfaiate: vestirá perfeitamente o seu corpo. A convenção coletiva de trabalho, ao contrário, corresponde a um paletó adquirido num grande magazine, onde dificilmente o cliente encontrará um paletó pronto que se amolde perfeitamente ao seu corpo, e, portanto, terá que escolher um tamanho maior para que possa ser ajustado por um alfaiate.

Numa convenção coletiva de trabalho o padrão da negociação envolve as empresas de maior porte e capacidade econômica, de sorte que as médias e pequenas empresas não terão

capacidade econômica adequada para cumprir as obrigações convencionadas. A convenção coletiva de trabalho tende a estabelecer obrigações maiores do que a capacidade econômica do pequeno e do médio capital, revestindo-se, pois, de um caráter oneroso injusto e indesejado.

5.1.9 A vedação da ultratividade em relação à eficácia temporal das convenções coletivas de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho havia emitido uma Súmula de jurisprudência uniforme, de número 277, pela Resolução nº 10/1988, publicada no Diário da Justiça de 1º de março de 1988, para estabelecer que:

SENTENÇA NORMATIVA, CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO.
As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordo coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

Posteriormente, em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho alterou esse entendimento, dando nova redação à referida Súmula nº 277, pela Resolução nº 185, de 14 de setembro de 2012, passando a dispor que:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE.
As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

A Reforma Trabalhista alterou esse entendimento jurisprudencial uniformizado do TST, pois a Lei nº 13.467, de 2017, inseriu o § 3º no artigo 614 da CLT, para vedar a ultratividade, nos seguintes termos:

Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

Desta forma há um retorno ao entendimento da redação original da Súmula nº 277 do TST, no sentido de que as condições de trabalho estabelecidas pela via da negociação coletiva vigoram apenas no prazo de vigência fixado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

6. A ESTRUTURA NORMATIVA DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO PLANO DA JURISDIÇÃO TRABALHISTA

No plano da jurisdição trabalhista, que exerce um papel muito importante na interpretação, na integração e na extensão de direitos trabalhistas, a Reforma Trabalhista impôs limites a tais atividades, a pretexto de que a Justiça do Trabalho estava atuando com Ativismo Judicial.

Ato contínuo, a Reforma Trabalhista emitiu várias definições legislativas com o escopo de desconstruir e “domesticar” a jurisprudência uniformizada dos Tribunais do Trabalho.

6.1 A limitação das funções jurisdicionais interpretativa, integrativa e extensiva de direitos trabalhistas, que se impõe a todos os órgãos do Poder Judiciário

A modernização da legislação trabalhista brasileira sempre foi feita pela jurisprudência dos Tribunais que integram a Justiça do Trabalho, especialmente pelo Tribunal Superior do Trabalho, cujas Súmulas (emitidas pelo Tribunal Pleno) e Orientações Jurisprudenciais (emitidas pelas Seções Especializadas de Dissídios Individuais e de Dissídios Coletivos) impõem a interpretação uniforme da legislação trabalhista sobre todo o território brasileiro.

A modernização da legislação pela via jurisprudencial não é uma novidade, ou uma exclusividade, da Justiça do Trabalho brasileira, visto que a jurisprudência dos Tribunais em geral possui uma força jurígena, uma inclinação natural para a criação de direitos novos, a partir da função interpretativa, integrativa e extensiva dos princípios jurídicos, notadamente quando a lei contém lacunas e obscuridades

A jurisprudência tem a aptidão para atualizar direitos, para reafirmar direitos antigos, para revigorar direitos consuetudinários, e também para impor a efetividade aos direitos difusos ou metaindividuais, que se assentam numa realidade fática carente de constituição pela via judicial (como ocorre com vários direitos sociais de 3ª. Geração).

Existem diferenças conceituais entre “judicialização”, “ativismo judicial” e “força jurígena da jurisprudência”, mas todas elas têm em comum o fato de serem meras tendências. A própria lei impõe ao Poder Judiciário, não apenas à Justiça do Trabalho, um certo grau de judicialização, de ativismo judicial e de jurisprudência inovadora, do que é um bom exemplo o Código de Processo Civil promulgado em 2015.

A mera aparência de que a Justiça do Trabalho exerce uma atividade criadora de direitos não justifica imputar-lhe a pecha de usurpadora da competência legislativa do Congresso Nacional. No entanto, essa credulidade dos demais poderes e da classe patronal saturou a Lei da Reforma Trabalhista.

A força jurígena da jurisprudência trabalhista não repousa apenas na possibilidade da interpretação elástica da lei, muito embora a Justiça do Trabalho não o faça com exclusividade, pois todos os demais Tribunais brasileiros também exercitam essa função, ao aplicarem o método da analogia, especialmente da *analogia legis*, pois não pode o Juiz deixar de decidir ou de sentenciar alegando a existência de lacuna ou obscuridade na lei.

Não raro a força jurígena da jurisprudência trabalhista advém da eficácia dos regulamentos de empresa, que são fonte de Direito do Trabalho instituída pelo próprio empregador. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho organizou as Orientações Jurisprudenciais Transitórias da Primeira Seção de Dissídios Individuais (SDI-1), através da Resolução nº 194, de 19 de maio de 2014, contendo atualmente 79 (setenta e nove) Orientações Jurisprudenciais, nas quais estão especificadas as vantagens que foram instituídas espontaneamente pelas empresas que menciona, por intermédio dos regulamentos de empresa por elas implantados: CSN (licença remunerada), SERVITA (bonificação de assiduidade e produtividade), BANRISUL (complementação de aposentadoria), BNCC (garantia de emprego), CEAGESP (complementação de aposentadoria), ENERGIPE (participação nos lucros), etc.

Os regulamentos de empresa são também conhecidos como “lei privada do empregador”, porque em muito se assemelham com a lei, pois impõe a vontade unilateral do empregador, são despidos de eficácia retroativa e devem respeito aos direitos adquiridos. Assim dispõe o item I da Súmula n. 51 do TST.

Quando a jurisprudência trabalhista interpreta e aplica as normas do regulamento de empresa, apenas dispõe sobre um direito que foi instituído pelo empregador, e não pela Justiça do Trabalho. Como diz um adágio popular, “periquito come o milho, papagaio leva a fama”. Assim sendo, o empregador cria espontaneamente um direito trabalhista novo (seja pela via da negociação tácita, pela via da negociação coletiva ou pela via da edição de regulamento de empresa), mas quem é tachado de subtrair a competência legislativa do Congresso Nacional é a Justiça do Trabalho.

Os direitos sociais possuem força normativa na Constituição, que os asseguram, mas vão bem além da Constituição, porque advém da realidade da vida econômica e social. Isto se aplica, contudo, apenas aos direitos sociais de 2a. Geração (ou também aos de 3a. Geração), que é onde se aninham os direitos trabalhistas, cujas principais características são o provisionamento (o capital da empresa é a garantia da solvência dos créditos trabalhistas) e a positividade (só se efetivam com ações concretas no sentido de serem implementados, diversamente dos direitos sociais de 1a. Geração, que se efetivam com a mera inércia do Estado).

A esse respeito, JORGE MIRANDA (2018, P. 11/12) observou que:

São muitos e muito diversificados os direitos das pessoas dentro da ordem jurídica estatal. Entre todos avultam os *direitos fundamentais* ou direitos das pessoas perante o Estado e assentes na Constituição ou Lei Fundamental – direitos fundamentais, por traduzirem essa relação fundamental e por beneficiarem das garantias inerentes à força específica das suas normas.

Sem negar que tenha havido também direitos afins em quaisquer tipos de Estados e em todas as épocas, apesar disso só com o constitucionalismo moderno e com a sua ideia de limitação de poder adquirem pleno sentido os direitos fundamentais. Tal como apenas com o seu desenvolvimento, eles se vão alargando aos diversos domínios das formas de realização das pessoas no âmbito da vida econômica, social e cultural.

Significa, portanto, que os direitos trabalhistas, como direitos fundamentais de 2a. Geração, têm apenas o garantismo do Estado proclamado na Constituição, mas nela não são enclausurados (diversamente ocorre com os direitos previdenciários, que também são direitos fundamentais de 2a. Geração, que só existem se estiverem proclamados num texto de lei – o Regulamento de Benefícios).

Os direitos sociais trabalhistas que a Constituição proclama não fazem *numerus clausus*, embora se tornem mais difíceis de serem identificados e de serem garantidos, por não serem tão evidentes. Normalmente não se imiscuem na seara dos interesses jurídicos difusos ou metaindividuais, que são direitos sociais de 3a. Geração, dependentes da judicialização para serem identificados e amparados numa ação judicial coletiva.

A esse respeito, também observa JORGE MIRANDA (2018, p. 14/15) que:

Em rigor, direitos fundamentais são sempre direitos constantes da Constituição Formal. A seu lado fala-se, entretanto, em direitos fundamentais em sentido material para abranger todos os direitos constantes da Constituição em sentido material como conjunto de normas de qualquer natureza que lhes acrescentam novos direitos, por si só ou enquanto reguladores da organização e da atividade do Estado ou da estrutura dos seus órgãos e dos respectivos titulares.

Esta distinção de direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material remonta, de algum modo, ao IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos e encontra-se, expressa ou implícita, em não poucas Constituições.

Na verdade, lê-se nesse Aditamento que 'a especificação de certos direito pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelos cidadãos'. Segundo o art. 16º, nº I. da atual Constituição portuguesa, 'os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras de direito internacional'. E algo de parecido consta do art. 5º, § 2º, da Constituição brasileira. Quer isto dizer que há (ou pode haver) normas de Direito ordinário, interno e internacional, atributivas de direitos equiparados aos constantes de normas constitucionais.

Debruçando-se sobre o texto norte-americano, escreve Kelsen que ele consagra a doutrina dos direitos naturais: os autores da Constituição terão querido afirmar a existência de direitos não expressos na Constituição, nem na ordem positiva. E, a seguir, explica, no seu jeito de raciocinar característico, que o que isso traduz é que os órgãos de execução do Direito, especialmente os tribunais, podem estipular outros direitos, afinal indiretamente conferidos pela Constituição.

Pois bem: cabe acrescentar que se a Constituição – a norte-americana, como a portuguesa ou a brasileira – os prevê é porque adere a uma certa concepção de fundamentalidade (conforme adiante se mostrará) ou, doutra

perspectiva, porque adere a uma ordem de valores que ultrapassa as disposições dependentes da capacidade do legislador constituinte.

O artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, ao qual Jorge Miranda faz referência, é conhecido pela doutrina do Direito Constitucional brasileiro como “Cláusula Aberta”.

Não obstante a própria Constituição brasileira reconhecer que os Tribunais podem estipular outros direitos que são indiretamente conferidos pela Constituição, a Lei da Reforma Trabalhista brasileira inseriu os §§ 2º e 3º no artigo 8º da CLT (que dispõe sobre as fontes do Direito do Trabalho), para estatuir o contrário, no afã de cercear as funções interpretativa, integrativa e extensiva de direitos, que são inerentes ao exercício do poder jurisdicional, assim dispondo:

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 1.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

A remissão expressa do § 3º do artigo 8º da CLT ao Código Civil brasileiro de 2002, pretende atribuir ao Direito do Trabalho brasileiro o caráter egoístico e patrimonialista que caracteriza o Direito Civil, do qual teve que se desgarrar no Século XIX, justamente porque as regras e os princípios que são inerentes ao Direito Privado não se adequavam, como ainda continuam a não se adequar, à solução dos problemas que são inerentes aos direitos sociais. No Direito do Trabalho a maioria das obrigações não advêm da lei, mas do contrato individual de trabalho; a jurisprudência dos Tribunais pode criar direitos novos, mas normalmente quem os criam são os empregadores.

No que tange à intervenção da Justiça do Trabalho na autonomia da vontade coletiva, a Constituição brasileira de 1988, já havia determinado em seu artigo 114, § 1º, que “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”, desta forma evitando submeter a composição do conflito coletivo de trabalho ao processo judicial de dissídio coletivo, no qual praticamente as partes convenientes transferiam para os Juízes a elaboração das cláusulas da negociação coletiva frustrada.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (“Reforma do Judiciário”), o legislador constituinte derivado alterou a redação do § 2º do artigo 114 da Constituição brasileira, para impor uma condição quase intransponível – o “comum acordo” – nos seguintes termos:

Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as

disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem com as convencionadas anteriormente.

A intervenção mínima da Justiça do Trabalho na autonomia da vontade coletiva já se fazia presente bem antes do advento da Reforma Trabalhista, no momento da edição da norma coletiva, não apenas *post facto*. A instituição desse princípio jurídico da intervenção mínima, na verdade, visa impor à Justiça do Trabalho uma interpretação dos instrumentos da negociação coletiva pelo método filológico (ou gramatical), a fim de fazer com que o preceito do artigo XXVI do artigo 7º da Constituição de 1988 (“reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”) atenda os interesses da classe patronal, acatando e aplicando as cláusulas das convenções coletivas e dos acordos coletivos de trabalho de forma incondicional, sem qualquer questionamento.

A Reforma Trabalhista reiterou no § 3º do artigo 611-A da CLT a mesma determinação contida no § 3º do artigo 8º da CLT, a fim de que: “No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do artigo 8º desta Consolidação”.

6.2 A emissão de definições legislativas com o escopo de desconstruir e “domesticar” a jurisprudência dos Tribunais do Trabalho

A Reforma Trabalhista brasileira, como visto, é obra do Congresso Nacional, muito mais do que da iniciativa do Presidente da República Michel Temer, pois as 110 (cento e dez) emendas de destaques parlamentares que foram opostas ao Projeto de Lei refletem os interesses da classe patronal. Antes mesmo de pretender “modernizar a legislação trabalhista brasileira” (como foi afirmado no Projeto de Lei encaminhado pelo Governo ao Congresso Nacional) se transformou num processo legislativo de flagrante hostilidade à Justiça do Trabalho, aos autores dos processos trabalhistas (“reclamantes”), à atividade jurisdicional do Poder Judiciário, ao qual impôs limites à interpretação dos acordos e das convenções coletivas de trabalho, além de estabelecer uma hierarquia entre essas duas mencionadas fontes de Direito do Trabalho, vedar a ultratividade e emitir definições legislativas com o escopo de derogar Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, o que também reflete uma limitação à atividade de uniformização da jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que se somam à limitação imposta pela “cláusula de reserva de plenário” pela Súmula Vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal.

Tais limitações impostas ao exercício do poder jurisdicional da Justiça do Trabalho têm um grande impacto na estrutura normativa do Direito do Trabalho brasileiro, que é um direito social de 2a. Geração, cujas fontes de direito não estão amordaçadas pelo “*pacta sunt*

servanda” do Direito Privado, e nem pela rígida hierarquia das leis que caracteriza o Direito Público.

O Direito do Trabalho brasileiro estatui no *caput* do artigo 8º da CLT, que:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Ao cumprir as disposições deste artigo 8º, *caput*, da CLT, a jurisdição trabalhista sempre exerceu, e continua a exercer, um papel muito importante na *interpretação*, na *integração* e na *extensão* (que são os três objetivos principais dos princípios jurídicos) das normas de direito do trabalho que emanam desse pluralismo de fontes.

Em o fazendo, a Justiça do Trabalho, capitaneada pelo Tribunal Superior do Trabalho, construiu ao longo de sete décadas um vasto arcabouço de entendimentos jurisprudenciais que colaborou para a estabilização da interpretação dos contratos individuais de trabalho, participou na elaboração dos direitos coletivos de trabalho em substituição à negociação coletiva frustrada (através dos dissídios coletivos de trabalho), aplicou e interpretou as normas coletivas de trabalho (oriundas dos acordos coletivos e das convenções coletivas), assim como também aplicou e interpretou as normas particulares instituídas por regulamentos de empresa.

A Reforma Trabalhista brasileira atacou diretamente algumas das estruturas basilares da jurisprudência trabalhista contemporânea, com o objetivo de bloquear a fundamentação de sentenças e de acórdãos que concediam aos empregados certas vantagens que a classe patronal se recusava a conceder aos seus empregados. Na essência, esses direitos surgiram a partir de pedidos formulados nas ações trabalhistas pelos advogados de empregados (“reclamantes”) com fundamento em mera analogia, e que foram acatados pelos Juízes do Trabalho na Primeira Instância, e mantidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho e pelo Tribunal Superior do Trabalho, virando “*sensu comum*” com potencial para virilizar a expansão do rol desses pedidos:

- A jurisprudência trabalhista majoritária entendia que o fato de uma mesma pessoa constar no quadro societário de duas ou mais empresas configurava um grupo econômico, sendo suficiente para imputar a todas essas empresas a responsabilidade jurídica solidária. A Lei nº 13.467, de 2017 deu nova redação ao § 2º do artigo 2º da CLT, para estatuir que “*Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes*” (destacamos);

- A jurisprudência trabalhista majoritária entendia que o tempo despendido pelo empregado com a troca de uniforme antes do início da jornada de trabalho e após o término da jornada de trabalho; o tempo gasto pelo empregado colocando o armamento e efetuando o desarmamento; o tempo gasto pelo empregado esperando o transporte fornecido pelo empregador para ir embora para casa, era considerado tempo à disposição do empregador, e o condenavam a pagar o salário correspondente às frações de tempo (minutos) a título de “tempo à disposição”, “minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho”, “tempo de espera de transporte”, e outras designações aproximadas. A Lei nº 13.467, de 2017 acrescentou o § 2º ao art. 4º da CLT, para dispor que: “*Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras: I – práticas religiosas; II – descanso; III – lazer; IV – estudo; V – alimentação; VI – atividades de relacionamento social; VII – higiene pessoal; VIII – troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa*” (destacamos);
- O Tribunal Superior do Trabalho instituiu, com a sua Súmula nº 90, a obrigatoriedade de o empregador remunerar o empregado o tempo gasto com o deslocamento de casa para o trabalho e vice-versa, para local de difícil acesso, que não seja servido por transporte público, ou cujo transporte público seja incompatível com o horário do início e do término da jornada de trabalho do empregado. Surgiu, então, na década de 1980 o direito às horas “*in itinere*”, que, posteriormente, o legislador incorporou ao texto da lei (artigo 58, § 2º, da CLT, com redação da Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001). A jurisprudência majoritária, interpretando a referida Súmula (o que, ao nosso ver não comportava interpretação), passou a estender as horas *in itinere* para os deslocamentos entre a portaria da empresa e o local de trabalho, até que o TST, ao final, editou a Súmula nº 429 pelo TST, generalizando uma situação fática que ocorria apenas na AÇOMINAS, uma antiga estatal privatizada, que tem sede no município de Ouro Branco, Minas Gerais). A Lei nº 13.467, de 2017, alterou a redação do § 2º, do artigo 58 da CLT, para dispor que: “O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, *por não ser tempo à disposição do empregador*” (destacamos);

- O descumprimento da legislação trabalhista, relativamente à concessão do intervalo intrajornada para descanso e alimentação, foi considerada, durante muito tempo, como mera infração administrativa, sem que disso resultasse qualquer direito de reparação ao empregado, pela jurisprudência uniforme do TST. Porém, tal entendimento mudou e a jurisprudência trabalhista majoritária passou a condenar as empresas ao pagamento das horas suprimidas desse intervalo, a título de “horas extras de intervalo” (ou “horas intervalares”). A Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou o § 4º no artigo 71 da CLT, para dispor que “A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, *implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido*, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho” (destacamos);
- A exemplo do que ocorre no Mundo dos Desportos, onde cada centímetro quadrado do vestuário dos atletas, jogadores de futebol, de tênis e de basquete, pilotos de Fórmula 1 ou de outras modalidades de competição, é disputado pelos patrocinadores, para fins de propaganda, e, portanto, rendem remunerações elevadas de direitos de imagem, a jurisprudência trabalhista, atendendo a pedidos formulados genericamente em reclamações trabalhistas, passou a entender que o empregador também deveria indenizar o empregado pelo fato de ostentar logomarcas do empregador ou de outras empresas nos seus uniformes. A Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou o art. 456-A, à CLT, em cujo *caput* passou a ser definido que: “Cabe ao empregador definir o padrão de vestimenta no meio ambiente laboral, *sendo lícita a inclusão no uniforme de logomarcas da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados à atividade desempenhada*” (destacamos);
- Também a exemplo do que ocorre com as verbas parlamentares para lavar o terno, de prática generalizada nos três níveis do Poder Legislativo, a jurisprudência trabalhista passou a condenar as empresas ao pagamento das despesas do empregado com a lavagem do uniforme. A Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou o art. 456-A à CLT, em cujo parágrafo único passou a ser definido que: “A *higienização do uniforme é de responsabilidade do trabalhador*, salvo nas hipóteses em que forem necessários procedimentos ou produtos diferentes dos utilizados para a higienização das vestimentas de uso comum” (destacamos);
- A jurisprudência trabalhista ignorava certas cláusulas dos acordos coletivos ou das convenções coletivas de trabalho que suprimiam ou reduziam vantagens para os trabalhadores, a pretexto de terem sido

compensadas com outras vantagens (princípio do conglobamento), desta forma condenando as empresas ao pagamento da vantagem suprimida ou reduzida por considerar nula a cláusula do instrumento coletivo que assim procedia sem a comprovação da contrapartida da empresa. A Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou o art. 611-A, à CLT, em cujo § 2º agora se vê um comando legislativo expresso em contrário: “A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho *não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico*” (destacamos);

- Uma considerável quantidade de Súmulas e de Orientações Jurisprudenciais do TST passaram a conceder a remuneração de horas de trabalho e de intervalos para descanso aos empregados, sob a forma de horas extras, ao fundamento de que a extrapolação do limite máximo de duração da jornada de trabalho e a supressão do gozo das horas destinadas ao descanso e à alimentação são prejudiciais à saúde do trabalhador. A Lei nº 13.467, de 2017, acrescentou o art. 611-B, à CLT, em cujo parágrafo único, da CLT, passou a ser determinado que: “*Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo*” (destacamos).

Desta forma, a Reforma Trabalhista obrigou o Tribunal Superior do Trabalho, assim como os Tribunais Regionais do Trabalho, a reverem as suas Súmulas e Orientações Jurisprudenciais, a fim de adaptá-las às novas regras legais supramencionadas, que também servem para impedir um retorno aos entendimentos jurisprudenciais anteriores.

CONCLUSÃO

A Reforma Trabalhista brasileira foi influenciada pelo direito comparado europeu ibérico, e este, a seu turno, foi influenciado pelo Direito da União Europeia. Não obstante esta influência do direito comparado, que não foi explicitada pelo legislador brasileiro, a Reforma Trabalhista brasileira ostenta especificidades próprias.

No plano da autonomia da vontade individual, a Reforma Trabalhista brasileira inverteu a polaridade da tutela trabalhista no contrato individual de trabalho, para inserir a proteção dos interesses jurídicos das empresas, e introduziu a “livre estipulação”, com o objetivo de atribuir ao contrato individual de trabalho a mesma eficácia normativa e preponderância sobre os instrumentos coletivos, na negociação individual entre o empregador e o empregado tendo como objeto as matérias listadas no artigo 611-A da CLT (que prega a prevalência do negociado sobre o legislado).

No plano da autonomia da vontade coletiva, a Reforma Trabalhista estabeleceu uma hierarquia entre as fontes do Direito do Trabalho, ao impor a eficácia normativa dos instrumentos da negociação coletiva sobre os preceitos da legislação trabalhista, bem como ao instituir a precedência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva do trabalho, e também introduzir a vedação à ultratividade das convenções coletivas de trabalho.

No plano da jurisdição trabalhista, a Reforma Trabalhista impôs limitações ao exercício das funções jurisdicionais interpretativa, integrativa e extensiva de direitos aos órgãos da Justiça do Trabalho, ao mesmo tempo em que desconstruiu a jurisprudência trabalhista, especialmente as Súmulas e Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, com a inserção de definições legislativas em várias disposições que foram inseridas na CLT pela Lei nº 13.467, de 2017.

Uma análise mais acurada do slogan “o negociado prevalece sobre o legislado”, utilizado pela Reforma Trabalhista revela ser ele enganoso, porque as hipóteses dos incisos do artigo 611-A da CLT (que exprimem autorizações derogatórias da eficácia da lei), expressam uma estrutura normativa deformada e assimétrica nas quais: a) não há existência de uma lei que possa fazer contraposição ao objeto da negociação coletiva; b) a lei dita superada pelo negociado não cede os limites máximos do exercício do direito por ela estabelecidos imperativamente, apenas permite a mitigação do exercício do *jus variandi* do empregador pela via da negociação coletiva, como ocorre com a negociação do Banco de Horas e dos turnos ininterruptos de revezamento; c) a lei dita superada pelo negociado, na regulamentação da participação em lucros e resultados, apenas cria regras procedimentais a serem observadas pelas partes na negociação coletiva, sem interferir no conteúdo da negociação; d) na hipótese do seguro emprego, o direito legislado sequer é matéria trabalhista, logo não podendo ser contraposto a uma negociação coletiva, de sorte que o inciso IV do art. 611-A da CLT se limita a autorizar às partes interessadas a adesão ao Programa Seguro-Emprego instituído pela Lei nº 13.189, de 2015; e) o legislado cria ambiência para o negociado, ao dispensar a obtenção de licença prévia da Administração do Trabalho, para viabilizar a negociação coletiva que vise à prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres; f) a despeito da autorização da lei trabalhista para a negociação sobre enquadramento do grau de insalubridade, tal matéria é regulamentada pela legislação previdenciária, tem natureza jurídica imperativa e não admite negociação entre as categorias profissionais e econômicas. Tratam-se, portanto, de hipóteses de pseudo-prevalência do negociado sobre o legislado.

A Reforma Trabalhista também partiu do pressuposto de que a Justiça do Trabalho estava promovendo o “ativismo judicial”, contudo não se pode acusá-la de usurpar competência legislativa do Congresso Nacional. A aparência de que a Justiça do Trabalho cria direitos novos advém de vários fatores: da força jurígena da sua jurisprudência; da eficácia

normativa dos regulamentos de empresa (79 deles foram catalogados pela Resolução nº 194, de 2014, do TST, que organizou as “Orientações Jurisprudenciais Transitórias da Primeira Seção de Dissídios Individuais”) e da própria legislação que impõe ao Poder Judiciário em geral (não apenas à Justiça do Trabalho) um certo grau de “judicialização”, de “ativismo judicial” e de “jurisprudência inovadora”, a exemplo do Código de Processo Civil de 2015 (que é aplicável subsidiariamente no processo do trabalho, por determinação do artigo 769 da CLT).

Apesar de a própria Constituição brasileira reconhecer que os Tribunais podem estipular outros direitos que são indiretamente conferidos pela Constituição (art. 5º, § 2º) a Lei da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017) introduziu os parágrafos 2º e 3º no artigo 8º da CLT, para limitar as funções interpretativa, integrativa e extensiva de direitos, que são inerentes ao exercício do poder jurisdicional, vedando à jurisprudência trabalhista restringir direitos previstos em lei ou criar obrigações não previstas em lei (mal sabendo o legislador que a lei é a fonte de direito mais incipiente do Direito do Trabalho, pois nele impera o contrato individual de trabalho – causa e finalidade daquela), assim como instituindo o princípio jurídico da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, no afã de reduzir a função interpretativa do Poder Judiciário à mera compreensão “*pro forma*” (com as formas do negócio jurídico civilista) do “*pacta sunt servanda*” e impor-lhe coercitivamente o cumprimento. Até onde sabemos, a estrutura normativa dos acordos e das convenções coletivas de trabalho possuem contornos e consistências distintas de um negócio jurídico civilista e de um “*pacta sunt servanda*”, pois sequer podem ter a eficácia das suas cláusulas estendidas para além do prazo convencionado, sendo vedada a ultratividade (por expressa determinação da própria Lei nº 13.467, de 2017).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DURAND, Paul. *La Politique Contemporaine de Sécurité Sociale*. Paris: Dalloz. 1953.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais*. 2a. ed. Coimbra: Almedina. 2018.

MONTEIRO FERNANDES, António. A sobrevivência Limitada das Convenções Colectivas de Trabalho, face aos Ordenamentos Espanhol e Português. In: *Escritos de Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina. 2018.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. *Direito Constitucional do Trabalho*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRASIL: Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 – Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, *DOU* de 14 de julho de 2017.

**A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA EFETIVAÇÃO
DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS EM
PROL DO FORTALECIMENTO DO ENSINO SUPERIOR**
*THE ACTION OF THE SUPREME FEDERAL TRIBUNAL IN THE
IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES IN
FAVOR OF STRENGTHENING HIGHER EDUCATION*

Daniella Maria Pinheiro²⁸⁵

Luís Alexandre Carta Winter²⁸⁶

RESUMO: O presente texto parte do princípio ser o direito à educação de ensino superior, um direito fundamental e humano, previsto tanto em normas internacionais como no direito interno. Para o desenvolvimento deste artigo, duas linhas foram construídas: a primeira, a natureza da norma internacional questionando-se o caráter do *jus cogens* atribuído aos tratados em direitos humanos; a segunda, examinar no direito doméstico relativo à educação, especialmente a do ensino superior, a Lei n. 9.741/2019. E, como problematização, o papel do STF, na condição de corte constitucional, resolver a indagação acerca da imperatividade e obrigatoriedade no cumprimento das normas nacionais e internacionais relativas às políticas públicas para a educação superior com a inconstitucionalidade (sob esse prisma) da Lei 9.741/2019, dando uma eventual resposta para subsidiar a decisão. Usando do método hipotético dedutivo, como abordagem e de procedimento, a doutrina, jurisprudência, relatórios de dados de instituições oficiais, estrangeiras e nacionais demonstrar, como construção teórica, em casos excepcionais, na defesa das minorias, e defender direitos fundamentais e humanos, ser legítimo ao judiciário atuar de forma atípica, tal como é o caso do corte indevido de verbas relativas à educação, com o fundamento dos tratados internacionais e de direitos humanos internalizados no Brasil, além de passível ocorrência de litígio estratégico perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e eventual responsabilização do Estado Brasileiro.

Palavras-Chave: dominação; globalização; STF; direitos humanos; políticas públicas.

ABSTRACT: This text assumes that it is the right to higher education, a fundamental and human right, provided for both in international standards and in domestic law. For the

²⁸⁵Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil/PR. Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Bolsista na área estratégica em Direitos Humanos. Membro do Conselho Editorial da Revista Laboratório de Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional - Neadí - PUC/PR. Membro do grupo de Pesquisa Estudos Políticos e Internacionais do Centro Universitário Internacional de Curitiba – Uninter. Membro da Comissão do Pacto Global da OAB/PR. Membro da Comissão de Medição da OAB/PR. Membro da Cevige – Centro de estudos sobre violência de gênero da OAB/PR. Professora Universitária, com ênfase em Direito Constitucional/Direitos Humanos/Processo Civil/Constitucional. Advogada.

²⁸⁶ Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação (onde foi Coordenador entre 1987 a 1989), na pós *lato sensu* onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais. Coordenador do NEADI - Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional (www.neadi.com.br). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná. Advogado.

development of this article, two lines were constructed: the first, the nature of the international norm questioning the character of the jus cogens attributed to human rights treaties; the second, to examine in domestic law relating to education, especially higher education, Law No. 9,741/2019. And, as a problematization, the role of the Supreme Court, as a constitutional court, resolves the question about the impertinence and obligation to comply with national and international rules regarding public policies for higher education with the unconstitutionality (under this perspective) of Law 9.741/2019, giving a possible answer to subsidize the decision. Using the hypothetical deductive method, as an approach and procedure, the doctrine, jurisprudence, data reports of official, foreign and national institutions demonstrate, as theoretical construction, in exceptional cases, in the defense of minorities, and defend fundamental and human rights, be legitimate for the judiciary to act atypically, as is the case of the undue cut of funds related to education, on the basis of international treaties and internalized human rights in Brazil, in addition to the possibility of strategic litigation before the Inter-American Court of Human Rights, and possible accountability of the Brazilian State.

Keywords: domination; globalization; Supreme Court; human rights; public policies.

INTRODUÇÃO

Ao término da Segunda Grande Guerra, com a criação, a partir da Carta das Nações Unidas, de todo um arcabouço jurídico, com a criação de diversos organismos internacionais nos mais diversos setores, além do advento dos Estados Sociais e Democráticos foram fatores importantes para humanidade, na tentativa de, pela primeira vez, apor um padrão de dignidade e de bem-estar do cidadão, corroborando para a formação das constituições principiológicas do século XX, restaurando o espírito da *Rerum Novarum*, de 1896, abrandando lutas de classes, promovendo a ideia de justiça social e paz econômica.

Com a criação da ONU, em 1945, e de diversos organismos internacionais, tais como FMI, Banco Mundial, a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, a sociedade ocidental dava sinais de um consenso em se estabelecer a paz dos povos, e a exaltação da liberdade e igualdade como um direito humano tudo em prol da manutenção da paz, fortalecidos com a independência de países da África e Ásia.

Naquela época, a intenção da comunidade internacional foi não apenas a contemplar os direitos que consagassem as liberdades amplas de primeira dimensão, mas também os direitos prestacionais, ou de segunda geração, em que os Estados signatários se obrigaram a prover ao cidadão serviços de qualidade, tais como o direito à educação, saúde, lazer, previdência, etc., o que ficou evidente com a celebração dos pactos internacionais de direitos civis e políticos e ainda, também dos direitos sociais, culturais e econômicos, ambos de 1966.

Com o desaparecimento da URSS, em 1991, como resultado, há a transição do comunismo para uma economia de mercado. O paradoxal disso é que os governos deixam disputas ideológicas para se voltar às complexidades do sistema capitalista impõem.

No Brasil, como rompimento dos governos militares e a celebração de um novo paradigma constitucional em 1988, ocorrido antes da queda da URSS criou uma dicotomia importante: de um lado o incremento das liberdades e, do outro, a forte presença do Estado. No que tange ao primeiro, tratados de direitos humanos são “internalizados”, aderindo-se ao Pacto de Direitos Civis e Políticos, e ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1993, bem como diversos outros instrumentos normativos de proteção ao longo desses últimos anos, todos no âmbito de uma perspectiva *human rights approach*.

No que tange ao segundo, uma alternância de maior ou menor participação do Estado na economia, dependendo da orientação do partido que estava no poder. Essa situação muda, por diversas razões, a partir de 2016, com a adoção de uma linha mais próxima do neoliberalismo, sem, contudo, adotar-se, verdadeiramente, os cânones neoliberais para estruturar o mercado.

O resultado foi sentido com medidas de alcances duvidosos em vários setores. Na educação superior, foco do presente artigo, a partir de 2019, em que pese todo o arcabouço jurídico protetivo em matéria de direitos humanos em nível nacional e internacional, alcançado desde 1988, observou-se que medidas arbitrárias foram adotadas no sentido de desconstruir uma agenda em prol do fortalecimento dos direitos humanos, com o corte de verbas das universidades públicas do país, com a Lei 9.741/2019.

O impacto dessa Lei, na educação superior e suas futuras consequências provoca o questionamento de uma necessária atuação política da Corte Constitucional brasileira, no que se refere à constitucionalidade do decreto lei n. 9.741/2019, no sentido do papel do STF, na condição de corte constitucional, resolver a indagação acerca da imperatividade e obrigatoriedade no cumprimento das normas nacionais e internacionais relativas às políticas públicas para a educação superior e a inconstitucionalidade sob esse prisma, da Lei 9.741/2019, tendo, como objetivo dar uma eventual resposta para subsidiar a decisão.

Para tanto, utilizando-se abordagem, o método de abordagem hipotético-dedutivo e de procedimento, o método histórico-comparativo, além da técnica de pesquisa a indireta, baseada em livros, periódicos, publicações de caráter científico nacionais e estrangeiras, pesquisas de jurisprudência, dados de instituições oficiais, nacionais e estrangeiras, dividiu-se o trabalho em duas temáticas, ao final reunidas na sua conclusão. A primeira relativa à natureza dos tratados internacionais e sua internalização no ordenamento jurídico pátrio. A segunda, a análise da Lei 9.741/2019 e sua inconstitucionalidade ao olhar das normas internacionais, provocando-se ao final o papel do STF, como Corte Constitucional brasileira, a atuar diante da questão e a se posicionar diante do tema.

Ao final, com a construção teórica aportada, sustentar a necessidade do fortalecimento do mecanismo do controle de convencionalidade, com o intuito de se analisar, de acordo com o caso concreto, se as leis internas são compatíveis com o conteúdo dos

tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país, e, naquele particular, qual direito fundamental e humano porventura violado, inclusive por decorrência do caráter da imperatividade no âmbito do direito interno, o que se revela um desafio ao Tribunal Constitucional brasileiro.

1. AS NORMAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS E O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

São inúmeros os tratados internacionais que o Brasil ratificou, e que contemplam o direito à educação, como imprescindível meta para o desenvolvimento da humanidade e da paz. E de acordo com a evolução de temas sensíveis ao longo das décadas após as guerras mundiais, houve a necessidade de elaboração de arcabouço protetivo no âmbito internacional, especialmente aos indivíduos mais desfavorecidos. É o que será demonstrado a seguir.

1.1 Os tratados internacionais e de direitos humanos relativos ao direito à educação

Inicialmente, a Carta das Nações Unidas, de 1945, assinada por 50 (cinquenta) países, dispõe, em seu artigo 57, que os objetivos de efetivação da paz e da segurança internacional deverão ser efetivados através da cooperação das áreas sociais e econômicas, por meio de agências especializadas, todas vinculadas à ONU, tal como a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura - Unesco, agência que tem por responsabilidade, diante do disposto no art. 63, a promoção da cooperação internacional nos campos educacional, científico e cultural²⁸⁷.

Após, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, dispõe em seu art. 26 o direito ao acesso gratuito à educação fundamental e elementar, e ainda, que a o acesso ao ensino superior dar-se-ia um critério seletivo. Segundo a ONU, essa foi uma forma ampla de se analisar a questão, já que, posteriormente, houve a celebração de uma série de tratados sobre o tema²⁸⁸.

²⁸⁷ UNESCO. Segundo o Relatório Jacques Delors (1996), os princípios da educação, abrangem não apenas a educação básica, mas também a superior, ideia essa desenvolvida sob alguns pilares do conhecimento, sendo eles: “aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos e aprender a ser”. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_por; acesso em 10/07/2019.

²⁸⁸ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu “art. 26: Todo ser humano tem direito à educação. A educação será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A educação elementar será obrigatória. A educação técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito. 2. A educação será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A educação promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre

Posteriormente, com o advento do Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, o art. 13 veio a enunciar, de forma clara e expressa, o direito à educação básica é obrigatória, e acessível de forma gratuita a todos, e em relação à educação superior, essa também deverá ser “igualmente acessível” de acordo com a “implementação gratuita do ensino gratuito”²⁸⁹, o que traz a clara compreensão de que o direito ao ensino superior torna-se um direito na medida em que o direito à educação básica seja garantido ao cidadão.

Do mesmo modo, em razão das peculiaridades envolvidas ao tema, em razão das vulnerabilidade, também são previstos direitos relativos à educação na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (art.5º, alínea “e”, V), na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (art.10), na Convenção sobre os Direitos da Criança (art. 28) e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 24).

No sistema regional de proteção aos direitos humanos, também é previsto o direito à educação no âmbito da OEA - Organização dos Estados Americanos, estando contemplada na Convenção Americana de Direitos Humanos, (também denominado Pacto de San José da Costa Rica), 1966, em seu art. 26, sendo reconhecido o direito à educação, da qual o Brasil é signatário, bem como ao Protocolo de San Salvador, 1988.

Determina, ainda, o Comentário Geral 13²⁹⁰ do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas: “A satisfação da liberdade acadêmica é imprescindível à autonomia das instituições de ensino superior. A autonomia é o grau de autogoverno necessário para que sejam eficazes as decisões adotadas pelas instituições de ensino superior no que respeita o seu trabalho acadêmico, normas, gestão e atividades relacionadas”.

Registra-se, aqui, o caráter da indivisibilidade, interdisciplinaridade e complementariedade e da irrenunciabilidade dos direitos humanos, que servem como uma espécie de corolário protetivo ao fortalecimento e desenvolvimento das liberdades do ser humano, de modo a capacitar o indivíduo ao exercício de sua cidadania de forma plena, o que

as nações e grupos raciais ou religiosos, e deve desenvolver as atividades da ONU em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do tipo de educação que será fornecida a seus filhos.” No Artigo 26 da DUDH, vemos o direito ao “pleno desenvolvimento da personalidade humana”, que também aparece nos Artigos 22 e 29.

²⁸⁹ Presidência da República. Decreto lei n. 591/1992. O Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, em seu art. 13: “2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.”

²⁹⁰ACNUDH.<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>: Acesso em 10/07/2019

não se esgota através do ensino básico, sobretudo num mundo globalizado e que necessita de uma especialização do conhecimento, sendo imprescindível a formação/especialização do indivíduo através do acesso gratuito às universidades.

Segundo a Unesco, o papel da universidade é de altíssima relevância, na medida em que propicia o desenvolvimento não apenas no aspecto social, mas também econômico, de preservação cultural, patrimônio da humanidade, preservação da paz, na defesa dos direitos humanos e na ordem democrática, devendo ser financiado de forma híbrida, entre o público e o privado, dentre tantas outras funções que o Estado possui no que se refere ao desenvolvimento da educação superior.

No entanto, sabe-se que a celebração de tratados internacionais em matéria de direitos humanos acarreta custos e exige uma transformação social e econômica sempre adiada pelos países, em nível internacional. Não raro, esses documentos internacionais traduzem a necessidade de adoção de práticas que implicam em limitação de condutas, subordinação, investimentos em diversas áreas que tenham por comprometimento a promoção da dignidade da condição humana, o que nem sempre está em harmonia com as diretrizes perseguidas pelas maiores potências econômicas nível global.

Como exposto, diante de todas as violações a direitos humanos recorrentemente ocorridas, por força do advento da Carta da ONU, e dos demais documentos celebrados na ordem internacional, parte da doutrina²⁹¹ passa a afirmar a máxima de que os tratados (*lato sensu*) de direitos humanos seriam uma expressão de *jus cogens* no plano internacional.

1.2 Alguns dados da ONU e da UNESCO

Segundo a ONU, estatísticas demonstram que esforços realizados no sentido de promover a educação através do ensino em nível mundial²⁹². No entanto, dado alarmante também divulgado pela ONU aponta que, de fato, o direito à educação não vem sendo promovida em nível internacional²⁹³, sendo uma conduta violadora de direitos humanos, já que a educação é emancipadora, e propicia uma redução das desigualdades.

²⁹¹ FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro. Renovar. 2009. P. 02.

²⁹² ONU: “O Banco Mundial e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estimam que, em 1960, só 42% da população mundial sabiam ler e escrever. Em 2015, esse percentual cresceu para 86%. Alguns países – Andorra, Azerbaijão, Cuba, Eslovênia, Geórgia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Polônia, Rússia e Tadjiquistão – possuem índices de alfabetização de 100% ou perto disso.” Disponível em <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/acesso>: acesso em 10/07/2019.

²⁹³ “Apesar do crescimento acentuado em taxas de alfabetização nos últimos 50 anos, ainda há 650 milhões de adultos analfabetos no mundo todo, sendo a maioria composta por mulheres.” (...) Em 43 países, localizados principalmente no norte da África, na África Subsaariana e no oeste e no sul da Ásia, mulheres de 15 a 24 anos ainda têm menos probabilidade que homens de habilidades básicas de leitura e escrita. Já os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) fornecem uma oportunidade essencial para garantir que todos os jovens e a maior parte dos adultos atinjam alfabetização até 2030,

Clara demonstração desse quadro foi quando em 2017, a Unesco²⁹⁴ criou uma espécie de relatório para “monitoramento global da educação”, voltada para o público jovem com a finalidade seja respeitado o direito à educação em diversos países, e ainda, no sentido de dar a essa juventude pela responsabilização de seus governos pela educação equitativa e de qualidade. Segundo pesquisas, o direito à educação está incluso em 82 constituições no mundo, mas apenas 55% das violações são passíveis de judicialização, sendo que em apenas 41% dos países foi exercido esse direito do cidadão²⁹⁵.

Ademais, estudos da OIT – Organização Internacional do Trabalho²⁹⁶, nos anos 2102/2013, pontam que em 28 países, jovens com educação superior possuem maiores chances de se colocarem em trabalho decente, sendo o Brasil um dos cinco países da América Latina presente na pesquisa.

Um estudo mais recente realizado pelo Unesco²⁹⁷, em 2017, mostra que o número de estudantes universitários aumentou em quase 100%, entre os anos de 2000 a 2014, e ainda que dos países mais ricos, 74% dos jovens estão nas universidades, ao passo que apenas 8%, nos países mais pobres, sendo necessário a novas medidas a garantir o pagamento de empréstimos estudantis, novos marcos regulatórios para o fim de gerar uma igualdade de oportunidades.

Segundo dados da Unesco obtidos através do Relatório “Grave III”²⁹⁸, em 2016, “há cerca de 758 milhões de adultos, incluindo 115 milhões de pessoas com idades entre 15 e 24 anos, que não são capazes de ler ou escrever uma simples frase. A maioria dos países não

com quatro ODS focados no acesso e na qualidade da educação. Em muitos lugares, meninas são impedidas por práticas sociais e culturais de receber educação.

²⁹⁴ UNESCO. Accountability in education. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260657>. Acesso em 10/07/2019;

²⁹⁵ ONU. <https://nacoesunidas.org/relatorio-publicado-pela-unesco-ajuda-cidadaos-a-reivindicar-direito-a-educacao/>. Acesso em 10/07/2019.

Ao pronunciar-se sobre o “Relatório GEM”, o diretor Manos Antoninis, afirmou que os governos são responsáveis pelo direito à educação, e ainda que “se não estão fazendo como prometeram, deveríamos ser capazes de reivindicar legalmente nosso direito à educação. Sem isso, os tratados de direito internacional não valem mais do que o papel no qual estão escritos.

²⁹⁶ UNESCO. <https://nacoesunidas.org/ensino-superior-e-garantia-para-jovens-conseguirem-emprego-formal-nos-paises-em-desenvolvimento-diz-oit/>. Sobre o Brasil, o estudo apontou que: “A publicação destaca que a proporção de jovens sem qualquer qualificação educacional no Brasil é muito baixa, com menos de 1%. Cerca de 34% dos jovens brasileiros têm educação primária, 59% têm educação secundária e 6% têm educação superior. A maior proporção de jovens empregados formalmente está no setor de serviços com 79%, seguido do setor de manufaturados com 73%. Entre a porcentagem de jovens que trabalham sem vínculos empregatícios, 63% estão no setor de serviços e 54% no de manufaturados. Dos jovens desempregados, cerca de 15% têm no máximo educação primária e 14% têm educação secundária ou superior. Além disso, o estudo traz dados positivos em termos de educação: cerca de 11% dos jovens, após começarem a trabalhar, retomam os estudos.”

²⁹⁷ Onu News. <https://news.un.org/pt/story/2017/04/1583571-unesco-governos-nao-acompanham-demanda-pelo-ensino-superior>. Acesso em 10/07/2019.

²⁹⁸ UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por. Acesso em 10/07/2019. Globalmente, 139 dos 195 Estados-membros da UNESCO participaram do “GRALE III”, o que equivale a uma taxa de resposta de 71% dos países.

alcançou a meta da Educação para Todos, de atingir 50% de melhoria nos níveis de alfabetização de adultos até 2015”²⁹⁹³⁰⁰

Para a Unesco, são grandes prioridades: (i) “atingir a proficiência em alfabetização e em habilidades básicas para os adultos” e isso independentemente da renda; (ii) a vulnerabilidade pelas questões relacionadas ao gênero, em razão de exclusão maior ocorrer com as meninas: “9,7% das meninas de todo o mundo estão fora da escola, comparado a 8,3% dos meninos”, sendo que a grande maioria dos adultos (63%) com baixas habilidades de alfabetização é formada por mulheres.

Ainda segundo a Unesco³⁰¹, nos últimos anos, diversos países lançaram iniciativas no sentido de qualificar os adultos mais desfavorecidos, sendo possível constatar, em síntese, no que se refere à inclusão do adulto desfavorecido ao mercado de trabalho, a necessidade de intervenção do governo, em particular no que se refere a apoio financeiro, e a necessidade de atividades de sensibilização para estimular a demanda, bem como a realização de parcerias com o setor privado, no sentido de criar oportunidades de emprego à essas pessoas.

Isso leva a concluir que, também no plano internacional, a participação do Estado no fomento à certificação e no incentivo à contratação de indivíduos, principalmente os mais desfavorecidos, em parceria com o setor privado, torna-se crucial para o desenvolvimento humano e econômico de um país³⁰², e a manutenção da paz.

Nesse sentido, a ONU lançou em 2009 e fundou, em 2014, o programa “University of the People”, que sendo a primeira universidade sem fins lucrativos sendo voltada ao ensino superior com programas e de graduação e pós-graduação em diversas áreas, a qual possui hoje mais de 20 (vinte) mil alunos, em 200 países e territórios, sendo que 1.000 (hum mil) são refugiados, e que poderá ressignificar a educação superior em nível mundial.

²⁹⁹ UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por. Acesso em 10/07/2019. “A educação é essencial para a dignidade e os direitos humanos, e é uma força para o empoderamento. A educação de mulheres também tem grandes impactos nas famílias e na educação das crianças, influenciando o desenvolvimento econômico, a saúde e o engajamento cívico de toda a sociedade. Ao seguir adiante, a aprendizagem e a educação de adultos devem ser construídas por meio de uma abordagem holística e intersetorial, o que requer um trabalho entre os setores, orientado por uma necessidade urgente de aprofundar parcerias. Devemos continuar a informar todos os setores sobre a importância primordial da educação para o sucesso em todas as áreas da vida.”

³⁰⁰ UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por. Acesso em 10/07/2019. “O terceiro “Relatório Global sobre Aprendizagem e Educação de Adultos” (Global Report on Adult Learning and Education – GRALE III) é lançado no momento em que a comunidade internacional trabalha rumo à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Ao demonstrar a importância da contribuição que a aprendizagem e a educação de adultos podem oferecer a muitos setores da sociedade, estou confiante que este Relatório servirá como uma ferramenta valiosa para o avanço da nova agenda global.”

³⁰¹ UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_portugues. Acesso em 10/07/2019.

³⁰² Nos Últimos dez anos, Vários Países lançaram Iniciativas para melhorar têm Habilidades de letramento e numeramento volta adultos mais desfavorecidos de formas que estão diretamente ligados ao mercado de trabalho. Alguns exemplos incluem o Programa de Competência Básica na Vida Laboral, da Noruega, e vários programas de alfabetização e habilidades essenciais no Canadá. Myers e outros (2009) fizeram uma revisão dos programas canadenses, mas promissores voltaram-se para a força de trabalho com foco em letramento e em outras críticas.

Por fim, em relação à agenda 2030 da ONU, no que se refere a ODS 4 relativa à educação, consta do relatório de monitoramento da Unesco que (i) 70% das crianças dos países de baixa renda alcançarão a idade primária em 2030; (ii) que há necessidade urgente de um grande compromisso em longo prazo, uma vez que o tema ainda abrange muitos assuntos relativos às vulnerabilidades³⁰³; (iii) que “a educação possui um propósito no bem estar humano e no desenvolvimento global”³⁰⁴. Pois, um futuro sustentável somente tem lugar quando respeitada a dignidade humana, inclusão social, e proteção ambiental.

Quando se está diante de tratados em direitos humanos, o que se pretende é que essas se tornem regras universais, mas, de fato, não o são, nem por consentimento, nem tampouco por imperatividade, pois, de fato, é notório que grandes potências e países em desenvolvimento possuem reiterada prática lesiva aos direitos humanos.

Ressalte-se que o descumprimento de tratados ratificados em matéria de direitos humanos, incide na responsabilização internacional do Estado-parte³⁰⁵, por decorrência da violação do princípio da boa-fé previsto quando da celebração de tratados internacionais, especialmente os relativos aos direitos humanos. Pois, o objetivo da educação, segundo o referido documento, é ser um instrumento de desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade, e fortalecer o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais³⁰⁶, sendo esse o cerne da declaração universal de 1948.

1.3 O caráter “*jus cogens*” dos tratados internacionais de direitos humanos

Sobre o direito consuetudinário, Vattel ensina que o direito das gentes “é a ciência do direito que tem lugar entre as Nações ou Estados, assim como das obrigações

³⁰³ Tais dados obtidos em reportagens demonstram a iniciativa do poder estatal no incentivo à ensino, pesquisa e extensão nas universidades estrangeiras de “ponta”, e o que faz desses países serem detentores de conhecimento e tecnologia, nos dias atuais, em nível mundial, ainda que em cenários de crises econômicas externas. Nesse sentido: Recentemente, a Alemanha divulgou um investimento de 42 (quarenta e dois) bilhões de euros em educação na universidades, o que garante repasses a longo prazo e financiamento do ensino superior gratuito (2021-2030), os quais serão destinados ao ensino superior com recursos igualmente fornecidos pelo governo federal e dos Estados, sendo que esse valor corresponde em média a 2 (dois) bilhões de euros a mais por ano em relação ao investido em 2019. Disponível em www.g1.globo.com/educacao/noticia/2019/06/01/por-que-a-alemanha-decidiu-investir-mais-42-bilhoes-de-euros-em-universidades.ghtml: acesso em 10/07/2019. Também nesse sentido: Já nos Estados Unidos, segundo dados da Associação Americana para o Avanço da Ciência (AAAS), divulgados com base em dados da Fundação Nacional de Ciência (NSF), em 2017, o investimento foi de 118 (cento e dezoito bilhões) de dólares, sendo que 60% foram destinados pelo governo federal e os estados americanos. Disponível em: cartacampinas.com.br/2019/05/universidades-dos-eua-recebem-10-vezes-mais-dinheiro-publico-do-que-de-empresas-para-pesquisa/. Acesso em 20/07/2019.

³⁰⁴ UNESCO. https://en.unesco.org/gem-report/sites/gem-report/files/GEMR2016_PORT_SUMMARY.pdf. Acesso em 10/07/2019.

³⁰⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Gen. Método. 2015, Pg. 252.

³⁰⁶ Art. 13 do Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais e 1966, ratificado pelo Brasil através do decreto-lei n. 591/1992.

correspondentes a esse direito”³⁰⁷. Argumenta que, no direito natural, todos os homens recebem da natureza liberdade e independência, sendo tais valores não são passíveis de perda senão por consentimento próprio, e ainda do mesmo modo, que Nações ou Estados soberanos devem ser considerados também como pessoas livres e independentes, ou seja, que vivem juntas em estado natureza em relação aos demais homens e nações estrangeiras³⁰⁸, e tendo o direito de desobrigar-se de seus deveres.

Nessa linha, o que vem a ser uma norma *jus cogens*? Quais seriam, as normas celebradas pelos Estados-Partes que mereceriam o *status* de *jus cogens*? Há alguma especificidade quando das tratativas e celebração desses documentos pela comunidade internacional? Há nulidade das leis que afrontam tratados de direitos humanos, no âmbito do direito brasileiro?

A Convenção de Viena³⁰⁹, em seu art. 53 (e art. 64), vem a determinar o que são os *jus cogens*, afirmando que:

A norma do *jus cogens* é aquela norma imperativa de Direito Internacional geral, aceita e reconhecida pela sociedade internacional em sua totalidade, como uma norma cuja derrogação é proibida e só pode sofrer modificação por meio de outra norma da mesma natureza.

Segundo Rezek, a doutrina diverge quanto à natureza e ao conteúdo do *jus cogens*. Segundo o autor, trata-se de um “direito que obriga”, um “direito imperativo”, cuja expressão nasceu nos anos que precederam a segunda grande guerra mundial, sendo “o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno, limitam a liberdade contratual das pessoas”³¹⁰.

Logo, o que se pode afirmar, é que o caráter vago não apenas torna incerto do conteúdo das normas que compõe o *jus cogens*, como também torna também imprecisa a sua aplicabilidade, sua força normativa, inclusive por força do brocardo jurídico em latim *nullum crimen sine lege*, e que determina que não há crime sem lei anterior que o defina. Ora, nesse raciocínio, como estabelecer um preceito sancionatório e com pena de nulidade de determinadas leis que venham a contrariar normas com *status* de *jus cogens* se não se sabe, ao certo, o que são *jus cogens*?

³⁰⁷ VATTEL. Emer de. *O Direito das Gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília. Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. 2004, p. 88.

³⁰⁸ VATTEL. Emer de. *O Direito das Gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília. Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. 2004, p. 89.

³⁰⁹ Convenção de Viena de 1969.

³¹⁰ REZECK, Francisco. *Direito internacional Público*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2011. P. 146.

De igual forma, Salem Nasser³¹¹ afirma que normas *jus cogens* são normas de ordem pública que são inderrogáveis, mas que não há clareza na definição, uma vez que o conceito e os efeitos estão além do que foram estabelecidos na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Afirma, ainda, que é certo a referida convenção não deu origem ao *jus cogens*, mas tão somente consolidou as normas já existentes no plano internacional consuetudinário, sob pena de nulidade, tendo como preceito maior a dignidade da condição humana.

Afirma Rodas³¹², que no âmbito do direito “convencional”, uma norma merecerá o *status* de *jus cogens* acaso se mencionar, de forma expressa, que toda a derrogação aos seus preceitos será sancionada, com a pena de nulidade. No entanto, ocorre que diversos tratados de direitos humanos não possuem essa cominação de forma expressa, ao menos no direito interno brasileiro, de modo que, também por essa razão, não se pode afirmar, ao certo, quais seriam as normas merecedoras do *status* de *jus cogens* no plano internacional.

Do mesmo modo, Verdross³¹³ afirma, que os *jus cogens* são “direitos taxativos”, ou seja, relativos àquelas normas internacionais reconhecidas como tal por todos os “povos civilizados”, o que traz, mais uma vez, um caráter incerto ao conteúdo dessas normas, na medida que nem todos os povos possuem autonomia e soberania capaz de reconhecer e consentir com a imperatividade de um tratado internacional. Pois, diante da época das guerras veladas, em que a paz pode significar, não raramente, uma enorme dependência econômica, o consenso decorrente da passividade pode não ter um real significado jurídico conforme pretendido.

Já Carvalho³¹⁴, assinala que seria ilógico reduzir o conceito de *jus cogens* ao direito dos tratados, na medida em que a comunidade internacional reconhece valores em caráter universais, o que, inclusive se dissemina para toda e qualquer conduta dos Estados.

No entanto, segundo Mello³¹⁵, a principal fonte do direito internacional público que são os costumes, o que tem se mostrado frágil na medida em que as sociedades modernas estão pautadas em um direito legal. Segundo o autor, as relações mudam, e o direito muda a todo tempo, e assim, os costumes não vêm atendendo à uma nova realidade mutante de sociedade global, marcada por temos de regressão, lentidão e incerteza.³¹⁶

³¹¹ NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens ainda esse desconhecido*. Revista de Direito GV, v. 1, n. 21, P. 169, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12/03/2018.

³¹² RODAS, João Grandino. *Jus cogens em direito internacional*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66736/69346>; acesso em: 01/03/2018.

³¹³ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. Madrid: Aguilar, 1957. P 51.

³¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pág. 141.

³¹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15 edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2004. Pág. 291.

³¹⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15 edição. Editora Renovar. Rio de Janeiro. 2004. Pág. 217.

Também Guerra, irá apontar que a fonte dos costumes foi a principal fonte do direito internacional público durante do século XX, e que se encontra em regressão. Afirma ser o costume “um conjunto de atos e normas não escritas e admitidas por dilatado tempo e observados, em relações mútuas, como se direito fossem”³¹⁷, o que denota ser bastante relevante, na medida em que o elemento temporal pode alterar direito das gentes que provém o *jus cogens*.

Pois, já afirmava Hugo Grócio³¹⁸ que: “à exceção do direito natural, que costumamos chamá-lo também *jus gentium* (direito das gentes), não encontramos praticamente direito que seja comum a todas as nações”, o que de fato, traz a condicionalidade ao local e o tempo quando se está diante de um direito natural como se caracteriza o *jus cogens*.

Na mesma linha, Kant³¹⁹ já sustentava que há que se respeitar o direito local, como sendo o direito interno relativo às comunidades, pois desde a antiguidade, a ideia da alteridade é respeitada e preservada entre os grandes pensadores, do mesmo modo que não há como haver a imposição de uma vontade, ou de um pensamento de um Estado para com outro Estado, por decorrência da máxima desses princípios de liberdade e independência. Portanto, há que se preservar as liberdades, sobretudo quando se está diante de uma sociedade internacional.

Portanto, de fato, resta claro o quão o assunto é controverso e duvidoso é o tema do *jus cogens* no âmbito da doutrina de direito internacional, sobretudo em matéria de direitos humanos, o que demonstra a controvérsia e relevância do tema, especialmente em matéria de direitos humanos.

No entanto, ultrapassada a discussão acima, vale ressaltar o pensamento no sentido da obrigatoriedade do cumprimento aos tratados de direitos humanos uma vez ratificados ou internalizados tais documentos, tornando-se normas imperativas, não por uma suposta característica de *jus cogens*, mas por estar-se diante de uma norma cogente interna, o que passa a ocorrer no Brasil, a partir de emenda constitucional n. 45/2004, em que um tratado passa a ser ratificado com natureza de emenda constitucional, passando a vigorar tal como o direito positivo no plano jurídico nacional.

³¹⁷ GUERRA, Sidney. *Direito Internacional Público*. 3^a ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2007. P. 50.

³¹⁸ GRÓCIO, Hugo. *O direito da Guerra e da Paz* (De jure belli ac pacis). 2 ed. v.1. Ijuí: UNIJUÍ, 2005^a, p. 88.

³¹⁹ KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua. Um projeto filosófico*. Tradução: Arthur Mourão. Lusofonia Press. Corvilhã, 2008. p. 30.

Afirma Kant que “Nenhum Estado se deve imiscuir pela força na constituição e no governo de outro Estado” (...) “Não se aplicaria, decerto, ao caso em que um Estado se dividiu em duas partes devido a discórdias internas e cada uma representa para si um Estado particular com a pretensão de ser o todo; se um terceiro Estado presta, então, ajuda a uma das partes não se poderia considerar como ingerência na Constituição de outro Estado (pois só existe anarquia). Mas enquanto essa luta interna ainda não está decidida, a ingerência de potências estrangeiras seria uma violação do direito de um povo independente que combate a sua enfermidade interna; seria, portanto, um escândalo, e poria em perigo a autonomia de todos os Estados” (p.30)

2. O CONTEXTO NORMATIVO DOMÉSTICO RELATIVO AO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Diversas constituições brasileiras contemplaram o direito à educação, a começar pela constituição imperial de 1824, e que conferia direito à “instrução primária”. A constituição de 1934, estabeleceu-se uma série de direitos relacionados ao ensino primário obrigatório (art. § único do art. 150). Já a constituição de 1937, definiu-se que o ensino pré-vocacional e profissional como sendo uma prioridade do Estado (art. 129). A constituição de 1946 significou um retorno à constituição de 34, e, por fim, a constituição de 1967 dispôs sobre a substituição do regime de gratuidade pela concessão de bolsas de estudos (art. 168).

2.1 A Constituição Federal de 1988 e as diretrizes do governo federal brasileiro

A Constituição Republicana Brasileira de 1988, contemplou em seu artigo 205³²⁰, vem a contemplar o direito à educação, a ser realizado pela família e Estado, e à luz do princípio da universalidade, é um direito de todos os cidadãos, em homenagem a dignidade humana. Já o artigo 211, elucida a competência entre os diversos entes da federação quanto a organização colaborativa do sistema de ensino. O artigo 214 estabelece os objetivos do plano educacional da educação, e ainda, no artigo 208 traz a importante autonomia didático-científica, administração e de gestão financeira e patrimonial das universidades públicas.

Ademais, ainda no que se refere à autonomia e independência das universidades, o Supremo Tribunal Federal se posicionou, recentemente, por ocasião do julgamento da ADPF de n. 548, em que a Corte referendou, na sessão plenária, liminar concedida pela Ministra Carmen Lúcia, para assegurar a livre manifestação do pensamento e das ideias em universidades.

Na Lei de Diretrizes Básicas, 1996, dispõe o artigo 55, expressamente que “caberá à União assegurar, anualmente, em seu orçamento geral, *recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior* por ela mantidas.”, o que denota a necessidade de o governo federal dar cumprimento à lei orçamentária quando da aprovação da destinação dos recursos públicos pelo congresso nacional.

Por sua vez, o Plano Nacional de Educação-PNE, estabelecido para o decênio 2014-2024, através da lei n. 13.005/2014, portanto, plano aprovado pelo congresso nacional e sancionado pela presidência da república em 26/06/2014, determina as metas para ampliação ampliar dos investimentos públicos em educação pública, estabelecendo-se, de

³²⁰ Art. 205 CR/88: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

início, um patamar de 7% do produto interno bruto - PIB ao final de 5 (cinco) anos, no mínimo, o equivalente a 10% do PIB ao final dos 10 (dez) anos de vigência da referida lei, o que demonstra que o Brasil vinha implementando uma política de fortalecimento do direito à educação de forma progressiva, tal como determina os tratados internacionais de direitos humanos e a constituição federal de 1988.

Cabe ressaltar que a meta n. 12 (doze) do PNE³²¹ está em “elevar a taxa bruta de matrícula na Educação Superior para 50% e a taxa líquida para 33% da população de 18 a 24 anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% das novas matrículas, no segmento público”, o que demonstra a intenção do legislativo brasileiro em atuar de acordo com a orientação da universalização da educação de forma progressiva.

Por fim, foi objeto da emenda constitucional n. 85/2015, o §2º do artigo 213, que passa a estabelecer que: “as atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público”, o que assenta a discussão sobre a necessidade de atuação do poder público no que se refere ao destinação de recursos públicos de forma progressiva. E, por fim, a lei de diretrizes básicas, denominada por “LDO”, aqui, lei nº 13.707, de 14 de agosto de 2018, a qual aprovou o orçamento para a educação para o exercício de 2019.

Segundo dados da Unesco em 2016, o Brasil estava no ranking dos países que mais investiram em educação, em percentual maior de 6% sob o produto interno bruto. Ainda que aquém dos investimentos necessários, o Brasil vinha investindo na educação de ensino superior com regularidade e de forma ampliativa³²².

De acordo com as normas do PNE³²³ o Brasil necessita a partir de 2019 até 2024, investir 10% (dez o cento) do seu PIB, o ano, em educação pública, o que não deve ocorrer, já que o anúncio do governo é investir na meta de 7% (sete por cento) do PIB em educação, uma vez que a meta atingida em 2018 foi de 6% (seis por cento) do PIB.

2.2 O Decreto lei n. 9.741/2019 e a atuação do Ministério Público Brasileiro

³²¹ Brasil. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metas/12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>

³²² BRASIL. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metas/12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>

³²³ BRASIL. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metas/12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>

Em que pese toda a narrativa legislativa exposta, o atual governo brasileiro determinou, através do Decreto lei n. 9.741/2019, o corte do orçamento público destinado às universidades federais, de modo a inviabilizar o funcionamento das atividades, e impactando, sobremaneira, o acesso ao ensino superior de forma gratuita, o que se revela em descompasso e desrespeito ao que está previsto em normas internacionais e legislações internas vigentes.

Ademais, a lei de diretrizes básicas para o exercício de 2019 foi devidamente aprovada pelo congresso nacional, e não permite a medida adotada pelo Ministério da Educação, pois que a lei foi votada e aprovada na casa legislativa.

Em nota, a Procuradoria Geral da República - PGR, através da Procuradoria dos direitos do cidadão pronunciou-se pela inconstitucionalidade do bloqueio imposto pelo MEC às universidades federais, pois que tal medida arbitrária fere o princípio da separação de poderes, bem como a autonomia universitária na sua tríplice vertente: científica; financeira e patrimonial (art. 207 da CR/88).

Ademais, assinalou o PGR que o bloqueio de verbas pelo governo federal ao MEC para 2019, foi de 24,7%, enquanto para as universidades federais chegou em média de 30%, podendo chegar de 50% em alguns casos³²⁴.

Também afirmou o PGR, que as maiores ações ocorreram nas regiões Norte e Nordeste do país, sendo que a estratégia da descentralização das instituições federais de ensino foi de notável importância para a garantia do acesso ao ensino superior e a conquista da igualdade. E ainda, que tal ato invade a competência do legislativo, órgão responsável pela aprovação dos planos plurianuais, e leis orçamentárias, e que inclusive já alocou os recursos públicos, assim denominando como “trágica” a providência adotada pelo ministério da educação, o que, inclusive, fere a necessidade de prévia autorização legislativa para tanto (art. 167, VI, CR/88). Assim, pugnou pela inconstitucionalidade do referido “contingenciamento realizado pelo governo federal, através do Ministério da Educação³²⁵ nos autos das ações propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

³²⁴ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF. “O órgão do Ministério Público Federal classifica como desolador o retrato da situação orçamentária das instituições de ensino mais atingidas pela medida. Na Universidade Federal da Grande Dourados, por exemplo, a diminuição de recursos foi da ordem de 48,62%; na Federal do Mato Grosso do Sul, de 52,04%; enquanto na Universidade Federal do Sul da Bahia, o corte de recursos alcançou 53,96%. Os dados são da Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes).” <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/2019bloqueio-imposto-pelo-mec-a-instituicoes-de-ensino-e-inconstitucional2019d-aponta-procuradoria-dos-direitos-do-cidadao>

³²⁵ Em nota, conclui o MPF-PFDC que: “além de sugerir que o posicionamento apresentado pelo Ministério Público Federal nas ações que tramitam no Supremo seja pela inconstitucionalidade do referido corte de gastos, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão também defende que um novo ato de contingenciamento às instituições federais de ensino atenda a uma série de cinco requisitos, que tratam: do respeito à atribuição do Legislativo na elaboração, fiscalização e execução do orçamento; da não execução do orçamento como situação excepcional; da obrigação legal do Executivo no que se refere às metas fiscais; da impossibilidade de impor limitação de empenho e de movimentação financeira em patamar superior ao de decreto de contingenciamento; assim como do

2.3 A necessária proibição do retrocesso em direitos educacionais no Brasil

Afirma Dallari³²⁶, que “os direitos sociais esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida.” Portanto, o caráter prestacional de tal direito determina que o Estado forneça algo ao cidadão em razão de mandamento constitucional, como no caso de educação.

Essa é a razão pela qual deve incidir o princípio da vedação ao retrocesso, em que Sarlet afirma que³²⁷ são necessárias medidas protetivas aos direitos fundamentais face de medidas supressivas ou restritivas do poder público em garantir o mínimo existencial, com destaque para o legislador e o administrador, sendo eles sociais ou não, segundo o autor.

Pois como afirma, Alexy, a derrogação de direitos sociais concedidos de forma progressiva pelos Estados-membros promove um enfraquecimento da posição jurídica do cidadão frente ao Estado³²⁸, havendo uma espécie da ação estatal negativa em matéria de direitos sociais, o que não deve ser cancelado pelos tribunais brasileiros, na medida em que são direitos fundamentais e universais.

Também convém ressaltar, que o argumento de uma relativização/reversibilidade do princípio da vedação ao retrocesso, ideia defendida por uma “jurisprudência de crise” da Corte Constitucional Portuguesa³²⁹, não pode incidir sob o contexto de crise interna brasileira, não sendo razoável aplicar-se o pensamento de J.J.Canotilho³³⁰, uma vez que dissociada do princípio da razoabilidade, eis que o corte de verbas das universidades públicas ocorreu de forma arbitrária e sem parâmetros razoáveis. Pois, lá, vive-se um consenso acerca das necessárias medidas de austeridade planejadas no âmbito da União europeia. Aqui, vive-se uma crise política local que se entende ao longo dos últimos anos, e que se reflete em dificuldades econômicas, não sendo argumento plausível para que se revogue ou anule o núcleo essencial de direitos fundamentais, tal como ocorre com a educação pública.

respeito à definição orçamentária e respectiva distribuição de recursos entre as universidades federais de ensino superior, conforme estabelece o Decreto 7.233/2010.”

³²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo. Moderna, 1988. P. 7.

³²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

³²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores, 2012. P. 199/200

³²⁹ IBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Crítico*. Coimbra: Almedina, 2014.; PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011 - 2013)*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 21/07/2019.

³³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 edição. Coimbra. Editora Almedina, 2008, P. 110.

Portanto, o aludido corte das verbas pública nas universidades fere os tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil é parte, a constituição de 1988, o plano nacional de educação, o princípio constitucional da autonomia das universidades, e ainda a sobretudo, e ainda, sobretudo, cláusula pétrea da separação e independência entre poderes.

Portanto, o desenvolvimento da educação no Brasil é uma tarefa de todos, conjuntamente: alunos, pais, professores, das instituições, do Estado, de maneira engajada e proativa no sentido de reconstruir o sistema educacional brasileiro aliado aos novos anseios de uma sociedade sustentável.

Medida salutar nesse sentido, foi a recentíssima aprovação da emenda constitucional (PEC n. 15/15)³³¹ relativa ao FUNDEB – Fundo de Manutenção para o Desenvolvimento da Educação básica e de Valorização dos profissionais da Educação) e que em votação histórica, o Congresso Nacional aprovou tal medida o que irá impactar, positivamente, as classes mais desfavorecidas no país, principalmente nos municípios da região Norte e Nordeste, e que muito dependem desse recurso para o avanço na Educação. São iniciativas desse porte que podem acarretar um movimento importante de engajamento pela reformulação do sistema educacional no Brasil.

3. A NECESSÁRIA ATUAÇÃO POLÍTICA DA CORTE CONSTITUCIONAL EM PROL DO FORTALECIMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Observa-se, portanto, por razão dos argumentos acima expostos, uma necessidade de uma atuação pelo Supremo Tribunal Federal em posicionar-se claramente pela inconstitucionalidade do decreto lei n. 9.741/2019, para isso tendo de se adentrar numa zona cinzenta que esbarra numa esfera de uma atuação atípica política, sobretudo de forma necessária, de modo a garantir direitos fundamentais e humanos.

3.1 Os obstáculos oferecidos pelas Cortes Brasileiras através de uma jurisprudência defensiva.

Sobre a temática aqui exposta, convém ressaltar que algumas ações recentemente já foram julgadas, quando da apreciação do mandado de segurança de n. 36.459/DF e 34.640/DF, impetrados no âmbito do STF, entendeu o Ministro Marco Aurélio Mello que não foi apontado o ato (decreto) que tenha estabelecido a diminuição de repasses. Já em relação ao mandado de segurança n. 36.460/DF, afirmou o Ministro que o decreto, por si só, "não

³³¹ Senado Federal. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/25/pec-do-fundeb-permanente-e-aprovada-no-senado-por-unanimidade>. Acesso em 22/08/2020.

promove o apontado corte de verbas nas universidades, o qual está sujeito a decisão no âmbito da pasta a que vinculadas, e não do chefe do Executivo federal".

Dias após, quando da apreciação do mandado de segurança n. 25.174/DF, impetrado no âmbito do STJ, entendeu o Ministro Sérgio Kukina que as entidades apresentaram argumentos baseados em entrevistas concedidas pelo ministro da Educação, e que o deferimento de liminar está existência do ato administrativo, assim não merecendo ser acolhido o pleito liminar.

Portanto, utiliza-se a Corte Constitucional de uma jurisprudência defensiva para negar o seguimento a ambas as ações que tinham por finalidade coibir a prática de um ato lesivo à sociedade, informação essa pública e regularmente veiculada em grandes jornais e veículos de informação, sendo portanto fatos públicos lesivos à democracia brasileira e que por certo, estavam suficientemente subsidiadas a merecer uma apreciação do judiciário, mediante informações que seriam requisitadas à advocacia geral da união, ou ao ministério da educação, o que lhes foram negados.

Nessa linha, já afirmava Barbosa Moreira³³² que "é inevitável o travo de insatisfação deixado por decisões de não conhecimento; elas lembram refeições em que, após os aperitivos e os hors d'oeuvre, se despedissem os convidados sem o anunciado prato principal". É o que se encontra presente em ambos os casos, pois ambas as cortes brasileiras insistiram em argumentos de rigidez excessiva, criando entraves formais que obstaculizaram a prestação jurisdicional.

3.2 Quando a Corte Constitucional deve atuar em questões políticas?

A consolidação de um capitalismo marcado pelo binômio "informação-conhecimento tecnológico"³³³, fortalece uma relação de dominação econômica dos países mais desenvolvidos sobre os grandes mercados de consumo (países em desenvolvimento), assim, mantendo-se uma agenda imperialista de modo a enrijecer a tensão entre os povos, e, por consequência, as desigualdades³³⁴, o que tem gerado pobreza, e exclusão³³⁵ de todas as formas.

O fortalecimento da globalização no modelo atual acentua as relações de dominação, excluindo a possibilidade de efetivação da dignidade humana, na perspectiva de um "diamante ético", que na visão de Herrera Flores, traduz-se pelo "acesso igualitário aos bens

³³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 386, ano 102, 2006, p. 155)

³³³ DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização*. Paradoxos e Desafios. Rio de Janeiro. Renovar. 2001. P. 19.

³³⁴ FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro. Renovar. 2009. P. 02.

³³⁵ KASSEN, Kassia. *Expulsões, Brutalidade e Complexidade na Economia Global*. Tradução Angélica Freitas. Rio de Janeiro. 2016. P. 27.

materiais e imateriais necessários, de modo que todos possam ter suas particulares e diferenciadas formas de vida”³³⁶.

Segundo Stiglitz, o progresso tecnológico atual pode ter um impacto maior do que a própria globalização no critério das desigualdades, não havendo muito o que fazer em relação ao avanço da tecnologia, mas, ao contrário, há algo a ser feito pela globalização³³⁷, e esse algo, certamente, está relacionado às medidas de contenção desse fenômeno.

E mais recentemente, um relevante fenômeno político jurídico e social, em nível mundial, é marcado por um constitucionalismo abusivo³³⁸ e autoritário³³⁹, que embora seja dotado de uma técnica formalmente constitucional, possui o objetivo de aniquilar pluralismos e restringir a ordem democrática, dando margem à uma possível ruptura de compromissos assumidos por força da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e tantos outros documentos internacionais subsequentes celebrados, especialmente em matéria de direitos humano.

Tal circunstância vem sendo agravada, de certo modo, na pós-modernidade, com os recentes movimentos políticos de extrema direita ao redor do mundo³⁴⁰, à exemplo de Hungria, Polônia, Colômbia, Áustria, sendo que, nos últimos anos, o Brasil tem enfrentado graves crises político-econômicas internas, e que culminaram com o redirecionamento de um “Estado Social”, para um “Estado Liberal”, alterando, significativamente, o plano de governo do país, bem como todos os serviços públicos prestados aos cidadãos e às pessoas que se encontram no país, tal como o assunto ora tratado.

Portanto, não é raro observar, que, de fato, inúmeros documentos internacionais em matéria de direitos humanos não são cumpridos integralmente pelos países signatários, especialmente pelos países em desenvolvimento, o que evidencia uma contradição clara aos preceitos e diretrizes, seja no âmbito interno, ou perante a sociedade internacional. É o que vem sendo tratado no caso da educação, não apenas no Brasil, mas em âmbito internacional, segundo divulgados dados da Unesco.

Por outro lado, a dignidade de índole emancipatória, a possibilitar o exercício das liberdades que vem concebida na Declaração dos Direitos Humanos de 1948³⁴¹, é mais do que

³³⁶ FLORES, Joaquim. *A reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução Carlos Alberto Diogo Garcia. Florianópolis. Editora Fundação Boiteux, 2009. P. 122.

³³⁷ STIGLITZ, Joseph E. *Globalização - como dar certo*. Op. cit., P. 416/417.

³³⁸ TUSHNET, Mark. *Authoritit constitutionalism*. Cornell Law Review, vol 100, Rev. 391, jan-2015, P. 451/452.

³³⁹ NERY, Nelson. *O STJ e o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo*. <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitutional//index.php/dout2oanos/article/view/3437/3561>.

Acesso em 22/06/2019. No mesmo sentido:

http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quinta-Turma-descriminaliza-desacato-a-autoridade. Acesso em 22/06/2019.

³⁴⁰ Instituto Unisinos. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/582330-assim-e-a-ultradireita-que-governa-na-europa>. Acesso em 20/07/2019.

³⁴¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre. 2ª edição, Vol.1., 2003.

ser uma garantia fundamental, é um princípio que serve de base para todo o ordenamento jurídico pátrio bem como para nortear as condutas dos agentes públicos e sociais³⁴², em que pese, ainda, variar seus fundamentos dos direitos humanos de acordo com as concepções culturais, filosóficas, religiosas, políticas e jurídicas, das diferentes etnias.

Nesse sentido, muito se questiona a papel do ativismo judicial e seus limites, podendo essa função ser destituída de legitimidade, haja vista que ao Tribunal Constitucional é dada a missão de salvaguardar a constituição. Pois, como afirma Bickel³⁴³, há que se ter muita cautela, pois um Tribunal representa a vontade nacional contra o particularismo local, mas não o representa, como faz o Congresso, através da responsabilidade eleitoral. No entanto, como bem pondera o autor, há situações casos em que parece justificável exercer uma revisão judicial mais vigorosa e que justifica a sua atuação contra o Estado, tal como se faz no presente ato.

Ademais, como afirma Perry, são poucas as situações em que o Judiciário é autorizado a adentrar na esfera de outros poderes, o que se admite na hipótese em que se busca a proteção de minorias em que os direitos humanos estão “constitucionalmente entrincheirados”³⁴⁴, portanto vulneráveis, tal como se faz o presente caso.

3.3 A necessidade de observância de tratados internacionais de direitos humanos através da adoção dos mecanismos de controle de convencionalidade

É nesse contexto que o Judiciário, paradoxalmente, tem sido um ponto de reflexão, assumindo um ponto crucial para efeito de reconhecimento ou não de direitos fundamentais e humanos. Por toda conjuntura externa instável no âmbito internacional, faz-se necessária uma atuação atípica política da Corte Constitucional brasileira no sentido proteger e dar efetividade a direitos humanos, tal como o direito à educação ao ensino superior através das universidades federais, com a adoção e o fortalecimento de mecanismos internos de jurisdição constitucional e de convencionalidade, de modo a tornar esses direitos legítimos, por força do Estado de Direito.

Nessa linha, ressalta Mazuolli³⁴⁵:

³⁴² BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

³⁴³ BICKEL, Alexandre. M. *Constitucionalismo e Democracia*. <http://www.law.uh.edu/faculty/eberman/conlaw/Bickel.pdf>. Acesso em 10/07/2019.

³⁴⁴ PERRY, Michael. "Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrincheirados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? (com especial referência à pena de morte, aborto e uniões de pessoas do mesmo sexo)". In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional – pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007b.

³⁴⁵ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino americano*. Brasília. Gazeta Jurídica. 2013. P. 37.

Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional de convencionalidade de leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que o raciocínio guarda insuperável incongruência de não reconhecer que que é os próprios tribunais internacionais de direitos humanos (*v.g.* da Corte Interamericana que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlar e em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas. O controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo direito interno, como destaca inclusive o segundo considerando da Convenção Americana. (...)

Nesse sentido, seria o instituto o controle de convencionalidade uma ferramenta eficaz a solucionar litígios estruturais que têm surgido no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo a propiciar a efetivação de direitos fundamentais e humanos.

Registre-se, que tal espécie de controle é significativa no caso de controle abstrato, hipótese de incidência é a do art. 5º §3º, da CR/88, e em controle difuso, hipótese do art. 5º, §2º da CR/88, sendo esse último aquele exercido por todos os juízes e tribunais do país, sobretudo o STF, a requerimento das partes, ou *ex officio*, em relação aos tratados em vigor no país (*corpus juris*), nos termos do disposto no art. 105, III, CR/88.

Pois, nessa perspectiva, abre-se a possibilidade de fortalecimento do mecanismo interno de controle das convenções e tratados de direitos humanos, mas também pugna pelo fortalecimento dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, aqui, especialmente, em relação ao sistema americano de proteção.

Ressalte-se que a Corte Interamericana tem se posicionado no sentido de que o exercício dessa jurisdição de convencionalidade decorre de um dever de *ordre public* internacional³⁴⁶, de modo a possibilitar o fortalecimento de um diálogo entre as Corte Constitucional interna e a Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁴⁷, no caso de descumprimento do r. *decisum*.

Assim, o que se pretende é analisar uma espécie de sistema judiciário protetivo de forma inversa, na perspectiva de “dentro para fora”, face a obrigatoriedade do atendimento aos tratados de direitos humanos pela via do controle de convencionalidade, na forma difusa ou abstrata, observando-se o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais (art. 489, do CPC/2015 c/c art. 93, IX, da CR/88). Essa é uma grande missão da a ser “depurada” pela Corte Constitucional Brasileira, de modo a reforçar a ideia de integração do

³⁴⁶MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Gen. Método. 2015, Pg. 253.

³⁴⁷ HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. THE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW: Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf> acesso em 15/05/2019.

ordenamento jurídico brasileiro, a corroborar para o fortalecimento das instituições brasileiras.

Convém lembrar, sendo um ditame constitucional, que todo poder advém do povo, e que não apenas o parlamento, mas também o tribunal constitucional. Pois, já que o parlamento o representa politicamente³⁴⁸, o tribunal o representa através de suas decisões, sendo que a ponderação e argumentação uma espécie de como união necessária, para fins de demonstração dessa legitimação.

Importante consignar, ainda, que no âmbito da Corte Interamericana, poderá ser alvo de exame o denominado “bloco de constitucionalidade”, do qual é integrado pela convenção, pelos demais tratados e convenções de direitos humanos, o que também corrobora para o fortalecimento dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, *in casu*, o sistema americano, havendo o aceite a jurisdição da Corte pelo Brasil para o caso.

Portanto, quanto mais harmônico for a ordem do sistema jurisdicional³⁴⁹, mais protetivo ele o será, de modo a reforçar a proteção acerca de toda e qualquer matéria inerente aos direitos humanos, sendo necessário que os Tribunais Superiores brasileiros assumam definitivamente, no aspecto interno essa visão protetiva inclusiva, em nível nacional.

CONCLUSÃO

Em que pese a divergência acerca da atuação política do Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, em se tratando de proteção ao direito das minorias, faz-se uma necessária e urgente atuação do judiciário brasileiro, em prol de defesa e fortalecimento de direitos fundamentais e humanos, tal como o caso que se apresenta relativo ao corte de verba das universidades públicas.

Essa motivação está amparada, inclusive por força da ratificação de tratados em direitos humanos (nos termos do que determina o §3º do art. 5 da CR/88), em que assume o Judiciário brasileiro um ponto de crucial importância para efeito de reconhecimento e aplicabilidade de direitos fundamentais e humanos no âmbito da convencionalidade, inclusive por toda a conjuntura instável no âmbito internacional, para fins de proteção de tais direitos.

Portanto, o controle de convencionalidade é um controle nacional, doméstico, a ser de encargos dos juízes e tribunais brasileiros, antes mesmo de qualquer manifestação de tribunal internacional a respeito. E os tribunais internacionais apenas

³⁴⁸ ALEXY, Robert. *O Constitucionalismo Discursivo*. 3ª ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre. Livraria do Advogado. P. 54.

³⁴⁹ Na fala de Hildebrando Accioly: “convém lembrara que s tribunas são sempre posteriores ao direito.(...) Quanto mais perfeita a ordem jurídica, menor a necessidade de coação.” ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo. Saraiva. 2002. P. 5

“controlarão o controle de convencionalidade acaso o poder judiciário brasileiro não tenha exercido o seu papel de controle de obrigatoriedade, ou tenha sido de forma insuficiente³⁵⁰.

Como visto, tratados internacionais de direitos humanos possuem o condão de promover o reforço da promoção aos direitos humanos no Brasil, o que requer uma ampla sensibilização dos operadores do direito, mas sobretudo, do poder judiciário, para fins de resguardar o direito à uma tutela jurisdicional, de forma a corroborar à promoção dos direitos fundamentais e humanos, seja em nível interno, seja em nível internacional, com o fortalecimento dos litígios estruturais³⁵¹.

Portanto, quanto mais harmônico for a ordem do sistema jurisdicional³⁵², mais protetivo ele o será, de modo a reforçar a proteção acerca de toda e qualquer matéria inerente aos direitos humanos, sendo necessário que os Tribunais Superiores brasileiros assumam definitivamente, no aspecto interno essa visão protetiva inclusiva, em nível nacional, para tanto, em alguns momentos, sendo necessária uma atípica atuação política.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo. Saraiva. 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo. Malheiros Editores, 2012.

ACNUDH. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTtimor-Leste-portugues.pdf>: Acesso em 10/07/2019

BONAVIDES. Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10ª ed. São Paulo. Editora Malheiros.

BRASIL. Presidência da República. Decreto lei n. 591/1992.

BRASIL. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metas/12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>: Acesso em 10/07/2019

³⁵⁰ MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade. Um panorama latino americano*. Brasília. Gazeta Jurídica. 2013. P. 37. Nessa linha, afirma o autor: “Assim, não é correto dizer que apenas o controle internacional de convencionalidade de leis (realizado pelas instâncias internacionais de direitos humanos) seria o verdadeiro controle de convencionalidade, uma vez que o raciocínio guarda insuperável incongruência de não reconhecer que que é os próprios tribunais internacionais de direitos humanos (v.g. da Corte Interamericana que decorre a exigência de os juízes e tribunais internos controlar e em primeira mão, antes de qualquer manifestação internacional sobre o tema) a convencionalidade de suas normas domésticas. O controle de convencionalidade internacional é apenas coadjuvante ou complementar do controle oferecido pelo direito interno, como destaca inclusive o segundo considerando da Convenção Americana. (...)”

³⁵¹ CARDOSO. Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte. Fórum. 2012. P. 56/57.

³⁵² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. São Paulo. Saraiva. 2002. P. 5. Afirma o autor que “convém lembrara que s tribunais são sempre posteriores ao direito.(...) Quanto mais perfeita a ordem jurídica, menor a necessidade de coação.”

BRASIL. Procuradoria Geral da República. <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/201cbloqueio-imposto-pelo-mec-a-instituicoes-de-ensino-e-inconstitucional201d-aponta-procuradoria-dos-direitos-do-cidadao>: Acesso em 10/07/2019

BICKEL, Alexandre. M. Constitucionalismo e Democracia. <http://www.law.uh.edu/faculty/eberman/conlaw/Bickel.pdf>. Acesso em 10/07/2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 edição. Coimbra. Editora Almedina, 2008.

CARDOSO. Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte. Fórum. 2012.

COELHO, Luiz Fernando. Helena & Devília. *Civilização e Barbárie na Saga dos Direitos Humanos*. Curitiba. Editora Bonjours. 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo. Moderna, 1988.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O Direito ao Desenvolvimento na Perspectiva da Globalização: Paradoxos e Desafios*. Rio de Janeiro. Renovar. 2001.

GUERRA. Sidney. *Direito Internacional Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 2007.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts. *The Journal of International Law*: Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/4d5f/bed8fa90823b85873b7941a451aaef66ac49.pdf> acesso em 15/05/2019.

GRÓCIO, Hugo. *O Direito da Guerra e da Paz* (De jure belli ac pacis). 2 ed. v.1. Ijuí: Unijuí, 2005.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos Direitos Humanos: Teoria e Práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro. Renovar. 2009.

FLORES, Joaquim. *A reinvenção dos Direitos Humanos*. Tradução Carlos Alberto Diogo Garcia. Florianópolis. Editora Fundação Boiteux, 2009.

KASSEN, Kassia. Expulsões. *Brutalidade e Complexidade na Economia Global*. Tradução Angélica Freitas. Rio de Janeiro. 2016.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo. Editora Gen. Método. 2015.

_____. *Controle de Convencionalidade*. Um panorama latino americano. Brasília. Gazeta Jurídica. 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2004.

NASSER, Salem Hikmat. *Jus Cogens ainda esse desconhecido*. Revista de Direito GV, v. 1, n. 21, p. 169, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 maio 2018.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua: Um projeto filosófico*. Tradução: Arthur Mourão. Lusofonia Press. Corvilhã, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Restrições ilegítimas ao conhecimento dos recursos*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 386, ano 102, 2006.

PERRY, Michael. "Protegendo direitos humanos constitucionalmente entrenchados: que papel deve a Suprema Corte desempenhar? (com especial referência à pena de morte, aborto e uniões de pessoas do mesmo sexo)". In: TAVARES, André Ramos (coord.). *Justiça constitucional – pressupostos teóricos e análises concretas*. Belo Horizonte: Fórum, 2007b

NERY, Nelson. *O STJ e o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo*. <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/dout2oanos/article/view/3437/3561>; acesso em 22/06/2019.

REZECK, Francisco. *Direito internacional Público*. 13 ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Crítico. Coimbra: Almedina, 2014.; PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011 - 2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 21/07/2019.

RODAS, João Grandino. *Jus cogens em direito internacional*. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66736/69346>; acesso em: 01/03/2018.

TULCHIN, Joseph. América Latina X Estados Unidos. *Uma relação turbulenta*. Trad. Lavinia Silveira. São Paulo. Editora Contexto. 2016.

TUSHNET, Mark. *Authoritit constitutionalism*. Cornell Law Review, v. 393, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

STIGLITZ, Joseph E. *Globalização - como dar certo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre. 2ª edição, Vol.1., 2003.

UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590> por: acesso em 10/07/2019.

UNESCO. Accountability in education. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260657>;

<https://nacoesunidas.org/ensino-superior-e-garantia-para-jovens-conseguirem-emprego-formal-nos-paises-em-desenvolvimento-diz-oit/>.

<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917> por

www.g1.globo.com/educacao/noticia/2019/06/01/por-que-a-alemanha-decidiu-investir-mais-42-bilhoes-de-euros-em-universidades.ghtml: acesso em 10/07/2019.

cartacampinas.com.br/2019/05/universidades-dos-eua-recebem-10-vezes-mais-dinheiro-publico-do-que-de-empresas-para-pesquisa/: acesso em 20/07/2019.

https://en.unesco.org/gem-report/sites/gem-report/files/GEMR2016_PORT_SUMMARY.pdf: acesso em 10/07/2019.

VATTEL, Emer de. *O Direito das Gentes*. Trad. Vicente Marotta Rangel. Brasília. Editora Universidade de Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. 2004.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Publico*. Madrid: Aguilar, 1957.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**PERSPECTIVAS DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE
NO DIREITO COMPARADO BRASIL-UNIÃO EUROPEIA**
*PERSPECTIVES OF THE LEGAL PROTECTION OF THE ENVIRONMENT IN
BRAZIL-EUROPA UNION COMPARATIVE LAW*

Arnaldo de Souza Ribeiro³⁵³

“Deus perdoa sempre; o homem, às vezes, mas a natureza nunca!” (Romem Barleta).

RESUMO: O presente artigo aborda as perspectivas da proteção jurídica do meio ambiente no direito comparado Brasil-União Europeia - UE. Faz um breve histórico da legislação ambiental no Brasil e na União Europeia – UE, escudado na Legislação, nos Tratados e nas Conferências da ONU, realizadas a partir da década 70, com destaque para a de Estocolmo. Aponta as alterações climáticas, o aquecimento global e suas consequências. Declina as principais atividades do Brasil e da União Europeia - UE, voltadas para a proteção do meio ambiente e, conseqüentemente, da humanidade. Alerta para os efeitos do *Dia de sobrecarga da terra e Ponto de inflexão da Amazônia*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Brasil - União Europeia; Meio ambiente; Aquecimento global.

ABSTRACT: The present article is concerned to the perspectives of legal protection of the environment in Comparative Law between Brazil – European Union - EU. It makes a brief historical background of the environmental Law in Brazil and in the European Union – EU, protected by the Legislation, Treaties and UN Conferences held from the nineteen seventies and with emphasis on the ones held in Stockolm. It points to climate change, global warning and its consequences. It declines the main activities of Brazil and The European Union – EU, aimed at protecting the environment and consequently, humanith. Alert to the effects of the Day and Land Overlood and the inflexion point of the Amazon.

Keywords: Environmental Law; Brazil - European Union; Environment; Global Wuarming.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que tudo que as pessoas possuem ou consomem deriva da natureza e que as necessidades humanas são infinitas e os recursos produzidos pela natureza são finitos. Ademais, a cada dia a população aumenta e o mesmo não ocorre com o planeta. Estudos

³⁵³ Doutor em Direito pela UNIMES, Santos, SP, Mestre em Direito Privado pela UNIFRAN, Franca – SP e Especialista em Metodologia e a Didática do Ensino Superior pela Faculdades Claretianas de São José de Batatais, SP. Professor do Curso de Direito da Universidade de Itaúna – UIT. Professor convidado da Escola Fluminense de Psicanálise – ESFLUP, Nova Iguaçu -RJ. Membro e Presidente da Academia Itaunense de Letras – AILE, membro da Academia Corsiburguense de Letras Guimarães Rosa – ACLGR, membro do Instituto de Direito de Língua Portuguesa – IDILP e Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa – CJLP, Lisboa – Portugal. Autor e organizador de livros jurídicos e históricos.

realizados pela [Global Footprint Network](#)³⁵⁴ mostram que, desde 1971, a relação entre o que o planeta produz e o que as pessoas consomem gera um *déficit* a partir de um determinado dia do ano, a que se denomina o *Dia da sobrecarga da terra*. Este dia indica que foram consumidos todos os recursos naturais que o planeta seria capaz de produzir durante um ano e, a cada ano, este dia ocorre mais cedo. Não administrar e corrigir essa equação, entre o que o planeta é capaz de produzir e o que será consumido, fatalmente o levará à falência com consequências desastrosas para as gerações presentes e futuras.

Outro estudo a ser analisado é o *Ponto de inflexão da Amazônia*.³⁵⁵ A região amazônica é um oásis para o Brasil e para alguns países da América do Sul, pela humidade, pelos rios aéreos transportadores de chuvas para as demais regiões e, sobretudo, pelo oxigênio que produz. Porém, com a ocupação desordenada, o desmatamento e as queimadas que a ela sistematicamente impõem, estudos indicam que, a continuar neste ritmo, em trinta anos, parte significativa será transformada em savana e, ao contrário de produzir chuvas e oxigênio, até 2050 poderá lançar 200 bilhões de toneladas de CO² na atmosfera, com sérias consequências para o Brasil e forte contribuição para o aquecimento global.

Cientes da fragilidade do Planeta e da necessidade da preservação do meio ambiente vários e importantes estudos foram e são realizados para preservá-lo a benefício desta e das futuras gerações. Dentre eles a Conferência de Estocolmo, 1972, na Suécia; a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Eco-92, Rio de Janeiro; a Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas de 2015 – COP 21, Paris, promovidas pela Organização das Nações Unidas – ONU, todas contaram com a participação de líderes mundiais, organizações não governamentais, cientistas e sociedade civil.

Apesar dos esforços de muitos líderes, organizações não governamentais, cientistas, sociedade civil e ambientalistas, os problemas afetos à preservação do meio ambiente ainda clamam por soluções e caminhos que conduzam ao equilíbrio entre produção e a preservação do meio ambiente. O Brasil e os países que integram a União Europeia-UE encontram-se irmanados neste propósito, portanto integram a Organização das Nações Unidas – ONU e se fazem representar nos eventos por ela promovidos.

1. A CONFERÊNCIA DE ESTOCOLMO

³⁵⁴ CAMARGO, Suzana. *Dia da sobrecarga da terra: recursos naturais do planeta para 2029 se esgotaram hoje!* Conexão Planeta, 29 de julho de 2019. Disponível em: <<https://conexaoplaneta.com.br/blog/dia-da-sobrecarga-da-terra-recursos-naturais-do-planeta-para-2019-se-esgotaram-hoje/>> Acesso em: 07. jan. 2020.

³⁵⁵ JANSEN, Roberta. *É mais rentável ter a Amazônia em pé*. O Estado de São Paulo, 12 de janeiro de 2020. Disponível em: < <https://www.msn.com/ptbr/noticias/meioambiente/%c3%a9-mais-rent%c3%a1vel-ter-a-amaz%c3%b4nia-em-p%c3%a9/ar-BBYRVcL> > Acesso em: 12 jan.2020.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano³⁵⁶, conhecida como Conferência de Estocolmo, fora realizada entre os dias 5 e 16 de junho de 1972, na Suécia. Foi o primeiro evento da Organização das Nações Unidas - ONU direcionado a discutir, de maneira global, as questões ambientais e desenvolvimento sustentável. Designada em uma de suas sessões realizada em 1970, seus integrantes tomaram uma série de decisões objetivas para sua realização, entre elas a de aceitar o convite do Governo da Suécia, para que a Conferência se realizasse em Estocolmo em junho de 1972.

Estabelecido o local e a data de sua realização, nomeou-se a Comissão Preparatória, integrada por peritos governamentais, inclusive com a participação de representantes do Brasil.

Nesse sentido Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva³⁵⁷:

A Comissão Preparatória realizou quatro sessões. A primeira ocupou-se com a parte operativa e com a definição de como os Estados-membros deveriam atuar; na segunda, foi adotada a agenda provisória e decidida a natureza do documento a ser assinado em 1972; foram adotados alguns assuntos específicos, como a poluição dos mares, a conservação do solo, os limites permissíveis de poluição e alguns outros; coube à terceira sessão examinar o progresso verificado na apreciação dos temas substantivos e apresentar o esboço de Declaração sobre o Meio Ambiente; a quarta sessão, realizada em março de 1972, ocupou-se da parte funcional da Conferência, inclusive dos aspectos financeiros.

A princípio a conferência de Estocolmo fora vista com ceticismo e com declarada resistência pelos países em desenvolvimento. Ceticismo e inconformismo que encontraram respaldo nos organizadores.

Neste sentido Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva³⁵⁸:

Na época, a ideia de realização de uma Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente não teve uma repercussão positiva entre os países em desenvolvimento; ao contrário, no caso de alguns, a reação foi francamente antagônica, como ocorreu com o Brasil. A razão desse desinteresse decorria de várias circunstâncias, dentre elas que a Primeira Década do Desenvolvimento das Nações Unidas chegava ao seu final com poucos resultados positivos e a Conferência era encarada como uma tática diversionista, tendente a relegar os programas de desenvolvimento a um segundo plano.

Os países em desenvolvimento enxergavam que os propósitos da Conferência estavam mais ligados aos interesses dos países industrializados, que já tinham sobejamente utilizado

³⁵⁶ ONU. Organização das Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. *United Nations*, 1972. Disponível em: <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁵⁷ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002, p. 28.

³⁵⁸ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro:

Thex Editora, 2002, p. 29.

seus recursos naturais, portanto, não queriam e não podiam ser penalizados na sua marcha para o progresso.

Desde o início, o Brasil assumiu uma posição favorável à tese desenvolvimentista. O Embaixador Araújo Castro, em julho de 1970, salientou que os planos submetidos à Comissão Preparatória identificavam-se com os problemas e as preferências dos países industrializados e não levavam em consideração as necessidades e as condições dos países em desenvolvimento. Esta orientação, acrescentou, refletia “a filosofia inaceitável que busca um equilíbrio ambiental global na qual certas áreas ou regiões devem ser conservadas intactas, capazes de compensar os fatores de poluição criados em abundância nos países desenvolvidos”.³⁵⁹

Os argumentos do embaixador brasileiro foram aceitos pela Assembleia das Nações Unidas, conforme relata Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva³⁶⁰:

A Assembleia Geral das Nações Unidas aceitou este posicionamento e, na Resolução 2.057 (XXV), recomendou à Comissão Preparatória incluir nas suas 2^a e 3^a sessões itens específicos relativos a aspectos econômicos e sociais de interesse dos países em desenvolvimento, com vistas a reconciliar os seus planos nacionais de desenvolvimento com uma política ambiental.

O Brasil, àquele tempo, vivia um momento desenvolvimentista com o chamado “*Milagre Brasileiro*”. Ademais, sabia-se que não era a atuação dos países em desenvolvimento os responsáveis pela poluição e pelo desequilíbrio universal.

Ultrapassadas as barreiras do ceticismo e das desconfianças, em especial pelo acolhimento das preocupações dos países em desenvolvimento, a Conferência se realizou e Estocolmo recebeu representantes de 113 países e mais de 250 Organizações não governamentais para debaterem sobre meio ambiente.³⁶¹

Entre os pontos debatidos e os principais objetivos a serem enfrentados destacaram-se: as mudanças climáticas, a qualidade da água, as soluções para reduzir os desastres naturais, a limitação do uso de pesticidas na agricultura, a redução do percentual de metais pesados lançados na natureza e a busca, ainda que de forma embrionária, das bases do desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido Heli Souza Maia³⁶²:

³⁵⁹ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro:

Thex Editora, 2002, p. 29.

³⁶⁰ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro:

Thex Editora, 2002, p. 29.

³⁶¹ Cf. MAIA, Heli de Souza. *Atividade empresária e sustentabilidade ambiental*. São Paulo: Livre Expressão, 2013, p. 127.

³⁶² MAIA, Heli de Souza. *Atividade empresária e sustentabilidade ambiental*. São Paulo: Livre Expressão, 2013, p. 127.

Os debates acerca da temática continuaram presentes na agenda internacional. Foi nessa esteira que, em 1972, a Organização das Nações Unidas realizou em Estocolmo uma conferência para o meio ambiente, reunindo 113 países, além da participação de aproximadamente 250 organizações não governamentais.

Entre os países desenvolvidos presentes na Conferência destacam-se os Estados Unidos, à época Presidido por Richard Milhous Nixon, que se comprometeram a reduzir a poluição em seu território. Nixon renunciara no dia 9 de agosto de 1974, e não cumprira a promessa. E nem os Presidentes posteriores, conforme comprova as palavras da ambientalista e ativista sueca Greta Thunberg, no dia seguinte à eleição de Donald Trump: “Claro que é horrível. Mas é a única maneira. Com a Clinton ou o Obama, tudo teria continuado na mesma. O Trump vai ser o nosso despertador”.³⁶³

Pelo que se presencia hoje, os países desenvolvidos que aquiesceram às propostas apresentadas durante a Conferência, na prática não o fizeram. De igual modo, os países em desenvolvimento também não tiveram êxito nessa tarefa. Afinal proteção ambiental implica reduzir atividades industriais, o que compromete suas economias e estas sempre falam mais forte. Portanto, a Conferência de Estocolmo foi um marco, mas não produziu os resultados que dela se esperava.

2. UNIÃO EUROPEIA

Com a criação da União Europeia - UE, seus membros ratificaram e consolidaram o espírito de grupo iniciado com a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço - CECA, conhecida como “Europa dos Seis”, criada no dia 23 de julho de 1952 e sucedida pela Comunidade Econômica Europeia – CEE, criada pelo [Tratado de Roma](#), no dia 25 de março de 1957. Fundadores: Alemanha Ocidental, Bélgica, França, Holanda, Itália e Luxemburgo. E o fizeram com objetos claros.

Neste sentido Luana Polon³⁶⁴:

O tratado para constituição da Comunidade Econômica Europeia tinha em sua gênese alguns aspectos bastante concisos, refletidos em objetivos a serem cumpridos, sendo eles: a eliminação dos direitos aduaneiros entre os Estados-Membros; a instituição de uma pauta aduaneira externa comum; a instauração de uma política comum no domínio da agricultura e dos transportes; a criação de um Fundo Social Europeu; a instituição de um Banco Europeu de Investimento e ainda o desenvolvimento de relações mais estreitas entre os Estados-Membros.

³⁶³ ERMAN, Beata; ERNMAM, Malena; THUNBERG, Greta e THUNBERG, Svante. *A nossa casa está a arder: a nossa luta contra as alterações climáticas*. Tradução para o português de Maria João Ferro, Filipe Guerra e Elin Baginha. 2ª ed. atual. e aumentada. Lisboa: Editorial Presença, 2019, p. 298.

³⁶⁴ POLON, Luana. *Comunidade econômica europeia*. Disponível < <https://www.estudopratico.com.br/comunidade-economica-europeia/> > Acesso em: 05 jan. .2020

A partir de 1967, dez anos depois de sua fundação, a Comunidade Econômica Europeia - CEE estabeleceu normas ambientais em que reconheciam a importância e a amplitude da temática ambiental.

No dia 7 de fevereiro de 1992, com o Tratado de Maastricht, também conhecido como Tratado da União Europeia - UE, os países signatários alteraram a denominação Comunidade Econômica Europeia para Comunidade Europeia. Atualmente conta com 28 países e exerce influência não só no continente europeu, mas no mundo todo. Constam 28 países membros, tendo em vista que o Reino Unido deixará o Bloco no dia 30 de janeiro de 2020.

2.1 Contribuições da União Europeia para a preservação do meio ambiente

Ainda na roupagem de Comunidade Econômica Europeia – CEE, cinco anos antes da realização da Conferência de Estocolmo, os países signatários já se evidenciavam com apresentação de normas de tutela ambiental.

Nesse sentido Antônio de Jesus da Rocha Freitas Júnior³⁶⁵:

A União Europeia vem estabelecendo normas ambientais desde 1967, reconhecendo a importância e a amplitude da temática ambiental. A Diretiva 67/548 da CEE, de 1967, sobre classificação, etiquetado e embalagem de substâncias perigosas, é considerada pela doutrina como a primeira norma ambiental da então Comunidade Econômica Europeia – CEE, atual União Europeia.

O artigo 191 do Tratado de Funcionamento da UE, destaca a preservação, proteção e melhoria da qualidade do ambiente, preocupação com a saúde das pessoas, utilização prudente e racional dos recursos naturais e combate das alterações climáticas.³⁶⁶

TÍTULO XX O AMBIENTE

Artigo 191.

1. A política da União no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objetivos:
 - a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente,
 - a proteção da saúde das pessoas,
 - a utilização prudente e racional dos recursos naturais,
 - a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas

³⁶⁵ FREITAS JÚNIOR, Antônio de Jesus da Rocha. A proteção ambiental na União Europeia. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 116, 28 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4447>. Acesso em: 28 dez.2019.

³⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia*2016. Disponível em : < https://eurlex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b49701aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF >
Acesso em: 05 jan.2020.

Com a ênfase que a União Europeia – UE dá ao meio ambiente, os assuntos ambientais deixaram de ser considerados uma ação comunitária e foram elevados ao nível de uma das políticas fundamentais da União.

Desse modo, a União Europeia - UE desenvolveu e desenvolve uma política econômica sem desviar da política ambiental, escudada em normas de proteção do meio ambiente mais exigentes, se comparadas à escala global.

Nesse sentido Ulrich Beck³⁶⁷:

A metamorfose europeia *não* significa que os Estados-não desapareçam, mas significa uma “viragem copernicana”: a Europa já não gira em torno do Estado-nação como o Sol parece girar em torno da Terra; os Estados-nação vão girar em torno da Europa, tal como a terra gira em torno do Sol. Isto significa que o Estado-Nação, ou, ainda mais, a ideia de Estado nação, se está a metamorfosear.

3. O BRASIL

No Brasil, ainda que de forma embrionária, no ano de 1855, relata o historiador itaunense, João Dornas Filho³⁶⁸ em seu livro *Aspectos da Economia Colonial*, que a comissão científica do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro recebeu as seguintes Reflexões Anônimas, que serviram de fonte inspiradora para organizar as instruções à missão que ia percorrer o interior de algumas Províncias:

O Ceará durante o século passado, derrubou imensas porções de suas matas para substituí-las por algodoeiros. Ricas foram as primeiras safras; mas bem depressa teve de ressentir-se das graves consequências de um passo tão irrefletido. A devastação das florestas, expondo o terreno posto a descoberto à ação direta do sol foi diminuindo o grau relativo da umidade atmosférica que elas entretinham; o que produziu afinal o dessecamento das fontes que, nascendo das montanhas, molhavam seus vales. Extensões de terreno, outrora cobertas de ricos vegetais, acham-se hoje mudadas em áridos desertos sem o menor vestígio de água”. (Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, vol. XIX, 77).

Pelo exposto, desde o século XIX, problemas ligados ao meio ambiente já eram vistos e denunciados no Brasil.

3.1 Legislações anteriores à Constituição Federal de 1988

A exemplo da União Europeia – UE, também no Brasil na década de 1960, já existiam legislações de defesa do meio ambiente, entre elas: Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965

³⁶⁷ BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almedina, 2017, p.195.

³⁶⁸ DORNAS FILHO, João. *Aspectos da economia colonial*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1958, p.10.

(Código Florestal), alterada pela Lei nº 7.803, de 1989; Lei n. 5.197, de 3 de janeiro de 1967 (Código de Caça), com as modificações da Lei nº 7.653, de 1988; Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981, alterada pela Lei nº 7.804, de 18 de julho de 1989, que cuida da lavra garimpeira e a Lei n. 3.924, de 26 de julho de 1961, que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos.

Entre as Legislações existentes à época destaca-se a Lei n. 7347, de 24.7.1985, que disciplina a ação civil pública, aplicada nos casos de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e a direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

3.2 Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 e Leis infraconstitucionais

Um novo paradigma se estabeleceu no Brasil para tutela do meio ambiente depois de promulgada a Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988³⁶⁹, em especial no *caput* do Artigo 225.

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.

Além das determinações do *caput*, os parágrafos e incisos ampliaram os deveres do poder público e da coletividade na defesa e preservação do meio ambiente.

No mesmo sentido a Lei nº 9.985, de 18 de junho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III, e VII da Constituição Federal, e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC e dá outras providências, a Lei nº 9605, de 12.2.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências e a Lei 12.651, de 25 de Maio de 2012, estabelece normas para proteção da vegetação nativa em áreas de preservação permanente, reserva legal, uso restrito, exploração florestal e assuntos relacionados.

O Brasil possui leis constitucionais e infraconstitucionais que tutelam o meio ambiente desde o século XIX, mas alcançou o seu ápice a partir da Constituição Federal de 1988.

4. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO (CNUMAD)

³⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

Realizada nos dias 3 a 14 de junho de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - (CNUMAD), também conhecida como Eco-92, marcou os vinte anos da Conferência de Estocolmo, quando pela primeira vez, representantes de diversos países discutiram uma forma racional do uso dos recursos naturais a que se dera o nome de desenvolvimento sustentável. A partir daquele evento buscaram conscientizar as lideranças mundiais e as organizações não governamentais da necessidade de harmonizar o progresso com a preservação da natureza, única forma de garantir a qualidade de vida para a geração atual e futuras.

Nesse sentido Flávia Milhorange³⁷⁰:

Em 1988, a Assembleia das Nações Unidas aprovou uma resolução que determinava a realização de uma conferência sobre temas ambientais. O Brasil ofereceu-se para sediar o encontro esperando se tornar um articulador internacional. Os temas propostos para a conferência se pautavam em questões apontadas desde Estocolmo: proteção aos solos, por meio do combate ao desmatamento, desertificação e seca; proteção da atmosfera, por meio do combate às mudanças climáticas; proteção das áreas oceânicas e marítimas; conservação da diversidade biológica, controle de biotecnologia, controle de dejetos químicos e tóxicos; erradicação de agentes patogênicos e proteção das condições de saúde.

Aceita a proposta brasileira, iniciaram-se os preparativos e a cidade do Rio de Janeiro foi escolhida para sede. Foi uma das mais relevantes Conferências, com a presença de 179 chefes de governos e estados, diplomatas, aproximadamente nove mil jornalistas estrangeiros, organizações não governamentais, cientistas e sociedade civil.

Enquanto os líderes mundiais e diplomatas realizavam seus debates no Riocentro, a sociedade civil e ONGs ocupavam as ruas e o Aterro do Flamento, com o Fórum Global, com a participação do então senador norte-americano Al Gore e o líder religioso Dalai Lama.

Nesse sentido Flávia Milhorange³⁷¹:

Enquanto líderes e diplomatas se reuniam no Riocentro, representantes de movimentos sociais e artistas, tomaram as ruas. Cerca de dez mil pessoas se reuniram num grande encontro da sociedade civil, o Fórum Global, que ocupou o Aterro do Flamengo. A tônica das discussões das ONGs girava em torno da necessidade de energias renováveis e limpas e lutava contra a energia nuclear, a destinação do lixo tóxico, a poluição do ar, o aquecimento global e o consumo de petróleo.

O ponto marcante da Conferência do Rio de Janeiro foi a comunidade política internacional acolher, com mais clareza, que era necessário conciliar o desenvolvimento socioeconômico com a utilização dos recursos da natureza, aquiescência que fora positivada no documento denominado Declaração do Rio de Janeiro.

³⁷⁰ MILHORANCE, Flávia. *O que foi a Rio 92*. O Globo, 2012. Disponível em:

< <https://oglobo.globo.com/economia/rio20/o-que-foi-rio-92-4981033> > Acesso em: 12 jan..2020.

³⁷¹ MILHORANCE, Flávia. *O que foi a Rio 92*. O Globo, 2012. Disponível em:

< <https://oglobo.globo.com/economia/rio20/o-que-foi-rio-92-4981033> > Acesso em: 12 jan.2020.

Nesse sentido Heli de Souza Maia³⁷²:

A mesma declaração expressa que o desenvolvimento e a proteção ambiental são inseparáveis, como se depreende da leitura do princípio de número quatro: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. Enquanto isso, o princípio nove exorta os Estados a reduzirem e eliminarem os padrões insustentáveis de produção e consumo, em uma clara alusão a empresa capitalista que, em seu afã de produzir, desconsidera o meio ambiente e ao mesmo tempo estimula o crescimento da sociedade consumista.

Estabeleceu também a Conferência Rio-92, que os países em desenvolvimento deveriam receber apoio financeiro e tecnológico dos países desenvolvidos para que pudessem alcançar um modelo de desenvolvimento sustentável, com a redução de combustíveis fósseis. Decisão que contribuiu para um diálogo possível entre meio ambiente e desenvolvimento, diferentemente do que ocorrera nas reuniões anteriores desde Estocolmo, em 1972.

5. PRIMEIRO ENCONTRO NACIONAL DOS ESTUDANTES DE DIREITO AMBIENTAL – ENEDA

Oito anos depois da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - (Cnumad), Rio de Janeiro, realizou-se na cidade de Ouro Preto - MG, de 7 a 10 de setembro de 2000, o I Encontro Nacional dos Estudantes de Direito Ambiental - ENEDA.³⁷³ O evento contou com a presença de renomados conferencistas, representantes de organizações não governamentais, professores, cientistas, sociedade civil e com a presença de aproximadamente 800 estudantes de direito de todas as regiões brasileiras, com destaque para os participantes da região norte do Brasil e dos estudantes da Universidade de Itaúna - UIT.

Durante quatro dias foram debatidos temas relacionados com a conscientização da necessidade de preservar o meio ambiente e o patrimônio histórico. As palestras e debates estiveram associados aos ensinamentos das Legislações brasileiras e das Conferências promovidas pela ONU, que difundem a ideia de que é responsabilidade de todos conservar e melhorar o meio ambiente e o princípio que todos têm direito a condições adequadas de vida e a um meio ambiente sadio e a obrigação de preservá-lo em benefício das gerações presentes e futuras. Princípios positivados na então novel Constituição Brasileira de 1988, em seu título VIII “Da Ordem Social” no capítulo “Do Meio Ambiente”, que trouxe a seguinte redação no

³⁷² MAIA, Heli de Souza. *Atividade empresária e sustentabilidade ambiental*. São Paulo: Livre Expressão, 2013, p. 132.

³⁷³ RIBEIRO, Arnaldo de Souza. *A importância do I ENEDA*. Recanto das letras, 30 de abril de 2015. Disponível em: < <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2174482> > Acesso em: 07 jan.2020

caput do 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.”³⁷⁴

A Constituição Brasileira de 1988 seguiu o exemplo já praticado na América do Sul e Central, que revisaram suas constituições, para incorporar artigos com vista à tutela do meio ambiente.

Nesse sentido Arnaldo de Souza Ribeiro³⁷⁵:

Diante desta nova conformação do Estado Social e da consciência da necessidade de preservar os recursos naturais os países integrantes das Américas do Sul e Central, 50% e 75%, respectivamente, tiveram suas constituições revistas a partir daquela data, para incorporar artigos com vistas a tutela do meio ambiente.

Via-se naquele evento um grande entusiasmo e esperança, pois ele fora planejado e destinado a jovens estudantes de Direito, almejavam e acreditavam os organizadores, que o aprendizado ali adquirido, seria aplicado futuramente no exercício de suas atividades jurídicas a bem da preservação do meio ambiente e na promoção da melhor qualidade de vida no planeta.

6. CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE AS MUDANÇAS CLIMÁTICAS DE 2015 – PARIS

Nos dias 30 de novembro a 11 de dezembro de 2015 realizou-se em Paris, a 21ª Conferência das Nações Unidas sobre as mudanças climáticas (COP-21). Entre os pontos relevantes e debatidos destaca-se a adoção de um novo acordo, com o objetivo de fortalecer uma proposta global para frear a mudança do clima e auxiliar os países mais vulneráveis a lidar com os impactos decorrentes dessas mudanças. Buscaram alcançar um novo acordo internacional sobre o clima, aplicável a todos os países, com o objetivo de manter o aquecimento global abaixo dos 2°C.

Neste sentido Artur Hugen³⁷⁶:

O Acordo de Paris foi aprovado pelos 195 países Parte da UNFCCC para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável. O compromisso ocorre no sentido de manter o aumento da temperatura média global em bem menos de 2°C acima dos

³⁷⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Palácio do Planalto, 1988. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

³⁷⁵ RIBEIRO, Arnaldo de Souza. *A importância do I ENEDA*. Disponível em:

< <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2174482> > Acesso em: 07 jan.2020.

³⁷⁶HUGEN, Artur. *21ª Conferência das Partes (COP21) da UNFCCC*. Disponível em :

<http://revistaecoturismo.com.br/turismo-sustentabilidade/21a-conferencia-das-partes-cop21-da-unfccc/> Acesso em: 12 jan.2020

níveis pré-industriais e de envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais.

Durante a Conferência objetivos foram estabelecidos e assumidos, porém ficou a cargo de cada governante desenvolver os trabalhos na sua implementação, a partir das *Pretendidas Contribuições Nacionalmente Determinadas*. Por meio delas cada nação apresentaria sua contribuição para redução de emissões dos gases de efeito estufa, a partir do respeito e adequação ao seu cenário social e econômico.

Em contrapartida ao sacrifício dos países em desenvolvimento, determinava o Acordo que os países desenvolvidos iriam investir 100 bilhões de dólares por ano na promoção de medidas de combate às mudanças do clima e adaptação, em países em desenvolvimento.

As propostas estabelecidas foram criticadas por cientistas e ambientalistas pela pouca efetividade e por não apresentarem instrumentos que impusessem a redução obrigatória de emissões e, sobretudo, a falta de especificidade das formas de financiamento.

O governo brasileiro apresentou uma proposta um tanto ousada para um país em desenvolvimento e, sobretudo, com histórico duvidoso na preservação do meio ambiente.

Neste sentido Artur Hugem ³⁷⁷:

A iNDC do Brasil compromete-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, com uma contribuição indicativa subsequente de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030. Para isso, o país se compromete a aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030, restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, bem como alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030. Confira os fundamentos para iNDC brasileira.

Após a aprovação pelo Congresso Nacional, o Brasil concluiu, em 12 de setembro de 2016, o processo de ratificação do Acordo de Paris. No dia 21 de setembro, o instrumento foi entregue às Nações Unidas. Com isso, as metas brasileiras deixaram de ser pretendidas e tornaram-se compromissos oficiais. Agora, portanto, a sigla perdeu a letra “i” (do inglês, intended) e passou a ser chamada apenas de NDC.³⁷⁸

Passados cinco anos da Conferência que buscou o equilíbrio do clima, pelas catástrofes naturais que se presencia em todos os continentes comprova-se que as metas propostas foram insuficientes ou não efetivadas, portanto, continua o clamor para que

³⁷⁷HUGEN, Artur. *21ª Conferência das Partes (COP21) da UNFCCC*. Disponível em : < <http://revistaecoturismo.com.br/turismo-sustentabilidade/21a-conferencia-das-partes-cop21-da-unfccc/> >. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁷⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Acordo de Paris*. MMA, 2015. Disponível em : < <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris> > Acesso em: 12 jan. 2020

sociedade civil, organizações não governamentais, cientistas e governos contribuam para que a humanidade viva sem as inseguranças das catástrofes e o sacrifício de vidas.

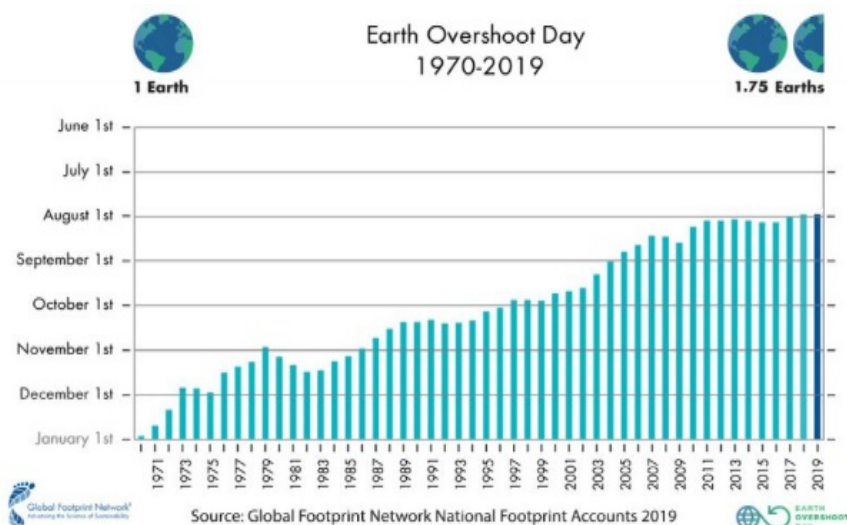
7. DIA DA SOBRECARGA DA TERRA

O termo **Sobrecarga da Terra** foi desenvolvido pelo instituto independente britânico de pesquisas [New Economics Foundation](#), organização parceira da [Global Footprint Network](#). Conforme cálculos apresentados pela *Global Footprint Network*, a demanda por recursos ecológicos renováveis e os serviços que eles fornecem atualmente são maiores que a capacidade do planeta de produzi-los. Desse modo, segundo as pesquisas o planeta apresenta débito nos últimos 49 anos e, a seguir nesta proporção de gastos e produção, até à metade deste século, serão necessários dois planetas para atender às necessidades humanas, ou seja, a partir de determinado mês do ano, o planeta passa a utilizar um empréstimo, um “cheque especial”.

Nesse sentido Suzana Camargo³⁷⁹:

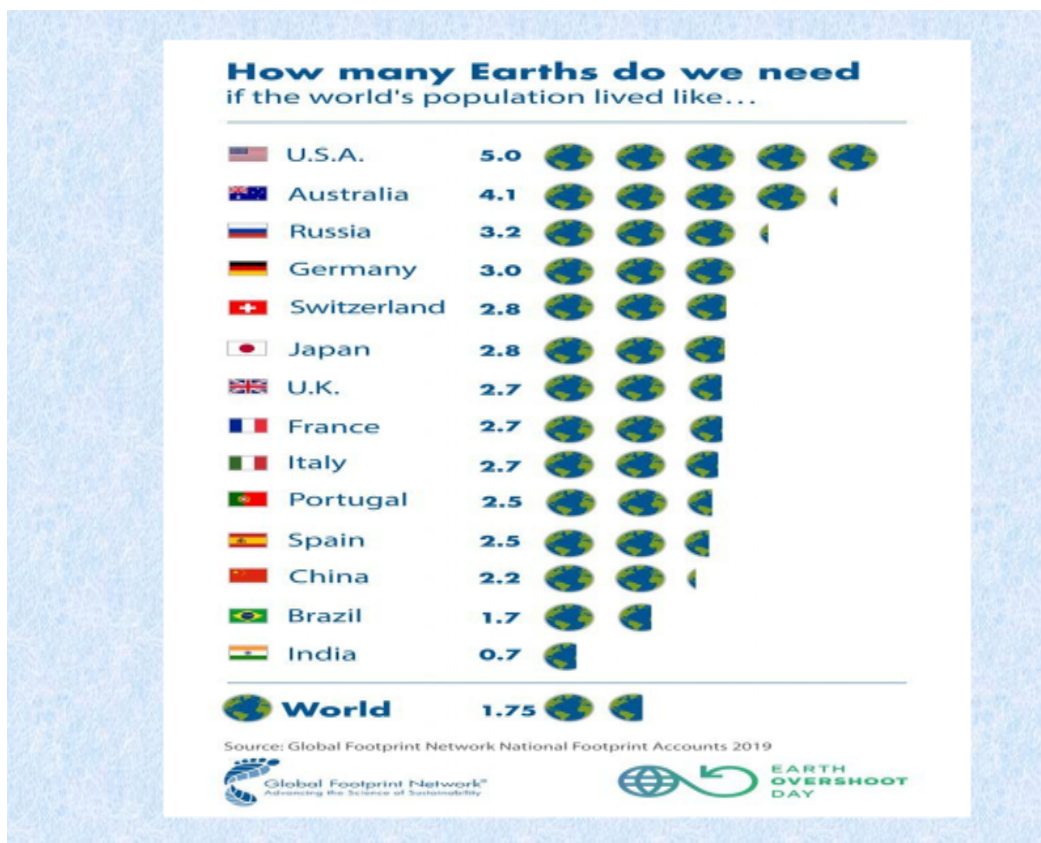
Em 2019, já utilizamos nosso orçamento de recursos naturais para este ano. Ou seja, já usamos nestes últimos sete meses de 2019 – e com cinco ainda faltando para terminar o ano -, toda a água, energia, minerais e vegetais que o planeta tem capacidade para produzir e renovar no período de 365 dias. *Estamos no vermelho!* Ano a ano, o chamado Dia da Sobrecarga da Terra acontece mais cedo. Em 2018, ele ocorreu em 31 de julho, em 2017, a data foi em 2 de agosto, em 2016, dia 8. No ano anterior, 13, em 2014, 19 e em 2013, 20.

Em 1971, o dia da sobrecarga da terra, aconteceu no dia 21 de dezembro.



³⁷⁹ CAMARGO, Suzana. *Dia da sobrecarga da terra: recursos naturais do planeta para 2029 se esgotaram hoje!* Disponível em: < <https://conexaoplaneta.com.br/blog/dia-da-sobrecarga-da-terra-recursos-naturais-do-planeta-para-2019-se-esgotaram-hoje/> > Acesso em: 07 jan.2020

O outro gráfico, elaborado pela *Global Footprint Network*³⁸⁰, mostra o percentual de consumo dos países que mais gastam e, sobretudo, que a proporção dos gastos exige o complemento equivalente a 0,75 do planeta.



8. PONTO DE INFLEXÃO DA AMAZÔNIA

Enquanto em uma escala macro as pessoas gastam recursos naturais além da capacidade do planeta produzir e contribuem com o fenômeno denominado *Dia de Sobrecarga da Terra*, na América do Sul, em uma escala *micro* a exploração desordenada e as queimadas na região Amazônica produzem o efeito denominado *Ponto de Inflexão da Amazônia*.³⁸¹

³⁸⁰ CAMARGO, Suzana. *Dia da sobrecarga da terra: recursos naturais do planeta para 2029 se esgotaram hoje!* Conexão Planeta, 29 de julho de 2019. Disponível em: <<https://conexaoplaneta.com.br/blog/dia-da-sobrecarga-da-terra-recursos-naturais-do-planeta-para-2019-se-esgotaram-hoje/>> Acesso em: 07. jan. 2020.

³⁸¹ CAMARGO, Suzana. *Dia da sobrecarga da terra: recursos naturais do planeta para 2029 se esgotaram hoje!* Conexão Planeta, 29 de julho de 2019. Disponível em: <<https://conexaoplaneta.com.br/blog/dia-da-sobrecarga-da-terra-recursos-naturais-do-planeta-para-2019-se-esgotaram-hoje/>> Acesso em: 07. jan. 2020.

Os fenômenos de características macro e micro trarão consequências danosas para a população mundial. Em termos macro, tem-se o aquecimento do planeta, escassez de alimentos e acidentes climáticos e desequilíbrio do período chuvoso.

Em termos micro, tem-se as queimadas e o desmatamento da região Amazônica, além da contribuição para o aumento de temperatura, contribuirão também para reduzir a umidade e as chuvas, que implicarão perdas e redução da qualidade de vidas no Brasil e na América do Sul. Some-se, ainda, com a morte natural de parte das árvores a parte sul da região Amazônica tende a transformar-se em uma região de savana, onde a floresta deixará de produzir oxigênio e passará a produzir gás carbônico.

Nesse sentido Lúcia Chayb e René Capriles³⁸²:

Em 1990, o climatologista e Acadêmico, Carlos Nobre, publicou na Science um artigo onde advertia: “se desmatarmos grandes partes da Amazônia, ela se tornará uma savana”. Recentemente reiterou a sua previsão na Yale Environment 360, agora com dados científicos baseados em informações dos satélites climatológicos da NASA e da ESA e do Brasil, ele disse: “O clima pós-desmatamento não será mais um clima muito úmido, ficará mais seco, a Amazônia terá uma estação seca muito mais longa, como a das savanas tropicais da África. O que sabemos hoje é que se excedermos 40% da área desmatada a Amazônia terá um ponto de inflexão.

Portanto, adverte o pesquisador Carlos Nobre do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, que esta realidade sombria clama por ações imediatas e harmonizadas entre os governantes em todas as suas hierarquias e das pessoas que integram a região, hoje espoliada pelo interesse econômico com ações praticadas ao arrepio da lei. Embora nem tudo esteja perdido. Em outra entrevista concedida à jornalista Roberta Jansen, o mesmo pesquisador Carlos Nobre afirmou que ainda existem possibilidades de salvar a floresta.

Nesse sentido Roberta Jansen³⁸³:

Em artigo assinado com o ambientalista e biólogo americano Thomas E. Lovejoy na revista *Science Advances*, Nobre sustenta que ainda há uma esperança para salvar a floresta, mas a decisão precisa ser tomada o quanto antes. “O ponto de inflexão é aqui e agora”, escreveu o climatologista, um dos maiores especialistas em Amazônia e em mudanças climáticas do Brasil.

CONCLUSÃO

³⁸² CHAYB, Lúcia e CAPRILES, René. *Temos 30 anos para chegar no ponto de inflexão na Amazônia*. Disponível em: < <https://eco21.eco.br/temos-30-anos-para-chegar-ao-ponto-de-inflexao-na-amazonia/> > Acesso em: 15 dez.2019.

³⁸³ JANSEN, Roberta. *É mais rentável ter a Amazônia em pé*. Disponível em: < <https://www.msn.com/pt-br/noticias/meio-ambiente/%c3%a9-mais-rent%c3%a1vel-ter-a-amaz%c3%b4nia-em-p%c3%a9/ar-BBYRVcL> > Acesso em: 12 jan.2020.

De forma semelhante, as legislações do Brasil e da União Europeia - UE buscam combinar o avanço social e o crescimento econômico com a preservação do meio ambiente. Para reduzir a destruição do planeta, defendem que o crescimento seja sustentável e assim poder-se-ia manter o meio ambiente saudável e preservá-lo para esta e as futuras gerações. E o fazem com leis e medidas de proteção. Participam, aprovam e defendem os Acordos realizados nas Conferências da ONU, que, desde 1972, orientam a adoção de um desenvolvimento sustentável, para preservação do meio ambiente e redução dos desastres naturais.

Embora este propósito ainda não tenha sido alcançado e a prova insofismável encontra-se na forma agressiva que a natureza tem se manifestado nos últimos anos e nos gráficos que mostram o *déficit* dos recursos naturais para atender às necessidades da população. Com a espantosa realidade de que, nos padrões atuais de consumo, seriam necessários 1,75 Planetas, em uma clara demonstração do sacrifício que hoje se impõe ao meio ambiente.

Portanto, deve-se prosseguir com os trabalhos, escudados em três pilares: na perspectiva da proteção jurídica, na lei e no meio ambiente. A perspectiva propicia ver ao longe, com um sentimento de esperança. A lei enfatiza e aviva a proteção, além de promover o equilíbrio, a isonomia e a segurança, conforme já predissera Rui Barbosa: "Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação". E na prática diuturna da proteção ao meio ambiente, corporificado no conjunto de fatores físicos, biológicos e químicos que cercam os seres vivos, influenciando-os e sendo influenciado por eles, permissivo para criar e preservar a vida em todas as suas formas.

É mister, ainda, evitar atos e palavras que sejam vazias, que nada edifiquem e que muitas vezes destroem, conforme ensinado pela jovem ativista sueca Greta Thunberg³⁸⁴: "Vocês roubaram meus sonhos e minha infância com suas palavras vazias".

Se os sonhos e a infância de jovens foram roubados, enquanto é tempo, é importante que não se deixe que se roube também a vida, tendo em vista que a sobrevivência humana se encontra umbilicalmente ligada à vida do planeta. Portanto, postergar o *Dia de sobrecarga da terra* e prevenir o *Ponto de inflexão da Amazônia* será um bom início para promover a sobrevivência humana e a do planeta. Os instrumentos existem e podem ser encontrados nas Legislações brasileiras, da União Europeia – UE e nos ensinamentos das Conferências da ONU, basta aplicá-los de forma séria e correta. Contribuirá também a promoção e participação em Congressos que promovam o debate sério e compromissado na busca de divulgar conhecimentos e motivar a pesquisa, a exemplo deste: *O direito e seus desafios*

³⁸⁴ THUNBERG, Greta. *Vocês roubaram meus sonhos e minha infância com suas palavras vazias*. Revista Veja, 23 de setembro de 2019. Disponível em: < <https://veja.abril.com.br/mundo/voces-roubaram-meus-sonhos-e-infancia-diz-greta-thunberg-na-onu/> > Acesso em: 05 jan.2020

sociais, econômicos e ambientais, realizado pela Universidade Católica Portuguesa - UCP/PT, Faculdade de Direito – Escola do Porto, Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR, Campus de Curitiba, PPGD e Escola de Direito.

Por fim, encontrar caminhos para que se possa ensinar a plantar flores nos corações de pedras daqueles que só entendem a linguagem do lucro a todo custo, para que vidas e sonhos não sejam ceifados. E isto é possível, conforme já ensinaram Bruno Zambrini e Francesci Migliacci, na letra da imortal canção *Non son degno di te*, magistralmente cantada por Gianni Morandi e João Guimarães Rosa: “*Sui monti de pietra può nascere un fiore, in me questa sera è nato l`amore per te*”³⁸⁵ e “Amor vem de amor”³⁸⁶, respectivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. *A metamorfose do mundo*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Almedina, 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Palácio do Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 jan. 2020.

BRASIL. *Ministério do Meio Ambiente*. Acordo de Paris. MMA, 2015. Disponível em : < <https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris> > Acesso em: 12 jan. 2020.

CAMARGO, Suzana. *Dia da sobrecarga da terra: recursos naturais do planeta para 2029 se esgotaram hoje!* Conexão Planeta, 29 de julho de 2019. Disponível em : < <https://conexaoplaneta.com.br/blog/dia-da-sobrecarga-da-terra-recursos-naturais-do-planeta-para-2019-se-esgotaram-hoje/> > Acesso em: 07. jan. 2020.

CHAYB, Lúcia e CAPRILES, René. *Temos 30 anos para chegar no ponto de inflexão na Amazônia*. Revista ECO 21, Edição 273, Agosto de 2019. Disponível em : < <https://eco21.eco.br/temos-30-anos-para-chegar-ao-ponto-de-inflexao-na-amazonia/> > Acesso em 15 dez. 2019.

DORNAS FILHO, João. *Aspectos da economia colonial*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1958.

ERMAN, Beata; ERNMAM, Malena; THUNBERG, Greta e THUNBERG, Svante. *A nossa casa está a arder: a nossa luta contra as alterações climáticas*. Tradução para o português de Maria João Ferro, Filipe Guerra e Elin Baginha. 2ª ed. atual. e aumentada. Lisboa: Editorial Presença, 2019.

FREITAS JÚNIOR, Antonio de Jesus da Rocha. A proteção ambiental na União Europeia. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 116, 28 out. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4447>. Acesso em: 28 dez. 2019.

³⁸⁵ ZAMBRINI, Bruno; MIGLIACCI, Francesci. *Non son degno de ti*. Disponível em : < <https://www.letras.mus.br/gianni-morandi/non-son-degno-di-te/> > Acesso em: 07 jan.2020
³⁸⁶ ROSA, João Guimarães. *Roseana*. Rio de Janeiro: Salamandra, 1983, p. 14

HUGEN, Artur. *21ª Conferência das Partes (COP21) da UNFCCC*. Revista Ecoturismo, 11/11/2016. Disponível em: < <http://revistaecoturismo.com.br/turismo-sustentabilidade/21a-conferencia-das-partes-cop21-da-unfccc/> > Acesso em: 12 jan. 2020.

JANSEN, Roberta. *É mais rentável ter a Amazônia em pé*. O Estado de São Paulo, 12 de janeiro de 2020. Disponível em: <<https://www.msn.com/ptbr/noticias/meioambiente/%c3%a9-mais-rent%c3%a1vel-ter-a-amaz%c3%b4nia-em-p%c3%a9/ar-BBYRVcL>> Acesso em: 12 jan.2020.

MAIA, Heli de Souza. *Atividade empresária e sustentabilidade ambiental*. São Paulo: Livre Expressão, 2013.

MILHORANCE, Flávia. *O que foi a Rio 92*. O Globo, 30 de maio de 2012. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/economia/rio20/o-que-foi-rio-92-4981033> > Acesso em: 12 jan., 2020.

ONU. Organização das Nações Unidas. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. *United Nations*, 1972. Dispone em: <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>. Acesso em: 12 jan. 2020.

ONU. *Organização das Nações Unidas, Brasil. A ONU e o Meio Ambiente*. Nações Unidas Brasil, 2014. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 12 jan. 2020.

POLON, Luana. *Comunidade econômica europeia*. Disponível em : < <https://www.estudopratico.com.br/comunidade-economica-europeia/> > Acesso em 05.01.2020

RIBEIRO, Arnaldo de Souza. *A importância do I ENEDA*. Recanto das letras, 30 de abril de 2015. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/2174482> > Acesso em: 07 jan.2020

ROSA, João Guimarães. *Roseana*. Rio de Janeiro: Salamandra, 1983

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito ambiental internacional*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

THUNBERG, Greta. *Vocês roubaram meus sonhos e minha infância com suas palavras vazias*. Revista Veja, 23 de setembro de 2019. Disponível em : < <https://veja.abril.com.br/mundo/voces-roubaram-meus-sonhos-e-infancia-diz-greta-thunberg-na-onu/> > Acesso em: 05 jan.2020.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em : < https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF > Acesso em: 05 jan.2020.

ZAMBRINI, Bruno; MIGLIACCI, Francesci. *Non son degno de ti*. Disponível em : < <https://www.letras.mus.br/gianni-morandi/non-son-degno-di-te/> > Acesso em: 07 jan.2020.

**O PAPEL DO ESTADO PORTUGUÊS NO COMBATE AO HOMICÍDIO
EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO SÉCULO XXI**
*THE ROLE OF THE PORTUGUESE STATE IN THE FIGHT AGAINST
MURDER TAKEN PLACE IN DOMESTIC VIOLENCE CONTEXT*

Maria Elisabete Ferreira³⁸⁷

Resumo: Em Portugal, o crime de homicídio consumado verifica-se de forma expressiva em contexto relacional: conjugal e análogo; conhecido; parental e familiar, num total de 55% dos casos. O homicídio em contexto de violência doméstica em Portugal no século XXI constitui, por isso, um grave problema social, que carece de particular atenção por parte do Estado, com vista à sua irradicação. O presente artigo versa sobre o trabalho da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica (EARHVD) – de reflexão crítica sobre a intervenção no caso concreto das diversas entidades estaduais com competências no âmbito da violência doméstica, em situações que culminaram em homicídio – como instrumento conducente à melhoria dos procedimentos em vigor no sistema de justiça criminal português e na rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica.

Palavras-chave: homicídio; violência doméstica; proteção; Estado Português; EARHVD.

Abstract: In Portugal, murder takes place mainly in intimate context, such as marriage or similar, parents and children, or other close relatives. Murder in domestic violence context is therefore a serious social problem in Portugal in the XXI century, which calls for a strong hand of the State towards its eradication. The present paper gives light to the work developed by the Team of Retrospective Analysis of Murder in Domestic Violence (EARHVD) – a critical analysis on the terms in which state intervention actually took place in the specific case of domestic violence which outcome was murder – as an instrument aimed to the improvement of proceedings in the Portuguese criminal justice system and the national network of support to domestic violence victims.

Keywords: murder; domestic violence; protection; Portuguese State; EARHVD.

**1. PROBLEMA: O HOMICÍDIO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
EM PORTUGAL.**

O trabalho que agora se publica corresponde à versão escrita da nossa comunicação no *I Congresso Internacional Direito e seus desafios sociais, económicos e ambientais*, que decorreu na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa,

³⁸⁷ Professora Auxiliar da Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Membro do CEID – Centro de Investigação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Licenciada em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 1999. Mestre em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, na área das Ciências Jurídico-Civilísticas, em 2004. Doutoramento em Direito pela Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa, em 2014.

nos dias 27 e 28 de janeiro de 2020, intitulada “*O Papel do Estado Português no Combate ao Homicídio em Contexto de Violência Doméstica no século XXI*”.

De acordo com os números constantes do Relatório Anual de Segurança Interna 2019, o crime de homicídio consumado verificou-se de forma expressiva em contexto relacional: conjugal e análogo; conhecido; parental e familiar, num total de 55% dos casos. Registaram-se 35 vítimas, menos 4 do que em 2018, das quais, 26 em contexto conjugal ou análogo (22 do género feminino e 4 do género masculino) e 7 em contexto parental ou familiar (5 vítimas do género feminino e 2 do género masculino)³⁸⁸. Assim se conclui que, o homicídio em contexto de violência doméstica em Portugal no século XXI constitui um grave problema social, que carece de particular atenção por parte do Estado, com vista à sua irradicação.

2. EVOLUÇÃO DAS PERCEÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM PORTUGAL

De uma perspetiva histórica, e designadamente até à Constituição de 1976, era marcada a tolerância da sociedade e da ordem jurídica portuguesas para com o fenómeno da violência doméstica. Ditados populares como “*Entre marido e mulher, não metas a colher*”, “*Quem dá o pão, dá a criação*”, ou “*De pequenino de torce o pepino*” representam na perfeição os padrões de interação relacional e familiar aceites na comunidade do tempo.

Juridicamente, se recuarmos até às Ordenações Manuelinas, encontraremos no seu Livro V, Tit. 11, determinação de que: «(...) *Nem auerá luguar (a pena) em quem castigar criado, ou sua molher, ou seu filho, ou seu escrauo.*». As Ordenações Filipinas, no mesmo Livro 5, Tit. 36, mantinham no essencial esta formulação. Por sua vez, o primeiro Código Penal português, o Código Penal de 1852, no seu artigo 14º, estatuiu que: “*Nenhum acto é criminoso (...) quando o acto for autorizado pela lei...*» e o Código Penal de 1886, no artigo 44º determinava que: «*Justificam o facto (...) os que praticam o facto em virtude de autorização legal.*». Quanto a estes dois últimos diplomas, estava em causa a admissibilidade jurídica de comportamentos corretivos do marido em relação à mulher e dos pais em relação aos filhos.

Neste contexto, não poderemos deixar de recordar aqui o célebre Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de maio de 1952³⁸⁹ onde podia ler-se que: “*Desde que haja ofensa física, maus tratos infligidos pelo marido à mulher e uma vez que esses actos excedam os limites de uma moderada correcção doméstica, está-se em presença de sevícias graves, que ninguém é obrigado a tolerar sem reagir pelos meios que a lei lhe faculta.*». Este tribunal reconhecia, assim, ao marido um poder de moderada correcção doméstica do sobre a mulher,

³⁸⁸ RASI, 2020, p. 42.

³⁸⁹ BMJ n.º 33, 1952, p. 285.

estando justificadas as ofensas à integridade física menos graves, desde que motivadas pela ideia de correção doméstica.

Anos mais tarde, o Anteprojeto de Código Penal de 1982, defendia, no seu artigo 166º, a criminalização dos maus-tratos físicos, inicialmente com o objetivo de “punir com dignidade penal os casos mais chocantes de maus tratos a crianças...». A Constituição de 1976 reconhecia, entretanto, o princípio da igualdade dos cônjuges³⁹⁰ e o direito das crianças à proteção do Estado contra o exercício abusivo da autoridade familiar³⁹¹, novos paradigmas, que trouxeram consigo implicações profundas no direito da família português, *maxime*, no direito matrimonial e no direito da filiação, através da Reforma do Código Civil de 1977.

Em Portugal, o crime de maus tratos surgiria, pela primeira vez, com o artigo 153º do Código Penal de 1982³⁹², sob a epígrafe *maus tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges*. O procedimento criminal não dependia de queixa. Mas para o preenchimento do tipo legal do artigo 153.º do Código Penal, era necessária a verificação de um dolo específico³⁹³: não bastava que o progenitor infligisse ao menor maus tratos físicos, o tratasse cruelmente, ou não lhe prestasse os cuidados, ou assistência à saúde, que os deveres decorrentes das suas funções lhe impunham, mas tornava-se também imprescindível que o preenchimento material da conduta se fundasse em *malvadez* ou *egoísmo*³⁹⁴, o que demonstra os receios do legislador da época em “intervir penalmente em domínios que, tradicionalmente, pareciam querer prolongar um poder quase absoluto do marido, do pai, do educador e do empregador”.

A Reforma de 1995 eliminou a referência à *malvadez ou egoísmo*, reconhecendo a doutrina, unanimemente, que a lei passou a exigir apenas a verificação dos requisitos gerais do dolo. Foi elevada a moldura penal, que passou a inscrever-se entre 1 e 5 anos de prisão. O legislador passou ainda a prever, ao lado dos maus tratos físicos, os maus tratos psíquicos. Em 1998, com a entrada em vigor da Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, surgiram novas alterações, que se traduziram na possibilidade de o Ministério Público poder dar início ao procedimento criminal, sem dependência de queixa, caso o interesse da vítima o impusesse, desde que, até ser deduzida acusação, não houvesse oposição do cônjuge ofendido. Esta alteração revestiu-se de especial importância, já que, tendo presente o ascendente do cônjuge violento sobre o cônjuge ofendido, este não se encontra, muitas vezes, em condições que lhe permitam apresentar queixa.

³⁹⁰ Cfr. O artigo 36º da CRP.

³⁹¹ Cfr. O artigo 69º da CRP.

³⁹² “1. O pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha a seu cuidado ou à sua guarda ou educação será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias, quando, devido a malvadez ou egoísmo: a) lhe infligir maus tratos físicos, o tratar cruelmente ou não lhe prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem.”.

³⁹³ BELEZA, 1989, p. 25-26.

³⁹⁴ CARVALHO, 2012, p. 507 e ss.

Este não era, contudo o regime ideal, do ponto de vista da iniciativa processual, uma vez que o regime decorrente da Lei n.º 65/98 colocava nas mãos do Ministério Público a decisão de iniciar ou não o procedimento criminal, podendo tal faculdade implicar diferentes interpretações do que fosse, por exemplo, o interesse da vítima, suscitando hipotéticos tratamentos desiguais de situações idênticas, atentatórios do princípio da igualdade.

A Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, constituiu, por isso, um marco decisivo na intervenção estadual de combate à violência doméstica, ao consagrar a natureza pública do crime de maus tratos a cônjuge. Esta Lei trouxe consigo dois outros aspetos relevantes: a criação da figura da suspensão provisória do processo a pedido da vítima e a possibilidade de ser decretada para o cônjuge agressor pena acessória de proibição de contacto com a vítima, incluindo o afastamento da residência da mesma, a qual poderia estender-se até ao máximo de dois anos³⁹⁵.

A Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, trouxe consigo alterações significativas na tipificação legal da violência doméstica. Na Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 98/X, que culminou, em conjunto com outros Projetos de Lei, no aparecimento desta Lei, pode ler-se que “A revisão procura fortalecer a defesa dos bens jurídicos, sem nunca esquecer que o Direito Penal constitui a *ultima ratio* da política criminal do Estado. Assim, de entre as suas principais orientações, destaca-se: (...) o reforço da tutela de pessoas particularmente indefesas, como as crianças, os menores e as vítimas de violência doméstica, maus tratos ou discriminação³⁹⁶ salientando-se que “Várias alterações são suscitadas por obrigações comunitárias e internacionais”.

O antigo tipo legal de *maus tratos e infração a regras de segurança*, previsto no artigo 152.º do Código Penal, deu lugar a três tipos legais distintos: a *violência doméstica*, prevista no artigo 152.º, os *maus tratos*, previstos no 152.º-A, e a *violação de regras de segurança* (152.º-B).

O artigo 152º passa a estar epigrafado *Violência Doméstica*, determinando que:

1- Quem, de modo reiterado ou não, infligir maus tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais: a) Ao cônjuge ou ex-cônjuge; b) A pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) A progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) A pessoa particularmente indefesa, nomeadamente em razão de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal. 2 - No caso previsto no número anterior, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima é punido com pena de prisão de dois a cinco anos.

³⁹⁵ Em detalhe sobre os contributos desta Lei, vide FERREIRA, 2004, pp. 711-723 e *Idem*, 2005, p.78 e ss.

³⁹⁶ *Proposta de Lei n.º 98/X*, disponível em www.parlamento.pt, p. 3.

3 - Se dos factos previstos no n.º 1 resultar: a) Ofensa à integridade física grave, o agente é punido com pena de prisão de dois a oito anos; b) A morte, o agente é punido com pena de prisão de três a dez anos. 4 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima e de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos, e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica. 5 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento pode ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância. 6 - Quem for condenado por crime previsto neste artigo pode, atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.

Este extenso artigo apresenta algumas diferenças em relação ao anterior artigo 152.º, desde logo no que concerne à descrição da conduta punível. O legislador penal esclarece agora, definitivamente, a dúvida até agora existente, sobre a exigência ou não da reiteração das condutas integradoras do crime, para a verificação do preenchimento do tipo legal em causa, respondendo em sentido negativo. Por outro lado, prevê-se expressamente as ofensas sexuais e as privações de liberdade como condutas suscetíveis de incriminação neste tipo legal de crime, pese embora, em nosso entendimento, tal já decorresse, implicitamente, da anterior previsão legal. Podemos ainda verificar que a moldura penal do crime sofreu uma elevação no seu limite mínimo, quando a vítima é menor. A proibição de contacto com a vítima passa a poder ser decretada, como pena acessória, mesmo quando a vítima é menor e não só nas hipóteses de maus tratos a cônjuge e equiparado; a proibição de contacto pode agora implicar o afastamento do agressor do local de trabalho da vítima, o que até aqui também não merecia acolhimento legal. Foi ainda introduzida a possibilidade de aplicação ao arguido de penas acessórias de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica. De referir que, desde fevereiro de 2013, a expressão pode foi substituída pela expressão deve, o que sublinha a importância atribuída pelo legislador à proteção das vítimas de violência doméstica, impedindo a sua revitimação, com o afastamento destas da sua residência habitual. É ainda consagrada a possibilidade de atenta a concreta gravidade do facto e a sua conexão com a função exercida pelo agente, este poder ser inibido do exercício das responsabilidades parentais, da tutela ou da curatela, por um período de um a dez anos.

Através da Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro, foi introduzida a criminalização, no âmbito do tipo legal de violência doméstica, dos maus tratos a namorados ou ex-namorados.

3. O PAPEL DA LEI N.º 112/2009, DE 16 DE SETEMBRO, NO COMBATE À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A Lei n.º 112/2009 veio estabelecer um regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência suas vítimas. No seu dispositivo encontramos sete capítulos que versam sobre disposições gerais, finalidades, princípios, estatuto de vítima (atribuição, direitos e cessação do estatuto de vítima; proteção policial e tutela judicial; tutela social), rede nacional, educação para a cidadania e disposições finais.

Sem termos pretensões de analisar aqui em detalhe o conteúdo desta lei, refira-se, com exemplo da importância desta lei para as vítimas de violência doméstica, o artigo 20º da Lei n.º 112/2009, que impõe um nível adequado de proteção à vítima e, sendo caso disso, à sua família ou a pessoas em situação equiparada, nomeadamente no que respeita à segurança e salvaguarda da vida privada, sempre que as autoridades competentes considerem que existe uma ameaça séria de represálias, de situações de revitimação ou fortes indícios de que essa privacidade possa ser perturbada; determina ainda que o contacto entre vítimas e arguidos, em todos os locais que impliquem a presença em diligências conjuntas, nomeadamente nos edifícios dos tribunais, deve ser evitado. Em relação às vítimas especialmente vulneráveis, a estas deve ser assegurado o direito a beneficiarem, por decisão judicial, de condições de depoimento, por qualquer meio compatível, que as protejam dos efeitos do depoimento prestado em audiência pública. Para este efeito, serão vítimas especialmente vulneráveis aquelas cuja especial fragilidade resultar, nomeadamente, da sua diminuta ou avançada idade, do seu estado de saúde ou do facto de o tipo, o grau e a duração da vitimização haver resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições da sua integração social. Nestes casos, o juiz ou, durante a fase de inquérito, o Ministério Público, devem determinar, sempre que tal se mostre imprescindível à proteção da vítima e obtido o seu consentimento, que lhe seja assegurado apoio psicossocial e proteção por teleassistência, por período não superior a seis meses, prorrogável se circunstâncias associadas à proteção da vítima o justificarem. Poderão aplicar-se ainda as demais soluções do regime especial de proteção de testemunhas, previsto na Lei n.º 93/99, de 14 de julho, na sua versão mais atual, constante da Lei n.º 42/2010, de 3 de setembro.

Não obstante se possa afirmar que, desde 2009, a proteção decorrente da lei era bastante satisfatória, numa perspetiva teórica, a estatística e a realidade dos números da Violência Doméstica em Portugal pareciam desmentir esta afirmação.

4. O IMPACTO DA CONVENÇÃO DE ISTAMBUL NO COMBATE AO HOMICÍDIO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO SÉCULO XXI EM PORTUGAL

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica foi adotada em Istambul, a 11 de maio de 2011 e

aprovada pelo Governo português a 16 de novembro de 2012. Foi ratificada pela Assembleia da República a 21 de janeiro de 2013 e entrou em vigor em Portugal a 1 de agosto de 2014. A Convenção de Istambul é um instrumento jurídico vinculativo, de âmbito internacional que visa a proteção das mulheres contra todas as formas de violência, a prevenção, contribuindo para a promoção da igualdade entre mulheres e homens, por via da eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. É também seu objetivo, conceber um quadro global de políticas, medidas de proteção e assistência, promover a cooperação internacional e apoiar as organizações e organismos responsáveis pela aplicação da lei para que cooperem de maneira eficaz, adotando uma abordagem integrada, com vista a eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica.

Os ensinamentos e princípios plasmados na Convenção de Istambul tiveram acolhimento na legislação portuguesa que, diga-se em abono da verdade, e como supra se demonstrou, no âmbito da violência doméstica, já se encontrava num estágio de evolução bastante satisfatório. Mas sob a égide da Convenção, houve lugar, entre nós, ao aperfeiçoamento, entre outros, da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que beneficiou de nova redação através da Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro.

Entre outras inovações, esta Lei introduziu o artigo 4º-A, que, epígrafado *Análise retrospectiva de situações de homicídio em violência doméstica*, impõe que os serviços da Administração Pública com intervenção na proteção das vítimas de violência doméstica realizem uma análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica e que tenham sido já objeto de decisão judicial transitada em julgado ou de decisão de arquivamento, visando retirar conclusões que permitam a implementação de novas metodologias preventivas ao nível dos respetivos procedimentos. Este artigo reconhece assim a gravidade do fenómeno do homicídio em contexto de violência doméstica em Portugal, bem como uma relativa ineficiência da resposta do Estado no combate a este fenómeno e uma vontade patente de investigar as razões desse fracasso.

5. A EQUIPA DE ANÁLISE RETROSPETIVA DE HOMICÍDIO EM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O artigo 4º A da Lei n.º 129/2015, de 3 de setembro, impôs a constituição de uma *Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica* que, enquanto estrutura colegial, multidisciplinar e intersectorial, é composta por um conjunto de representantes permanentes e não permanentes de entidades públicas e privadas que integram a rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica cuja organização e funcionamento se deseja ágil e eficaz. É composta por: um representante designado pelo Ministério da Justiça; um representante designado pelo Ministério da Saúde; um

representante designado pelo Ministério da Solidariedade, Emprego e Segurança Social; um representante da Secretaria-Geral do Ministério da Administração Interna; um representante do organismo da Administração Pública responsável pela área da cidadania e da igualdade de género; um representante do Ministério Público; e um representante da força de segurança territorialmente competente na área em que tiver sido praticado o crime. Para além destes elementos, podem ainda integrar a equipa um ou mais representantes de entidades locais, incluindo organizações da sociedade civil, que tenham tido intervenção no caso. Os elementos da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica estão sujeitos ao dever de confidencialidade. Os representantes das entidades que integram a Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica não têm, pelo exercício destas funções, direito a receber qualquer tipo de remuneração ou abono.

Esta equipa tem atribuições de natureza essencialmente técnica, o que permite que se obtenha, em cada caso, um diagnóstico técnico-científico da utilização, rejeição ou alheamento das respostas sociais de prevenção da violência doméstica e de proteção das suas vítimas e, num segundo nível, se elaborem recomendações visando a melhoria dos procedimentos em vigor no sistema de justiça criminal e na rede nacional de apoio às vítimas de violência doméstica. A análise crítica do caso concreto tem por base os seguintes documentos: a documentação constante do processo judicial; a documentação técnica das entidades representadas na equipa; os depoimentos prestados pelos técnicos que acompanharam o caso; outra documentação de natureza técnica considerada relevante. As entidades públicas ou privadas com intervenção neste domínio devem facultar toda a documentação e prestar outras informações relevantes solicitadas para o efeito. Impõe-se uma partilha e colaboração transversal entre os organismos públicos e privados que nele tiveram intervenção, identificando claramente as lições que devem ser retiradas de cada caso, para que se possa, com base nessas lições, recomendar alterações eficazes nos procedimentos em vigor. Assim, concluída a análise do caso, sempre que se justifique, a Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídio em Violência Doméstica produz recomendações tendo em vista a implementação de novas metodologias preventivas ao nível dos procedimentos.

A Portaria n.º 280/2016, de 26 de outubro, veio regular o procedimento de análise retrospectiva das situações de homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica. O seu artigo 2º define como *Homicídio ocorrido em contexto de violência doméstica*, o caso de homicídio doloso, tentado ou consumado, direta ou indiretamente relacionado com o contexto sociológico e ou com as relações interpessoais referidas no artigo 152.º do Código Penal. Entende por *Análise retrospectiva de homicídio*, a análise de um caso de homicídio em violência doméstica que reconstrua a perceção da vítima e do autor sobre os sistemas de prevenção, proteção, apoio e repressão da violência doméstica, o percurso de utilização,

rejeição ou alheamento das respostas disponíveis, bem como das respostas concretamente dadas no caso pelos referidos sistemas.

Nos termos do artigo 10º da mesma Portaria, estabelece-se um dever de cooperação e comunicação obrigatória de decisões judiciais à EARHVD: todas as entidades públicas e privadas com intervenção na prevenção e proteção e repressão do fenómeno da violência doméstica devem facultar toda a documentação e prestar as informações relevantes solicitadas, nomeadamente quanto aos procedimentos adotados na sequência das recomendações; as autoridades judiciárias competentes comunicam à Equipa os despachos de arquivamento e não pronúncia e as decisões finais transitados em julgado; a Equipa tem acesso ao conteúdo integral dos processos-crime transitados em julgado ou arquivados que sejam selecionados para análise e estudo, cumprindo-se o disposto no artigo 86.º, n.º 7, do CPP. Recebidos os autos, a Equipa procede, em quinze dias, à eliminação de quaisquer dados que permitam a identificação dos intervenientes.

5.1 Apresentação de um dos casos analisados pela EARHVD: o Dossiê nº1/2018-AC³⁹⁷

A vítima de homicídio qualificado foi A, com 42 anos de idade, que veio a falecer no dia 27 de janeiro de 2018 na sequência de agressões sofridas a 20 setembro de 2017, que lhe provocaram queimaduras em 80% da superfície corporal, sendo de 3º grau em 90% desta área, para além de lesões graves ao nível das vias respiratórias. Era ex-companheira do agressor (B), do sexo masculino, com 51 anos, que faleceu em 21 de setembro 2017, na sequência de, naquela mesma altura, se ter imolado pelo fogo.

A iniciou um relacionamento afetivo com B em abril de 2016, que se prolongou até ao mês de dezembro desse ano, tendo ambos vivido na mesma residência no período de julho a outubro. B, inicialmente, terá aceitado o fim da relação. Porém, em abril de 2017, começou a enviar mensagens e a telefonar sistematicamente a A, com pedido de reatamento da relação. Em resultado da insistência de B, A bloqueou o número de telemóvel daquele, que, não conformado com isso, começou a aparecer à porta da sua casa, no seu trabalho e na escola da filha desta, então com sete anos de idade.

No dia 13 de junho de 2017, A dirigiu-se à PSP e denunciou diversos factos praticados por B, tendo ficado consignado na denúncia registada pela PSP que “A denunciante sente medo, inquietação e prejuízo para a sua liberdade pessoal uma vez que o suspeito conhece as suas rotinas e receia que este a volte a agredir novamente ou que possa fazer algo à sua filha

³⁹⁷Relatório integral disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/RelatoriosRecomendacoes/Pages/>, consultado em 11 de agosto de 2020. O presente capítulo constitui um resumo adaptado dos factos descritos nas páginas 4 a 17 do referido Relatório.

para lhe chamar a atenção”. A PSP classificou os factos constantes desta denúncia como podendo constituir um crime de ofensa à integridade física, transmitiu a denúncia ao MP no dia 14 de junho, que a reclassificou, no dia 21 de junho, como crime de violência doméstica. No dia 5 de julho, A dirigiu-se à PSP e prestou declarações, relatando que no dia 23 de junho, B foi à sua residência tentando falar com ela, mas ignorou-o; no dia 2 de julho, ele perseguiu-a até à praia, onde estava acompanhada da filha e de um grupo de amigos, durante uma hora observou todos os seus movimentos e de seguida sentou-se a seu lado e ali permaneceu apesar de lhe ter pedido para se ir embora. No dia 12 de julho, a PSP tomou conhecimento, dirigiu-se ao local e relatou novo conflito entre A e B: A tinha acabado de ser agredida pelo suspeito (B), com murros e pontapés, caído no solo e o suspeito, aproveitando, bateu com a cabeça da vítima no solo, o que lhe causou um hematoma no sobrolho esquerdo. Foi transportada ao hospital. Após sair do hospital o suspeito seguiu-a, tendo-se pendurado na viatura, o que fez com que A procurasse auxílio na esquadra. A foi ouvida no dia 15 de julho no âmbito do inquérito que corria termos na PSP, reafirmou os factos que constavam das denúncias apresentadas e declarou que “devido a tudo o que se tem passado cada vez tem mais receio do suspeito e teme pela sua integridade física, pelo que manifesta continuar a desejar Procedimento Criminal contra B”. Sujeita posteriormente a exame médico-legal no INML, dia 25 de agosto, A informou “sofrido agressão com pontapés nas canelas, agarrão no pescoço com as duas mãos, queda para o solo embatendo com a cabeça no solo e B enfiou-lhe um dedo no olho esquerdo”. Nesse dia 15 de julho de 2017, o risco foi avaliado pela primeira vez com recurso à ficha de avaliação de risco RVD-1L2, enviada ao MP a 4 de agosto com o inquérito. Em resultado da avaliação, o risco calculado foi elevado e o avaliador referiu no item 24 - Em resultado do risco atribuído, o avaliador propôs e foram confirmadas pelo superior hierárquico as seguintes medidas: “estabelecer contactos periódicos com a vítima” e “reavaliar o risco até 30 dias após a presente avaliação local próprio para justificar a alteração de risco (que não ocorreu) - o seguinte: “O número de episódios violentos tem vindo a aumentar tendo passado de perseguição para agressões físicas”. No dia 31 de julho, B foi constituído e interrogado como arguido pela PSP, tendo negado todas as acusações que lhe eram imputadas. Foi-lhe aplicado o Termo de Identidade Residência.

No dia 23 de agosto, A dirigiu-se novamente à PSP e prestou as seguintes declarações: “No dia 15 de agosto, por volta das 17H00, quando se encontrava na companhia da sua filha, menor de 7 anos de idade, e de uma amiga sua, na feira de artesanato de X, B abeirou-se de si e nas suas costas proferiu as seguintes palavras "andas com muita coragem para andar com isto, vê se te sai o tiro pela culatra" seguindo o seu destino, palavras estas que ela queixosa entendeu como ameaçadoras”. Naquele próprio dia, “pelas 16H45, quando circulava na sua viatura no centro, ao passar na Rua X, parou na passadeira para peões existente ao chegar à praça Y, quando se apercebeu que B vinha em sentido contrário fazendo-se

transportar numa bicicleta. Ao cruzar-se consigo, deu a volta à bicicleta e encostou-se à sua viatura já em andamento, segurou-se ao tejadilho e foi sensivelmente até à Rua Z (700 mts), a bater com a palma da mão no tejadilho da viatura ao mesmo tempo que pronunciava palavras que ela não percebeu uma vez que fechou o vidro com receio”;(...) cada dia que passa sente mais receio do arguido uma vez que pelas duas vezes que viu o mesmo teve estas atitudes que lhe causaram receio, estando assim de certa forma a condicionar a sua normal vivência.” Esta denúncia foi recebida no MP a 25 de agosto.

Dia 20 de setembro de 2017, segundo a descrição feita pela Polícia Judiciária, A saiu do seu trabalho, por volta da 18h36, deslocando-se a pé até a uma rua onde tinha estacionado a sua viatura. Entrou normalmente na viatura e sentou-se no lugar do condutor. De repente e sem que nada o fizesse prever, surgiu B com um martelo na mão, uma faca na outra e uma mochila às costas. B aproximou-se da viatura onde se encontrava A e desferiu uma martelada no vidro do lado do condutor, onde se encontrava A, partindo-o. De seguida, munido da faca de cozinha, introduziu o seu braço no interior da viatura, através da janela partida e começou a desferir várias facadas na direção de A. A conseguiu evitar as facadas e B retirou da mochila um garrafão de 5 litros que continha combustível e atirou o combustível para o interior da viatura. Perante isto, A saiu da viatura pela porta do pendura e começou a fugir. B largou a faca e a mochila, deu a volta à viatura e foi no encalço de A com o garrafão na mão, alcançando-a 150 metros depois no meio da via onde começou a agredir A de forma selvática, com pontapés e murros na face, o que a fez cair no solo. Na sequência, B pegou no garrafão de combustível, regou-se com o conteúdo restante e imolou-se com um isqueiro, provocando uma explosão. De seguida atirou-se para cima de A e agarrou-a. A, que também estava molhada de combustível, começou a arder também. B morreu no 21 de setembro de 2017 devido a lesões de queimadura, conforme relatório da autópsia médico legal, de 9 de janeiro de 2018. A veio a falecer a 27 de janeiro de 2018 em resultado de “disfunção multiorgânica em contexto de choque séptico, que ocorreu como complicação das lesões de queimadura em 80% da superfície corporal total”, conforme relatório da autópsia médico-legal, de 28 de agosto de 2018.

5.2 As conclusões e recomendações da EARHVD no caso vertido no Dossiê nº1/2018-AC

Os factos que supra descrevemos têm o propósito de evidenciar, por um lado, a gravidade do fenómeno da violência doméstica na realidade social portuguesa e a forma trágica como muitas vezes termina, e, por outro, demonstrar, como infra veremos com mais propriedade, que o problema de base no combate à violência doméstica em Portugal não reside na omissão legislativa, mas antes, na inércia e nas más práticas das entidades

competentes para a intervenção junto desta temática, que traduzem um reconhecido fracasso do Estado, cuja ação se encontra constitucionalmente imposta.

Vejamos então o que concluiu a EARHVD, no que respeita à intervenção policial e judiciária, neste caso concreto:

Apresentou a primeira denúncia à PSP no dia 13 de junho de 2017 e sofreu a tentativa de homicídio no dia 20 de setembro de 2017, tendo vindo a falecer no dia 27 de janeiro de 2018 em resultado das lesões sofridas. Entre o contacto inicial com a PSP e o MP passaram 98 dias com diversas situações graves e com diversas oportunidades para proteger a vítima e conter o agressor. Apesar do risco ter sido avaliado e classificado como elevado, tanto o MP como a PSP não identificaram a perigosidade que este agressor constituía para A, e foi evidente a incapacidade de interpretação dos sinais de perigosidade que B demonstrava, nomeadamente a ausência de limites, a escalada dos comportamentos agressivos e os conteúdos das SMS que B enviou a A, que foram remetidos ao MP a 22 de agosto e denotavam já uma ideação de passagem ao ato no que diz respeito à possibilidade de cometimento de homicídio/suicídio. Consideramos que todas as ações desencadeadas pela PSP e MP se limitaram a seguir uma atuação formal, sem proatividade, nomeadamente no que diz respeito à operacionalização da avaliação e gestão do risco, e que não foram desencadeadas medidas efetivas de proteção da vítima A e também da sua filha. Embora existissem indicadores preocupantes, nomeadamente os acontecimentos violentos e os pedidos de ajuda efetuados pela vítima, não houve a capacidade de reconhecer os sinais de alarme, de “ligar os pontos”, tendo-se apenas percebido incidentes isolados ou marcadores individuais, ao invés de um padrão de comportamento.

Por seu turno, quanto à intervenção do Sistema Nacional de Saúde, a EARHVD concluiu que apesar de A se ter deslocado por duas vezes ao hospital para receber assistência clínica em consequência das agressões sofridas, nunca terá sido questionada sobre a origem de tais lesões sofridas. A Saúde não procurou averiguar da existência de violência doméstica ou, pelo menos, não documentou tal pesquisa, nem terá desencadeado medidas protetivas no sentido de precaver a repetição do fenómeno e, neste caso, a respetiva sinalização às entidades que deveriam ter atuado no sentido de evitar o desfecho que veio a verificar-se.

Com base no quadro acima descrito, veio a EARHVD recomendar à Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género (CIG) a urgente implementação, no que respeita às forças de segurança e aos magistrados, do objetivo específico “4.1. capacitar inicial e continuamente profissionais para a intervenção em VMVD” do Plano de Ação para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e à Violência Doméstica 2018-2021 (PAVMVD). Recomendou ainda à Procuradoria-Geral da República que a “estratégia do Ministério Público contra a violência doméstica, incluindo a adoção de boas práticas e uniformização de procedimentos nas jurisdições criminal e de família e crianças”, deve tomar particular consideração a efetiva direção e o acompanhamento das diligências de inquérito realizadas pelos órgãos de polícia criminal, bem como a atuação do Ministério Público nos períodos de férias judiciais. Recomendou, por fim, ao Ministério Público e aos Órgãos de Polícia Criminal que, em todas as situações em que ocorram episódios de violência contra as mulheres e

violência doméstica, seja averiguada a existência de crianças/jovens direta ou indiretamente envolvidos ou afetados, se proceda à avaliação do risco que correm e se adotem as adequadas medidas de segurança, que atendam às suas específicas necessidades, bem como ser efetuada comunicação a Comissão de Proteção de Crianças e Jovens ou desencadear-se procedimento judicial com vista à sua proteção e promoção dos direitos, já que, no caso em crise, embora A tivesse manifestado preocupação pela segurança da filha, de 7 anos de idade, e constasse dos autos que esta estava presente em situações por aquela denunciadas, nem a PSP nem o MP tomaram qualquer iniciativa para que fossem desencadeados os procedimentos adequados para a segurança e a proteção da criança.

6. APRECIÇÃO CRÍTICA DO PAPEL DO ESTADO PORTUGUÊS NO COMBATE AO HOMICÍDIO EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO SÉCULO XXI

Aqui chegados, será uma questão retórica aquela que busca resposta para o porquê de, em pleno século XXI, depois da entrada em vigor da Convenção de Istambul, da afirmação teórica da igualdade de direitos das mulheres e do fortalecimento dos movimentos feministas, continuarem a morrer tantas mulheres às mãos de maridos e ex-maridos, companheiros e ex-companheiros, namorados e ex-namorados em Portugal. Tornam-se agora mais claras as razões do fracasso do Estado no combate ao fenómeno da violência doméstica e a sua impotência para impedir o homicídio em contexto de intimidade. Repita-se, como resulta evidente do que supra se escreveu: não está em causa ausência de lei ou deficiência da lei. Estão em causa maus intérpretes e maus aplicadores da lei. E esta desconformidade gritante da *law in books* com a *law in action* faz escalar o número de vítimas mortais deste fenómeno.

O Estado português, ao longo de algumas décadas, criou sucessivos Planos Nacionais de combate à Violência Doméstica. A Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018 aprovou a Estratégia Nacional para a Igualdade e a Não Discriminação 2018-2030. Desta Estratégia faz parte o Plano de ação para a prevenção e o combate à violência contra as mulheres e à violência doméstica (PAVMVD), que assenta em seis vetores essenciais: 1 – Prevenir – erradicar a tolerância social às várias manifestações da VMVD, conscientizar sobre os seus impactos e promover uma cultura de não violência, de direitos humanos, de igualdade e não discriminação; 2 – Apoiar e proteger – ampliar e consolidar a intervenção; 3 – Intervir junto das pessoas agressoras, promovendo uma cultura de responsabilização; 4 – Qualificar profissionais e serviços para a intervenção; 5 – Investigar, monitorizar e avaliar as

políticas públicas; 6 – Prevenir e combater as práticas tradicionais nefastas, nomeadamente a mutilação genital feminina e os casamentos infantis, precoces e forçados.

Por sua vez, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 139/2019 aprovou, mais recentemente, medidas de prevenção e combate à violência doméstica, alicerçadas no reconhecimento da violência contra as mulheres e a violência doméstica como formas graves de discriminação das mulheres em razão do seu sexo, reflexo de persistentes estereótipos de género e de relações de poder desiguais. Os impactos desta violência não se circunscrevem apenas às vítimas diretamente envolvidas, afetando também as famílias e a sociedade no seu conjunto.

Além disto, considerando o número de homicídios de mulheres já ocorridos no corrente ano de 2019, torna-se necessário reforçar as respostas para prevenir e combater a violência contra as mulheres e a violência doméstica, em todas as suas dimensões, definindo mecanismos que permitam evitar a ocorrência ou perpetuação deste tipo de situações e que reforcem a eficácia da tutela penal relativamente à proteção das vítimas e ao sancionamento das pessoas agressoras, em linha com as recomendações do Grupo de Peritos para o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica do Conselho da Europa, bem como da Equipa de Análise Retrospectiva de Homicídios em Violência Doméstica constituída nos termos do artigo 4.º-A da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, na sua redação atual.

Esta Resolução propõe assim, como vetores essenciais de mudança: a montante, a promoção da literacia e da prevenção da violência contra as mulheres e a violência doméstica, desenhando-se campanhas e intervenções que contribuam para a mudança de comportamentos da sociedade e para a progressiva intolerância social face à violência.

Em segundo lugar, porque a violência, mormente a violência doméstica, é, indiscutivelmente, também um problema de segurança e de saúde públicas, impõe-se a adoção de estratégias multissetoriais e de respostas rápidas de múltiplas naturezas. É fundamental apostar na sensibilização e formação dos profissionais que contactam com pessoas especialmente vulneráveis, para que a deteção de situações de violência ocorra o mais precocemente possível e a sinalização possa ser feita. E, perante uma situação de violência, é necessário agir rapidamente, assistindo a vítima no tratamento imediato de que necessita, providenciando apoio psicológico e interagindo com as respostas existentes para que o ciclo de violência seja interrompido.

Paralelamente, considera indispensável o desenvolvimento de uma ação integrada de prevenção, tendo em vista, designadamente, a promoção do desenvolvimento das competências interpessoais e de uma cultura de não-violência, desde a primeira infância, com ações de capacitação parental e o reforço da intervenção com crianças e jovens que demonstrem sinais de risco de comportamentos violentos ou de serem vítimas de violência doméstica.

Na verdade, a pedra angular de todo o edifício de combate à violência doméstica reside na necessidade de uma abordagem integral e integrada de prevenção. A este respeito, será interessante referir a experiência norte-americana do modelo de Duluth³⁹⁸. Este modelo de intervenção começou a ser aplicado em 1980 e recebe o seu nome da cidade do Minnesota que o acolheu. A sua designação completa é *Duluth Domestic Abuse Intervention Project* (DAIP). Este projeto pioneiro nos EUA, no desenvolvimento de uma resposta comunitária coordenada à violência doméstica, foi, entretanto, adotado, em alguns dos seus aspetos, em países como o Reino Unido, a Austrália, ou a Alemanha. Este modelo assenta na concretização de oito objetivos primordiais: 1. A criação de uma abordagem filosófica coerente, centralizada na segurança da vítima; 2. O desenvolvimento de políticas e protocolos de “*best practice*” para as agências de intervenção; 3. A redução da fragmentação na resposta do sistema; 4. A importação para o sistema de técnicas de monitorização e acompanhamento; 5. A garantia de uma infraestrutura comunitária de apoio; 6. A intervenção direta junto dos agressores, no sentido de travar a violência; 7. A minimização dos efeitos da violência conjugal sobre as crianças; 8. A avaliação da resposta do sistema do ponto de vista da vítima.

Com a referência a este modelo, não temos a pretensão, como tantas vezes se cai em tentação, de defender uma cópia, *ipsis verbis*, de tal modelo para a realidade portuguesa. Mas é vital por a tónica na resposta comunitária coordenada, no trabalho concertado dos profissionais da justiça, da saúde, da assistência social, dos *media*, das instituições particulares e da comunidade em geral. Neste plano de ação concertada, ao Estado cabe o papel fundamental de elemento impulsionador e aglutinador desta resposta coordenada.

CONCLUSÃO

Propusemo-nos refletir neste trabalho sobre o papel que ao Estado cabe no combate ao homicídio em contexto de violência doméstica no século XXI.

Dissemos que a violência doméstica é um fenómeno social que assume proporções alarmantes no nosso país. Muitos casos de violência doméstica terminam em homicídio. Encontramo-nos perante a violação dos mais elementares direitos destas vítimas, cuja proteção incumbe ao Estado. Na execução dessa tarefa constitucionalmente imposta, o Estado português dotou-se de um edifício legislativo de considerável valia, acompanhando os movimentos internacionais de defesa da igualdade de género e de tutela dos direitos das mulheres e das vítimas de violência doméstica. Mas o século XXI trouxe consigo novos desafios.

³⁹⁸ Sobre o modelo de Duluth, *vide*, por todos, SHEPARD (1999).

Impõe-se, em primeiro lugar, fazer a prática coincidir com aquilo que a lei já determina. Este objetivo só será conseguido através do reforço da formação contínua e rigorosa de todos os profissionais que têm competências no domínio do combate à violência doméstica: órgãos de polícia criminal, Ministério Público, Magistratura Judicial, advogados, profissionais de saúde, técnicos de ação social, entre outros.

Em segundo lugar, e não necessariamente por esta ordem, é imperativo apostar na intervenção junto do agressor, porque só será possível eliminar a violência se desaparecerem os comportamentos agressivos e a proteção das vítimas só será efetiva se conseguirmos reverter o potencial agressivo do agente.

Por fim, é imprescindível promover a mudança nos paradigmas de interação íntima e o incremento de uma cultura de não violência e de respeito dos direitos e liberdades do outro, desde a mais tenra idade. Estes os desafios que ao Estado português se colocam no século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELEZA, Teresa Pizarro - *Maus Tratos Conjugais: o artigo 153.º, 3 do Código Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989.

CARVALHO, Américo Taipa de - *Comentário do artigo 152.º do CP*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo 1, dirigido por JORGE FIGUEIREDO DIAS, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

EARHVD - Dossiê nº1/2018-AC, disponível em <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/RelatoriosRecomendacoes/Pages/>, consultado em 11 de agosto de 2020.

FERREIRA Maria Elisabete - *Algumas considerações acerca da Lei nº 7/2000, de 27 de maio que torna público o crime de maus tratos a cônjuge - como instrumento de combate à Violência conjugal*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 711-723.

FERREIRA, Maria Elisabete - *Da Intervenção do Estado na questão da Violência Conjugal em Portugal*, Almedina: Coimbra, 2005.

SHEPARD, Melanie F. and PENCE, Ellen L. - *Coordinating Community Responses to Domestic Violence, Lessons from Duluth and Beyond*, Sage Publications, Thousand Oaks - London, 1999.

O FEMINICÍDIO E SEUS DESDOBRAMENTOS SOCIAIS: DIREITO COMPARADO BRASIL X ESPANHA

FEMINIDIDE AND ITS SOCIAL CONSEQUENCES: COMPARATIVE RIGHT BRAZIL X SPAIN

Arleide Costa de Oliveira Braga³⁹⁹

RESUMO: Nas últimas décadas, a nível global, a mulher tem sofrido agressões físicas e/ou psicológicas tão somente por seu gênero. As longas décadas do patriarcado, onde o homem detinha o poder e predominância sobre a mulher desencadeou a violência sexista como seu maior legado e tem sido um dos maiores algoz dos Estados nos mais diversos continentes. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD de 2019, a população brasileira do sexo feminino equivale a 51,8% sendo que uma mulher brasileira a cada 7 horas sofre algum tipo de violência. Na União Europeia – EU não é diferente. Segundo o Inquérito da Agência dos Direitos Fundamentais da EU sobre a violência contra as mulheres de 2014, estima-se que 13 milhões de mulheres já sofreram algum tipo de violência, sendo que, uma em cada três mulheres na Europa já foi vítima de violência física e/ou sexual após os 15 anos de idade, números que representam 33% de mulheres europeias. Como enfrentar esta pandemia contra a mulher?

Palavras Chaves: Mulher; Violência; Morte; Femicídio; Direito Comparado; Políticas Públicas.

ABSTRACT: In recent decades, globally, women have suffered physical and/or psychological aggressions only because of their gender. The long decades of patriarchy, where man held power and predominance over women unleashed sexist violence as his greatest legacy and has been one of the greatest wonders of states on various continents. According to data from the 2019 National Continuous Household Sample Survey (PNAD), the Brazilian female population is equivalent to 51.8% and a Brazilian woman every 7 hours suffers some type of violence. In the European Union - EU is no different. According to the 2014 EU Fundamental Rights Agency Survey on Violence against Women, an estimated 13 million women have experienced some form of violence, with one in three women in Europe already being victims of physical and/or sexual violence after the age of 15, figures representing 33% of European women. How to face this pandemic against women?

Keywords: Woman; Violence; Death; Femicide; Comparative Law; Public Policy.

1. DIREITOS HUMANOS E SEU RECONHECIMENTO NO PLANO INTERNACIONAL

³⁹⁹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Messina – Itália, Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Mestra em Direito pela Universidade de Santos; Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Direito Previdenciário e Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho/RJ, Advogada, Professora Universitária, Conferencista. E-mail: Arleide.braga@terra.com.br

Desde a criação do ser humano, independente da crença a ela vinculada, o homem é dotado de valores inerentes a sua existência que transcendem raça, origem, cor e ordem social. Frise-se que os referidos valores extrapolam os limites de uma determinada ordem constitucional, uma vez que, além de intangíveis, pertencem a condição vital do ser humano. Todavia, embora a valoração, preservação e prestígio do homem ocorreu em alguns períodos da história, em certos momentos é possível visualizar a sua opressão e até mesmo supressão enquanto pendente o seu reconhecimento universal.

Hannah Arendt apresenta que os direitos humanos “*não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução*”⁴⁰⁰ isto porque, como se compreende das lições de Norberto Bobbio, “*os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais*”⁴⁰¹

O direito natural decorre da teoria do jusnaturalismo e abrange uma parte da filosofia apresentada por Aristóteles, Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, John Locke Jean-Jacques Rousseau, dentre outros. A referida teoria compreende o homem como detentor de valores que precedem as normas jurídicas instituídas (direito positivado) de tal forma a ser oriundo da natureza humana.

A liberdade constituía um dos direitos naturais do ser humano que posteriormente foi subordinado ao estado social criado por Thomas Hobbes (1588-1679) que preceituava que “*cada homem tem de usar livremente o próprio poder para a conservação da vida e, portanto, para fazer tudo aquilo que o juízo e a razão considerem como os meios idôneos para a consecução desse fim*”⁴⁰². Ou seja, Thomas Hobbes delegava a cada homem o uso irrestrito da força para a conservação da vida, tornando assim o Estado Natural um ambiente selvagem e violento que só seria coibido com a instituição de um Estado Civil em que um governante através de um contrato social com a massa criaria os meios necessários para estabelecer a ordem e a vida em coletividade.

Na via contrária estava John Locke (1632-1704) que atribuía aos direitos naturais a característica da inalienabilidade e a universalidade como o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade, sendo o contrato social o instrumento para a preservação dos direitos inerentes a natureza do homem.

A partir do século XIX com o surgimento de novas correntes doutrinárias e o fortalecimento do positivismo, o direito natural passa para a denominação de Direitos

⁴⁰⁰ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Cia das Letras: São Paulo, 1988, p. 134.

⁴⁰¹ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 30.

⁴⁰² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, parte 1ª, cap. XIV.

Humanos, ou seja, as virtudes pertencentes a todo ser e inerentes à natureza humana. Na seara dos valores do homem, imerge-se a raiz da árvore genealógica humana para se valorar propriedades inalienáveis e comuns a todo indivíduo que o torne pessoa detentora de direitos à serem protegidos de opressões e violações que comprometam sua dignidade.

Uma das primeiras referências sobre os direitos humanos ocorreu em 539 a.c. durante o reinado de Ciro (“O Grande”) na antiga Pérsia, onde consta que o Rei ao libertar escravos oprimidos por decretos escritos em cilindros de argila (Cilindro de Ciro) garantia a igualdade racial a todos, estabelecendo que todos os homens eram detentores de direitos e livres para a escolha da orientação religiosa.

A partir de então, o conceito de direitos humanos foi difundido e documentos oficiais que resguardam os direitos individuais começaram a surgir como a Carta Magna da Inglaterra (1215), a Petição de Direito (1628), a Constituição dos Estados Unidos (1787), a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), Declaração dos Direitos dos Estados Unidos (1971) dentre muitos outros.

A Carta Magna Inglesa (*Magna Charta Libertatum*), ou “Grande Carta” foi escrita e assinada no ano de 1215 após uma série de violações dos costumes e leis praticadas a época na Inglaterra resultante da discórdia entre o governante (Rei João), a igreja e a alta sociedade (barões ingleses). Através da referida carta ocorreu a impossibilidade do poder absoluto do governante, além da prerrogativa da igreja da não interferência do governo em suas decisões, o direito à propriedade à todos os cidadãos (neles incluídos as viúvas), a proibição do uso arbitrário do poder para a cobrança de impostos e principalmente os primeiros traços de uma igualdade derivada de lei na busca de efetivar a liberdade.

Ainda na Inglaterra no ano de 1628, foi enviado ao Rei Carlos I, a declaração de liberdade civil denominada Petição de Direito (*Petition of Rights*) formulada pelo Parlamento Inglês com o fito de reafirmar as garantias estabelecidas pela Carta Magna e impedir que: **a)** a sociedade fosse obrigada a pagar taxas, tributos ou quaisquer outros impostos sem a devida autorização do Parlamento, **b)** que nenhum homem poderia ser preso, detido, exilado ou qualquer outro modo de moléstia sem ser por virtude de sentença ou da lei de seu país, **c)** o estabelecimento do devido processo legal, **d)** o direito a propriedade.

Os Estados Unidos com suas treze colônias até 4 de julho de 1776, faziam parte da Grã-Bretanha até o momento da Declaração de sua Independência. O desgaste entre Estados Unidos e o Império Britânico já existia deste o final da Guerra dos Sete Anos ocorrido em 1763, pelos altos impostos cobrados.

Foi Thomas Jefferson que propôs o documento original enviado ao Congresso para votação. A Declaração apresentou principalmente a independência da metrópole, e os direitos individuais dos homens, considerando-os iguais, detentores de direitos inalienáveis,

dentre eles a vida, a liberdade e a busca da felicidade⁴⁰³ e que serviu de fundamento para a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, permanecendo em vigor com poucas alterações, sendo as dez primeiras emendas denominadas Carta dos Direitos dos Estados Unidos (*United States Bill of Rights*) cujos principais objetivos era definir os limites do governo então divididos pela Constituição em Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, além de proteger as liberdades e direitos individuais dos cidadãos como liberdade de expressão, liberdade de religião, permissão do porte de arma, devido processo legal, dentre outros.

Como anteriormente apresentado no capítulo antecessor, a França participou do processo de internacionalização dos direitos humanos quando da Revolução Francesa com o lema liberdade, igualdade e fraternidade (*liberte, égalité, fraternité*) para a abolição do regime absolutista e a instituição de uma República com a participação do povo que promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) que foi um marco para a universalização dos direitos dos seres humanos.

Para que esses valores humanos fossem internacionalmente reconhecidos, foi necessário primeiramente sua violação. Dentre as piores barbáries, cita-se a ocorrida no ano de 1933, quando Adolf Hitler tornou-se chanceler da Alemanha e como representante do Governo oprimiu e massacrrou principalmente judeus e opositores políticos, levando ao maior genocídio do século XX.

Vale lembrar das duas grandes guerras mundiais que trouxeram luto inexprimíveis a humanidade, mas que culminaram na reunião voluntária de países para a promoção do “*progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla*”⁴⁰⁴.

É neste cenário de terror e negação aos valores inerentes ao ser humano, que renasce o esforço das nações de se impedir a repetição das crueldades cometidas e a obrigação aos governos de se abster de atos que violem não somente a integridade física do homem, mas principalmente sua dignidade, seja ela na forma individual ou coletiva.

Os primeiros esboços para firmar a fé na paz mundial e o reconhecimento dos valores humanos iniciaram-se no período pós-guerra para o estabelecimento de uma organização mundial capaz reafirmar “*reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres*”⁴⁰⁵, e assegurar o cumprimento pelas nações signatárias.

⁴⁰³ LUCAS, Stephen E. Justifying America: The Declaration of Independence as a Rhetorical Document. In BENSON, Thomas W. (ed.). *American Rhetoric: Context and Criticism*. Carbondale, Illinois: Southern Illinois University Press, 1989, p. 85

⁴⁰⁴ http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf. Acesso em 4 de junho de 2017.

⁴⁰⁵ http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf. Acesso em 27 de julho de 2017.

A partir do ano de 1945, organizações internacionais foram criadas para estabelecerem normas que transcendem a ordem constitucional de cada país, dentre elas, destaca-se a criação da Organização das Nações Unidas que permitiu a adoção de instrumentos internacionais que versam sobre direitos humanos. Cumpre considerar o preâmbulo da Carta das Nações Unidas:⁴⁰⁶

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

É a partir do estabelecimento da Organização das Nações Unidas – ONU que o Tratado Internacional dos Direitos dos Homens (1948) foi proclamado. A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o documento precursor para a promoção e a internacionalização dos direitos e liberdades do homem, além da busca pela efetivação de um estado de bem estar. No preâmbulo⁴⁰⁷ da referida Declaração extrai-se o ideal a ser atingido:

como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Muito mais que o reconhecimento internacional dos direitos próprios do homem, o que importa é a sua efetivação e positivação na ordem jurídica, como afirma Norberto Bobbio “*outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva, acrescentando à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas tornam-se cada vez mais difícil*”⁴⁰⁸, para que se torne imutável e insuprível pelo legislador ordinário os aludidos direitos, de forma que, são dispostos com dimensão de “[...] *Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais*”⁴⁰⁹.

Ao ser introduzidos no ordenamento jurídico, os direitos humanos permitem ao indivíduo o controle judicial de sua aplicação e limitação aos atos do Estado, para que não

⁴⁰⁶https://www.cm-vfxira.pt/uploads/writer_file/document/14320/Carta_das_Na__es_Unidas.pdf. Acesso em 27 de julho de 2017.

⁴⁰⁷ https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm. Acesso em 27 de julho de 2017.

⁴⁰⁸ BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. São Paulo: Paz Terra e Política, 1986, p. 63.

⁴⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

sejam “[...] compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes ‘declarações de direitos’⁴¹⁰.

Seguindo os movimentos sociais que emergiram na Europa no final do século XVIII, em especial a Constituição da República Alemã de 1919 que inaugurou o constitucionalismo social, os textos constitucionais brasileiros sempre trouxeram em seu bojo o reconhecimento aos direitos do ser humano, todavia, em diferentes dimensões que foram sendo transpostas pelas gerações.

A positivação dos direitos essenciais à dignidade humana é transfigurada nas vestes de direitos fundamentais no ordenamento jurídico, embora que, em ambas a raiz é a valorização das virtudes humanas. Ingo Wolfgang Sarlet esclarece sobre o tema:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)⁴¹¹.

A Constituição de 1824 abarcou a primeira geração dos direitos fundamentais pela imposição da abstenção do Estado a valores os direitos civis e políticos. Direitos como igualdade, liberdade de pensamento e expressão, inviolabilidade de domicílio e propriedade foram consagrados sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Civil e Políticos dos Cidadãos Brasileiros. Paulo Bonavides esclarece sobre o tema:

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado⁴¹².

Embora houvesse previsão constitucional, “o período constitucional do Império é, portanto aquela quadra de nossa história em que o poder mais se apartou talvez da Constituição formal”⁴¹³, e assim, o texto constitucional “logrou o mais baixo grau de eficácia

⁴¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. Cit.*, p. 378.

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 36

⁴¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 517

⁴¹³ ANDRADE, Paes; BONAVIDES, Paulo. *História constitucional do Brasil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 07, *apud*, BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 32.

e presença na consciência de quantos, dirigindo a vida pública, guiavam o país para a solução das questões nacionais da época”.

Foi na Constituição Federal Brasileira de 1934 que as primeiras linhas para a efetiva instituição de um Estado de Bem Estar Social começou a ser desenhado, isto porque, os direitos sociais como educação, trabalho e previdência social foram abrangidos como normas constitucionais. É no ano de 1988 nos dizeres do Presidente da Assembleia Constituinte Ulysses Guimarães⁴¹⁴ promulgava-se uma Constituição Cidadã:

a Constituição coragem, a Constituição cidadã, a Constituição federativa, a Constituição representativa e participativa, a Constituição do Governo síntese Executivo-Legislativo, a Constituição fiscalizadora.

Não é a Constituição perfeita. Se fosse perfeita, seria irreformável.

(...)

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco zero da era dos direitos fundamentais e sociais para o Brasil **ao exterminar o período de exceção característica do período de regime militar**, com a instituição de um Estado Democrático Social de Direito, que eleva o ser humano a um patamar de protagonismo no Estado, assegurando a cidadania ao homem e mecanismos de cumprimento e proteção de tais direitos.

A Carta Magna brasileira dentro de seus principais anseios a melhoria da condição social, dispendo **como primado o trabalho** para se alcançar o bem-estar justiça social⁴¹⁵.

E não poderia ser diferente, *“é que esta República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). No próprio preâmbulo da Lei Maior, o constituinte consigna como valor supremo da sociedade brasileira o do bem-estar de seus membros”*⁴¹⁶.

Para garantir o protagonismo do cidadão neste novo conceito de Estado, a Lei das Leis na abertura de seu corpo textual, estabelece garantias e direitos fundamentais invioláveis e que adotam como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana.

Estes direitos fundamentais, não aparecem por descuido no texto constitucional, mas é o reconhecimento da longa via percorrida para a pacificação de direitos inerentes a existência do homem, só por ser homem, ou seja, comum à todos os seres humanos sem qualquer acepção, simplesmente considerando o ser humano como um indivíduo dotado de valores que lhe são intrínsecos a sua natureza. São os direitos humanos sendo positivados na ordem constitucional brasileira.

⁴¹⁴<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/25-anos-da-constituicoe-1988/constituite-1987/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%REVISADO.pdf>. Acesso em 30 de abril de 2017.

⁴¹⁵ Artigo 193, *caput*, Constituição Federal de 1988.

⁴¹⁶ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1989, p. 11.

Os direitos humanos positivados como direitos fundamentais transcenderam gerações, e suas dimensões receberam novas roupagens conforme o processo evolutivo.

Ingo Wolfgang Sarlet assim leciona:

Os direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado; A expressão direitos humanos por sua vez, guardará relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinado ordem constitucional e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional⁴¹⁷.

Neste mesmo sentido, Cristina M. M. Queiroz:

Esses direitos e liberdades têm por pano de fundo a pertença do indivíduo *qua tale* quer a uma categoria geral e abrangente de seres humanos, todos iguais em dignidade, quer a categorias mais restritas que correspondam às clivagens econômicas ou sociais existentes na sociedade⁴¹⁸.

E este foi o objetivo do constituinte ao destacar os direitos inerentes ao ser humano para uma vida plena, sob o risco de uma vez ameaçados, colocar em risco a existência humana.

Nos ensinamentos de Dalmo Dallari, “*esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida*”⁴¹⁹.

Assim sendo, são dois os personagens que dialogam com os direitos fundamentais: de um lado o cidadão, vestido de direitos e deveres a serem exercidos individual e/ou coletivamente, e o Estado, inibido de arbitrariedades que possam violar a integridade física humana seja ela moral, psíquica ou física, capaz de afrontar a dignidade humana e ameaçar a harmonia social.

Neste caminho, vale citar a lição de Jorge Miranda:

Somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem. Mas — por isso mesmo — não podem apreender-se senão como realidades que se postulam reciprocamente, se condicionam, interferem uma com a outra.

Os fins do Estado, a organização do Estado, o exercício do poder, a limitação do poder são função do modo de encarar a pessoa, a sua liberdade, as suas necessidades⁴²⁰.

⁴¹⁷ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁴¹⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora. Portugal/Coimbra, 2002, p. 16.

⁴¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

⁴²⁰ http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima2/Jorge_Miranda.pdf. Acessado em 14 de abril de 2017.

Desta forma, os direitos fundamentais formam uma ideia de sistema, como “*uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada*”⁴²¹ composta por princípios e regras cujo principal objetivo é a proteção do ser humano, possibilitando a interação dos direitos a ele conferidos, formando um todo, que só pode ser analisado de maneira sistemática.

Tamanha a importância conferida pelo Constituinte aos direitos basilares do ser humano que estes além de estarem revestidos pela universalidade de sua aplicação, a indivisibilidade dos direitos que formam um só, a interdependência entre estes e a inter-relação com a proteção social, dentre outras características, faz-se necessário frisar que são direitos que não prescrevem, ou seja, o lapso de tempo pelo não uso não impede seu exercício, exceto os direitos que envolvem a propriedade. Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA esclarece a referida característica:

prescrição é um instituto jurídico que somente atinge coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição⁴²².

Ao intérprete, a Constituição Federal de 1988 é detalhista, definindo claramente quais são estes direitos tidos por fundamentais ao bem de todos a serem exercidos individual e/ou coletivamente, sendo eles na árvore genealógica do Estado Democrático Social de Direito o tronco: o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

É a partir destes cinco direitos que vão emanar todos os demais, sendo certo desta forma compreender que sem estes cinco elementos (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade) não há possibilidade de uma existência plena e digna ao ser humano.

O texto constitucional no decorrer de seus artigos, incisos, alíneas e parágrafos vão normatizar e especificar a forma de exercício destes cinco direitos, estabelecendo parâmetros e também delegando a legislação infraconstitucional a regulamentação de determinadas matérias, afim de que, os fundamentos e objetivos da República Federativa Brasileira sejam alcançados, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nas lições de Vidal Serrano Nunes Júnior sobre o tema:

⁴²¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 41.

⁴²² SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 232.

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade)⁴²³.

Assim sendo, o ser humano é o cabeçalho de todos os demais direitos. Sem eles torna-se impossível garantir ao homem o básico existencial necessário, bem como, na sua ausência torna-se novamente praticável os excessos do governo cujo qual a Declaração de Viena adotada na II Conferência Mundial dos Direitos Humanos 1933, atribui a obrigação da promoção e do respeito universal, da observância e da proteção de todos os direitos do homem e liberdades fundamentais para todos, de forma inquestionável e universal.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal de 1988, possui uma forte carga axiológica, com destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A Carta-Mãe brasileira, assim como a Constituição Italiana de 1947 e a Lei Fundamental Alemã de 1949, tornou a dignidade da pessoa humana o “*epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico*”⁴²⁴, como fundamento e fim no sistema normativo.

Há identidade entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo certo que, aquele é tanto o alicerce como o fim destes, afirmação que se extrai pela topologia do texto constitucional ao dispor no artigo inaugural o aludido princípio e logo em seguida os referidos direitos.

2. A PROTEÇÃO DA MULHER NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL: BRASIL E UNIÃO EUROPÉIA

2.1 A proteção da mulher no Brasil

Nas últimas décadas, a nível global, a mulher tem sofrido agressões físicas e/ou psicológicas tão somente por seu gênero. As longas décadas de patriarcado, onde o homem detém o poder e predominância sobre a mulher desencadeou a violência sexista como seu maior legado.

A inferioridade e incapacidade das mulheres foram sendo adquiridas com o seu encerramento no lar, paralelamente e uma dependência sexual agravada. Com o passar dos milênios e a estruturação das sociedades de classe, a divisão dos papéis se solidificou. Passou a ser acompanhada de um trabalho ideológico que tende a racionalizar e a justificar a inferioridade das

⁴²³ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109-110.

⁴²⁴ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª. Ed. segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

mulheres, sua segregação, e que encontra sua expressão nos mitos dos povos primitivos. [...] uma constante permanece: a inferioridade das mulheres, seu confinamento nos papéis tradicionais (ALAMBERT, 1986, p. 94).

No Brasil, a Constituição Federal da República do Brasil de 1988 que instituiu o Estado Democrático de Direito que assegurou a igualdade como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos tendo como fundamento a Dignidade da Pessoa Humana.

Mesmo o homem e a mulher serem detentores constitucionalmente de garantidas e direitos fundamentais a violência praticada pelo homem contra a mulher não diminuiu, pelo contrário, nos últimos anos vem galgando números cada vez mais assustadores.

Como marco da violência absurda sofrida tão somente pelo gênero mulher, está a biofarmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes que, depois de anos de agressões praticadas pelo seu marido, ficou paraplégica, dando início ao movimento de aprimoramento da legislação brasileira para a proteção da mulher e punição do agressor.

A Lei nº 11.340/2006 denominada Lei Maria da Penha, foi classificada pela Organização das Nações Unidas – ONU como uma das mais avançadas a nível global no combate à violência contra a mulher, seja ela no âmbito doméstico e familiar, como formas de prevenção e recuperação das vítimas através de atendimento multidisciplinar visando a minimização dos danos que a violência causa.

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – PNAD de 2019, a população brasileira do sexo feminino equivale a 51,8%. Os referidos dados sobre o gênero são utilizados para a elaboração de políticas públicas para garantir a promoção e proteção das mulheres e garantir seu bem-estar.

Na busca de ampliar cada vez mais a proteção da mulher, em 2015, houve uma alteração na Legislação Penal Brasileira incluindo no crime de homicídio a qualificadora feminicídio, quando o crime é praticado contra uma mulher por discriminação à condição de mulher.

2.2 A proteção da mulher na União Europeia – EU - Espanha

Na União Europeia – EU não é diferente. Através do Tratado de Roma de 1957, a igualdade entre mulheres e homens tornou-se um valor fundamental dos países europeus, até mesmo para se garantir um ambiente mais seguro e justo para as mulheres.

Muito embora existam políticas públicas internacionais para que as mulheres não sejam subjugadas por seu gênero, segundo o Inquérito da Agência dos Direitos Fundamentais da EU sobre a violência contra as mulheres de 2014, estima-se que 13 milhões de mulheres já sofreram algum tipo de violência, sendo que, uma em cada três mulheres na Europa já foi

vítima de violência física e/ou sexual após os 15 anos de idade, números que representam 33% de mulheres europeias.

Todos os Estados-Membros da União Europeia assinaram a Convenção do Conselho da Europa da Convenção de Istambul obriga os países a promover políticas públicas para a prevenção e medidas de proteção a todas as formas de violência a mulheres, e não sendo eficazes as medidas de prevenção, a elaboração de políticas públicas para proteger as vítimas e responsabilização dos agressores, isto porque, a referida Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia – FRA, contabilizaram que grande parte das mulheres violentas não procuram as autoridades públicas para denunciar o agressor, impedindo o acesso as políticas de proteção e outros serviços.

A violência contra a mulheres é uma violação dos direitos fundamentais das mulheres no que diz respeito à dignidade e igualdade. Trata-se de uma violação dos direitos fundamentais das mulheres no que diz respeito à dignidade e igualdade. O impacto da violência perpetrada contra as mulheres não se limita às vítimas diretamente envolvidas, afetando famílias, amigos e a sociedade no seu conjunto⁴²⁵.

Em 2 de julho de 2010, a Organização das Nações Unidas – ONU criou um órgão único específico para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (ONU Mulheres) como um esforço global reunindo líderes mundiais para uma estratégia coletiva de progresso em favor das crianças e das mulheres.

Dentre os diversos países que compõem a União Europeia cumpre ressaltar a Espanha que em 2004 se destacou pela promulgação da Lei de Proteção Integral contra a Violência de Gênero no âmbito social, educacional e penal.

Não há brechas legislativas para o agressor. Na Espanha, não há necessidade de denúncia por parte da vítima para que o Ministério Público possa atuar judicialmente, sendo que o acesso à justiça a estas mulheres ocorre de forma gratuita e eficiente, capaz de garantir a segurança e bem-estar.

A Espanha destinou de seu orçamento no ano de 2017 cerca de um bilhão de euros em cinco anos para a elaboração de políticas públicas para mulheres, treinamento para os profissionais destinados a recepcionarem as vítimas, aquisição de tornozeleiras eletrônicas para os agressores, dentre outras medidas.

3. DOS DESDOBRAMENTOS SOCIAIS DO FEMINICÍDIO

Muitos são os desdobramentos que ocorrem quando uma mulher é vítima de uma violência que pode ou não levar a óbito. Quando o óbito não ocorre temos mulheres que em

⁴²⁵ Disponível em: <https://www.acegis.com/2014/03/violencia-contra-as-mulheres-um-inquerito-a-escala-da-uniao-europeia/> Acessado em: 31/08/2020.

sua maioria estão em pleno gozo de suas aptidões profissionais e que são afastadas de suas funções com recebimento de benefícios previdenciários que cujo custeio recai a toda sociedade para na maioria das vezes se reestabelecer emocional e fisicamente através de profissionais da saúde que estão disponíveis pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Cabe frisar que, segundo dados estatísticos, mulheres que dependem financeiramente de seus companheiros são mais vulneráveis a sofrerem algum tipo de violência, que quando ocorre, obriga a mulher a se socorrer do Poder Público através de programas sociais para sua sobrevivência e de sua prole.

Quando o óbito decorre da violência, temos novamente a Seguridade Social através da Previdência Social a concessão de benefícios previdenciários vitalícios aos dependentes da vítima de forma precoce, além da perda da proteção e símbolo materno em crianças em fase de crescimento.

CONCLUSÃO

O feminicídio não é apenas um crime, no Brasil tornou-se um fenômeno social que pede atenção de toda a sociedade, dos entes da Federação Brasileira, do Poder Judiciário na prevenção e recuperação das vítimas, pois o custo social é altíssimo e quem arrecada para ele é toda a sociedade, e cujas consequências psicológicas, emocionais e sociais impactam a sociedade e os cofres públicos por um crime tão brutal contra o gênero mulher.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMBERT, Zuleika. *Feminismo: o ponto de vista marxista*. São Paulo: Nobel, 1986.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1989,

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho*. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p. 30.

BRASIL. *Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 2 de maio de 2020.

BRASIL. Nações Unidas. *ONU Mulheres: 81% dos homens consideram Brasil um país machista, diz pesquisa*. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/onu-mulheres-81-dos-homens-consideram-brasil-um-pais-machista-diz-pesquisa/> >. Acesso em 5 de maio de 2020.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BRITO, Auriney. *Lei do feminicídio: entenda o que mudou*. Disponível em <<https://aurineybrito.jusbrasil.com.br/artigos/172479028/lei-do-feminicidio-entenda-o-que-mudou>>. Acesso em 02 de abril de 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Feminicídio: Lei 13.104/15 consagra a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/37148/feminicidio>>. Acesso em 5 de maio de 2020.

CALCAGNO, Vitor. *Mais de 200 feminicídios ocorreram no país em 2019, segundo pesquisador*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/sociedade/mais-de-200-feminicidios-ocorreram-no-pais-em-2019-segundo-pesquisador-23505351>>. Acesso em 5 de junho de 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

GALVÃO, Instituto Patrícia. *Dossiê Feminicídio*. Disponível em <<https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/o-que-e-feminicidio/>>. Acesso em 5 de maio de 2020.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997, parte 1ª, cap. XIV.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. Cia das Letras: São Paulo, 1988.

LUCAS, Stephen E. Justifying America: The Declaration of Independence as a Rhetorical Document. In BENSON, Thomas W. (ed.). *American Rhetoric: Context and Criticism*. Carbondale, Illinois: Southern Illinois University Press, 1989

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 5. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRADO, D.; SANEMATSU, M. *Feminicídio #InvisibilidadeMata*. São Paulo, 2017.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1ª. Ed. segunda tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 9 ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1992.

VADE MECUM. *Código Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VAZ, Camila. *Feminicídio em números: A violência contra a mulher brasileira*. Disponível em <<https://camilavazvaz.jusbrasil.com.br/artigos/496507134/feminicidio-em-numeros-a-violencia-contra-a-mulher-brasileira>>. Acesso em 31 de junho de 2020.

**A LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CONTRATOS
DE FRETAMENTO MARÍTIMO INTERNACIONAL DE CARGA -
PERSPECTIVAS: BRASIL E PORTUGAL**

*THE LIMITATION OF CIVIL RESPONSIBILITY IN INTERNATIONAL
MARITIME FREIGHT CHARTER CONTRACTS - PERSPECTIVES: BRAZIL
AND PORTUGAL*

Steeve Beloni Correa Dielle Dias⁴²⁶

RESUMO: O artigo consiste na análise das principais normas internacionais sobre transporte internacional de Mercadorias, e dos Tratados Internacionais sobre o transporte internacional de mercadorias que possuem cláusulas de Limitação de Responsabilidade tais como o Harter Act norte americano, as Regras de Haia – Visby (Carriage of Goods By Sea Act 1971), as Regras de Hamburgo (United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978), As Regras de Rotterdam (United Nations Convention on Contracts for The International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008) em comparação ao Código Comercial Brasileiro de 1850 e demais legislação Brasileira e sua aplicação nos tribunais pátrios e a comparação com a Prática de Portugal. O tema enfrenta a inevitável comparação dos diferentes sistemas legais internacionais aplicáveis aos contratos de transportes marítimos e a possibilidade de limitação da responsabilidade civil no contrato de fretamento e seus desdobramentos em relação á aplicação do direito Brasileiro e sua correlação com o direito Português. Mais de 93% de toda mercadoria no mundo é transportada por navios e esse artigo analisa mais de 75% dos contratos referentes às mercadorias transportadas nesse comércio internacional.

Palavras Chave: Direito Marítimo, Limitação da Responsabilidade Civil, Contrato de Fretamento, Código Comercial, comércio internacional.

ABSTRACT: The article consists of the analysis of the main international norms on international transport of Goods, and of the International Treaties on the international transport of goods that have clauses of Limitation of Liability such as the North American Harter Act, the Hague-Visby Rules (Carriage of Goods By Sea Act 1971), The Hamburg Rules (United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978), The Rotterdam Rules (United Nations Convention on Contracts for The International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008) in comparison with the Brazilian Commercial Code of 1850 and other Brazilian legislation and its application in the national courts and comparison with the Practice of Portugal. The theme faces the inevitable comparison of the different international legal systems applicable to maritime transport contracts and the possibility of limiting civil

⁴²⁶ Graduado em Direito pela PUC/PR (1998), Especialista em Direito Processual Civil, IBEJ (1999), Pós Graduado em Direito Comercial Internacional (LL.M.) pela Universidade de Nottingham, Inglaterra, (2001/2002), Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, com ênfase em direito Internacional (2007), Doutorando em Direito pela PUC/PR. Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR, Professor de Direito Marítimo da Pós Graduação em Direito Negócios e Logística da PUC/PR e da Pós em Negócios Internacionais da PUC/PR, Procurador Chefe do Conselho Regional de Educação Física do Paraná, CREF9/PR. Membro da Comissão de Direito marítimo da OAB/PR, Membro da Associação Brasileira de Direito Internacional, ABDI, Advogado e sócio do Escritório Dielle Dias & Advogados Associados.

liability in the charter contract and its consequences in relation to the application of Brazilian law and its correlation with Portuguese law. More than 93% of all goods in the world are transported by ships and this article analyzes more than 75% of contracts related to goods transported in this international trade.

Keywords: Maritime Law, limitation on civil liability, contract of affreightment, Commercial Code, international trade.

INTRODUÇÃO

Apesar da crise econômica em que se encontra o Brasil atualmente, grande parte dos dados positivos da economia brasileira e sua balança comercial devem-se aos excelentes resultados conseguidos com as exportações de produtos. Entretanto esse cenário é frágil e pode mudar rapidamente. O Brasil poderá em breve ficar impossibilitado de aumentar suas exportações, não por motivo de pouca produtividade, mas por motivos de falta de infraestrutura.

Essa falta de infraestrutura engloba a falta de boas estradas, ferrovias e hidrovias para o escoamento dos produtos, a falta de portos eficientes e bem equipados e principalmente a falta de correta regulamentação e legislação atualizada em determinadas áreas. Não se pode imaginar que uma das grandes economias do mundo, um grande exportador como é o Brasil apresente normas e leis ultrapassadas e em desacordo com a legislação internacional.

Com a promulgação do Código Comercial Brasileiro, Lei nº 556, de 25 de junho de 1950, o comércio marítimo passou a ser regulado em sua segunda parte, tendo sido esta parte recepcionada pelo Código Civil de 2002. O Código Comercial, ainda hoje, regulamenta de forma substancial o Direito Marítimo, através de dez títulos compreendidos entre os artigos 457 e 796.

A necessidade da criação de convenções internacionais para regular o transporte de mercadoria marítima iniciou-se com expansão do uso de containers para o transporte de mercadoria, o que trouxe significativas mudanças na forma como o comércio internacional de mercadorias era realizado, possibilitando que a carga permanecesse em um único local durante todo o transporte e, conseqüentemente, facilitando o transporte de mercadorias por mais de um segmento.

A tecnologia e engenharia influenciaram o transporte marítimo internacional principalmente pelo desenvolvimento e uso em larga escala dos Contêineres. Para isso houve uma adaptação dos portos e dos próprios navios para transporta-los, existindo atualmente navios com capacidade de transportar mais de 20.000 TEUs. Entretanto, apesar do aumento da frota de navios porta contêineres no mundo esse mercado ainda representa 13% da frota internacional de navios. A maior parte dos navios mercantes do mundo ainda são os navios

graneleiros, considerando graneis sólidos e líquidos representando 42% da frota e os de petroleiros, representando 28,7% da frota mundial de navios que se utilizam de contratos de fretamento marítimo e não contratos de transporte.

Em face de uma maior utilização dos containers, os contratos passaram a regular o transporte “porta-a-porta” da mercadoria, possibilitado a assinatura de apenas um contrato que contenha mais de um tipo de transporte, mais de um tipo de modal, o denominado transporte multimodal de mercadoria.

No entretanto, mesmo com a crescente globalização dos transportes de mercadoria pelo mar, a legislação internacional não acompanhou a evolução dos contratos, e até a presente data não existe em vigor nenhum tratado ou convenção internacional para regulamentar efetivamente o transporte multimodal.

Existe uma diferença entre contrato de transporte e contrato de fretamento. O contrato de fretamento é aquele no qual uma das partes contratantes (fretador) disponibiliza o navio, ou parte dele, para fins de navegação marítima à outra parte contratante (afretador), mediante retribuição pecuniária denominada frete. A diferença primordial entre os dois tipos de contrato de transporte reside em seu objeto.

O objeto, o elemento fundamental do contrato marítimo de transporte, é o transporte da carga, da mercadoria, de um ponto ao outro pelo mar, já no contrato de Fretamento o objeto do contrato não é focado no transporte de alguma mercadoria e sim no uso da embarcação.

Podemos exemplificar esclarecendo que existem navios escola, navios hospital, navios rebocadores, navios de guerra, navios de pesca, de modo que o objeto do contrato de fretamento desses tipos de navios não tem como elemento fundamental o transporte de mercadorias de um lugar para outro e sim a sua utilização para diversos fins. Esclarece-se por fim que o contrato de fretamento pode ter como seu objeto o a utilização do navio com o objetivo de transporte de mercadorias.

1. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE TRANSPORTE DE MERCADORIAS E SUA APLICAÇÃO

Os transportadores marítimos, enquanto navegam pelo mundo, estão sujeitos a problemas de todo o tipo, muitas vezes ficando sujeitos a responder reclamações ou processos que podem variar em face dos diferentes regimes legais aplicáveis em cada país. Atualmente há um consenso sobre a grande necessidade de uniformizar a regulamentação do transporte marítimo, visando a uma maior transparência e segurança em sua contratação.

A responsabilidade do transportador da mercadoria de transporte marítimo internacional pode variar em função da legislação internacional ou nacional aplicável, já que existe uma grande diversidade de regimes legais e de convenções Internacionais.

Existem vários regimes legais referentes aos contratos de transporte de bens e dentre eles podemos citar:

- a) Países que ratificaram somente as regras de Haia de 1924 sem seus protocolos posteriores;
- b) Países que adotaram as regras de Haia (1924) e do protocolo de Haia-Visby (1968);
- c) Países que ratificaram as Regras de Haia de 1924 incluindo as modificações trazidas pelos seus protocolos subsequentes (Visby-1968 e DES - 1979);
- d) Países que introduziram em sua legislação interna os princípios estabelecidos nas Regras de Haia (1924), entretanto sem ratificá-la;
- e) Países que introduziram em sua legislação interna os princípios estabelecidos nas Regras de Haia e suas alterações mediante os protocolos, entretanto sem assiná-los ou ratificá-los;
- f) Países que utilizam sua lei interna não incorporando as Regras de Haia e seus protocolos;
- g) Países que assinaram e ratificaram as Regras de Hamburgo.
- h) Países onde a legislação nacional combina disposições internas e disposições retiradas das Regras de Haia, seus protocolos e das Regras de Hamburgo.
- i) Países que assinaram e Ratificaram as Regras de Rotterdam. (United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008).

Apesar da existência dessa gama de sistemas legais, as nações com maior frota de marinha mercante ou maior importância e representatividade no comércio internacional são signatários das regras de Haia-Visby de 1968. Passaremos a analisar os principais regimes utilizados.

1.1 Regras de Haia e Haia-Visby

Os transportadores, no século XIX e início do século XX ficavam sujeitos à aplicação das legislações variadas dependendo do país onde as mercadorias eram embarcadas ou desembarcadas. No intuito de evitarem essa situação, as companhias marítimas começaram a colocar nos versos de seus Conhecimentos de Embarque (B/L) várias cláusulas que excluía ou limitavam sua responsabilidade durante o transporte.

Com isso, houve uma radical e rápida mudança de um sistema de máxima responsabilidade determinada pelos códigos civis ou comerciais de diferentes países onde o transportador operasse, para uma responsabilidade extremamente limitada e variável de companhia para companhia.

Entretanto no século XIX os transportadores que estavam em uma posição de barganha favorável abusaram de seu poder e esses exageros levaram os contratos a situações

de mínima responsabilidade por parte do transportador. Esses fatos foram cruciais para a grande necessidade de regras únicas que regulamentassem o transporte marítimo internacional.

O Comitê marítimo internacional então começou a desenvolver regras que poderiam ser utilizadas por várias nações a partir de uma reunião na Cidade de Haia na Holanda, resultando nas Regras de Haia. Com base nessas regras foi criada mais tarde, a Convenção de Bruxelas Sobre Certas Regras em Matéria de Conhecimentos de Embarque, que ficou internacionalmente conhecida como Regras de Haia de 1924 (Hague Rules).

O termo Haia-Visby representa o protocolo que alterou as regras de Haia de 1924 adotado em Bruxelas em 23 de fevereiro de 1968. As Regras Visby são o resultado do trabalho do Comitê Marítimo Internacional que ocorreu em Estocolmo na Suécia em 1963.

Essas regras são as que mais protegem o transportador, eximindo sua responsabilidade em quase todas as situações como podemos perceber:

Hague Visby Rules⁴²⁷

Article IV

1. Neither the carrier nor the ship shall be liable for loss or damage arising or resulting from unseaworthiness unless caused by want of due diligence on the part of the carrier to make the ship seaworthy, and to secure that the ship is properly manned, equipped and supplied, and to make the holds, refrigerating and cool chambers and all other parts of the ship in which goods are carried fit and safe for their reception, carriage and preservation in accordance with the provisions of paragraph 1 of Article III. Whenever loss or damage has resulted from unseaworthiness the burden of proving the exercise of due diligence shall be on the carrier or other person claiming exemption under this article.

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:

(a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship.

(b) Fire, unless caused by the actual fault or privity of the carrier.

(c) Perils, dangers and accidents of the sea or other navigable waters.

(d) Act of God.

(e) Act of war.

(f) Act of public enemies.

(g) Arrest or restraint of princes, rulers or people, or seizure under legal process.

(h) Quarantine restrictions.

(i) Act or omission of the shipper or owner of the goods, his agent or representative.

(j) Strikes or lockouts or stoppage or restraint of labour from whatever cause, whether partial or general.

(k) Riots and civil commotions.

(l) Saving or attempting to save life or property at sea.

(m) Wastage in bulk of weight or any other loss or damage arising from inherent defect, quality or vice of the goods.

(n) Insufficiency of packing.

(o) Insufficiency or inadequacy of marks.

(p) Latent defects not discoverable by due diligence.

Verifica-se pela simples leitura a imensa dificuldade de se responsabilizar o transportador em um contrato de fretamento sob a égide das Regras de Haya Visby considerando as 17 exceções existentes, e, ainda que se consiga responsabilizá-lo, ainda existirá a limitação econômica dessa responsabilidade conforme o artigo 4.5 do mesmo diploma legal, senão vejamos:

5 (a) Unless the nature and value of such goods have been declared by the shipper before shipment and inserted in the bill of lading, neither the carrier nor the ship shall in any event be or become liable for any loss or damage to or in connection with the goods in an amount exceeding the equivalent of 666.67 units of account per package or unit or units of account per kilo of gross weight of the goods lost or damaged, whichever is the higher.

O Artigo 4.5 apresenta a limitação de 666,67 DSR – Direitos Especiais de Saque – SDR, por pacote ou unidade e 2 DSR - SDR por quilograma.

1.2 Regras de Hamburgo

As Modificações nas Regras de Haia introduzidas pelo Protocolo de Bruxelas em 1968 não ganharam aprovação internacional. Existia uma vontade recíproca para a unificação das regras reguladoras do transporte internacional e sua responsabilidade.

Também existia uma intensa vontade de vários países comerciantes de aumentar a responsabilidade dos transportadores e da criação de um código que tratasse de todas as relações que envolviam o transporte de bens⁴²⁸. Esse movimento culminou na produção de uma Convenção que foi adotada em uma conferência internacional patrocinada e organizada pelas Nações Unidas em Hamburgo em 1978. A Convenção das Nações Unidas sobre Carregamento de Mercadorias pelo Mar assinada em Hamburgo, na Alemanha, em 30 de março de 1938, ficou conhecida como as Regras de Hamburgo.

Essas regras entraram em vigor apenas em 1992 após 1 ano da data do depósito do vigésimo instrumento de ratificação, aceitação ou aprovação. Até hoje 34⁴²⁹ países já aderiram às regras da convenção, entretanto não foi assinada e ratificada por nenhuma das grandes potências marítimas a não ser a Libéria que possui muitos navios com bandeira de conveniência. Portugal e Brasil assinaram em 31 de março de 1978, mas não ratificaram.

As Regras de Hamburgo aplicam-se a contratos de carregamento de mercadorias pelo mar que o próprio texto legal define como qualquer contrato onde o transportador se obriga

⁴²⁸ WILSON, John F. Carriage of Goods by Sea. 4. ed. London: Longman, 2001 p 213.

⁴²⁹ Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/hamburg_rules/status, acesso em 28 de agosto de 2020.

mediante pagamento de frete de carregar mercadorias pelo mar de um porto a outro. Conforme está em seu artigo 1.6. Se o contrato apresentar alguma forma de transporte multimodal a convenção se aplicará apenas na parte marítima do transporte. Vemos aqui a primeira diferença em relação às regras de Haia ou Haia-visby as quais concentram-se em contratos de transporte representados por um Conhecimento de Embarque – Bill of Lading.

Para as regras de Hamburgo não importa se houve ou não a confecção de um conhecimento de embarque ou outro documento não negociável com as mesmas características.

O âmbito de aplicação de suas regras definido no artigo 2 declara que as regras desta convenção serão aplicadas para todos os contratos de transporte pelo mar entre dois países diferentes se:

- a) o porto de embarque estipulado no contrato é dentro de um país que aderiu à a convenção; ou
- b) se o porto de desembarque estipulado no contrato foca em um Estado contratante da convenção; ou
- c) se um dos portos opcionais de desembarque for o porto onde será desembarcada a mercadoria e este porto estiver localizado em um Estado contratante da convenção; ou
- d) se O conhecimento de embarque ou outro documento que evidencie o contrato de transporte pelo mar é emitido em um estado contratante; ou finalmente
- e) se o Conhecimento de embarque ou outro documento que também evidencie o contrato de transporte pelo mar contenha regras que declarem que as regras de Hamburgo ou da legislação de um estado Contratante da convenção serão as regras que irão governar o contrato.

Verifica-se que essa convenção não se aplica para comércio costeiro ou também chamado de cabotagem pois é necessária a existência de um contrato de transporte de mercadorias entre no mínimo dois portos em diferentes países.

Uma importante diferença entre as Regras de Haia e as de Hamburgo é que a primeira é somente aplicável de porto a porto, englobando o momento do carregamento, a viagem e o desembarque da mercadoria enquanto pelas regras de Hamburgo são aplicáveis pelo período integral pelo qual a mercadoria ficar sob responsabilidade do transportador.

⁴³⁰A existência dessa diferença foi uma forma de suprimir a deficiência da convenção de Haia ou Haia-visby, que permitem que o transportador exclua qualquer responsabilidade que lhe seja atribuída se a mercadoria não estiver fisicamente dentro do navio.

A principal inovação e diferença entre as duas convenções está especificamente na mudança radical da responsabilidade do transportador. As regras de Hamburgo trouxeram pela primeira vez em uma convenção internacional sobre transportes a ideia de culpa

⁴³⁰ Limitation of Liability in the Rotterdam Rules - a latin american perspective - alberto c. cappagli.

presumida do transportador e aboliram o catálogo de exceções trazidos pelas Regras de Haia-Visby em seu artigo 4.

Também justifica o estudo o fato de, apesar do Brasil não ser signatário das principais convenções internacionais sobre carregamento de mercadorias e fretamento de navios, existir a possibilidade destas convenções ou legislações de outros países serem aplicadas a comerciantes brasileiros sejam eles donos de embarcações, armadores, exportadores ou importadores.

Na Convenção das Nações Unidas sobre o Carregamento de Mercadorias pelo Mar assinada em 1978 chamada de Regras de Hamburgo a responsabilidade do transportador marítimo fundamenta-se na presunção de culpa ou negligência do transportador em relação aos danos causados nas mercadorias.

A responsabilidade nesta convenção está disposta no artigo 5.1 que declara que: o carregador será responsável pelos prejuízos resultantes da perda ou dano à mercadoria, assim como pelo atraso de sua entrega, se a ocorrência que causou a perda, dano ou atraso foi produzido enquanto as mercadorias estavam sob sua custódia no sentido do artigo 4, a menos que o transportador prove que ele, seus funcionários ou agentes tomaram todas as medidas que razoavelmente poderiam exigir-se para evitar a ocorrência e suas consequências.

A primeira consequência derivada desta regra é a consagração do princípio de presunção *iuris tantum* da culpabilidade do transportador. Isto significa que a responsabilidade do transportador perante as Regras de Hamburgo baseia-se no princípio da presunção de culpa ou negligência. Isto significa dizer que, pela regra geral, o ônus da prova recai no transportador das mercadorias e que em algumas situações as disposições da convenção modificam esta regra.

Portanto este princípio e a inversão do ônus da prova forçam o transportador a ter que verificar na maioria dos casos a adoção das medidas razoavelmente necessárias para se evitar o feito danoso se este tiver a intenção de exonerar-se da responsabilidade perante a mercadoria.

O regime jurídico de responsabilidade trazido pelas Regras de Hamburgo é, portanto, mais severo que as regras de Haia-Visby porque: em primeiro lugar, existe a confirmação expressa da presunção de responsabilidade. Em segundo lugar porque as possibilidades disponíveis ao transportador para exonerar sua responsabilidade foram consideravelmente reduzidas vez que não existem mais a extensa lista de exceções trazida pelas regras de Haia, Haia-Visby.

Por fim nas regras de Hamburgo a limitação da responsabilidade civil estabelecida é de 835 SDR⁴³¹ e 2.5 SDR por quilograma.

⁴³¹ Special Drawing Rights ou Direitos Especiais de Saque.

1.3 Regras de Roterdã

Diferentemente das convenções anteriores (Hamburgo e Haia), as Regras de Roterdã inovam com um texto muito mais extenso, com 96 artigos, e que apresentam novos conceitos. Uma importante característica das Regras de Roterdã está no fato de ela não regular apenas o transporte realizado exclusivamente através da via marítima.

O artigo 1º conceitua para os efeitos da Convenção, o contrato de transporte como “todo o contrato pelo qual o transportador se obriga, mediante o pagamento do frete, a transportar mercadorias de um lugar ao outro. Este contrato deverá prever o transporte marítimo e também poderá prever outros modais. Entretanto alguns críticos entendem que a convenção não é essencialmente multimodal⁴³², porque ela apenas se aplica se uma parte da operação de transporte se der por via marítima.

As Regras de Roterdã apresentam uma área de aplicação mais abrangente do que as demais convenções de transporte marítimo e seu artigo 5º determina a sua aplicação aos contratos de transporte quando o remetente e o destinatário encontram-se em Estados distintos e o porto de carga e o porto de descarga do mesmo transporte marítimo encontram-se em diferentes países se, de acordo com o contrato de transporte, qualquer um dos seguintes locais estiver localizados no Estado contratante, sendo eles: (a) o local de destino; (b) o porto de carregamento; (c) o local de entrega ou; (d) o porto de descarregamento.

Uma modificação importante trazidas pela convenção diz respeito ao regime de responsabilidade do transportador por danos causados à carga, tornando mais claras algumas questões quando comparadas aos regimes previstos nas regras de Haya-Visby e Hamburgo, principalmente no que tange ao ônus da prova e a base de responsabilidade do transportador. Outro ponto importante é que o regime de responsabilidade previsto na Convenção é o de responsabilidade assemelhada à responsabilidade objetiva do transportador, porque, não há necessidade de se demonstrar a culpa do transportador no caso concreto para que haja o dever de indenizar, já que esta é presumida e a responsabilidade somente é afastada quando demonstrada as hipóteses de excludentes de responsabilidade.

A limitação pecuniária em relação às Regras de Roterdã foi aumentada e os limites são 875 SDR e 3 SDR por quilograma:

Esclarece-se que os Direitos Especiais de Saque, SDR, possuem cotação diária tal qual uma moeda e atualmente valem em torno de 1,4 Dólares ou 7,5 Reais.⁴³³

⁴³² Transporte multimodal é genericamente aquele que combina no mesmo contrato mais de um meio de transporte (aéreo, rodoviário, ferroviário, marítimo, fluvial ou lacustre) necessário para a realização da transladação da carga até o local de destino.

⁴³³ Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/conversao> acesso em 28 de agosto de 2020.

Por fim ressalta-se que esta convenção ainda não está em vigor já que dos 26 países que assinaram até hoje apenas 5 a ratificaram⁴³⁴ e está determinado que a entrada em funcionamento da convenção se dará 1 ano após a vigésima ratificação de um país membro.

1.4 Limitação da Responsabilidade Civil no Brasil e em Portugal

Este tema vem sendo tratado no Brasil há bastante tempo, considerando-se que a primeira regulamentação ocorreu no Código Comercial de 1850 ainda em vigor.

Conforme Osvaldo Agripino de Castro Junior, ao contrário do código civil de 2002 que dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva do transportador aquaviário, o código comercial Brasileiro “se inclina para a que a responsabilidade civil do Transportador seja subjetiva, conforme os artigos 494, 508 e 529.”⁴³⁵

Art. 529 - O capitão é responsável por todas as perdas e danos que, por culpa sua, omissão ou imperícia, sobrevierem ao navio ou à carga; sem prejuízo das ações criminais a que a sua malversação ou dolo possa dar lugar.

A dicotomia apresentada é exatamente porque o código civil trata do contrato de transporte e nesse caso a responsabilidade é objetiva e limitada ao valor constante do conhecimento de embarque, diferente do que trata o Código Comercial Brasileiro.

Artigo 750 do Código Civil Brasileiro de 2002

Do Transporte de Coisas

A limitação de responsabilidade é amparada no Código Civil, art. 750:

A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus pressupostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

E ainda o Código Civil declara em seu artigo 927 que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme Carla Adriana Comitre Gilbertoni⁴³⁶ a teoria da responsabilidade está relacionada à liberdade e à racionalidade humanas, que impõem à pessoa o dever de assumir os ônus correspondentes aos seus atos.” E continua a autora esclarecendo que desse modo,

⁴³⁴

Disponível

em:

https://uncitral.un.org/en/texts/transportgoods/conventions/rotterdam_rules/status acesso em 28 de agosto de 2020.

⁴³⁵ Castro Junior, Osvaldo Agripino de, e Norman Augusto Martinez Gutiérrez. *Limitação da Responsabilidade Civil no Transporte Marítimo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2016. p. 122.

⁴³⁶ GILBERTONI, Carla Adriana Comitre; *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3 Edição. Atualizada, revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. Pág. 472.

“a responsabilidade é o corolário da faculdade de escolha e de iniciativa que a pessoa possui no mundo real, submetendo-a, ou o respectivo patrimônio, aos resultados de suas ações, que, quando contrários à ordem jurídica, geram-lhe, no campo civil a obrigação de ressarcir o dano, ao atingir componentes pessoais, morais ou patrimoniais da esfera jurídica de outrem.”

A reparação representa uma forma, ainda que indireta de se tentar reestabelecer o equilíbrio às relações privadas, obrigando o responsável a agir, ou a dispor de parte de seu patrimônio para a satisfação dos direitos do prejudicado e especificamente no direito marítimo a responsabilidade decorre do inadimplemento contratual ou deriva de acontecimentos aleatórios em decorrência de danos causados por acidentes ou por fatos da navegação, tais como abalroamentos, poluição, avarias, ou os demais tipos de sinistros.

A questão atual recai na diminuição dos alegados riscos da operação de transporte marítimo com a implementação de modernos equipamentos mecânicos e eletrônicos aos navios, sistemas de navegação por GPS, sistemas de comunicação via satélite, sonares, radares entre outros, onde se discute se ainda existe a necessidade da manutenção desta elevada gama de exceções e limitação da responsabilidade, ainda que subjetiva, quando nos referimos aos contratos de fretamento analisados pela doutrina internacional.

A questão principal é a alocação do risco. Em face do poderio econômico dos armadores e transportadores de carga internacionais, a responsabilidade do transportador sempre foi mitigada. Vendo a questão pelo enfoque Brasileiro ou Português, onde existem mais embarcadores ou e donos de carga que transportadores, a Legislação internacional atual é bem prejudicial.

A limitação do valor pago na indenização pelos danos causados surgiu no século XVI e foi originariamente criada com o objetivo de estimular o investimento na marinha mercante. Apesar de podermos considerar que tal limitação não deveria existir nos dias atuais e aparentemente ser uma regra injusta ela ainda hoje apresenta duas funções. A primeira é a de proteger o transportador dos riscos de indenização sobre mercadorias de altíssimo valor não declarado e a segunda é que como a regra estabelece um limite proporcionalmente padronizado e previsível do valor máximo da indenização a regra permite ao transportador estabelecer preços de fretes uniformes e mais baratos.

A legislação referente ao Direito Marítimo interno de Portugal também não difere muito do que se pratica no Brasil, apesar de mais moderna. Entretanto Portugal é signatário das Regras de Haia-Visby de 1924, o que atualmente corresponde à convenção internacional das mais restritivas em relação à responsabilização do transportador marítimo.

Código Civil de Portugal de 1966 (Versão atualizada pela Lei n. 43/2017)
Responsabilidade por factos ilícitos
Artigo 483.º
(Princípio geral)

1. Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.
2. Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.

O Decreto-Lei n.º 352/86⁴³⁷, de 21 de outubro, veio a estabelecer as disposições quanto à reformulação do Direito Comercial Marítimo em Portugal.

Artigo 31.º

(Limitação legal da responsabilidade)

1 - É fixado em 100000\$00 o valor referido no § 1.º do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 37748, de 1 de Fevereiro de 1950.

2 - Se o conhecimento de carga não contiver a enumeração a que alude o n.º 1 do artigo 24.º deste diploma, por ela não constar da declaração de carga referida no artigo 4.º, cada contentor, palete ou outro elemento análogo é considerado, para efeitos de limitação legal de responsabilidade, como um só volume ou unidade de carga.

3 - A limitação legal de responsabilidade aplica-se ao capitão e às demais pessoas utilizadas pelo transportador para a execução do contrato.

Em Relação aos tratados internacionais sobre transportes de mercadorias, Portugal, diferentemente do Brasil, Portugal assinou e ratificou as Regras de Haya-Visby.

Independentemente de algumas diferenças legislativas entre Brasil e Portugal, para os dois países existe uma grande insegurança jurídica acerca do assunto.

Especificamente para o Brasil existe uma discussão doutrinária e falta de consentimento que complica a matéria, falta de legislação específica e a não ratificação de nenhum tratado internacional que regulamente a matéria.

Ainda em relação ao Brasil o Código comercial está ultrapassado (período do Império – 1850), o Código Civil de 2002 tem regras conflitantes com o Código Comercial e o atual Projeto de Lei do novo código Comercial não corrige o Problema. (PL 1572 de 2011. Com 785 artigos)

Em razão da insegurança jurídica (tanto do ponto de vista doutrinário, quanto jurisprudencial) se faz necessária a reformulação da legislação nacional sobre o tema ou possivelmente, considerando-se uma análise aprofundada e verificação dos prós e contras:

- 1 - a orientação para a assinatura e ratificação das Regras de Roterdã, mais novo e atual tratado das Nações Unidas sobre o assunto;
- 2 - a criação de nova regulamentação específica
- 3 - inclusão de capítulo próprio no PL 1572 de 2011 (novo Cód. Comercial).

Portanto é de suma importância que se reveja a legislação brasileira sobre comércio internacional, com ênfase aqui na responsabilidade do transportador nos contratos de fretamentos de navios e de carregamento e Transporte de mercadorias para que essa esteja de acordo com a norma legal internacional, uma vez que no Brasil não se aceita a autonomia

⁴³⁷ Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/222249/details/normal?q=Decreto-Lei+352/86>, acesso em 15 de agosto de 2020.

da vontade, para a escolha de utilização de tratados internacionais sobre carregamento de mercadorias que tenham partido do Brasil.

Também justifica o estudo o fato de o Brasil não ser signatário dos principais estatutos internacionais sobre carregamento de mercadorias e fretamento de navios.

Verifica-se ainda que mesmo após as recentes alterações do Código de Processo Civil, não houve atualização da Legislação Brasileira acerca do assunto. A legislação brasileira⁴³⁸ não estabelece nenhum limite de responsabilidade e não aceitam cláusulas de limitação de responsabilidade, estabelecendo a indenização de acordo com a extensão do dano sofrido.

CONCLUSÃO

O tema desenvolvido consistiu na análise comparativa das principais normas internacionais sobre transporte internacional de Mercadorias, e dos Tratados Internacionais sobre o transporte internacional de mercadorias que possuem cláusulas de Limitação de Responsabilidade tais como as Regras de Haia – Visby (Carriage of Goods By Sea Act 1971), as Regras de Hamburgo (United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978), As Regras de Rotterdam (United Nations Convention on Contracts for The International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, 2008) em comparação à legislação brasileira e portuguesa. O tema enfrenta a inevitável comparação dos diferentes sistemas legais internacionais aplicáveis aos contratos de transportes marítimos e a possibilidade de limitação da responsabilidade civil no contrato de fretamento e seus desdobramentos em relação à aplicação do direito brasileiro e português.

O presente artigo analisou as cláusulas de limitação de responsabilidade presentes nos Tratados Internacionais sobre transportes de mercadorias existentes no comércio internacional em face do direito comercial brasileiro e que porventura também possam ser aplicados aos contratos comerciais de compra e venda de mercadorias que contemplem o transporte assinados por empresas brasileiras e a realidade Portuguesa.

O limite de responsabilidade adotado nas convenções é rechaçado por alguns doutrinadores Brasileiros⁴³⁹.

E apesar do Brasil ou Portugal não apresentarem interesse em aderir à mais nova Convenção da Organização das Nações Unidas, subsiste a possibilidade de sua aplicação aos contratos de transporte marítimo com vinculação à estes países, considerando as regras do

⁴³⁸ Código Civil Brasileiro, Artigo 750.

⁴³⁹ CREMONEZE, Paulo Henrique. *Inconstitucionalidade da limitação de responsabilidade no transporte internacional marítimo de carga.*

Direito Internacional Privado e os elementos de conexão previstos em cada legislação nacional, tornando incerto o sistema jurídico aplicável⁴⁴⁰.

Em que pese as diferenças legais, não se pode afirmar com precisão que as alterações trariam piora ou melhora para os operadores do comércio internacional destes dois Países, porque alguns estudos favoráveis apontam que a limitação da responsabilidade tem o condão de reduzir o valor do frete e do seguro marítimo, possibilitando ao carregador estipular previamente o seu risco e, evitando, assim, a falência de empresas transportadoras que não conseguiriam pagar enormes valores de indenização⁴⁴¹.

De outra forma, pode-se dizer que o limite de responsabilidade estabelecido nas convenções internacionais ainda é considerado defasado em comparação ao real preço das mercadorias, considerando que a convenção em vigor que menos limita paga apenas 835 SDRs, e que a restituição do dano sofrido deve ser integral incluindo-se tanto os danos patrimoniais quanto os danos extrapatrimoniais, como uma forma de minimizar ao máximo os problemas sofridos pelo empresário que sofre algum tipo de avaria em sua mercadoria em trânsito.

Finalmente entendemos que uma uniformização da legislação internacional sobre transporte de Mercadorias que contemple melhor os interesses dos donos da carga em detrimento dos transportadores traria enormes benefícios para o comércio internacional. Por sua vez esta segurança jurídica inevitavelmente diminuiria os riscos e por consequência os custos securitários que se revertem em menores preços para o consumidor final.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPPAGLI, Alberto C. *Limitation of Liability in the Rotterdam Rules - a latin american perspective*. disponível em: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/Limitation-of-Liability-in-the-Rotterdam-Rules-Alberto-Cappagli.pdf> acesso em: 28 de Agosto de 2020.

CAMPOS, Ingrid Zanella Andrade. *Curso de Direito Marítimo Sistematizado: Direito Material e Processual com Esquemas Didáticos*. Curitiba: Juruá, 2017, 394 p.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; MARTINEZ GUTIÉRREZ, Norman Augusto. *Limitação Da Responsabilidade Civil no Transporte Marítimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

⁴⁴⁰ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010) Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm acesso em 29 de agosto de 2020.

⁴⁴¹ KILLINGBECK, Serge. Limitation of liability for maritime claims and its place in the past present and future: how can it survive? Southern Cross University Law Review, vol 3, no. 1, pp. 1-29. Disponível em: https://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1210&context=law_pubs acesso em 29 de agosto de 2020.

CORDEIRO, Vanessa Kiewel Cordeiro. *Os Contratos e a Responsabilidade Civil no Direito Marítimo: estudo sobre características e particularidades desta espécie contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. 164 p.

CREMONEZE, Paulo Henrique. *Prática de Direito Marítimo. O Contrato de Transporte Marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 2ª ed. Revisada, atualizada e ampliada. Com comentários sobre as Regras de Roterdã (Convenção Internacional de Roterdã) e breves reflexões sobre a figura do depositário de cargas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CREMONEZE, Paulo Henrique. *Inconstitucionalidade da limitação de responsabilidade no transporte internacional marítimo de carga*. Acesso em 29 de agosto de 2020 Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45727/inconstitucionalidade-da-limitacao-de-responsabilidade-no-transporte-internacional-maritimo-de-carga>

FERNANDES, Paulo Campos; LEITÃO, Walter de Sá. *Responsabilidades no Transporte Marítimo*. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

_____. *Contratos de Fretamento à Luz dos Direitos Inglês e Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 276 p.

GILBERTONI, Carla Adriana Comitre. *Teoria e Prática do Direito Marítimo*. 3. ed. Atualizada, revisada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GIRVIN, Stephen. *Carriage of Goods by Sea*. Oxford: Oxford University Press, 2011. Second Edition.

KARAN, Hakan. *The Carrier's Liability Under International Maritime Conventions: The Hague, Hague-Visby and Hamburg Rules*. The Edwin Mellen Press: Wales, United Kingdom, 2004.

KILLINGBECK, Serge. *Limitation of liability for maritime claims and its place in the past present and future: how can it survive?* Southern Cross University Law Review, vol 3, no. 1, pp. 1-29. Disponível em: https://epubs.scu.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1210&context=law_pubs acesso em 29 de agosto de 2020.

LANARI, Flávia de Vasconcellos. *Direito Marítimo, Contratos & Responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. *Curso de Direito Marítimo*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2005. 2 v.

_____. *Curso de Direito Marítimo Volume II*. Barueri: Manole, 2008.

_____. *Curso de Direito Marítimo Volume III – Contratos e Processos*. Barueri: Manole, 2015.

MOYSÉS FILHO, Marco Antônio. *Contratos de Afretamento de Navios: Atualizada de acordo com as regras da ANTAQ de 2016 e o Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2017. 504 p.

OLIVEIRA, Leonardo Ohlrogge. *As Regras de Rotterdam*. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3305, 19 jul. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22241>. Acesso em: 28 de agosto de 2020.

WILSON, John F. *Carriage of Goods by Sea*. 4. ed. London: Longman, 2001.

EFETIVIDADE PROCESSUAL E A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NO BRASIL

PROCEDURAL EFFECTIVENESS AND STABILIZATION OF EARLY MEASURE IN BRAZIL

Cristina Bichels Leitão⁴⁴²

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo apresentar o panorama geral da estabilização da tutela antecipada antecedente no sistema processual civil brasileiro. Trata-se de uma técnica de abreviação do processo, inspirada no référé francês e na instrumentalidade atenuada italiana. A estabilização permite que uma decisão de cognição sumária, concedida initio litis, produza efeitos permanentes, desde que o réu permaneça inerte, dispensando-se o trâmite procedimental e a sentença de cognição exauriente.

Palavras-Chave: Tutela antecipada – estabilização – direito brasileiro.

ABSTRACT: The present work aims to present the general panorama of the stabilization of the preliminary guardianship precedent in the Brazilian civil procedural system. It is a technique of shortening the process, inspired by the French référé and the Italian attenuated instrumentality. Stabilization allows a summary cognition decision, granted initio litis, to produce permanent effects, provided that the defendant remains inert, dispensing with the procedural procedure and the exhaustive cognition sentence.

Keywords: Provisional measure – stabilization – Brazilian law.

1. INTRODUÇÃO: A TUTELA PROVISÓRIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Pretende-se abordar neste trabalho um instituto que foi criado para, senão transpor, aplacar um dos grandes desafios processuais mundiais da atualidade, que é a morosidade do processo civil. Tratar-se-á da estabilização da tutela antecipada antecedente, disciplinada no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. A proposta é analisar como a estabilização está regradada no Brasil, suas principais nuances e características, seu procedimento, problemas interpretativos, o grau de conhecimento dos operadores do direito quanto ao tema e a jurisprudência nacional quanto a problemas interpretativos.

Antes, porém, é preciso tecer breves notas sobre o tempo e o processo, justamente o que fez a doutrina processual se debruçar sobre o estudo de medidas destinadas a minorar os danos advindos de longas esperas do jurisdicionado até que obtenha a tutela jurisdicional.

⁴⁴² Doutoranda e Mestre em Direito pela UFPR. Professora de Direito Processual Civil da FAE – Centro Universitário. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procuradora do Estado do Paraná. Árbitra.

Sabe-se que o processo civil de conhecimento demanda uma série de atos concatenados e destinados à prolação de uma sentença que, se reconhecer a procedência do pedido do autor e for proferida mediante cognição exauriente, julgados os recursos cabíveis ou transcorrido o prazo recursal previsto em lei, produz coisa julgada material, torna-se imutável, impossibilitando-se que a mesma questão seja novamente decidida, em prol da segurança jurídica.

Ocorre que, como bem lembra a Professora Rogéria Dotti, “O espaço material entre o ajuizamento da ação e a efetiva tutela do direito material pode constituir um fardo excessivamente pesado para o seu titular”.⁴⁴³

O procedimento previsto nos sistemas processuais demanda a prática de diversos atos e a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Tais atos demandam tempo a acarretar dano à parte que tem razão, o chamado dano marginal, que “decorre do processo em si mesmo, e não necessariamente da atitude maliciosa ou protelatória do réu”.⁴⁴⁴ Para o Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “a demora do processo sempre beneficia o réu que não tem razão”.⁴⁴⁵

O tempo necessário para que o processo propicie maturação suficiente para a prolação da sentença é denominado fisiológico, enquanto o tempo decorrente da morosidade do processo é o patológico.⁴⁴⁶

Com efeito, o tempo patológico é decorrente da morosidade da justiça, das chicanas processuais de que a parte que não tem razão lança mão, como a interposição de recursos e requerimentos protelatórios que atrasam o curso do processo.

Para amenizar o problema da espera da prestação da tutela jurisdicional, medidas foram vislumbradas para, antes da prolação da sentença no processo civil, viabilizar a satisfação ou a asseguaração do direito provável, quando demonstrado o perigo de que a espera acarrete dano ou infrutuosidade. Tais medidas foram inicialmente denominadas provimentos cautelares na doutrina de Calamandrei⁴⁴⁷, cujas lições são base de toda a construção das tutelas cautelares e antecipadas no direito europeu-continental e no Brasil. A evolução da temática ampliou a possibilidade de distribuição do ônus do tempo do processo

⁴⁴³ DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 27.

⁴⁴⁴ Ibidem, p. 36.

⁴⁴⁵ MARINONI, ARENHART e MITIDIERO comentam, sobre o prejuízo da longa espera do desfecho do processo ao autor que tem razão: “Nessa linha é fácil concluir que o autor com razão é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado. Vistas as coisas através desse ângulo, fica muito claro o valor que o tempo possui diante desses conflitos” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 219).

⁴⁴⁶ As expressões “duração fisiológica” e “duração patológica” do processo têm sido utilizadas largamente na doutrina processual e surgiram na Itália (PROTO PISANI, Andrea. *Appunti sulla tutela cautelare*. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, 1979, p. 593).

⁴⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

com a tutela da evidência, a qual dispensa a demonstração do perigo na demora, mas incrementa a exigência presença da probabilidade da existência do direito.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 previu, originalmente, um processo autônomo apenas dedicado aos provimentos cautelares⁴⁴⁸, mas, em 1994, a Lei nº 8.952 consagrou e contemplou a tutela antecipada no artigo 273. A partir de então, as tutelas sumárias tiveram procedimentos distintos: a tutela cautelar era concedida no processo cautelar, instrumental ao processo principal, e a tutela antecipada era concedida no âmbito do processo de conhecimento. Não obstante a similaridade em virtude da cognição sumária e provisoriedade comuns a ambas, eram disciplinadas de forma diferenciada, o que implicava em profunda incoerência do sistema processual brasileiro. A incongruência gerava inconvenientes que frequentemente atrasavam a análise dos requerimentos urgentes por diversidade de entendimentos acerca do conceito de tutela cautelar e tutela antecipada. Se, por exemplo, a parte requeria uma tutela antecipada de sustação de protesto e o juiz entendia que se tratava de cautelar, era necessário refazer o pedido e propor a ação cautelar em processo autônomo. Por vezes o tempo para o ajuste acarretava sérios danos à parte.

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 agrupou as cautelares e antecipatórias no gênero que chamou de tutelas provisórias⁴⁴⁹, concedidas pelo juiz no processo civil, por meio de cognição sumária, para antecipar ou assegurar direitos, desde que presentes os requisitos legais, com a finalidade de distribuir o ônus do tempo e salvaguardar a isonomia entre as partes no processo civil.

As tutelas provisórias são classificadas pelo legislador brasileiro em tutelas de urgência⁴⁵⁰, que têm como pressupostos a probabilidade da existência do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo⁴⁵¹, e em tutelas de evidência, que requerem a alta probabilidade da existência do direito.⁴⁵² As tutelas de urgência podem ser antecipadas ou cautelares, sendo que o sistema brasileiro permite que sejam concedidas em caráter antecedente ou incidental. Já as tutelas da evidência são antecipatórias e podem ser concedidas apenas incidentalmente.

Abre-se um parêntesis para lembrar que a tutela cautelar é aquela pela qual o juiz, no curso do processo, concede medida que serve para assegurar que, caso ao final seja proferida sentença reconhecendo a procedência do pedido do autor, possa ela ser efetivada, evitando-se a infrutuosidade. Exemplos típicos são as medidas de arresto e sequestro, pelas quais bens

⁴⁴⁸ CPC de 1973: artigos 796 e ss.

⁴⁴⁹ Vide CPC, artigos 294 a 311.

⁴⁵⁰ As tutelas de urgência possuem como fundamentos constitucionais a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV) e a isonomia (CF, art. 5º, caput).

⁴⁵¹ CPC, art. 300.

⁴⁵² CPC, art. 311.

são bloqueados para garantir a execução de obrigação de pagar ou de entregar coisa, respectivamente.

A tutela antecipada, ao seu turno, serve para satisfazer o direito do autor antes da prolação da sentença nas hipóteses em que se demonstra a presença dos requisitos legais. O juiz pode, por exemplo, determinar antecipadamente a reintegração de servidor ao cargo público. Trata-se de medida satisfativa que visa afastar os perigos da demora do processo.

As tutelas provisórias têm como características a cognição sumária e a revogabilidade. A provisoriedade permite que sejam revistas no curso do processo, diante de fatos novos ou em razão da interposição de recurso. Outro dado fundamental é que as decisões que deferem tutelas provisórias não produzem coisa julgada.

Para estreitar o tema e chegar à estabilização, passa-se a tratar especificamente da tutela provisória de urgência antecipada antecedente.

2. TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE, SEU PROCEDIMENTO E A ESTABILIZAÇÃO

A tutela de urgência antecipada pode ser antecedente, quando requerida antes mesmo de formulado o pedido principal, ou incidental, quando seu requerimento é feito juntamente com o pedido principal ou no bojo do procedimento, a qualquer momento, antes do trânsito em julgado. É o que dispõe o art. 294, parágrafo único, do CPC: “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

Por sua vez, o art. 303 do CPC dispõe:

Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento de tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Assim, quando o autor necessitar desde logo de uma tutela antecipatória do pedido final, poderá apenas pleitear a tutela provisória antecedente por meio de uma petição inicial simplificada, que contenha os elementos descritos no artigo 303 do CPC e alguns dos requisitos da petição inicial elencados no artigo 319 do CPC, sem os quais ela não poderia ser processada: (i) juízo a que é dirigida; (ii) qualificação do autor e do réu; (iii) valor da causa (determinação também contida no artigo 303, § 4º). Nessa petição, também deverá o autor indicar expressamente que pretende se valer da tutela antecipada antecedente (CPC, art. 303, § 5º).⁴⁵³

⁴⁵³ Em outra oportunidade, ao escrever sobre o tema, manifestei posição diferente, no sentido de que a redação do artigo 303, § 5º do CPC fazia na verdade menção ao caput do artigo 304 e que o autor deveria mencionar na petição inicial simplificada que pretendia o benefício da estabilização (LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista. ARENHART, Sérgio Cruz;

Com a petição inicial simplificada, o autor deverá juntar os documentos necessários à demonstração dos requisitos para a concessão da tutela antecipada (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e probabilidade do direito).

Caso o juiz defira liminarmente a medida, o autor deverá, no prazo de 15 (quinze) dias ou outro maior que o juiz fixar, aditar a petição inicial, com a complementação da argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, não precisando pagar novas custas processuais, pois já recolhidas por ocasião do protocolo da petição inicial simplificada (CPC, art. 303, §§ 1º, I e 3º). Frise-se que o requerimento de tutela antecipada antecedente e o pedido de tutela final constante do aditamento estão abrangidos no mesmo processo, o que também está destacado expressamente no artigo 303, § 3º. Se o autor deixar de aditar a inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito (CPC, art. 303, § 2º).

Se o juiz entender que não há elementos para o deferimento da tutela antecipada, o autor deverá emendar a petição inicial no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito (CPC, art. 303, § 6º). Em outra oportunidade ressaltei:

Tal prazo deve ser entendido no sentido de completar os elementos para o deferimento da inicial ou para o deferimento da liminar, não se confundindo com o prazo do aditamento do art. 303, I, do CPC, que deve ser aplicado igualmente ao autor que teve seu pedido indeferido e pretende aproveitar o procedimento já iniciado para dar continuidade ao processo, formulando o pedido principal, que não fica prejudicado com a não concessão da tutela antecipada antecedente⁴⁵⁴.

Paralelamente, o réu será citado e intimado para comparecer à audiência de conciliação ou de mediação (CPC, art. 303, § 1º, II).

A possibilidade de estabilização está contemplada no artigo 304, caput: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso”.

MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 417). A reflexão sobre a redação do dispositivo me fez mudar de opinião: a norma determina que o autor seja claro quanto à intenção de requerer a tutela antecipada antecedente (em contraposição ao requerimento de tutela antecipada incidental contido em petição inicial completa).

⁴⁵⁴ LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista, p. 418. Todavia, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini entendem diversamente: “Sendo indeferida a antecipação de tutela nesse momento, o autor terá prazo de cinco dias para emendar a petição inicial, formulando a pretensão principal. Se não o fizer, a inicial será indeferida e o processo, extinto” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, v. 2, 19ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 950). Também neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito” (AgInt no Conflito de Competência Nº 142.191 - RS (2015/0179208-0) Relator : Ministro Marco Aurélio Bellizze).

Portanto, caso o réu, citado e intimado, deixe de recorrer no prazo legal, aquela decisão se torna estável e o processo é extinto.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A estabilização é uma forma de abreviar o tempo do processo quando o autor satisfaz sua pretensão de direito material através do cumprimento da medida liminar e não necessita da certeza da coisa julgada.⁴⁵⁵

É claro que a estabilização não tem o condão de resolver todo o problema da demora do processo, pois há situações nas quais a sentença transitada em julgado é imprescindível. Nos casos em que se pretende tutela declaratória ou constitutiva, por exemplo, não será possível a estabilização, já que é inviável a efetivação de declaração ou constituição provisória. Pense-se na ação declaratória de paternidade, na qual não se pode declarar que o réu é pai do autor provisoriamente, sendo absolutamente necessário que o juiz profira decisão mediante cognição exauriente que tenha o condão de produzir coisa julgada para executar definitivamente a providência jurisdicional. O divórcio, exemplo em que sentença é (des)constitutiva, também não admite a forma provisória. Eventuais efeitos condenatórios ou mandamentais decorrentes de uma declaração de paternidade ou divórcio podem ser antecipados, como a condenação no pagamento de pensão alimentícia e a ordem de afastamento do lar conjugal, respectivamente. Mas a declaração e a constituição demandam cognição exauriente. Asseveram WAMBIER e TALAMINI: “A tutela declaratória (ou seja, a eliminação definitiva de dúvidas) e, no mais das vezes, a tutela constitutiva (ou seja, a alteração de estados jurídicos) só têm serventia ao jurisdicionado se forem revestidas da estabilidade da coisa julgada material”.⁴⁵⁶

De qualquer forma, as sentenças condenatórias, mandamentais e executivas admitem perfeitamente a antecipação da tutela e, se esta for requerida na forma antecedente, caso o juiz a defira liminarmente e o réu não recorra da decisão, será estabilizada.

A estabilização da tutela antecipada antecedente é especialmente interessante para as hipóteses em que o autor pretende obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa. Imagine-se, por exemplo, que, por conta de ter sofrido um acidente de trânsito, um senhor precisa ser internado e submetido a cirurgia. Após o procedimento cirúrgico, ele necessita de internamento em Unidade de Terapia Intensiva – UTI. Como ele não possui plano de saúde ou condições de arcar com o custo, terá de ser uma UTI de hospital público. Supondo-se que

⁴⁵⁵ A técnica é inspirada no refere francês e na instrumentalidade atenuada italiana, conforme explica Giovanni Bonatto (BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). Revista de Processo. v. 273, p. 191-253, nov., 2017).

⁴⁵⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*, p. 955.

não há vagas e que o hospital se recuse a interná-lo, seu filho procura escritório de advocacia para resolver a situação de urgência. Para isso, o advogado propõe tutela antecipada em caráter antecedente, requerendo que o juiz conceda liminarmente medida que determine que o Poder Público disponibilize imediatamente, através do Sistema Único de Saúde – SUS –, o leito de UTI ou custeie leito particular ao senhor operado. Pressupondo que o juiz conceda liminarmente a tutela antecipada e ela seja cumprida, que o autor não tenha outra pretensão e que o réu não recorra da decisão, esta será estabilizada, não mais sendo necessária a continuidade do processo. Para este e outros casos semelhantes, a estabilização da tutela antecipada antecedente é aplicável e recomendável.

De modo que a estabilização da tutela antecipada antecedente permite que o processo seja extinto prematuramente quando o interesse da parte autora se restringir o recebimento do bem da vida almejado com o processo e a sentença de mérito seja prescindível.

Ao invés de o procedimento ter continuidade com a prática de atos como a audiência de conciliação e mediação, a defesa, a instrução probatória, a sentença e tudo o que representa a movimentação da máquina judiciária, a tutela antecipada antecedente é estabilizada e o processo é extinto.

O propósito da estabilização é evitar a prática de atos desnecessários que apenas servirão para ratificar a decisão liminar.

No que se refere à natureza jurídica, a estabilização é uma técnica de monitorização do processo, já que inverte a opção pelo exaurimento da cognição do juiz. Ao invés do autor, é o réu que decide se pretende ou não a continuidade do processo e a prolação da sentença de mérito. Se ele deixar de recorrer da decisão (ou de apresentar outro meio de impugnação), o processo é extinto. Se ele recorrer, o processo tem seu prosseguimento normal. É o que ocorre nas tutelas monitorias.⁴⁵⁷ Sobre a inversão do ônus de exaurir a cognição, explica Igor Raatz:

Vale dizer, a cognição sumária não estará mais à espera de confirmação pela decisão definitiva a ser proferida no mesmo processo, pois a amplitude da cognição, uma vez deferida a tutela antecipada, dependerá de ato positivo do réu, ou seja, da impugnação da referida decisão. Somente nesse caso o autor terá o ônus de confirmar o pedido principal e dar prosseguimento ao processo. Trata-se um fenômeno próprio daquilo que, com base em Menchini, temos denominado de *época da jurisdição sem finalidade cognitiva*⁴⁵⁸.

Em 2005, a Professora Ada Pellegrini Grinover elaborou, juntamente com os Professores Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto Santos Bedaque, proposta que gerou o Projeto de Lei do Senado n. 186/05, que instituiria no Brasil a estabilização da tutela

⁴⁵⁷ Ibidem, p. 953.

⁴⁵⁸ RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no Processo Civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, pp. 169-170.

antecipada, aludindo à técnica francesa e belga do *référé*. A proposta baseou-se em estudo e reflexão sobre os problemas detectados em decorrência da demora na prestação da tutela jurisdicional em diversos países.⁴⁵⁹

Disse a professora que o procedimento ordinário deveria ficar reservado a controvérsias mais complexas que exigem o exaurimento da questão em sentença de mérito e que era hora de desmistificar os dogmas da universalidade do procedimento ordinário de cognição, da sentença e da coisa julgada, que não poderiam mais ser as únicas técnicas processuais para solução de litígios.⁴⁶⁰

O Projeto de Lei não vingou, mas dez anos depois o CPC de 2015 foi aprovado e contemplou a estabilização, com algumas diferenças em relação ao projeto da professora e à técnica francesa e belga.

O argumento utilizado pela Professora Ada Pellegrini Grinover continua importantíssimo para entender os motivos que demonstram as vantagens da técnica sumarizada da estabilização para resolver rapidamente problemas cotidianos sem a necessidade de uma sentença de mérito proferida com base em cognição exauriente.

4. REQUISITOS PARA A ESTABILIZAÇÃO

De acordo com a análise legislativa realizada de forma sistêmica, pode-se identificar os seguintes requisitos para a estabilização da tutela antecipada no Brasil:

- (i) Requerimento na forma antecedente;
- (ii) Tutela antecipada de obrigação de pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa;
- (iii) Concessão liminar de tutela antecipada;
- (iv) Ausência de recurso (ou outra forma de impugnação) do réu.

Quanto ao primeiro requisito (requerimento da tutela antecipada na forma antecedente), é verificado a partir da regra do caput do artigo 303 do CPC, já citada anteriormente. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu que, nos casos em que não resta evidente que o requerimento formulado é de natureza antecipada antecedente, não pode prevalecer a estabilização:

SENTENÇA ILÍQUIDA - REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA - CARÁTER CAUTELAR - ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ART. 303, DO CPC - DESCABIMENTO - INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - PRINCÍPIO DA BOA-FÉ PROCESSUAL E NÃO

⁴⁵⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, v. 121, p. 11-37, mar., 2005, p. 18.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 18.

SURPRESA - SENTENÇA CASSADA NA REMESSA NECESSÁRIA - RECURSO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO.

- O rito processual da tutela antecipada antecedente (arts. 303 e 304, do CPC) não se confunde com o simples pleito de concessão de tutela de urgência cautelar preconizada no art. 300, do CPC. Na tutela antecedente a intenção de estabilização da tutela deve vir expressamente na petição inicial e, ao longo do procedimento, a parte acionada deve ser cientificada da possibilidade de estabilização da decisão antecipatória.

- Sem que sequer tenha havido qualquer manifestação judicial anterior advertindo o réu do caráter iminente da estabilização da antecipação de tutela, de modo a proporcionar ao requerido a chance de adotar a conduta defensiva adequada à prevenção da consolidação da decisão antecipatória, não se vislumbra a possibilidade de extinção do feito com base no art. 304, §1º, do CPC, sob pena de violação ao princípio da boa fé objetiva, positivado no art. 5º, da Lei Processual Civil.

- Sentença cassada na remessa necessária conhecida de ofício. Recurso voluntário prejudicado. (TJMG - Apelação Cível 1.0604.16.002142-3/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 20/02/2018, publicação da súmula em 02/03/2018)⁴⁶¹.

Interessante destacar, quanto ao julgado do Tribunal de Justiça Minas Gerais, que se entendeu pela necessidade de que o réu seja advertido, quando intimado da decisão liminar antecipatória, que, se não interpuser recurso, a decisão será estabilizada, em atenção ao princípio da boa-fé, preconizado nas normas fundamentais do processo (CPC, art. 5º). Tal providência realmente é crucial para resguardar o direito do réu de optar pelo recurso e a cognição exauriente ou por aceitar e cumprir a decisão, com o que poderá ser beneficiado por não ter que arcar com as custas do processo e ter a redução dos honorários para 5%, em aplicação analógica do artigo 701, caput e § 1º do CPC, acerca da tutela monitória.⁴⁶²

Sendo entregue o bem da vida ao autor e não havendo recurso (ou outra impugnação), providencial implantar os benefícios do artigo 701 ao réu, de modo que não precise arcar com as custas e pague apenas cinquenta por cento dos honorários advocatícios ao patrono do autor. A ideia é coerente com outros dispositivos do CPC que estimulam as soluções consensuais dos conflitos, como o artigo 90, §§ 3º e 4º.⁴⁶³

O sistema não permite a estabilização para os casos de tutelas antecipadas concedidas incidentalmente, ainda que sem a ouvida da parte contrária, o que se trata de opção política

⁴⁶¹ No mesmo sentido: TJMG - Apelação Cível 1.0604.16.000705-9/001, Relator(a): Des.(a) Corrêa Junior, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/02/2018, publicação da súmula em 21/02/2018.

⁴⁶² Regem o art. 701 e seu § 1º: “Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa.

§ 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo”.

Freddie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira propõem a aplicação analógica da norma à estabilização: “A dúvida que surge é a seguinte: há vantagem para o réu em permanecer silente, no caso da estabilização da tutela antecipada? Sim, há: diminuição do custo do processo. Por não opor resistência, não pagará as custas processuais (aplicação analógica do disposto no § 1º do art. 701 do CPC) e pagará apenas 5% de honorários advocatícios de sucumbência (art. 701, caput, CPC, também aplicado por analogia)” (DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, pp. 617-8).

⁴⁶³ LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: seus propósitos e requisitos. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 2, ago. 2018.

do legislador. Tampouco se admite a estabilização de tutelas cautelares. Nesse caso, a norma possui respaldo técnico, vez que seria realmente desprovido de repercussão prática autorizar que decisões cautelares perdurassem no tempo sem que o próprio direito material pudesse ser analisado e efetivado por meio do Poder Judiciário. As cautelares têm como finalidade assegurar a realização futura do direito. Se se permitisse sua estabilização, esvair-se-ia o escopo das medidas assecuratórias.⁴⁶⁴

O segundo requisito é que a tutela antecipada seja relativa a obrigações de pagar, fazer, não fazer e entregar coisa. Sobre este requisito, vide item anterior.

O terceiro requisito é o deferimento liminar da tutela antecipada antecedente. Caso haja manifestação prévia do réu refutando o pleito, já não será mais cabível a estabilização, ainda que posteriormente deferida a tutela antecipada.

A afirmação é consentânea com entendimento pelo qual o quarto requisito citado (o qual se passa a abordar), ausência de recurso, seja interpretado de forma mais ampla, e não literal, para se permitir que o réu evite a estabilização por qualquer forma de impugnação à decisão de deferimento da tutela antecipada.

O assunto é controvertido. Há quem defenda que a mera manifestação contrária à decisão que concede a tutela antecipada antecedente é suficiente para evitar a estabilização⁴⁶⁵, enquanto outra parte da doutrina entende que deve ser interposto o respectivo recurso, conferindo à lei interpretação literal.⁴⁶⁶

A jurisprudência igualmente é dissonante: o próprio Superior Tribunal de Justiça possui dois julgados diametralmente opostos.

No julgamento do REsp nº 1.760.966/SP,⁴⁶⁷ a Corte Superior apresentou interpretação sistemática e teleológica da norma no sentido de que qualquer tipo de

⁴⁶⁴ Eduardo Arruda Alvim comenta que “não há sentido na estabilização de um provimento que nada satisfaz e que, portanto, não tem aptidão para solucionar a crise de direito material” (ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 209).

⁴⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 234; MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 146; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, pp. 621 e 623; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO e Leonardo Ferres da Silva, MELLO. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 512. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela da urgência e tutela da evidência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 227; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada. BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*. 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 423-424.

⁴⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 57ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 683; ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*, p. 219; NUNES, Dierle e ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER, Fredie (coord. Geral). *Novo CPC doutrina selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*, Salvador: Juspodivm, 2016, p. 84.

⁴⁶⁷ Constatou da ementa: “RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

impugnação da parte contrária é suficiente para afastar a estabilização, “sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais”.

Todavia, mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça adotou, por maioria de votos, posição distinta, no julgamento do REsp nº 1797365/RS. O voto vencedor, da lavra da

JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU.

NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.

2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito.

Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual.

3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no *référé* do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art.

304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.

3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.

3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

4. Na hipótese dos autos, conquanto não tenha havido a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requerida em caráter antecedente, na forma do art. 303 do CPC/2015, a ré se antecipou e apresentou contestação, na qual pleiteou, inclusive, a revogação da tutela provisória concedida, sob o argumento de ser impossível o seu cumprimento, razão pela qual não há que se falar em estabilização da tutela antecipada, devendo, por isso, o feito prosseguir normalmente até a prolação da sentença.

5. Recurso especial desprovido.

(REsp 1760966/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 07/12/2018)

Ministra Regina Helena Costa, apresentou os seguintes argumentos, em síntese: a não interposição do agravo de instrumento pelo réu gera preclusão, excetuada a hipótese de ação autônoma de revisão; entendimento contrário esvaziaria a estabilização; agravo de instrumento e contestação não se confundem; a redação original do anteprojeto do CPC previa que a ausência de impugnação da medida liminar geraria estabilização, tendo sido alterada no curso do processo legislativo para prever o recurso respectivo, de forma que a interpretação ampliada do conceito caracterizaria indevida extrapolação jurisdicional.⁴⁶⁸

A primeira posição apresentada deve prevalecer. O fato de a ausência de interposição de recurso contra a tutela antecipada gerar preclusão quanto ao conteúdo da decisão não se confunde com a opção do réu pelo exaurimento do objeto da demanda. A característica das técnicas monitorias, das quais faz parte a estabilização, é justamente inverter a decisão da opção pelo procedimento de cognição exauriente para o réu, o que nada tem a ver com o recurso cabível contra a decisão de cognição exauriente. Com efeito, é perfeitamente possível que uma tutela antecipada seja concedida initio litis e devidamente cumprida, sem recurso da parte contrária, mas, posteriormente, seja julgado improcedente o pedido, com revogação da tutela. Tanto é que existem regras específicas de responsabilização do beneficiado pela tutela provisória subsequentemente revogada (CPC, art. 302).

Por outro lado, como se extrai do primeiro julgado mencionado, insistir na interposição do recurso apenas e tão somente para afastar a estabilização é contrário ao princípio da eficiência, norma fundamental que deve ser considerada na interpretação das regras relativas às tutelas provisórias (CPC, art. 8º). Há diversos exemplos de recursos de agravo de instrumento manejados com exclusivo escopo de evitar a estabilização.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ PROCESSUAL CIVIL. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. NÃO INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. IRRELEVÂNCIA.

I - Nos termos do disposto no art. 304 do Código de Processo Civil de 2015, a tutela antecipada, deferida em caráter antecedente (art. 303), estabilizar-se-á, quando não interposto o respectivo recurso.

II - Os meios de defesa possuem finalidades específicas: a contestação demonstra resistência em relação à tutela exauriente, enquanto o agravo de instrumento possibilita a revisão da decisão proferida em cognição sumária. Institutos inconfundíveis.

III - A ausência de impugnação da decisão mediante a qual deferida a antecipação da tutela em caráter antecedente, tornará, indubitavelmente, preclusa a possibilidade de sua revisão.

IV - A apresentação de contestação não tem o condão de afastar a preclusão decorrente da não utilização do instrumento processual adequado - o agravo de instrumento.

V - Recurso especial provido.

(REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 22/10/2019)

⁴⁶⁹ TJPR - 17ª C.Cível - 0007166-38.2018.8.16.0000 - Rio Branco do Sul - Rel.: Fernando Paulino da Silva Wolff Filho - J. 18.05.2018; TJSP - Agravo de Instrumento 2035241-11.2017.8.26.0000; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/05/2017; Data de Registro: 31/05/2017, in tjsp.jus.br; TJSP - AgIn 2213071-95.2016.8.26.0000 - 10ª Câmara de Direito Privado - j. 30/5/2017 - julgado por Araldo Telles - Área do Direito: Civil; TJSP - AgIn 2099850-37.2016.8.26.0000 - 21ª Câmara de Direito Privado - j. 22/6/2016 - julgado por Maia da Rocha - Área do Direito: Civil; Processual.

Já havia consignado a seguinte fundamentação em prol da interpretação sistemática:

Há que se fazer a interpretação sistemática das normas do CPC e esta leva necessariamente à posição mais abrangente, de que qualquer forma de impugnação ou qualquer meio pelo qual o réu mostre interesse na cognição exauriente, dentro do prazo do recurso, é suficiente para obstaculizar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Impor a interposição do agravo de instrumento pelo réu com a simples finalidade de obstaculizar a estabilização da tutela antecipada antecedente é assumir uma desconstrução dos princípios da razoável duração do processo e da economia processual, levando mais questões a serem apreciadas pelos tribunais. O princípio da razoável duração do processo, além de expressamente consagrado na CF, art. 5º, LXVIII, está contemplado no CPC, art. 4º, segundo o qual “as partes têm o direito de obter em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Ora, a exigência de interposição de um recurso apenas para demonstrar ao Poder Judiciário a intenção de que o réu pretende o julgamento da causa atenta à razoável duração do processo, justo porque obriga à prática de atos processuais desnecessários, o que flagrantemente também viola a economia processual. O agravo de instrumento será distribuído ao relator, que apreciará eventual pedido de efeito suspensivo, determinará intimação do agravado para apresentar contrarrazões e levará a julgamento pelo colegiado. Multiplicando-se os agravos, pode-se imaginar a quantidade de atos realizados desnecessariamente.

Por outro lado, ainda que se entenda pela imprescindibilidade do agravo de instrumento pelo réu, a fim de evitar a estabilização da tutela antecipada antecedente, a possibilidade de ajuizamento de ação de exaurimento no prazo de dois anos (CPC, art. 304, §2º) torna a exigência ainda mais improdutiva.

Ainda que o juiz desconsidere impugnação do réu feita diferentemente do agravo de instrumento e profira decisão de extinção do processo, o demandado poderá propor, até mesmo no dia seguinte, ação visando à revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada, a fim de que a cognição seja exaurida (CPC, art. 304, §2º)⁴⁷⁰.

CONCLUSÃO

Pode-se resumir a estabilização da tutela antecipada antecedente como uma técnica processual de abreviação do tempo do processo pela qual a decisão judicial de cognição sumária que concede tutela antecipada na forma antecedente poderá ser estabilizada (cristalizada), caso o réu, devidamente citado e intimado, deixar de recorrer ou de qualquer forma impugnar a decisão provisória.

Porque é uma técnica de monitorização, alguns dos benefícios aplicados ao réu na tutela monitoria podem ser estendidos à estabilização.

⁴⁷⁰ LEITÃO, Cristina. *Estabilização da tutela antecipada antecedente: seus propósitos e requisitos*.

Ainda que não seja cabível em quaisquer tipos de demandas, a técnica da estabilização é muito útil para resolver a crise de direito material em situações de menor complexidade, nos casos em que a pretensão é relativa a obrigações de pagar, fazer, não fazer ou entregar coisa, quando a providência jurisdicional consiste em sentença condenatória, mandamental ou executiva.

É importante registrar que a estabilização não afronta o devido processo legal, já que o réu tem a opção de recorrer ou impugnar a decisão liminar antecipatória, hipótese em que o procedimento terá seu curso normal, com a prática dos atos processuais destinados à prolação de sentença sob cognição exauriente.

A estabilização é consentânea com os princípios da razoável duração do processo e da eficiência, auxiliando a atenuar o problema do tempo do processo quando a tutela provisória de cognição sumária propicia cumprimento da obrigação que prescindia de sentença e de coisa julgada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Tutela provisória*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BONATO, Giovanni. A estabilização da tutela antecipada de urgência no Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 (uma comparação entre Brasil, França e Itália). *Revista de Processo*. v. 273, p. 191-253, nov., 2017.

DOTTI, Rogéria Fagundes. *Tutela da evidência: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: Cedam, 1936.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 11 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização. *Revista de Processo*, v. 121, p. 11-37, mar., 2005.

LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: um olhar otimista. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: Estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

LEITÃO, Cristina. Estabilização da tutela antecipada antecedente: seus propósitos e requisitos. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*. n. 2, ago. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela da urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. 1. ed. em ebook baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no Novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada. DIDIER, Fredie (coord. Geral). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 69-101.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, 1979.

RAATZ, Igor. *Tutelas provisórias no Processo Civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela da urgência e tutela da evidência*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”, BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015*, 2. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 57^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*, v. 2, 19^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins, RIBEIRO e Leonardo Ferres da Silva, MELLO. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*, 1 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CAPÍTULO II - DIREITO E SEUS DESAFIOS TECNOLÓGICOS

OS ESPAÇOS DA TECNOLOGIA E DA IDEOLOGIA NO DIREITO

THE SPACES OF THE TECHNOLOGY AND THE IDEOLOGY IN LAW

Luiz Alberto Blanchet⁴⁷¹

RESUMO: Ideologia e tecnologia são dois fatores de máxima relevância no Direito Brasileiro. Por esse motivo, ambas são objeto de disciplinamento normativo constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil define explicitamente que a tecnologia é o resultado mais concreto e prático da Ciência para o desenvolvimento do sistema produtivo, para o bem-estar da população e para a boa condução do mercado interno que integra o patrimônio nacional. Implicitamente, porém, a Constituição é fonte de grande diversidade de outras normas pertinentes a tecnologia. O tema ideologia, a seu turno, não é tratado expressamente pela Constituição, mas apenas implicitamente. Relativamente à tecnologia, as normas constitucionais dedicam-se ao disciplinamento de diversos aspectos, como o fomento público à sua pesquisa, os seus pressupostos de sua criação e inovação constante, e os seus objetivos. A ideologia, porém, não conta com normas específicas e amais importante delas preocupa-se com seu conteúdo, mas com o seu mau uso: a adoção de ideologia única e excludente das demais na condução da política. As normas constitucionais são coerentes com a importância e os riscos dos dois fenômenos, pois as tecnologias aproximam os povos e as pessoas, enquanto as ideologias os afastam, os separam e já protagonizaram muitos conflitos entre indivíduos e entre grupos, como aconteceu nas revoluções e guerras.

Palavras-chave: Tecnologia. Ideologia. Direito. Constituição. Sustentabilidade.

ABSTRACT: Ideology and technology are two factors of highest relevance in Brazilian law. For this reason, both are subject of constitutional normative discipline. The Constitution of the Federative Republic of Brazil explicitly states that technology is the most concrete and practical result of Science for the development of the production system, for the well-being of the population and for the good conduct of the internal market that integrates the national heritage. implicitly, however, the Constitution is a source of great diversity of other standards pertaining to technology. The ideology theme, in turn, is not dealt with expressly by the Constitution, but only implicitly. Regarding technology, the constitutional rules are dedicated to the disciplining of several aspects, such as public support for research, its assumptions of its creation and constant innovation, and its objectives. Ideology, however, does not have specific norms and the most important of them is concerned with its content, but with its misuse: the adoption of a unique and exclusionary ideology in the conduct of politics. Constitutional rules are consistent with the importance and risks of the two phenomena, as technologies bring people and people together, while ideologies drive them apart, separate them and have already led to many conflicts between individuals and between groups, as happened in revolutions and wars .

⁴⁷¹ Professor Titular do Programa de Doutorado e Mestrado da PUC; Autor da primeira defesa de tese de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná; Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito constitucional; Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. blanchet@blanchet.adv.br

Keywords: Technology. Ideology. Right. Constitution. Sustainability.

1. A IDEOLOGIA E A TECNOLOGIA NA CONSTITUIÇÃO

A tecnologia envolve a utilização de técnicas que, como tais, se concretizam no mundo real pela utilização de conhecimentos desenvolvidos pelas diversas Ciências. Suas bases, portanto, são bastante confiáveis, pois se submeteram a criteriosas análises, avaliações e verificações para que pudessem ser reconhecidas. E um fator de fundamental relevância confere maior credibilidade à tecnologia e maior segurança em sua aplicação prática: a Ciência, por natureza, é o único domínio do conhecimento humano que se autoquestiona. Sem autoquestionamento, a Ciência jamais se desenvolveria.

Mesmo as tecnologias já existentes no momento em que o ser humano delas necessita para solucionar seus problemas, precisam passar por todas as etapas verificadoras de sua viabilidade, eficiência e segurança. É o que vem sucedendo em relação às vacinas no momento atual de pandemia. Não basta que alguém descubra uma vacina. Testes são imprescindíveis. E não poderia ser diferente, se a própria Ciência, que está na origem de todas as tecnologias e lhes dá sustentação, se autoquestiona, a tecnologia não poderia ter vida própria e independente a ponto de ser utilizada livremente e sem qualquer critério.

A ideologia, a seu turno, embora alguns a conceituem como uma Ciência, não apresenta nenhum dos atributos que identificam e definem uma Ciência. As ideologias pressupõem a visão peculiar do mundo e da vida que objetivam buscar um ideal social, político, religioso, etc. A ideologia não deixa de ser um sistema como a Ciência, mas é um conjunto harmônico apenas de ideias desprovidas de verificação e comprovação empírica e jamais submetidas a questionamento pelo grupo que a adota.

A ideologia não é algo ruim ou negativo, desde que lícita, obviamente. A ideologia do crime, por exemplo, jamais poderia ser aceita ou tolerada por qualquer coletividade, ainda que minimamente organizada e evoluída. O erro está na adoção de ideologia única e excludente de todas as demais como se fosse perfeita e definitivamente inquestionável.

As ideologias são fenômenos inerentes e peculiares aos seres humanos. Nenhuma, desde que lícita, pode ser considerada ruim ou inútil. Mas também é verdade que nenhuma ideologia jamais solucionaria todos os problemas do ser humano em suas duas dimensões básicas: a individual e a coletiva.

Enquanto as várias Ciências convivem harmonicamente e se completam, as diversas ideologias estão em constante conflito, se combatem, se agriem umas às outras e, se surgir a oportunidade, eliminam as demais. Nos domínios da tecnologia, para que uma substitua outra ou mesmo a elimine, não é por disputa ou conflito, mas sim porque a nova tecnologia é a mera evolução da antiga. E assim é, simplesmente porque, para que uma nova tecnologia

seja aceita e substitua a que lhe é anterior, deve passar por criteriosas verificações determinadas pela Ciência que a origina e respalda.

Ideologias, ou a disputa entre duas ou mais ideologias que se pretendem perfeitas, infalíveis e superiores às demais, estão na origem de todos os conflitos humanos, inclusive das mais sangrentas revoluções e guerras. E isso, infeliz e paradoxalmente, aplica-se também a ideologias religiosas. Curioso é que uma nova tecnologia desenvolvida por um dos grupos em conflito, mesmo sendo utilizada de forma absolutamente reprovável, com o objetivo de destruir ou matar, pode dar fim a um conflito, tal como já aconteceu com muitas guerras. Não menos curioso é, que o desenvolvimento dessa mesma tecnologia por um dos grupos, porém, mesmo com seu potencial de destruição, evitará um conflito ou no mínimo o retardará até que o outro grupo também consiga desenvolvê-la.

O intercâmbio pacífico de tecnologias entre os países é prática constante e salutar. Já intercâmbio de ideologias seria impensável, surreal. Ainda que não haja procedimentos de transferência de tecnologias entre dois grupos humanos, quando um deles desenvolve uma nova tecnologia e esta se mostra útil, outros grupos tentarão descobrir como desenvolvê-la ou apenas imitá-la.

Não há, enfim, qualquer exagero em afirmar-se que tecnologias têm o poder de aproximar e beneficiar as pessoas enquanto ideologias podem afastar, separar e até destruir.

Necessário lembrar que o problema não está nas ideologias, mas no abuso delas por parte de grupos que delas se servem para alcançar objetivos que não encontram qualquer espaço no Direito, como a exclusão das demais ideologias, a dominação de todos os meios de poder, a submissão indiscriminada de todos aos seus princípios e práticas, a perpetuação no poder.

Fato é que nenhum país ou governo que tenha optado pela adoção de ideologia única e excludente, jamais obteve sucesso ou teve bom futuro. Ideologias excludentes são incompatíveis com a democracia e menosprezam a dignidade das pessoas. Ideologias excludentes, que se julgam as únicas e exclusivas para solucionar todos os problemas sociais e individuais, em verdade, pretendem eliminar tudo que a humanidade desenvolveu em sua História, abrindo caminho para reinventar o mundo, a sociedade e o próprio ser humano. Esse mau uso de qualquer ideologia fere acima de tudo a dignidade da pessoa humana pois visam a dominação irrestrita. Acentue-se que *qualquer ideologia* corre esse risco, não há exceções, nenhuma está imune, basta ser ideologia, ainda que intrinsecamente boa, pois o potencial destrutivo não está na sua essência, mas sim em seu mau uso. Essa sempre foi a fórmula utilizada pelos monarcas absolutistas, pelos ditadores e por todos que submeteram os demais às suas vontades subjetivas e intransigentes, resultantes de elaborações mentais insanas.

Não é necessário muito tempo para se observar que a humanidade sobreviveu até os tempos atuais e evoluiu graças à tecnologia e seus avanços. A atual pandemia é um problema seríssimo, mas sem tecnologia seria uma trágica catástrofe. Enquanto cientistas estão ocupados com o desenvolvimento de tecnologias que aprimorem o tratamento e recuperem os pacientes, ou estão buscando meios de imunização, adeptos de ideologias excludentes estão confundindo, disseminando mentiras e provocando discórdias. E como não poderia ser diferente, entre os meios preferidos dos adeptos de ideologias excludentes, figuram soberanamente as *fake news*.

Após essas considerações sobre ideologia e tecnologia, embora sucintas, já é possível responder à principal questão proposta no presente estudo: qual, afinal é o espaço da ideologia e da tecnologia no Direito. Diversos condicionamentos e limitações apontam para a necessidade de se restringir o estudo e, portanto, o seu objeto, ao Direito Brasileiro, em especial o tratamento constitucional. Há afinal no sistema normativo constitucional brasileiro, espaços iguais para a ideologia e para a tecnologia? Ou estaria, acaso, a ideologia, completamente afastada da Constituição da República?

O objetivo do presente estudo não é o de identificar apenas os limites externos, o contorno, do espaço reservado à ideologia ou à tecnologia, mas também o conteúdo que lhes é permitido pela Constituição. Afinal a delimitação do perímetro até o qual a ideologia ou a tecnologia podem chegar é muito simples: é linha divisória entre a licitude e a ilicitude. Seu conteúdo, porém, exige a avaliação de fatores mais complexos e diversificados, pois não dependem apenas da aplicação da norma que até esse momento pode ser avaliada apenas em tese. A partir do momento em que a situação concreta se subsume à hipótese da norma delimitadora do conteúdo imposto ou permitido à ideologia ou à tecnologia, devem ser ainda identificados os fatores dessa situação que exigem soluções específicas complementares àquelas originariamente definidas pela norma em tese. Os cuidados a que se acaba de fazer menção, obviamente referem-se aos casos em que o mandamento normativo incidente principal é o de uma regra jurídica, todavia o aplicador da norma deverá dedicar a mesma atenção e observar o mesmo critério também quando se trata de princípio jurídico. O procedimento básico, afinal, é o mesmo utilizado para a solução de qualquer problema. Já no ensino fundamental, aprende-se que o conhecimento das quatro operações aritméticas é imprescindível. Sem, contudo, a prévia leitura e perfeito entendimento do enunciado do problema é fundamental. São os fatores descritos no enunciado que definirão se a solução deverá ser buscada mediante emprego de apenas uma ou mais operações. Mais tarde, o estudante aprende a solucionar problemas também coma aplicação de fórmulas e a técnica de solução continua a mesma: a fórmula sozinha não basta, ela não soluciona problema nenhum, é necessário preenche-la com os dados constantes no enunciado do problema.

Na busca da solução de um problema mediante aplicação do Direito, não é diferente. A norma corresponde à operação ou a fórmula idônea para solucionar um problema concreto. O enunciado, a seu turno, é a situação concreta.

Há, enfim, fundamento suficiente para se afirmar que a técnica de solução de problemas é universal, pois se inexistir o primeiro fator: a fórmula ou operação – ou ainda, a norma, quando o problema é jurídico -, esta deixará de ser mero elemento teórico somente quando surgir um problema concreto. O problema concreto definirá os dados do segundo fator, o enunciado, sem o qual, sequer problema há. Na fase de estudo, de treinamento do estudante, os enunciados dos problemas são escritos, mas no mundo real não e a tarefa do aplicador consiste em identificar os dados pela análise da situação concreta. É assim que o administrador público identifica o motivo de fato de um ato administrativo. É também assim que o juiz identifica os dados comprovados pelas partes que deverão integrar a primeira das três partes de sua sentença: o relatório.

As respostas às questões implícitas no título deste trabalho jamais poderão ser obtidas se não forem buscadas por meio dos cuidados a que se acaba de fazer alusão nos parágrafos precedentes.

A tecnologia se manifesta expressamente na Constituição da República ao lado da Ciência e de outros temas de maior importância para o povo brasileiro, como o sistema produtivo nacional, o mercado interno e os objetivos do fomento a ele destinado, o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população, o fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, bem como a autonomia tecnológica do País. A ideologia, por sua vez, está implícita entre os fundamentos da República Federativa do Brasil.

No Título I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS, em seu art. 1º, inciso V⁴⁷², a Constituição eleva o pluralismo político à categoria de fundamento da República, enquanto a Ciência e a tecnologia são disciplinados somente no Título VIII, em seu Capítulo IV, o último antes das CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS, e em apenas dois dispositivos, os arts. 218 e 219.

⁴⁷² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Essa distribuição e localização das normas relativas a ideologia e a tecnologia em localizações tão distantes, embora seja meramente aleatória, poderia levar o leitor menos atento a supor que Ciência e tecnologia seriam assuntos de menor importância, o que não passaria de grave equívoco, inclusive porque temas altamente relevantes, como meio ambiente, família e índios, por exemplo, figuram inclusive após os arts. 218 e 219.

A Constituição, afinal, não é simplesmente o exemplar impresso.

A Constituição é muito mais ampla e complexa que seus textos.

A linguagem está entre os meios e instrumentos criados pelo ser humano que mais o distinguem dos demais animais. Ela é fundamental para a comunicação de ideias, mas não é completa e infalível. Se a própria linguagem em seu sentido mais amplo já encontra limitações e impasses, muito mais preocupantes são as limitações da linguagem escrita.

Os dispositivos escritos do exemplar da Constituição, constituem a fonte da verdadeira Constituição da República. As normas que dela são extraídas constituem um sistema e, justamente por ser um sistema, deve ser entendida como um conjunto harmônico.

Assim, nada na Constituição poderia ser absoluto, pois aquilo que o fosse, não poderia fazer parte de um sistema.

Além do que foi afirmado nos parágrafos precedentes, deve-se atentar para o fato de que o fundamento da República ao qual se refere o art. 1º, inciso V, é o *pluralismo político* e não a ideologia.

O termo *pluralismo* alerta exatamente para o cuidado que no âmbito dos atos e procedimentos pertinentes à condução da política se deve ter ao adotar e aplicar a ideologia, ou antes, as ideologias.

O fundamento da República, defluente do referido inciso V, aponta para o uso plural das ideologias políticas e jamais ao uso exclusivo de ideologia única.

O sentido do inciso V do art. 1º da Constituição, enfim, pode ser resumido em poucas palavras: o fundamento é o pluralismo e não o exclusivismo.

As ideologias adotadas como exclusivas em si, suficientes e excludentes das demais não encontram qualquer espaço no sistema normativo constitucional brasileiro.

2. CIÊNCIA, TECNOLOGIA, ENERGIA E SUSTENTABILIDADE PROATIVA

O tema não pode ser abordado isoladamente sem atenção a um de seus principais pressupostos materiais, a energia, e aos parâmetros relativos à sustentabilidade.

Os avanços nas descobertas, inovações e aplicações eficientes na área da tecnologia são mais dinâmicas e surpreendentes que no domínio jurídico. Pesa, pois, para a Doutrina a tarefa de buscar as soluções para os conflitos gerados por aquelas inovações, antes mesmo de ter, o Poder Legislativo, percebido que algo deveria já estar pronto. O Judiciário, quando

provocado, buscará fazer o que for possível embasando-se em fontes normativas nem sempre suficientemente adequadas aos problemas concretos que vão surgindo, e socorrendo-se na produção bibliográfica disponível que, por depender da atividade pessoal e imparcial dos estudiosos, não se condicionam a iniciativas, pressupostos, discussões e prazos procedimentais, quando não até mesmo a negociações.

Aquilo tudo de que se dispõe na atualidade sobre os enfoques normativos relativos a tecnologia, energia e sustentabilidade, está na Constituição da República, o que vem evidenciar a importância desses três fatores para a sociedade e para o cidadão.

Básica e explicitamente, os arts. 218 e 219 trazem as normas fundamentais sobre Ciência e Tecnologia, cabendo ao Estado a sua promoção e seu fomento.

O art. 21, inciso XII, alínea b, eleva a energia ao patamar de serviço público, o que torna dever do Estado a sua geração, transmissão e distribuição.

O art. 225 vem dar os contornos e condicionamentos da sustentabilidade para o desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inciso II).

Apesar da relevância reconhecida pelos constituintes em 1988, a legislação e a efetiva aplicação dos recursos tecnológicos mais avançados no Brasil está muito atrás de outros países, e não se trata apenas da China, Estados Unidos ou nações cujos marketings as elevam à imagem de “países superiores”, mas países pequenos que muitos sequer sabem que existem ou onde ficam geograficamente, como a Estônia⁴⁷³. Aquele pequeno país tornou-se independente da União Soviética em 1991 e, buscando aumentar seu PIB *per capita*, conseguiu multiplicá-lo por dez. Quatro fatores básicos caracterizam os avanços do país: o documento digital, a votação pela internet, o histórico de saúde e a cidadania virtual.

O Brasil não pode desviar-se do caminho para o futuro delineado pela Constituição. Em lugar da preocupação com o cumprimento dos deveres constitucionais do Estado, o que

⁴⁷³ Quatro pontos tornam a Estônia um país digital. Quase toda população tem um cartão de identidade com um chip que carrega uma série de arquivos de documentos, devidamente criptografados. Ele dá acesso a todos os serviços digitais da Estônia, simplificando burocracias de preenchimento de fichas médicas ou bancárias. **Votação pela internet:** Possível apenas por conta do documento digital, a votação pela internet ocorre desde 2005 e funciona de qualquer PC do mundo. Com o cartão, cada cidadão é identificado de forma segura e vota de casa ou da padaria, desde que tenha um PC conectado. Nada de urnas e papéis. **Histórico de saúde:** Qualquer visita médica, exame ou receita para remédios está vinculada à identidade dos cidadãos da Estônia. O sistema foi implementado em 2008 e permite que médicos consigam acessar o histórico do paciente em qualquer consulta e então tomar decisões mais embasadas. **Cidadania virtual:** Apostando no mundo sem fronteiras da internet, a Estônia criou a e-Estônia, uma espécie de versão virtual do país. Você pode se tornar um residente virtual do país (independente de onde mora) e, a partir disso, fundar uma empresa sediada legalmente na Europa, com todas responsabilidades e benefícios. Fonte: <https://primeirosribelem.com.br/2018/08/16/na-estonia-existem-tres-coisas-que-voce-naopode-fazer-online-que-voce-tem-que-dar-as-caras-uma-e-se-casar-outra-e-divorciar-aterceira-e-comprar-ou-vender-um-imovel/>

mais se vê é a trivialização de ideias favoráveis à convocação de assembleias nacionais constituintes para viabilizar acesso e fruição de poderes que obviamente não encontram abrigo na Constituição vigente.

O Brasil ainda é o país das filas infindáveis no comprimento físico e na duração, sem que isso garanta que o cidadão que muitas vezes dorme no local para garantir seu lugar na fila, solucionará seu problema.

A utilização das tecnologias relativas ao *governo digital* e à administração e atendimento digno dos interesses do cidadão, atenuariam sensivelmente, ou até eliminariam, burocracias desnecessárias, ideias do gênero “*sempre foi assim, por que mudar?*”, incúria administrativa negligência pública ao atendimento de direitos fundamentais, despreparo de agentes públicos para solucionar problemas simples, custo de repartições públicas gigantes com postos de trabalho anacrônicos e desnecessários, e mesmo a corrupção.

Sustentabilidade é fator fundamental não apenas em relação ao meio ambiente, mas a todos os seus objetivos, e as tecnologias desempenham papel insubstituível para sua concretização, mas, sem energia, qualquer tecnologia não passará de mero sonho.

A sustentabilidade desempenha dois papéis relevantes nos domínios da tecnológicos.

Em primeiro momento, como pressuposto material na criação, no desenvolvimento e nas inovações de qualquer tecnologia. Nessas etapas, disponibilização de energia é insubstituível. Sem energia, laboratórios, equipamentos e meios necessários simplesmente não funcionariam. Esses fatores pressupõem a disponibilização de energia para serem levados a efeito e a sua continuidade depende da sustentabilidade energética⁴⁷⁴ futura.

Em um segundo momento, a sustentabilidade emerge como um dos objetivos da tecnologia. E nessa tarefa, a tecnologia potencializa a capacidade humana de preservação. Graças aos avanços tecnológicos, é possível a uma geração não apenas deixar para as futuras o mundo tal como o receberam, mas deixá-lo ainda melhor. Esse serviço da tecnologia já é realidade apesar da poluição, dos desmatamentos descontrolados e de tantos outros indesejáveis efeitos do menosprezo pelo ambiente. Independentemente do ambiente onde se encontre o leitor deste texto, basta-lhe observar que, com exceção do ar que estiver respirando, todos os demais fatores que tornam sua permanência mais confortável, foram um dia apenas uma ideia de alguém e, entre tais ideias, dificilmente encontrará uma que não

⁴⁷⁴ *O caráter necessariamente homeostático e sustentável do desenvolvimento e a natureza multidimensional da sustentabilidade, apontados por Juarez Freitas*, inspiram ao tema do presente estudo a percepção de uma dimensão a mais para a sustentabilidade: a pertinente ao seu pressuposto material que serve de tema básico do presente estudo, trata-se da sustentabilidade energética. E assim inspira porque o próprio autor alerta para a existência de outras dimensões além daquelas analisadas em sua obra. [BLANCHET, Luiz Alberto](#). O Serviço Público de Energia Elétrica e o Desenvolvimento: A sustentabilidade energética. In: GONÇALVES, Oksandro; FOLLONI, André; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Direito Econômico & Socioambiental: por interconexões entre o desenvolvimento e a sustentabilidade*. 1ed. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 60.*

* FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

tenha desencadeado o desenvolvimento de alguma tecnologia. Trata-se, afinal, do bem-estar como um dos objetivos da tecnologia a que alude o art. 219 da Constituição e, reconheça-se, esse bem-estar vem sendo proporcionado pela tecnologia muito antes da promulgação deste Constituição e, mesmo depois de 1988, continua sendo disponibilizado independentemente do fomento a que se refere o citado artigo⁴⁷⁵.

A sustentabilidade apenas preservadora já é de inegável relevância, mas a tecnologia dá vida à *sustentabilidade proativa*, aquela que não apenas preserva, mas também potencializa os recursos, aprimora aquilo que pela atuação sustentável tradicional foi deixado pelas antigas gerações, incrementa a fruição dos direitos. Este é um dos espaços reservados pela Constituição, não expressamente, mas de forma implícita. De forma implícita, mas, sem dúvida, não menos relevante do que se estivesse expressamente impressa no texto constitucional, pois, conforme voltar-se-á a comentar parágrafos adiante, o texto constitucional é fundamental e imprescindível, mas é apenas o aspecto visualmente perceptível da Constituição, apenas seu *corpus mechanicum*. A Constituição da República Federativa do Brasil é integrada por um sistema de normas cuja fonte pode estar textualmente expressa ou logicamente implícita

A preocupação, portanto, centra-se na análise jurídica da tecnologia como um dos principais meios de solução dos grandes problemas da administração pública no atendimento ao cidadão. Essa tecnologia, como recurso imprescindível para preservar os fundamentos da República (art. 1º da Constituição) e assegurar a consecução dos objetivos fundamentais (art. 3º) depende da sustentabilidade energética.

Objetivo prévio e geral, frequentemente desprezado, consiste em descobrir se é, e até que ponto, materialmente possível, em primeiro lugar, garantir a corporificação do pressuposto necessário para a consecução da sustentabilidade energética sem a qual os procedimentos tecnológicos necessários para consecução dos objetivos da tecnologia. Entre tais objetivos, merecem menção, em especial, aqueles definidos nos arts. 218 e 219 da Constituição e, mediatamente, a preservação dos fundamentos da República e de seus objetivos fundamentais - arts. 1º e 3º da Constituição - (assegurando-se a atualidade tecnológica do serviço público de energia elétrica, a universalidade da distribuição e a modicidade tarifária, entre outros princípios constitucionais e da Lei 8987/95, prevenindo-se apagões e irregularidades no fornecimento de energia.

⁴⁷⁵ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal. Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Sem energia, afinal, seriam inviáveis todas as etapas de desenvolvimento de uma tecnologia e igualmente a aplicação prática para qual toda tecnologia é criada.

Implementado o pressuposto, vencido o problema em seu plano material e aberto o caminho para a viabilização do emprego de novas tecnologias a serviço da satisfação dos fundamentos e dos objetivos fundamentais da República, deve-se verificar se mesmo onde inexistem normas jurídicas específicas, é possível o tratamento jurídico eficiente para operações destinadas a utilizar as inovações tecnológicas em favor da sociedade e da cidadania.

A tudo se deve proceder tendo como ponto norteador a sustentabilidade em todas as duas dimensões.

CONCLUSÃO

Tecnologia e ideologia recebem tratamentos diferentes da Constituição, tanto na forma quanto no conteúdo. Enquanto a tecnologia é objeto de disciplina em capítulo próprio, a ideologia encontra-se apenas implícita em alguns dispositivos.

A forma pela qual a ideologia se manifesta ao intérprete na Constituição, não subtrai, e tampouco diminui, sua importância para o Direito. A ideologia não é algo inútil ou nocivo. A criação e desenvolvimento de ideologias é inerente à condição humana. A ideologia, tal como outros elementos implícitos na Constituição, como o princípio do empreendedorismo⁴⁷⁶, a logística (pública e privada) como pressuposto dinâmico do desenvolvimento, e tantos outros fatores e princípios igualmente implícitos, não são mero fruto da imaginação, mas constatações lógicas inequívocas.

O risco não é imanente à ideologia, mas ao mau uso de uma ideologia como se fosse absoluta e excludente de todas as demais, a ponto de ser elevada ao patamar de solução universal e única para todos os problemas.

No concerne à tecnologia, sua importância jurídica não deflui apenas das normas jurídicas, mas também dos aspectos juridicamente relevantes da realidade. O exemplo da Estônia, a que se fez referência no item 1, é suficiente para revelar as vantagens que a visão e utilização proativas da tecnologia propiciam ao cidadão e à coletividade. Exemplo que, se seguido pelo Brasil, provocaria uma enorme revolução positiva no País.

Se já tivesse preteritamente havido a conveniente preocupação em se eliminar a subutilização da tecnologia, com certeza o Brasil estaria hoje exercendo seu papel de protagonista no plano da efetiva e adequada utilização das inovações tecnológicas a serviço

⁴⁷⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. A energia, custos e sustentabilidade no Brasil e na Europa. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. (Orgs). *Estado, Direito & Políticas Públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. 1ed. Curitiba: Ithala, 2014, v. 1, p. 478.

do ser humano e não simplesmente da economia, da política e dos demais campos de disputa mundial.

A Ciência, a tecnologia e a inovação a serviço do ser humano diretamente, com certeza é a chave da operação simbiótica do desenvolvimento. Operação esta pela qual o homem desenvolve a Ciência e aplica a técnica nela alicerçada e, em troca, dela recebe as soluções para seu desenvolvimento, especialmente nos âmbitos humano e social.

Nesse processo de mutualismo entre homem e Ciência, ambos interagem e crescem, o combustível é a natural e constante busca do bem-estar pela natureza humana e o instrumento é a inovação. Mas não basta apenas isso, é necessário que a Ciência, a tecnologia e suas inovações sejam efetivamente utilizadas pelo cidadão e pela sociedade, objetivo que jamais será alcançado se não houver normas jurídicas que, enraizadas principalmente nos arts. 218 e 219 da Constituição, finalmente tirem do plano apenas teórico a garantia do desenvolvimento nacional, como um dos objetivos constitucionais fundamentais do Estado Brasileiro.

Desnecessário insistir, mas oportuno lembrar, que, sem energia, nenhuma tecnologia funciona. Aí pousa a imprescindibilidade da sustentabilidade energética, ou, em termos mais diretos, energia limpa - e de fontes renováveis – suficiente para manter em funcionamento todos os meios tecnológicos sem os quais o ser humano não seria sequer o que é hoje, e jamais será o que merece ser no futuro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLANCHET, Luiz Alberto. O Serviço Público de Energia Elétrica e o Desenvolvimento: A sustentabilidade energética. In: GONÇALVES, Oksandro; FOLLONI, André; SANTANO, Ana Cláudia. (Org.). *Direito Econômico & Socioambiental: por interconexões entre o desenvolvimento e a sustentabilidade*. 1ed. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1.

BLANCHET, Luiz Alberto. A energia, custos e sustentabilidade no Brasil e na Europa. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Cláudia. (Orgs).. (Org.). *Estado, Direito & Políticas Públicas: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. 1ed. Curitiba: Ithala, 2014, v. 1

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<https://primeirosribelem.com.br/2018/08/16/na-estonia-existem-tres-coisas-que-voce-naopode-fazer-online-que-voce-tem-que-dar-as-caras-uma-e-se-casar-outra-e-divorciar-aterceira-e-comprar-ou-vender-um-imovel/> - consultado em 10 de junho de 2020.

**SMART CONTRACTS E OBRIGAÇÕES: CLÁUSULAS
AUTOEXECUTÁVEIS COMO INSTRUMENTO PARA UM NOVO
EQUILÍBRIO NA ALOCAÇÃO DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO NOS
CONTRATOS**

*SMART CONTRACTS AND OBLIGATIONS: SELF-EXECUTING CLAUSES AS
AN INSTRUMENT FOR A NEW BALANCE IN THE ALLOCATION OF
TRANSACTION COSTS IN CONTRACTS*

Eduardo Oliveira Agostinho⁴⁷⁷

Sandro Mansur Gibran⁴⁷⁸

RESUMO: A tecnologia *blockchain* e os *smart contracts* propiciam uma ampla variedade de novos modelos de negócio, com impactos nas relações de direito público e privado. A proposta do presente artigo é provocar a reflexão sobre os efeitos que podem advir dessas tecnologias para os contratos e obrigações presentes no direito privado. Compreende-se que as cláusulas autoexecutáveis dos *smart contracts* possibilitam a realocação dos custos para a execução dos contratos. Nessa perspectiva, observa-se as principais características presentes nessas tecnologias como atributos para uma nova leitura sobre o direito das obrigações e contratos. Em seguida, apresentam-se possibilidades oferecidas para emprego em contratos típicos do direito civil, e como a autoexecutividade inteligente de determinadas cláusulas oferece uma nova perspectiva para o cumprimento de obrigações e as consequências para o direito dessas alternativas de realocação dos custos de execução contratual. Vale mencionar a preocupação com o equilíbrio entre a facilitação do trânsito jurídico e a proteção do acesso à justiça e da hipossuficiência como corolário do desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: obrigações, contratos, *smart contract*, *blockchain*, desenvolvimento.

ABSTRACT: Blockchain technology and smart contracts provide a wide variety of new business models, with impacts on public and private relations. The purpose of this article is to provoke reflection on the effects that these technologies can have on contracts and obligations in private law. It is understood that the self-executing clauses of smart contracts enable the reallocation of costs for the execution of contracts. In this perspective, the main characteristics present in these technologies are observed as attributes for a new perspective on the law of obligations and contracts. Therefore, the possibilities offered for typical civil law contracts are presented, and also, it is presented how the intelligent self-enforcement of certain clauses offers a new perspective for the fulfillment of obligations and the consequences for the reallocation of execution costs in contracts. It is worth mentioning the concern with the balance between facilitating legal transit and protecting access to justice and vulnerability as a corollary of sustainable development.

Keywords: obligations, contracts, smart contract, blockchain, development.

⁴⁷⁷ Professor Titular de Direito Empresarial da Escola de Direito da PUCPR e Professor Colaborador do PPGD da PUCPR. Doutor em Direito Econômico pela PUCPR. Advogado.

⁴⁷⁸ Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Doutor em Direito Econômico pela PUCPR. Advogado.

INTRODUÇÃO

É impossível não associar o entusiasmo com as novas perspectivas advindas da tecnologia *blockchain* e dos *smart contracts* com aquele vivido pelos comerciantes e banqueiros no século XII, com a criação das letras de câmbio e com a engenhosidade humana por detrás da noção de cartularidade dos títulos de crédito, em prol da dinâmica da circulação de riqueza, dissociando-se as obrigações contratuais das obrigações creditícias.

É nessa perspectiva que as cláusulas autoexecutáveis presentes nos *smart contracts*, aliadas à tecnologia *blockchain*, oferecem, mais uma vez, como fruto da engenhosidade humana, instrumentos de redução dos custos de transação na execução dos contratos. As cláusulas executáveis transferem o ônus da persecução da tutela jurisdicional, na eventual inconformidade das partes com os desdobramentos do contrato, do titular do direito subjetivo autoexecutável, — o qual até essa mudança se via obrigado a buscar a tutela jurisdicional na hipótese do inadimplemento — para o titular da obrigação auto executada.

Essa mudança de alocação de custos para a execução dos contratos tende a propiciar um amplo espaço para a realização de negócios, o que induz ao desenvolvimento socioambiental. Apesar disso, o direito precisa estar vigilante para que se afaste o risco potencial de que o uso desses comandos automáticos sirvam de subterfúgio para se desbordar anos de construção jurisprudencial com foco na proteção dos mais vulneráveis nas relações contratuais, sobretudo aquelas massificadas, insertas no âmbito do direito do consumidor, ou que envolvam direitos fundamentais nos quais o acesso à justiça e o contraditório devem ser preservados como etapa prévia à execução de cláusula contratual, não se admitido, portanto, a sua auto exigibilidade.

Para a reflexão sobre esse equilíbrio, apresenta-se as características principais das tecnologias *smart contracts* e *blockchain*, cujos atributos propiciam essa nova alocação dos custos de execução dos contratos.

Posteriormente, a partir da compreensão da jurisprudência existente a respeito de alguns fatos de ocorrência reiterada em contratos típicos do direito privado, inferem-se possibilidades de torná-los mais efetivos a partir do emprego de cláusulas autoexecutáveis, harmônicas ao posicionamento já consolidado da jurisprudência, e da expectativa teleológica que permeia tais relações contratuais e fatos decorrentes da execução desses contratos.

O desafio que se apresenta está no uso do código — cláusulas autoexecutáveis — em prol dos contratos e da redução dos custos de transação, sem, contudo, abrir-se espaço para o enfraquecimento da tutela do direito fundamental de acesso à justiça e da proteção jurídico-processual à hipossuficiência.

1. TECNOLOGIAS DIGITAIS E A MUDANÇA PARADIGMÁTICA DECORRENTE DA INTRODUÇÃO DO CÓDIGO NOS CONTRATOS

Para a compreensão dos efeitos possíveis oferecidos pelo emprego dos *smart contracts* e do *blockchain*, faz-se necessário entender as características dessa tecnologia e os seus atributos para a otimização de relações contratuais.

2.1 *Smart Contracts*

O constante avanço tecnológico é inexorável e seus reflexos à vida em sociedade são inegáveis e sensíveis, inclusive – e como não poderia deixar de ser – a alguns institutos jurídicos, há tempos estabelecidos, e que precisam também atualizar-se para não conflituarem com a realidade social e para não serem impasse à instrumentalização oportunizada pela vanguarda no processamento de informações.

Com o advento da *internet* e sua conseqüente pulverização aos lares e aos telefones celulares, novas formas de relações sociais se firmaram e outras tantas foram readequadas. Estabeleceu-se um universo virtual que paradoxalmente gera conseqüências materiais, concretas, “não virtuais” aos sujeitos de Direito.

A complexidade e a rapidez com a qual tais relações se formam acentuam o conflito entre dinamicidade do mundo virtual e a estabilidade das normas positivadas do Direito. Esta situação haverá de permanecer enquanto não se definirem parâmetros legais suficientemente completos e adequados à movente sociedade moderna.

A tecnologia possibilita um sem número de novas formas de relações sociais. Na realidade virtual as leis de tempo e de espaço são relativizadas ao extremo, de maneira que, por exemplo, lojas hospedadas em *sites* de *internet* possam oferecer produtos sem, ao menos, tê-los em estoque; possam funcionar vinte e quatro horas por dia durante todos os dias da semana sem ter mais de um empregado; sem riscos de roubos e furtos (salvo as invasões de *hackers*); sem grandes espaços físicos para operar salvo a sala de um escritório ou de um cômodo de residência; sem zeladores e sem faxineiros; sem repositores de estoque etc.. Além disso, trata-se de um ambiente em que a comunicação por meio da fala já não faz tanta diferença quando da oferta do produto e das tratativas – a imagem do sítio, comumente, é o que chama a atenção do adquirente em potencial e este instrumentaliza, ao mesmo tempo, o promotor de vendas e o comprador e as partes entre si contratantes.

Sendo assim, é fato que o acesso à informação e aos meios que a possibilitam serão, cada vez mais, relevantes ao cotidiano, com maior facilidade e rapidez à satisfação dos anseios.

Uma das características revolucionárias já conhecida do universo virtual é a capacidade de reduzir consideravelmente a distância entre aquele que busca um produto, um serviço ou uma informação, e o próprio objeto desejado.

A exploração tecnológica e suas mais variadas consequências compõem uma realidade que promove desafios aos setores mais conservadores da ciência jurídica, bem como àqueles profissionais que ainda oferecem resistência em compreender e aceitar, de maneira completa, a real influência, as particularidades e as consequências trazidas pela era virtual. Sabe-se que a ciência jurídica, como instrumento socializante, regula e transforma as relações entre os sujeitos e deve abranger quaisquer novos inventos ou situações que possam vir a influenciar a vida em sociedade, tendo em vista a sua relevância social.

Conforme registros, a locução *smart contract* foi utilizada pela primeira vez por Nick Szabo (1996, p. 1), há mais de 20 anos. Enquanto jurista e criptógrafo, Nick Szabo pretendia desenvolver um contrato efetivamente seguro às partes, cuja existência, validade e cumprimento fossem inquestionáveis por meio de um registro virtual em rede, com capacidade de armazenamento deste contrato e das informações dele decorrentes, para ser imutável e sempre executável, sem reservas e sem possibilidade de manobras protelatórias às partes contratantes.

Ainda que não exista um conceito padrão, *smart contracts* ou contratos inteligentes, em um tradução literal ao português, são contratos transformados ou convertidos em uma linguagem computacional, cujas respectivas cláusulas são traduzidas em código binário *if/then* para funcionarem a partir de *softwares* e executados por meio de *hardware* (FRAZÃO, 2019, p. 1).

Esclarecendo complementarmente, os *smart contracts*, desde que estabelecidos, executam-se automaticamente em uma cadeia de blocos, sem intermediários, impactando na redução dos custos de transação⁴⁷⁹ (LÉGERENMOLINA, 2018, p. 197).

Nick Szabo faz referência às *vending machines*, como aquelas tão comuns em aeroportos: o interessado em adquirir um refrigerante, escolherá aquele de sua preferência e inserirá o dinheiro em efetivo necessário para a compra do produto. Realizado o pagamento, o adquirente selecionará sua opção que é disponibilizada imediatamente, recebendo ainda o troco, se houver, e mais o comprovante de pagamento. A prestação e a contraprestação contratual acontecem imediatamente, de modo perfeito, satisfazendo-se reciprocamente os interesses das partes contratantes (EFING; SANTOS, 2018, p. 54).

Do operacional da *vending machine*, verifica-se que os *smart contracts* dependem de uma fórmula de aplicação; ou seja: “se x, então y” ou “*if/then*” e a prestação e a

⁴⁷⁹ Aunque actualmente hay cierta identificación de los contratos inteligentes con las secuencias de código que se ejecutan en una cadena de bloques en parte porque dicha tecnología facilita la circulación de bienes digitales, permite pagos programados, así como la existencia de un ordenador imparcial que ejecute las órdenes preestablecidas... (LEGERÉN-MOLINA, 2018, p. 197).

contraprestação validada em rede permite a execução automática do contrato, sem a presença de um terceiro para intermediar a transação, resultando em efetiva segurança às partes contratantes, independentemente do elemento “confiança”, essencial que é aos contratos tradicionais mas, também por sua subjetividade, falível⁴⁸⁰.

A execução das obrigações estabelecidas nos *smart contracts* é viabilizada por meio de oráculos⁴⁸¹ que se valem de informações externas, já constantes em rede, para controlar e garantir previamente a exequibilidade dos termos contratados (SLOBODNÍK, 2018, p. 1).

Alguém que faça a oferta de venda de seu automóvel particular em *smart contract*: o oráculo confirmará simultaneamente se o ofertante é efetivamente proprietário do automóvel e se o automóvel existe (essas informações seriam buscadas externamente, acessando-se o sistema do Departamento de Trânsito, em operação simultânea). Atualmente os automóveis também são inteligentes e eles poderiam alimentar o oráculo com informações relativamente às suas condições mecânicas, de uso (vide o odômetro) e de conservação. Para evitar-se a abusividade de preço na oferta do bem, o oráculo buscaria informações no mercado automotivo, considerando, inclusive, as características individuais do automóvel à venda. Aparecendo um interessado, o oráculo validaria a capacidade de pagamento do comprador. Se o candidato a comprador não tem dinheiro ou crédito suficiente, o oráculo não permite que o contrato se aperfeiçoe. Por outro lado, em havendo a capacidade de pagamento, a venda se aperfeiçoa, o dinheiro é instantaneamente repassado ao vendedor e a propriedade do automóvel é simultaneamente transferida ao adquirente. E finalmente e como a tecnologia já permite, em sendo um veículo inteligente ou autônomo, doravante ele só poderia ser acionado por seu atual proprietário, aquele constante do registro.

Ainda que a locução *smart contracts* tenha mais de 20 anos, sua aplicação ganha especial destaque e possibilidade na realidade blockchain, tema esse já bem mais contemporâneo e igualmente relevante aos interesses da coletividade.

2.2 Blockchain

O *blockchain* – ou “blocos em corrente” ou “corrente de blocos” - é uma plataforma que agrega uma rede de dados armazenados e compartilhados em blocos, que se ligam uns

⁴⁸⁰ Afinal, muitos contratos deixam de ser cumpridos, impondo a intervenção de terceiros para o devido aperfeiçoamento da obrigação (normalmente do Poder Judiciário).

⁴⁸¹ Oráculos são confiáveis alimentadores de dados que enviam informações internamente aos contratos inteligentes, suprimindo a necessidade de os contratos inteligentes acessarem diretamente informação externa à sua rede, amenizando seu volume de trabalho. Oráculos são geralmente supridos por terceiros e são autorizados pelas companhias que deles se utilizam.

Tradução livre de: *Oracles are trusted data feeds that send information into the Smart Contract, removing the need for Smart Contracts to directly access information outside their network, thus lightening their workload. Oracles are usually supplied by third parties and are authorized by the companies that use them.*

aos outros. Esses dados não estão armazenados em um servidor mas são pulverizados entre os blocos organizados em rede. Conseqüentemente as informações passam a ser imutáveis, transparentes e públicas.

Como fraudar as informações se estão todas descentralizadas e compartilhadas em blocos? A validade destas mesmas informações ou sua convalidação depende de todos os blocos estruturados em rede. O *blockchain* é um todo. Um ou muitos blocos danificados não comprometem a higidez do *blockchain* pois a rede é extensa e os blocos que armazenam informações estão espalhados por todo o planeta nas unidades de computadores, nos *smartphones* etc.. Independentemente da motivação, a atividade de um *hacker* só é efetiva quando os dados estão todos centralizados. Portanto, por suas características e engenhosidade, o *blockchain* é seguro!

Tecnicamente se pode conceituar o *blockchain* como um livro-razão em rede de dados compartilhada e que armazena informações codificadas dentro de blocos, de forma rápida, descentralizada e imutável (PEREIRA, 2019, p. 1).

Carvalho e Ávila (2019, p. 165) explicam que a tecnologia *blockchain* funciona como um banco de dados estruturado em uma corrente de blocos que organiza as transações em ordem cronológica e em inúmeros computadores que integram a rede.

Em síntese, *blockchain* é um livro-registro *online*, com fé pública, que garante a realização e o assentamento das mais diversas relações da vida civil de modo seguro e descentralizado (GODOY, 2019, p. 69).

Toda esta eficiência e praticidade, como não poderia ser diferente, implica também na redução dos custos das operações e esse fator é especialmente interessante ao empresariado, consoante frisa Forgioni (2016)⁴⁸².

a utilização da Blockchain tem também a vantagem de reduzir os custos atrelados à necessidade de um terceiro intermediário responsável por assegurar a confiabilidade dos registros, na medida em que não há necessidade de validá-los (PORTO; JUNIOR; SILVA, 2019, p. 15).

Do operacional do *blockchain* se depreende que os fatores segurança e ausência de intermediário são impactantes à redução dos custos de transação, de modo que o incentivo do empresariado à implementação desta plataforma é patente: os meios tecnológicos para tanto já são abundantes e o *blockchain* tem como se espriar⁴⁸³.

⁴⁸² Paula Forgioni buscou em Ronald Coase os fundamentos para sua afirmação, a partir do estudo da Teoria dos Custos de Transações (FORGIONI, 2016, p.141-143).

⁴⁸³ Essa afirmação é confirmada em Tapscott e Tapscott (2016, p. 93). Do *blockchain* se verifica a redução dos custos de transações decorrentes da segurança das relações estabelecidas em rede, dentre seus participantes, e por tornar desnecessário o intermediário; isto é: prescinde-se de instituições financeiras, de cartórios, da Administração..., daqueles que habitualmente validariam e/ou convalidariam os registros, para torná-los seguros. O *blockchain* desburocratiza as relações organizadas em sua rede.

Para Schwab (2016, p. 15-16), aliás, já é notória a transição da Terceira para a Quarta Revolução Industrial a partir de três vertentes; a saber: da velocidade no aprimoramento e na maior qualidade das tecnologias já existentes; na ampliação e na pulverização das tecnologias e seus impactos comportamentais na vida em sociedade, na Economia e nas relações negociais; e, finalmente, das mudanças de paradigmas nas estruturas e nos sistemas econômicos de cada país, com vultosos reflexos na produção empresarial⁴⁸⁴.

Desde o rápido desenvolvimento tecnológico açambarcado pela Quarta Revolução Industrial - da Indústria 4.0, seus efeitos às relações jurídicas são de indissociável consequência:

As inovações tecnológicas continuam revolucionando as relações jurídicas negociais. Outrora celebrados por meio da subscrição de instrumento físico, negócios jurídicos passam a ser celebrados através da rede mundial de computadores e, dia após dia, ganham mais vertentes e possibilidades, tal como a capacidade de realizar todas as operações negociais por meio de códigos. (EFING; SANTOS, 2018, p. 52)

Deduz-se, destas premissas, que também as relações contratuais ou os *smart contracts* são e serão também armazenados em *blockchain*; isto é: as transações firmadas em *blockchain* terão suas informações e cláusulas criptografadas e publicadas por compartilhamento dentre todos os participantes da rede (CARVALHO; ÁVILA, 2019, p. 165).

Não se pode duvidar que o *blockchain* é uma plataforma bastante adequada à aplicação dos *smart contracts*: as cláusulas são convertidas em códigos; publicizadas em rede e diluídas em blocos. Só quem possui as chaves é que terá acesso integral ao conteúdo contratual que constar, imutável, em rede (CARVALHO; ÁVILA, 2019, p. 165-166). Destaque-se, novamente, que as cláusulas que integram esses contratos são criptografados e não podem ser modificadas unilateralmente, fato que contribui à almejada segurança do ato jurídico perfeito.

Por outro lado, é importante considerar que os *smart contracts* não dependem, necessariamente, do *blockchain* para acontecer. Não existe uma relação parasitária ou simbiótica entre um e outro. Em verdade a realidade *blockchain* é muito adequada e

⁴⁸⁴ A Quarta Revolução Industrial ou a Indústria 4.0 é um conceito difundido por Klaus Martin Schwab, enquanto fundador e diretor do Fórum Econômico Mundial. Para Schwab, a industrialização, em sua quarta fase, é uma completa mudança de viés e não apenas mais um estágio do desenvolvimento tecnológico.

A Terceira Revolução Industrial ou a revolução informacional trouxe à coletividade os aparelhos eletrônicos, a tecnologia da informação e das telecomunicações e justamente estas facilidades, em evolução, são os fundamentos da indústria 4.0, totalmente automatizada a partir de sistemas que inter-relacionam maquinários com processos digitais: uma “fábrica inteligente”.

Apenas a título de curiosidade, a Primeira Revolução Industrial é aquela contemporânea à Revolução Francesa, com marco temporal no final do Século XVIII e início do Século XIX. A Segunda se situa em meados do século XIX, com o advento da energia elétrica e intensificada com a produção em série (no modelo conhecidamente trazido por Henry Ford).

compatível à aplicabilidade dos *smart contracts* pois a plataforma, como já destacado, permite a auto-executabilidade, a segurança e imutabilidade do que foi contratado (TULSIDAS, 2018, p. 14).

A vanguarda dos *smart contracts* e da *blockchain*, apesar de serem realidade inexorável, representa muitas incertezas.

A mutabilidade das relações jurídicas e dos próprios bens, tangíveis e dos relevantíssimos intangíveis, está adstrita a uma adequação jurídico-social. A regulação e constante atualização das relações entre particulares é o que contribui para o avanço econômico e social. É o que mantém a capacidade dos sujeitos de direito se vincularem uns aos outros por meio de relações jurídicas reguladas por novas ferramentas, sem que se tenha receio das possíveis consequências causadas por qualquer carência na regulamentação desses negócios jurídicos firmados pelos meios menos ortodoxos.

O fato de que as relações pertencentes ao meio eletrônico (ampla e definitivamente adotado pela sociedade) não tenham balizas às quais possam se equilibrar traz consequências inimagináveis, a citar, em visão inicial, a quebra do princípio do tratamento isonômico, relativizado ante a limitação da própria lei uma vez que o assunto é, muitas vezes, tratado livremente pelo aplicador do Direito, desconsiderando-se a complexidade da qual estes contratos são revestidos. O Direito não deve se sujeitar à sorte de conceitos, dos mais diversos, provenientes de alguns intérpretes, baseados tão somente em sua capacidade imaginativa, muitas vezes com carência de especialidade ou de domínio da técnica.

Uma vez que ainda não se tem harmonização dos critérios a serem adotados acerca das relações provenientes de *internet*, faz-se essencial que a ferramenta da qual os estudiosos devem fazer uso é o bom senso com vistas à manutenção de certa unidade de aplicação normativa constituída pela jurisprudência dominante. Tal situação se faz plenamente possível visto que, em devastadora maioria, pelo menos na matéria aqui tratada, os aplicadores do Direito não têm cometido muitas impropriedades. Tal fato, porém, não redime aqueles que permitem e continuam a cometer erros crassos vinculados às relações econômicas, sem considerar as mudanças oportunizadas pela tecnologia. A matéria aqui abordada vincula-se, portanto, à manutenção de garantias fundamentais relativas à liberdade subjetiva que, por sua vez, insere-se em uma realidade de influência negativa direta proveniente de institutos jurídicos desatualizados que podem imprimir dificuldades e enorme insegurança à busca por uma posição econômica de maior prestígio por parte dos sujeitos de Direito.

2. AUTOEXECUTIVIDADE DOS SMART CONTRACTS E REDISTRIBUIÇÃO DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO PARA A TUTELA JURISDICIONAL

O Poder Judiciário encontra-se com excessivo volume de casos ajuizados em decorrência de inadimplementos e execuções de contratos. A título de exemplo, segundo o portal da transparência⁴⁸⁵ do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), ao longo de um ano são registradas, em média, 60 a 70 mil execuções de títulos extrajudiciais, apenas nos Juizados Especiais Cíveis do Estado, ou seja, nas causas cujo valor não excede a quarenta vezes o salário mínimo, nos termos do artigo 3º da Lei nº 9.099/1995. E, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), o tempo médio de tramitação de uma execução (da petição inicial até a baixa do processo) no 1º grau das varas estaduais brasileiras, está em 7 anos e 6 meses.

Muitos desses casos que atualmente são judicializados poderão ser resolvidos por meio de *smart contracts*, onde há autoexecutividade, garantindo maior segurança, celeridade e eficiência para as partes contratantes, ao coibir a inadimplência.

A autoexecutividade dos *smart contracts* se deve à lógica matemática em que se baseia o seu funcionamento, qual seja, “se X, então Y”. Se o cumprimento é X, e o pagamento é Y, o *smart contract* se torna autoexecutável na medida em que o adimplemento da condição gera o resultado final, de pagamento; ou então, se o descumprimento é X, e a sanção é Y, esta é autoexecutável ao verificar o inadimplemento. Assim, concretiza-se o código, conforme explica Lawrence Lessig. (LESSIG, 2006)

Veja-se, a título de exemplo, algumas aplicações práticas para os *smart contracts*:

2.1 Busca e apreensão em alienação fiduciária de automóveis

A alienação fiduciária é uma modalidade de contrato muito utilizada para financiamento de automóveis. Nas partes contratantes estão, de um lado, o credor (geralmente um banco ou instituição financeira) que concede os recursos financeiros para a compra de um automóvel, e, de outro lado, a pessoa física ou jurídica que pretende adquirir o bem e, por isso, empresta os recursos financeiros que serão pagos em parcelas, ou, em caso de não pagamento, o credor retoma o bem.

Esta modalidade já foi considerada uma boa garantia para os bancos, mas diante de um grande número de casos de inadimplência, os valores recuperados pelos bancos têm se mostrado relativamente baixos (YANAKA, 2014, p. 216).

A retomada do bem, por sua vez, ocorre por meio de ação judicial de busca e apreensão, nem sempre alcançando o resultado útil ou esperado, devido aos diversos obstáculos que se apresentam nessas ações judiciais. Um desses obstáculos é a comprovação da mora como pressuposto de constituição válida e regular para o ajuizamento da ação de

⁴⁸⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Comunicados CG n.º 195/2018 e CG n.º 82/2019*. Corregedoria: Estatísticas e Comunicados. Disponível em: < <http://www.tjsp.jus.br/Corregedoria/Estatisticas> > Acesso em 09 de julho de 2020.

busca e apreensão, quando o devedor não é localizado para receber a notificação extrajudicial.^{486 487} Esta exigência é imposta também pela Súmula nº 72 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente."⁴⁸⁸

Outro fato comum e corriqueiro é a não localização do veículo objeto da ação de busca e apreensão, que importa na ausência de utilidade do processo, podendo ser convertido o pleito em ação executiva, ou extinto o feito sem resolução do mérito.^{489 490} Mesmo que se opte pela conversão do feito em execução – quando o veículo não é localizado – a satisfação da execução depende de que seja encontrado patrimônio do devedor.

Diante disso, o devedor acaba por continuar usufruindo do bem sem cumprir com a sua obrigação de pagamento.

Por outro lado, os tribunais pátrios têm adotado a teoria do adimplemento substancial, ou seja, se for ínfimo, insignificante ou irrisório o descumprimento diante do todo obrigacional não há de se falar em devolução do bem alienado. Isso, como instrumento de equidade diante da situação fático-jurídica, viabilizando soluções razoáveis e sensatas, conforme as especificidades do caso concreto. Fundamenta-se nos princípios da boa-fé objetiva, da função social, da vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa. Portanto, nos casos em que já houve o pagamento de aproximadamente (ou mais) de 80% do bem em questão, o julgador tem aplicado a teoria do adimplemento substancial, impedindo a busca e apreensão do bem objeto do contrato como forma de perseguição do crédito, restando as outras alternativas para pleitear o cumprimento do restante da obrigação.^{491 492}

493

Diante de todos esses desafios, os smart contracts podem ser uma solução mais eficiente: o automóvel pode ser equipado com uma chave digital para abri-lo e dar partida, bem como com um localizador. Assim, se o comprador de um automóvel com um crédito

⁴⁸⁶ Tribunal de Justiça de Goiás. *Apelação 01628122620178090051*, Relator: Nelma Branco Ferreira Perilo, Data de Julgamento: 11/02/2019, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 11/02/2019

⁴⁸⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão 1222132, 07243821720188070001*, Relator: Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 4/12/2019, publicado no DJE: 21/1/2020.

⁴⁸⁸ Essa exigência também se aplica ao contrato de arrendamento mercantil (leasing), conforme Súmula nº 369 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "No contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora."

⁴⁸⁹ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão 1195354, 07013581820188070014*, Relator: Alfeu Machado. 6ª Turma Cível, data de julgamento: 21/8/2019, publicado no DJE: 29/8/2019.

⁴⁹⁰ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Acórdão 1219294, 07044313120188070003*, Relator: Nídia Corrêa Lima, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 27/11/2019, publicado no DJE: 10/12/2019.

⁴⁹¹ Tribunal de Justiça do Piauí. *Diário de Justiça Eletrônico 8630*, p.70. Relator(a): Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara Especializada Cível, Julgado em: 26/02/2019).

⁴⁹² Tribunal de Justiça do Amazonas. *Apelação 0630623-80.2018.8.04.0001* Relator (a): Cláudio César Ramalheira Roessing; Comarca: Manaus/AM; Órgão julgador: Primeira Câmara Cível; Data do julgamento: 19/12/2019; Data de registro: 19/12/2019).

⁴⁹³ Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão 0017360-97.2018.8.16.0000*. Relatora Des. Rosana Amara Girardi Fachin. 17ª Câmara Cível. Julgamento em 18/02/2020.

bancário deixar de pagar suas prestações, a chave digital pode ser automaticamente bloqueada pelo inadimplemento, e o banco pode recuperar o automóvel localizando-o e desbloqueando o dispositivo. Esse contrato poderia vir com cláusula autoexecutável que previsse também a hipótese de adimplemento substancial.

2.2 Ação de despejo por inadimplemento de alugueres

Na mesma esteira do que foi exposto sobre alienação fiduciária, o inadimplemento nos contratos de locação de bem imóvel, ocasionam a judicialização de ações de despejo do inquilino, cumulada com a cobrança dos alugueres em atraso.

O inciso I do artigo 23 da Lei nº 8.245/1991, determina que é obrigação do locatário (inquilino) “pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido.” Se não for cumprida esta obrigação, é cabível a ação de despejo, a fim de fazer cessar a utilização do bem imóvel pelo inquilino, sem prejuízo da cobrança dos alugueres em atraso.^{494 495}

É cabível, até mesmo, o despejo liminar do locatário, desde que o locador comprove simultaneamente: (i) a inadimplência do pagamento das despesas principais e acessórias do contrato de locação; bem como (ii) a prestação de caução equivalente ao valor de 3 meses de aluguel.⁴⁹⁶ Ou seja, o locador precisa despender seus próprios recursos financeiros – além de já não ter recebido o pagamento dos alugueres – para viabilizar o despejo liminar, ou então, suportar o tempo de duração do processo e, enquanto isso, o devedor, normalmente, continua usufruindo do bem imóvel, enquanto o proprietário deste permanece impedido de fazê-lo.

Mecanismo semelhante ao exemplo anterior pode ser utilizado para solucionar esses casos, utilizando um *smart contract*, com cláusulas autoexecutáveis. O imóvel pode ser equipado com a chave digital, que pode ser bloqueada ao ser verificado o inadimplemento, impedindo a entrada e utilização do imóvel por parte do devedor.

No caso da locação residencial, algumas questões emergem no tocante ao direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, além de questões relativas à dignidade humana. Para onde iria o inquilino sumariamente despejado e até mesmo impedido de retirar seus pertences pessoais de dentro do imóvel?

⁴⁹⁴ Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro. *Agravo de Instrumento 0003101-79.2019.8.19.0000*, Relator(a) Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira. Publicado em: 01/08/2019.

⁴⁹⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento, nº 70083287102*, 15ª Câmara Cível. Relator Leoberto Narciso Brancher, Julgado em: 11/03/2020.

⁴⁹⁶ Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão 0002012-68.2020.8.16.0000*. Relator Des. Marcelo Gobbo Dalla Dea. 18ª Câmara Cível. Data do julgamento: 20/04/2020.

No caso da locação comercial, emergem questões sobre o prejuízo às atividades econômicas, em conflito com a função social da empresa.

A locação para temporada, conforme definida no artigo 48 da Lei nº 8.245/1991, ou seja, aquela destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo não superior a noventa dias, parece estar mais passível à aplicação da autoexecutividade dos *smart contracts*.

2.3 Contratos de prestação de serviços

Nos contratos de prestação de serviços, o contratante remunera o prestador de serviços, e este deve realizar o serviço contratado. Os riscos decorrentes do inadimplemento estão ainda mais presentes nos contratos de média ou longa duração, nos quais pode haver o inadimplemento por parte daquele que tinha a obrigação de pagar pelo serviço, ou o inadimplemento por parte daquele que tinha a obrigação de prestar o serviço, bem como pode haver prestação inadequada ou incompleta.

É comum o inadimplemento parcial, ou seja, quando a prestação do serviço é iniciada, mas não é concluída. Neste contexto, os tribunais pátrios entendem pelo ressarcimento do valor conforme o percentual do serviço prestado.⁴⁹⁷

Por vezes, essa modalidade de contrato é feita somente de forma verbal – porque as partes consideram esta forma menos complexa –, que acaba por dificultar a prova dos fatos constitutivos do direito na seara judicial, bem como as cláusulas que regeriam a relação jurídica.⁴⁹⁸

A solução, por meio de *smart contracts* autoexecutáveis, pode ser imaginada em diversas hipóteses. No caso de serviços intelectuais, por exemplo, pode-se condicionar um pagamento parcelado à entrega dos resultados em cada etapa, até mesmo verificando que se o conteúdo dos resultados preenche certos requisitos que foram contratados.

No caso de serviços na construção civil, pode-se instalar sensores inteligentes em pontos estratégicos da obra, que vão averiguar o estado em que se encontra a construção, a pintura ou qualquer que seja o objeto do contrato, em cada etapa até a conclusão do serviço, liberando o pagamento do valor gradativamente ao contratado, na medida em que o serviço for realizado.

Ademais, muito frequente no Poder Judiciário são as ações judiciais envolvendo companhias de telefonia. O inadimplemento, parcial ou total, pode ser verificado, ora pela

⁴⁹⁷ Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão 0001684-72.2019.8.16.0195*. Rel. Juíza Adriana de Lourdes Simette. 3ª Turma Recursal. Julgamento em 25/05/2020.

⁴⁹⁸ Tribunal de Justiça do Paraná. *Acórdão 0004276-82.2017.8.16.0026*. Rel. Des. Mario Luiz Ramidoff. 7ª Câmara Cível. Julgamento em 20/04/2020.

parte contratante, ora pela empresa contratada, em circunstâncias diversas: o consumidor contratante, ao faltar com a sua obrigação de pagar, tem a prestação de serviços interrompida; e as empresas, não raras vezes, são condenadas por má prestação de serviços, por negativação indevida de nome, por venda casada, etc.⁴⁹⁹

Para esses casos envolvendo as empresas de telefonia, o *smart contract* pode avaliar com exatidão qual serviço, entre os disponíveis, está sendo prestado, em que nível de qualidade (por exemplo, medir a velocidade da internet efetivamente utilizada em megabit por segundo), desmembrar o pacote de serviços entre as opções disponíveis⁵⁰⁰, entre outras formas de adaptar e/ou personalizar o objeto do contrato para cada consumidor. E cabe ao consumidor manter os pagamentos em dia para que o serviço não seja interrompido. Tudo isso com a segurança e confiabilidade que esta tecnologia promete.

2.4 Contratos de seguro

Outra modalidade contratual cujos riscos na execução – podendo ensejar judicialização – são frequentes, é o contrato de seguro.

O contrato de seguro já existe para reduzir as consequências da imprevisibilidade e, assim, reduzir riscos e preservar o patrimônio segurado, conforme conceitua o artigo 757 do Código Civil, “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.” Na eventual ocorrência de dano ao objeto do seguro, a seguradora contratada restitui o valor patrimonial que foi atribuído ao bem.

Entretanto, ambas as partes contratantes podem incorrer em condutas que causam algum prejuízo à outra, resultando na judicialização com pedidos de indenização.

Por vezes, o contratante pode incorrer em fraude, simulando a ocorrência de um dano ou sendo o único responsável (dolosamente) pelo dano, com o objetivo de auferir vantagens econômicas. Outras vezes, a contratada busca se eximir do pagamento alegando o não preenchimento, do caso concreto, de uma série de requisitos que ela mesma estabelece, restando ao contratante provocar o juízo para discutir seu direito, que pode vir a ser comprovado ou não.^{501 502 503}

⁴⁹⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. *Recurso Inominado Cível 1001209-85.2018.8.26.0412*; Rel. Zurich Oliva Costa Netto; Órgão Julgador: 2ª Turma Cível; Foro de Marília - SERV.ANEXO FAZENDAS; Data do Julgamento: 31/05/2019; Data de Registro: 31/05/2019.

⁵⁰⁰ Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1006067-46.2018.8.26.0482*. Relator (a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2019; Data de Registro: 09/05/2019.

⁵⁰¹ Tribunal de Justiça do Paraná. *Recurso Inominado nº 0005778-67.2017.8.16.0184*. Rel. Juíza Manuela Tallão Benke. 5ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. Data do Julgamento: 19/06/2020.

Assim, cria-se um risco para um contrato que deveria justamente coibi-los. As partes contratantes podem ter que enfrentar discussões judiciais, com a incerteza de que conseguirão reunir as provas necessárias e, ainda, aguardar a duração do trâmite processual. Com isso, o segurado precisa amargar a espera de ver ressarcido o dano a algo que lhe era caro ou precioso – visto que, se não o fosse, não teria contratado o seguro; e a seguradora pode ter que suportar fraudes que, como reação, ensejam aumento dos custos da sua atividade e custos de transação.

Neste contexto, a tecnologia é grande aliada não apenas porque permite à seguradora averiguar com maior facilidade o perfil e o histórico do potencial contratante, de forma que possa ser feita uma análise das probabilidades de danos; mas também, quando um bem segurado se envolver em algum tipo de acidente ou ocorrência que gerar prejuízos, o conhecimento acerca das circunstâncias do ocorrido, com a análise do preenchimento de requisitos – que podem incluir a causa do dano, a extensão e valoração do dano, condições ambientais no momento do ocorrido, entre outros – pode ser feita de forma automática e com maior transparência para todos os envolvidos, dificultando a fraude e evitando a demora no pagamento da indenização.

A empresa de seguros AXA, inovou no seguro de viagens aéreas utilizando blockchain. Em 2017, lançou a plataforma Fizzy, que utiliza estatísticas e smart contracts para rastrear voos e reembolsar de maneira automática os passageiros em caso de atraso ou cancelamento. Se o voo atrasa mais de duas horas, o passageiro é notificado por um aplicativo que apresenta as opções de compensação por esse atraso. Ao optar pelo reembolso, o valor é diretamente transferido para o cartão de crédito (AXA, 2017). Trata-se de um seguro baseado em um *smart contract*, com um evento acionador.

Atualmente, no Brasil, ajuíza-se ação de indenização por danos morais e/ou materiais em casos de atraso ou cancelamento de voos. O valor arbitrado judicialmente para as indenizações é de R\$ 3.000,00 (três mil reais) ou mais, a depender das circunstâncias, por exemplo, horas de atraso, se houve perda de conexão, se houve perda de compromissos importantes, entre outros fatores. São analisadas, também, as condições econômicas e sociais das partes, a intensidade do dano, as funções punitiva e pedagógica, além da razoabilidade e proporcionalidade.^{504 505 506 507}

⁵⁰² Tribunal de Justiça do Paraná. *Recurso Inominado n° 0000714-87.2019.8.16.0093*. Rel. Juíza Denise Hammerschmidt. 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. Data do Julgamento: 06/07/2020.

⁵⁰³ Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n° 0020908-35.2018.8.26.0071*; Relator(a) Moreira Viegas. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 19/06/2019.

⁵⁰⁴ Tribunal de Justiça de São Paulo. *Recurso Inominado Cível 1015292-33.2018.8.26.0016*. Relator(a): Felipe Poyares Miranda; 5ª Turma Cível. Data do Julgamento: 07/11/2019; Data de Registro: 07/11/2019

Já se tornaram mais triviais os aplicativos onde são prestados serviços de mediação do conflito que decorre da relação jurídica entre consumidores insatisfeitos e as companhias aéreas, seja por causa de atraso ou cancelamento nos voos, overbooking ou extravio de bagagens. Essa modalidade não se configura como um *smart contract*, pois depende do intermediário, mediador. Trata-se, então, de uma opção que se encontra entre a demanda judicial e a cláusula autoexecutável.

A cláusula autoexecutável preveniria essas demandas, solucionaria a questão de forma muito mais célere e sem intermediários, entretanto, é preciso estar atento ao valor da indenização, que pode ser mais baixo devido à celeridade e praticidade da solução – em uma análise de custo-benefício –, mas não tão baixo que o passageiro não se sinta devidamente compensado, frustrando o objetivo de eficiência da plataforma. Aqui, caberia uma análise também pela perspectiva da companhia aérea: a compensação automática para todos os passageiros, ainda que o valor individualizado fosse inferior aos valores comumente arbitrados judicialmente, poderia custar mais se for levado em conta que, sem a compensação automática, nem todos os passageiros iriam demandar judicialmente.

CONCLUSÃO

Os *smart contracts*, a depender da forma como cada um deles vier a ser programado, poderão não apenas reduzir a judicialização de execuções, como também, em alguns casos, a judicialização do processo de conhecimento – na medida em que forem capazes de atestar as causas e circunstâncias nas quais um evento se realizou.

Essa tecnologia pode promover as contratações de boa-fé, estimulando que as partes apenas se envolvam em negócios jurídicos que efetivamente têm a intenção de cumprir, afastando a celebração de negócios jurídicos evitados de reserva mental, tendo em vista a sua autoexecutividade.

Entretanto, apesar de todos os benefícios gerados por esse avanço tecnológico, é preciso esclarecer que essa autoexecutividade vem acompanhada da irretroatividade, ou, irreversibilidade. Assim sendo, uma vez que o resultado da programação é gerado, não há como retornar, por este mesmo meio, ao status quo ante.

Portanto, outras questões são levantadas: Caberá revisão judicial para esses contratos? Será possível suspender a executividade em curso?

⁵⁰⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1011426-25.2019.8.26.0002*. Relator Itamar Gaino. 21^a Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 31/07/2014; Data de Registro: 11/09/2019.

⁵⁰⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível 1091600-18.2019.8.26.0100*; Relator Helio Faria. 18^a Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 11/06/2020; Data de Registro: 11/06/2020.

⁵⁰⁷ Tribunal de Justiça do Paraná. *Recurso Inominado Cível 0012727-45.2019.8.16.0182*. Relatora Júiza Adriana de Lourdes Simette. 3^a Turma Recursal. Data do julgamento: 06/07/2020.

A título de exemplo, é direito do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou a sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, dando ensejo ao desequilíbrio contratual – como muito se tem visto no cenário da pandemia de COVID-19. Por isso, ainda que o fornecedor não tenha agido de má-fé, a revisão do contrato é direito do consumidor, conforme artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. De que forma, e em que momento, se daria essa revisão em um *smart contract*, com cláusulas autoexecutáveis?

Impedir a execução de algo que, em um dado momento, seria prejudicial para uma das partes – por exemplo, um pagamento automático ou um bloqueio automático de um bem –, dependeria, para além da vontade humana, de uma reprogramação do código. Mas, como obrigar a parte contrária a reprogramar?

Percebe-se que eventuais conflitos ou desconformidades em relação às cláusulas autoexecutáveis, acabariam por ser objeto de ação de obrigação de fazer (no caso, de reprogramar), possivelmente com pedido de tutela de urgência cumulada com indenização por danos materiais e/ou morais, conforme artigo 497 e seguintes do Código de Processo Civil. Assim, restaria a judicialização do caso. Com isso, pode haver uma inversão no polo ativo, ou seja, os devedores é que irão demandar – tendo como objeto os equívocos ou excessos das cláusulas autoexecutáveis – em face de seus credores. Com a obrigação adimplida, aquele que cumpriu de forma automática esta obrigação, buscará ressarcimento, ao invés do inadimplemento dar causa a uma cobrança ou execução.

Por vezes, no âmbito empresarial, o inadimplemento é uma escolha feita a partir de uma análise estratégica de custos e benefícios, na qual eventualmente pode-se concluir que o pagamento dos custos de multas e juros em uma data futura, é mais vantajoso do que adimplir determinada obrigação na data prevista em contrato. Nesse caso, a autoexecutividade torna-se um problema que pode vir a ter sérias consequências.

É preciso ainda levar em consideração que a celeridade própria da autoexecutividade não corresponde com a morosidade do Poder Judiciário, o que dificulta ou impossibilita uma discussão judicial contemporânea à implementação das cláusulas autoexecutáveis. Ou seja, em muitos casos a discussão judicial ocorrerá para indenizar *post factum*, e não evitar o dano ou a onerosidade excessiva.

Diante da irretroatividade e irreversibilidade da cláusula autoexecutável, a revisão ou resolução do contrato se dará por meio de uma nova contratação, ou, uma nova transação que reverta o contrato inicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALHARBY, Maher; MOORSEL, Aad Van. Blockchain-based smart contracts: a systematic mapping study. *Computer Science & Information Technology (CS & IT)*, p. 125-140, 2017.

Disponível em: <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1710/1710.06372.pdf>> Acesso em: 22 abr. 2020.

AXA. *AXA goes blockchain with fizzy*. All articles: *Innovation*, 13 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www.axa.com/en/newsroom/news/axa-goesblockchain-with-fizzy> Acesso em 13 de julho de 2020.

CAMPOS, Emília Malueiro. *A tecnologia Blockchain e o direito societário*. 2018. Disponível em: <<https://www.blockmaster.com.br/artigos/a-tecnologiablockchain-e-o-direito-societario/>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

CARVALHO, Carla Arigony de; ÁVILA, Lucas Veiga. A tecnologia Blockchain aplicada aos contratos inteligentes. *Revista em Tempo*, Marília, v. 18, p. 156-176, 2019. Disponível em: <<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/2937>> Acesso em: 19 fev. 2020.

CEARÁ. Junta Comercial do Ceará. *Junta Comercial é a primeira do país a utilizar blockchain para segurança de dados*. [2018]. Disponível em: <<https://www.jucec.ce.gov.br/2018/05/17/jucec-e-o-primeiro-orgao-publico-do-estado-e-a-primeira-junta-do-pais-a-utilizar-tecnologia-blockchain-para-seguranca-do-seu-banco-de-dados/>> Acesso em: 6 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números* (2019). CNJ – Departamento de Pesquisas Judiciárias, Brasília, 2019.

DEMARINIS, Richard. Is Blockchain the answer to e-voting? Nasdaq believes so. *Nasdaq*, 23 jan. 2017. Disponível em: <<http://ir.nasdaq.com/releasedetail.cfm?releaseid=954654>> Acesso em: 7 maio 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A arbitragem no novo código de processo civil (versão da câmara dos deputados dep. Paulo Teixeira). *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 79, n. 4, p. 73-81, out./dez. 2013.

EFING, Antônio Carlos; SANTOS, Andrielly Pinho dos. Análise dos Smart Contracts à luz do princípio da função social dos contratos no direito brasileiro. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, n. 2, p. 49-64, ago. 2018.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. Prefácio Natalino Irti. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. O que são os contratos inteligentes ou smart contracts? Quais são suas principais repercussões para a regulação jurídica? *JOTA*, 10 abr. 2019. Disponível em: <www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-que-saocontratos-inteligentes-ou-smart-contracts-10042019> Acesso em: 10 jun. 2020.

GODOY, Maria. Blockchain aplicada aos contratos inteligentes: perspectivas empresariais e natureza jurídica. In: LIMA, Ana Paula M. Canto de; HISSA, Carmina Bezerra; SALDANHA, Paloma Mendes (Orgs). *Direito digital: debates contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2019. p. 67-79.

GRIMMELMANN, James. All Smart Contracts are ambiguous. *Journal of Law & Innovation*, n. 1, v. 2, 2019.

LAFARRE, Anne; VAN DER ELST, Christoph. Blockchain technology for corporate governance and shareholder activism. *Law Working Paper*, n. 390, p. 1-26, mar. 2018.

Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3135209> Acesso em: 6 maio 2020.

LEGERÉN-MOLINA, Antonio. Los contratos inteligentes em Espanã: la disciplina de los smartcontracts. *Revista de Derecho Civil*. Estudios, v. V, n. 2, p. 193-221, 2018.

LESSIG, Lawrence. *Code and Other Laws of Cyberspace*. Version 2.0. 2ª Edição. New York: Basic Books, 2006.

MARQUES, Diego. Se você entender a função da hash, você entenderá a Blockchain. *Guia do Bitcoin*, 2017. Disponível em: <<https://guiadobitcoin.com.br/noticias/se-voce-entender-a-funcao-da-hash-voce-entendera-a-blockchain/>>. Acesso em: 1 mar. 2020.

MELO, João Ozorio de. Surgem as cortes de arbitragem virtual na estrutura do blockchain. *Revista Consultor Jurídico*, 27 nov. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-02/surgem-cortes-arbitragem-virtual-estrutura-blockchain>> Acesso em: 14 maio 2020.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin: a peer-to-peereletronic cash system. *Bitcoin*, [s.l.], p. 1-9, 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

PARANÁ. Junta Comercial do Paraná. *Quem somos*. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2020. Disponível em: <<http://www.juntacomercial.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4>> Acesso em: 5 maio 2020.

PEREIRA, Tiago. *O que é a tecnologia Blockchain*. [2019]. Disponível em: <<http://datascienceacademy.com.br/blog/o-que-e-a-tecnologia-blockchain/>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

PORTO, Antônio Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges. Tecnologia Blockchain e direito societário: aplicações práticas e desafios para a regulação. *Revista de Informação Legislativa - RIL*, Brasília, DF, v. 56, n. 223, p. 11-30, jul./set. 2019. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edições/56/223/ril_v56_n223_p11> Acesso em: 22 fev. 2020.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROCHA, Raphael Vieira da Fonseca; PEREIRA, Débora de Oliveira; BRAGANÇA JUNIOR, Sergio Henrique Fernandes. Blockchain e Smart Contracts: como a tecnologia está mudando a intermediação e o direito empresarial. *Cadernos de Direito UNIFESO*, Teresópolis-RJ, v. 1, n. 2, 2018.

SCHMITZ, Amy J; RULE, Colin. Online dispute resolution for Smart Contracts. *Journal of Dispute Resolution* 103, 2019. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/726/>>. Acesso em: 15 maio 2020.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SLOBODNÍK, Ján. How oracles connect Smart Contracts to the real world. *Medium*, 2 fev. 2018. Disponível em: <<https://medium.com/bethereum/howoracles-connect-smart-contracts-to-the-real-world-a56d3ed6a507>>. Acesso em: 31 mar. 2020.

SZABO, Nick. Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets. *Phonetic Sciences Amsterdam*, 1996. Disponível em:

<http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOT_winterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html>. Acesso em: 15 jan. 2020.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. *Blockchain revolution, trans.* Beijing: Citic Press, 2016. p. 70-74.

TULSIDAS, Tanash Utamchandani. *Mart contracts from a legal perspective*. 43 f. Final (Degree Work) - Facultat de Dret, Facultad de Derecho, 2018. Disponível em: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78007/1/Smart_Contracts_from_a_Legal_Perspective_Utamchandani_Tulsidas_Tanash.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2020.

UNIBRIGHT.IO. *Blockchainevolution: from 1.0 to 4.0*. Médiun, 7 dez. 2017. Disponível em: <<https://médium.com/@UnibrightIO/blockchain-evolution-from-1-0-to-4-0-3fbdbccfc666>>. Acesso em: 1 mar. 2020.

WHAT IS ETHEREUM? *Districtox Education*, [s.d.]. Disponível em <https://education.districtox.io/general-topics/understanding-ethereum/what-isethereum/>. Acesso em: 9 jun. 2020

YANAKA, Guilherme M. *Ensaio em gestão de risco e regulação bancária*. Tese (Doutorado em Economia). Fundação Getúlio Vargas – FGV. São Paulo, 2014.

NANOTECNOLOGIAS E DESAFIOS À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE RISCO

NANOTECHNOLOGIES AND CHALLENGES TO CONSUMER PROTECTION IN THE RISK SOCIETY

Rudinei Jose Ortigara⁵⁰⁸

RESUMO: A disponibilização de produtos contendo ou com processos nanotecnológicos já é realidade no mercado de consumo, conforme demonstram alguns dados. Potencialidades são destacadas sobretudo no campo econômico, incrementando a tendência de crescimento da disponibilização de produtos no mercado de consumo. Apesar das potencialidades, algumas pesquisas vêm apontando riscos para a saúde e segurança humana; além dos riscos, que podem ser calculados, há também incertezas, de difícil previsão ou constatação. Ambas as situações são problemáticas à defesa do consumidor, e a hipótese é a de que elas impõem desafios acerca da proteção quando da exposição a produtos nanotecnológicos, reforçando o sistema de proteção ao consumidor, sobretudo em relação à responsabilidade do fornecedor em relação à precaução, a informação e a segurança exigidas. A condição de incerteza é analisada a partir do conceito de Sociedade de Risco, de Ulrich Beck. Na sequência, verifica-se que a disponibilização de produtos com base em nanoelementos podem se constituir enquanto fator de risco e de incertezas. Por fim, discute-se desafios e possibilidades para a proteção do consumidor na sociedade de risco ante a condição de incertezas. Para o desenvolvimento do trabalho se utiliza do método hipotético-dedutivo. Em conclusão, reafirma-se a hipótese.

Palavras-chave: Nanotecnologias; sociedade de risco; incertezas; defesa do consumidor.

ABSTRACT: The availability of products included or with nanotechnological processes is already a reality in the consumer market, as shown by some data. Potentials are highlighted mainly in the economic field, increasing the growth trend in the availability of products in the consumer market. Despite the potential, some research has shown risks to human health and safety; in addition to the risks, which can be calculated, there are also uncertainties, difficult to predict or verify. Both situations are consumer protection problems, the hypothesis is that they impose challenges on protection when exposure to nanotechnological products, reform or the consumer protection system, mainly in relation to the supplier's responsibility in relation to precaution, required information and security. The condition of uncertainty is analyzed from the concept of the Risk Society, by Ulrich Beck. Then, check if the availability of products based on nanoelements can be a risk factor and uncertainties. Finally, discuss the challenges and possibilities for consumer protection in the risk society in view of the condition of uncertainty. For the development of the work, use the hypothetical deductive method. In conclusion, the hypothesis is reaffirmed.

Keywords: Nanotechnologies; risk society; uncertainties; Consumer defense.

508 Mestre e Doutorando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; professor da FAE Centro Universitário. E-mail: rudi.ortigara@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

As nanotecnologias inauguraram nova fase na tecnociência ante a possibilidade e potencialidade de serem aplicadas em vários campos e áreas da atividade humana. O campo econômico e industrial já se atentou para esta nova realidade. Tomada como estratégica em diversas áreas, vários são os segmentos da produção que já vêm aplicando nanotecnologias e nanoelementos em produtos e processos produtivos e os inserindo no mercado de consumo.

Sabendo ou não, o consumidor já se encontra exposto a produtos contendo nanoelementos no mercado de consumo. Esta condição, por si só, não é problemática. A questão é que nos últimos anos vêm sendo discutidos e apontados por pesquisas alguns riscos da manipulação, consumo e descarte de nanoelementos para a saúde e segurança. Além disso, há condições de incertezas em relação ao desenvolvimento de nanotecnologias, sobretudo em relação aos possíveis impactos à saúde e segurança do consumidor. Ambas as condições podem impactar diretamente o consumidor, tornando-o ainda mais vulnerável em relação ao fornecedor.

Sobretudo a condição de incerteza acaba por aproximar, ou melhor, decorrer das características próprias da sociedade tecnológica que há produz. É neste sentido que se utiliza como fundamento do presente estudo a teoria da Sociedade de risco, formulada por Ulrich Beck, como aspecto essencial para compreensão da atual fase do desenvolvimento da sociedade marcada pela presença fundamental da tecnologia, e do seio da qual emergem as atividades nanotecnológicas.

A adoção da citada teoria se justifica, primeiro, pela razão de se estar trabalhando a partir da análise de um fenômeno tecnológico, cada vez mais presente e materializado em produtos disponibilizados no mercado de consumo, qual seja, o desenvolvimento de nanotecnologias, e, segundo, devido ao fato de as tecnologias manterem repercussão direta na sociedade, fundando seu ideário, seu modo de ser, e mesmo moldando e direcionando a produção, o que gerará impactos diretos à sociedade e ao consumidor, e mesmo, decorrentes de tais atividades, quando apresentam possíveis riscos e incertezas.

A partir da teoria da sociedade de risco, formatada por Ulrich Beck, verifica-se que as condições de risco não são ou provém de atividades externas ao fazer humano, mas passam a ser produzidas e são essenciais às atividades tecnológicas, sendo fundamentalmente marcadas pelo resultado incerteza, que ultrapassa as barreiras de tempo e espaço, tradicionais aos atuais sistemas de segurança, como o direito. Esta condição se traduz como grande desafio na atualidade, sobretudo no que concerne à segurança e proteção dos considerados socialmente vulneráveis, como é o caso do consumidor. Dentro desta caracterização surge um problema. Há possibilidade, dentro e a partir da sociedade de risco, e diante da incerteza fundamental que a marca, garantir a defesa e proteção do consumidor

contra impactos e danos à sua saúde e segurança, especialmente daqueles tendentes a superar barreiras de tempo e espaço, e marcados pela difusidade? E o sistema de Defesa do Consumidor (CDC), dentro desta realidade, é suficiente para garantir a proteção do vulnerável exposto a produtos fabricados a partir de nanoelementos quando da condição de riscos e incertezas?

Diante da problemática, o objetivo do presente estudo é o de analisar e explorar, mesmo que não exaustivamente, quais os desafios trazidos pelas nanotecnologias, incorporadas em produtos e serviços, e dispostos no mercado de consumo, para a defesa e proteção do consumidor, especialmente a partir dos aspectos de riscos e incertezas à saúde e segurança, e se o direito do consumidor possui elementos e parâmetros possíveis para a tutela e efetivação da defesa e proteção do vulnerável na sociedade de risco.

Tendo em vista a problemática e o objetivo, e a partir da utilização de metodologia analítica e hipotético-dedutiva, e com aspectos transdisciplinares, o presente estudo parte da caracterização da Sociedade de Risco, a partir da exposição teórica de Ulrich Beck, e da análise da produção de incertezas tecnológicas, e possibilidades de impactos sociais, campo no qual se inserem as nanotecnologias, objeto delimitado do presente estudo; após, passa-se à exposição e análise das potencialidades das nanotecnologias, sua inserção no mercado de consumo, e, especialmente, os possíveis riscos e incertezas insertas e derivadas destas tecnologias. Por fim, analisa-se possíveis aspectos e desafios à proteção do consumidor na sociedade de risco, especialmente no cenário de incertezas, e a partir do sistema legal de defesa do consumidor.

1. A SOCIEDADE DE RISCO E INCERTEZAS TECNOLÓGICAS

As nanotecnologias são produzidas dentro do contexto tecnológico, industrial e social atual. Daí que é importante, antes de abordar as próprias nanotecnologias e seus desafios para defesa e proteção da saúde e segurança do consumidor, compreender o contexto no qual elas se inserem. Propõe-se a realização desta análise a partir do aspecto social e sociológico, delimitando-se às considerações realizadas por Ulrich Beck, e a partir do conceito de “Sociedade de Risco”, especialmente a partir da dinâmica do desenrolar de atividades tecnológicas, seus impactos, reflexos e sua dinâmica na sociedade contemporânea.

Para Beck (1998) a atual fase da sociedade é marcada pelo risco produzido, não acidental, porém essencial e reflexo das atividades econômicas e industriais, e em muitos casos de resultados incertos e não conhecidos, sendo que esta é condição inerente e marca fundamental da contemporaneidade, especialmente no contexto tecnológico⁵⁰⁹. Esta

509 Segundo Beck (1998, p. 237): “la sociedad de riesgo se caracteriza esencialmente por una carencia: la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro (...). Los riesgos son el

constatação não significa a simples aceitação dos riscos, pelo fato de serem inevitáveis e produzidos, porém a consciência de que existem e são condição intrínseca, fabricada e reflexa ao modo de sociedade atual, derivada do desenrolar de atividades produtivas e altamente tecnológicas, sendo que dentre as quais se pode incluir as nanotecnologias. Esta condição não deve conduzir ao comodismo, a fatalidade e a paralisia, impossibilitadores da busca por possíveis soluções, conforme retomaremos na sequência.

Diferentemente da fase atual da sociedade, denominada por Beck de segunda modernidade, modernidade reflexiva ou sociedade de risco (1988/2002), a primeira modernidade, fase anterior a atual, é marcada pela confiança e possibilidade de previsibilidade e controle dos riscos, pois, muito embora fabricados, podem ser calculados e controláveis por meio de cálculos por instituições garantidoras e sistemas de seguro. O risco, assim, é facilmente controlável, o que ocorre logo após sua fabricação, sendo mensurável, com previsibilidade em relação a extensão e controle de danos, e com possibilidade de ser indenizável proporcionalmente e a partir do dano produzido. Um exemplo possível é o próprio direito e seu sistema de imputação de responsabilidades, de matriz moderna, e facilmente delimitado, medido e indenizado, se constatada a responsabilidade a partir da intencionalidade, proporcionalmente e dano produzido, ou seja, pelo vínculo de causalidade.

A fase contemporânea, ou segunda modernidade, é marcada pela reflexividade da modernidade, na qual o desenvolvimento tecnológico e científico continua como responsável pela fabricação do risco, como lógica interna ao seu desenvolvimento (FERREIRA, 2016, p. 113), porém, e de certa forma, e com o aprofundamento do desenvolvimento de atividades tecnológicas, perdeu-se o controle sobre seus reflexos e impactos a partir dos tradicionais sistemas de segurança⁵¹⁰, tornando-os irrelevantes em relação à capacidade de antecipar e

producto historico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas.”

510 “Em uma sucinta descrição da sociedade contemporânea, Beck (1998b) considera tratar-se de um modelo no qual os riscos, criados durante o acelerado processo de modernização, tornam-se predominantes e já não podem ser adequadamente controlados pelas instituições que serviram à sociedade industrial. Percebe-se que, ao lado de riscos intensificados e legitimados por um modelo de desenvolvimento limitado, surge também o desafio de conservar os padrões de segurança que conferiram estabilidade à primeira modernidade. Como a manutenção do status quo não se mostra possível, a sociedade de risco acaba por reproduzir a sociedade industrial e confrontar-se automaticamente com os seus limites. A fragilidade dos sistemas de segurança e a inconsistência dos mecanismos de controle tradicionalmente adotados pela sociedade industrial convertem-se em características fundamentais da sociedade de risco (...). Os riscos característicos da primeira modernidade se baseiam em relações de definição estabelecidas através de procedimentos lineares. A existência do risco ou a probabilidade de sua materialização pode ser previamente estimada e as medidas apropriadas aplicadas, daí porque se falar em riscos previsíveis e calculáveis. Na segunda modernidade, entretanto, essas relações de definição simplistas, indispensáveis à compreensão e ao domínio dos ambientes de risco, submergem à complexidade das novas ameaças. É o que afirma Beck (2002) quando considera que estas novas ameaças invalidam as estruturas de cálculo dos riscos na medida em que, primeiramente, as ações preventivas revelam-se insuficientes diante da possibilidade de grandes desastres, interferindo negativamente na noção de segurança e no controle antecipado dos resultados. (...). Por fim, ao adquirir uma natureza diferenciada e complexa, o próprio risco desvincula-se das suas concepções originárias e, como resultado, tem-se abolidos os padrões de

controlar os riscos criados pelas atividades tecnocientíficas (BECK, 1998), que tendem agora não à realizabilidade presente, mas a se lançar para configuração e impactos futuros em várias áreas, inclusive, nos impactos à saúde e segurança do consumidor. Nasce, assim, o aspecto da incerteza ligada às atividades tecnológicas, cujos efeitos possuem por característica a difusidade e tem o potencial que ultrapassar além das barreiras geográficas e espaciais de contenção, a exemplo daquelas estabelecidas por estados soberanos, como o direito e sua área delimitada de atuação, o tempo, sendo que a realização dos riscos, enquanto incertezas, tendem a se lançar para o futuro, e não observar as tradicionais barreiras estabelecidas por estados-nações⁵¹¹.

Aqui cabe um parêntese em relação à uma possível distinção entre riscos e incertezas, cuja tônica diferencial reside tecnicamente em que os primeiros são possíveis de previsão e prevenção por meio de cálculo probabilístico em relação à possibilidade de ocorrência de impactos negativos; já as segundas, representam a impossibilidade de se calcular a probabilidade e previsibilidade da ocorrência de impactos indesejados, seja por desconhecimento total ou parcial do resultado analisado, seja pela ausência de previsibilidade, ou, ainda, por falta de aparelhos ou padrões adequados de aferimento e medição⁵¹² (CNPEM, 2019, p. 20). Conforme fundamentado por Beck, e exposto acima, na modernidade reflexiva o risco fabricado tende a escapar das condições de mensuração e previsão, bem como de que não se submete aos instrumentos garantidores de segurança. No contexto utilizado por Beck, e segundo a interpretação adotada na presente pesquisa, o termo “risco”, adotado pelo sociólogo como adjetivo da sociedade contemporânea, deve ser interpretado como sinônimo de “incerteza”, conforme a distinção demarcada acima, mas sem qualquer prejuízo teórico ou crítica ao posicionamento do sociólogo.

Neste sentido, dentro da sociedade de risco a capacidade de certeza, segurança, previsibilidade e controle dos riscos produzidos é quebrada⁵¹³ diante das incertezas (BECK,

normalidade, as bases de cálculo e os procedimentos de avaliação até então implementados. Percebe-se, portanto, que a sociedade de risco se converte em um modelo de organização social não assegurável no qual, de forma paradoxal, a proteção diminui à medida em que aumentam os riscos” (FERREIRA, 2016, p. 120-121).

⁵¹¹ Comentando sobre estes aspectos, Ferreira (2016, p. 117-118) destaca que “dentre os principais elementos que configuram a sociedade de risco, destaca-se inicialmente as transformações ocorridas na relação entre risco, espaço e tempo. No entender de Beck (2002, 2006), a sociedade industrial encontrava-se essencialmente vinculada a fenômenos limitados em função do tempo e do espaço geográfico. Uma vez iniciado o processo de transição para a sociedade de risco, fenômenos diferenciados foram sendo agregados àqueles existentes e, como resultado, surgiram novas modalidades de riscos que transcendem os limites temporais e espaciais até então estabelecidos. Isso significa que os riscos da segunda modernidade já não podem ser contidos em espaços geográficos específicos e determinados. De igual maneira, seus possíveis impactos perdem a característica da instantaneidade, podendo afetar gerações presente e futuras.”

⁵¹² “No tocante ao risco, que representa uma probabilidade de se calcular a ocorrência de um impacto negativo, será preciso distingui-lo da incerteza, que representa um desconhecimento total ou parcial de se calcular a probabilidade da ocorrência de um impacto indesejado” (CNPEM, 2019, p. 20).

⁵¹³ Beck (1998, p. 237) destaca, ainda, que por serem os riscos os reflexos futuros da ação das forças produtivas técnicas e industriais, os riscos não derivam da ignorância humana, ou do não-saber, e sim

2002), vez que os impactos dos riscos, por não serem mais contidos em barreiras tradicionais de tempo e espaço, podem ser extensos geograficamente e afetarem tanto gerações presentes quanto futuras. Diante desta nova característica, os riscos, transpassados pela condição de incertezas, são de difícil controle pelos sistemas institucionalizados de segurança, como o próprio Direito, e de cada vez mais difícil imputação em relação à responsabilidade conforme as normas tradicionalmente estabelecidas de causalidade, culpa e responsabilidade legal. Este fato se deve pelo aspecto de os riscos, na condição da incerteza, serem marcados essencialmente pela difusidade e pela dificuldade de compensação e proteção contra seus efeitos pelos sistemas tradicionais, estabelecidos pela modernidade, especialmente sobre os mais vulneráveis social e economicamente (BECK, 2002, p. 120), como os consumidores.

Portanto, a condição de incerteza impacta diretamente as instituições sociais que teriam o papel de as controlar, eliminar, minorar, e medir a extensão dos danos e possivelmente estabelecer indenizações, pois embora a alteração social, marcada pelo risco fabricado e difuso, permanecem com as mesmas estruturas daquelas da primeira modernidade. Esta condição é perpetrada, segundo Beck (2002), pela irresponsabilidade organizada. Segundo Ferreira (2008, p. 43), “a fragilidade dos sistemas de segurança e a inconsistência dos mecanismos de controle tradicionalmente adotados pela sociedade industrial convertem-se em características fundamentais da sociedade de risco que, posteriormente, vão desdobrar-se no conceito de irresponsabilidade organizada”.

Diante desta condição, a irresponsabilidade organizada se torna de organização das instituições sociais, especialmente as de gestão e combate das incertezas, pois embora tenham consciência sobre a existência dos riscos e de incertezas não foram e não são capazes de reformulação institucional com o fim de lidar com esta nova fase dos riscos, tornando-se despreparadas, vez que há um vácuo de políticas públicas consistentes com o fim de solução ou resposta concreta e efetiva. E mesmo quando há ações, tendem a serem tomadas a partir de certas diretrizes que marcaram a primeira modernidade, não sendo, de todo, efetivas na solução de problemas enfrentados e marcados pelas incertezas. Fatalmente possuem como

do domínio científico e da aplicação técnica no desenvolvimento de atividades industriais e produtivas. Nesse sentido, e em comparação a períodos anteriores, “a diferencia de todas las épocas anteriores (incluída la sociedad industrial), la sociedad de riesgo se caracteriza esencialmente por una carencia: la imposibilidad de prever externamente las situaciones de peligro. A diferencia de todas las anteriores culturas y de todas las fases de desarrollo social, que se enfrentaron de diversos modos con amenazas, la actual sociedad se encuentra confrontada consigo misma en relación a los riesgos. Los riesgos son el producto histórico, la imagen refleja de las acciones humanas y de sus omisiones, son la expresión del gran desarrollo de las fuerzas productivas. De modo que, con la sociedad de riesgo, la autoproducción de las condiciones de vida social se convierte en problema y tema (en primera instancia, de modo negativo, por la exigencia de evitación de los peligros). En aquellos aspectos en que los riesgos preocupan a los hombres ya non se da un peligro cuyo origen quepa atribuirlo a lo externo, a lo ajeno, a lo extra-humano, sino la capacidad adquirida históricamente por los hombres de autotransformar, de autoconfigurar y de autodestruir las condiciones de reproducción de toda la vida sobre la tierra. Pero esto significa que las fuentes de peligro ya no están en la ignorancia sino en el saber, ni en un dominio de la naturaleza deficiente, sino en el perfeccionado, ni en la falta de acción humana, sino precisamente en el sistema de decisiones y restricciones que se estableció en la época industrial.”

resultado a ineficácia. Assim, “o fenômeno da irresponsabilidade organizada é desencadeado a partir do momento em que as instituições dominantes procuram encobrir a realidade do risco sem, contudo, desvincular-se das relações de definição propostas pela sociedade industrial” (PELLANDA, 2013, p. 107).

Esse “encobrimento” da realidade do risco, marcado pela incerteza, é um movimento das instituições dominantes para evitar crise de legitimação (Beck, 1995), pois aceitar que os riscos são criados de forma reflexa às atividades tecnocientíficas e industriais, e que delas derivam as incertezas, e que, portanto, não há pleno controle sobre os mesmos, pois, fogem do sistema tradicional de controle, é o mesmo que admitir falta de habilidade na gestão de seus impactos, especialmente os de longo prazo, tendentes à realização no futuro. Neste sentido, a irresponsabilidade organizada deriva e é fruto da postura das instituições dominantes ao buscar encobrir a realidade e os impactos do risco e das incertezas de suas atividades. Por isso, prender-se aos padrões de controle tradicionais é o mesmo que conceder um certo aspecto de normalidade às atividades bem como ao seu controle, condição que de fato não existe, pois não corresponde com a realidade, e gera enormes impactos sociais. No caso de descontrole dos riscos e incertezas, especialmente os de gestão de segurança e regulação, são criadas narrativas e aparências tendenciosas a simular a normalidade da atividade e do controle (BECK, 1995).

Esta condição é significativa, vez que riscos e incertezas decorrem da essência da sociedade tecnocientífica e desvelam potencial de difusidade, ou seja, de impactos futuros e extensos espacialmente, e que não encontram paralelo em momento histórico anterior (BECK, 2002). Este fator é motivo para serem repensadas as instituições e organizações sociais, como um todo, desde as finalidades das tecnociências e do direito, e sobretudo os parâmetros de segurança e de impactos das atividades sobre a saúde e segurança da sociedade, dentre outros, de modo a dar novas soluções para novos riscos e incertezas. Esta condição ainda é muito desafiadora, vez que as instituições presentes tendem ainda a apresentar respostas a partir dos parâmetros de controle estabelecidos no período anterior a era dos riscos, ou seja, pautados pela previsibilidade, calculabilidade e na facilidade de estabelecimento de vínculo de causalidade. Ocorre que a condição de incerteza desafia a lógica daqueles parâmetros de controle, pois as condições e impactos marcados pela difusidade são de difícil constatação e de previsibilidade. Daí que as instituições sociais atuais não estão estruturadas a lidar com a nova fase de incertezas. Neste sentido, Beck (2002) chega a afirmar que o problema não está na crescente quantidade de riscos, mas na possibilidade de controle efetivo das incertezas e consequências futuras das ações no presente.

De qualquer modo, a caracterização da sociedade apresentada por Beck aponta para o fato de que a ciência e a tecnologia, bem como os sistemas de segurança social, como o

próprio direito, e a atual fase de desenvolvimento das atividades industriais, contém em si incertezas, que tendem a se lançar para o futuro, e de desconhecimento dos efeitos se tomados os fatos na presentidade. Esta condição de complexidade foi apontada, igualmente, por Morin e Kern (2003), que caracterizaram a atual fase de desenvolvimento produtivo, industrial e social como que marcados por ambivalência essencial, pois apresentam desenvolvimento a partir do progresso econômico, mas, por outro lado, vem assinalada por impactos sociais e ambientais nem sempre controláveis ou previsíveis, sobretudo quanto a degradações ambientais aceleradas e atingimento dos mais vulneráveis socialmente.

Beck (2002) igualmente aponta que a marca da sociedade contemporânea, a partir de modelo produtivo, institucional e social, é a ambivalência, e este contexto marca o desafio do repensar acerca da responsabilidade pelos reflexos e consequências das incertezas fabricadas. Se por um lado o conhecimento técnico e científico é essencial para fabricação e produção industrial, podendo reverter-se em incremento econômico, por outro lado, os riscos e incertezas provindos de tais atividades, quando adotadas como finalidade última e em si mesma, pode incrementar os impactos negativos ante a imprevisibilidade ou desconhecimento das consequências tanto para o tempo quanto no espaço.

Nesta condição não se pretende negar as realizações materiais, que são visíveis na sociedade contemporânea (BORGES, 2004, p. 228), porém, o que deve ser repensado e levado em consideração é o encantamento na crença cega do progresso econômico, por si só, e capitaneado, sobretudo, pelas novas tecnologias, o que acaba, em sua essência por gerar contradições e riscos, traduzidos por incertezas, e em muitos casos totalmente inversos ao inicialmente pretendido⁵¹⁴, despejando consequências especialmente sobre os vulneráveis sociais, como no caso dos consumidores expostos a riscos no mercado de consumo.

Porém antes de se deter sobre aspectos e possibilidade de defesa do consumidor na sociedade de risco, importante se faz análise dos possíveis riscos à saúde e segurança ante a exposição e consumo de produtos e serviços que contenham ou sejam fabricados a partir de nanotecnologias, e, assim, se delimitando ao objeto da presente pesquisa.

2. NANOTECNOLOGIAS E POSSÍVEIS IMPACTOS AO CONSUMIDOR

Quando se refere a nanotecnologias não se está a falar de uma tecnologia uniforme, mas de escala de medida, na qual se manipulam e se engenam materiais. Como escala de medida, um nano corresponde à bilionésima parte do metro (1m x 10⁹), ou seja,

⁵¹⁴ Neste sentido, Bauman (2007, p. 16) afirma que “O progresso, que já foi a manifestação mais extrema do otimismo radical e uma promessa de felicidade universalmente compartilhada e permanente, se afastou totalmente em direção ao polo oposto, distópico e fatalista da antecipação: ele agora representa a ameaça de uma mudança inexorável e inescapável que, em vez de augurar a paz e o sossego, pressagia somente a crise e a tensão e impede que haja um momento de descanso.”

0,000000001 metro, “medida tão pequena que são necessários cerca de 400.000 átomos montados para atingir a espessura de um fio de cabelo” (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2013, p. 04), por exemplo.

Nesta escala os materiais nanoengenhierados podem alterar e adquirir novas potencialidades, assumindo características inéditas e, inclusive, diversas de sua condição em escala normal e natural. Para que seja considerado nanomaterial engenheirado há a necessidade de ser preenchido dois critérios. O primeiro é o de haver alguma estrutura intencionalmente engenheirada com ao menos uma das dimensões na escala entre 1 a 100 nanômetros (ISO TC 229, 2005). O segundo é a nanoestrutura gerar ao sistema propriedades que a difere de outras daquela a granel do mesmo material (HANSEN et al, 2013, p. 563).

Devido as características obtidas na escala nano, as promessas de potencialidades e de aplicações são quase que ilimitadas. É por isso que o interesse na pesquisa e aplicação de nanomateriais engenheirados, tanto nos processos de fabricação como de prestação de serviços, só tem aumentado, sendo uma das principais frentes de pesquisa para a inovação de produtos (ENGELMANN; HOHENDORFF, 2013, p. 02). Ela já é realidade e empregada ou patenteada por grandes empresas, especialmente dos ramos de tecnologia da informação e comunicação, setores químico, de materiais, têxtil, automotivo, farmacêutico, cosmético, agrícola, meio ambiente, dentre outros⁵¹⁵.

Segundo dados obtidos em pesquisa realizada para mapear o aspecto inovativo da indústria nacional (PINTEC/2014, 2016)⁵¹⁶, no Brasil constatou-se que 975 empresas declararam ter realizado alguma atividade relacionada ao uso, produção, pesquisa e desenvolvimento em nanotecnologias. Embora a constatação, há poucos dados disponíveis sobre a concreção da realidade nanotecnológica no mercado nacional, e sequer um banco de dados ou catálogo nacional de indústrias que se utilizam desta tecnologia em processos produtivos ou mesmo de produtos postos no mercado de consumo. No âmbito global verifica-se a iniciativa, a partir do ano de 2016, de criação de uma base de dados de produtos contendo nanotecnologias, a partir do site Statnano⁵¹⁷. No caso do Brasil, há registro no

515 Para o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (2016, p. 108), “na área de materiais avançados, a contribuição da nanotecnologia é bastante expressiva (...). O desenvolvimento de materiais aplica-se a vários segmentos da economia com características inovadoras e com aplicações de impacto como, por exemplo, nos setores energético, metalúrgico, automobilístico, celulose e papel, eletroeletrônicos, cosméticos, construção civil e nas áreas da saúde, química e petroquímica, agronegócio, tecnologia da informação e comunicação e produção mineral”.

516 A pesquisa é realizada e divulgada pelo IBGE a pedido do Ministério da Ciência e Tecnologia. Destaca-se que o último levantamento de dados consolidado foi divulgado no ano de 2016, correspondente ao período pesquisado de 2012 a 2014. Cf.: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica – PINTEC 2014. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99007.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

517 Conferir em <https://product.statnano.com>. A intensão do sítio é a criação de um banco de dados global, recenseando a gama de produtos existentes e disponibilizados no mercado de consumo mundial. Nesta base de dados há a catalogação de 8.854 produtos, de 2.289 companhias que

banco de dados do sistema apontando 179 produtos catalogados, com predominância para os da área de cosméticos, da agricultura (sobretudo agrotóxicos) e têxtil⁵¹⁸.

Ocorre que nem tudo são potencialidades. Embora o entusiasmo com as possibilidades abertas pela pesquisa e desenvolvimento de produtos em escala nano, sobretudo a partir dos proveitos e benefícios econômicos, há crescentes evidências sobre riscos e incertezas em relação aos impactos à saúde e segurança dos envolvidos na cadeia de manipulação de nanoelementos, sejam desde o momento de fabricação, passando pelo consumo, quando aplicados a produtos, e findando no descarte. Assim, importante é verificar a necessidade de a sociedade tomar conhecimento de que para além das potencialidades facilmente alardeadas existem os riscos, nem sempre publicizados, que são intrínsecos ou derivados dos processos de fabricação, utilização e descarte de produtos com nanoelementos, e que também os fornecedores têm papel nesta preocupação. No entanto, estas condições tendem a ser negligenciadas atualmente por governos e atores econômicos, como os fornecedores de produtos e serviços (ORTIGARA, 2019, p. 71).

Como a inserção de produtos fabricados a partir de nanoelementos no mercado de consumo vem marcada por incertezas e riscos, mesmo que potenciais e não conhecidos quando da disponibilização ao consumidor (FORNASIER, 2013, p. 28), isto pode gerar impactos a sua saúde e segurança, sendo relevante o repensar e desafios apresentados à segurança, inclusive ao próprio direito, como no caso o Direito do Consumidor. Apesar das grandes promessas tecnocientíficas do uso das nanotecnologias, há incertezas em relação a aplicação e impactos não previsíveis à saúde e segurança, especialmente os tendentes à realização futura⁵¹⁹, ou seja, não conhecidos ou previsíveis quando da disponibilidade de produtos com base em nanoelementos no mercado de consumo, o que lança desafios à proteção dos vulneráveis.

desenvolvem alguma atividade com nanotecnologias, e provindos de 60 países, dentro dos quais se desenvolvem pesquisas e produtos e serviços nesta área.

518 Embora a ausência de formalização de um banco de dados, e segundo informação extraída do site da Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (ABDI), “no Brasil, o faturamento das 52 empresas fornecedoras de nanotecnologia ultrapassa os R\$ 175 milhões, com um crescimento de 27% ao ano, numa média muito acima do mercado. Só o estado de Santa Catarina concentra mais da metade do total de empresas de nanotecnologia: são 26 empreendimentos que faturam cerca de R\$ 40 milhões por ano.” Disponível em: <https://www.abdi.com.br/postagem/nano-um-mercado-de-macro-oportunidades>. Acesso em 23 mar. 2020.

519 Segundo Ferreira (2016, p. 110-111), a sociedade contemporânea, por ser de risco, é essencialmente marcada pela incerteza, tendente à realização futura. “É possível perceber que o risco estabelece uma vinculação com o futuro. Converte-se, portanto, em uma modalidade de relação com o tempo ou (...) uma forma de determinação das indeterminações do futuro segundo o *medium* probabilidade/improbabilidade. (...) O futuro já não é passível de conhecimento, razão pela qual também a sociedade perde os seus parâmetros de definição. Com isso, uma nova relação parece estabelecer-se entre o futuro e a sociedade, entre as incertezas projetadas em uma dimensão temporal e a própria dimensão social. Como resultado, o futuro passa a ser percebido através da probabilidade: o que é mais ou menos provável ou mais ou menos improvável. Em tempos presentes, isso significa que o futuro se perde como objeto de conhecimento e, conseqüentemente, as possibilidades de alterá-lo ficam limitadas.”

Por se tratar de escala nano, a manipulação e contato com partículas diminutas pode ocasionar lesões e riscos à saúde e segurança, pois as nanopartículas acabam por adotar propriedades diversas, ou mesmo desconhecidas, daquelas em escala superior a da nano, ou mesmo, a partir da condição de lesão cumulativa, que se estende no tempo, e não se realiza de efetivo no momento presente do consumo. Neste sentido é que as nanotecnologias se caracterizam mais por incertezas que por respostas certas (BUZBY, 2010).

Ante a incerteza característica às nanotecnologias, são pouco conhecidos os possíveis riscos e impactos sociais e ambientais (ABDI, 2010, p. 40). Nas duas últimas décadas uma série de alertas vem sendo realizadas tanto por organismos nacionais quanto internacionais acerca de possíveis riscos e impactos à saúde e segurança. Testes realizados com animais têm demonstrado potencial efeito cumulativo, dano cerebral, danos à circulação sanguínea, danos ao trato respiratório e alterações na embriogênese (GRUPO ETC, 2005). Ainda, são possibilidades as intoxicações por nanopartículas, com consequências diversas, isoladas ou em interação com outros elementos nano, ou mesmo com estruturas biológicas, com capacidade de ultrapassar as defesas naturais do organismo humano, gerando danos a órgãos diversos, inclusive com potencialidade de desencadear mutabilidade celulares e cânceres (FUNDACENTRO, 2018, p. 2).

Relatório da Royal Society, desenvolvido ainda no ano de 2004, enfatizava, na Iniciativa Nacional de Nanotecnologia dos Estados Unidos, a necessidade de abordar incertezas sobre os riscos dos nanomateriais. No ano de 2016 o Centro de Direito Ambiental Internacional (CIEL) lançou uma declaração mundial de enfoque precautório sobre o despejo de dejetos contendo nanomateriais (CIEL, 2016). Nos países e regiões em que o debate sobre a nanotecnologia teve relativo avanço, como no caso dos Estados Unidos e da União Europeia, a falta de informação organizada sobre o comércio de nanoprodutos rendeu pedidos de moratória e demanda por um sistema de registro e controle de nanomateriais integrado e a nível global (CASTILLO, 2013, 197).

A condição de riscos e as incertezas não atingem exclusivamente os consumidores, mas também aos trabalhadores na fabricação de produtos a partir de nanoelementos, ou seja, no início da cadeia de desenvolvimento. Recentemente a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no trabalho – EU-OSHA lançou a campanha “*local de trabalho saudáveis: gerir as substâncias perigosas*”, com destaque a um encarte dirigido aos riscos da manipulação de nanomateriais em local de trabalho⁵²⁰. A atividade pretende chamar a atenção para riscos emergentes e derivados de nanomateriais e buscando promover a cultura da precaução⁵²¹.

⁵²⁰ Conferir em <https://osha.europa.eu/pt/themes/nanomaterials>.

⁵²¹ A Agência chama a atenção para riscos à saúde do trabalhador quando da manipulação e utilização dos nanomateriais, sendo alguns: lesões pulmonares, como reações inflamatórias agudas ou crônicas; lesões dos tecidos; fibrose e formação de tumores; lesões ao sistema cardiovascular; penetração de nanotubos de carbono na placenta e no feto, e lesões pulmonares, como inflamação, formação de

Não há que se generalizar, pois certo é que nem todos os nanomateriais possuem potencialidades nanotoxicológicas ou lesivas à saúde e segurança. Porém, e igualmente é correto de que nem todos os riscos e incertezas que envolvem a manipulação e utilização de materiais em escala nano são conhecidos e, mesmo, revelados pelos fornecedores. “Assim, o que se denota de toda argumentação acerca das nanotecnologias, ao lado das grandes promessas que parecem ser acerca delas invocadas, é a questão dos riscos que podem acarretar. Riscos ao meio ambiente, riscos à saúde humana”⁵²² (FORNASIER, 2013, p. 55).

O aspecto da incerteza, como tônica da sociedade de risco, conforme analisado por Beck (1998; 2002), passa a ser relevante e condição essencial a produtos fabricados. Assim, este também deve ser aspecto de preocupação de sistemas que se propõem a garantir a saúde e segurança, como no caso da defesa do consumidor. Esta condição acarreta desafios ao direito, sobretudo pelo fato da imprevisibilidade e incalculabilidade dos impactos. No entanto, é condição emergente e urgente, vez que em relatório formulado pela OIT⁵²³ se estima que para o ano de 2020 cerca de 20% dos produtos fabricados se utilizarão, em sua maioria ou em algum compósito, de nanoelementos. O mesmo relatório alerta para a necessidade de regulamentação específica para nanotecnologias, sejam quais forem suas aplicações, ante as potencialidades, os riscos e as incertezas não totalmente conhecidas.

Quanto à emergente e urgente necessidade de regulamentação específica para nanotecnologias, verifica-se que no Brasil ainda não há marco legal estabelecido para a regulamentação da produção, circulação, uso, consumo, descarte, ou mesmo um catálogo de produtos fabricados a partir de nanoelementos. Tramitam na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.133/2013⁵²⁴, que cria a obrigatoriedade de inserir no rótulo de todos os produtos à base de nanotecnologias informações sobre esta formulação, e o Projeto de Lei, de

granuloma e fibrose, com potencialidade cancerígena, e com efeitos similares ao amianto (EU-OSHA, 2018).

⁵²² Comentando sobre a questão dos riscos a partir da reatividade de nanoelementos para a saúde humana, Fornasier (2013, p. 63) destaca que “os nanomateriais mais comuns encontrados em produtos postos à venda no mercado mundial são compostos à base de prata, de carbono, de titânio, de silício e de zinco – mas as propriedades de tais materiais em nanoescala, conforme já previa Feynman na década de 1950, diferem em muito daquelas que apresentam quando tais substâncias se encontram em partículas maiores – bons exemplos disto se analisam nos seguintes fatos: a superfície de contato das nanopartículas em relação à sua massa é muito maior, o que as torna muito mais reativas; as propriedades ópticas, magnéticas e elétricas são muito diferentes daquelas quando estão na “forma convencional”; sua capacidade de se integrar no sistema biológico, alterar o metabolismo celular e se evadir dos mecanismos do sistema imunológico dos seres vivos também já são retratadas na ciência.”

⁵²³ As informações estão contidas no “Relatório Riscos Emergentes e Novos Modelos de Prevenção em um Mundo do Trabalho em Transformação”, cujo levantamento fora realizado pela Organização Internacional do Trabalho, e chamou a atenção para riscos provindos da inovação tecnológica, e dentre estas ganhou destaque as nanotecnologias. Disponível em: International Labour Organization (ILO). Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_124341.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

⁵²⁴ Conferir em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

nº 6.741/2013⁵²⁵, que cria a Política Nacional de Nanotecnologia, voltada ao incentivo à pesquisa, desenvolvimento tecnológico e controle pelo Poder Público dos riscos e impactos. Especialmente a última proposta estabelece a responsabilidade do governo de manter e gerir um cadastro nacional para controle e acompanhamento de projetos de pesquisa, desenvolvimento e comercialização de nanoproductos. Por se tratar de Projetos de Lei, ambos se encontram ainda em tramitação nas câmaras especializadas de estudo, na Câmara dos Deputados.

Certo é que a incrementação de produtos fabricados com nanoelementos é condição crescente na atual sociedade, o que tende a ampliar a disponibilização de produtos no mercado de consumo. Verifica-se, igualmente, que nem sempre são levados em consideração os potenciais riscos e incertezas, ou mesmo impactos para a saúde e segurança dos consumidores (ORTIGARA, 2019, p. 89). A partir destas condições, sobretudo a partir das incertezas características ao desenvolvimento tecnológico, há desafios as instituições atuais, que não possuem institutos assecuratórios ou normativas necessárias para a proteção à saúde e segurança do consumidor ante a imprevisibilidade marcante das incertezas, que agem, a partir do que Beck denominou, de irresponsabilidade organizada.

Diante das incertezas, condição essencial às novas tecnologias, como as nanotecnologias, há potencialidades e possibilidades de lesão que fogem ao tradicional padrão de proteção ou resguardo da saúde e segurança do consumidor, pois há a tendência de sua diminuição na medida em que os riscos são aumentados (FERREIRA, 2008). Esta condição traz desafios ao sistema legalmente estabelecido de proteção ao consumidor, e se constitui enquanto nova e inédita provocação acerca de quais parâmetros e possibilidades para a defesa do consumidor.

3. DESAFIOS À PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DA SOCIEDADE DE RISCO

Conforme destacado anteriormente, e em consonância com a análise de Beck, é característico à sociedade de risco o aumento das incertezas acerca dos impactos das decisões tecnológicas e tecnocientíficas tomadas. Por serem de difícil constatação, ou mesmo imprevisíveis, pelos atuais sistemas de controle os impactos à saúde e segurança podem ser potencializados, condição que aumenta o desafio na gestão, na regulação e na diminuição das consequências negativas tanto para o presente quanto para o futuro. Essa discussão também é relevante e se torna essencial e desafiante no tocante à proteção e defesa do consumidor, que, por si só, possui a característica de ser vulnerável no mercado de consumo, condição que

525

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

pode ser agravada quando da disponibilidade de produtos e serviços dos quais se desconhecem ou se tem incertezas acerca de impactos à sua saúde e segurança.

O que marca a sociedade de risco é que este é fabricado, ou seja, deriva do conhecimento técnico e dos processos industriais e de desenvolvimento tecnológico (BECK, 2002). Assim, a própria atividade tecnológica é ontologicamente geradora de riscos e de incertezas, condição derivada do aumento da complexidade das tecnologias e sua interação com os aspectos sociais. As atividades tecnológicas, e o desenvolvimento de produtos com base nestas, como é o caso das nanotecnologias, exigem do fornecedor cuidado amplo e responsabilidades antes da disponibilização de produtos no mercado de consumo, sobretudo aqueles capazes de impactar a saúde e segurança dos vulneráveis. Este cuidado deve ser ainda maior tendo em vista que o aspecto essencial das tecnologias é a incerteza e esta é marcada pelo desconhecimento ou possibilidade parcial de se prever ou calcular ocorrência de impactos indesejados (CNPEM, 2019, p. 20).

É neste sentido que a análise dos riscos, das incertezas, e das possibilidades de proteção e defesa do vulnerável na sociedade de risco se apresentam enquanto desafios e se faz condição importante e relevante. O consumidor, que é vulnerável na relação com o fornecedor, pode ter sua condição de desequilíbrio ainda mais agravada pelo desconhecimento técnico, ou mesmo pela introdução de produtos no mercado de consumo sem o devido cuidado, ainda mais diante de produtos altamente complexos e tecnológicos, como as nanotecnologias. Esta condição marca a vulnerabilidade técnica do consumidor⁵²⁶, que se não resguardado fica desprotegido e impactado por riscos à saúde e segurança, ou seja, à integridade humana.

Os riscos das nanotecnologias, traduzidos pela incerteza, acaba por dificultar o estabelecimento do tradicional vínculo de causalidade, essencial ao aspecto legal das responsabilidades. Esta condição foge à sistemática de proteção à saúde e segurança do consumidor, conforme estabelecida no capítulo IV do CDC⁵²⁷, quando adotada a partir da interpretação restritiva, pois trata dos riscos tendentes a serem mensuráveis e calculáveis pelo fornecedor, portanto previsíveis. Certamente que o direito tende a não lidar com condições não realizadas ou concretas; no entanto, como a incerteza é fruto de decisões que são tomadas e concretizadas no presente, conforme alertou Beck (1998; 2002), e que podem gerar impactos negativos em tempo futuro ou mesmo territorialmente extensível, não conhecidas no momento da disponibilização de determinado produto no mercado de

⁵²⁶ Comentando a vulnerabilidade técnica, Moraes (2009, p. 141-2) afirma que “o consumidor não detém conhecimentos práticos sobre os meios utilizados para produzir produtos ou para conceber serviços, tampouco sobre os efeitos ‘colaterais’, o que o torna presa fácil no mercado de consumo, pois, necessariamente, deve acreditar na boa-fé com que o fornecedor ‘deve estar agindo’” e configura-se “por uma série de motivos, sendo os principais a falta de informação, informações prestadas incorretamente e, até mesmo, o excesso de informações desnecessárias, esta última, muitas vezes, tendo o condão de impedir que o consumidor se aperceba daquelas que realmente interessam.”

⁵²⁷ Conferir arts. 8º a 10º do Código de Defesa do Consumidor.

consumo, o direito é chamado a resguardar condições presentes de modo a evitar a concretização de riscos futuros, ainda não concretos no presente mas que podem vir a ser materializados em momento posterior. É nascente, neste contexto, o pensar ou repensar sobre possibilidades de albergamento de tutela futura, especialmente dos mais vulneráveis. Isto é particularmente importante na defesa do consumidor, sobretudo diante de riscos e incertezas das nanotecnologias, passíveis de impactar a saúde e segurança em momento posterior (futuro) à disponibilização de produtos e serviços no mercado de consumo.

Conforme alertou Beck (1989), os riscos fabricados tendem a ser imperceptíveis, trazendo em sua gênese a incerteza em relação ao momento e possibilidade de realização de impactos; Com a complexificação e avanço das tecnologias, na qual as nanotecnologias se insere, seja pelo desconhecimento técnico do consumidor, pela possibilidade de cumulatividade dos efeitos e realizabilidade das manifestações e impactos em momento futuro, ou pela ausência de movimentos concretos dos fornecedores no sentido de prestarem esclarecimentos suficientes acerca dos riscos do produto e pela ausência de parâmetros específicos e claros a lidar com os mesmos, a vulnerabilidade é aumentada, e a tendência de impactos negativos à saúde e segurança ampliada, pois o consumidor não possui capacidade de, por si só, avaliar e mesmo evitar os possíveis impactos negativos provindos da utilização de determinado produto.

A incerteza traz em si e promove um alargamento da dependência do consumidor às decisões e vontades promovidas pelos fornecedores, tornando o consumidor ainda mais vulnerável, como ocorre no caso das nanotecnologias⁵²⁸. Esta aspecto desafiante reafirma a necessidade de alargamento do sistema de proteção ao consumidor, sobretudo quando da análise de produtos que possam gerar impactos à saúde e segurança. Compreende-se, portanto, que a condição de riscos e incertezas, inerentes às nanotecnologias, reforçam e tornam a necessidade de proteção e defesa do consumidor ainda mais relevante.

Tendente a concretizar a proteção integral o Código de Defesa do Consumidor parte da premissa de que a prevenção de quaisquer danos é direito básico, presente no art. 6º, inc. VI do CDC, e complementado pelo inc. I do mesmo artigo, pois tendente a realizar a garantia fundamental da “proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Neste mesmo sentido o art. 10 do CDC é incisivo ao vedar a prática de inserção de produtos e serviços pelo fornecedor que saiba ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Este dever de segurança é indicativo e condição

⁵²⁸ Segundo Cherutti e Engelmann (2011, p. 87), “importante ressaltar que a vulnerabilidade do consumidor de nanoprodutos resta maximizada, principalmente por dois motivos: a) desconhecimento da tecnologia pelos consumidores e; b) seu alto nível de complexidade, uma vez que envolve matérias de diversas áreas das ciências duras, exigindo um nível de estudo e pesquisa muito alto e específico para a sua compreensão.”

essencial, pois vislumbra a possibilidade, inclusive, de prevenção a acontecimentos e danos futuros, portanto, incertos, que poderiam ocasionar riscos à saúde e segurança do consumidor⁵²⁹. O desconhecimento ou imprevisibilidade de impactos negativos por parte do fornecedor não se constitui, assim, em condição permissiva para a disponibilização do produto ou serviço, mas ao contrário, ao se utilizar de nanotecnologias, e diante de possíveis incertezas, o fornecedor possui ainda mais responsabilidades com relação ao deveres de segurança, apresentados pela sistemática do Código de Defesa do Consumidor, e deve se prevenir e precaver ainda mais dos riscos possíveis, presentes ou futuros, conhecidos ou que deveria conhecer, em relação aos impactos à saúde e segurança do consumidor.

O estabelecimento de direitos básicos do consumidor, pelo estatuto consumerista, deixa claro que nem todo risco ou incerteza da atividade econômica deve ser aceitável. Como a atividade de consumo é comum, e atinge a todos, o que conta e condiciona a decisão do fornecedor pela introdução ou abstenção de determinado produto no mercado de consumo é, em última circunstância, a proteção da vida humana contra qualquer tipo de lesão ou dano, inclusive como princípio fundamental constitucional (art. 1º, inc. II, da CF), e quando os riscos fogem do aceitável, ou há incertezas, deve ser evitável e evitado (art. 8º do CDC). Neste sentido é que “nem toda incerteza constitui um risco; [...] o risco só está presente na medida em que a incerteza envolve alguma característica [...] que impacta de alguma forma a realidade humana” (JAEGER et al., 2001, p. 17).

Beck (1995) já apontava para esta condição inserta na sociedade de risco, pois aponta que diante de condições de incertezas e de riscos nem tudo o que tecnicamente seja possível deve ser politicamente permitido ou realizável. Esta circunstância não significa a paralisação ou proibição do desenvolvimento de novas tecnologias e de novos produtos, com potencialidade de serem inseridos no mercado de consumo, “mas requer que instrumentos e mecanismos adequados sejam elaborados e implementados para que a expansão da ciência, da tecnologia e da indústria seja conduzida dentro de parâmetros razoáveis de segurança”⁵³⁰ (FERREIRA, 2008, p. 46).

529 Segundo Miragem (2013, p. 235), “de início, diga-se que só se admite que introduzam no mercado produtos com riscos razoáveis e previsíveis, compreendendo não apenas sua adequação aos fins que legitimamente se espera, mas que também não causem danos à integridade psicofísica dos consumidores. Esta compreensão tem como fundamento técnico-jurídico a interpretação extensiva do dever de segurança imposto ao fornecedor de produtos e serviços, e da noção de risco de danos dele decorrentes, de modo a abranger não apenas os consumidores individualmente considerados, mas a coletividade. E, sucessivamente, não apenas os consumidores atuais, mas igualmente, as gerações futuras.”

530 Neste sentido, Ortigara (2017, p. 74-75) afirma que “não significa aceitar todo ou qualquer risco em nome do desenvolvimento econômico, ou sua condição de realização na sociedade sem qualquer regramento, sob o argumento de que por ser o risco essencial à sociedade, cabe apenas a esta arcar com os mesmos, como se fossem efeitos colaterais do desenvolvimento. Ao mesmo tempo que a condição de risco de realização futura não deve ser impeditivo do desenvolvimento tecnológico, especialmente quando do desenvolvimento de novos produtos e sua disponibilização no mercado de consumo, a preocupação com a proteção ao consumidor é parte complementar e essencial como

No caso da proteção ao consumidor, a garantia de proteção à saúde e segurança é dever e responsabilidade do fornecedor, e deve ser condição inerente a qualidade de produtos e serviços colocados no mercado de consumo (arts. 8º a 10º do CDC). O dever de responsabilidade e segurança passa e se materializa na não oferta de produtos ou serviços quando, de qualquer forma, pode oferecer riscos à saúde ou segurança, presentes ou futuros, e se introduzido no mercado, na garantia da qualidade do produto, no dever de informar sobre a essencialidade e da forma de utilização segura⁵³¹, e conforme critérios do art. 31 do CDC/⁵³² (BENJAMIN, 2007), bem como da observância do dever de educação do fornecedor para com o consumidor, apontando a forma, modo ou cuidados que deve ter quando do consumo do produto ou serviço⁵³³. Em todo o caso, é dever do fornecedor a observância do aspecto fundamental da transparência nas relações de consumo (MARQUES, 2011, p. 248).

Muito embora a condição de incerteza seja fundamental na sociedade de risco, apresentando desafios à defesa do consumidor, verifica-se que há elementos que promovem a proteção à saúde e segurança. Este papel não deve ser restrito apenas ao aspecto legal, mas também promovido pelo fornecedor, alargando-se a responsabilidade a evitar introduzir no mercado de consumo produtos que possam acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, seja este presente ou de possibilidade de materialização do futuro.

No entanto, o envolvimento do fornecedor neste papel fundamental ainda é um desafio, pois a tendência é a de que o produto seja apresentado contendo o elemento tecnológico como diferencial qualitativo do produto, e, portanto, superior aos concorrentes, e deixando de apresentar considerações a respeito dos riscos ou de ausência de pesquisas conclusivas sobre segurança ou fragilidades (ENGELMANN; CHERUTTI, 2013, p. 90). Conforme verificou-se, em havendo dúvidas acerca de riscos e incertezas sobre possíveis impactos negativos à saúde e segurança do consumidor o fornecedor deve adotar postura de prevenção, ou seja, de sempre levar em consideração a tutela do vulnerável e de evitar a inserção de possível produto danoso no mercado de consumo. Neste sentido, “é bom lembrar

contrapartida deste processo quando da exposição, sobretudo quando ainda não foram realizados estudos suficientes para a verificação da segurança de produtos e serviços postos no mercado de consumo, condição comum à grande maioria dos produtos nanotecnológicos na atualidade.”

531 Esclarece Lôbo (2011, p. 605), que “cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade. Os requisitos devem estar interligados. A ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar.”

532 Comentando o art. 31 do CDC, esclarece Efig (2011, p. 207) que “apesar da amplitude deste dispositivo, fica claro que a intenção do legislador foi garantir ao consumidor o maior número possível de informações sobre o produto ou serviço ofertado para que, a par de todos os dados necessários, possa decidir livremente pela aquisição ou não do produto e/ou serviço.”

533 Neste sentido, Efig (2011, p. 111) esclarece que “a educação caminha junto com a informação, e estas almejam a efetiva proteção e defesa do consumidor. (...). À medida que a sociedade de consumo passa a ser informada, suas chances de defesa e obtenção de tutela aumentam em proporção igual ou superior.”

que a ausência de prova de risco não é prova de ausência de risco” (TELLES; VALLE., 2003, p. 4).

Embora as nanotecnologias representem e apresentem desafios à proteção do consumidor, a condição de riscos e incertezas deve ser o foco central de preocupação quando da inserção de produtos no mercado de consumo, reafirmando e alargando a sistemática de proteção à saúde e segurança do consumidor, estabelecida pelo Código de Defesa do Consumidor. Neste sentido a precaução deve ser a tônica norteadora das ações ante a potencialidade de consequências imprevisíveis e da irreversibilidade dos impactos (MOSER, 2004, p. 112), o que passa pelo alargamento da responsabilidade do fornecedor e de todos os agentes envolvidos na proteção ao vulnerável.

CONCLUSÃO

A inserção de nanotecnologias já é realidade em vários setores e segmentos produtivos, com derivados inseridos no mercado de consumo. Igualmente é potencial o risco de impactos envolvendo nanoelementos ante a condição de incerteza que ainda os ronda. Esta condição expõe o vulnerável à riscos e incertezas, e em muitos dos casos, não informados, o que acaba por agravar a situação ante potenciais riscos à saúde e segurança do consumidor.

Esta condição impõe desafios para a regulamentação, e mesmo para a caracterização da necessidade de informar o consumidor, de forma efetiva e esclarecedora, acerca dos riscos a que está sendo exposto pelo consumo, se há ou não há, qual a extensão, e quais deveriam ser os cuidados necessários de modo a evitar lesões e danos à saúde e segurança. Ainda, essencial é o dever de segurança a ser garantido pelo fornecedor, tendo em vista a evitar a inserção de produtos com elementos nano no mercado de consumo quando sabe ou deveria saber poder causar impactos negativos à saúde e segurança.

Esta condição desvela, inclusive, a possibilidade de aplicação de prevenção e precaução antes riscos abstratos e incertezas, aspectos que devem passar a compor as preocupações do fornecedor. Está preocupação é essencialmente relevante vez que em muitos dos casos a composição nanotecnológica do produto sequer é tida como elemento de risco pelo fornecedor, e, o mais grave, sequer toma a condição como se fosse elemento fundamental do produto, deixando, em muitos casos de informar clara e ostensivamente o consumidor.

Verifica-se que esta condição se encaixa dentro da situação atual da sociedade, marcada pelo risco e incertezas, conforme trabalhou Ulrich Beck, o que agrava e torna mais urgente a discussão sobre a possibilidade e condições para a defesa dos vulneráveis num cenário de impactos e possíveis lesões e danos difusos, e que ultrapassam barreiras de tempo

e espaço. Ao que parece, as instituições responsáveis pela gestão dos riscos e impactos ainda estão organizadas e marcadas pela condição denominada pelo sociólogo como de “irresponsabilidade organizada”, vez que pouco fazem para gerir os possíveis impactos negativos sobre a saúde e segurança do consumidor, derivados das incertezas concernentes às atividades nanotecnológicas.

Mesmo na sociedade de risco, em relação à defesa do consumidor, e com a observância sistemática dos direitos e princípios fundamentais, especialmente em relação à garantia da segurança, da informação e da educação, é possível afirmar que há elementos suficientes a garantir a defesa e proteção mínima e adequada ao vulnerável ante os desafios das incertezas que envolvem as nanotecnologias na sociedade de risco, muito embora ausente legislação específica nesta área.

Portanto, na sociedade de risco, na qual se desenvolvem as tecnologias e o incremento das incertezas, se constitui enquanto dever dos fornecedores levar em consideração as incertezas enquanto orientadoras de suas decisões de modo a evitar impactos negativos à saúde e segurança do consumidor, e é fator fundamental para minorar a condição denominada por Beck como de irresponsabilidade organizada. No entanto, esta condição exige trabalho conjunto do Estado, do legislativo, do judiciário, dos fornecedores, e mesmo da tecnociência, diante dos aspectos de novidade e complexidade das nanotecnologias, bem como da condição de incerteza que ainda as ronda. É neste sentido que a ciência deve fornecer subsídios e servir de base técnica para a aplicação e tomada de decisões do sistema do direito, e que deve passar pela observância dos aspectos econômicos e sociais. Esta necessidade integratória é urgente e fundamental diante da complexidade e das incertezas das nanotecnologias, condição que visa dar maior efetividade à defesa e proteção do consumidor na sociedade de risco.

Esse novo contexto destaca nova condição essencial, a de que as ações atuais possam ter vários reflexos no futuro, inclusive negativos, muitos dos quais não conhecidos. Assim, além de ter que lidar com os riscos concretos, a sociedade deve gerir e se precaver dos possíveis riscos abstratos. E isto se transforma enquanto desafio contínuo às instituições sociais e de controle, como o próprio direito, discutindo-se novos parâmetros e interpretações acerca de responsabilidade, para cuja resolução são chamados os fornecedores, os cientistas, o direito, o Estado e a sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). *Cartilha sobre nanotecnologia*. Disponível em <<http://www.abdi.com.br/Estudo/Cartilha%20nanotecnologia.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. *Nano, um mercado de macrooportunidades*. Disponível em <<https://www.abdi.com.br/postagem/nano-um-mercado-de-macrooportunidades>>. Acesso em: 15/08/2019.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. São Paulo: Zahar, 2007.

BECK, Ulrich. *On the way to the industrial risk-society? Outline of an argument*. Thesis Eleven, Clayton, v. 23, n. 1, p. 86-103, 1989.

_____. *Ecological politics in an age of risk*. Cambridge: Polity, 1995.

_____. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

_____. *La sociedad de riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

_____. *Cosmopolitan vision*. Cambridge: Polity, 2006.

Bejamin, Antônio Herman. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

BORGES, Bento Itamar. *Crítica e teorias da crise*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 15 abr. 2020.

_____. *Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)*: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 15 abr. 2020.

BUZBY, Jean C. *Nanotechnology for food applications: more questions than answers*. The Journal of Consumer Affairs, Nova York, 44(3):528-545, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 5.133/2013: Regulamenta a rotulagem de produtos da nanotecnologia e de produtos que fazem uso da nanotecnologia*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=567257>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. *Projeto de Lei, de nº 6.741/2013: Dispõe sobre a Política Nacional de Nanotecnologia, a pesquisa, a produção, o destino de rejeitos e o uso da nanotecnologia no país, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600333>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CASTILLO, A. M. P. *The European and Member State's Approaches to Regulating Nanomaterials: Two Levels of Governance*. Nanoethics, Bruxelas, n. 7, p. 189-199. 2013. Disponível em: <https://www.etui.org/content/download/12452/106914/file/The+European+and+Member+States+Approaches+to+Regulating+Nanomaterials.Two+Levels+of+Governance.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CHERUTTI, Guilherme; ENGELMANN, Wilson. Nanotecnologias e direito do consumidor: o direito fundamental à informação e sua necessidade de efetivação nas relações de consumo envolvendo nanoprodutos. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 5, n.º 17, p. 78-95, out./dez. 2011.

CIEL, 2016. *Declaration: Precautionary Approach Critical on Waste Containing Nanomaterials*. Disponível em: <<http://www.ciel.org/news/declaration-precautionary-approach-critical-on-waste-containing-nanomaterials>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

EFING, A. C. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ENGELMANN, Wilson; CHERUTTI, Guilherme. Nanotecnologias e Direito do Consumidor: o direito fundamental à informação e sua necessidade de efetivação nas relações de consumo envolvendo nanoproductos. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 5, n.º 17, p. 78-95, out./dez. 2013.

ENGELMANN, W.; HOHENDORFF, R. V. De Eric Drexler a Erik Jayme - as respostas que o direito (ainda Não) tem para a questão das nanotecnologias. in: ROVER, A. J.; SIMÃO FILHO, A.; PINHEIRO, R. F (Orgs.). *Direito e Novas Tecnologias*. Florianópolis, FUNJAB, 2013.

ENGELMANN, Wilson et al (Org.). *Nanocosméticos e o Direito à Informação: Construindo os Elementos e as Condições para Aproximar o Desenvolvimento Tecnocientífico na Escala Nano da Necessidade de Informar o Público Consumidor*. 1.ed. Erechim - Rs: Deviant, 2015.

FERREIRA, Helene Sivini. *A biossegurança dos organismos transgênicos no direito ambiental brasileiro: uma análise fundamentada na teoria da sociedade de risco*. Tese de Doutorado. Florianópolis: UFSC-CPGD, 2008.

FERREIRA, Helene Sivini. A Dimensão Ambiental da Teoria da Sociedade de Risco. In: FERREIRA, H. S.; FREITAS, C. O. A. (Orgs.). *Direito Socioambiental e Sustentabilidade: Estado, sociedades e meio ambiente* [livro eletrônico]. Curitiba: Letra da Lei, 2016.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. *Diálogo ultracíclico transordinal: possível metodologia para a regulação do risco nanotecnológico para o ser humano e o meio ambiente*. Tese (Doutorado em Direito). São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Programa de Pós-Graduação em Direito), 2013.

FUNDAÇÃO JORGE DUPRAT FIGUEIREDO, DE SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO – FUNDACENTRO. *Nota Técnica n.º 1/2018*. Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/arquivos/projetos/Nota%20tecnica%20%2001-2018%20Corrigida%20e%20Revisada.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

GRUPO ETC. *Nanotecnologia: os riscos da tecnologia do futuro: saiba sobre produtos invisíveis que já estão no nosso dia-a-dia e o seu impacto na alimentação e na agricultura*. Porto Alegre: L&PM, 2005.

HANSEN, S. F.; MAYNARD, A.; BAUN, A.; TICKNER, J. A.; BOWMAN, D. M. Nanotechnology – early lessons from early warnings. In: *Late lessons from early warnings: science, precaution, innovation*. EEA Report, N.º. 1/2013. European Protection Agency, 2013. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.645.2197&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 25 abr. 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. O Princípio da Precaução e sua Aplicação no Direito do Consumidor. Dever de Informação. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor*. São Paulo: RT, v. 3, p. 579-614, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa Industrial de Inovação Tecnológica – PINTEC 2014*. Rio de Janeiro: 2016. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99007.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILT). *Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación*. 2010. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_124341.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2020.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION - ISO. *ISO/29 TC 229*. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/standards_development/technical_committees/list_of_iso_technical_committees/iso_technical_committee.htm?commid=381983>. Acesso em: 20 abr. 2020.

JAEGGER, Carlo J. et al. *Risk, uncertainty and rational action*. London: Earthscan, 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Informação como Direito Fundamental do Consumidor. IN: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). *Doutrinas Essenciais. Direitos do Consumidor*. São Paulo: RT, 2011, vol. III, p. 527-82. (Edições Especiais).

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA, INOVAÇÕES E COMUNICAÇÕES; CENTRO NACIONAL DE PESQUISAS EM ENERGIA E MATERIAIS – CNPEM. *Benefícios e Riscos das Nanotecnologias*. Separata CNPEM, Setembro de 2019. Disponível em: https://lnnano.cnpem.br/wp-content/uploads/2019/10/SEPARATA-CNPEM-02_Benef%C3%ADcios-e-riscos-das-nanotecnologias.pdf. Acesso em: 02 abr. 2020.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 7ª ed. São Paulo, Revista do Tribunais, 2018.

MIRAGEM, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 74, jul. 2013 – dez. 2013.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*, 3. ed., Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra-Pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MOSER, Antônio. *Biotecnologia e bioética: para onde vamos?*. Petrópolis: Vozes, 2004.

ORTIGARA, Rudinei José. *Nanotecnologias e Consumidor: a efetivação da proteção ao consumidor ante o risco dos produtos nanotecnológicos*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná: Curitiba, 2017.

PELLANDA, Patrícia Santos Précoma. A sociedade de risco e o princípio da informação: uma abordagem sobre a segurança alimentar na produção de transgênicos no Brasil. *Revista Veredas do Direito*. Belo horizonte, v. 10, n. 19, p. 89-114, jan/jun. 2013. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/258/341>. Acesso em: 30 mar. 2020.

TELLES, José Luiz; VALLE, Silvío. *Bioética e Biorrisco: abordagem transdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora Interciência, 2003. p. 3-30.

STATSNANO. *Establish a State policy to position Brazil as a global reference in science and technology in the development and manufacture of innovative high added value in Nanotechnology*. Disponível em: <https://statnano.com/country/brazil>. Acesso em: 18 abr. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Agência Europeia para a Segurança e Saúde no trabalho – EU-OSHA. *Nanomateriais fabricados no local de trabalho*. Disponível em: <https://osha.europa.eu/sites/default/files/publications/documents>. Acesso em: 18 abr. 2020.

O MODELO OPEN BANKING: O CONSUMIDOR DONO DE SEUS PRÓPRIOS DADOS

THE OPEN BANKING MODEL: THE CONSUMER OWNER YOUR OWN DATA

Henrico César Tamiozzo⁵³⁴

RESUMO: O presente artigo apresenta o perfil dos consumidores bancários no contexto brasileiro tal como dispõem de suas informações. Possibilita uma visão da tecnologia aplicada ao sistema bancário como o meio de influência positiva ao consumidor, pois outorga autonomia sobre o uso dos seus próprios dados pessoais. O trabalho lança luzes sobre a autodeterminação informativa dos dados pessoais e o amparo jurídico brasileiro, em especial para funcionamento do Cadastro Positivo de consumidores. Analisa a importância da Lei Geral de Proteção de Dados no cenário atual e o contexto do sistema bancário nacional. Objetiva demonstrar a que vias caminha a implantação do modelo *Open Banking* no Brasil, com referências a outros países, como uma alternativa para a acessibilidade dos dados financeiros, conforme resolução conjunta nº 1/20, tornando efetivamente o usuário possuidor de seus próprios dados, podendo fazer com eles o que desejar.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Novas Tecnologias; Cadastros e Bancos de Dados; Autodeterminação Informativa; Sistema Financeiro Aberto.

ABSTRACT: This article presents the profile of bank consumers in the Brazilian context as they have their information. It allows a view of technology applied to the banking system as a means of positive influence to the consumer, as it grants autonomy over the use of their own personal data. The work sheds light on the informative self-determination of personal data and the Brazilian legal protection, especially for the functioning of the Positive Consumer Registry. Analyzes the importance of the General Data Protection Law in the current scenario and the context of the national banking system. It aims to demonstrate the ways in which the implementation of the Open Banking model in Brazil is taking place, with references to other countries, as an alternative for the accessibility of financial data, according to joint resolution nº 1/20, effectively making the user the owner of his own data, being able to do with them whatever he want.

Keywords: Consumer Law; New technologies; Registrations and Databases; Informative self-determination; Open Banking.

INTRODUÇÃO

O consumidor sempre que realiza a compra de um produto ou serviço, ainda mais quando feito através da *internet*, cria um histórico com os dados dessa aquisição e essa perfilação compõe um banco de dados sobre sua personalidade e padrões de consumo. O uso

⁵³⁴ Possui Graduação em Direito pela PUCPR - campus Londrina, Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário no IDCC e Pós-Graduação em "Ministério Público- Estado Democrático de Direito" na FEMPAR. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Doutorando pela PUCPR.

dessas informações é de grande valor para as empresas e instituições financeiras em geral, que ao fazerem uso delas, geram inúmeras formas de lucrarem.

Deste modo, ao reter os dados dos consumidores e realizar o tratamento deles, em números e diversos bancos de dados e cadastros de consumidores, além da ausência de autorização específica para tal abordagem, as instituições financeiras auferem rendimentos extravagantes, quando na verdade é o consumidor quem deveria receber tal vantagem. Isso tudo acaba por expor o consumidor que ignora essa situação, e por puro desconhecimento, não luta pela autonomia na proteção e compartilhamento dos seus dados.

Atento às necessidades dos consumidores e inovações do mercado surge uma nova concepção de banco, de como realizar as movimentações e ter acesso a elas em uma única plataforma. O *Open Banking* pretende trazer facilidade ao consumidor e mais transparência nas suas informações. O usuário passará a fazer o que lhe for mais conveniente, tornando-se realmente dono de seus próprios dados.

O modelo certamente deverá estar alinhado com os princípios e fundamentos da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) brasileira, com foco na segurança e na proteção de dados do consumidor. Este é considerado um passo importante no processo de digitalização e modernização do sistema financeiro brasileiro.

Por exemplo, especificamente no Art. 2º, inciso II, da LGPD, pontua-se o fundamento da autodeterminação informativa, que interpreta a ideia de o consumidor ter autonomia a ponto de decidir quais informações suas serão usadas, podendo manipular esse uso por terceiros sempre que achar conveniente tal feito.

Será tratada a regulamentação do *Open Banking*, realizada por meio da resolução conjunta do Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional nº 1, de 4 de maio de 2020, que cria um ambiente propício para a colaboração entre as diferentes instituições (como exemplo, bancos e *fintechs*) e para o surgimento de novas soluções, produtos e serviços que empoderem o destinatário final e que entreguem novas e melhores experiências para estes clientes.

Assim, a presente pesquisa irá expor por quanto andas a vulnerabilidade na relação de consumo bancária, como funciona a apresentação de consumidores e fornecedores em bancos de dados diversos, tais como o Cadastro de Inadimplentes, Banco de Maus Fornecedores, o Cadastro Positivo de Consumidores, apresentando seus benefícios e falhas, com espeque na falta de liberdade que do consumidor relacionado a seus próprios dados, e por fim, apresentará uma análise dos possíveis efeitos da implementação do *Open Banking* no país.

1. MOMENTO DE OPORTUNIDADES E INOVAÇÕES

A partir de 2008, após a crise financeira e recessão mundial inicialmente causada pelo *subprime* no mercado imobiliário americano e na quebra de grandes bancos, cria-se o cenário ideal para o surgimento de novas modalidades de negócios na área financeira.

Enquanto muitos acreditavam ser o fim de seus investimentos, empreendedores enxergaram em meio à crise uma forma de revolucionar o sistema financeiro, aliando tecnologia à necessidade do mercado e da população. As novas tecnologias financeiras, que receberam o nome em inglês de *fintechs*, foram em sua maioria empresas que aparecem a partir da insatisfação com os padrões bancários clássicos, que não atendiam os anseios e necessidades da ativa e ágil sociedade moderna.

É verdade que, a princípio, muitos investidores ficaram receosos quanto a aceitação das *fintechs* no mercado, mas com os anos elas ganharam força e a confiança de todos, e vem causando desrupção no setor, passando a expandir e causar temor reverencial no antigo monopólio bancário e financeiro mundial.

Fintech é a junção de dois termos em inglês *financial* e *technology*, que traduzindo seria uma empresa, por vezes do tipo *startup*, com o foco na área financeira, aplicando a tecnologia para obter benefícios para os usuários. O uso dos dados de consumidores, por exemplo, possibilita a essas *fintechs* uma perfilagem, que podem auxiliar os consumidores com juros mais baixos e isenção de tarifas, trazendo uma ideia mais ágil do serviço bancário.

Assim, para Maria Eugênia Reis Finkelstein, “As fintechs são startups especializadas em finanças [...]” (FINKELSTEIN, 2018, p. 48). Na mesma toada, Nelson Abrão, em sua obra atualizada e ampliada pelo filho e Juiz Carlos Henrique Abrão, explana que “A fintech, nada mais nada menos, representa finanças e tecnologia, revelando startups cuja principal atividade é inovação na área dos serviços financeiros” (ABRÃO, 2018, p. 638).

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, através do Ministério da Fazenda, instituiu a Portaria CVM/PTE nº 105, de 07 de junho de 2016, e logo no Art. 1º, parágrafo único, especifica seu entendimento sobre *fintech*, definindo-a como:

a aplicação intensiva de novas tecnologias nos mercados, produtos ou serviços sob a jurisdição da CVM, incluindo, dentre outros, áreas relacionadas a plataformas de financiamento e a distribuição, negociação e pós negociação de valores mobiliários, tais como: *crowdfunding*, *digital securities*, *automated advice*, *distributes ledger technology* e *high-frequency trading*. (Portaria CVM/PTE nº 105).

Atualmente, existem diversas *fintechs* que abrangem as mais variadas modalidades financeiras: realizando empréstimos, concessão de crédito, investimento em bolsa de valores, gestão financeira, facilitação de pagamentos, etc. O volume total de *fintechs* e iniciativas de eficiência financeira em atuação no Brasil, segundo a FintechLab, saltou de 604 em junho de 2019 para 771 em agosto de 2020, um crescimento de quase 28% de acordo com a 9ª edição

do Radar Fintechlab (RADAR, 2020). Segundo informações coletadas no endereço eletrônico:

O montante total de 771 compreende a soma de fintechs propriamente ditas e plataformas dedicadas à eficiência financeira. O trabalho considera como fintechs as empresas ou iniciativas que trazem novas abordagens e modelos de negócios em serviços financeiros e são escaláveis principalmente através de tecnologia. Já as iniciativas classificadas como de eficiência financeira são organizações que atuam por meio de bureaus de informações, soluções de prevenção à fraude, biometria, blockchain, analytics, além de outras tecnologias e serviços que apoiam e trazem maior agilidade e praticidade ao mercado financeiro (RADAR, 2020).

O Banco Central do Brasil aprovou a Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018, e consignou como principais diretrizes a supressão do banco intermediário, que até então era necessário, e a criação de mais dois segmentos de instituições financeiras: as Sociedades de Crédito Direto e as Sociedades (SCD) de Empréstimos entre Pessoas (SEP), também conhecida pelo mercado como *peer to peer* – as chamadas *fintechs* de crédito. Com a medida, as fintechs podem atuar em segmentos antes restritos a instituições financeiras tradicionais, como análise de crédito e seguros (INSPER CONHECIMENTO, 2018).

O primeiro modelo é a Sociedade de Crédito Direto (SCD) que é classificada da seguinte forma: “caracteriza-se pela realização de operações de crédito, por meio de plataforma eletrônica, com recursos próprios. Ou seja, esse tipo de instituição não pode fazer captação de recursos públicos” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2018). São modelos como o Nubank, que faz uso a partir da concessão de crédito, não envolvendo dinheiro dos clientes.

O outro modelo de classificação é Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP), basicamente, as *fintechs* que se encaixam a esse modelo são aquelas que apenas fazem a intermediação de quem quer investir com quem necessita de investimento. A partir da plataforma são realizadas as negociações do modelo *Per to Per* (P2P). Além dessa prática, as SEPs podem também atuar na análise de *score*, viabilizando os melhores investidores aos melhores credores.

2. BANCOS DE DADOS E CADASTRO DE CONSUMIDORES

Um fato corriqueiro nas instituições financeiras é fazer o uso de dados dos clientes para poder avaliar o crédito, ou seja, os valores a serem cedidos. A coleta de dados dos consumidores, usuários de serviços bancários, fez com que surgissem imensos bancos de dados, que são alimentados a cada movimentação, cada compra e transação monetária que o indivíduo faz, vinculando ao seu CPF um histórico de movimentações e consumo.

No Brasil, o mais tradicional desses bancos de dados é aquele que reúne o cadastro de consumidores inadimplentes, como o SPC e SERASA, que são duas prestadoras de serviços

responsáveis por registrar, em um gigantesco banco de dados, o nome completo e o CPF de um indivíduo que possua dívidas vencidas, por isso também chamados banco de consumidores devedores ou negativados. Este banco de dados fica disponibilizado para os comerciantes que contratarem esses serviços, e a partir daí, as informações registradas no banco de dados são repassadas ao empresário contratante e servirão de critério para concessão (ou não) de crédito para o consumidor.

A SPC Brasil é uma empresa de tecnologia vinculada à Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas – CNDL, que processa e armazena todas as operações de crédito realizadas pelas empresas no país, ou seja, o seu banco de dados é alimentado pelas empresas credenciadas, bem como pelas associações comerciais de cada Estado.

Já a Serasa Experian é uma empresa focada em serviços de informação e responsável por uma das maiores base de dados da América Latina. Foi criada a partir de uma parceria entre associações bancárias, e atualmente, pertence ao grupo britânico Experian, multinacional com operação em 44 países.

Além dessas duas mais famosas no país, ainda há o SCPC - Serviço Central de Proteção ao Crédito, empresa administrada pela Boa Vista Serviços, que basicamente presta os mesmos serviços e possui a mesma finalidade das empresas anteriores. O último destaque neste ramo vai para o CCF - Cadastro de Emitentes de Cheque sem Fundo, que é administrado pelo Banco do Brasil e possui a finalidade exclusiva de registrar o nome de pessoas que emitem cheques sem dispor de saldo em sua conta para pagamento.

Segundo Herman Benajmin, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro, existe diferença entre o chamado Banco de Dados para com o Cadastro de Inadimplentes, e dois aspectos se destacam nesta distinção: a origem da informação (fonte) e seu destino. Assim:

Nos cadastros, muito comuns nas lojas que comercializam roupas, é o próprio consumidor, independentemente de a compra ser a crédito, que oferece seus dados pessoais para o estabelecimento. Objetiva-se, com a coleta dos dados, estabelecer uma comunicação maior entre fornecedor e consumidor, principalmente para oferecer informações sobre promoções, chegada de novos modelos de roupas, ect. A fonte da informação é o próprio consumidor e o destino é um fornecedor específico.

De outro lado, nos bancos de dados de consumo, cuja principal espécie são justamente as entidades de proteção ao crédito, a informação advém, em regra, dos fornecedores (e não mais do consumidor). O destino final da informação, embora ela permaneça armazenada na entidade, é o mercado, ou seja, os fornecedores (BENJAMIN, 2010, p. 279).

Atualmente no Brasil, esses bancos de dados e cadastro de consumidores assumem um importante papel econômico-social, pois facilitam a circulação da moeda e os negócios, dando mais confiança e praticidade. O brasileiro médio deixou de ser poupador e passou a ser um cidadão que depende de crédito no mercado. Esta dependência é um dos principais fatores a gerar o superendividamento atual da população brasileira.

Oportunamente, ainda com relação às diferenças existentes entre as construções jurídicas dos bancos de dados e cadastros de consumidores, extrai-se entendimento do Prof. Dr. Antonio Carlos Efig (2002, p. 30-36), de sua tese de doutoramento na PUCSP, em que aponta sete diferenciações a seguir descritas.

Quanto à forma de coleta dos dados armazenados, subdivide-se em: i) Banco de dados – têm caráter aleatório, sendo o seu objetivo propiciar a máxima quantidade de coletas de dados. Não há um interesse particularizado; ii) Cadastro de consumidores – o consumidor tem necessariamente uma relação jurídica estabelecida com o arquivista (especificidade subjetiva). Assim sendo, não há um caráter aleatório na coleta das informações, mas sim um interesse particularizado (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto à organização dos dados armazenados, subdivide-se em: i) Bancos de dados – as informações têm uma organização mediata, pois visam a uma utilização futura, ainda não concretizada; ii) Cadastro de consumidores – as informações têm uma organização imediata, qual seja a relação jurídica estabelecida entre o arquivista dos dados e o consumidor (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto à continuidade da coletiva e da divulgação, subdivide-se em: i) Bancos de dados – como são aleatórios, há a necessidade de sua conservação permanente, no máximo de tempo possível; ii) Cadastro de consumidores – como não há interesse por parte do fornecedor em manter o cadastro do consumidor que com ele não tem relação jurídica, o cadastro tende a não ser contínuo (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto à existência de requerimento do cadastramento, subdivide-se em: i) Banco de dados – não há consentimento do consumidor, que, muitas vezes, sequer tem conhecimento do registro; ii) Cadastro de consumidores – há consentimento por parte dos consumidores e, algumas situações, presente está o seu requerimento de abertura dos dados ao arquivista (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto à extensão dos dados postos à disposição, subdivide-se em: i) Banco de dados – como há o objetivo de transmissão de informações a terceiros, é proibido o juízo de valor em relação ao consumidor. Existem apenas dados objetivos e não valorativos; ii) Cadastro de consumidores – é possível a presença de juízo de valor sobre o consumidor, com informações internas para orientação exclusivamente dos negócios jurídicos do arquivista (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto à função das informações obtidas, subdivide-se em: i) Banco de dados – não apresentam a finalidade de utilização subsidiária. As informações constituem o conteúdo fundamental da existência do banco de dados; ii) Cadastro de consumidores – os dados são utilizados com a finalidade de controle interno sobre as possibilidades de realização de negócios jurídicos por parte do fornecedor-arquivista (utilização subsidiária) (EFING, 2002, p. 30-36).

Quanto ao alcance da divulgação das informações, subdivide-se em: i) Banco de dados – a divulgação é externa e continuada a terceiros, sendo essa a sua principal finalidade social; ii) Cadastro de consumidores – a divulgação é apenas interna, no interesse subjetivo do fornecedor-arquivista (EFING, 2002, p. 30-36).

Em que pese as diferenças presentes entre o banco de dados e cadastro de consumidores, a natureza jurídica de ambos é de caráter público, nos termos do Art. 43, §4º, do CDC (BRASIL, 1990), podendo ser mantidos por entidades públicas, a exemplo do CFF, ou entidades privadas, a exemplo do SPC e Serasa. Todas elas recebem o nome de arquivistas, e lidam com um dos mais importantes direitos da personalidade do cidadão, qual seja, seu nome, sinal que representa o sujeito no meio social (TARTUCE, 2020, p. 452)

Mesmo não tão conhecidos aos olhos da massa, existem outros bancos de dados e cadastros focados na relação fornecedor-consumidor e no comércio varejista. Assim, vale a pena comentar sobre o Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas – CNRF, o Cadastro Positivo e o *Crediscore*.

O CNRF é formado pelas Reclamações fundamentadas finalizadas no período de 12 (doze) meses pelos Procons integrados ao Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (Sindec). A consolidação das reclamações contidas nos Cadastros Estaduais e Municipais do Procon são publicados anualmente em um documento que, por força do Art. 44 do CDC, determina a manutenção de “cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-los pública e anualmente” (BRASIL, 1990). Além de cumprir a referida normativa, a publicação anual do CNRF objetiva também dar publicidade à sociedade quanto à conduta de fornecedores, incentivá-los à melhoria contínua, assim como informar os consumidores e subsidiar políticas públicas.⁵³⁵

Como explica Rizzatto Nunes, o cadastro do Art. 44 do CDC trata-se do troco da lei aos serviços de proteção ao crédito. Em outras palavras, há uma revanche em benefício dos consumidores pela existência dos cadastros negativos (RIZZATTO NUNES, 2007, p. 538).

Em abril de 2019, foi sancionada a Lei Complementar nº 166, conhecida por Lei do Cadastro Positivo, que alterou a Lei Complementar nº 105, de janeiro de 2001 e a Lei nº 12.414, de junho de 2011, para dispor sobre os cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Na prática, consiste em uma ampliação do acesso aos bancos de dados pelas instituições financeiras e bancos para reconhecer a fidelidade do consumidor.

⁵³⁵ Para mais informações, acesso o canal do governo federal pelo endereço eletrônico: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/cadastro-nacional-de-reclamacoes-fundamentadas-cnrf>>, ou ainda, por via de exemplo, o CNRF dos Procon-PR do ano de 2018, no endereço eletrônico: <http://www.procon.pr.gov.br/arquivos/File/Ranking_2018_final.pdf>, ambos acessados em: 31.ago.2020.

Esses bancos de dados são alimentados a partir do histórico de pagamentos relativos a operações de crédito, tal como obrigações de pagamentos liquidadas ou em andamento. O cadastro independe da vontade do consumidor, que somente pelo fato de possuir cadastro de pessoa física ou de pessoa jurídica, já passa a ser avaliado a cada compra que realiza.

O *Crediscore* ou *credit scoring* também é uma maneira de análise do perfil do consumidor para fornecer o crédito. Mas não há uma criação de um banco de dados a partir de um histórico de compras, já que o *Crediscore* funciona, basicamente, a partir de um programa que reúne as informações fornecidas pelos clientes e faz um cálculo matemático levando em consideração fatores como residir em casa própria, salário, etc. Essa modalidade pode ser usada tanto por instituições financeiras, quanto por empresas de pequeno porte, bastando apenas ter um programa capaz de fazer o cálculo da probabilidade.

No informativo nº 551 do STJ, consignou-se a necessidade de fornecer ao consumidor o acesso as suas próprias informações, possibilitando ao usuário elevar seu *score*. O Rel. Min. Paulo de Tarso Severino, no Recurso Especial 1.419.697/RS, julgado em 2014, se posicionou de maneira que, apesar de não se fazer necessário o consentimento do consumidor, ao menos é válido que ele possa consultar a qualquer tempo esclarecimento sobre seus dados (BRASIL STJ, 2014).⁵³⁶

Ainda sobre o tema, consigne-se que a conclusão constante do julgado deu forma à Súmula nº 550 do Tribunal da Cidadania (STJ, 2015), estabelecendo que “a utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valorada e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo”.

Assim, a Lei Complementar nº 166 de 2019, alterou o panorama existente até então, diante da formação automática do cadastro. Atrelado ao avanço da tecnologia, nunca foi tão importante zelar pelos interesses e dados dos consumidores na área financeira. O acesso só

⁵³⁶ Segue inteiro teor do Informativo nº 551: “No que diz respeito ao sistema *credit scoring*, definiu-se que: a) é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito); b) essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo); c) na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei 12.414/2011; d) apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas; e) o desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring*, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados” (STJ – REsp 1.419.697/RS – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – j. 12.11.2014).

pode ser feito pelo próprio consumidor ou, com sua autorização, por consulentes que com ele mantiverem relação comercial ou creditícia. O tratamento (coleta, armazenamento e difusão) das informações pessoais deve sofrer limitações, em especial para tutela dos direitos da personalidade do consumidor.

3. ACESSO E TRATAMENTO DOS DADOS DO USUÁRIO NO SISTEMA FINANCEIRO

A produção do dado ocorre diariamente, seja em uma compra simples na farmácia, um acesso as redes sociais em um momento de descontração ou também em transação intermediadas por grandes instituições financeiras; enfim, o consumidor sempre deixa rastros. Com essa exposição, por vezes, o consumidor fica vulnerável ao uso indevido de seus dados. Dado é tudo aquilo que caracteriza o indivíduo, essas informações fornecidas são capazes de dizer quem é quem, descrevendo perfis, preferências, gostos, costumes, hábitos pessoais e de consumo, etc. Desta forma, devem ser tratados com o todo cuidado possível.

Os bancos de dados, conforme demonstrados no tópico anterior, possuem o intuito de facilitar e dar segurança para as partes de uma relação jurídica de consumo. Auxilia, por exemplo, que a financeira realize empréstimos seguros e com solvibilidade, ao passo que facilita ao consumidor o acesso ao crédito, sua aprovação e conquista de melhores benefícios.

Todavia, ainda hoje no Brasil os desafios na área se mantêm, sobretudo, pelo fato do consumidor não ser dono dos seus próprios dados, ou seja, ele ainda não tem autonomia bancária e financeira, e não consegue utilizar do seu histórico positivo como objeto de barganha, estimulando a concorrência. A inacessibilidade também se mostra ao consumidor ser avaliado sem ter conhecimento de quais dados foram acessados, de que forma eles foram tratados e quais os métodos aplicados para definir sua aprovação ou reprovação.

Está-se tentando alterar esse cenário atualmente via Art. 5º da Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), que preconiza quais são os direitos do cadastrado, com alterações realizadas pela Lei Complementar nº 166/2019. Entre esses direitos está: i) a possibilidade de obter o cancelamento ou abertura do cadastro quando solicitado; ii) acessar gratuitamente, independentemente de justificativa, as informações sobre ele existentes no banco de dados, inclusive seu histórico e sua nota ou pontuação de crédito; iii) Solicitar impugnação de qualquer informação sobre ele erroneamente anotada em banco de dados e ter, em até dez dias, sua correção ou cancelamento e comunicação aos bancos de dados com os quais aquele compartilhou a informação; iv) Conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco de negociação futura, resguardado o segredo empresarial; v) Ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados, entre outros (BRASIL, 2011).

Contudo, ainda que haja inovação legislativa, mancam mecanismos e sistemas que possibilitem a efetivação desses direitos, ao ponto de o usuário não conseguir transferir seu histórico bancário de uma instituição para outra. Ou seja, quando o consumidor quer fazer cotação de serviços em outras instituições fica privado de seus dados antigos, bem como, caso haja necessidade de trocar de instituição bancária, todo o cadastro já anteriormente realizado tem que ser refeito pelo consumidor. Seu histórico de transações, pagamentos, débitos e financiamentos não conversa com outras plataformas, não existe um sistema único que interligue em um único local seus dados financeiros, tolhendo significativa autonomia do consumidor.

Logo, os dados e histórico bancário são utilizados como forma de manter o cliente refém de uma mesma empresa. Sem esse conhecimento, é nítida a vulnerabilidade informacional dos consumidores. Na busca de reduzir esse desequilíbrio aprovou-se no Brasil em 2018 a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709/2018), trazendo soluções diversas para esse macroambiente da proteção dos dados, conferindo mais autonomia, empoderamento e privacidade aos cidadãos. que traz uma saída para essa vulnerabilidade em relação aos dados pessoais, uma vez que possui o intuito de regulamentar o uso indiscriminado dos dados obtidos.

Mais especificamente, no Art. 2º, inciso II, da LGPD, indica-se a autodeterminação informativa,⁵³⁷ que é exatamente conferir ao consumidor autonomia, a ponto de decidir entre usar ou não seus dados, quais ficarão acessíveis, a quantidade de dados compartilhada, e a alteração desses dados pessoais, sempre que possível e achar conveniente.

Observado isso, é indispensável a tutela jurídica através da legislação neófito, que vise a liberdade e a segurança para com os dados do consumidor em todos os ramos, o que inclui a área financeira e bancária.

4. O OPEN BANKING

Uma plataforma disruptiva que vem apresentando uma mudança radical nos serviços financeiros para o consumidor é o *Open Banking*, pois permite a integração das interfaces de programação de aplicativos uma chave de acesso para outras empresas e serviços aos dados dos clientes, desde que haja autorização expressa por parte deste.

Rafael Pereira, CEO da Rabel,⁵³⁸ em entrevista para Alison Pitangeira (2020), explica que o intuito da plataforma é tornar o sistema financeiro mais competitivo e transparente,

⁵³⁷ Um dos fundamentos previstos na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), no Art. 2º, II.

⁵³⁸ Empresa especializada em empréstimo pessoal online sem garantias e com taxas que variam de acordo com o perfil cadastrado. A empresa é focada em realizar mudanças na vida financeira de diversos brasileiros e, por isso, assume total transparência na hora de informar as taxas de juros.

permitindo ao leitor uma autonomia em relação aos dados, podendo com elas tratar como desejar. É o empoderamento do consumidor que passa a ser, efetivamente, dono de seus dados. A ele cabe a decisão sobre seus pagamentos e fluxo de informações.

O *Open Banking*, no aspecto técnico, funciona sobre uma Interface de Programação de Aplicativo, termo em inglês comumente chamado de API,⁵³⁹ que em outras palavras, é um conjunto de padrões de programação que permite a integração de sistemas distintos em um único aplicativo. Essa API permite que os usuários acessem suas contas de diversos bancos em uma só tela, tanto para análise de seus dados quanto para transações, facilitando na gestão financeira.

O Banco Central do Brasil, por sua vez, entende o *Open Banking* como um modelo que está baseado na premissa de que os dados pertencem ao usuário, e não a instituição em si. Por conseguinte, o correntista deve ter a autonomia de migrar e compartilhar seus dados, produtos e serviços entre as instituições. Na prática nada mais é do que o acesso aos extratos, taxas, transações de forma dinâmica, transparente e segura em um só ponto.

A ideia do banco aberto tem como foco o consumidor, que deve ter conveniência, abundância e maiores oportunidades de acesso ao crédito, de maneira facilitada e queda nos valores de contrato, resultado do aumento da competitividade. O acesso às suas informações deve ocorrer de forma simples, eficiente e eficaz. Os dados contidos no API vão traduzir o perfil do próprio consumidor e o *Open Banking* pretende dar poder para que este indivíduo use de seus dados como melhor entender, encontrando formas de se beneficiar com produtos e serviços bancários.

O *Open Banking* não é uma exclusão das instituições financeiras convencionais, tampouco uma preferência pelas *fintechs*, mas sim uma forma de englobar ambas as experiências e permitir ao usuário escolher qual mais lhe agrada em determinada circunstância, possibilitando um aumento da competitividade e por consequência melhores juros e taxas, para que ao fim, os produtos e serviços sejam atraentes e de qualidade.

A união dos aspectos inovação e sistema financeiro na plataforma *Open Banking* demonstra possuir qualidades suficientes que o classificam como '4D', que seria, basicamente, a democratização, desburocratização, digitalização e desmonetização. Esses conceitos traduzem uma solução para a rigidez atual do mercado financeiro, permitindo um novo olhar para a aplicação da tecnologia.

A aplicação do *Open Banking* já ocorre em alguns países e regiões do globo, a maioria ainda em fase embrionária de análise, mas outros já em tratativas avançadas e de implementação, como é o caso do Reino Unido, da Austrália e do Brasil. Logo, nosso país sai na frente ao tentar estipular uma regulamentação. Vale citar que o perfil do *Open Banking* e das plataformas que realizam o cruzamento dos dados deve levar em conta o perfil dos

⁵³⁹ API – sigla em inglês que corresponde a *Application Programming Interface*.

consumidores de cada região, ou seja, características e peculiaridades que possam funcionar na Europa não necessariamente devem ser aplicadas ao cenário nacional.

Desde janeiro de 2018 o Reino Unido já conta com a funcionalidade do modelo com efetivas mudanças para o consumidor, como uma maneira de competição e inovação por parte das instituições financeiras. Na Europa, a criação da Lei PSD2 impõem a todos os bancos europeus que realizem a abertura de suas *APIs*, concluindo que os dados antes restritos somente as instituições financeiras, agora sejam disponibilizados para o usuário, criando as condições ideais para o *Open Banking* se desenvolver e atingir um grande público rapidamente. Em consequência, os mercados fechados perderam espaço, entrando na competição empresas menores que passam a oferecer melhores condições e serviços, por não necessitarem de uma grande infraestrutura para fazer o funcionamento do negócio.

O consumidor pode construir sua plataforma conforme preferir. Os bancos e *fintechs* que integram seu *Open Banking* são de própria escolha, não tendo obrigação de compartilhar seus dados com uma instituição que não desejar. Além disso, ocorre a oferta de novos serviços, pois o *Open Banking* era a tecnologia que faltava para que os bancos trouxessem para dentro de seu funcionamento produtos de terceiros para oferecer aos seus usuários.

O *Open Banking* possui uma estrutura de quatro pilares que devem ser avaliados e que apresentam a capacidade de adequação do país ao sistema de banco aberto. São eles: um ambiente regulatório, potencial de adoção do ideal, sentimento do consumidor e, por fim, um ambiente para inovação. É importante observar esses quatro pontos para que a implementação do *Open Banking* seja de fato efetiva, trazendo os benefícios para os consumidores de forma funcional.

Ao observar os aspectos que funcionam na plataforma já em funcionamento pelo mundo, o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional aprovaram a resolução conjunta nº 1, de 04 de maio de 2020, com as regras de funcionamento do Sistema Financeiro Aberto (*Open Banking*).

A resolução conjunta aprovada traz, além das definições, objetivos e princípios do *Open Banking*, suas principais diretrizes e regras de funcionamento, como os dados e serviços abrangidos, as instituições participantes, os requisitos para obtenção do consentimento do cliente e sua autenticação, aspectos relacionados à responsabilidade das instituições participantes e à convenção a ser celebrada entre elas para definir os padrões técnicos e os procedimentos operacionais para implementação do *Open Banking*, itens que serão abordados no próximo tópico.

Antes disso, como já observado nos diversos países que aderiram ao modelo, é necessária uma sincronia entre *Open Banking* e proteção dos dados pessoais dos consumidores. Assim, vale relacionar a Lei de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) como percussora da regulamentação, pois confere embasamento para que o *Open Banking* possa

ser implementado. A partir desse momento, será possível definir uma estrutura de funcionamento abrindo espaço para uma possível acessibilidade da ferramenta e popularização.

O intuito é com a regulamentação ir além do que já é regulamentado na União Europeia e no Reino Unido, corrigindo erros já observados na utilização por parte dos países. Ocorre também a utilização de regulamentações já existentes, que a princípio surgem para regulamentar determinado aspecto específico e com o avanço culminam por dar assistência a outros itens, como por exemplo, a Resolução nº 4.656 do Bacen, que foi criada para dar amparo para as relações de empréstimo pessoal nas plataformas das *fintechs* e, por fim, pode ser observada atendendo a algumas necessidades do *Open Banking*.

O Bacen pretende democratizar o acesso bancário, desburocratizar, diminuindo requisitos e regras que enrijecem as transações financeiras, desmonetizar, tornando o serviço mais acessível aumentando a concorrência, assim como a digitalizar, facilitando o acesso, diminuindo as barreiras de entrada das instituições de forma organizada, segura e rápida. Além da regulamentação do Banco Central do Brasil é importante apontar que há a necessidade da autorregulamentação do setor que cria suas próprias modalidades de funcionamento a partir da atividade prática.

4.1 A Resolução Conjunta nº 1, de 04 de maio de 2020

Por meio da Resolução Conjunta nº 1/20 (BRASIL, 2020), e a instituição do escopo de dados do Banco Central do Brasil (Bacen), via Circular nº 4.015, de 1º de junho de 2020 (BRASIL, 2020), deu-se a largada para implementação do *Open Banking* no Brasil, traduzido para o vernáculo como Sistema Financeiro Aberto.

Desde novembro de 2019 que o projeto se encontrava em consulta pública, trazendo como objetivos aumentar a competitividade, transparência e eficiência do sistema financeiro nacional.

Neste primeiro momento, de acordo com o Art. 6º da Resolução Conjunta nº 1/20 (BRASIL, 2020), o Sistema Financeiro Aberto vai ser de adesão obrigatória para todas as instituições reguladas e consideradas de grande porte (S1 e S2), de acordo com os cinco segmentos definidos no Sistema Financeiro Nacional (SFN). Assim, os bancos e as demais instituições financeiras segmentados no S1, são aqueles cujo porte (exposição total) for igual ou superior a 10% do PIB, ou que sejam internacionalmente ativos. Já o segmento S2 é composto por instituições de porte entre 1% e 10% do PIB, podendo conter instituição de porte superior a 10% do PIB se não for sujeita ao enquadramento do S1.

O modelo brasileiro do *Open Banking* é abrangente, e seguindo o Art. 55 da Resolução Conjunta nº 1/20 (BRASIL, 2020), sua implementação se dará em 4 (quatro) etapas durante os anos de 2020 e 2021.

A primeira fase tem início agendado para 30 de novembro de 2020, e prevê o acesso a dados de serviços e produtos das instituições participantes (S1 e S2), além de informações sobre canais de atendimento e produtos ligados a contas de depósito, dados de correspondentes bancários e crédito, etc, tudo nos termos dos incisos III e IV do Art. 44, e Art. 5º, inciso I, alíneas “a” e “b”, itens de 1 até 5.

A segunda fase tem entrega prevista para 31 de maio de 2021 e contempla o início da ação pelos clientes, que se quiserem já poderão compartilhar os dados de cadastro e de transações de que trata o Art. 5º, inciso I, alíneas “c” e “d”, itens de 1 até 5, por exemplo, o compartilhamento de histórico de transações dos clientes em contas de depósito.

Por sua vez, a terceira etapa, que está prevista para iniciar em 30 de agosto de 2021, versará na implementação dos requisitos necessários para o compartilhamento de serviços do inciso II, do Art. 5º, ou seja, o cliente de um banco poderá receber uma oferta de crédito de uma instituição concorrente, e já iniciar uma transação de pagamento através de um terceiro qualquer.

Por último, a quarta etapa, marcada para entrar em vigor em 25 de outubro de 2021, permitirá o compartilhamento de informações que incluem serviços mais abrangentes, como operações de câmbio, seguros, investimentos e previdência complementar aberta, ou seja, dados sobre produtos e serviços do Art. 5º, inciso I, alínea “b”, itens do 6 ao 10, bem como, transações de que trata o Art. 5º, inciso I, alínea “d”, itens do 6 ao 10.

Nos próximos meses e anos a população brasileira vai presenciar uma revolução paradigmática no setor financeiro e bancário motivada pela facilitação dos meios de pagamento e pelo *Open Banking*, aumentando o acesso ao crédito, a portabilidade de conta e dados, além de baixar as barreiras competitivas. Tudo isso converge positivamente aos consumidores.

4.2 A percepção do consumidor: pontos positivos e desafios

Uma característica muito forte e evidente na cultura brasileira é a despreocupação com o compartilhamento de seus dados, não há por parte do cidadão brasileiro grandes receios em dividir suas informações, como por exemplo, pelas redes sociais. Essa exposição cultural do perfil brasileiro provavelmente vai ajudar no que diz respeito à aceitação e implementação do *Open Banking*. Mas nem tudo são flores, pois ao mesmo tempo, o brasileiro comum é tradicionalista e demora até entender e confiar em novas tecnologias bancárias, haja vista que ainda hoje muitos se utilizam de cheque como meio de pagamento.

Outra dúvida ligada ao *Open Banking*, é com relação à confiança e receio de novos usuários em saber que seus dados particulares de transações financeiras serão repassados de uma instituição para outra. Qual a expectativa de adesão após os consumidores saberem disso? Certamente existirão aqueles que se sentirão vulneráveis ao abrir seus dados bancários e compartilhá-los em rede com outras empresas.

O que tornará possível essa inovação é a comunicação com o consumidor e a experiência no uso da plataforma, esse engajamento que permite que o usuário desfrute da nova tecnologia e a partir disso busque cada vez mais aderir ao serviço. Como apontou o presidente do Banco Central, Roberto Campos Neto, no *Workshop sobre Open Banking*, que: *“ações de educação e de comunicação, conduzidas tanto pelo Banco Central quanto pelo mercado são essenciais para a eficácia do modelo no Brasil”, sendo este, de fato, um fator relevante para a expansão do modelo.*

A confiança do consumidor com o Open Banking, aos poucos, vai se fortalecer à medida que o consumidor enxergar uma grande solução para a barreira existente no compartilhamento de seus dados financeiros. Ao visualizar uma possibilidade de ter de fato controle sobre seu histórico, conseguindo por meio disso juros menores, mais serviços e com taxas mais baratas, a aceitação pelo modelo deve disparar. Um dos grandes atrativos é a possibilidade de acesso a toda essa cartilha de serviços na palma da mão, através de computadores, smartphones e tablets, gerando alta usabilidade, visto que o cliente não necessita sequer sair da própria casa.

Sobretudo, mesmo com o Open Banking, o consumidor segue figurando como parte vulnerável da relação, e nos termos da Súmula nº 297 do STJ, impõem-se a aplicação do CDC em todas as relações com instituições financeiras. Qualquer problema, defeito ou falha na prestação de serviços e prejuízo ocasionado ao consumidor, seja esse prejuízo material ou imaterial, deverá a instituição bancária ser responsável, e havendo mais de uma envolvida, todas responderão solidariamente pelos danos causados, nos estritos termos do Art. 7º parágrafo único, e Arts. 18, 25 e 34, todos do CDC (BRASIL, 1990).

Assim, no que tange a responsabilidade de possíveis danos causados, pela eminente solidariedade dos prestadores de serviços, a responsabilidade seria da instituição financeira que permite a abertura dos dados, da API que hospeda os dados do consumidor, do banco que fez o compartilhamento equivocado, da instituição que deixou vaziar os dados, etc. É de extrema importância que todos os prestadores trabalhem seguindo fielmente as regras estabelecidas pela LGPD, evitando possíveis vazamentos de dados, agindo de forma preventiva, evitando remediar uma situação que pode ser antecipada, até porque uma vez expostos os dados em rede, não se consegue mais o status quo ante.

Assim, as relações ligadas ao Open Banking também se encaixam na defesa do consumidor, recebendo proteção e amparo em possíveis eventualidades que venham ocorrer.

Para que o *Open Banking* seja implementado, além da regulamentação e da ampla aceitação dos usuários, é importante que haja infraestrutura para utilizar os serviços. De forma clara, é necessário que o usuário tenha acesso à internet e dispositivo eletrônico como computador, *smartphone* ou *tablet*, podendo utilizar da plataforma digital para ter acesso às suas informações. Em contraponto, o país precisa fornecer infraestrutura necessária, permitindo que o usuário possa realmente fazer parte do Sistema Financeiro Aberto.

O Brasil é um país extenso e possui dentro dele diversas realidades. Tecnologias que são realidades diárias em uma região, em outra não possui sequer infraestrutura básica para receber a inovação. Consequentemente, a implementação do *Open Banking* se torna restrita enquanto se mantem as desigualdades sociais e culturais, pois vai acabar beneficiando somente uma parte da população que possui o acesso à informação, à internet de qualidade e aos meios tecnológicos.

Por outro lado, o Brasil tem um potencial ambiente para inovação. Qualquer país que pretende receber o *Open Banking* precisa manter um cenário que abrace inovações tecnológicas. O Brasil conta, por exemplo, com o Laboratório de Inovações Financeiras e Tecnológicas - LIFT, ecossistema de inovações coordenado pela Fenabac (Federação Nacional de Associações dos Servidores do Banco Central) e pelo Bacen (Banco Central), que apoiados por empresas de tecnologia, fomentam o desempenho de empresas como as *fintechs* e plataformas que realizam a interligação de dados, como a ideia que o Sistema Financeiro Aberto propõem.

O incentivo por parte do Banco Central do Brasil e demais agências, associações e empresas do ramo, para que a tecnologia seja aplicada ao sistema financeiro também tem o intuito de ampliar o mercado, possibilitando com a entrada de novos modelos bancários, que a concorrência cresça, haja melhora na prestação de serviços, queda das taxas bancárias cobradas pelas instituições tradicionais, entre outras facilidades.

O investimento em tecnologia traz grandes benefícios para o país, colocando-o em evidência no cenário internacional e beneficiando os usuários, que podem desfrutar de um ambiente seguro, transparente e dinâmico. A aplicação do *Open Banking* tem muito a acrescentar no setor financeiro-bancário, é uma inovação necessária e inevitável. O modelo traz aumento da competitividade, inovação, redução do custo de transação e permite uma maior inclusão financeira. O empoderamento do consumidor já está ocorrendo, basta deixar as portas abertas para o *Open Banking* se instalar.

CONCLUSÃO

Demonstrou-se, por meio da presente pesquisa, a indispensabilidade da proteção constante dos consumidores, sobretudo no setor bancário-financeiro, tendo em vista que a ausência do direito nessa área motiva o surgimento de condutas ilícitas por parte dos bancos e *fintechs*, no sentido de angariar dados e informações de usuários, e fazer uma livre tratamento deles para uso próprio, auferindo rendimentos variados e vantagens, em detrimento dos consumidores.

Isso pode implicar, em última medida, em crime de estelionato virtual, em violações dos direitos da personalidade e ferir a própria dignidade da pessoa humana, entre outros inúmeros danos e reflexos que podem ser verificados.

O presente trabalho abordou o perfil dos consumidores contemporâneos e sua relação com a disposição de suas próprias informações. Regida pela tecnologia, a sociedade moderna é dinâmica e necessita de fácil acesso as soluções por conta do imediatismo e da praticidade. Por outro lado, o Direito empenha-se em acompanhar as mudanças e se adaptar aos conflitos gerados, por mais que tal tarefa se demonstre difícil e quase sempre extemporânea aos acontecimentos do mundo dos fatos.

Ademais, o trabalho pontuou a forma com que o ordenamento jurídico brasileiro vem recebendo essas novas relações e, ao mesmo tempo, buscando a regulamentação para manter a proteção dos consumidores. Com o *Open Banking*, nasce a necessidade de observar os pontos de vulnerabilidade que expõem os consumidores e a partir deles construir meios para que haja segurança jurídica na relação, uma vez que os dados e informações fornecidas nesses tipos de transações, se utilizadas de forma incorreta, podem causar danos graves aos usuários. Neste sentido, foram apresentados os fundamentos e princípios da LGPD, em concordância com a resolução conjunta nº 1/20 do Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional.

Para facilitar o entendimento, um exemplo do uso do *Open Banking* seria um único aplicativo de celular que mostraria o extrato consolidado a partir de todas as contas bancárias e investimentos de um cliente e, também, a possibilidade de transferir dados e valores ou efetuar um pagamento sem precisar acessar o aplicativo ou site de cada banco em separado.

O potencial de adoção do *Open Banking* é proporcional à velocidade de sua implantação e divulgação pela Administração pública e privada, bem como, como os consumidores vão recepcionar esse novo modelo de banco, como enxergam e se relacionam com a implementação da tecnologia.

Além da aceitação, um desafio que se coloca é o real acesso dessa tecnologia à grande massa de consumidores. Importante ressaltar que, ainda no formato bancário tal como conhecemos, é grande o número de brasileiros desbancarizados, muitas vezes por inexistência de agências bancárias que realizem esse atendimento, por falta de interesse das

partes, por vulnerabilidade financeira, por precariedade informacional, por falta de conexão com a realidade tecnológica, por ausência de internet, etc. Os desafios são grandes, mas os benefícios são maiores e serão sentidos aos poucos por todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Fintechs*. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>>. Acesso em: 31.ago.2020.

BENJAMIN. Antônio Herman de Vasconcellos. *O Conceito Jurídico de Consumidor*. BDjur. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/31195096/o-conceito-juridico-de-consumidor-herman-benjamin>>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Antônio Herman de Vasconcellos.; MARQUES, Claudia Lima.; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL, Banco Central do. *Circular nº 4.015, de 4 de maio de 2020*. Dispõe sobre o escopo de dados e serviços do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51025/Circ_4015_v1_O.pdf>. Acesso em 31.ago.2020.

BRASIL, Banco Central do. *Resolução n.º 4.657, de 26 de abril de 2018*. Altera a Resolução n.º 4.606, de 19 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50580/Res_4657_v1_O.pdf>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Banco do. *Open Banking do BB – O BB lidera iniciativa global de Open Banking aqui no Brasil*. Disponível em: <[https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/bb-digital/open-banking-no-bb#/>](https://www.bb.com.br/pbb/pagina-inicial/bb-digital/open-banking-no-bb#/)>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*/Escola Nacional de Defesa do Consumidor; elaboração Danilo Doneda. – Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em 31.ago.2020.

_____. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. *Lei do Cadastro Positivo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Lei Complementar nº 166, de 8 de abril de 2019. Atualiza a disciplina de cadastros positivos de crédito e regular a responsabilidade civil dos operadores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp166.htm>. Acesso em: 31.ago.2020.

_____. Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020. *Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking)*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/51028/Res_Conj_0001_v1_O.pdf>. Acesso em 31.ago.2020.

_____. *Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). Recurso Especial 1.419.697/RS*. Recorrente: Boa Vista Serviços S/A. Recorrido: Anderson Guilherme Prado Soares. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 12 de novembro de 2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271419697%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271419697%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271419697%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271419697%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja)>. Acesso em: 31.ago.2020.

CAMPOS, Raphael Dutra da Costa; VITALINO, Rafael Pistono. *Open Banking e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais*. Convergência Digital. Disponível em: <<https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infolid=50654&sid=15>>. Acesso em: 31.ago.2020.

CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: RT, 2000.

COELHO, Gabriel. *Bolsonaro aprova amplo acesso de bancos a “cadastro positivo” de crédito*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-08/bolsonaro-sanciona-lei-torna-cadastro-positivo-obrigatorio>>. Acesso em: 31.ago.2020.

DAMASO, Otávio Ribeiro. *Comunicado DC/Bacen n.º 33.455 de 24 de abril de 2019 - Divulga os requisitos fundamentais para a implementação, no Brasil, do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking)*. Publicado no DOU em 26 abr 2019. Acesso em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=376986&cmp=75>>. Acesso em: 31.ago.2020.

DONEDA, Danilo. *A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia*. Escola Nacional de Defesa do Consumidor – Brasília: SDE/DPDC, 2010. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/manual-de-protecao-de-dados-pessoais.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2020.

EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastro de consumidores*. São Paulo: RT, 2002.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. *Crowdfunding de participação e financeiro*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 79, ano 21, p. 37-52, jan.-mar. 2018.

GUGLINSKI, Vitor. *Breve Histórico do Direito do Consumidor e Origens do CDC*. Jusbrasil. Disponível em: <<https://vitorgug.jusbrasil.com.br/artigos/112106596/breve-historico-do-direito-do-consumidor-e-origens-do-cdc>>. Acesso em: 31.ago.2020.

HORTA, Luciana Simões Rebello; FERREIRA, Fabiano de Melo; GHERINI, Pamela Michelena de Marchi; VALENTIM, Giovanna; JÚNIOR, Odélio Porto. *O que é Open Banking? O que é Open banking, como funciona e onde encontramos quanto a isso no Brasil?*. Baptista Luz Advogados. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/o-que-e-open-banking/>>. Acesso em: 31.ago.2020.

INSPER CONHECIMENTO. *Entenda como a regulamentação das fintechs de crédito impactam no mercado.* Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/regulamentacao-de-fintechs/#:~:text=A%20resolu%C3%A7%C3%A3o%204656%2F18%20tem,mercado%20com%20o%20peer%20to%20peer%20%E2%80%93>>. Acesso em: 31.ago.2020.

MALHEIROS, José Eduardo. *Banco de Dados e Cadastro de Consumidores – Artigos 43/45.* Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062862.pdf>>. Acesso em: 31.ago.2020.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais.* 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENEZES, Fabiane Ziolla. *Sucesso do open banking no Brasil não depende do BC, mas do engajamento dos clientes.* Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/economia/sucesso-do-open-banking-no-brasil-nao-depende-do-bc-mas-do-engajamento-dos-clientes/>>. Acesso em: 31.ago.2020.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor.* São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA; BORBA, *Crediscore, Cadastro Preditivos e Assemelhados – Violações a Direitos ou Simples Ferramentas de Análise de Risco para Concessão de Crédito?* Revista de Direito do Consumidor, 102/2015, p. 45-66, Nov – Dez/2015.

PITANGEIRA, Alison. *O que é e como vai funcionar o Open Banking?* Disponível em: <<https://unum.com.br/o-que-e-open-banking/>>. Acesso em 31.ago.2020.

RADAR. *Edição 2020 do Radar FintechLab detecta 270 novas fintechs em um ano.* Disponível em: <<https://fintechlab.com.br/index.php/2020/08/25/edicao-2020-do-radar-fintechlab-detecta-270-novas-fintechs-em-um-ano/>>. Acesso em: 31.ago.2020.

RAMOS, Caio Pazinaro Gregório. *Fintech: uma introdução aos principais aspectos jurídicos do tema.* Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 79/2018, p. 15-36, jan-mar 2018.

SOUZA, Rubens. *Código de Defesa do Consumidor – comentado.* Editora Audio (edição digital), 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

THOMAS, Hamish; KIMBER, Anita; BROWN, Wayne. *How regulation is unlocking the potential of open banking in the UK.* Disponível em: <https://www.ey.com/en_gl/banking-capital-markets/how-regulation-is-unlocking-the-potential-of-open-banking-in-the-uk>. Acesso em: 31.ago.2020.

VENTURA, Ivan. *Os donos dos dados – A sanção presidencial da lei nacional de proteção de dados coloca o Brasil em pé de igualdade com nações que aprovaram legislação similar.* Disponível em: <<https://digital.consumidormoderno.com.br/os-donos-dos-dados-edicao-238/>>. Acesso em: 31.ago.2020.

OS DESAFIOS DO DIREITO BRASILEIRO NA PROTEÇÃO JURÍDICA DO LIVRE-ARBÍTRIO EM REDES SOCIAIS

THE CHALLENGES OF BRAZILIAN LAW IN THE LEGAL PROTECTION OF SELF DETERMINATION IN SOCIAL NETWORKS

Charles Emmanuel Parchen⁵⁴⁰

RESUMO: O artigo analisa que a ausência de uma efetiva proteção de dados, de regulamentação da mineração destes, bem como a ausência da privacidade e da intimidade e a hiperexposição em redes sociais são algumas consequências nefastas observadas na modernidade, decorrentes do acesso em massa à tecnologia e que tem o condão de mitigar o livre-arbítrio. Denota o estudo que o Direito, dentro de suas limitações e entraves burocráticos, sequer consegue acompanhar os fatos e as relações digitais que demandam salvaguarda. A pesquisa, de método dedutivo-hipotético, buscará na revisão bibliográfica as características das redes sociais e seus principais modelos de negócios para permitir a correta identificação da relação usuário-empresa e demonstrar as lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, que deixam o usuário, completamente hipervulnerável.

Palavras-Chave: Redes sociais. Livre-arbítrio. Proteção Jurídica. Desafios. Hipervulnerabilidade.

ABSTRACT: The paper analyzes that the absence of effective data protection, regulation of data mining, as well as the absence of privacy and intimacy and overexposure in social networks are some harmful consequences observed in modern times, resulting from mass access to technology and that has the power to mitigate the self-determination. The study shows that the Law, within its limitations and bureaucratic obstacles, cannot even keep up with the facts and digital relations that demand safeguarding. The research, using a deductive-hypothetical method, will seek in the bibliographic review the characteristics of social networks and their main business models to allow the correct identification of the user-company relationship and demonstrate the existing gaps in the Brazilian legal system, which leave the user completely hypervulnerable.

Keywords: Social networks. Self-determination. Legal protection. Challenges. Hypervulnerability.

INTRODUÇÃO

O relatório anual da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua do IBGE mostra que, para o ano de 2018, 74,7% da população brasileira com 10 ou mais anos de idade acessou a *Internet (web)*. O percentual de jovens entre 18 a 24 anos que utilizaram a

540 Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Especialista em Direito Processual Civil pela PUCPR e em Direito Privado pela Universidade Gama Filho-RJ. Advogado. Professor do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), Curitiba-PR, Brasil. Professor do curso de Direito das Faculdades Santa Cruz - Curitiba-PR, Brasil. E-mail: charlesadv@gmail.com

rede mundial de computadores foi de 91%. Ainda, chama a atenção o crescimento do número de idosos (60 anos ou mais) acessando a *web*: 38.7.⁵⁴¹

O principal equipamento (*hardware*) utilizado para o acesso foi o telefone móvel celular, correspondendo a 97%, sendo que as pessoas também usaram microcomputadores (56,6%), televisões (*smartv's* – 16,3%) e *tablets* (14,3%). Das estatísticas divulgadas, denota-se que a principal finalidade do acesso à *Internet* está no uso para envio ou recebimento de mensagens de texto e voz por aplicativos, com 95,5% de uso, e para conversas por chamada de voz ou vídeo, com 83,8%.⁵⁴²

Estes números ressaltam a importância da *Internet*, que se expandiu exponencialmente com base no seu uso: de acordo com a necessidade, houve o acréscimo de nós à rede mundial de computadores. E através dos protocolos padrões criados por Tim Berners-Lee, computadores de todo o Globo, seja de redes locais ou privadas, sejam criando serviços públicos como e-mail, *chats* e outros, aumentaram a conexão e ao mesmo tempo, a descentralização da rede.⁵⁴³

O resultado deste processo é que, se em meados de 1990 haviam 25 milhões de usuários com 44 mil redes de computadores conectados,⁵⁴⁴ para o ano de 2016 a Agência para Tecnologias da Informação e Comunicação das Nações Unidas (ITU), noticiou que haviam 3.3 bilhões de usuários.⁵⁴⁵ A mesma agência reporta que ao final do ano de 2018, 51.2% da população global (o equivalente a 3.9 bilhões de pessoas) estará usando a *Internet*.⁵⁴⁶

Por sua vez, estatísticas do portal *Internet World Stats*⁵⁴⁷ informam que 4.2 bilhões de pessoas em todo o globo usavam a rede mundial de computadores até junho de 2018, sendo que em média, as taxas de penetração da *Internet* são de 95% na América do Norte, 67,2% na América Latina e Caribe e de apenas 36,1% na África.

Dentre as principais razões que podem ser listadas para explicar esta escalada da *Internet* está o barateamento dos computadores de mesa, a popularização dos *smartphones* e dispositivos móveis como *tablets* e *notebooks*, o surgimento e aplicação massiva da

⁵⁴¹ IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios – PNAD contínua*. Ano 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁴² IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios – PNAD contínua*. Ano 2018. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁴³ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet, reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Zahar, 2003, p.29.

⁵⁴⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v.1.São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 369.

⁵⁴⁵ UNITED NATIONS. *International Telecommunication Union. Internet users statistics by region and country 2010-2016*. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁴⁶ UNITED NATIONS. *International Telecommunication Union. ITU releases 2018 global and regional ICT estimates*. Disponível em: <https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/2018-PR40.aspx>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁴⁷ INTERNET WORLD STATS. *Internet usage statistics*. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acesso em 29 ago. 2020. p. 01.

tecnologia da computação em nuvem (*cloud computing*) e também pelo advento e disseminação da denominada “banda larga”.

Os percentuais acima referenciados, relativos à finalidade do acesso da *web*, levam à uma inevitável curiosidade: porque o uso da *Internet* está massivamente concentrado em aplicativos de comunicação, logo, de interação? Fato notório é que, dentre os produtos e serviços ofertados, os mais populares constituem-se nas redes sociais, que promovem não só a aproximação e interação imediata dos usuários⁵⁴⁸, mas também proporcionam facilidades e conforto no cotidiano, já que são capazes de prover inúmeros serviços.

A importância delas são corroboradas em números. A título de exemplo, tem-se o *Snapchat*: com mais de 500 milhões de *downloads*,⁵⁴⁹ foi criado nos Estados Unidos no ano de 2011⁵⁵⁰ e tem mais de 186 milhões de usuários diários ativos.⁵⁵¹ Já o *Facebook*, maior rede social conhecida atualmente, teve o início de suas atividades no ano de 2004 e possuía, para o ano de 2018, mais de dois bilhões de usuários mensais.⁵⁵² Uma simples consulta à *PlayStore* demonstra que a aplicação da mencionada rede social para *smartphones* tem mais de um bilhão de *downloads*.⁵⁵³ Por sua vez, a rede social *WhatsApp* existe desde o ano de 2009⁵⁵⁴ e tinha mais de 1,5 bilhão de usuários ativos para o ano de 2018.⁵⁵⁵

Ocorre que toda esta gama enorme de pessoas usando ao mesmo tempo um mesmo produto ou serviço, vai gerar evidentes e graves problemas de ordem socioambiental: é proposição do presente estudo afirmar que os usuários de redes sociais guardam estrita e grande dependência em relação às citadas plataformas, todas baseadas em sistemas de mineração de dados (*data mining*) para lucrar.

A dependência das redes sociais gera consequências nefastas tais como perda da privacidade e intimidade, hiperexposição e perda do livre-arbítrio, na medida em que as empresas que operam as redes sociais atuam por intermédio de algoritmos propositalmente elaborados para engajar o maior número de pessoas a consumir compulsivamente o

⁵⁴⁸ Importa esclarecer ao leitor que o termo *usuário* será utilizado no presente estudo para designar aquela pessoa natural ou jurídica que utiliza diariamente de serviços e aplicativos baseadas na rede mundial de computadores.

⁵⁴⁹ PLAYSTORE. Disponível em: <https://play.google.com/store>. Acesso em 29 ago. 2020

⁵⁵⁰ JORNAL THE TELEGRAPH. *Who owns Snapchat and when was it created?*. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/technology/o/owns-snapchat-created/>. Acesso em 29 ago. 2020. p. 01.

⁵⁵¹ PORTAL STATISTA. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/545967/snapchat-app-dau/>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁵² FACEBOOK. *Termos de Uso e Serviço*. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/terms>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁵³ PLAYSTORE. Disponível em: <https://play.google.com/store>. Acesso em 29 ago. 2020.

⁵⁵⁴ ÂNGELO, Kedson. *A história da criação do WhatsApp*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/hist%C3%B3ria-da-cria%C3%A7%C3%A3o-do-whatsapp-kedson-angelo>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁵⁵ PORTAL TECHTUDO. *WhatsApp bate marca de 1,5 bilhão de usuários ativos*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/02/whatsapp-bate-15-bilhao-de-usuarios-ativos.ghtml>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

ambiente virtual que constitui as redes sociais e, conseqüentemente o modelo de negócios dos *players* de mercado.

A importância do tema advém do fato de que as empresas de redes sociais adotam de forma propositada e egoística - e em detrimento dos direitos elementares do usuário - uma postura claramente utilitarista⁵⁵⁶ voltado ao lucro desenfreado, o que urge a inexorável necessidade de intervenção, análise e atuação do Direito enquanto ciência e saber jurídico, para que se possa proporcionar reflexões e tentar se cunhar soluções práticas adequadas aos contemporâneos obstáculos ao desenvolvimento sustentável que são criados pelas redes sociais.

O cenário que se apresenta é especialmente dramático, porque o Direito, enquanto norma de conduta e regramento, não consegue dar uma resposta eficaz, na medida em que não acompanha a contento, a velocidade da demanda da sociedade, do surgimento de novas tecnologias e suas transformações. Desta forma, o usuário encontra-se hipervulnerável.

Governos e Nações já se atentaram ao problema: recentes normativas, tais como a Lei 12.965/2014 - Marco Civil da Internet - e mais veementemente com a promulgação em 14 de agosto de 2018 da lei 13.709/2018 - Lei de proteção de dados⁵⁵⁷ e a denominada GDPR (*General Data Protection Regulation*) que entrou em vigor em maio do ano de 2018 (GDPR.ORG, 2018.p.1) na União Europeia são tentativas pioneiras e corajosas de promover os direitos e garantias individuais fundamentais.

Elas vão trazer, por exemplo, dentre os seus princípios explícitos, a garantia da autodeterminação informativa (art. 1º, parágrafo II) o do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (art. 1º, *caput*) e o da proibição do tratamento de dados mediante vício do consentimento (art. 8º, parágrafo 3º).⁵⁵⁸

Para tanto, através do método dedutivo-hipotético e da revisão bibliográfica, trará à discussão as características de redes e seus principais modelos, com o escopo de permitir a perfeita identificação das redes sociais a um deles. Ainda no contexto das redes sociais, abordará a relação usuário-empresa para ao final, concluir pela ausência de uma efetiva proteção jurídica ao usuário de redes sociais.

1. AS REDES SOCIAIS, OS ALGORIMOS E O LIVRE-ARBÍTRIO DO USUÁRIO PARE

⁵⁵⁶ Entendido aqui como o “princípio da maior felicidade”, de Jeremy Bentham.

⁵⁵⁷ BRASIL. [Lei 13.708 (2018)]. *Lei de proteção de dados*. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁵⁸ BRASIL. [Lei 13.708 (2018)]. *Lei de proteção de dados*. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 29 ago. 2020, p.01. Por necessidade de um corte epistemológico, não é objetivo do presente artigo aprofundar a normativa citada.

A importância da formação das redes é notável na obra de Manuel Castells, que assevera que ela é a base de tecnologia para a “*forma organizacional era da informação: a rede*”.⁵⁵⁹ Neste sentido, Raquel Recuero diz que o local onde as conexões ocorrem é o que se pode designar como sendo a efetiva rede de relacionamentos sociais no ambiente virtual. Esta afirmação permite compreender o fato de que a *Internet* é *locus* por excelência, de relações sociais: sem ela, as interações Humanas digitais imediatas e instantâneas seriam impossíveis.⁵⁶⁰

Logo, as redes sociais devem ser compreendidas não como estruturas determinadas e determinantes, mas sim como “*mutantes no tempo e espaço*”.⁵⁶¹ Elas podem, portanto, ser caracterizadas por sua velocidade e instantaneidade. Mas também, e essencialmente, pela dinamicidade e indeterminação das relações, na medida em que só podem ser pensadas modernamente dentro de uma perspectiva “ativa” de seus participantes, que acabam dando mutabilidade no tempo e no espaço a tal ambiente, que evolui sempre.⁵⁶²

Para Barabasi⁵⁶³, as redes sociais tem natureza “altamente interconectada”, que são formadas por uma imensidão de *links* que, à medida em que são adicionados aos nós (arestas) aumentam cada vez mais a rede mas, ao mesmo tempo, diminuem as distância entre eles: se está diante do que o citado autor chamou de “*rede de mundos pequenos*”, ou seja, redes em que o grau de conexão depende essencialmente das relações entre os usuários conectados e não da distância entre elas.⁵⁶⁴

Afinal, não importa o tamanho e extensão da *Internet*: todos os documentos e todas as pessoas que estão conectadas à rede mundial de computadores estão interligadas a, mais ou menos, poucos cliques de distância. E é neste contexto de intensiva e massiva conexão, onde os dados são produzidos em gigantescas quantidades, necessitando, portanto, serem filtrados, segmentados, catalogados e separados.

Esta demanda advinda do chamado *Big Data*, portanto, é o que sustenta o modelo de negócios das redes sociais, pois é da venda das informações obtidas por intermédio dos dados dos usuários que elas encontram sua razão lucrativa. Assim, e principalmente porque contemporaneamente as redes sociais se constituem em *locus* completamente disseminados na sociedade global, as plataformas são dinâmicas, complexas, altamente interativas e que

⁵⁵⁹ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet, reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. p. 07.

⁵⁶⁰ RECUERO, Raquel da Cunha. *Redes sociais na internet: considerações iniciais*. Porto Alegre: Editora Compós, v. 2, 2005. Disponível em: http://www.ufrgs.br/limc/PDFs/redes_sociais.pdf. Acesso em 29 ago. 2020, p. 04.

⁵⁶¹ RECUERO, Raquel da Cunha. *Redes sociais na internet: considerações iniciais*. Porto Alegre: Editora Compós, v. 2, 2005. Disponível em: http://www.ufrgs.br/limc/PDFs/redes_sociais.pdf. Acesso em 29 ago. 2020, p. 04.

⁵⁶² RECUERO, Raquel da Cunha. *Redes sociais na internet: considerações iniciais*. Porto Alegre: Editora Compós, v. 2, 2005. Disponível em: http://www.ufrgs.br/limc/PDFs/redes_sociais.pdf. Acesso em 29 ago. 2020, p. 05.

⁵⁶³ BARABASI, Albert-Lászlo. *Linked: a nova ciência dos networks*. p. 30.

⁵⁶⁴ BARABASI, Albert-Lászlo. *Linked: a nova ciência dos networks*. p. 36.

tem a capacidade de mudar constante e rapidamente para se adaptar aos anseios e necessidades de seus usuários, que alimentam diariamente, com seus dados sensíveis e privados, enormes bancos de dados.

Estes, por sua vez, precisam ser tratados, pois diante do volume, velocidade e variedade dos dados, muitos são úteis (e portanto, podem ser comercializados) e outros não tem qualquer serventia, podendo ser descartados.

É no processo técnico de tratamento destes dados que os algoritmos informáticos incidem, não só para corroborar o modelo de negócios que sustenta as redes sociais – a mineração de dados (*data mining*) – mas também para influenciar de forma decisiva, diversos direitos dos usuários, tais como a já citada privacidade e intimidade, bem como o livre-arbítrio, entendido aqui como o poder de livre decisão do indivíduo.

1.1 A influência dos por algoritmos em redes sociais

Primeiramente, é possível asseverar que a sociedade global sempre viveu em formato de algoritmos. Esta ideia deriva do que comumente se entende como sendo um algoritmo: “um conjunto de etapas para executar uma tarefa”.⁵⁶⁵

Pelo conceito, é possível afirmar que algoritmos promovem a adoção de etapas logicamente encadeadas que servem a atingir um ou mais objetivos traçados pelo próprio indivíduo em sua liberdade de agir, pensar e se manifestar, ou seja, dentro do seu processo pleno de tomada de decisão.

E esta noção de tomada de decisão visando o estabelecimento de rotinas e etapas necessárias à consecução de um objetivo, embora não seja nova, é amplamente usada quando o assunto é a contemporaneidade e a tecnologia. É que isto se deve ao fato de que computadores são capazes de trabalhar com algoritmos em escala infindável e de forma automática, visando a realização de diversas e simultâneas tarefas com a tomada de decisão (reação) em frações de segundo.⁵⁶⁶

O intuito dos algoritmos informáticos é claro: prover, através de cálculos matemáticos, raciocínio lógico e programação informática, a resolução de diversos problemas humanos em curto espaço de tempo.⁵⁶⁷ Desta forma, tem o condão de substituir o Humano na realização das tarefas, já que executam as mesmas com um grau de eficiência e rapidez muito maior, e a um evidente baixo custo.

⁵⁶⁵ CORMEN, Thomas H. *Desmistificando algoritmos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 13.

⁵⁶⁶ PIERRO, Bruno de. *O Mundo mediado por algoritmos*. São Paulo: Revista Pesquisa Fapesp. ed. 266, abr. 2018. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2018/04/19/o-mundo-mediado-por-algoritmos/>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁶⁷ ABREU, Moises. *Qual a importância de algoritmos na programação?* Portal Acadtec. Disponível em: <https://www.acadtec.com.br/blog/desenvolvimento-backend/qual-a-importancia-de-algoritmos-na-programacao>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

Assim, uma das consequências naturais dos algoritmos é que eles acabam servindo a possibilitar ao usuário o gerenciamento mais amplo e confortável do seu tempo (que antes era gasto na consecução de tarefas repetitivas e demoradas), e que passa a ser usufruído em maior liberdade e quantidade; ou seja: é proposição do presente estudo afirmar que a escalabilidade do tempo livre do usuário é a tônica das referidas programações computacionais encadeadas.

Compreende-se, desta forma, a ideia de que algoritmos, quando subsumidos às redes sociais, faz com os usuários estejam permeados por completo das programações automatizadas, de modo que a incidência dos encadeamentos computacionais é inexorável: as etapas lógicas computacionais estão presentes, em elevado grau, em todas os meandros da vida moderna.

A sociedade da era digital, portanto, desenvolveu um grande grau de dependência dos algoritmos, não podendo mais prescindir dos mesmos no atual patamar tecnológico em que se encontra. Para se reforçar a importância dos algoritmos para a modernidade, é interessante trazer ao conhecimento do leitor os dados postos por Klaus Schwab, Diretor do Fórum Econômico Mundial, em seu livro “A Quarta Revolução Industrial”.⁵⁶⁸

Nesta obra, o autor chama a atenção para 23 mudanças (pontos de inflexão) que ele cunhou, a partir de dados coletados por intermédio de uma entrevista com 800 executivos globais, por conta do uso de algoritmos (ou nos dizeres da obra, inteligência artificial). Uma das inflexões teve como resposta positiva de 84% dos entrevistados, afirmando que até o ano de 2025, 80% das pessoas ao redor do mundo terão presença digital na *Internet*.⁵⁶⁹

Já para 91% dos entrevistados, até o ano de 2025, 10% das pessoas no mundo terão roupas conectadas na rede mundial de computadores.⁵⁷⁰ Por sua vez, para 83% dos que responderam a pesquisa, até o ano de 2025 haverá o primeiro governo a substituir completamente o censo por análise de *Big Data*.⁵⁷¹

Neste sentido, também pode-se citar o estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) que apontou que o Brasil, em dezembro de 2016 alcançou o patamar de 40% das operações da Bovespa feitas por “robôs investidores”, ou mecanismos de negociação automatizada (*algorithmic trading* – AT), passando de 20% o volume médio diário negociado pelas chamadas transações de alta frequência (*High-frequency trading* – HFT), usadas para economizar de 2 a 3 milissegundos por transação.⁵⁷²

⁵⁶⁸ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016. p.117.

⁵⁶⁹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. p. 117.

⁵⁷⁰ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. p. 121.

⁵⁷¹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. p. 136.

⁵⁷² SANTANA JUNIOR, Edemilson Cruz. *A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8280/1/TD_2370.PDF. Acesso em 29 ago. 2020, p. 10-27-28.

No país também é possível citar o uso do algoritmo chamado Hopscore, que faz o sistema de triagem por escala de gravidade, de pacientes que buscam atendimento em um hospital particular de Porto Alegre-RS.⁵⁷³ Já no campo jurídico, cabe destacar o uso do algoritmo de julgamento VICTOR, pelo Supremo Tribunal Federal, “*primeira Suprema Corte do mundo a usar algoritmos em seus processos*”.⁵⁷⁴

Em outros países, a importância dos algoritmos também pode ser observada, por exemplo, na cidade de Dubai, nos Emirados Árabes Unidos, que usa a tecnologia denominada de SCOOT (*Split Cycle and Offset Optimisation Technique*)⁵⁷⁵ em seus semáforos para, ajustando o fluxo de tráfego através da leitura de sensores instalados, reduzir o tempo de congestionamentos de veículos, já que o algoritmo controla, de forma automática e inteligente, o tempo em que a luz vermelha e verde ficam acesas.⁵⁷⁶

Mas se de um lado algoritmos representam tantos benefícios à sociedade tecnológica, eles também possuem (por causa de suas características) o condão de causar efeitos ou consequências nefastas. À título de exemplo desta afirmação, há estudos que tecem críticas ao uso crescente dos algoritmos em todos os aspectos da vida em sociedade. Neste sentido, pode-se citar reportagem do jornal The Guardian⁵⁷⁷ que, comentando o uso do algoritmo “Blue Crush” pela Polícia de Memphis, Tennessee, nos Estados Unidos, afirmou:

“It's putting the right people in the right places on the right day at the right time,” said Dr Richard Janikowski, an associate professor in the department of criminology and criminal justice at the University of Memphis, when the scheme launched. But not everyone is comfortable with the idea. Some critics have dubbed it “Minority Report” policing, in reference to the sci-fi film in which psychics are used to guide a “PreCrime” police unit. The use of algorithms in policing is one example of their increasing influence on our lives. And, as their ubiquity spreads, so too does the debate around whether we should allow ourselves to become so reliant on them – and who, if anyone, is policing their use. Such concerns were sharpened further by the continuing revelations about how the US National Security Agency (NSA) has been using algorithms to help it interpret the colossal amounts of data it has collected from its covert dragnet of international telecommunications⁵⁷⁸.

⁵⁷³ PORTAL SETOR SAÚDE. *Hospital Moinhos apresenta sistema de triagem baseado em Big Data*. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/hospital-moinhos-apresenta-sistema-de-triagem-baseado-em-big-data/>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁷⁴ SILVA, Nilton Correia da. *Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do Victor: o primeiro projeto de inteligência artificial em supremas cortes no mundo*. In FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, governo e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 94.

⁵⁷⁵ PORTAL TRL SOFTWARE. Disponível em: <https://trlsoftware.com/products/traffic-control/scoot/>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁷⁶ JORNAL EL CORREO DEL GOLFO. *Como funciona el sistema de semáforos en Dubai*. Disponível em: <https://elcorreo.ae/emiratos/como-funciona-sistema-semaforos-en-dubai>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁷⁷THE GUARDIAN. *How algorithms rule the world*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2013/jul/01/how-algorithms-rule-world-nsa>. Acesso em: 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁷⁸ Tradução livre: “É colocar as pessoas certas nos lugares certos, no dia certo, na hora certa”, disse Richard Janikowski, professor associado do departamento de criminologia e justiça criminal da Universidade de Memphis, quando o esquema foi lançado. Mas nem todo mundo está confortável com

O algoritmo que a Polícia daquele local usou tem funcionamento simples: com base em técnicas de predição e de interpolação de dados, tais como estatísticas de crimes e locais onde ocorreram, a programação automatizada é capaz de identificar os pontos da cidade onde mais ocorrem ilícitos. Desta forma, faz com que cresça de forma exponencial, as patrulhas e rondas nos respectivos lugares, resultando em um aumento considerável do número de prisões e encarceramentos, muitos injustos ou abusivos.⁵⁷⁹

Já quando o assunto é o mercado de ações, outra crítica diz respeito à perda da chance igualitária de participação entre os diversos tipos de *players*, já que os “robôs” desequilibrariam as situações e cenários de competição, privilegiando os mais arrojados ou endinheirados (os chamados *heavy players*), possibilitando ainda a manipulação ilegal e artificial das negociações com o intuito de maximizar os lucros e prejudicar os concorrentes.⁵⁸⁰

Por sua vez, a preocupação com a questão do trabalho e emprego é uma tônica constante de Klaus Schwab⁵⁸¹, pois ele assevera a possibilidade de aumento do desemprego e até mesmo em extinção de inúmeras posições tradicionais de trabalho. O citado autor compila, em sua já referida obra, um estudo conduzido pela Universidade de Oxford no ano de 2013, que exemplificou as profissões mais e menos propensas à automação completa, logo, à substituição do Humano pelo Computador.

Destaca-se dentre as que mais tendem à automação, as de operador de telemarketing, contadores, avaliadores de riscos (seguros) em danos automobilísticos e corretores de imóveis. Dentre os que menos tendem a desaparecer, estão as profissões de assistentes sociais, coreógrafos e psicólogos.⁵⁸²

A razão aparente destas mencionadas profissões estarem entre as que menos tendem a serem automatizadas deriva do fato de que elas dependem em grande parte da inventividade e criatividade humana, ou seja, do pouco encadeamento lógico e sistemático. Com efeito, é

a ideia. Alguns críticos apelidaram o policiamento de "Minority Report", em referência ao filme de ficção científica em que médiuns são usados para guiar uma unidade policial "pré-crime". O uso de algoritmos no policiamento é um exemplo de sua crescente influência em nossas vidas. E, à medida que sua onipresença se espalha, o mesmo acontece com o debate em torno de se devemos nos permitir depender tanto deles - e quem, se alguém, está policiando seu uso. Tais preocupações foram aguçadas ainda mais pelas revelações contínuas sobre como a Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA) tem usado algoritmos para ajudar a interpretar as quantidades colossais de dados que coletou de sua rede secreta de telecomunicações internacionais.

⁵⁷⁹THE GUARDIAN. *How algorithms rule the world*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2013/jul/01/how-algorithms-rule-world-nsa>. Acesso em: 29 ago. 2020, p. 01.

⁵⁸⁰ SANTANA JUNIOR, Edemilson Cruz. *A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8280/1/TD_2370.PDF. Acesso em 29 ago. 2020, p. 31.

⁵⁸¹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. p. 44.

⁵⁸² SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. p. 45.

proposição do presente estudo afirmar que ocupações de ordem eminentemente criativa possuem elevado grau de serendipidade, característica esta que o algoritmo não consegue ter ou lidar.

Desde já é possível então saber que uma característica dos algoritmos advém do fato de que, ao contrário do Humano, aqueles são nada criativos ou inventivos, pois depende exclusivamente de repetição, encadeamento, lógica e, claro, predição e programação. Desta forma, profissões decorrentes de um baixo grau de instrução (repetitivas, mecânicas ou burocráticas) ou que façam mão de cálculos são as que mais tendem à mencionada substituição.

Importa ressaltar ao leitor que embora estas citadas consequências negativas e afetas aos algoritmos sejam importantes, elas não compõem o escopo de análise do presente estudo e, portanto, não merecerão análise aprofundada.

O que importa para o artigo é esclarecer que com o uso massivo e tecnológico dos algoritmos em redes sociais, há a ocorrência de uma clara ruptura no processo de tomada de decisão: os algoritmos, uma vez que possuem o condão de substituir o Humano em suas diversas tarefas cotidianas, acaba por transmutar a vontade deste, suprimindo o processo de livre tomada de decisão e escolha proveniente de todo e qualquer pensar e agir que seja racional, consentido e principalmente ponderado.

Como consequência, influenciando decisivamente sobre o comportamento, terá a potencialidade de interferir de maneira cabal no objetivo final almejado pelo usuário, sujeitando este a riscos desnecessários e muitas vezes a consequências nefastas e não desejadas.

Importante dizer que a forma encontrada pelo mercado ou Governos para justificar e legitimar o uso de algoritmos se dá por intermédio dos instrumentos contratuais de produtos e serviços tecnológicos (termos de uso e serviço).

Nestes (negócios jurídicos que são) constam cláusulas onde se impõe ao usuário de redes sociais – ao qual só cabe aderir aos termos – a concessão de diversas autorizações para o fornecedor poder utilizar de algoritmos. A justificativa geralmente advém do fato de que o uso da linguagem de programação encadeada e lógica serve a facilitar a experiência e tornar a fruição do produto ou serviço, mais confortável ao usuário.

É o que se observa, por exemplo, dos Termos de Uso e Serviço do Facebook⁵⁸³:

Sua experiência no Facebook não se compara à de mais ninguém — desde publicações, histórias, eventos, anúncios e outro conteúdo que você vê no Feed de Notícias ou em nossa plataforma de vídeo até as Páginas que você segue e outros recursos que pode usar, como a seção Em alta, o Marketplace e a Pesquisa. Usamos os dados que temos (por exemplo, sobre as conexões

⁵⁸³ FACEBOOK. *Termos de Uso e Serviço*. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/terms>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

que você faz, as escolhas e configurações que seleciona e o que compartilha e faz dentro e fora de nossos Produtos) para personalizar sua experiência.

O artigo propõe discutir o fato de que, desta forma, negócios jurídicos entabulados entre empresas como o Facebook e o Google - principais *players* do mercado tecnológico – e Governos, com os seus usuários, acabam constituindo verdadeiras delegações consentidas e autorizadas a aqueles, que por sua vez acabam de obter autorização legal para, através do algoritmo, impor suas vontades através do uso de algoritmos.

O problema disto advém do fato de que, sujeitando o usuário à incidência de ferramentas computacionais automatizadas e técnicas de mineração de dados (*data mining*), as redes sociais acabam influenciando decisivamente a vontade Humana, e desta forma interferindo de maneira cabal no processo de tomada de decisão que, muitas das vezes, acaba não sendo benéfica ou salutar.

Pois é justamente da referida substituição do pensar e do livre agir consciente que os interesses exclusivos do lucro por intermédio da produção incessante de dados vão sendo perpetuados como modelo de negócio que sustenta e corrobora a atuação das empresas que operam as redes sociais.

Neste cenário desafiador, não se vislumbra contemporaneamente uma maneira adequada do Direito lidar com a precaução e principalmente, contenção dos problemas decorrentes. O aumento exponencial do uso de algoritmos e as dúvidas que os cercam foi, inclusive, objeto de preocupação do Tribunal de Contas da União:

Uma questão relevante, porém, ambígua, sobre o uso de algoritmos refere-se à transparência. Se, por um lado, é possível haver aumento da transparência pelo uso de algoritmos, visto ser possível publicar o seu código e dados, exibindo toda a sua lógica de decisão para que seja avaliada por qualquer um, por outro lado, também é possível utilizar algoritmos como uma “caixa preta”, que produz resultados e decisões, mas não permite acesso à sua lógica interna que explicitaria como se chegou à decisão. Nesse último caso, são trazidos argumentos de sigilo das informações utilizadas, licenças comerciais que impossibilitam o acesso ao código ou riscos de prejuízo à ação estatal ou à imagem de seus órgãos caso as razões subjacentes às decisões fossem explicitadas. Outro potencial problema está ligado ao fato de o algoritmo, que pode resultar de um processo de aprendizagem automática com base no histórico de decisões passadas, ser incompreensível, ainda que seja funcional. Ou seja, na tentativa de generalizar decisões passadas o algoritmo resultante pode se tornar excessivamente complexo, não se prestando mais a uma compreensão por meio de regras lógicas simples. Nesse caso, o algoritmo só poderá ser verificado pelos resultados que gera, se for testado de forma sistemática, submetendo-lhe dados que repliquem diversas circunstâncias relevantes.⁵⁸⁴

Do texto acima, é necessário chamar a atenção para o fato de, por exemplo, o programador do algoritmo estar imbuído de uma não neutralidade. Neste caso, o que

⁵⁸⁴ SANTOS, Erick Muzart Fonseca dos. *A revolução dos algoritmos*. Portal Inova TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/innovatcu/noticias/a-revolucao-dos-algoritmos.htm>. Acesso em 29 ago. 2020, p. 01.

impediria que o encadeamento de etapas a ser executado de forma automática pelo computador não estivesse eivado de uma má intenção, visando dolosamente induzir o usuário a escolhas equivocadas e a caminhos perigosos, influenciando decisivamente seu comportamento?

Ainda, é possível indagar a respeito da possibilidade de erro do algoritmo em sua tomada de decisão: se por acaso uma determinada inteligência artificial tomar uma decisão equivocada (porque sujeita a erros e equívocos) e com isto vier a prejudicar o usuário e terceiros, quem será responsabilizado por isto?

Quem ficará obrigado a indenizar os prejuízos decorrentes de uma má escolha ou decisão, pelo computador, se o algoritmo executa a tarefa de forma sozinha, automática e o que é mais interessante, na era dos “robôs”, aprendendo sozinho e continuamente (*machine learning* e *deep learning*), sem interferência do Humano na consecução de suas atividades?

Importa esclarecer ao leitor que estas problemáticas todas, embora altamente intrigantes e que naturalmente surgem quando se passa a estudar e compreender o papel dos algoritmos de redes sociais na sociedade moderna, não serão objeto do artigo: servem tão somente de contextualização e esclarecimento acerca da necessidade de o Direito incidir, enquanto ciência, em uma efetiva e rápida regulamentação do uso e incidência de algoritmos e suas consequências perante os usuários de redes sociais, visando a proteção integral ao direito fundamental e individual ao livre arbítrio.

CONCLUSÃO

O processo de tomada de decisão do usuário diante das redes sociais está todo eivado de atitudes disfuncionais que são corroborados e incentivados em grande parte pelos algoritmos computacionais. Isto serve a explicar, então, porque há tantas más consequências suportadas por toda a sociedade da era digital, sem que haja a adoção de uma cautela e da preservação dos direitos elementares do indivíduo, entre eles, o do livre-arbítrio.

A dependência do usuário às redes sociais se deve à aplicação incessante de técnicas informáticas e algoritmos que geralmente são elaborados para não serem neutros ou imparciais e trazem em si a o deliberado intuito de induzir e influenciar comportamentos de usuários em torno da consecução dos seus objetivos do lucro desenfreado e a qualquer custo.

É sabido que as redes sociais lucram através da comercialização dos dados pessoais e sensíveis dos seus usuários para aqueles que estão dispostos a pagar uma alta quantia para receber, de forma filtrada, catalogada e tabulada, os hábitos, as predileções, as preferências e os gostos pessoais de cada um que, ao adentrar ao *Facebook*, por exemplo, concorda (uma vez que aderiu aos Termos de Uso e Serviço) em ceder.

Esta trama ganha contornos ainda mais dramáticos na contemporaneidade, na medida em que se vive, portanto, a sociedade que depende dos algoritmos, e é justamente nela que vai se verificar um aumento exponencial dos riscos e graves consequências socioambientais as quais o usuário está sujeito.

É justamente neste contexto onde o Direito encontra enormes lacunas para, não incidindo de forma adequada, conseguir minimamente dar soluções efetivas e imediatas à gama de celeumas causados pelo uso massivo de aplicações tecnológicas que relevam o usuário à categoria de hipervulnerabilizado. Logo, pode-se afirmar que quando o assunto são redes sociais o processo de tomada de decisão não é livre, racional e muito menos equilibrado.

É premente, portanto, uma postura atenta e crítica dos operadores e cientistas do Direito, pois somente assim se poderá atender a Constituição da República do Brasil, que preconiza a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3º, I), através da promoção da liberdade de determinação (ou autodeterminação), que é condição *sine qua non* da promoção e garantia da cidadania e principalmente da dignidade da pessoa humana, que também é fundamental e deve ser preconizada e buscada sempre como garantia de sustentabilidade no ambiente digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Moises. *Qual a importância de algoritmos na programação?* Portal Acadtec. Disponível em: <https://www.acadtec.com.br/blog/desenvolvimento-backend/qual-a-importancia-de-algoritmos-na-programacao>. Acesso em 29 ago. 2020.

ÂNGELO, Kedson. *A história da criação do WhatsApp*. Disponível em: <https://www.linkedin.com/pulse/hist%C3%B3ria-da-cria%C3%A7%C3%A3o-do-whatsapp-kedson-angelo>. Acesso em 29 ago. 2020.

BARABASI, Albert-Lászlo. *Linked: a nova ciência dos networks*. São Paulo: Leopardo Editora, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 ago. 2020.

BRASIL. [Lei 13.708 (2018)]. *Lei de proteção de dados*. Brasília, DF: Presidência da República [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm. Acesso em 29 ago. 2020.

BRASIL. [Lei 13.718 (2018)]. *Lei 13.718/2018*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm. Acesso em 29 ago. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet, reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. v.1. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CORMEN, Thomas H. *Desmistificando algoritmos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

EUROPE UNION GENERAL DATA PROTECTION REGULATION. Disponível em: <https://eugdpr.org/>. acesso em 29 ago. 2020.

FACEBOOK. *Termos de Uso e Serviço*. Disponível em: <https://pt-br.facebook.com/terms>. Acesso em 29 ago. 2020.

IBGE. *Pesquisa nacional por amostra de domicílios – PNAD contínua. Ano 2018*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=resultados>. Acesso em 29 ago. 2020.

INTERNET WORLD STATS. *Internet usage statistics*. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acesso em 29 ago. 2020.

JORNAL EL CORREO DEL GOLFO. *Como funciona el sistema de semáforos en Dubai*. Disponível em: <https://elcorreo.ae/emiratos/como-funciona-sistema-semaforos-en-dubai>. Acesso em 29 ago. 2020.

JORNAL THE TELEGRAPH. *Who owns Snapchat and when was it created?*. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/technology/o/owns-snapchat-created/>. Acesso em 29 ago. 2020.

PIERRO, Bruno de. *O Mundo mediado por algoritmos*. São Paulo: Revista Pesquisa Fapesp. ed. 266, abr. 2018. Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2018/04/19/o-mundo-mediado-por-algoritmos/>. Acesso em 29 ago. 2020.

PLAYSTORE. Disponível em: <https://play.google.com/store>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL G1. *Em depoimento de 5 horas ao Senado americano, Mark Zuckerberg admite erros do Facebook*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/mark-zuckerberg-depoe-ao-senado-sobre-uso-de-dados-pelo-facebook.ghtml>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL GLOBO.COM. *PM transmite a própria morte, ao vivo, pelas redes sociais*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/pm-transmite-propria-morte-ao-vivo-pelas-redes-sociais-20840617>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL GLOBO.COM. *Queixas de golpes bancários por internet crescem 297% em um ano*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/queixas-de-golpes-bancarios-por-internet-crescem-297-em-um-ano-22363527>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL SETOR SAÚDE. *Hospital Moinhos apresenta sistema de triagem baseado em Big Data*. Disponível em: <https://setorsaude.com.br/hospital-moinhos-apresenta-sistema-de-triagem-baseado-em-big-data/>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL STATISTA. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/545967/snapchat-app-dau/>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL TECHTUDO. *WhatsApp bate marca de 1,5 bilhão de usuários ativos*. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2018/02/whatsapp-bate-15-bilhao-de-usuarios-ativos.ghtml>. Acesso em 29 ago. 2020.

PORTAL TRL SOFTWARE. Disponível em: <https://trlsoftware.com/products/traffic-control/scoot/>. Acesso em 29 ago. 2020.

RECUERO, Raquel da Cunha. *Redes sociais na internet: considerações iniciais*. Porto Alegre: Editora Compós, v. 2, 2005. Disponível em: http://www.ufrgs.br/limc/PDFs/redes_sociais.pdf. Acesso em 29 ago. 2020.

REUTERS. *Facebook's WhatsApp flooded with fake news in Brazil election*. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-brazil-electionwhatsapp-explainer/facebooks-whatsapp-flooded-with-fake-news-in-brazil-election-idUSKCN1MUoUP>. Acesso em 29 ago. 2020.

SANTANA JUNIOR, Edemilson Cruz. *A digitalização do mercado de capitais no Brasil: tendências recentes*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8280/1/TD_2370.PDF. Acesso em 29 ago. 2020.

SANTOS, Erick Muzart Fonseca dos. *A revolução dos algoritmos*. Portal Inova TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/innovatcu/noticias/a-revolucao-dos-algoritmos.htm>. Acesso em 29 ago. 2020.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Nilton Correia da. Notas iniciais sobre a evolução dos algoritmos do Victor: o primeiro projeto de inteligência artificial em supremas cortes no mundo. In FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. (coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, governo e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

THE GUARDIAN. *How algorithms rule the world*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/science/2013/jul/01/how-algorithms-rule-world-nsa>. Acesso em 29 ago. 2020.

UNITED NATIONS. International Telecommunication Union. *Internet users statistics by region and country 2010-2016*. Disponível em: <https://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/stat/default.aspx>. Acesso em 29 ago. 2020.

UNITED NATIONS. International Telecommunication Union. *ITU releases 2018 global and regional ICT estimates*. Disponível em: <https://www.itu.int/en/mediacentre/Pages/2018-PR40.aspx>. Acesso em 29 ago. 2020.

TOKENS CRIPTOGRÁFICOS PARA ENERGIA ELÉTRICA

CRYPTOGRAPHIC TOKENS FOR ELECTRIC POWER

Arlei Costa Junior⁵⁸⁵

RESUMO: O artigo apresenta uma análise sobre as possibilidades de uso de *tokens* criptográficos no setor elétrico, que seriam uma representação digital de uma quantidade de energia elétrica, e também conter outras informações, tais como a natureza de sua origem, coordenadas geográficas da unidade geradora e outras que permitam agregar valor. O uso desses *tokens* em conjunto com os Recursos Energéticos Distribuídos, que contemplam a descentralização da geração e do armazenamento de energia, viabiliza a melhoria das políticas públicas no setor, as funcionalidades técnicas e operacionais como o gerenciamento da resposta da demanda, e ainda um novo tipo de mercado livre bidirecional no comércio de energia elétrica ponto a ponto, que pode levar a expressivos investimentos privados no setor elétrico e promover o desenvolvimento econômico e social.

PALAVRAS-CHAVE: Blockchain, Tokenização, Certificado de Energia Renovável, Resposta da Demanda, Comercialização de Energia Ponto a Ponto (P2P).

ABSTRACT: The article presents an analysis of the possibilities of using cryptographic tokens in the electrical sector, which would be a digital representation of an amount of electrical energy, and also contains other information, such as the nature of its origin, geographical coordinates of the generating unit and others that allow adding value. The use of these tokens in conjunction with Distributed Energy Resources, which include the decentralization of energy generation and storage, makes it possible to improve public policies in the sector, technical and operational functionalities such as demand response management, and also a new type of bi-directional free market in electricity trade point to point, which can lead to significant private investment in the electricity sector and promote economic and social development.

Keywords: Blockchain, Tokenization, Renewable Energy Certificate, Demand Response, Peer-to-Peer Energy Trading (P2P).

INTRODUÇÃO

Todas as formas de geração de energia, desde as mais primitivas e remotas até as promessas para o futuro são de grande relevância para as pessoas, estados e toda a economia mundial. Nesse sentido, o direito tem o dever de regular as situações de geração de energia, os impactos sociais e ambientais decorrentes, os impostos a serem recolhidos pelo exercício da atividade econômica, entre outras importantes normatizações relacionadas ao setor de energia.

Considerando que a energia é algo estratégico e essencial para o desenvolvido do

⁵⁸⁵ Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Bacharel em Engenharia Eletrônica pelo Instituto Mauá de Tecnologia. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUC-PR. Tabelaio de Notas de Paranaguá-PR. E-mail: arleijunior@gmail.com.

estado e seu conseqüente crescimento econômico e social, a ciência do direito, em conjunto com as ciências correlatas, tais como a física, química, geologia e engenharia, devem buscar criar formas de estimular o investimento nas formas de geração de energia que visem a sustentabilidade e preservação do meio ambiente, e com base um projeto amplo e exequível, realizar a transição da atual realidade de geração de energia para aquela que mostra-se a solução ideal em sintonia com estado da arte da geração de energia.

Assim, a adequação dinâmica do direito retroalimentado pelos resultados e pela direção almejada na geração energética, devem guiar o legislador e os quadros técnicos do poder público, visando a efetividade dos objetivos. Nesse sentido Gurgel Costa, Braga Junior e Moraes⁵⁸⁶, fazem a seguinte consideração: “Compete, pois, aos governantes saberem lidar com o desafio do desenvolvimento sustentável, visto que a garantia de direitos sociais passa tanto pelos crescentes investimentos no setor elétrico como pela sadia qualidade de vida decorrente do equilíbrio ecológico constitucionalmente assegurado. As políticas públicas devem atentar simultaneamente a ambos os fatores”.

A complementariedade dos sistemas de geração de energia é importante para garantir um fornecimento contínuo no tempo, seja pelas transições diárias como dia e noite, ou verão e inverno, seja por externalidades que possam comprometer ou reduzir a geração. Assim, a segurança no abastecimento de energia leva a ideia de sistemas complementares de geração, em especial aquelas sustentáveis. Pode-se exemplificar com um sistema de geração eólico produzindo energia durante a noite, enquanto não é possível se utilizar os sistemas de geração solar, ou ainda, com a ampliação do uso de energia hidrelétrica no período de inverno, onde pode ser necessário maior uso de energia para aquecimento, reduzindo-se a geração fora dos momentos de pico de consumo visando recuperar os níveis dos reservatórios.

O setor elétrico já iniciou o processo para uma grande transformação, e nesse sentido, as técnicas de registro de informações baseadas em sistemas de “livro razão distribuído” ou *Distributed Ledger*, que levaram ao desenvolvimento da Blockchain⁵⁸⁷, surgem com potencial para tratar com essas transformações, na medida em que possibilitam registros inalteráveis, rastreabilidade e verificação.

O registro e o acesso das informações sobre geração e consumo de energia elétrica em tempo real, permitem que novos modelos de negócio surjam ou prosperem, dentre os quais esse trabalho vai abordar dois em especial, que são os certificados de origem de energia e o

⁵⁸⁶ GURGEL COSTA, Victor Hugo; BRAGA JUNIOR, MORAES, Sérgio Alexandre de. *Políticas Públicas e Sustentabilidade para a Universalização do Acesso à Energia Elétrica*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dbc1c85e4b057d60>. Acesso em 12 out. 2016.

⁵⁸⁷ MEDIUM. *What's the Difference Between Blockchain & Distributed Ledger Technology?* Disponível em: <<https://medium.com/blockchain-review/whats-the-difference-between-blockchain-distributed-ledger-technology-19407f2c2216>> Acesso em: 02 nov. 2019.

comércio de energia ponto a ponto entre os prosumidores⁵⁸⁸, que é aquele que ao mesmo tempo é fornecedor e consumidor de energia elétrica.

1. O FUTURO DA ENERGIA

A digitalização dos processos que vem ocorrendo com a chamada Quarta Revolução Industrial (4RI)⁵⁸⁹, que por sua escala, escopo e complexidade implicará em nada menos que uma transformação da humanidade. A 4RI tende assim a causar alterações significativas no ponto de equilíbrio da eficiência econômica, que irá se modificando enquanto as tecnologias modificam as relações de trabalho, as demandas de produtos e serviços e até mesmo as relações governamentais.

A convergência tecnológica também tem apresentado soluções de geração de energia com menor impacto ambiental que as tradicionalmente utilizadas, em especial sem o uso de combustíveis que emitem carbono na atmosfera, onde se destaca a geração de energia eólica e por painéis solares.

A digitalização das informações de geração, armazenamento e consumo de energia, em conjunto com a infraestrutura tecnológica de computação e comunicação de dados tem possibilitado soluções na área de energia, tais como os Recursos Energéticos Distribuídos (REDS) que ampliam as possibilidades de utilização de energia renovável e sem emissão de carbono.

Com base nas inovações tecnológicas e mediante a compreensão da importância da sustentabilidade dos processos, que ganhou ampla visibilidade e apoio político pela Agenda 2030⁵⁹⁰, o setor elétrico já iniciou sua transformação, com base em três valores: Descarbonização, Descentralização e Digitalização.

O Acordo de Paris, de dezembro de 2015, foi assinado por mais de 130 membros ratificando o documento, e que também adotaram a Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável, e isto inclui todos os países membros da ONU. O motivo para este consenso é o reconhecimento que a implementação da Agenda 2030 caminha de mãos dadas com a limitação do aumento da temperatura global e da resiliência climática⁵⁹¹.

No setor elétrico a descarbonização é uma importante etapa dessa agenda, e a redução das emissões de gases de efeito estufa possibilitam um futuro mais saudável para as próximas

⁵⁸⁸ ISTOÉ. *Prosumidor: A palavra do futuro – Em breve, você será também*. Disponível em: <<https://istoe.com.br/prosumidor-a-palavra-do-futuro-em-brevevoce-sera-tambem/>> Acesso em: 02 nov. 2019.

⁵⁸⁹ SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum, 2016. Geneva.

⁵⁹⁰ AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁵⁹¹ NAÇÕES UNIDAS. *ONU pede comprometimento com Acordo de Paris sobre o clima*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-pede-comprometimento-com-acordo-de-paris-clima/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

gerações. O maior impacto desta tendência mundial é a gradual substituição de energia oriunda de combustíveis fósseis por energia elétrica em diversos produtos, cujo melhor exemplo são os veículos elétricos⁵⁹².

Políticas públicas estão sendo propostas nesse sentido nos países signatários do Acordo de Paris. No Brasil, Santos⁵⁹³ explica que “um dos principais objetivos da nossa proposta de modernização do setor elétrico é garantir estabilidade regulatória e jurídica, além de previsibilidade neste mercado — fator fundamental para atração de investimentos” e que “a expectativa de crescimento da economia, em torno de 2,8% ao ano, cria a necessidade de uma oferta de 5 gigawatts de energia. Para atender a essa demanda, o governo deve estimular a geração a partir de fontes eólica e fotovoltaica”.⁵⁹⁴

O uso dessas fontes de energia limpa e renovável, tornará o setor elétrico muito mais descentralizado, com um grande número de fontes de energia distribuída e prosumidores conectados a redes de distribuição. Estes acabarão por gerenciar seus próprios sistemas, com uma combinação de geração, uso e armazenamento de energia, denominados Recursos Energéticos Distribuídos (REDs).⁵⁹⁵

O uso das energias eólica e solar fotovoltaica passou de uma promessa e transformou-se numa realidade, e caminha para ser numa obrigação em todo o mundo. As previsões apontam que a energia solar se tornará majoritária na matriz energética brasileira entre os anos 2035 e 2040. O maior impacto dessa mudança é a descentralização, que vai implicar em diversas mudanças culturais e operacionais nas empresas operadoras. Dessa descentralização vai surgir novos modelos de negócios, novos produtos, novos serviços inovadores de distribuição e comercialização de energia, adaptados à 4RI.⁵⁹⁶

A digitalização das informações do mundo físico, para serem analisadas e processadas por computadores, é necessária para que esse ambiente descentralizado proposto funcione harmoniosamente. Isto se deve ao fato de que a energia elétrica é gerada e consumida pelas cargas quase instantaneamente, por isso os sistemas de controle de geração, transmissão,

⁵⁹² CEMIG. *Plano estratégico de inovação de tecnologia digital da Cemig - versão reduzida*. Disponível em: <https://www.cemig.com.br/pt-br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/Documents/chamada_publica_CEMIG40/plano_cemig40.pdf> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁵⁹³ SANTOS, Reive Barros dos. Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Energético do Ministério de Minas e Energia (MME) em 24 de julho de 2019. *Painel debate transição energética e digitalização do setor elétrico*. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/noticias/com53.htm>> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁵⁹⁴ ABINEE. *Painel debate transição energética e digitalização do setor elétrico*. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/noticias/com53.htm>> Acesso: em 03 nov. 2019.

⁵⁹⁵ CEMIG. *Plano estratégico de inovação de tecnologia digital da Cemig - versão reduzida*. Disponível em: <https://www.cemig.com.br/pt-br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/Documents/chamada_publica_CEMIG40/plano_cemig40.pdf> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁵⁹⁶ CEMIG. *Plano estratégico de inovação de tecnologia digital da Cemig - versão reduzida*. Disponível em: <https://www.cemig.com.br/pt-br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/Documents/chamada_publica_CEMIG40/plano_cemig40.pdf> Acesso em: 03 nov. 2019.

distribuição e demanda de carga (consumo) devem ser gerenciados em tempo real. Pela perspectiva econômica, essa contabilização e liquidação de créditos e débitos também deve ocorrer em tempo real, de forma que as informações dessas transações possam ser registradas eletronicamente.

Os sistemas de registro de informações baseados em Blockchain, que é um tipo específico de livro razão distribuído ou *Distributed Ledger*⁵⁹⁷, parecem ser uma ótima tecnologia para o registro e disponibilização dessas informações. Um livro razão distribuído é um banco de dados distribuído por vários nós ou dispositivos de computação. Cada nó replica e salva uma cópia idêntica do livro razão, bem como atualiza-se de forma independente, e essa é sua principal inovação, por não ser mantida por nenhuma autoridade central, e assim conseguem reduzir drasticamente o custo da confiança na informação.⁵⁹⁸

A blockchain possui uma estrutura que a torna distinta dos outros tipos de livro-razão distribuídos, pois seus dados são agrupados e organizados em blocos, que são então ligados entre si por um código *hash* e protegidos usando criptografia. Uma blockchain é uma lista crescente de registros e sua estrutura somente de anexação permite que os dados sejam adicionados ao banco de dados, mas é impossível alterar ou excluir dados inseridos nos blocos anteriores. A tecnologia Blockchain é, portanto, adequada para registrar eventos, gerenciar registros, processar transações e rastrear ativos.⁵⁹⁹

Os dados gerados pelos REDs, são em grandes quantidades, em alta velocidade, gerados por uma multiplicidade de fontes, contendo uma variedade de informações, tais como quantidade de energia, natureza de sua origem, local e coordenadas geográficas de geração, frequência de rede, dentre outras diversas informações relevantes, se enquadrando no conceito de *Big Data*. Análise de *Big Data* é a tecnologia que permite o processamento de informações com alto desempenho e disponibilidade. São ferramentas digitais que tornam a coleta, o processamento e a visualização de dados mais simples, padronizadas e eficazes.⁶⁰⁰ Assim, os gestores podem entender com mais clareza as tendências e os padrões para suas decisões, que combinada com as novas tecnologias de Inteligência Artificial, cria oportunidades para gerar valor a partir dos dados⁶⁰¹, respeitando as regulações e legislações

⁵⁹⁷ MEDIUM. *What's the Difference Between Blockchain & Distributed Ledger Technology?* Disponível em: <<https://medium.com/blockchain-review/whats-the-difference-between-blockchain-distributed-ledger-technology-19407f2c2216>> Acesso em: 02 nov. 2019.

⁵⁹⁸ GOMES, Ezequiel. GUIA DO BITCOIN. *A diferença entre "blockchain" e "DLT" (tecnologia distribuída de livro-razão)*. Disponível em: < <https://guiadobitcoin.com.br/a-diferenca-entre-blockchain-e-dlt-tecnologia-distribuida-de-livro-razao/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁵⁹⁹ GOMES, Ezequiel. GUIA DO BITCOIN. *A diferença entre "blockchain" e "DLT" (tecnologia distribuída de livro-razão)*. Disponível em: < <https://guiadobitcoin.com.br/a-diferenca-entre-blockchain-e-dlt-tecnologia-distribuida-de-livro-razao/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁶⁰⁰ NEOWAY. *O que é Big Data e qual a importância de implementá-lo na empresa?* Disponível em: < <https://www.neoway.com.br/o-que-e-big-data/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁶⁰¹ CEMIG. *Plano estratégico de inovação de tecnologia digital da Cemig - versão reduzida*. Disponível em: <https://www.cemig.com.br/pt->

de proteção de dados pessoais.⁶⁰²

Essa modificação que está acontecendo no setor elétrico, onde antes os consumidores se limitavam à simples função de consumir energia da rede e pagar suas respectivas faturas de energia elétrica, e agora, com a difusão da micro e mini geração distribuída, o consumidor virou prosumidor, e pode também gerar e consumir sua própria energia, obtendo energia da rede apenas quando sua geração seja inferior ao seu consumo, permite a possibilidade de utilização do blockchain para se transacionar essa energia excedente ao consumo.⁶⁰³

Em vários países, os REDs estão cada vez mais interligados em sistemas de armazenamento e de consumo inteligente de energia. “A descentralização reduz as perdas com a transmissão, tendo em vista que a geração está mais perto dos centros consumidores, além de diminuir as emissões de carbono, devido ao aumento da participação das energias renováveis, com a geração solar e eólica representando uma fração cada vez maior do mix de geração em vários países do mundo”.⁶⁰⁴

2. A TOKENIZAÇÃO DA ENERGIA

O conceito de lastro é importante para a compreensão da proposta de *tokenização*, na medida em que este é a garantia implícita de um ativo, uma medida de confiabilidade.⁶⁰⁵ No caso do papel-moeda, por muito tempo o lastro foi o ouro, ou seja, era possível ir em um banco e trocar o seu dinheiro por ouro. Limitava-se assim a emissão de mais de mais papel-moeda e o inflacionamento da mesma. Porém, no início dos anos 70, os Estados Unidos declararam que não aceitariam mais fazer a conversão de dólar para ouro. Atualmente as moedas dos países estão lastreadas na confiabilidade que aquele país tem e na garantia de

br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/Documents/chamada_publica_CEMIG40/plano_cemig40.pdf> Acesso em: 03 nov. 2019.

⁶⁰² A privacidade no Brasil tem proteção e regulação no ordenamento jurídico, do qual se pode relacionar em ordem cronológica: 1988 - Constituição Federal (art. 5º, X, XII e LXXII); 1990 – Código de Defesa do Consumidor (arts. 43 e 44); 2011 – Lei 12.414 (Lei do Cadastro Positivo); 2011 - Lei 12.527 (Lei de Acesso à Informação Pública -LAI). Entrou em vigor em 2012; 2014 – Lei 12.956 (Marco Civil da Internet); 2018 – Lei 13.709 (Lei Geral de Proteção de dados) inspirada no Regulamento de dados Pessoais da União Europeia.

⁶⁰³ CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20ono%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

⁶⁰⁴ CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20ono%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

⁶⁰⁵ REIS, Tiago. SUNO. *O que é lastro e como ele funciona para garantir o valor de um ativo*. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/lastro/>> Acesso em: 04 nov. 2019.

que aquele dinheiro será aceito.⁶⁰⁶

Mas o conceito de lastro não se limita somente ao dinheiro. O mesmo vale para *tokens* ou criptomoedas, que é a representação digital de um valor físico: é necessário ter um lastro de valor para esse ativo, seja através da garantia de aceitação dele ou a garantia de conversibilidade, ou este ativo perde o seu valor. No caso da energia, o lastro está relacionado com o kWh e a garantia física das usinas.

O setor elétrico difere do exemplo do setor financeiro por transacionar um produto físico, a eletricidade. As transações econômicas envolvem a troca da energia transportada pela rede e não apenas valores e informações. No setor elétrico, a blockchain pode oferecer maneiras mais confiáveis, rápidas e econômicas para validar e registrar transações financeiras e operacionais, as quais podem incluir a compra e venda de eletricidade.

A eletricidade pode ser vista como o arquétipo de uma mercadoria perfeitamente homogênea: os consumidores nem podem distinguir a eletricidade de diferentes fontes de energia, como turbinas eólicas ou usinas a carvão.⁶⁰⁷ A eletricidade em si, na forma existente na natureza, “é um bem homogêneo, isto é, 1 kWh equivale a 1 kWh, e pode ser transacionado, com o blockchain transformando este processo econômico para uma forma digital”.⁶⁰⁸

Contudo, a energia elétrica enquanto uma representação simbólica da realidade, seja na *tokenização* ou nos contratos, pode ser “tratada como um produto homogêneo ou heterogêneo, ou seja, quando a energia é considerada um produto homogêneo, ela não pode ser diferenciada entre os agentes, mas quando a energia é discriminada segundo sua fonte ou qualidade ela é tratada como produto heterogêneo, e existirão contratos específicos para cada classe de energia”.⁶⁰⁹ Pode-se exemplificar com o certificado de origem da energia elétrica, que já acrescenta outro elemento além da quantidade de energia, mas também informação sobre sua origem, tornando-o heterogêneo.

A economia da eletricidade é moldada por sua física, como por exemplo pelo fato de a eletricidade ser consumida quase no mesmo instante de sua geração, pois armazenar

⁶⁰⁶ DANIEL, Komesu. MUNDO DOS BANCOS. *Dinheiro e moeda: o que é e como funciona?* Disponível em: <<https://mundodosbancos.com/77/dinheiro-moeda/>> Acesso em: 04 nov. 2019.

⁶⁰⁷ HIRTH, Lion; UECKERDT, Falko; EDENHOFER, Ottmar. *Why wind is not coal: On the economics of electricity*. Fondazione Eni Enrico Mattei, 2014. Disponível em: <https://www.feem.it/m/publications_pages/20144161625104NDL2014-039.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019. p. 4.

⁶⁰⁸ CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20no%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

⁶⁰⁹ SILVA, Adriano Jeronimo da. *Leilões de certificados de energia elétrica: máximo excedente versus máxima quantidade negociada*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Mecânica) – Universidade Estadual de Campinas, 2003, p. 54.

eletricidade ainda é muito caro, o que faz com que seu preço flutue amplamente. As restrições físicas fazem com que a eletricidade seja um bem homogêneo na sua característica de quantidade e heterogêneo em ao menos três dimensões - tempo, espaço e prazo de entrega. Consequentemente, diferentes tecnologias de geração, como carvão e energia eólica, podem produzir bens econômicos diferentes, que tenham um valor econômico marginal diferente.⁶¹⁰

Essas características da energia elétrica a tornam propícia para um sistema de *tokenização*, na medida em que isso viabiliza um sistema confiável, rápido e econômico para validar e registrar transações financeiras e operacionais. Dentre as tecnologias atualmente disponíveis para lidar com a *tokenização* do setor elétrico, a blockchain é a que se destaca pela confiabilidade, descentralização e economia em sua implantação. Além disso, várias plataformas já estão disponíveis e outras em desenvolvimento, que permitem com reduzidas adequações o uso do *token* de energia em contratos inteligentes e sistemas de compensação e liquidação automáticos. A blockchain permite ainda que esses *tokens* sejam transacionados de forma *peer-to-peer* (P2P) que significa ponto a ponto, ou seja, diretamente entre as pessoas, sem a necessidade de uma entidade controladora das operações.⁶¹¹

Como experiência de sucesso da tecnologia blockchain, pode-se ilustrar a blockchain do Bitcoin, que “encontra-se em funcionamento há mais de 10 anos, operando em regime 24/7, possibilitando a qualquer interessado a transação de frações deste ativo (até a 8 casa decimal), com a custódia, escrituração, compensação e liquidação das ordens de transferências executadas de forma automática e eficiente pela própria rede Blockchain”.⁶¹²

Outra experiência de sucesso utilizando blockchain é o Ethereum, que é uma plataforma global de código aberto para aplicativos descentralizados, que viabiliza a escrita de um código que controla um valor digital, seja executado exatamente como programado e esteja acessível em qualquer lugar do mundo.⁶¹³ O Ethereum é focado na execução dos chamados “contratos inteligentes”: operações que são feitas automaticamente quando certas condições são cumpridas. “Diferente do Bitcoin, o Ether não foi criado para ser uma moeda digital, mas sim um ativo para recompensar os desenvolvedores que usam a plataforma Ethereum para seus projetos. Mesmo assim, o Ethereum é uma das três moedas digitais mais negociadas do mundo”.⁶¹⁴

⁶¹⁰ HIRTH, Lion; UECKERDT, Falko; EDENHOFER, Ottmar. *Why wind is not coal: On the economics of electricity*. Fondazione Eni Enrico Mattei, 2014. Disponível em: <https://www.feem.it/m/publications_pages/20144161625104NDL2014-039.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019. p. 1.

⁶¹¹ MEARIN, Lucas. *Como o Blockchain está se tornando o 5G da indústria de pagamentos*. Disponível em: <<https://computerworld.com.br/2019/03/29/como-o-blockchain-esta-se-tornando-o-5g-da-industria-de-pagamentos/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

⁶¹² REVOREDO, Tatiana. *A Tokenização do Mercado de Ações*. Disponível em: <<https://cointimes.com.br/a-tokenizacao-do-mercado-de-acoes/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

⁶¹³ ETHEREUM. Disponível em: <<https://ethereum.org/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

⁶¹⁴ INFOMONEY. *Sobre Ethereum*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/cotacoes/ethereum-eth/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

O sucesso das criptomoedas levou a uma divulgação expressiva da tecnologia blockchain, que levou a um imaginário popular de que essa tecnologia poderia significar algum tipo de dispositivo mágico pelo qual todos os seus dados nunca estarão errados. A febre da mineração do Bitcoin, bem como a grande especulação sobre seu valor de mercado, levou a lucros e prejuízos expressivos aos investidores, com grande exposição na mídia. A realidade é que poucos entendem o que realmente é o Bitcoin e a tecnologia blockchain que o viabiliza.

Para a *tokenização* proposta para o setor elétrico, não seria conveniente utilizar-se as blockchains das criptomoedas existentes, tal como o Bitcoin ou o Ethereum. Além dos motivos estruturantes, tais como o número de transações por segundo e o elevado consumo energético, outro motivo seria a elevada flutuação de valor dessas moedas, “visto que esse cenário especulativo pode não ser atrativo num mercado de energia”.⁶¹⁵

A EWF é uma comunidade crescente, atualmente com mais de cem participantes do mercado de energia, que busca desenvolver soluções de blockchain de energia ao mercado, destacando-se e assumindo certo protagonismo como uma opção para essa tecnologia descentralizada que impulsiona o futuro da energia no mundo, e assim servirá de referência nesse estudo. Sua blockchain denomina-se *Energy Web Chain (EW Chain)*, e é uma plataforma pública, derivada do código do *Ethereum*, projetada especificamente para as necessidades regulatórias, operacionais e de mercado do setor de energia.⁶¹⁶

A *EW Chain* utiliza mecanismo de consenso PoA, que tem eficiência energética e escalabilidade, porém é mais centralizada; foi pensado para funcionar em dispositivos com pequeno poder de processamento e memória, viabilizando os clientes leves utilizados na Internet das Coisas (IoT); também contempla níveis de acesso conforme a legislação ou regulação do local, permitindo nós governamentais, das agências reguladoras e das plataformas de aplicações, todas utilizando a mesma blockchain, enquanto consegue permitir a privacidade dos dados; e ainda finalmente uma máquina virtual equiparada a do Ethereum, com o benefício de um ganho de velocidade entre 1,3 até 15 vezes a deste.⁶¹⁷

Como na maioria das blockchains públicas, a *EW Chain* possui um *token* utilitário nativo de primeira camada, o *Energy Web Token (EWT)*. O *token* tem dois objetivos principais: a) proteger a rede contra mau comportamento e b) compensar os validadores por

⁶¹⁵ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 27.

⁶¹⁶ ENERGY WEB FOUNDATION. *The Energy Web Chain*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/wp-content/uploads/2019/05/EWF-Paper-TheEnergyWebChain-v2-201907-FINAL.pdf>> Acesso em 03 nov. 2019. p. 1.

⁶¹⁷ ENERGY WEB FOUNDATION. *The Energy Web Chain*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/wp-content/uploads/2019/05/EWF-Paper-TheEnergyWebChain-v2-201907-FINAL.pdf>> Acesso em 03 nov. 2019. p. 13.

meio de taxas de transação e prêmios de validação de bloco. Usuários e desenvolvedores de aplicativos não precisam usar o EWT para seus próprios aplicativos, eles podem usar criptomoedas ou moedas fiduciárias, bem como tokens de segunda camada nativos de seus aplicativos específicos, apenas assumindo os custos de transação da *EW Chain*.⁶¹⁸

Essas características relacionadas no *EW Chain* são importantes para qualquer *token* que pretenda ser utilizado no setor elétrico. Elas permitem o uso com grande volume de dados gerados e processados em tempo real, para viabilizar soluções como o comércio P2P e o gerenciamento da resposta da demanda, bem como a utilização de dispositivos de IoT para modicidade e a emissão e rastreamento de certificados de origem de energia sustentável.

3. APLICAÇÕES DA TOKENIZAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO

3.1 Comercialização Ponto a Ponto (P2P)

A comercialização de energia ponto a ponto ou *peer-to-peer* (P2P) é o foco da maioria das empresas de blockchain para o setor de energia. O termo se refere a possibilidade de comprar e vender energia entre vizinhos. Os prosumidores com excesso de energia podem vender seu excedente localmente ou exportar para a rede ou armazenamento. A grande quantidade existente dos REDs não é suportada pela atual estrutura da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que é a responsável por viabilizar e gerenciar a comercialização de energia elétrica no Brasil. A maior parte da geração residencial é de origem fotovoltaica e seus excedentes geram margens pequenas nessas transações, o que torna esse mercado pouco atraente e provavelmente inviável para as comercializadoras, abrindo espaço para a tecnologia blockchain.⁶¹⁹

No caso de P2P, o proprietário da micro ou minigeração distribuída poderia vender seu excedente de forma livre todos os meses, criando um incentivo real para instalações acima da carga de consumo local, e todo o sistema se beneficiaria com preços de energia mais baixos e menor necessidade de expansão do sistema de transmissão.⁶²⁰ A tecnologia blockchain constituiria uma plataforma para a realização de compra e venda de energia. O objetivo destas trocas seria balancear a oferta e a demanda, em tempo real, de forma

⁶¹⁸ ENERGY WEV FOUNDATION. *The Grid's New Digital DNA*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/technology/energy-web-chain/>> Acesso em: 16 nov. 2019.

⁶¹⁹ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 55.

⁶²⁰ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 56.

autônoma e descentralizada. Para isso ocorrer, contudo, são necessários alguns requisitos básicos, como, obrigatoriamente, um medidor inteligente e, preferivelmente, uma bateria.⁶²¹

No Brasil seria possível chamar esse mercado de Ambiente de Contratação Distribuída – ACD, em analogia aos atuais Ambiente de Contratação Regulada – ACR, e Ambiente de Contratação Livre – ACL, uma vez que tanto consumidores regulados quanto consumidores livres poderiam engajar-se como prosumidores e se beneficiar de um mercado distribuído.

Uma forma de utilizar esse ACD seria na utilização da estrutura de *microgrid*⁶²², onde as transações P2P aconteceriam somente depois do medidor principal⁶²³, sendo invisível à operadora. Internamente, os vizinhos poderiam usar um sistema de geração distribuída, utilizando medidores inteligentes e um sistema de créditos *tokenizados*, gerenciado por uma plataforma blockchain que faz a contabilização e liquidação dos créditos de energia.

O funcionamento dessa plataforma, teria a princípio as seguintes etapas: a) o prosumidor gera um excedente de energia; b) esta energia é exportada para a rede e registrada em um medidor inteligente antes de ser registrada na blockchain; c) a energia exportada é representada por um *token* (por exemplo, 1 *token* = 1 kWh); d) os *tokens* podem ser registrados no ambiente interno do microgrid ou no mercado aberto (ACD) para que os consumidores possam adquiri-los; e) os consumidores têm acesso a uma lista com as vendas que estão ocorrendo, com o tipo de geração que foi realizada e a localização precisa.⁶²⁴

Utilizando a blockchain, seria possível saber quanto um usuário poderia contribuir em termos de energia, pelo seu histórico de geração e consumo e suas flutuações estatísticas, em kWh. “O blockchain seria, portanto, um mecanismo de definição das preferências de consumo e de geração dos prosumidores, operacionalizando regras preestabelecidas, por meio de contratos inteligentes, em função da variação de preço, de hora, de fluxo e de estoque

⁶²¹ CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20no%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

⁶²² Uma *microgrid* é um conjunto de cargas interconectadas e recursos energéticos distribuídos com limites elétricos definidos, formando assim um sistema de energia elétrica local no nível de tensão da rede de distribuição que atua como uma única entidade controlável e é capaz de operar conectado à rede ou em modo ilha.

⁶²³ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 56.

⁶²⁴ CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20no%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

de energia”.⁶²⁵

Por esses motivos, a blockchain permite a *tokenização* das informações da energia elétrica, viabilizando que ela seja negociada diretamente entre as pessoas, sem a necessidade de uma entidade controladora das operações, e permite uma liquidação contábil quase instantânea entre os prosumidores, de forma a reduzir custos de transação e estimular o investimento em energia sustentável e a estabilidade do sistema elétrico.

3.2 Certificados de origem de energia elétrica

Na mesma rede elétrica, toda energia é igual, homogênea, sendo indistinguível a sua fonte de origem, a menos que se construa uma rede independente para cada espécie de geração de energia, o que é economicamente inviável devido ao enorme custo de infraestrutura. Isso é um problema porque a geração de energia tem um impacto ambiental, assim, a energia renovável tende a ser sustentável, limpa e com poucas ou nenhuma emissão durante a produção, em comparação com a eletricidade produzida a partir de usinas a carvão.⁶²⁶

Para identificar a origem da energia se torna necessário um certificado que declare sua origem, que documenta a quantidade de energia gerada e também informações sobre sua origem, tornando-o heterogêneo. Esse certificado pode ser adquirido por livre iniciativa dos consumidores, por interesses comerciais ou ainda exigido por políticas públicas que busquem sustentabilidade. Pode-se exemplificar com as Garantias de Origem (GOs) utilizadas na União Europeia, os Créditos de Energia Renovável (RECs) nos EUA e no Brasil, e os Certificados de Energia Limpa (CEL) no México.

Nos Estados Unidos (REC) e na Europa (GO) o sistema de rastreamento é estatal, obrigatório para energia renovável e, em alguns países, também para energia fóssil e nuclear. Tanto a GO como o REC são padronizados: eles emitem eletronicamente um certificado para cada MWh produzido, que também pode incluir outras informações como o nome da usina, localização e data de produção. As GOs são válidas por no máximo um ano para fins de compensação, e são canceladas no registro eletrônico de certificados. Por ser um documento único e padronizado, é possível rastrear sua propriedade e garantir que as GOs sejam

⁶²⁵ CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20no%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

⁶²⁶ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 43.

vendidas apenas uma vez e que não haja contagem dupla. O valor da GO é dado pela oferta e demanda, variando no mercado.⁶²⁷ No México, o CEL foi introduzido via legislação em 2013, mas começou efetivamente em 2018 com uma imposição de 5% em relação ao consumo de energia no ano, que irá aumentando até alcançar 13,9% em 2022.

No Brasil, o mercado de certificação de energia renovável iniciou em 2014, e cresceu significativamente desde o seu lançamento, e em março de 2019 contava com 87 usinas aptas a emitir REC. Cada certificado “REC Brazil” equivale a um MWh de eletricidade produzida a partir de fontes renováveis, sendo que a maioria das instalações que geram certificados já possuem registro na plataforma internacional IREC, mundialmente reconhecida para registro, emissão e transferência de Certificados de Energia Renovável, permitindo aos consumidores rastrear seu consumo. A I-REC está disponível para a América Latina, Ásia e África, pois que Europa e Estados Unidos já possuem os sistemas GO e REC.⁶²⁸

Os atuais sistemas de emissão e rastreamento de certificados possuem deficiências que abrem possibilidades para a tecnologia blockchain, sendo essencialmente três: a) centralização pelas instituições governamentais da emissão dos certificados, o que na transição para energias renováveis descentralizadas será complexo continuarem sendo esse intermediário confiável; b) custos administrativos e transacionais para verificar a origem da eletricidade nos REDs, que pela elevada quantidade e geração reduzida, acabam não podendo participar desse mercado de certificados; c) automação e experiência do usuário, pela falta de processos padronizados e automatizados, tornando-o excessivamente burocrático, sendo necessária uma experiência de usuário melhor e mais moderna.⁶²⁹

O uso da blockchain na certificação de energia é uma aplicação simples e direta. A EWF está desenvolvendo uma plataforma digital chamada *EW Origin*⁶³⁰, baseado no Ethereum, que visa simplificar e melhorar os mercados de certificados de origem para energias renováveis, com rastreamento do kWh e as compensações de carbono associadas para todas as regiões geográficas, em uma plataforma única, integrando os mercados de

⁶²⁷ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 45.

⁶²⁸ INSTITUTO TOTUM. *Certificação de energia renovável cresce acima das expectativas*. Disponível em: <<https://www.institutototum.com.br/index.php/noticias/28-programa-de-certificacao-de-energia-renovavel/312-certificacao-de-energia-renovavel-cresce-acima-das-expectativas>> Acesso em: 16 nov. 2019.

⁶²⁹ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 47.

⁶³⁰ ENERGY WEB FOUNDATION. *Energy Web Origin*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/technology/ew-origin/>> Acesso em: 16 nov. 2019.

certificados, aumentando a granularidade e diminuindo o custo das transações.⁶³¹

CONCLUSÃO

As políticas públicas mundiais estão direcionadas para a geração de energia elétrica renovável, dada a compreensão de que não há outra alternativa para se alcançar a sustentabilidade energética, e o desabastecimento energético levaria a um colapso da civilização. As energias renováveis são na sua maioria sem a emissão de carbono, trazendo ainda benefícios ao meio ambiente ao contribuir para evitar o aquecimento global e seus impactos na natureza.

A convergência tecnológica e científica da atualidade, já permite um projeto para o setor elétrico que permita que a descarbonização, a descentralização e a digitalização tragam benefícios ao meio ambiente, ao abastecimento de energia renovável e viabilize um mercado totalmente novo para comercialização de energia elétrica. Esse comércio não será mais unidirecional e centralizado, onde a energia partia dos geradores para os consumidores, mas será bidirecional e descentralizado, onde os prosumidores gerarão sua própria energia elétrica, vendendo o excedente nos picos de geração ou adquirindo a energia necessária quando sua geração for insuficiente.

Os Recursos Energéticos Distribuídos (REDs) representam uma enorme oportunidade e a blockchain é a chave para desbloqueá-la, na medida em que podem ser usadas para gerenciar identidades digitais dos REDs, integrá-las perfeitamente à rede, compartilhar dados entre elas, realizar medições e verificações confiáveis e desbloquear liquidação quase instantânea para serviços de rede - tudo com custos de transação extremamente baixos.⁶³²

Diversas empresas e consórcios estão desenvolvendo plataformas de blockchain focadas no setor elétrico, e já surgem resultados animadores, tais como o *EW Chain*, da Energy Web Foundation, que traz uma tecnologia que não exige grande consumo de energia para geração dos *tokens* e suporta aplicativos corporativos.

A digitalização do setor elétrico através do uso de *tokens* de energia, ainda permitirá uma melhoria das políticas públicas, seja pelo conhecimento preciso de como a geração e o consumo se distribuem geograficamente, seja pelo estímulo ao uso de energia renovável que poderá ter sua geração e consumo acompanhados em tempo real, trazendo valor de mercado

⁶³¹ GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018. p. 48.

⁶³² DISRUPTOR DAILY. *In Energy, Blockchain Is Not Equal To Peer To Peer*. Disponível em: <<https://www.disruptordaily.com/in-energy-blockchain-is-not-equal-to-peer-to-peer/>> Acesso em: 17 nov. 2019.

diverso para diferentes tecnologias de geração ou ainda com formas de controlar a resposta da demanda de maneira econômica e socialmente adequadas.

Assim, é importante a compreensão de que essas novas tecnologias de geração de energia elétrica sustentável, integradas com plataformas tecnológicas que permitam a *tokenização* do setor elétrico, deve levar investimentos privados expressivos no setor elétrico, que tornarão a energia elétrica muito mais barata e ecológica, promovendo nesse processo o desenvolvimento econômico e social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABINEE. *Painel debate transição energética e digitalização do setor elétrico*. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/noticias/com53.htm>> Acesso: em 03 nov. 2019.

AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

ANEEL. *Geração Distribuída*. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/geracao-distribuida>> Acesso em 08 nov. 2019.

ANEEL. *Informações Técnicas. Legislação*. Disponível em: <<https://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=50&idPerfil=2>> Acesso em: 08 nov. 2019.

ANEEL. *Nota Técnica nº 0020/2012-SRD/ANEEL*. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2011/042/resultado/nota_tecnica_0020_daniel_srd.pdf> Acesso em: 09 nov. 2019.

ANEEL. *Resolução nº 482/2012*.

ANEEL. *Revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída*. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 0004/2018-SRD/SCG/SMA/ANEEL.

BINANCE ACADEMY. *O que é Proof of Authority?* Disponível em: <<https://www.binance.vision/pt/blockchain/proof-of-authority-explained>> Acesso: em 10 nov. 2019.

CASTRO, Nivalde de; LIMA, Antônio; PEREIRA, Guillermo. GESEL. *Perspectivas da tecnologia blockchain no Setor Elétrico: Aplicações na Europa, na Austrália e nos Estados Unidos*. Disponível em: <http://www.gesel.ie.ufrj.br/app/webroot/files/publications/45_Gesel-%20Canal%20Energia%20-%20VF-O%20potencial%20disruptivo%20da%20tecnologia%20blockchain%20no%20SE.pdf> Acesso em: 04 nov. 2019.

CEMIG. *Plano estratégico de inovação de tecnologia digital da Cemig - versão reduzida*. Disponível em: <https://www.cemig.com.br/pt-br/A_Cemig_e_o_Futuro/sustentabilidade/Documents/chamada_publica_CEMIG40/plan_o_cemig40.pdf> Acesso em: 03 nov. 2019.

DANIEL, Komesu. MUNDO DOS BANCOS. *Dinheiro e moeda: o que é e como funciona?* Disponível em: <<https://mundodosbancos.com/77/dinheiro-moeda/>> Acesso em: 04 nov. 2019.

DISRUPTOR DAILY. *In Energy, Blockchain Is Not Equal To Peer To Peer*. Disponível em: <<https://www.disruptordaily.com/in-energy-blockchain-is-not-equal-to-peer-to-peer/>> Acesso em: 17 nov. 2019.

ENERGY BLOCKCHAIN CONSORTIUM. Disponível em: <<http://energy-blockchain.org/>> Acesso em: 10 nov. 2019.

ENERGY WEB FOUNDATION. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/>> Acesso em: 10 nov. 2019.

ENERGY WEB FOUNDATION. *The Energy Web Chain*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/wp-content/uploads/2019/05/EFW-Paper-TheEnergyWebChain-v2-201907-FINAL.pdf>> Acesso em 03 nov. 2019.

ENERGY WEB FOUNDATION. *Energy Web Origin*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/technology/ew-origin/>> Acesso em: 16 nov. 2019.

ENERGY WEB FOUNDATION. *The Grid's New Digital DNA*. Disponível em: <<https://www.energyweb.org/technology/energy-web-chain/>> Acesso em: 16 nov. 2019.

EPE. *Recursos Energéticos Distribuídos: Impactos no Planejamento Energético*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/sites-pt/sala-de-imprensa/noticias/Documents/ND%20-%20Recursos%20Energ%C3%A9ticos%20Distribu%C3%ADdos.pdf>> Acesso em: 04 nov. 2019.

ETHEREUM. Disponível em: <<https://ethereum.org/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

GOMES, Ezequiel. GUIA DO BITCOIN. *A diferença entre “blockchain” e “DLT” (tecnologia distribuída de livro-razão)*. Disponível em: <<https://guiadobitcoin.com.br/a-diferenca-entre-blockchain-e-dlt-tecnologia-distribuida-de-livro-razao/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

GRIDHUB. *Mudanças propostas em revisão de REN 482 geram divergências*. Disponível em: <https://www.griclub.org/news/infrastructure/mudancas-propostas-em-revisao-de-ren-482-geram-divergencias_933.html> Acesso em: 08 nov. 2019.

GRUNWALD, Vanessa Heidrich. *Aplicações da tecnologia Blockchain na comercialização de energia no Brasil, a Singularidade da Energia, e um possível Ambiente de Contratação Distribuída – ACD*. 2018. 60 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Programa FGV Management, Curitiba, 2018.

GURGEL COSTA, Victor Hugo; BRAGA JUNIOR, MORAES, Sérgio Alexandre de. *Políticas Públicas e Sustentabilidade para a Universalização do Acesso à Energia Elétrica*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=dbc1c85e4b057d60>. Acesso em: 12 out. 2019.

HIRTH, Lion; UECKERDT, Falko; EDENHOFER, Ottmar. *Why wind is not coal: On the economics of electricity*. Fondazione Eni Enrico Mattei, 2014. Disponível em: <https://www.feem.it/m/publications_pages/20144161625104NDL2014-039.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019.

INFOMONEY. *Sobre Ethereum*. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/cotacoes/ethereum-eth/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

INSTITUTO TOTUM. *Certificação de energia renovável cresce acima das expectativas*. Disponível em: <<https://www.institutototum.com.br/index.php/noticias/28-programa-de-certificacao-de-energia-renovavel/312-certificacao-de-energia-renovavel-cresce-acima-das-expectativas>> Acesso em: 16 nov. 2019.

INVESTOPEDIA. *Block Time*. Disponível em: <<https://www.investopedia.com/terms/b/block-time-cryptocurrency.asp>> Acesso em: 10 nov. 2019.

ISTOÉ. *Prosumidor: A palavra do futuro – Em breve, você será também*. Disponível em: <<https://istoe.com.br/prosumidor-a-palavra-do-futuro-em-brevevoce-sera-tambem/>> Acesso em: 02 nov. 2019.

MEARIN, Lucas. *Como o Blockchain está se tornando o 5G da indústria de pagamentos*. Disponível em: <<https://computerworld.com.br/2019/03/29/como-o-blockchain-esta-se-tornando-o-5g-da-industria-de-pagamentos/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

MEDIUM. *Análise dos algoritmos de consenso*. Disponível em: <<https://medium.com/@creditsbrasil/an%C3%A1lise-dos-algoritmos-de-consenso-87923a9c367b>> Acesso em: 10 nov. 2019.

MEDIUM. *What's the Difference Between Blockchain & Distributed Ledger Technology?* Disponível em: <<https://medium.com/blockchain-review/whats-the-difference-between-blockchain-distributed-ledger-technology-19407f2c2216>> Acesso em: 02 nov. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. *ONU pede comprometimento com Acordo de Paris sobre o clima*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/onu-pede-comprometimento-com-acordo-de-paris-clima/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

NEOWAY. *O que é Big Data e qual a importância de implementá-lo na empresa?* Disponível em: <<https://www.neoway.com.br/o-que-e-big-data/>> Acesso em: 03 nov. 2019.

REIS, Tiago. SUNO. *O que é lastro e como ele funciona para garantir o valor de um ativo*. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/lastro/>> Acesso em: 04 nov. 2019.

REVOREDO, Tatiana. *A Tokenização do Mercado de Ações*. Disponível em: <<https://cointimes.com.br/a-tokenizacao-do-mercado-de-acoes/>> Acesso em: 09 nov. 2019.

SANTOS, Reive Barros dos. Secretário de Planejamento e Desenvolvimento Energético do Ministério de Minas e Energia (MME) em 24 de julho de 2019. *Painel debate transição energética e digitalização do setor elétrico*. Disponível em: <<http://www.abinee.org.br/noticias/com53.htm>> Acesso em: 03 nov. 2019.

SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. World Economic Forum, 2016. Geneva.

SILVA, Adriano Jeronimo da. *Leilões de certificados de energia elétrica: máximo excedente versus máxima quantidade negociada*. Dissertação (Mestrado em Engenharia Mecânica) – Universidade Estadual de Campinas, 2003.

Esta obra coletiva reúne as comunicações dos oradores do I Congresso Internacional – Direito e seus Desafios Sociais, Económicos e Ambientais, que teve lugar nos dias 27 e 28 de janeiro de 2020, na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP), em parceria com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Neste congresso, organizado pela Professora Doutora Catarina Santos Botelho, professora na UCP, pelo Professor Doutor Antônio Efig, professor na PUC-PR, e pelo juiz federal Leonardo Cacao La Bradbury, doutorando na PUC-PR e na UCP, cerca de trinta oradores debateram as seguintes temáticas: direito comparado e desafios socioambientais; direitos fundamentais e desafios sustentáveis; direito e desafios tecnológicos; direito e desafios económicos, processuais e laborais; e teoria do Estado e desafios constitucionais.

Tendo maturado as ideias e densificado os pontos de vista resultantes das trocas de argumentos com os participantes, vinte juristas optaram por elaborar um artigo sobre a sua comunicação. Eis-nos então perante este contributo inestimável para a problematização dos principais desafios socioambientais e tecnológicos do direito nos nossos dias. A obra divide-se em duas temáticas basilares: (i) o direito e os seus desafios socioambientais; (ii) e o direito e os seus desafios tecnológicos.

Num tal contexto de metamorfose, o direito procura dar resposta a crises – sejam elas ambientais, económico-financeiras, humanitárias, tecnológicas, etc. – que assolam as comunidades políticas hodiernas. Neste ensejo, esta obra coletiva procura iluminar caminhos, sugerir tentativas de resposta aos mais variados problemas e dar um contributo significativo para o avanço das dogmáticas juspublicista e jusprivatista.



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DO PORTO



CATÓLICA
RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

PORTO