Centro Acadêmico Luiz Carpenter – Faculdade de Direito da UERJ
Equipe Editorial Contexto Jurídico

# Direito em tempos de Crise Sanitária

Volume 8, 2021

CONTEXTO JURÍDICO

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Centro Acadêmico Luiz Carpenter

Revista Contexto Jurídico, v. 8, nº 1, 2022 / Centro Acadêmico Luiz Carpenter – Rio de Janeiro: Centro Acadêmico Luiz Carpenter 2013-2014-2015-2016-2017-2018-2019-2020-2021-2022

ISSN físico: 2237 2865
ISSN online: 2763 5538

1. Direito – periódicos. I. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. II. Centro Acadêmico Luiz Carpenter.

CDU 340(05)

**REVISTA CONTEXTO JURÍDICO**

**Organização:** Equipe Contexto Jurídico
**Revisão e Diagramação:** Coordenação de Texto e de Comunicação
**Capa:** Daniela da Costa Fernandes e Maria Eduarda da Costa Muniz
**Imagem de Capa:** Daniela da Costa Fernandes

© 2022 Centro Acadêmico Luiz Carpenter

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

**CONSELHO EDITORIAL:** Guilherme Cundari de Oliveira Amâncio. Irani Gonzaga dos Santos Garcia. Jonathan Willian Vasques de Oliveira da Cruz. Marcelle Mourelle Perez Diós. Mateus Goulart de Lima. Michael Douglas Santos Teixeira. Thales Roberto Conrado da Silva. Vinícius Alves Barreto da Silva.

**EQUIPE CONTEXTO JURÍDICO** *2022:*

**Editora Chefe:** Maria Eduarda da Costa Muniz

**Conselho-Executivo:** Camylla Lourenço de Jesus (Coordenadora de Fluxo), Daniela da Costa Fernandes (Coordenadora de Comunicação), Marcella Rodrigues Ribeiro (Coordenadora de Administração) e Nathália Barbosa Gomes Da Silva (Coordenadora de Texto).

**Editores Assistentes:** Giovana Costa e Mirian Khristine de Magalhães Soares (Coordenação de Comunicação). Jefferson Pimenta Saturnino (Coordenação de Administração). Alan Luis Oliveira de

Andrade, Bernardo da Rosa Brandão, Lavynnya Loureiro Barbosa e Yasmin Souza Macedo (Coordenação de Fluxo). Helena Tafuri, Gabriel Aragão Baptista, Mariana Fernandes de Cintra Egger e Rayza Oliveira de Mello (Coordenação de Texto).

**PARECERISTA DESSE NÚMERO:** André Braz Campo. Andressa Laste Martins. Brunno Wernerck Soares. Beatriz Cunha. Beatriz de Sousa Gonçalves. Bruno dos Santos Silva. Camila Ferrão. Camila Guedes. Daniele Carneiro Fernandes. Fernanda Cabral de Almeida. Flórency Regina Rodrigues. Francisco Lopes. Gabriel Gavinho Britto Ferreira. Giovane Canonica. Hamilton Ferraz. Jean Ferreira. Jéssica Brasil Carmo. José Luiz Amorim Ribas Filho. José Luiz Amorim Ribas Filho. Leonardo Laurindo do Nascimento. Ligia Vieira Leite. Luiza Loureiro Coutinho. Luize Emile Guimarães. Luna Barroso. Marcio Senra. Maria Isabel Pomaroli. Pedro Meirelles. Quellen Freitas. Stela Porto. Tamires Rastoldo Fernandes Mendes. Thamar Cavalieri Freitas. Thiago Ferreira Cardoso Neves. Vinicius Alves Barreto da Silva. Vitor Freitas. Viviann Mattos. Zethe Viana Machado.

# Sumário

**Um Direito Dinâmico .....1**
*Maria Eduarda da Costa Muniz*

## Dossiê Temático

**Direito e Trabalho: flexibilização dos contratos laborais em tempos de crise sanitária .....12**
*Flávia de Souza Pompermayer*

**Encarceramento em massa, pandemia e abolicionismo .....32**
*Matheus Mantuani Nunes*

**A função social do contrato no pós-pandemia de COVID-19: breves reflexões .....57**
*Luis Henrique de Menezes Acioly*

**O fenômeno das fake news no brasil em crise: um ensaio sobre a cegueira na era da (des)informação .....86**
*Vitória Pimenta Leal da Silva*

## Extra-Dossiê

**Contrato: ampliação conceitual à luz da função e do papel da vontade .....124**
*Felipe Ramos Ribas Soares e Louise Vago Matieli*

**A crise de representatividade e as novas dinâmicas entre poderes .....169**
*Lucas de Araujo Fecha*

**A recuperação judicial do empresário individual rural: peculiaridades à luz do recurso especial nº 1.811.953 – MT(2019/0129908-0).....196**
*Artur Vinícius de Lima Fernandes e Lucas Gabriel Duarte Neris*

**Responsabilidade civil dos bancos no golpe de falsa portabilidade .....328**
*Juan Gerolis dos Santos*

**Uma introdução ao paralelo luso-brasileiro nos estudos de direitos autorais: evolução histórica, aspectos gerais e análise comparativa no eixo Brasil-Portugal .....236**
*Beatriz Rocha Rodrigues*

**Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? Por Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta .....305**
*Júlia Costa de Oliveira, Luanna Victória Silva Dourado, Dennis Gomes Teixeira Santos, Lucas Gabriel Ladeia Cirne*

**Encarceramento em massa, por Juliana Borges .....363**
*Ana Luiza Gois de Deus, Alice Caires Lima da Silva, Monique Rodrigues Lemos*

**Juizados especiais cíveis: a insuficiência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência .....380**
*Beatriz da Silva Amaro de Castro Hermes e Letícia Fuly da Silva Costa*

**Planejamento familiar: uma análise sobre a vedação do procedimento de este-rilização voluntária sem anuência do cônjuge .....412**
*Alice Raquel Neves Ortiz*

**O impacto de decisões emblemáticas do supremo tribunal federal na democracia brasileira .....441**
*Isabela Andrade Flintz*

## UM DIREITO DINÂMICO

O sistema jurídico de um país é sempre marcado pelo contexto em que está inserido. Nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, o Direito se faz presente no meio social e está inserido em praticamente tudo o que ocorre na sociedade.[1] Nesse sentido, no ano de 2020, o mundo se viu em um cenário de pandemia inimaginável na contemporaneidade. Apenas no Brasil, foram registrados mais de 31 milhões de casos, com quase 670 mil mortos.[2] Anteriormente, a humanidade já havia se deparado com outras doenças infecciosas de escala global, como a gripe espanhola sendo a mais recente, a qual infectou cerca de 500 milhões de pessoas e matou de 25 milhões a 50 milhões entre 1918 e 1920.[3]

O acometimento da enfermidade por milhões de pessoas acabou por afetar diversas áreas da comunidade global, provocando uma crise sem precedentes. Para Conti[4], houve uma crise tripla da COVID-19, ou seja, para além da evidente crise sanitária, existiu uma comportamental e uma econômica, sendo as três vinculadas. A

1 FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Editora Forence, 2015.

2 BRASIL. **Coronavírus Brasil.** Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 10 de junho de 2022.

3 FIORAVANTI, Carlos. **Semelhanças entre a gripe espanhola e a Covid-19**. 26 mar. 2020. Disponível em: https://revistapesquisa.fapesp.br/2020/03/26/semelhancas-entre-a-gripe- espanhola-e-a-covid-19/. Acesso em: 10 jun. 2022.

4 CONTI, Thomas V.. **Crise Tripla do Covid-19**: um olhar econômico sobre as políticas públicas de combate à pandemia. Working Paper. 2020. Disponível em: http://thomasvconti.com.br/pubs/coronavirus/. Acesso em: 10 jun. 2022.

primeira trata do colapso do sistema de saúde e funerário dos países em que a propagação intensa do vírus não foi reduzida. Já a segunda diz respeito à mudança drástica de hábitos sociais, desde higiene a padrões de eventos e de setores da econômica como turismo até a ação de governantes, os quais devem ser mais ágeis e transparentes em momentos como este, evitando o citado colapso. A última está vinculada com as dificuldades econômicas decorrentes das duas crises anteriores, vez que há uma mudança no comportamento, medo do colapso do sistema de saúde, prejuízos em setores como comércio, etc.

Isto posto, com a mudança nas relações sociais e efeitos em âmbitos sensíveis como saúde e economia, o Direito acaba por ser peça chave dentro desse cenário de transformações, sendo crucial o seu dinamismo mediante a situações adversas. Diversos são os campos jurídicos que foram alvo de reinvenções, justamente para se adaptar à dura realidade fática da pandemia. No Direito Privado, desde contratos, com a modificado de sua vigência e forma de assinatura, até as relações trabalhistas foram objeto de estudo com o intuito da inovação. No Direito Público, a questão penal do encarceramento e até a constitucional da limitação de liberdades individuais, como o direito de ir e vir, podem ser aludidas.

Em um contexto tão incerto como o presente, diversas indagações acabam por surgir: como os institutos clássicos do Direito irão se adaptar a esta situação? Como serão afetadas e quais os remédios para diversas relações jurídicas estabelecidas antes ou em meio a um cenário de crise? Como camadas vulneráveis da sociedade estão sendo afetadas?

Neste 8º volume da Revista Contexto Jurídico, buscou-se responder a estas questões e muitas outras, sendo imprescindível o papel dos pesquisadores e autores que se debruçaram sobre temas de tanta relevância e urgência. Para além do dossiê temático, que trata sobre a questão pandêmica atual, diversos outros acadêmicos abordaram assuntos igualmente importantes, demonstrando como o direito afeta a sociedade com que está vinculado e como mudanças fáticas devem ser analisadas sob um viés jurídico.

Na seção de artigos que compõem o dossiê temático, o artigo "Pandemia e trabalho: flexibilização dos contratos laborais em tempos de crise sanitária" demonstra como as modificações legislativas elaboradas em meio à pandemia, as quais permitiram uma maior flexibilização dos contratos de trabalho, foram criadas e geraram consequências negativas para os trabalhadores. Para tanto, foi feita uma análise crítica baseada na Teoria Marxista da Dependência (TMD), que trata sobre as razões pelas quais há uma diferença de desenvolvimento econômico entre nações centrais e periféricas, utilizando, além disso, pareceres de estudiosos das áreas do Direito acerca das transformações jurídicas e de políticas públicas em detrimento dos empregados.

Já abordando de uma temática jurídica pública atual, há o artigo "Encarceramento em massa, pandemia e abolicionismo", o qual trata da questão prisional no Brasil e, de forma específica, são abordadas explicações sobre como o modelo adotado é estruturado nos moldes da tese do complexo industrial, culminando na ocorrência do encarceramento em massa e do racismo estrutural. Neste contexto, o momento de pandemia se transforma em um ponto crucial

para evidenciar o descaso e esquecimento para com os apenados, os quais detiveram poucos direitos salvaguardados na época da crise sanitária, principalmente no âmbito da saúde.

Voltando para o âmbito privado e debatendo uma questão que afeta a maioria dos indivíduos, o artigo "A função social do contrato no pós-pandemia de COVID-19: breves reflexões" relata as consequências trazidas pela pandemia dentro da relação de privados na seara contratual, momento em que houve um grande impacto socioeconômico na sociedade. Para tal, o autor faz uma análise baseada na doutrina do direito civil constitucional, a qual preconiza a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana nestas relações jurídicas, submetendo o presente instrumento a uma interpretação pautada nos valores constitucionais e à interferência do Estado. Assim, expõe-se como tal ideia não só foi aplicada e surtiu efeitos durante o período pandêmico, mas também como surtirá nos tempos que se seguirão.

Através uma junção entre os ramos do Direito e da Literatura, o artigo "O fenômeno das fake news no Brasil em crise: um ensaio sobre a cegueira na era da (des)informação", baseado na visão da obra "Ensaio sobre a cegueira" de José Saramago, elabora uma análise acerca do papel das chamadas "fake news" no cenário pandêmico, bem como os limites da liberdade de expressão. Assim, com um olhar sobre os acontecimentos do livro, em que uma epidemia causa cegueira em toda a população, a qual é obrigada a se isolar e receber notícias apenas de guardas, cria-se um paralelo com a realidade, em que igualmente os indivíduos se mantiveram em quarentena e foram informados por notícias, muitas vezes inverídicas.

À parte do dossiê temático, o volume 8 da Revista Contexto Jurídico traz artigos e resenhas sobre temas diversos. O trabalho "A crise da representatividade e as novas dinâmicas entre poderes" trata de como a instabilidade do Estado de Bem-Estar Social, sobre a qual o autor tece uma análise crítica, informando acerca não só da forma como ocorreu tal processo de crise, com os problemas em garantir políticas públicas, como também as suas principais consequenciais, quais sejam, a transferência de poder para o judiciário e o estabelecimento de um Estado informal. Desta forma, retrata-se como tal instabilidade reverberou em uma Crise de Representatividade do governo brasileiro, sendo estudados, para demonstrar os referidos aspectos, o Sistema Eleitoral Brasileiro e o caso da ADI 4650.

No âmbito do Direito Empresarial, o artigo "A recuperação judicial do empresário individual rural: peculiaridades à luz do recurso especial nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0)" aborda uma controvérsia hodierna: se um empresário individual rural com menos de 2 anos de registro na Junta Comercial poderia utilizar o instituto da recuperação judicial, sendo este uso baseado no período de atividade anterior à inscrição no referido órgão. Neste contexto, o autor efetua uma pesquisa documental bibliográfica e jurisprudencial para investigar a posição majoritária adotada pelo judiciário brasileiro, dando maior destaque ao Recurso Especial Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0).

O artigo "Uma introdução ao paralelo luso-brasileiro nos estudos de Direitos Autoriais: evolução histórica, aspectos gerais e análise comparativa no eixo Brasil-Portugal" efetua uma análise comparativa do Direito Autorial português e brasileiro, principal-

mente devido à histórica influência jurídica do primeiro para com o segundo, utilizando com base as normas que regem ambos os ordenamentos. Neste sentido, inicia-se a exposição com a apresentação de aspectos gerais dos dois países, com um estudo de suas origens, os acordos internacionais assinados por cada um e a legislação interna. Ao final, a autora efetua uma reflexão acerca da efetividade da proteção dos referidos direitos através de uma observação sobre o contexto político e socioeconômico dos Estados.

Além disso, a resenha "Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer? Por Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta" desenvolve as ideias dos autores no decorrer da exposição, dando um enfoque no conceito de democracias frágeis aplicado ao contexto brasileiro. Assim, explora-se como é efetuado e as críticas que circundam o controle de constitucionalidade em países com democracias recém-estabelecidas após períodos ditatoriais, além de tratar sobre importância da Constituição para o avanço político e social de tais Estados.

Já o artigo "Responsabilidade civil dos bancos no golpe da falsa portabilidade" discute se, nos casos do golpe da falsa portabilidade, se aplicaria o instituto da responsabilidade civil aos bancos das vítimas e quais seriam os limites de tal responsabilização. Isto posto, para responder à questão, o artigo se utiliza do modelo da responsabilidade objetiva mitigada, o qual é adotado pelo direito do consumidor brasileiro aplicado aos bancos, além de apresentar suas excludentes. Por fim, o autor realiza uma pesquisa documental bibliográfica e jurisprudencial e analisa quais são os deveres e obrigações das presentes instituições financeiras, em decorrência da teoria

do risco-proveito, e quais destes seriam violados na ocorrência do golpe.

Versando novamente sobre o sistema penitenciário, a resenha "Encarceramento em massa, por: Juliana Borges" discute a visão atual sobre o sistema prisional brasileiro e efetua uma análise das três partes da obra, as quais tratam, em um primeiro momento, sobre a história da punição e do aprisionamento, evidenciando o racismo existente no referido sistema. Em segundo lugar, a questão do preconceito racial no âmbito da justiça criminal do país é posta em voga, indo de encontro à imagem pacífica e receptiva que o povo brasileiro possui e demonstrando que se criou uma imagem da pessoa negra como perigosa e criminosa. Finalmente, na terceira parte, para além da questão racial, o gênero dentro do sistema prisional é retratado, informando sobre a invisibilidade das mulheres nas prisões e a sua participação no tráfico de drogas.

No artigo "Juizados especiais cíveis: a insuficiência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência", através de uma análise bibliográfica e jurisprudencial, traz-se um enfoque sobre a utilização de precedentes de tribunais como parâmetro em novos casos que versem sobre a mesma matéria, demonstrando uma aproximação do direito pátrio, que adota o sistema jurídico do *Civil Law*, com o sistema do *Commom Law*. Para tal, as autoras efetuam um estudo para descobrir se os mecanismos de uniformização de jurisprudências oriundas dos Juizados Especiais Cíveis são efetivos para construir um cenário pautado nos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Sobre um tema relevante para as famílias brasileiras, no ar-

tigo “Planejamento familiar: uma análise sobre a vedação do procedimento de esterilização voluntária sem anuência do cônjuge”, a partir de uma pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, a autora busca efetuar um estudo acerca da esterilização voluntária dependente de consentimento expresso de ambos os cônjuges em uma sociedade conjugal, o que é regido pelo artigo 10, §5º, da Lei nº 9.263/96. Dessa forma, indaga-se se esta vedação está em oposição a princípios constitucionais, o da autonomia privada, por exemplo, e aos direitos reprodutivos assegurados pelo sistema jurídico brasileiro. Para tanto, foram analisados certos aspectos que circundam a questão como a proteção da família pela Carta Magna, a aplicabilidade da restrição à esterilização voluntária no caso de união estável e casamento homoafetivo, o entendimento adotado pelos tribunais, entre outros.

No campo do Direito Constitucional, o artigo “O impacto de decisões emblemáticas do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira” busca explanar a crescente influência que os julgados do Supremo Tribunal Federal possuem na democracia brasileira durante seus 30 anos de consolidação. Destarte, se efetua uma análise histórica do jovem regime democrático pátrio, instituído após 21 anos de um governo ditatorial, percorrendo os acontecimentos políticos dos mandatos presidenciais até a atualidade e o papel do STF dentro deste contexto, o qual assumiu diversas funções as quais não se limitam em apenas zelar pelo cumprimento das normas e princípios constitucionais.

Finalmente, a Revista tem o prazer de publicar o artigo “Contrato: ampliação conceitual à luz da função e do papel da von-

tade" escrito pela Dra. Louise Vago Matieli e pelo Dr. Felipe Ramos Ribas Soares, na condição de convidados. A pesquisa trata justamente da modificação do Direito a partir das transformações do contexto social no qual está inserido. Nesse caso, os autores elaboram uma análise de um instituto muito comum utilizado no cotidiano da sociedade: o contrato. Assim, contrapõe-se o conceito clássico de contrato, o qual estava vinculado com a noção de negócio jurídico dependente da existência de uma declaração de vontade, passando para uma nova interpretação do referido instituto. Por meio desta, o contrato também abarcaria situações reconhecidas pelo meio social, como relações decorrentes das atividades fáticas, em que há comportamento socialmente típico ou de atividade, este último compreendido como o conjunto de atos coordenados dirigidos a uma finalidade.

A Revista Contexto Jurídico, neste volume 8, número 1, publica com orgulho e entusiasmo, a produção intelectual discente da comunidade acadêmico-jurídica, sobretudo aquela da UERJ, sede de nosso periódico. À luz do dossiê temático, publicamos nesta edição quatorze artigos que investigam as mais diversas áreas do Direito, com contribuição nas áreas do Direito Civil (3), Direito Constitucional (5), Direito Penal (3), Direito Autoral (1), Direito Empresarial (1) e Direito do Trabalho (1).

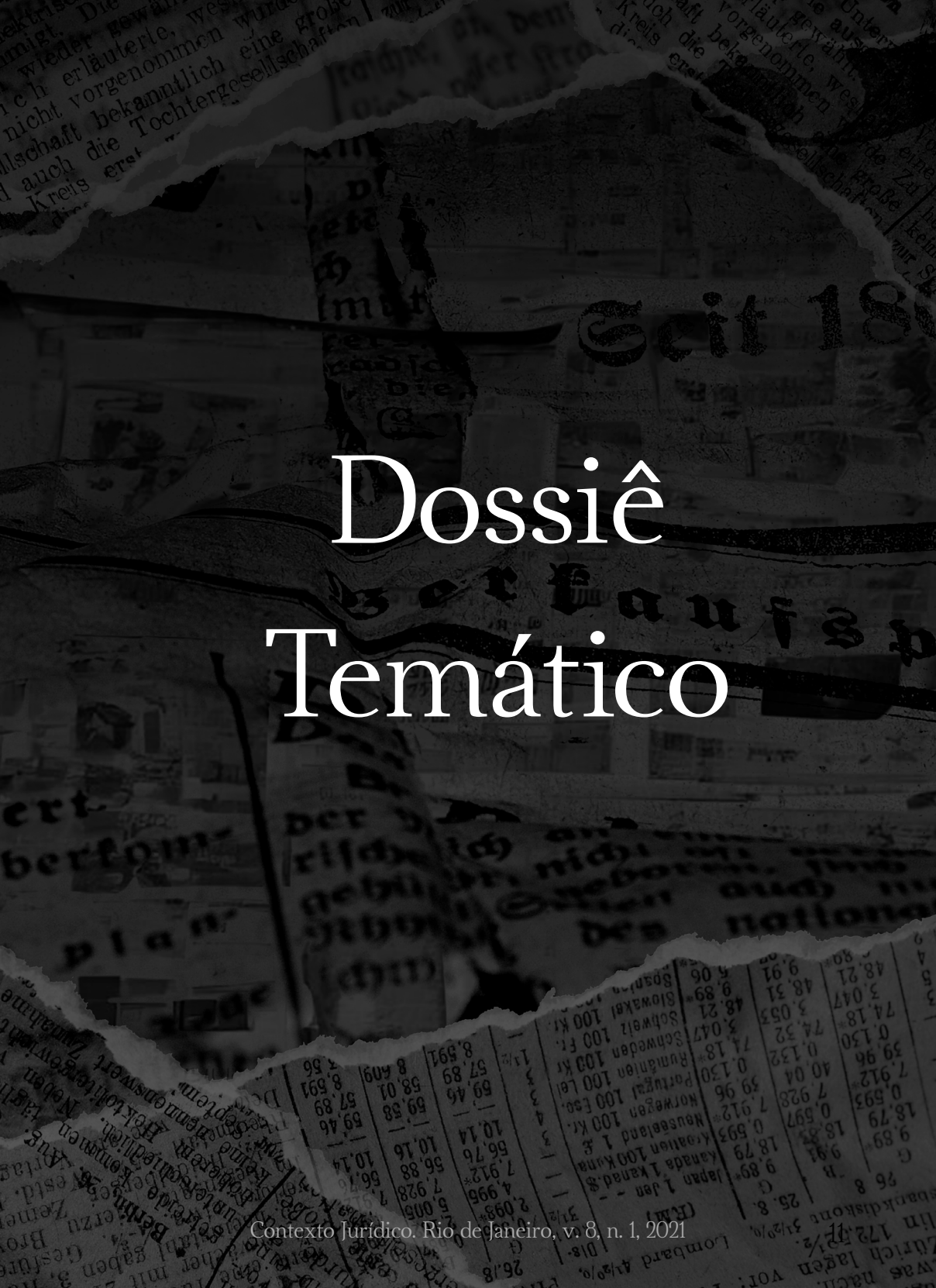
Nesse sentido, a Equipe Editorial agradece a colaboração dos autores que submeteram os seus artigos e espera que tenha sido uma ótima oportunidade para seu desenvolvimento acadêmico. Ademais, espera-se que os leitores tenham uma experiência de leitura agradá-

vel, repleta de aprendizados, e que se sintam estimulados a adentrar no mundo da pesquisa.

Rio de Janeiro, 11 de junho de 2022.

**Maria Eduarda da Costa Muniz**

**Editora-chefe**



# Dossiê Temático

# PANDEMIA E TRABALHO: flexibilização dos contratos laborais em tempos de crise sanitária

*PANDEMIC AND LABOR: employment contracts flexibility in health crisis times*

***Flávia de Souza Pompermayer***[1]

**RESUMO**

Este artigo tem como foco a problematização da crescente flexibilização dos contratos laborais no Brasil em tempos de vulnerabilidade socioeconômica, em razão do advento da crise sanitária provocada pelo novo coronavírus. Nesse sentido, este trabalho objetiva a análise crítica das transformações jurídicas sobre a regulamentação trabalhista. Assim, o presente estudo utilizou a metodologia dedutiva, alicerçada em pesquisa bibliográfica e alterações legislativas concernentes ao tema proposto. Diante disso, serão analisadas: a desigualdade de desenvolvimento entre a centralidade e a periferia do capitalismo, explicada pela Teoria Marxista da Dependência (TMD) e a pluralidade de concepções jurisdicionais sobre o fenômeno em pauta.

**Palavras-chave:** Contratos. Trabalho. Crise. Desigualdade. Capitalismo.

**ABSTRACT**

This article focuses on the problematization of the raising employ-

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Artigo recebido em 02/09/2021 e aprovado para publicação em 10/02/2022.

ment contracts flexibility in Brazil in socioeconomic vulnerability times, because of health crisis advent caused by new coronavirus. In this context, this work aims at critical analysis about legal changes in labor regulation. Thereby, the present study used the deductive methodology, grounded in bibliographic research and legislative changes concerning the proposed theme. Thus, will be analyzed: the development inequality between centrality and periphery of capitalism system, explained by Marxist Dependency Theory (MDT) and the plurality of jurisdictional concepts about the phenomenon under discussion.

**Keywords:** Contracts. Labor. Crisis. Inequality. Capitalism.

## 1 INTRODUÇÃO

É indubitável que as diversas conquistas sociopolíticas e jurídicas dos trabalhadores demandaram intensos anos de lutas para que esses tivessem seus direitos resguardados pela atual Constituição Federal de 1988 (BRASIL,1988). Essas garantias podem ser exemplificadas no conteúdo da Carta Magna brasileira, tais como o direito social ao trabalho e aos direitos trabalhistas essenciais, a saber, salário-mínimo, férias e 13º salário, instituídos no art. 7º da CRBF/1988.

No entanto, denota-se a fragilidade desses pressupostos constitucionais em métodos de aplicação prática, fato que se agravou no contexto de crise sanitária causada pela pandemia[2] de COVID-19. Desse modo, percebe-se a dissonância do cenário laboral

2 Uma pandemia constitui um cenário de calamidade pública internacional no âmbito da saúde, em que uma doença infecciosa, seja ela viral ou não, ameaça pessoas simultaneamente em diferentes continentes.

vigente com o que estatui o art.1º da CRFB/1988[3], o qual estabelece a dignidade da pessoa humana como um direito universal e inalie-nável.

Com efeito, a ineficaz aplicabilidade dos direitos trabalhistas revela o caráter disfuncional do Estado brasileiro na condução da crise de ordem sanitarista, econômica, política e social atuais, uma vez que o Governo Federal não tem atuado para promover a expansão de benefícios e garantias aos trabalhadores. Assim, esse quadro nefasto contrasta com o aumento das demandas históricas da sociedade, como a necessidade de acesso à saúde de qualidade e universalizada, à moradia e à alimentação, expressos também no art. 6º da CRFB/1988[4].

Desse modo, este estudo versa sobre os impactos negativos das mudanças legislativas sobre os contratos em tempos de pandemia do novo coronavírus, iniciada no começo de 2020, a qual deixou centenas de milhares de mortos no Brasil e milhões no mundo. Nessa lógica, compreende-se a relevância não apenas acadêmica, mas também social deste trabalho, haja vista a importância da construção de uma tradição jurídica que se preocupa com o uso do Direito em

3 "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formado 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." (BRASIL, 1988).

4 "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 1988).

favor das minorias e suas respectivas causas humanitárias, em face de um modo de produção que promove desigualdades socioeconômicas e privilegia, em diversos aspectos, uma parcela minoritária da população.

Dessa forma, o artigo presente tem como objetivo analisar criticamente a origem e as consequências da crescente flexibilização laboral em meio à crise sanitária hodierna, mediante a articulação da Teoria Marxista da Dependência (TMD) à pluralidade do entendimento jurisdicional acerca do fenômeno. Para tanto, foi feita pesquisa bibliográfica, lastreada em modificações na estrutura legislativa nacional, doutrinas sociológicas, filosóficas e econômicas.

Portanto, em relação aos referenciais teóricos, serão adotadas as formulações teóricas da TMD, inerentes à dinâmica do modo de produção capitalista, bem como os pareceres de juristas e economistas renomados que remetem à inconsistência de políticas públicas e transformações jurídicas que prejudicam os trabalhadores em variados âmbitos. Logo, será feita uma abordagem mesclada de subjetividade crítica e realismo político-jurídico, a fim de compreender essa conjuntura de maneira efetiva e com um olhar dotado de criticidade analítica.

## 2 TEORIA DA DEPENDÊNCIA: as origens do (sub)desenvolvimento nos países periféricos

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram na América Latina algumas explanações teóricas, formuladas por economistas keynesianos[5], a priori, que se propunham a analisar, bem como for-

5 Grupo de economistas adeptos ao Keynesianismo, teoria econômica que se opõe ao Liberalismo e defende ampla intervenção do Estado na economia,

necer explicações realistas sobre a situação da economia local e as relações da região com o resto do mundo. Nessa perspectiva, surge a Teoria do Desenvolvimento, de cunho marxista, que tinha como principal objetivo identificar os obstáculos para o desenvolvimento econômico igualitário entre as nações centrais, como as europeias, e as periféricas, representadas pelos países latino-americanos, em sua maioria, incluindo o Brasil.

Dentro dessa óptica, tais economistas formaram a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL)[6], organização que nasceu com o intuito de fundar bases e soluções institucionais a serem aplicadas na América Latina, a fim de criar condições para o desenvolvimento dos países da região. Para isso, a CEPAL defendia que as nações periféricas do sistema capitalista só se desenvolveriam por meio da montagem de um forte aparato industrial e tecnológico, competitivo o suficiente e orientado, majoritariamente, pelo Estado, e não pela iniciativa privada.

Com isso, a primeira Teoria da Dependência tem origem no início da década de 1960, alicerçada na investigação do quadro econômico latino-americano, como uma tentativa de explicar as razões pelas quais os países regionais não se desenvolveram. Dessa maneira, com o propósito de analisar e entender essa dinâmica, essa teoria, estruturada a partir da necessidade superação da mentalidade eurocêntrica, buscava abrangência teórica na percepção de fatores

sendo preconizada por John Maynard Keynes.

6 A CEPAL também pode ser definida pela sua funcionalidade na Organização das Nações Unidas (ONU), uma vez que constitui uma das cinco comissões econômicas, criada em 1948, com a finalidade de monitorar e propor políticas de desenvolvimento socioeconômico para os países latino-americanos.

políticos e socioculturais particulares de cada realidade investigada.

A ideia que moveu a Teoria da Dependência centrava-se na compreensão de que o desenvolvimento de um país dependia não só da modernização econômica desse, porquanto esta seria uma explicação economicista e vaga, e em nada se diferenciaria das demais. O processo de desenvolvimento econômico deve ser entendido em sua totalidade, através de fatores ideológicos, institucionais e sociais, ou seja, mediante uma série de indicadores.

Por esse lado, as considerações cepalinas iam de encontro aos interesses das nações hegemônicas e do pensamento econômico tradicional[7], pois a CEPAL questionava a dinâmica estrutural do modo de produção capitalista: essa mantém uma minoria de países ricos economicamente e socialmente privilegiados, às custas da histórica exploração da mão de obra barata e da exportação de produtos de baixo valor agregado de uma grande parte de nações subdesenvolvidas, o que é visto desde a colonização europeia. Nesse viés, para chegarem a essas considerações pertinentes, os economistas que compunham a entidade experimentaram uma observação criteriosa dos dados sobre a realidade dos países latinos analisados: o relatório da CEPAL, nomeado *"La brecha de la equidad"*, publicado em 1997, apontou a América Latina como uma região com alta concentração de riqueza e péssimos indicadores socioeducativos quando comparada às nações desenvolvidas e, por conta disso, mantém um

7 O pensamento econômico tradicional é composto pela síntese da visão neoclássica, fundamentado em bases liberais. Assim, para a corrente tradicional do pensamento econômico, também conhecida como mainstream, o Estado deve ter atuação mínima ou quase nula na regulação da economia, uma vez que essa teoria considera a concorrência e o livre mercado em perfeito funcionamento, ou seja, em constante equilíbrio.

grande percentual da população em condições de pobreza (CEPAL, 1997).

Assim, de acordo com o que foi apresentado pelo documento, as condições de subdesenvolvimento da América Latina, em geral, provêm de bases sociais, educacionais e histórico-culturais. Logo, com a observação empírica da incapacidade de reprodução equitativa da economia capitalista entre países extremamente desiguais, a Teoria da Dependência ganha notoriedade, sobretudo, em sua versão marxista.

## 2.1. DIÁLOGO ENTRE A VERSÃO MARXISTA DA TEORIA DA DEPENDÊNCIA E A SUPEREXPLORAÇÃO DA FORÇA DE TRABALHO

Apesar da abrangência da corrente principal no que concerne à exploração de aspectos fundamentais acerca da origem do subdesenvolvimento das nações que compõem a periferia do sistema capitalista, isto é, uma posição de marginalidade socioeconômica, a TMD, vertente marxiana, constitui uma abordagem inovadora a partir de formulações encontradas na obra político-teórica *"Dialética da Dependência"*, de Ruy Mauro Marini. Nessa visão, o autor parte do ponto de vista de que a economia latino-americana apresenta particularidades estruturais que impedem que o capitalismo se reproduza de modo semelhante às nações de economia avançada.

Segundo a corrente marxista, a qual tem Marini como expoente, a dependência é estruturada por meio de relações de subordinação entre Estados formalmente independentes: a economia

de certos países está inteiramente condicionada ao desenvolvimento e expansão de outras economias, de forma que os países economicamente avançados se tornem autossuficientes para o crescimento econômico, enquanto os periféricos só expandem suas economias como um reflexo da expansão dos primeiros, conforme atesta Marini:

> (...) a participação da América Latina no mercado mundial contribuirá para que o eixo da acumulação na economia industrial se desloque da produção de mais-valia absoluta à da mais-valia relativa, isto é, que a acumulação passe a depender mais do aumento da capacidade produtiva do trabalho do que simplesmente da exploração do trabalhador (MARINI, 2000, p. 112-113).

Dentro dessa linhagem, o autor pretende demonstrar que a valoração das forças de trabalho no capitalismo ocorre de maneira distinta: as nações desenvolvidas concentram mão de obra de alto valor e as subdesenvolvidas dispõe de mão de obra de baixo valor. Por consequência, de acordo com o que destaca Marini, há significa-tiva transferência de riqueza no fluxo periferia-centro.

Ademais, essa dinâmica que, em consonância com o que foi tratado anteriormente, corrobora a alienação do trabalhador, já que esse fica à mercê dessa dinâmica desigual e não reconhece o seu próprio valor, sendo essa característica necessária para a reprodução do modo de produção capitalista. Entretanto, esse fenômeno já foi identificado por Karl Marx no limiar do desenvolvimento do capitalismo como sistema econômico predominante, no século XVIII, em virtude do contexto de modernização e desenvolvimento industrial,

em que os operários de fábricas conviviam com os baixos salários e a insalubridade produtiva.

> A relação do trabalhador ao trabalho gera a relação do capitalista (ou seja qual for o nome que o senhor do trabalho se quiser dar) também ao trabalho. A propriedade privada constitui, portanto, o produto, o resultado, a consequência necessária do trabalho alienado, da relação externa do trabalhador à natureza e a si mesmo (MARX, 1964, p. 168).

Consequentemente, denota-se que um dos sustentáculos do capitalismo é a alienação do trabalho, resultado da relação dialética entre capacidade produtiva e transferência de valor, em concordância com as constatações expostas. Contudo, Marini ainda destaca que o aumento da intensidade laboral, o prolongamento da jornada de trabalho e a expropriação são consequências inevitáveis para o trabalhador conseguir tornar sua mão-de-obra mais competitiva e valorativa, a fim de compensar a perda de valor transferida para as nações centrais (MARINI, 1973).

Outro ponto-chave que Marini discorre é que as economias periféricas não conseguiriam reverter a perda de mais-valia[8], também denominada mais-valor, por meio do simples aumento na capacidade de produção, porque as nações periféricas não conseguiriam desenvolver uma base técnica tão competitiva quanto a das nações centrais, o que por si só, não geraria aumento na cota de mais-valor. Logo, somente o aumento dos graus de exploração do trabalho possibilitaria a compensação dos valores transferidos ao centro capi-

8 Mais-valia, no conceito de Karl Marx, representa a disparidade entre remuneração e valor realmente produzido pelo trabalhador.

talista (MARINI, 1973).

Portanto, nota-se que a condição dependente e a superexploração da força de trabalho constituem características estruturais de economias capitalistas, que tendem a se perpetuar independentemente de mudanças no eixo de acumulação. Assim, o máximo que as nações periféricas podem fazer para reverter essa lógica é explorar cada vez mais os próprios trabalhadores, em razão da dinâmica estruturalista perversa da qual o modo de produção capitalista utiliza para se reproduzir.

## 3 A FLEXIBILIZAÇÃO DOS CONTRATOS E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL COMO REFLEXO DA DINÂMICA CAPITALISTA INTERNACIONAL

A égide da acumulação flexível somada à ruptura com o padrão fordista[9] viabilizou uma estrutura de trabalho menos rígida, o que impactou diretamente na formatação de contratos corporativos e de estratégias de organização empresarial. Essas são mudanças impostas pelo aumento da financeirização e da internacionalização da economia, dadas as transformações nos padrões comerciais, de forma que os Estados passaram a desempenhar um papel cada vez menor na regulamentação dos seus mercados.

Em vista do que foi exposto, o movimento tendencial do capitalismo traz controvérsias em que a terceirização, a informalidade e a precarização constituem mecanismos vitais para a preservação da

9 O padrão de produtividade fordista foi um modelo de produção industrial rígido, baseado no controle máximo do trabalhador e das etapas do processo produtivo, sendo idealizado pelo empresário norte-americano Henry Ford, fundador da empresa Motor Company. Tal modelo adotado em fábricas, sobretudo as de produção de automóveis, entrou em crise ao final da década de 1970.

lógica de acumulação e reprodução capitalista. Em decorrência disso, nas últimas décadas, sobretudo com o advento da globalização, nos anos de 1990, as empresas têm alterado seus instrumentos centrais de gestão corporativa, conforme ressalta o sociólogo Ricardo Antunes, em sua obra "O privilégio da servidão":

> No Brasil, em particular na década de 1990, as transformações geradas pela nova divisão internacional do trabalho foram de grande intensidade, já que partiram de uma dinâmica interna, característica dos países de industrialização dependente, fundada na superexploração do trabalho (ANTUNES, 2020, p. 142).

Nesse âmbito, a terceirização na prestação de serviços tem se tornado um mecanismo principal de contratação empresarial e, de acordo com Antunes, a importância disso se deve, entre outros aspectos, ao fato de que, ao dissimular as relações sociais estabelecidas entre capital e trabalho, convertendo-as em relações interempresas, tal fato viabiliza maior flexibilidade, impondo aos trabalhadores contratos com menores requisitos formais. No entanto, essa flexibilização em termos contratuais, erroneamente associada à ideia de liberdade, é apenas aparente, uma vez que as condições laborais não se tornam mais flexíveis: pesquisas recentes apontam a piora significativa nas condições dos trabalhadores.

> Os trabalhadores terceirizados, além de ganhar menos, trabalhar mais, ter mais instabilidade e menos direitos, são os que mais morrem e se acidentam. Tais vulnerabilidades de saúde é maior exposição aos riscos decorrem exatamente dessa condição mais

> precária de trabalho (ANTUNES, 2020, p. 163).

Neste seguimento, constantes aumentos de riscos de acidente explicitam o aumento da vulnerabilidade dos trabalhadores em face ao contexto de ampla flexibilização. Por exemplo, Antunes cita o caso da Petrobras, que no período de 1995 a 2013, de 320 vítimas fatais de acidentes, 84% delas, ou seja, 268 eram terceirizadas, e apenas 16%, ou 52, possuíam contrato regular.

Ademais, o sociólogo também demonstra os impactos negativos nos rendimentos dos trabalhadores como um indicador pertinente do processo de precarização:

> No caso dos petroquímicos, na média os terceirizados ganham 52% dos salários dos efetivos, encontrando-se variações por função entre 27% e 87%. No setor de petróleo, o salário do terceirizado representa na média 46% do salário do empregado direto da Petrobras (ANTUNES, 2020, p. 162).

Além disso, a relação entre o número de terceirizados e o número de contratados pelas empresas revela uma proporção muito maior de empregados em modalidade de subcontratos. Segundo dados apresentados pelo desembargador Grijalbo Fernandes Coutinho (2015), no livro "Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora", a proporção de terceirizados no Brasil é de 418% em relação aos contratados formalmente, ou seja, 4,2 vezes maior.

Em suma, a terceirização é a chave para a precarização do trabalho no Brasil, se constituindo em um fenômeno onipresente em diversos campos de atuação laboral, já que é, atualmente, uma

prática de gestão empresarial e uma forma de contratar trabalhadores sem vínculo formal e sem direitos garantidos por lei. Embora se apresente como um mecanismo "facilitador" ao estabelecimento de contratos, a terceirização é, além de sinônimo de risco de vida e de saúde, responsável pela desestruturação dos trabalhadores e da identidade desses, haja vista o esquecimento acerca das incansáveis lutas históricas dessas minorias por melhorias e conquistas legislativas, referentes à legislação trabalhista.

## 4 OS CONTRATOS FLEXIBILIZADOS NO ÂMBITO DA PANDEMIA DE COVID-19 E OS DIFERENTES POSICIONAMENTOS JURISDICIONAIS

Com o avanço da crise de COVID-19 no Brasil e no mundo, foram publicadas as Medidas Provisórias 927/2020 e 936/2020, visando regular as relações trabalhistas durante a decretação do estado de calamidade pública. Todavia, a MP 927 não se transformou em lei e perdeu validade em julho de 2020, enquanto a MP 936 foi aprovada e transformada na Lei n. 14.020[10], de 6 de julho de 2020. Com relação à MP 936, esta autoriza a redução salarial e da jornada de trabalho durante a pandemia e torna viável a versatilidade das demissões.

Em tempos de crise sanitária, é evidente que há reflexos negativos na atividade produtiva. Entretanto, a MP 936 constitui um retrocesso socioeconômico e jurídico, e não soluciona o problema

10 De acordo com o Art. 3º da Lei 14.020, "São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda: I- o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; II- a redução proporcional de jornada de trabalho e salário; e III- a suspensão temporária do contrato de trabalho." (BRASIL, 2020).

da improdutividade econômica, na medida em que esta medida implementada caminha no sentido da inconstitucionalidade, porquanto fere diversas garantias constitucionais dos trabalhadores. A MP 936/2020, ao permitir, em determinados casos, redução salarial e da jornada de trabalho, dispensando a necessidade de negociação e contratação coletivas, viola o artigo 7º, incisos VI e XIII[11] da CRFB/88.

A flexibilização dos contratos e das normas trabalhistas, à luz da jurisprudência brasileira, faz parte de um conjunto de ferramentas que objetiva garantir a maleabilidade das leis trabalhistas, com a intencionalidade de ajustá-las às diversas situações que podem surgir, de acordo com finalidade econômica, social ou política. Assim, a flexibilização já é uma realidade prevista no próprio ordenamento jurídico nacional e, no que tange à pandemia de COVID-19, a legislação brasileira estabelece que, enquanto essa constitui um caso excepcional, um problema de ordem sanitária, os contratos de trabalho podem ser revisados ou flexibilizados no período de crise sanitária vigente. Essa concepção é oriunda da teoria da imprevisão, adotada pelo Código Civil de 2002, a qual afirma a possibilidade de revisão dos contratos nos casos fortuitos e de força maior.

No Direito Civil, as relações contratuais são implementadas quando duas ou mais partes, em comum acordo, visam uma finalidade específica. Desse modo, formam-se os contratos. Sabendo-se

11 "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; (...) XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho." (*Ibid*.).

que o novo coronavírus corroborou as instabilidades sociais, políticas, econômicas e sanitárias existentes no período pré-pandemia, a CRFB/88 estabelece uma série de princípios, sendo a dignidade da pessoa humana a base de todo o ordenamento jurídico presente na Carta Magna, conforme previsto no art.1º da CRFB/88. Nesse sentido, no artigo 421 do Código Civil de 2002, fica previsto o prin-cípio da função social dos contratos, o qual sugere que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

O equilíbrio entre autonomia de vontade e funcionalidade social dos contratos é denominado "dirigismo contratual"[12], pressuposto limitador da autonomia da vontade entre as partes contratantes, por meio da intervenção governamental, com o fito de garantir o bem comum. Essa percepção originou-se com a noção de Estado de bem-estar social[13], visto que, antes de seu nascimento, os constantes desequilíbrios e injustiças moviam as relações contratuais e, a partir disso, constatou-se a insuficiência do princípio da autonomia da vontade, fundamentado em bases liberais. Houve, portanto, uma reavaliação crítica do poder do Estado na intervenção dessas relações sociais. Em consequência disso, o Estado ganhou papel significativo na regulamentação das relações cíveis, por meio de decisões jurisdicionados e administrativas. Nessa perspectiva, observa-se que a proteção estatal dos indivíduos em suas relações particulares não preju-

12 "O Estado passa a intervir massivamente nas relações sociais e, nesse contexto, o contrato assume uma visão solidarista." (COUTINHO, 2006, p. 181).

13 Com a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, nasce o Estado Social. A partir disso, o Estado passa a intervir nas relações privadas, a fim de diminuir as desigualdades sociais e propiciar o bem-estar geral.

dica o preceito liberal de autonomia das vontades participantes, mas sim, equilibra tais relações civis, tornando-as mais justas e eficazes.

A doutrina adepta à convicção liberal clássica advoga a prevalência da autonomia das vontades privadas, típica de civilizações mais individualistas, na dinâmica processual dos contratos, como expressão máxima do voluntarismo entre os indivíduos formalmente iguais que se relacionam. Esse posicionamento é defendido pelo jurista belga Henri de Page:

> Por autonomia da vontade deve-se entender, na nossa opinião, o poder que têm as vontades particulares de regularem elas próprias todas as condições e modalidades de seus ajustes (*engagements*), de decidirem sozinhas e sem tutela legal, da matéria era extensão de suas convenções, (...) de darem aos seus contratos o conteúdo, o objeto que entenderem conveniente e que lhe é permitido escolherem com toda liberdade, inspirando-se nos seus únicos interesses, e sob a garantia de seus consentimentos recíprocos validamente trocados (DE PAGE, 1950, p 437).

Adaptando essa corrente ao contexto hodierno, de crise sanitária e flexibilização contratual, a autonomia privada, o voluntarismo e o igualitarismo formal fundem-se como um único critério importante para a legitimação do conteúdo dos contratos, visto que, de acordo com essa doutrina, basta ambas as partes consentirem com o vínculo estabelecido.

Sob outro prisma, o princípio do dirigismo contratual vai além da igualdade formal entre sujeitos contratantes e prefere a justa

garantia de direitos dos indivíduos em suas relações privadas, além de prezar pela primazia das instituições públicas para orientá-las. Um exemplo de dirigismo contratual legislativo no Brasil foi consagrado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), durante o Estado Novo, no qual o Estado passou a ter papel decisivo no estabelecimento de diretrizes para os contratos de trabalho. Nessa acepção, em períodos de calamidade pública, a saber, a COVID-19 atualmente, a doutrina exposta advoga a importância dos direitos dos trabalhadores que, em grande parte, foram prejudicados e perderam garantias fundamentais e tiveram seus direitos excluídos e ignorados, em conformidade com o que atesta o desembargador Edilton Meireles (2020):

> (...) a Constituição suprimiu o direito de as partes interessadas, em contrato individual, pactuarem a redução da jornada de trabalho e a diminuição dos salários. Limitou a autonomia da vontade do trabalhador, em sua própria proteção, em especial em momentos de maior vulnerabilidade (MEIRELES, 2020, p. 201).

À luz da posição de Meireles, é evidente a pertinência da preocupação do magistrado com a situação de vulnerabilidade à qual foi exposta grande parte dos trabalhadores, além da compreensão de que os ajustes feitos pelas medidas provisórias não beneficiaram trabalhadores e empregadores de forma igualitária e justa. Nesse ponto de vista, a preferência pela priorização do dirigismo contratual tende à busca por valores como justiça, boa-fé, honestidade e igualdade, solidarizando-se com as lutas e identidades coletivas dos trabalha-

dores.

## 5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, deduz-se que o trabalho foi uma categoria social amplamente afetada pela pandemia de COVID-19 no cenário brasileiro. Outrossim, os contratos flexibilizados não se apresentam como melhor solução para atender às demandas dos trabalhadores, muito pelo contrário, contribui para a desestabilização e o apagamento de suas identidades, conforme foi demonstrado.

Por isso, a adaptação do Direito, sobretudo em tempos de vulnerabilidade socioeconômica, não pode servir para beneficiar os interesses e objetivos de apenas uma parcela da sociedade: ela deve atender aos anseios de todas as classes sociais e respeitar o princípio da dignidade humana consagrado no ordenamento jurídico.

Portanto, embora tenham sido apresentadas diferentes concepções, no âmbito do Direito Civil, acerca da modalidade de flexibilização contratual, não se pode ignorar o aumento da desigualdade, da precarização e da violação de direitos fundamentais nesses tempos de pandemia e crise sanitária. Assim, o quadro atual revela que a insegurança jurídica ainda persiste na particularidade dos contratos.

Em síntese, cabe ao Estado brasileiro a construção de uma percepção majoritária que seja solidária e compreensível às exigências e necessidades da sociedade, da política e da economia, a fim de tornar os contratos mais efetivos e justos em metodologias práticas.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão:** o novo proletariado de serviços na era digital. 2ª Edição. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. **Decreto-lei n° 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, ano 1943.

_____. **Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, ano 2002.

_____. **Lei n° 14.020, de 6 de julho de 2020**. Institui o Programa Especial de Manutenção do Emprego e da Renda. Diário Oficial da União: Brasília, DF, ano 2020.

_____. **Medida provisória n° 927, de 22 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de coronavírus (covid-19), e dá outras previdências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, ano 2020.

_____. **Medida provisória n° 936, de 1º de abril de 2020.** Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n° 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de coronavírus (covid-19), de que trata a lei n° 13.079, de 6 de fevereiro de 2020, e

dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, ano 2020.

CEPAL (Ed.). ***La brecha de la equidad***. Santiago: 1997

COUTINHO, Aldacy Rachid. **A autonomia privada**: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização**: máquina de moer gente trabalhadora. 1ª Edição. São Paulo: LTr, 2015.

DE PAGE, Henry. **Tratado elementar de direito civil belga**. 23ª Edição. Bruxelas: Editora Bruylant, 1950. Volume 2.

MARINI, Ruy Mauro. **Dialética da Dependência**. 1ª Edição. Ed. Era, México, 1973.

MARX, Karl. (1867). **O Capital**: crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MEIRELES, Edilton. **Direitos fundamentais trabalhistas na pandemia e o não retrocesso social**. In: Direitos e deveres fundamentais em tempos de coronavírus. Coordenação e organização de Saulo José Casali Bahia e Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins. São Paulo: Editora Iasp, 2020. Volume 2.

# ENCARCERAMENTO EM MASSA, PANDEMIA E ABOLICIONISMO

## *MASS INCARCERATION, PANDEMIC AND ABOLITIONISM*

***Matheus Mantuani Nunes***[1]

**RESUMO**

Busca-se expor como a pandemia de COVID-19 corrobora a tese do cárcere como complexo industrial. A partir de estudos criminológicos do sentido da pena de prisão, do encarceramento em massa e de sua relação com o Direito, chega-se à conclusão de que os presos foram olvidados novamente pelo Estado e que o Poder Judiciário brasileiro pouco agiu no sentido de salvaguardar os direitos dos apenados, além de ter se curvado à opinião pública no notável Caso André do Rap. Neste sentido, evocam-se as propostas de Angela Davis para uma alteração estratégica e contínua no modo social de punir.

**Palavras-Chave:** Direito Penal. Coronavírus. Encarceramento em Massa.

---

1 Graduando em Direito pela UERJ. Estagiário de Rennó Penteado Sampaio Advogados. Editor Técnico da Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Diretor do Centro Acadêmico Luiz Carpenter. Representante Discente no Conselho Departamental, Departamento de Direito do Estado e Departamento de Teorias e Fundamentos do Direito da Faculdade de Direito da UERJ. Foi pesquisador e monitor bolsista na UERJ, além de estagiário no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e na Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Artigo recebido em 13/09/2021 e aprovado para publicação em 07/02/2022.

**ABSTRACT**

The aim is to expose how the COVID-19 pandemic supports the thesis of prison as an industrial complex. From criminological studies of the concept of prison penalty, mass incarceration and its relationship with Law, the conclusion is that prisoners have been neglected again by the State and that the Brazilian Judiciary has not acted enough to safeguard the rights of the convicts, besides having yielded to public opinion in the notable André do Rap Case. In this sense, Angela Davis' proposals for a strategic and continuous modification in the social way of punishing are evoked.

**Key-words:** Criminal Law. Coronavirus. Mass Incarceration.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a discutir os desdobramentos da pandemia do novo Coronavírus (SARS-CoV-2) à questão prisional. Neste cenário, a doença COVID-19 – cuja situação insalubre dos presídios expandiu o contágio e a desigualdade material de direitos fundamentais (NEXO, 2020) – mostrou-se apta a escancarar, principalmente no plano global, os projetos governamentais de utilização de apenados ao trabalho aquém de um salário-mínimo, em verdadeiro estabelecimento de complexo industrial.

Ao revés dos apontamentos prospectivos da ciência, diversos países ignoraram a pandemia nas cadeias – como Brasil (Ibidem), Estados Unidos (ESTADÃO, 2020b) **e Itália** (O GLOBO, 2020) –, de modo a comprometer a saúde e a vida de seus presos. Assim, o artigo discorre principalmente sobre a repercussão da (in)

capacidade responsiva do Estado aos problemas do cárcere.

Desta forma, a primeira parte do texto explicita que o sentido da pena é construção ideológica propícia ao encarceramento em massa e ao racismo estrutural e institucional. Neste sentido, há uma incontestável ampliação da taxa de aprisionamento alhu-res (EJI, 2021) e no Brasil (CNJ, 2021), a propósito da utilização daquela população confinada à produção de máscaras e à abertura de covas nos tempos de pandemia. Ao mesmo tempo, restou comprovado o alheamento do Judiciário às Recomendações do CNJ, à proporção que aumentavam os casos de COVID-19 no sistema prisional (DW, 2020). Ressalta-se, com isto, a necessidade de uma modificação social à punição, em atenção à busca de uma justiça reparadora que salvaguarde direitos (DAVIS, 2018) e que se paute no desencarceramento radical *e. g.* dos presos provisórios (BORGES, 2019).

## 2 DO SENTIDO DA PENA DE PRISÃO

Antes de partir-se à análise das questões brasileiras em face do (des)encarceramento na pandemia, faz-se necessário um apanhado geral do sentido da pena de prisão. Para isto, utilizar-se-á o livro "Estarão as Prisões Obsoletas?", de Angela Davis (2018). A fim de dirimir possíveis indagações, o objetivo desta seção é precisamente instigar o leitor à reflexão e apresentá-lo a uma perspectiva diferente da usual, posto que hoje a Constituição da República (BRASIL, 1988), em seu Artigo 5º, XLVI, a, admite a pena de prisão:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

> aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;

Além disto, em sociedades complexas – cuja característica central é a diferenciação funcional a partir de múltiplos subsistemas (NEVES; RODRIGUES, 2012) –, é importante que se percebam as influências externas, como as estadunidenses. O conceito de sociedade das sociedades de Luhmann (1995), o mundo globalizante, as políticas duais interamericanas: a conectividade das nações é de ordem econômico-social; e nações mais desenvolvidas exploram livremente, infra e superestruturalmente, países em desenvolvimento, como defende Wallerstein (1974).

Davis (2018) argumenta que aqueles que pugnam pelo fim das prisões são sempre tratados como idealistas ou utópicos. Isto porque a ideia da prisão seria quase-involuntária, ideologicamente[2] construída, principalmente pela mídia dominante. No entanto, Davis observa que militantes e ativistas já estavam na chamada linha de frente ao combate à pena de prisão, desde que ela foi estabelecida: "a maioria das pessoas fica bastante surpresa ao saber que o movimento pela abolição das prisões também tem uma longa história, que remonta ao surgimento histórico das prisões como a principal forma de punição" (ibidem, p. 7).

2 O conceito de ideologia corresponde ao falseamento da realidade a partir de concepções hegemônicas transmitidas por sentidos que sustentam as relações de dominação (BENJAMIN, 1987; EAGLETON, 2019).

Para compreender este embate, pode-se proceder pelo número de presos no mundo – expressão material de incongruência e assombro –, que ultrapassa 9 milhões de pessoas (ibidem, p. 11). No Brasil, esse número é de mais de 900 mil (CNJ, 2021), a terceira maior população carcerária do mundo – em 1990, todavia, eram cerca de 90 mil os presos em território nacional (BORGES, 2019).

Angela Davis (2018) explica que em 1960 havia 200 mil presos nos Estados Unidos. Hoje, o número já passa de 2 milhões. A autora (ibidem, p. 11) acreditava que "por mais racista e antidemocrático" que um país pudesse ser, aprisionar todas estas pessoas definitivamente causaria uma revolta popular, a não ser que o Estado impusesse um regime fascista de governo ao povo. Isto se liga em demasia à questão brasileira, aliado ao fato de que aqueles os quais defendem a população carcerária, mesmo que apenas ao acesso a direitos universais, são constantemente tratados por "defensores de bandido" (UOL, 2017).

## 3 DA PRISÃO COMO COMPLEXO INDUSTRIAL

Entretanto, o encarceramento, a propósito de para seus apoiadores ser capaz de diminuir a criminalidade, não surte materialmente este efeito (IPEA, 2021). Neste sentido, ele é visto pela crítica mais como a fundação de um complexo industrial e de controle nas prisões (MELOSSI; PAVARINI, 2017), na medida em que, *exempli gratia*, realiza-se a sujeição permanente do indivíduo, impondo-se-lhe uma fórmula de docilidade-utilidade ao mesmo tempo em que se arrefecem suas forças (FOUCAULT, 2004). Assim, o controle realizado pela prisão em si relaciona-se com a utilidade do trabalho

no cárcere, a formar um complexo industrial característico.

Tocando isto ao Brasil, por exemplo, viu-se na pandemia o Governador do Estado de São Paulo designar os presos para produzirem 320 mil máscaras com um custo de R$ 0,80 centavos por máscara (BRASIL, 2020a).

Ademais, segundo relatório do Ministério da Justiça, 75% dos presos recebem ilegalmente menos do que deveriam, quando se propõem a trabalhar dentro das prisões brasileiras (EL PAÍS, 2017). Assim, com Davis (2018), o advento do encarceramento em massa guardaria também fortes relações com a desindustrialização mundial, *i. e.* a partir da década de 80 – por isto também a explosão do aprisionamento a partir desta época, conforme Borges (2019).

A partir dos anos 90, no Brasil, há uma série de medidas neste caminho, tais quais edições de leis a elevar penas e a caracterização de crimes hediondos, os quais dificultaram a progressão de regime (BATISTA; ZAFFARONI, 2003). Não à toa, a partir daí, o Brasil foi até 2010 o segundo país com maior variação de taxa de aprisionamento do mundo, atrás apenas da Indonésia (BORGES, 2019, p. 56). Recentemente, aliás, a assim chamada "Lei Anticrime" (Lei Federal nº 13.964/2019) foi encarada pela crítica como a manutenção "das curvas de encarceramento e de letalidade policial em paralelo à redução das políticas de bem-estar social" (CARVALO, 2019, p. 164), através de tipos penais abertos e do reforço ao direito penal de autor.

A prisão, desta forma, segue Davis (2018), funciona ideologicamente como um local abstrato no qual os indesejáveis são depositados, livrando os cidadãos da responsabilidade de pensar sobre as

verdadeiras questões que afligem as comunidades das quais os prisioneiros são oriundos em números tão desproporcionais.

Neste sentido encontram-se as relações entre o controle subjetivo, a força do trabalho e a desindustrialização: o encarceramento, ao mesmo tempo em que afasta aquele estrato social – o mesmo relegado ao assim chamado exército industrial de reserva (MARX, 2013) – aproveita-se da exploração laboral gratuita pelo Estado. A acumulação capitalista, destarte, ganha novos contornos atrelados às métricas institucionais da punição. Por isto, Davis também chega à conclusão de que o racismo está tão profundamente entranhado na instituição da prisão estadunidense, que não é possível eliminar um sem eliminar o outro:

> Qual é a relação entre essas expressões históricas do racismo e o papel do sistema prisional hoje? Explorar essas conexões pode nos oferecer uma perspectiva diferente do estado atual da indústria da punição. Se já estamos convencidos de que o racismo não pode definir o futuro do planeta e se conseguirmos argumentar com sucesso que as prisões são instituições racistas, isso pode nos levar a encarar com seriedade a perspectiva de declará-las obsoletas (2018, p. 21).

Esta identificação realizada por Davis também pode ser aplicada em países latino-americanos, a despeito das particularidades materiais e históricas observáveis. Flauzina (2006) defende a existência de sistemas penais caracterizados por um caráter de genocídio, guiados pela vontade de extermínio em massa da população negra no Brasil, por exemplo. Neste sentido, apesar de a crítica de Davis fundamentar-se no contexto material estadunidense, observa-se

uma continuidade da lógica violenta que se subsume no encarceramento em massa pautado por fins racistas.

Caso evidente a exemplificar esta asserção é o de Rafael Braga, no Brasil, catador de recicláveis condenado por portar, à época dos Protestos de Junho de 2013, um litro de desinfetante e uma garrafa de água sanitária – tidos pela polícia como preparativos de coquetel *molotov*. Apesar da comprovação de que Braga tampouco participava das manifestações, condenou-lhe o Estado a 5 anos de reclusão pelo crime de posse de artefato explosivo ou incendiário. A experiência kafkiana, entretanto, estendeu-se ao retorno ao regime fechado após uma fotografia junto a uma pichação, além da segunda prisão por tráfico de drogas e associação ao tráfico, pelo porte de 0,6 grama de maconha e 9,3 de cocaína (JUSTIFICANDO, 2019).

## 4 DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

É significativo, por isto, analisar-se a essência do encarceramento em massa no Brasil. Neste sentido, usar-se-á a obra homônima de Juliana Borges (2019). Desde uma análise de dados da população carcerária nacional, constata-se que 67% são negros e 55% são jovens, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (DEPEN, 2017). Ainda, com relação a mulheres, conforme o Conselho Nacional de Justiça (2015), tráfico de drogas e roubo são a maioria das infrações penais cometidas e os argumentos apresentados para a prática do delito são: vulnerabilidades sociais, necessidade de sustento dos filhos e da família, desestruturação familiar, violência e abuso doméstico-sexual.

Flauzina (2006, p. 28) argumenta que o direito penal de au-

tor e o princípio do bem e do mal operam à margem da legalidade, tendo "a morte como seu principal produto". O fundamento a esta prática, conforme a autora, seria um racismo oculto pela ideologia da democracia racial, posto que a variável central do extermínio e do encarceramento se mantivesse relacionada ao controle dos corpos negros. O pacto social brasileiro, destarte, estaria pautado no genocídio do povo negro e na chamada reprodução das assimetrias estruturais.

Além disto, como o professor Nilo Batista (2011) afirma, não é a pobreza a causa do crime, não são os pobres que procuram o crime, mas ao contrário. O crime, enquanto criminalização secundária (ação punitiva sobre pessoas concretas), é que procura os pobres. Afinal, conforme Vera Malaguti, "[...]a criminologia e a política criminal surgem como um eixo específico de racionalização, um saber/poder a serviço da acumulação de capital" (2011, p. 12). Isto é fundamental para repensar-se quem determina o que é crime e quem é o criminoso, *e. g.* na diferenciação entre traficante e usuário de drogas. É importante para que se entenda de uma vez por todas que práticas de controle e disciplina não quedam imaginadas apenas em filmes distópicos como Laranja Mecânica (1971).

Juliana Borges (2019, p. 73-74) encerra seu Encarceramento em Massa defendendo o que chama de desencarceramento radical – começando nos mais de 40% das pessoas em situação prisional, os quais se encontram em prisão provisória, *i. e.* sem julgamento:

> Um primeiro passo, por exemplo, seria pensar nas mais de 40% das pessoas em situação prisional que estão em prisão provisória, ou seja, sem julgamento.

> Uma parcela imensa delas responde por tráfico de drogas e em quantias mínimas. Qual é a periculosidade real dessas pessoas à sociedade, se a maioria dos seus delitos é de microtráfico e considerados não violentos?

## 4.1 DO DIREITO E DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

O germe do Direito é a relação de salvaguarda do patrimônio, de bens, e não da garantia de direitos a cidadãos (PACHUKANIS, 2017). Atualmente, além de ser superestrutura que é sustentáculo para a dominação, pode-se ir além na investigação de como parte da teoria contemporânea tenta abandonar até o assim chamado garantismo penal.

Günther Jakobs (2007), funcionalista penal alemão, *e. g.* acredita na dissociabilidade entre um Direito Penal para cidadãos e para "inimigos", os quais poriam em risco o ordenamento em si. Apesar de extremamente subjetiva qualificação, está nítido que o combate ao tráfico de drogas, o qual no Brasil é a causa de prisão de uma a cada quatro pessoas (BORGES, 2019), com certeza se apresenta como uma justificativa para a defesa do ordenamento jurídico. Este reacionarismo penal imporia, conforme Jakobs (*2007*, p. 45) a "firmeza das expectativas essenciais frente à decepção".

Zaffaroni (2007) explica que esta ideia do outro como ente danoso, como um objeto que deve ser eliminado, é algo bastante próprio do poder punitivo, legitimado pelo Direito Penal estatal. Aliada a isto, existiria uma propaganda midiática baseada na vingança, empenhada em legitimar o sistema. Não à toa, este modelo teria

origens modernas no penalismo nazista, em uma farsante tentativa de racionalizar o genocídio.

O Direito Penal do Inimigo, muito apropriado pelos que defendem o encarceramento em massa, certamente ignora por completo qualquer conquista principiológica de um Estado Democrático de Direito, garantidos seja na Constituição, na Lei de Execução Penal ou em diversos tratados internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica. Outrossim, definitivamente este descaso teórico-material também se estende à questão das prisões em si. No Brasil, vale ressaltar, o trabalho de Nina Rodrigues já defendia no século XIX um tratamento diferenciado para o que ele concebia como raças inferiores e isto foi atendido com o encarceramento dos chamados vagabundos, vadios e capoeiras (MALAGUTI, 2011).

Silvio Almeida (2019, p. 142), em Racismo Estrutural, dá exemplo candente de como o Direito faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e enquanto ideologia. É o Caso McCleskey v. Kemp, de 1987, em que, em nome da *colorblindness*, a Suprema Corte dos Estados Unidos proibiu que se levassem em conta alegações de preconceito racial em condenações criminais. Silvio defende que o Judiciário brasileiro tem esta mesma postura de "neutralidade racial", situação que somada à política de guerra às drogas, abriria as portas ao encarceramento em massa e ao extermínio da população preta. Isto seria uma "renovação da segregação racial", para o autor, um novo sistema racializado de controle social. Isto se reflete, também, na composição deste Judiciário, no racismo institucional em que 85% dos juízes são brancos, segundo o CNJ (BORGES, *2019.*).

## 4.2 DO ENCARCERAMENTO EM MASSA NA PANDEMIA

Encerrado este apanhado geral sobre a questão do encarceramento e da pena de prisão, pode-se investigar finalmente como os países lidaram com os seus presos durante a pandemia. As prisões, obviamente, são lugares extremamente perigosos para a saúde dos detentos, isto já antes da COVID-19, graças à superlotação e à falta de higiene (BRASIL, 2015). Em 2020, a pandemia desencadeou rebeliões na Itália (O GLOBO, 2020) e fugas de presos em São Paulo (NEXO, 2020). Em Hong Kong, presidiárias trabalharam por 24 horas ao dia na produção de máscaras, por menos de um salário-mínimo, aliado ao fato de o álcool gel ser proibido nos presídios por conta de seu teor alcoólico (ESTADÃO, 2020c). Nos Estados Unidos, utilizaram-se dos presos para cavarem-se covas em massa para os mortos da pandemia (ESTADÃO, 2020b). Em contrapartida, o Irã desencarcerou 85 mil presos (TERRA, 2020).

No Brasil, não houve separação de sintomáticos e encaminhamento geral para exames, mas sim sugestões como separação de presos em contêineres (ESTADÃO, 2020a). Além disto, a proposta do Ministro da Justiça, à época Sérgio Moro, para combater a pandemia nas prisões foi a de marcar o chão das prisões e adicionar cortinas entre os detentos (FOLHA, 2020a), o que comprova o descaso para com as celas lotadas e com a vida dos presos. O CNJ recomendou o desencarceramento, mas até juízes de primeira instância não observaram tal indicação (DW, 2020). Ademais, o TJSP negou 88% dos HCs utilizados para solicitar mudança de regime de cumpri-

mento de pena (INSPER, 2020).

Nos tribunais superiores, decisões também impactaram no desencarceramento durante a pandemia. O STJ, por exemplo, decidiu soltar todos os presos do país que tiveram liberdade condicionada à fiança (BRASIL, 2020b). O STF, por outro lado, concedeu apenas 6% de HCs referentes à situação pandêmica (FOLHA, 2020b), além de ter fixado tese que diminuiu a incidência do parágrafo único do Artigo 316 do Código de Processo Penal (BRASIL, 2020d).

Assim, pode-se afirmar categoricamente que o Poder Judiciário brasileiro se negou a determinar um forte desencarceramento da 3ª maior população carcerária do mundo, em meio a uma pandemia, a despeito de Recomendações do CNJ.

## 4.3 DO ENCARCERAMENTO E DO POPULISMO PENAL: Caso André do Rap

O caso André do Rap é paradigmático à volta da pandemia, visto que evidencia eficazmente os contornos da responsabilidade político-criminal do Judiciário, ao mesmo tempo em que revela a noção de populismo penal midiático. Nesse sentido, posto que o caso não guarde expressa correlação com a doença COVID-19, trata-se de estudo fundamental para compreender o sentido atribuído ao aprisionamento e como a sociedade a encara, inclusive em períodos pandêmicos.

Ressalte-se, de início, o PCC nasce após o massacre do Carandiru (DIAS; MANSO, 2018), com o objetivo de combater o sistema prisional e vingar a morte dos "cento e onze presos indefesos",

como cantariam Caetano Veloso e Gilberto Gil (1993). Mais uma vez, pode-se ver como a pena de prisão, ao contrário de diminuir a criminalidade, na verdade acabou criando uma das mais conhecidas organizações criminosas do Brasil e do mundo (DIAS; MANSO, op. cit.).

André do RAP, por todos, insere-se prontamente na discussão política do encarceramento. Líder do PCC, é visto como influenciador essencial do chamado «crime organizado» brasileiro – considerado um dos principais remetentes de drogas a outros países. Preso desde setembro de 2019, fora condenado por tráfico internacional de drogas a mais de 25 anos de prisão em segunda instância e não teve sua prisão revista à luz do Artigo 316 do Código de Processo Penal, de modo que o Supremo Tribunal Federal lhe concedeu relaxamento em decisão monocrática do Ministro Marco Aurélio Mello. Após repercussão negativa na mídia dominante, o Presidente do STF suspendeu a liminar de Marco Aurélio (BRASIL, 2020d).

Entretanto, em matéria de Direito Penal há de beneficiar-se o réu sempre que possível (BADARÓ, 2008). O voto do Ministro Luiz Fux, na SL 1395, pode ser bem reputado como no mínimo antijurídico: não basta que a maioria da Corte seja contra a literalidade do parágrafo único do Artigo 316 do Código de Processo Penal e, então, deixe de aplicá-lo ao caso concreto por se tratar de um traficante de drogas e pela repercussão social negativa. A propósito, veja-se supracitada norma:

> Artigo 316: O juiz poderá, de ofício ou a pedido

> das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
> Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal (BRASIL, 1941).

Isto é afronta à postura contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, um desrespeito à Constituição e uma esfinge do ponto de vista do fundamento da decisão de suspender a liminar! A Ministra Rosa Weber, em mesma SL, leu norma do Regimento Interno do Supremo que permitiriam ao Presidente da Corte suspender decisão e evidentemente a analogia de Fux tornou-se flagrante, porque não se poderia suspender decisões monocráticas em matéria de Direito Penal de Ministros da Corte. A suspensão em questão só poderia ocorrer pelo Plenário ou pela Turma:

> Artigo 297: Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais (BRASIL, 2020c).

Para além desta questão processual-formal, os argumentos majoritários exploraram a justificativa de a decisão ser excepcional (BRASIL, 2020d). Equiparação de corrupção a homicídio e o apon-

tamento da ideia de que o "crime no Brasil compensa", como sustentado por Roberto Barroso; ou a insistência à revisão da prisão em segunda instância, como Alexandre de Moraes e Edson Fachin defenderam: tudo leva a crer que a 3ª maior população carcerária do mundo não é o suficiente. Citado parágrafo único do Artigo 316 do Código de Processo Penal poderia servir a evitar que jovens, pretos e pobres aguardassem indefinidamente, em razão de prisões preventivas desnecessárias. Mesmo assim, a exceção virou regra geral, com o intuito de avançar na agenda do encarceramento, durante a pandemia do coronavírus. Eis a tese fixada no SL (2020):

> A inobservância do prazo nonagesimal do artigo 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos.

Para além do julgamento, a mídia hegemônica insistiu em seu papel de desconhecedora da Lei e apologeta do sensacionalismo e da ideologia das prisões. O "analista político" Merval Pereira (2020), *e. g.* escreveu que:

> O novo presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Luis Fux, tem tomado decisões tão polêmicas quanto irrefutáveis, conseguindo recolocar a imagem do STF junto à opinião pública em bons termos, sem exceder seus poderes institucionais.

Uma Corte Constitucional tem de deixar de lado o plano moral punitivo e focar nas garantias fundamentais de seus cidadãos,

do contrário se puniria oficialmente com pena de morte no Brasil atual. Esta relação entre o encarceramento em massa e o populismo penal, em que a punição se atrela à popularidade do réu ou à sua condição socioeconômica (ZAFFARONI, 2012), guarda relação clara com contornos de classe na perseguição Estatal.

Se os não-proprietários correspondem àqueles aos quais mais se impõem restrições sociais, ocorre um deslocamento à margem ligada ao ilícito, à desqualificação da mão de obra, ao subemprego, ao tráfico. Como o exército industrial permanece, o contingente massivo de trabalhadores subaproveitados resulta ou em baixa remuneração ou em desemprego formal. Soma-se a esta realidade material uma verdadeira política da "insegurança generalizada", um aumento das penas, a "tolerância zero": a punição aos não-proprietários como estratégia punitiva (WACQUANT, 2007). Perceba-se, com isto, que o populismo penal do Caso André do RAP não prejudicou apenas o traficante, mas dificultou de pronto o desencarceramento justo, à luz do Código de Processo Penal, de milhares de presos provisórios mantidos como estão, na insalubridade envolta pela pandemia de COVID-19.

Do outro lado do mistério, alternativas eficazes para uma justiça reparadora, conforme Davis (2018, capítulo 6), envolveriam a transformação tanto das técnicas de abordagem do "crime", quanto das condições sociais e econômicas que levam os jovens de comunidades pobres, especialmente das comunidades de pessoas pretas, ao sistema correcional juvenil e depois à prisão. Então, o desencarceramento envolveria uma estratégia global, um *continuum* de alternativas ao encarceramento — um sistema de justiça baseado na re-

paração e na reconciliação em vez de na punição e na retaliação. Isto seria colocar em prática o trabalho crítico de desmontar o vínculo conceitual entre crime e castigo. Além disto, programas de descriminalização teriam que levar em conta não só atividades específicas que foram criminalizadas – como o tráfico de drogas –, mas também populações e comunidades criminalizadas. Com Borges (2019, pp. 35-36):

> Obviamente que não estamos aqui defendendo assassinatos, estupros etc. Nossa questão é o quanto uma sociedade punitivista e absolutamente controlada e controladora vai construindo cada vez mais mecanismos de vigilância e influência de determinação na vida de seus cidadãos, ao passo que toda e qualquer ação de pouca consequência definitiva na vida de outrem se torne algo delituoso e, até mesmo, hediondo.

## 5 CONCLUSÃO

Toda a discussão envolvendo a COVID-19 e as prisões se mostra capaz de trazer respostas concretas à realidade. Este artigo, a propósito de quaisquer apontamentos ulteriores os quais advirão em um país que experienciou o agravamento do coronavírus, de modo a legar preocupação com a possível instabilidade social, política e econômica de um país fragilizado ciclicamente, foi uma tentativa de compreender o real através da análise jurídico-política da questão criminal.

A instabilidade supracitada objetivamente foi articulada pela fase superior de um modo de produção cada vez mais desindustrializado. As garantias fundamentalmente dos apenados arrefeceram

com a ascensão da moda neoliberal de se tratar o Estado e a sociedade. Assim, o autor tem para si que a tragédia global do COVID-19 demonstrou a todos a roupa nova do rei: um encarceramento genioso, necessário ao estabelecimento de complexos industriais ao redor do mundo.

De fato, a maneira como a sociedade enxerga o combate à pena de prisão interpela-se sempre no eixo ideológico de suposta defesa da "criminalidade", à medida que se estabeleciam os crimes hediondos e os aumentos de pena. Contudo, munido da necessária crítica à economia política, mantêm-se os "idealistas ou utópicos" a perseguir este novo *tópos*, pelo desencarceramento e pela abolição.

## REFERÊNCIAS


**A Clockwork Orange**. Direção de Stanley Kubrick. Estados Unidos e Reino Unido: Warner Bros., 1971. 1 DVD (136 min.).

ALMEIDA, S. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

BADARÓ, G. H. **Direito Processual Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BATISTA, N. **Prefácio Insubstituível**. In: MALAGUTI, V. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____.; ZAFFARONI, E. R. **Direito Penal Brasileiro**. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BENJAMIN, W. **Teses sobre o conceito de história**. In: BENJAMIN, W. Obras Escolhidas. Volume I. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BORGES, J. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Pólen, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Rio de Janeiro: 1941.

_____. **Presos de SP vão confeccionar 320 mil máscaras para proteção contra coronavírus**. São Paulo: Portal do Governo do Estado de São Paulo, 2020a. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/presos-de-sp-vao-confeccionar-320-mil-mascaras-para-protecao-contra-coronavirus/>. Acesso em: 26 nov 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 568693**. Brasília: 2020b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Brasília: 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Brasília: 2020c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de Liminar nº 1395**. Brasília: 2020d.

CAETANO VELOSO e GILBERTO GIL. **Haiti**. Rio de Janeiro: Philips, 1993. 1 CD (4 min. e 17 seg.).

CARVALHO, S. de. **A estrutura lógica e os fundamentos ideológicos do sistema de penas no Projeto de Lei Anticrime**. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 64, n. 3, pp. 161-192, set./dez. 2019.

CNJ. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisão**: Estatísticas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 26 nov 2021.

___. **Dos espaços aos direitos**: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

DAVIS, A. **Estarão as Prisões Obsoletas?** Tradução: Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

DEPEN. Levantamento Nacional de Informações penitenciárias: **InfoPen**. Brasília: Ministério da Justiça, 2017.

DIAS, C. N.; MANSO, B. P. **A Guerra**. São Paulo: Todavia, 2018.

DW. **O peso da Justiça sobre a vida de presidiários durante a pandemia**. São Paulo: DW, 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/o-peso-da-justiça-sobre-a-vida-de-presidiários-durante-a-pandemia/a-54037037>. Acesso em: 26 nov 2021.

EAGLETON, T. **Ideologia**. Tradução: Luis Carlos Borges e Silva-

na Vieira. São Paulo: Boitempo, 2019.

EJI. **Covid-19's Impact on People in Prison**. Estados Unidos, Alabama: Equal Justice Initiative, 2021.

EL PAÍS. **O lucrativo negócio de empregar presos de graça ou pagando menos do que a lei determina**. São Paulo: El País, 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/14/politica/1513259606_735347.html>. Acesso em: 26 nov 2021.

ESTADÃO. **Ministério da Justiça quer presos com sintomas de covid em contêineres durante pandemia**. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 2020a. Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,ministerio-da-justica-quer-presos-com-sintomas-de-covid-em-conteineres-durante-pandemia,70003278278>. Acesso em: 26 nov 2021.

_____. **Nova York abre valas comuns para enterrar mortos por coronavírus**. São Paulo: O Estado de S. Paulo, 2020b. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,nova-york-abre-valas-comuns-para-enterrar-mortos-por-coronavirus,70003267141>. Acesso em: 26 nov 2021.

_____. **Quem está fazendo as máscaras onipresentes de Hong Kong?** São Paulo: O Estado de S. Paulo, 2020c. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,quem-esta-fazendo-as-mascaras-onipresentes-de-hong-kong,70003281709>. Acesso em: 26 nov 2021.

FLAUZINA, A. L. P. **Corpo Negro Caído no Chão**. Brasília: Universidade de Brasília, Dissertação (Mestrado em Direito), 2006.

FOLHA. **Na falta de cela individual, governo sugere uso de cortinas e marcas no chão para isolar presos**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2020a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/03/uniao-edita-recomendacoes-para-evitar-avanco-da-pandemia-em-presidios.shtml>. Acesso em: 26 nov 2021.

_____. **STF resiste a pressões para soltar presos durante pandemia**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2020b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/05/stf-resiste-a-pressoes-para-soltar-presos-durante-pandemia.shtml>. Acesso em: 26 nov 2021.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2004.

INSPER. **TJ paulista nega 88% de 6.781 habeas corpus motivados pela Covid-19**. São Paulo: INSPER, 2020.

IPEA. **Atlas da Violência**. São Paulo: FBSP, 2021.

JAKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo, Noções e Críticas**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUSTIFICANDO. **Desvendando a seletividade penal do caso Rafael Braga**. Santa Catarina: Justificando, 2019. Disponível em: <http://www.justificando.com/2019/07/22/desvendando-a-seletividade-penal-do-caso-rafael-braga/>. Acesso em: 26 nov 2021.

LUHMANN, N. **Social Systems**. Estados Unidos, Califórnia: Stanford University Press, 1995.

MALAGUTI, V. **Introdução Crítica à Criminologia Brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

MARX, K. **O Capital**. Volume I. Tradução: Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELOSSI. D; PAVARINI, M. **Cárcere e Fábrica**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

NEVES, F. M.; RODRIGUES, L. P. **Niklas Luhmann**: A sociedade como sistema. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

NEXO. **Fugas em São Paulo:** como o coronavírus impacta presídios. São Paulo: Nexo, 2020. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2020/03/17/Fugas-em-São-Paulo-como--o-coronav%C3%ADrus-impacta-pres%C3%ADdios. Acesso em: 26.nov.2021.

O GLOBO. **Coronavírus:** rebeliões em prisões da Itália contra restrições a visitas deixam 6 mortos. Rio de Janeiro: O Globo, 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/saude/coronavirus/coronavirus-rebelioes-em-prisoes-da-italia-contra-restricoes-visitas-deixam-6-mortos-24293806. Acesso em: 26 nov 2021.

PACHUKANIS, E. **Teoria geral do direito e marxismo**. Tradução: Paula Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

PEREIRA, M. **O STF e a opinião pública**. Rio de Janeiro: O Globo, 2020. Disponível em: https://blogs.oglobo.globo.com/merval-pereira/post/o-stf-e-opiniao-publica.html. Acesso em: 26 nov 2021.

TERRA. **Irá liberta temporariamente 85 mil prisioneiros, inclusive políticos, em reação ao coronavírus**. São Paulo: Terra, 2020. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/mundo/ira-liberta-temporariamente-85-mil-prisioneiros-inclusive-politicos-em-reacao-ao-coronavirus,94c7a6f5dff2813e53300b-1d5a115029apn11hgt.html. Acesso em: 26 nov 2021.

UOL. **Em discussão, deputados se acusam de "defensor de bandido" e "imbecil"**. Brasília: UOL, 2017. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/11/08/bate-boca-deputados-se-acusam-de-defensor-de-bandido-e-imbecil.htm. Acesso em: 26 nov 2021.

WACQUANT, L. **Punir os Pobres**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WALLERSTEIN, I. **The modern world-system**. Estados Unidos, Nova Iorque: Academic Press, 1974.

ZAFFARONI, E. R. **A Palavra dos Mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

# A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO NO PÓS-PANDEMIA DE COVID-19: breves reflexões

## *THE SOCIAL FUNCTION OF THE CONTRACT IN THE POST-PANDEMIA OF COVID-19: brief reflections*

***Luis Henrique de Menezes Acioly***[1]

**RESUMO**

A pandemia de covid-19 provocou diversas alterações na sociedade, para além dos efeitos abruptos na saúde coletiva e disciplina sanitária, modificando também as relações entre particulares. Diante desse panorama, o direito tem atuado para minimizar esses efeitos, modificando as relações interparticulares, para funcionalizá-las à ordem constitucional vigente. Assim, o presente artigo busca compreender, à luz da doutrina do direito civil constitucional, como a função social do contrato objetiva a tutela da pessoa humana, submetendo a interpretação da autonomia privada aos valores constitucionais, bem como, de que forma a sua aplicação no período pandêmico contribuiu para essa tutela. Para tanto, preconiza-se entender como essa funcionalização e o dirigismo contratual atuaram no momento de pandemia de covid-19, cujos efeitos danosos se prolongam para a esfera jurídica em âmbito privado. Também, faz-se imperioso entender como a interferência estatal no âmbito dos particulares pode produzir efeitos para além do momento de pandemia. Buscando base para essa discussão, revisita-se a doutrina, para compreensão

1 Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa | Wyden (UniRuy). Membro do Grupo de Pesquisa Conversas Civilísticas – UFBA. Membro do LABID² - UFBA.

Artigo recebido em 20/09/2021 e aprovado para publicação em 12/12/2021.

de como ampliou-se o debate acerca da ponderação da autonomia privada com a atuação do poder público estatal na promoção dos direitos fundamentais, oriundos da cláusula geral de dignidade da pessoa humana, no contexto interparticulares.

**Palavras-chave**: Materialização do Direito Contrato. Período Pandêmico. Autonomia Privada. Dirigismo contratual.

**ABSTRACT**

The covid-19 pandemic caused several changes in society, in addition to the abrupt effects on collective health and sanitary discipline, also modifying the relationships between individuals. In view of this panorama, the law has acted to minimize these effects, modifying inter-private relationships, to make them functional to the current constitutional order. Thus, this article seeks to understand, in light of the doctrine of constitutional civil law, how the social function of the contract aims at protecting the human person, submitting the interpretation of private autonomy to constitutional values, as well as how its application in the pandemic period contributed to this protection. For this purpose, it is recommended to understand how this functionalization and contractual dirigisme acted at the time of the covid-19 pandemic, whose harmful effects extend to the legal sphere in the private sphere. Also, it is imperative to understand how state interference in the private sphere can produce effects beyond the moment of pandemic. Seeking a basis for this discussion, the doctrine is revisited, in order to understand how the debate on the consideration of private autonomy with the role of the state government in promoting fundamental rights, arising from the general clause of human dignity, has expanded, in the inter-private context.

**Keywords**: Materialization of Contract Law. Pandemic period. Private Autonomy. Contractual dirigisme.

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito civil constitucional corrobora uma interpretação dos institutos do direito civil com base nos preceitos da Constituição Federal. Nesse sentido, o direito contratual também perpassa por um revigoramento dos seus institutos, em especial a principiologia contratual. A autonomia privada submete-se a uma ordem constitucional baseada em valores que concretizam a dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, há uma celeuma no que tange à concretização desse princípio, com a devida ponderação com a liberdade contratual, no momento de pandemia de covid-19.

A Pandemia de covid-19 revelou novos termos aos contratos, dada a instabilidade das relações jurídicas nesse momento. Com a imposição de medidas restritivas de circulação de pessoas e o isolamento social, muitos sujeitos tiveram sua esfera econômica e social afetada, culminando em um impacto socioeconômico na coletividade. Não obstante, há uma exigência da atuação estatal para resguardar os bens jurídicos em risco devido a tais consequências. Diante disso, é possível compreender que há reflexos desse momento de pandemia no direito privado que não se esgotarão com extinção do regime transitório.

Dessa maneira, o presente trabalho busca compreender o sentido e alcance das transformações nas relações interparticulares em decorrência da pandemia de covid-19, em específico ao âmbito dos contratos, vislumbrando no princípio da função social dos contratos, que concretiza a concepção da materialização das relações contratuais, um norte para essa discussão. Objetiva-se, portanto, entender o fundamento constitucional da função social dos contratos

para mensurar os efeitos das alterações na esfera contratual e as que tendem a permanecer para além do período pandêmico. Dessa maneira, descortina a utilidade desse trabalho em fomentar a discussão sobre a tutela da pessoa humana no âmbito contratual e dar azo à compreensão das modificações nas relações contratuais no período pandêmico, bem como, das que tendem a permanecer no pós-pandemia.

Para tanto, a princípio, cuida-se de compreender o tema da funcionalização dos contratos, sob a ótica doutrinária, relacionando-a a tutela da dignidade da pessoa humana. Posto isso, é mister compreender como a pandemia de covid-19 produziu efeitos no âmbito das relações intersubjetivas. Destarte, analisa-se sob a ótica da funcionalização e do dirigismo contratual os modos como esses efeitos são tidos na doutrina e como são ampliadas as discussões em seus entornos para além desse momento.

O presente artigo subdivide-se em três capítulos e a conclusão. O primeiro capítulo diz respeito ao vislumbre da funcionalização do contrato como tutela da dignidade da pessoa humana. O segundo capítulo tangencia as consequências da pandemia de covid-19 no direito privado. O terceiro capítulo busca entender os reflexos da funcionalização dos contratos no pós-pandemia.

Aplicou-se para tanto a metodologia de revisão sistemática de literatura, preconizando o diálogo da doutrina clássica com escritos modernos.

## 2 A FUNCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO COMO TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A ordem constitucional inaugurada em 1988 tem por base angular o princípio da dignidade da pessoa humana, como alude o art.1°, III, da Constituição Federal. A Constituição é, nessa perspectiva, a base validadora de todo o ordenamento jurídico, conferindo legitimidade aos atos normativos decorrentes. A tutela da dignidade da pessoa humana, como finalidade precípua do ordenamento jurídico, fundamenta os sentido e alcance dos demais diplomas jurídicos. Assim dispõe Luis Roberto Barroso (2011, p. 274):

> O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurada a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professo quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência.

Portanto, cumpre ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe uma aplicação fática e jurídica na sistematização das demais normas do direito brasileiro. Da cláusula geral de dignidade da pessoa humana extraem-se os direitos da personalidade e a tutela do mínimo existencial, além de compor o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais (BARROSO, 2011, p. 276).

Destarte, as relações intersubjetivas, regidas pelo Direito Civil brasileiro, também se conformam à ordem constitucional vigente. Como aludem Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald (2015, p. 41-42), a constitucionalização do Direito Civil tem por consequência a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas,

partindo da compreensão de que tais direitos constituem garantias constitucionais universais, que não devem ficar adstritas somente às relações de direito público.

O fenômeno da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais, aplicados nas relações intersubjetivas, corporifica uma proteção positiva da tutela da dignidade da pessoa humana no seio da sua dimensão solidarista. Nesse sentido, dispõe Flávio Tartuce (2017, p. 97): "*Essa horizontalização dos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento da existência e aplicação dos direitos que protegem a pessoa nas relações entre particulares*". Insta afirmar que tais direitos têm aplicabilidade imediata, conforme instrui o §1º do art. 5º da Constituição Federal.

## 3 NOÇÕES SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

A perspectiva constitucional do direito civil pode ser vislumbrada na releitura dos diversos institutos jurídicos, revigorando-os e tornando-os compatíveis com as demandas socioeconômicas, privilegiando os valores não patrimoniais, como a tutela da dignidade da pessoa humana e a justiça distributiva (TEPENDINO, 2008, p. 22-23). Imperioso é deflagrar que o Contrato, como instituto jurídico basilar das relações jurídicas intersubjetivas também foi afetado por essa releitura. Nesse sentido, a doutrina de Orlando Gomes (1983, p. 80), há anos ensina:

> A decadência do voluntarismo jurídico não importou, obviamente, a eliminação do conjunto dos direitos e obrigações que forma o conteúdo do ne-

> gócio jurídico. A vontade do agente [...] foi transportada para outra dimensão na qual seu significado se tornou mais discreto e atenuado.

Nesse diapasão, a autonomia privada tem por suporte fático a vontade, não em caráter absoluto como meio de formulação de efeitos pretendidos pelas partes, mas redimensionada como elemento essencial para se alcançar uma função em consonância com os valores constitucionais da sociedade. O dimensionamento social do negócio jurídico[2] extravasa a esfera privada dos contratantes, ultrapassando-se a mera abstração do voluntarismo, revestindo-se de concretude, materializando-se. Não é outro o entendimento de Teresa Negreiros (2002, p. 492):

> Trata-se de valores, princípios e tarefas constitucionalmente impostos, em relação aos quais o direito dos contratos não é – não deve ser – indiferente. Hoje, impõe-se reconhecer que a disciplina contratual não está à parte do projeto de sociedade livre, justa e solidária idealizado pela ordem constitucional em vigor no país.

Cumpre afirmar que a autonomia da vontade deu lugar à autonomia privada, isto é, a vontade autorizada pelo ordenamento jurídico, revestindo-a da constitucionalização das relações privadas. O ato de contratação passou a ser um dos institutos jurídicos revigorados pela ordem constitucional cuja base é a dignidade da pessoa humana. A liberdade de contratar, tutelada constitucionalmente no

2 Entendido como o acordo de vontades, que surge da participação humana e projeta efeitos desejados e criados por ela, tendo em vista a aquisição, modificação ou extinção de direitos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 501).

art. 170 da Carta Magna, restringe-se, então, por valores também protegidos pelo diploma constitucional.

O contrato, visto como espaço de liberdade normativa dos indivíduos, fruto unicamente das manifestações de vontade, passou dessa ótica para uma ótica funcionalizada, submetendo-se a interesses conjugados, perdendo seu caráter absoluto e intangível. Assim, a doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2020, p. 159) aduz que: "*Tem-se o contrato como instrumento de realização das finalidades traçadas pelo ordenamento jurídico, e não mais dos interesses dos contratantes isoladamente considerados*". Não é outro o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira (2018, p. 84):

> Diante disso, a autonomia privada foi fortemente limitada pelo caráter social do Estado, embora continuasse tendo seu matiz patrimonial. Passou a conviver com a função social – do contrato, da propriedade –, funcionando como limite e condição de seu exercício.

A materialização dos contratos pressupõe a existência de um conjunto principiológico matriz de uma nova realidade contratual. A autonomia privada recebeu novos contornos, para além da patrimonialidade, passando a corporificar a tutela positiva da dignidade da pessoa humana convolando-se em autonomia existencial nas situações jurídicas despatrimonializadas. Nesse sentido, despontam outros elementos principiológicos na nova sistematização dos contratos.

Os negócios jurídicos passam da abstração à concretude, mediante o princípio da Função Social dos Contratos, esculpido no art.

421 do Código Civil. Nesse sentido descortina Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p. 315): "*Assim, a liberdade de contratar não se dará, pois, em razão da vontade privada, como ocorria anteriormente, mas em razão da função social que o negócio está destinado a cumprir*". Em contínuo, dispõe Nelson Rosenvald (2017, p. 436):

> O que se observa da previsão do art. 421 é que não mais se sustentam no ordenamento jurídico os negócios abstratos, pautados tão somente na vontade das partes. É preciso mais, ou seja, que os negócios jurídicos sejam causais e cumpridores de uma função social. Só assim se coaduna a previsão infraconstitucional com o que preconiza a CR/88, alcançando a unidade do ordenamento jurídico em prol da valorização do ser humano.

A função social do contrato, ao coibir a abstração dos pactos, traduz-se na legitimação do ato de contratar, como acentua Nelson Rosenvald (2017, p. 435): "*A função social do contrato não veio para coibir a liberdade de contratar, como induz a literalidade do art. 421, mas para legitimar a liberdade contratual*".

Ademais, concretiza o Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

> A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

A funcionalização dos contratos atua de modo dar sentido

e alcance às declarações de vontade e por isso, compreende a autonomia da vontade como lhe sendo submetida. Nesse diapasão é a concretização do Enunciado n. 22 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "*A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas*". Portanto, deve-se concluir que a função social do contrato reforça o princípio da autonomia privada, revestindo-o da força normativa da tutela da livre-iniciativa.

## 4 O DIREITO PRIVADO E AS CONSEQUÊNCIAS DA PANDEMIA DE COVID-19

É sabido no ano de 2020 o mundo foi acometido pela pandemia do covid-19. Nessa situação, muitas vidas se perderam e muitas medidas foram tomadas visando diminuir esses impactos desastrosos. Diante de uma abrupta potencialidade contagiosa, a doença se espalhou pela enorme parte dos países, causando milhares de mortes e deixando um cenário caótico em todos. Guilherme Valderato Mathias (2020, p. 286) sintetizou um panorama sobre as consequências dessa pandemia:

> Diante da ausência de vacina e de medicação testada e certificada pelos órgãos competentes, a solução preconizada pela OMS é o isolamento social, com a paralisação de todas as atividades que não sejam consideradas essenciais. Escolas, lojas, fábricas, escritórios ou estão fechados com atividades suspensas, ou estão funcionando em regimes excepcionais, como plantões, rodízios, *home-office* e situações similares.

Não obstante, as relações sociais foram afetadas devido a esse sistema de contenção do contágio do covid-19. O poder público se mobilizou para instituir medidas de proteção que incluem a quarentena e o isolamento social, mediante a restrição de atividades laborais. Pessoas deixaram de sair às ruas, relações de trabalho se modificaram, quando não se extinguiram com a demissão do funcionário, empresas fecharam ou reduziram significativamente suas atividades, entre outras situações.

Dessa maneira, o Direito como reflexo adequado à fluidez das relações sociais precisou mais uma vez conformar-se a essa circunstância. Não se pode compreender as relações contratuais sem a análise econômica do Direito e, portanto, cabe ressaltar que os impactos econômicos da pandemia de covid-19 resvalaram no Congresso Nacional para instituir medidas de auxilio jurídico visando salvaguardar os particulares de tais efeitos.

*A priori*, uma leitura plenamente perceptível da Cláusula Geral de Boa-Fé objetiva enseja dar prioridade às negociações, dando autonomia às partes para melhor pactuarem acerca da modulação dos efeitos danosos da pandemia. Da boa-fé objetiva se depreende o dever de informação e de honestidade, pois como aludem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 185), esse princípio constitui um modelo de eticização da conduta humana.

Não se olvida também que dentro da sistemática do Código Civil, a figura do caso fortuito ou força maior, aplicável devido à pandemia, deve ser compreendida conforme o caso, não sendo geral ou abstrata, mas específica aos elementos que restarem essenciais ao

caso em concreto. Daí, ser compreensível a norma extraída do parágrafo único do art. 393 do Código Civil: "*O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*". Sobre a impossibilidade superveniente, que seria decorrente do caso fortuito ou força maior, aduz Guilherme Valderato Mathias (2020, p. 288-289):

> Em suma, não basta que exista um evento que se encaixe nos três requisitos tradicionais. É fundamental que o evento gere real e efetivo empeço à realização das obrigações tal qual ajustadas. Ou seja, que exista uma relação de causa de efeito entre o evento capaz de caracterizar-se como força maior e o impedimento da realização plena da obrigação. Sem a demonstração desse liame, que, em princípio, incumbe àquele que postula o efeito liberatório, a obrigação deverá ser cumprida.

A verificação desse fato se dá na situação fática, não se podendo valer-se da pandemia como caso fortuito ou força maior, sem a devida análise específica, com muito maior cuidado quando se tratar de relação no âmbito do Direito do Consumidor.

Nessa situação de imprecisão jurídica, e para além do dever de negociação, emanado da boa-fé objetiva, as relações civis necessitaram de um auxilio jurídico para se manterem ou atenuarem os efeitos danosos da pandemia. Dessa forma, o Congresso Nacional mobilizou-se para instituir um regime jurídico emergencial, com alterações pontuais na legislação civil de forma que fomentassem a manutenção dos contratos e restringissem as inadimplências.

Dessa forma, foi gestada a Lei 14.010, que instituiu o Regi-

me Jurídico Emergencial e Transitório das relações do Direito Privado durante a pandemia de covid-19. As alterações conforme foi promulgada foram pontuais, restringindo-se a situações bastante específicas. Insta acentuar que, conforme alude o art. 2° do referido diploma legal, as alterações decorrentes dessa lei não importam na revogação ou alteração das normas que são por ela suspensas. Há, então, alteração da eficácia de determinados dispositivos alocados nos diplomas normativos constituintes do ordenamento jurídico civil.

A Lei 14.010 institui a data de 20 de março de 2020 como sendo o termo inicial dos eventos que derivaram da pandemia, para fins de aplicação dos demais dispositivos desse diploma. *A priori*, o art. 3º desse diploma já institui a suspensão ou impedimento do decurso dos prazos prescricionais aduzidos no art. 206 do Código Civil, quando já não estiverem impedidos ou suspensos devido a outro motivo. Da mesma sorte restam-se suspensos os prazos decadenciais.

Para além das regras interpostas por esse Regime Jurídico Emergencial, é mister compreender a *ratio legis* do diploma em comento, vislumbrando que o Direito Contratual, como espaço de autonomia dos privados, submete-se a uma ordem social e jurídica. O ordenamento jurídico pátrio é baseado na precípua Dignidade da Pessoa Humana, de forma que, sendo princípio positivado na Constituição Federal, todos os diplomas normativos devem atuar de forma a promovê-la. Não obstante, os Contratos, como corporificação da autonomia privada emanada do princípio da Livre-Iniciativa, devem se conformar para atender a esse imperativo. Dessa forma, os diplomas legais que versam sobre a disciplina dos atos e negócios

jurídicos devem estar de acordo ao princípio emanado do art. 1°, III, da Lei Fundamental.

A própria autonomia privada é compreendida sob a ótica da ordem constitucional vigente, devendo aquela se conformar para atender aos preceitos por esta. Nesse sentido a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 243) ensina: "*Ela também é uma especificação do princípio da dignidade da pessoa humana, que consagra e tutela a existência de uma dimensão vital para todo ser humana possa desenvolver e afirmar socialmente sua personalidade*".

Nesse imperativo encontra-se o gene da Lei n. 14.010/2020, que visa interferir no espaço de autonomia privada dos contratantes para resgatar uma tutela da Dignidade da Pessoa Humana frente a um perigo financeiro e jurídico. Destaca-se, portanto, a atuação principiológica da Função Social do Contrato, uma vez que a autonomia privada teve seu papel reduzido frente a uma atividade de sopesamento com o princípio da solidariedade. Cumpre descortinar a norma extraída do art. 421 do Código Civil: "*A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato*".

Ademais, a atuação do ordenamento jurídico frente à esfera privada de particulares para conformar o contrato a uma finalidade socialmente delimitada não se atem a prevalência de efeitos do contrato no meio social, externo, mas incute primeiramente no âmbito interno da relação contratual. Nesse sentido é a concretização aduzida no Enunciado 360 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "*O princípio da função social dos contratos também pode ter eficácia interna entre as partes contratantes*". Não se pode olvidar que nesse momento de pandemia, o contrato, visto como

instrumento da liberdade contratual, teve sua disciplina alterada para atender aos preceitos fundamentais da Magna Carta, desenvolvendo-se meios para que a autonomia privada seja submetida a uma ordem constitucional que se traduz na tutela da dignidade da pessoa humana.

## 5 REFLEXOS DA FUNCIONALIZAÇÃO DOS CONTRATOS NO PÓS PANDEMIA

A ideia de uma autonomia da vontade, vista como espaço de absoluta liberdade normativa entre os contratantes não se sustentou mediante uma ordem constitucional que preza pelo solidarismo e pela máxima proteção do ser humano. Nesse sentido, tem-se entendido que a vontade é substrato para constituição de direitos pela via contratual, mas essa vontade não é absoluta, porém, reduzida, submetida aos valores e finalidades predispostos pelo sistema jurídico e social.

Nesse contexto, um Estado Democrático de Direito tem por um dos escopos a proteção dos indivíduos mediante a promoção dos direitos fundamentais, inclusive no âmbito interno das relações privadas. Não obstante, o já citado Enunciado n. 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal aduz novos contornos à autonomia privada quando presente interesses individuais inerentes à tutela da dignidade da pessoa humana.

No momento de pandemia de covid-19 se descortinou acentuada a figura do Dirigismo Contratual, pelo qual, segundo Orlando Gomes (2009, p. 9), o *"Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou*

*sua eficácia a uma autorização de poder público*". Sobre o dirigismo contratual ensina Márcio Rodrigues Oliveira (2014, p. 82):

> O dirigismo contratual advém da necessidade de se controlar o individualismo contratual, pois ao analisarmos os princípios contratuais encontramos na autonomia da vontade a liberdade de contratar aquilo que pretender ou de contratar ou não contratar. E se essa liberdade fosse absoluta o indivíduo buscaria o interesse próprio em prol do interesse social.

A lição de Orlando Gomes (2009, p. 9) é clara ao dispor que no âmbito do dirigismo contratual surgem figuras anômalas, como o contrato que tem seu conteúdo alterado substancialmente por lei, o do contrato em que uma das partes é obrigada a contratar, ou ainda, que tem seus efeitos produzidos por ordem judicial. Dessa maneira, o Estado atua como balizador do conteúdo do pacto, não sendo o acordo de vontades a fonte absoluta de modulação dos seus efeitos. Há, portanto, um diálogo obrigatório entre a fonte privada do direito e a fonte estatal, resultando na conformação do contrato a ordem jurídica e social.

Dessa situação de dirigismo contratual ampliado devido à pandemia de covid-19, o direito civil constitucional expõe a interferência estatal no âmbito do espaço de liberdade dos privados. Entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 411), que a doutrina civil constitucional comunga de que há um gradualismo na intervenção Estatal para promoção dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada, de acordo com as necessidades humanas. No que tange às necessidades humanas básicas, Teresa

Negreiros (2002, p. 405) aduz:

> Parece possível determinar que certos bens são essenciais por natureza na medida em que demonstre o caráter universal de sua imprescindibilidade para a vida humana: alimentação, vestuário, habitação, tratamento médico e higiênico estão entre os bens indispensáveis ao atendimento das necessidades humanas básicas.

Em contínuo, a autora (2006, p. 303) preconiza:

> É de se pôr de parte, acima de tudo, a ideia de que é possível formular uma teoria verdadeiramente geral dos contratos. Ao contrário, em razão precisamente da fragmentação conceitual, a teoria contratual não deve preocupar-se com a unidade, seja esta unidade consentânea com o modelo clássico, seja dela discrepante. Ao invés, a teoria contratual deve voltar-se para o estabelecimento de critérios de diferenciação, de forma a compor adequadamente os princípios constitucionais.

A dignidade da pessoa humana acende como prisma central da ordem civil constitucional, de modo que dela se extrai o imperativo de construir meios de compatibilizar a autonomia dos privados à tutela de um mínimo existencial inerente ao ser humano. Nesse sentido preleciona Luiz Edson Fachin (2004, p. 41), ao aduzir que a proteção desse mínimo existencial, em sua esfera patrimonial, encontra-se com a tendência de despatrimonialização das relações civis, primando-se a pessoa humana e suas necessidades fundamentais.

Dessa forma, tem-se, *verbi gratia*, o bem de família como

aplicação da tutela do mínimo existencial nas relações interprivadas. O bem de família aponta para um modelo jurídico de proteção especial a determinado bem, conforme a vontade de um instituidor ou a função que a coisa opera para o grupo familiar, revestindo-a de impenhorabilidade, como forma de tutela de um mínimo essencial àquela família. Sem embargo da discussão sobre a forma de se interpretar o termo "família" nesse caso, a existência de um modelo jurídico de proteção de um bem, em verdade, atua como proteção à dignidade das pessoas que orbitam a coisa, denotando o direito a um mínimo existencial, em detrimento do direito de crédito.

Assim é a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 419):

> Não há como negar que o bem de família é, por excelência, o modelo jurídico em que o legislador cuidou de valorizar o elemento funcional da especial destinação a que é reservado. Trata-se de uma qualificação voltada aos interesses existenciais a que presta serventia, passando ao algo do significado patrimonial originário.

Como reflexo do momento de interferência estatal nas relações privadas devido à pandemia de covid-19, o direito civil tem preconizado os bens essenciais que garantem um mínimo existencial ao ser humano, ampliando a discussão sobre os direitos fundamentais, individuais e sociais, na esfera intersubjetiva.

Desloca-se, portanto, a discussão para como se balizar o direito ao crédito, com a tutela do mínimo existencial, no âmbito obrigacional, sem desnaturar o princípio constitucional da livre

iniciativa. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2020, p. 425-426) entendem serem parâmetros para uma atuação mais efetiva do poder estatal, a assimetria substancial dos contratantes e a essencialidade do bem envolvido, o que demandaria uma maior interferência no âmbito interno à relação contratual, de modo a reduzir a autonomia privada. A outro giro, quando em sede de relações em que não se revele acentuada a assimetria substancial dos contratantes e que pese bens menos essenciais, a autonomia privada ganha maior relevância, ponderando a resolução.

A conformação do contrato às finalidades do Estado Democrático de Direito, ao perpassar por um dirigismo contratual, atende a normas predispostas por esse mesmo Estado. Ensina Orlando Gomes (2009, p. 36) sobre a interferência estatal:

> Consiste em regular o conteúdo do contrato por disposições legais imperativas, de modo que as partes, obrigadas a aceitar o que está predisposto na lei, não possam suscitar efeitos jurídicos diversos. Em consequência, a vontade deixa de ser autônoma e a liberdade de contratar retrai-se. Não mais regras supletivas, que as partes observam se coincidem com seus interesses, mas normas imperativas, a cuja obediência não podem furtar-se. Contratos padronizados.

Não se olvida afirmar que, dado o acentuado dirigismo contratual no âmbito da pandemia de covid-19, é possível compreender que resta-se minimizada a ideia do contrato como espaço de liberdade absoluta dos contratantes.

Nesse sentido, a função social do contrato é meio efetivo de

compreensão do sentido e alcance da intervenção estatal no âmbito interno dos negócios jurídicos. A doutrina concretizada no Enunciado n. 431, da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal é mandamental: "*A violação do art. 421 conduz à invalidade ou à ineficácia do contrato ou de cláusulas contratuais*". É imperioso reconhecer que destoando-se o contrato da sua função social, esse terá por efeito a sua invalidade ou ineficácia, pois, essa inobservância é, antes de qualquer coisa, uma violação, direta ou indiretamente à dignidade da pessoa humana. Assim, oportuna é a lição de Maria Celina Bodin de Moraes (2013, p. 24):

> Isto, na verdade, confirma que o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, a negócios que estejam sujeitos, tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social.

Posto isso, o ordenamento jurídico não tolera contratos desprovidos de finalidade, caracterizando-os como abuso de direito, conforme art. 187 do Código Civil. Reflexivamente, os contratos que tenham por objeto bens essenciais perpassam por uma análise mais criteriosa de sua função social. Assim descortina o Enunciado n. 542, da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: "*A recusa de renovação das apólices de seguro de vida pelas seguradoras em razão da idade do segurado é discriminatória e atenta contra a função social do contrato*". De mesma sorte incorre o Enunciado n. 543 da mesma Jornada[3].

3 "*Constitui abuso do direito a modificação acentuada das condições do*

É certo que os contratantes possuem autonomia para regular seus termos contratuais e a prestação do serviço em comento, mas dada a função social do contrato, esta atua como limitadora dessa liberdade, visando resguardar valores tutelados pela ordem constitucional, dando azo à primazia da dignidade da pessoa humana.

Mesmo diante de contratantes paritários, a função social do contrato não se desnatura. Não se furta de citar a concretização doutrinária corporificada no Enunciado n. 29, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal: "*Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais*". Dessa forma, a despeito da interpretação literal que trata o Enunciado n. 26, da I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal[4], aplica-se a mesma dimensão interna da função social do contrato em sede de pactos comerciais, adaptando-a as peculiaridades do caso. Pode-se vislumbrar que há reflexos da atuação da função social nos contratos interempresários acometidos pela pandemia de covid-19.

Não obstante, a aplicação do princípio da função social do contrato em sua dimensão interna ganha relevantes contornos quando em sede de contratos realizados por agentes materialmente desproporcionais e, ainda mais, quando por meio de técnicas de contratação em massa. Assim preleciona Nelson Rosenvald (2017, p. 436):

---

*seguro de vida e de saúde pela seguradora quando da renovação do contrato".*

4 "*O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial*".

> Internamente, a função social do contrato exerce a importante finalidade sindicante de evitar que o ser humano seja vítima de sua própria fragilidade ao realizar relações contratuais que, mesmo sob o pálio da liberdade contratual, culminem por instrumentalizá-lo.

Sobre o contrato realizado sob a técnica da adesão, Orlando Gomes (2009, p. 128) aduz:

> No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica.

Portanto, cumpre afirmar que, em sede de contratos concluídos pela adesão, que caracterizam-se pela rigidez e indisponibilidade de cláusulas contratuais, a parte que não participou da formulação de tais termos possui maior vulnerabilidade, devendo-se compreender tal contrato pela ótica da manutenção de uma função juridicamente destinada, pelo que a sua violação, ou inobservância é sancionada em favor dos valores sociais. Dessa forma, o dirigismo contratual revela-se mais amplo nessa técnica de conclusão contratual, devendo incidir sobre as cláusulas contratuais gerais, para conformá-las à proteção da dignidade da pessoa humana.

Não se olvida afirmar que o art. 421 do Código Civil foi reformulado com o advento da Lei da Liberdade Econômica, dando maior clareza para a interpretação do princípio da função social do contrato. Ademais, a Lei 13.874 de 2019 também correlacionou

esse princípio à vertente integrativa da boa-fé objetiva, aduzindo novos contornos ao art. 113 do Código Civil, de modo a balizar o dirigismo contratual com o paradigma da eticidade.

## CONCLUSÕES

Ante o exposto, imperioso se faz concluir que o contrato teve seus princípios revisitados, em especial, o principio matriz "Autonomia Privada", conformando a vontade aos preceitos instituídos pela ordem jurídica e social vigente. Não se obsta de concluir que a materialização dos contratos, vislumbrando-os como não mais abstratos, mas concretos, introduz no âmbito interprivado a possibilidade de atuação estatal para funcionalizá-lo. Essa funcionalização dos negócios jurídicos, atribuindo-lhes uma finalidade estatuída pelo ordenamento, traduz-se na circunscrição do espaço de liberdade dos particulares para promover a tutela da dignidade da pessoa humana em todos os âmbitos jurídicos.

Essa atuação estatal se mostrou mais ativa quando em risco bens jurídicos tutelados pela ordem constitucional devido à pandemia de covid-19. As mudanças sociais inerentes a esse momento, com a aplicação de medidas restritivas e de isolamento social, atuando sobre o espaço econômico e social dos indivíduos exigiram do Estado Democrático de Direito a sua interferência para salvaguardar tais bens em risco. Descortina-se, assim, a pertinência do dirigismo contratual em face da autonomia dos privados, voltando-se para resguardar direitos e situações tuteladas juridicamente, através de um Regime Jurídico Emergencial e Transitório do Direito Privado.

É mister, nesse sentido, compreender que a atuação estatal

para resguardar bens que assegurem um mínimo existencial do ser humano, tais quais como moradia, saúde, alimentação, vestuário e tratamento médico, possui ampla discussão em âmbito doutrinário. Dessa forma, tendo em vista que o momento de pandemia de covid-19 ampliou o debate e a atuação com base num dirigismo contratual, é possível depreender que há situações jurídicas que tendem a serem reflexivamente afetadas para anuírem com tal discussão. Incidem nesse caso, os efeitos decorrentes da funcionalização dos contratos, conformando-os às destinações juridicamente estatuídas.

Dessa maneira, é imperativa a compreensão de que a função social dos contratos, como meio de contorno da autonomia privada, tem por fundamento a proteção da dignidade da pessoa humana no âmbito das relações intersubjetivas, garantindo-se os direitos fundamentais, tanto em sua dimensão coletiva, quanto individuais. A atuação estatal nesse sentido deve assegurar essa promoção, cuja principiologia traduz-se no meio de ponderação com a liberdade contratual, que não se esgota com a finalização do regime transitório emergencial.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direto Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/

constituicao.htm>. Acesso em: 09 jan 2022.

_____. Conselho de Justiça Federal. **Enunciado n. 22**. I Jornada de Direito Civil, Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/668>. Acesso em 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 23**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669>. Acesso em 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 26**. I Jornada de Direito Comercial. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/51>. Acesso em: 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 29**. I Jornada de Direito Comercial. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/54>. Acesso em: 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 360**. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/464>. Acesso em: 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 431**. V Jornada de Direito Civil. Brasília, 2012; Disponível em: <https://

www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/303>. Acesso em: 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 542**. VI Jornada de Direito Civil. Brasília. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/153>. Acesso em: 28 set 2021.

_____. _____. **Enunciado 543**. VI Jornada de Direito Civil. Brasília. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/154>. Acesso em: 28 set 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília (DF), 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 09 jan 2022.

_____. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21

de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília (DF), 20 de setembro de 2019. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm>. Acesso em: 09 jan 2022.

_____. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília (DF), 10 de junho de 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm>. Acesso em: 09 jan 2022.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Curso de Direito Civil: Contratos, teoria geral e contratos em espécie**. 10. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Forense: Rio de

Janeiro. 1983.

_____. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MATHIAS, Guilherme Valderato. Consequências da Pandemia criada pela covid-19 nas obrigações e nos contratos – Uma visão pelo ângulo do Direito Civil. In: **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, pp. 284-317, Janeiro-Março, 2020. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v22_n1/revista_v22_n1_284.pdf>. Acesso em: 30 ago 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida Da Pessoa Humana:** Estudos De Direito Civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013. Disponível em: <http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>. Acesso em: 25 ago 2020.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato:** novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____.
2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed.

rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Marcio Rodrigues. Dirigismo contratual e o princípio da dignidade da pessoa humana e função social do contrato. In: **Legis Augustus**. Rio de Janeiro. v.5 n.2 pp. 81-92 jul./dez.2014. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/229104552.pdf>. Acesso em: 03 set 2020.

ROSENVALD. Nelson. Dos Contratos em Geral. In: **Código Civil comentado**: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. PELUSO, Cezar (Coord). 11. ed. rev. e atual. Barueri: Manole, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 1:** Lei de Introdução e Parte Geral. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 16, pp. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/232/214>. Acesso em: 25 ago 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2008.

# O FENÔMENO DAS *FAKE NEWS* NO BRASIL EM CRISE: Um ensaio sobre a cegueira na era da (des)informação.

*THE FAKE NEWS PHENOMENON IN CRISIS IN BRAZIL: An essay on blindness in the disinformation age.*

"Penso que estamos
cegos, cegos que veem.
Cegos que, vendo,
não veem."
(José Saramago)

***Vitória Pimenta Leal da Silva***[1]

**RESUMO**

O objetivo do presente estudo é analisar o fenômeno das *fake news* em meio à crise sanitária do COVID-19, sob a ótica da obra literária Ensaio Sobre a Cegueira do escritor José Saramago. Inicialmente será debatida a relação entre o conceito de cegueira branca, apresentado pelo autor, o rompimento com a verdade através da veiculação de notícias fraudulentas e os impactos sociais gerados no último ano (2021). Em seguida examinam-se o conceito de liberdade de expressão e os limites constitucionais impostos a esse direito, bem como o seu elo intrínseco à proliferação das *fake news*. Utilizou-se uma metodologia quali-quantitativa, através da seleção de dados e

1 Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia.

Artigo recebido em 15/09/2021 e aprovado para publicação em 15/12/2021.

pesquisas bibliográficas. Ademais, buscou-se relacionar o Direito e a Literatura, analisando o fenômeno apresentado por Saramago e a atual sociedade da desinformação.

**Palavras- chave:** Direito e Literatura. *Fake news*. Liberdade de Expressão. Crise sanitária.

**ABSTRACT**

The aim of this study is to analyze the phenomenon of fake news in the midst of the health crisis of COVID-19, from the perspective of the literary work Blindness by writer José Saramago. Initially, the relationship between the concept of white blindness, presented by the author, the break with the truth through the dissemination of fraudulent news and the social impacts generated in the last year (2021) will be discussed. Then, the concept of freedom of expression and the constitutional limits imposed on this right are examined, as well as its' intrinsic link to the proliferation of fake news. A quali-quantitative methodology was used, through data selection and bibliographic research. Furthermore, it sought to relate Law and Literature, analyzing the phenomenon presented by Saramago and the current society of disinformation.

**Keywords:** Law and Literature. Fake news. Freedom of speech. Health crisis.

## 1 INTRODUÇÃO

Ensaio sobre a cegueira é um romance do escritor José Saramago, publicado no ano de 1995 que mantém uma leitura crítica e atual. A obra se tornou uma das mais renomadas do autor, e fora,

certamente, um dos principais motivos para a escolha dele ao prêmio Nobel de Literatura em 1998.

O livro narra a história de uma sociedade comum atingida por uma epidemia de cegueira, fato que transforma inteiramente o modo de vida das pessoas e as relações pré-existentes. Com a finalidade de controlar a situação atípica, o Governo instala medidas de contenção da doença a partir de uma quarentena. As vítimas são retiradas do convívio comunitário e expostas a uma nova realidade existencial degradante e violenta.

Nesse sentido, a doença não retirou deles apenas a capacidade de enxergar, mas também a independência e dignidade. Presos e entregues ao acaso, em um local sem saneamento básico ou alimento suficiente, as únicas informações que recebiam eram as transmitidas pelos policiais através de megafones. Isolados em si mesmos, retratam as principais consequências de uma humanidade que há tempos não conseguia *ver*.

Apesar de possuírem proporções e objetos distintos, a ficção, mais uma vez, coaduna-se com a realidade. Desde o início do ano de 2020 o mundo precisou alterar o seu modo de vida e interações sociais. Além de, infelizmente, dizimar milhões de vidas, a pandemia do COVID-19 assolou as estruturas da saúde, economia, educação, política e também da comunicação.

Ao compreender o cenário em que o Brasil se encontra durante a pandemia e identificando a vulnerabilidade da população, é perceptível que a doença ocorre de forma indiscriminada. Desse modo, tal como o vírus, a disseminação de notícias diversas acontece em paralelo, podendo informar grande parte da população, ou

aliená-la.

O avanço das tecnologias impõe à transmissão das informações uma velocidade jamais vivenciada. A facilidade de acesso à internet, bem como às redes sociais, produz um espaço de discussão amplo e democrático. Entretanto, ao passo que oferece essas benesses aos consumidores, impõe o ônus de facilitar a disseminação de notícias inverídicas e fraudulentas, popularmente conhecidas como *fake news*.

Nesse ínterim, faz-se mister evidenciar a importância do tema abordado que possui como objetivo desenvolver uma análise na sociedade contemporânea, frente à pandemia do COVID-19 e apresentar como o papel exercido pelos meios de informativos fraudulentos fere princípios basilares democráticos, intrínsecos à Constituição de 1988.

Este estudo foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, utilizando-se basicamente do Direito Constitucional, tendo como norte a Lei Maior Brasileira e artigos científicos relacionados ao tema em questão, bem como, casos práticos e dados extraídos da própria mídia. Ademais, buscou-se relacionar o Direito e a Literatura, compreendendo o fenômeno da cegueira apresentada por Saramago, face à atual sociedade da desinformação.

## 2 A CEGUEIRA BRANCA E O ROMPIMENTO COM A VERDADE

Ensaiar sobre a cegueira dos homens contempla problemáticas que superam o conceito primário que poderia surgir a partir de um breve olhar sobre o título. O nono romance do autor português,

Saramago, apresenta um enredo atemporal, desenvolvido em um lugar indeterminado e que debate filosoficamente questões existenciais a partir da perda da visão dos membros de uma sociedade.

Na trama, assim que o Governo tem ciência dos casos da epidemia, decidem, como medida de contenção, isolar as vítimas em um antigo e abandonado sanatório da cidade. Seis pessoas são levadas à quarentena e recebem as primeiras indicações estatais, confiantes que estariam sendo cuidadas, já que essa é, para eles, uma função do Estado.

O Governo, na ficção de Saramago, é aparentemente generoso ou democrático, pois sua política social denota preocupação com o outro, o menos favorecido, e a sua não exclusão da sociedade. Nesse sentido, conforme Anderson Silva, a benevolência e o altruísmo são ornamentos de um discurso supostamente nobre, o qual os infectados ouvem com confiança. Por isso, quando internados, acreditam que serão bem tratados. Porém, tão logo o local de internação se transforma em uma prisão, os doentes exigem o tratamento igualitário prometido (SILVA, 2011, p. 50).

> O Governo lamenta ter sido forçado a exercer energicamente o que considera ser seu direito e seu dever, proteger por todos os meios as populações na crise que estamos a atravessar, etc., etc., Quando a voz se calou, levantou-se um coro indignado de protestos, Estamos fechados, Vamos morrer aqui todos, Não há direito, Onde estão os médicos que nos tinham prometido, isto era novidade, as autoridades tinham prometido médicos, assistência, talvez mesmo a cura completa (SARAMAGO, 1995, p. 84).

De imediato percebem que a realidade se impõe de modo distinto: o estado igualitário era apenas uma aparência de um segregador. Abandonados aos próprios encargos, recebendo alimentos uma vez ao dia, em quantidade menor que o necessário, e sendo controlados pelos policiais que circundam o local, os cegos encontram inúmeras dificuldades para subsistir.

Mesmo diante desse cenário, percebe-se que as ordens e as informações que vêm do mundo exterior (das autoridades do poder) devem ser respeitadas e tomadas como "verdadeiras" pelos cegos. Veja-se, neste sentido, o discurso repetitivo emitido pelos alto-falantes do manicômio:

> Nesse instante ouviu-se uma voz forte e seca, de alguém, pelo tom, habituado a dar ordens. Vinha de um altifalante fixado por cima da porta por onde tinham entrado. A palavra Atenção foi pronunciada três vezes, depois a voz começou, O Governo lamenta ter sido forçado a exercer energicamente o que considera ser seu direito e dever, proteger por todos os meios as populações na crise que estamos a atravessar, quando parece verificar-se algo de semelhante a um surto epidêmico de cegueira, provisoriamente designado por mal-branco, e desejaria poder contar com o civismo e a trata, supondo que não estaremos apenas perante uma série de coincidências inexplicáveis. A decisão de reunir num mesmo local as pessoas afectadas, e, em local próximo, mas separado, as que com elas tiveram algum tipo de contacto, não foi tomada sem séria ponderação. O governo está perfeitamente consciente das suas responsabilidades e espera que aqueles a quem esta mensagem se dirige assumam também, como cumpridores cidadãos que devem de ser, as respon-

> sabilidades que lhes competem, pensando que o isolamento em que agora se encontram representará, acima de quaisquer outras considerações pessoais, um acto de solidariedade para com o resto da comunidade nacional. Dito isto, pedimos a atenção de todos para as instruções que se seguem, primeiro, as luzes manter-se-ão sempre acesas, será inútil qualquer tentativa de manipular os interruptores, não funcionam, segundo, abandonar o edifício sem autorização significará morte imediata, terceiro, em cada camarata existe um telefone que só poderá ser utilizado para requisitar ao exterior a reposição de produtos de higiene e limpeza, quarto, os internados lavarão manualmente as suas roupas, quinto, recomenda-se a eleição de responsáveis de camarata, 54 trata-se de uma recomendação, não de uma ordem, os internado organizar-se-ão como melhor entenderem, desde que cumpram as regras anteriores e as que seguidamente continuamos a enunciar [...] O Governo e a Nação esperam que cada um cumpra o seu dever. Boas noites (SARAMAGO,1995, p.49-50).

Nesse sentido, em uma nítida posição de manipulação da informação e de controle de comportamentos, a *"voz forte e seca, de alguém, pelo tom, habituado a dar ordens"* (Ibidem, p. 49), vinda do *"altifalante fixado por cima da porta"* (Ibidem, p. 49), aproxima-se de instrumentos monopolizadores que *"passaram a concentrar o controle da informação, selecionando o que será transmitido pelos meios de comunicação"*, conforme frisado por Maria Lúcia Outeiro Fernandes (2011, p. 24).

A cegueira antes atributo apenas físico dos enfermos, alcança também a camada do intelecto, apartando-os não apenas do convívio social, mas verdadeiramente de uma consciência existencial am-

pla e coesa com o mundo. Nesse sentido, Platão, no sétimo livro da República (2006), através do mito da caverna, conecta racionalidade à luz e irracionalidade à escuridão. Rodeado pela penumbra da caverna, o homem enxerga nada mais que uma reprodução distorcida da realidade, jamais alcançando a verdade, que necessita de luz.

> Enquanto acorrentado ao mundo das sombras, ou seja, da visão opaca, o ser está privado de uma condição autônoma. Tudo que vê é um pálido reflexo distorcido da verdade; logo, não vê nada. A condição autônoma é atingida através da racionalidade que lança luz sobre as sombras e ordena o mundo. Razão, na síntese positivista, é a base para o progresso e a ordem. (SILVA, 2011, p. 49).

O problema na atualidade não é só a falta de conhecimento sobre o real, cuja tarefa de relevar a filosofia passou muito bem à ciência. Hoje existem formas de acessar a informação adequada, mas esta está sufocada por informações imprecisas ou falsas. Nesse sentido, há não somente ausência de luz, mas uma manipulação das sombras.

Esse cenário expõe inúmeras problemáticas, sendo uma das principais a que fora prevista por Michel Foucault (1993). Para o autor a verdade precisa ser totalmente livre, desvinculada de formas de institucionalização, visto que ela poderia ser objeto de manipulação e gerar constrangimentos comportamentais.

Desse modo, o discurso retrata um jogo de interesses específicos, que respondem a estratégias sociais e políticas concernentes a determinado contexto histórico-social, nele há a reprodução da ver-

dade de dado momento (MARQUES; COSTA, 2020, p. 187). Tal perspectiva intensifica o fenômeno da *pós-verdade*, que se concretiza pela aproximação e afinidade maiores à crença pessoal e interesses subjetivos emocionais do que a dados e fatos comprovados objetivamente.

Segundo o Dicionário Oxford (G1, 2016), a pós-verdade é *"um adjetivo que expressa ou denota circunstâncias em que os fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que os apelos à emoção e as crenças pessoais"*. Esse fenômeno possui relação direta com a volatilidade dos meios de comunicação, o imediatismo da notícia e a capacidade de influência da mídia.

Em decorrência do avanço tecnológico nas últimas décadas, bem como a consequente democratização do acesso aos aparelhos de comunicação, à internet e às redes sociais, o campo de abrangência das notícias foi amplificado. No entanto, ao passo em que se propicia o alcance de mais informações e pessoas, abre-se espaço ao surgimento de um receptor alienado, que pauta sua convicção em manchetes, chamadas e anúncios, ignorando os detalhes do caso, sem procurar esmiuçá-los, pois que o que foi dito basta, tornando-se como sua verdade real (MARQUES; COSTA, 2020, p. 187).

Nesse sentido, destaque-se o pensamento de Habowski, Conte e Milbradt (2020, p. 495):

> A descentralização da informação e as tendências propagandísticas ideológicas, sem compromisso com a verdade dos fatos, criam o ceticismo generalizado e o sentimento de desconfiança do público em relação às instituições democráticas ou às divulgações do conhecimento científico, num clima de

anti-intelectualismo e de pensamento anticientífico.

Com o advento da Era da Pós-Verdade no contexto contemporâneo, oportunizou-se a intensificação de notícias fraudulentas. Apesar da sua propagação não ser privativa dos tempos hodiernos, elas têm sido amplamente utilizadas nos últimos anos, não apenas para referenciar as notícias inverídicas, mas aquelas que foram propositalmente manipuladas e amplamente veiculadas.

Fato é que a comunicação de boatos e mentiras está presente na história da humanidade, mas agora encontra como agente propulsor uma tecnologia refinada e veloz. Nesse sentido, ensinam Carvalho e Kanffer:

> É certo que, de uma maneira ou de outra, a disseminação de notícias falsas é tão antiga quanto a própria língua, muito embora a questão tenha alcançado especial importância como consequência do fato de que a Internet, em especial no popular ambiente das redes sociais, proporcionou acesso fácil a receitas provenientes de publicidade, de um lado, e de outro, do incremento da polarização política-eleitoral, com possibilidades reais de que a prática venha a influenciar indevidamente as eleições de um país. (KANFFER; CARVALHO, 2018, p. 1).

Neste ínterim, insta salientar que embora interdependentes, os conceitos de *fake news* e pós-verdade não se confundem, posto que este se refere à geração de um ambiente fértil à disseminação de notícias falsas, as quais sempre existiram. Assim, a expressão "*fake news*" não se insere apenas como um fato ficcional ou lúdi-

co, trata-se de uma mentira com caráter prejudicial, que se reveste aparentemente da verdade, e que em meio a pós-verdade, se alastra massivamente por meio das redes sociais, tomando um alcance de enorme magnitude (MARQUES; COSTA, 2020, p. 188).

À vista disso, percebe-se que a compreensão distorcida dos fatos não se restringe ao trágico cenário da obra saramaguiana, mas encontra respaldo no plano fático do Brasil atual e afeta direitos fundamentais ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Para além da propagação de notícias falsas, o fomento de uma cultura coaduna a literatura e a realidade. Consoante Rodolfo Pereira Passos, é possível depreender da trama de Saramago que essa alienação é um dos piores tipos de cegueira:

> A cegueira branca se diferencia, assim, da cegueira comum, uma vez que esta última, como simples ausência da luz, ainda deixaria a realidade intacta. A cegueira branca, entretanto, tem o poder de dissipar todas as convicções estabelecidas. A dúvida instaurada, princípio do desespero, mostra-se inteiramente produtiva, posto que a irremissível atividade de questionar não deixa mais nada intacto. Constitui-se, portanto, um mergulho temido e desejado (PASSOS, 2013, p. 50).

Isto posto, as *fake news* se estabelecem como uma das principais ferramentas utilizadas na era da pós-verdade e representam um dos grandes instrumentos utilizados para que a desinformação se alastre e produza diversas consequências negativas.

## 3 EPIDEMIA DE MENTIRAS E A CRISE DO COVID-19 NO

**BRASIL**

A expressão *fake news* surgiu no século XIX em substituição ao termo "*false news*", consoante Teixeira (2018). Como cediço, a nomenclatura serviu para representar as notícias fabricadas e fraudadas pelos meios de comunicação de massa e impostas como verdades por revistas, jornais, rádios e canais de televisão. Dessa maneira, surgiram na imprensa, na época em que a essa se mantinha praticamente como emissora única da verdade.

É imperioso ressaltar que as notícias falsas sempre abrangeram uma gama de conteúdos distintos: são distorcidos os fatos da política, da educação e da ciência. Esse último aspecto, entretanto, merece destaque ao ser analisado no Brasil. A influência das notícias falsas no campo da saúde, além de serem observadas hodiernamente, remontam também ao século passado: o ano era 1904 e havia pouca informação sobre riscos e efeitos da vacina, de maneira que os boatos acerca dos prejuízos circulavam livremente. A Revolta da Vacina foi a ocasião em que a população da cidade do Rio de Janeiro se mobilizou contra a vacinação compulsória para combater a varíola, sendo apontado como o primeiro movimento antivacina no Brasil.

Segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2016), as *fake news* vêm contribuindo para a diminuição da cobertura vacinal das campanhas ocorridas a partir de 2016, mesmo que outros motivos também corroborem essa situação. A elas é atribuída a principal causa da queda de 70% a 75% no alcance das ações de imunização, ou seja, um impacto negativo para as ações de saúde pública.

Ademais, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS)

alertou para a forte interferência dessas notícias nas taxas de imunização das Américas nos últimos anos, especialmente contra o sarampo (OPAS, 2018). No Brasil, por exemplo, o índice de cobertura da vacina tríplice viral (sarampo, caxumba e rubéola) caiu de 100% em 2004 para 85% em 2017, segundo dados do Ministério da Saúde (TEIXEIRA, 2018, p. 39).

Entretanto, com a mudança de paradigmas e existência de novos veículos de comunicação, pode-se constatar o alcance e, consequentemente, o poder que uma notícia falsa amplamente disseminada pode ter, sobretudo se considerado o atual contexto globalizado que possibilita que a informação chegue de forma instantânea para boa parcela da população e nos mais distintos lugares.

Em decorrência desse cenário, a incidência de notícias falsas ao redor do mundo desde o início de 2020 sofreu um destaque exponencial. Com a instalação da pandemia do Sars Cov 19, percebeu-se que tal como o coronavírus se espalhou pelo globo, também se espalharam as informações distorcidas sobre o assunto.

O alarde social frente à doença, a qual pouco se conhecia, se instaurou rápido, gerando clima de incerteza e exacerbada insegurança por parte da população. Entretanto, além de ter que combater a pandemia, uma outra questão de ordem pública vigorou, que foi a propagação de especulações por parte da população.

O Ministério da Saúde recebeu a primeira notificação de um caso confirmado de COVID-19 no Brasil em 26 de fevereiro de 2020. Com base nos dados diários informados pelas Secretarias Estaduais de Saúde ao Ministério da Saúde, de 26 de fevereiro de 2020 a 4 de setembro de 2021, foram confirmados 20.877.864 casos e

583.362 óbitos por COVID-19 no Brasil.

Ao mesmo passo que as taxas de contaminação e óbitos crescem, disseminavam-se também notícias acerca da transmissão do vírus, modo de prevenção e fabricação das vacinas. Tão rápidas e destrutivas quanto o próprio coronavírus, essas notícias ao invés de servirem como fonte de segurança para a população, impulsionaram as dúvidas e relativizações acerca do método científico. Desse modo, ao afetar o processo de conhecimento e discernimento dos cidadãos, em especial no cenário pandêmico, as *fake news* produzem efeitos nocivos a essas pessoas:

> Essa epidemia da desinformação pode fazer com que as pessoas se sintam ansiosas, deprimidas, sobrecarregadas, emocionalmente exaustas e incapazes de atender a demandas importantes. Também pode afetar os processos de tomada de decisões, quando se esperam respostas imediatas e não se dedica tempo suficiente para analisar com cuidado as evidências, afinal, não há controle de qualidade do que é publicado (FALCÃO; SOUZA, 2021, p.10).

Neste diapasão, consoante os dados da pesquisa promovida pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP/FIOCRUZ, 2021), através da criação do aplicativo de denúncias "Eu Fiscalizo", o uso das *fake news* sobre a pandemia do COVID-19 tem impactado no 'abandono vacinal' e na adesão a tratamentos precoces sem eficácia científica comprovada. Além disso, também colabora para o descrédito da ciência, das instituições globais de Saúde e de ações governamentais, além de propagar pânico, colocando a vida do cidadão em

risco.

Consoante o estudo, entre março de 2020 e o mesmo mês de 2021, 253 notícias falsas foram recebidas pelo aplicativo. Os dados também apontam que outros temas falsamente disseminados são: tratamento precoce (18,6%), teorias conspiratórias (16,9%), medidas preventivas (15,8%), métodos caseiros de prevenção e cura (11,9%), dados estatísticos manipulados sobre óbitos, contágio e recuperados (10,3%), corrupção sobre hospitais de campanha (3,6%), golpes bancários / arrecadação (2,4%) e reputação negativa das instituições de ensino e pesquisa (1,2%).

A investigação ainda revela que o meio digital mais usado para a divulgação de conteúdo de desinformação sobre as vacinas foi o Instagram (46%), seguido pelo WhatsApp (24%), Facebook (14%), sites 12% e Twitter (4%).

Entre as redes sociais, sites e aplicativos de mensagens com maior número de notícias que incentivam a não adesão à vacinação, sem citar fabricantes, o Instagram (42,1%) ocupa a primeira posição, seguido pelo Whatsapp (31,6%) e Facebook (26,3%).

No que diz respeito a desinformações sobre a vacina Coronavac, o Instagram (62,5%) e o Whatsapp (18,8%) foram os meios digitais mais utilizados, seguidos pelo Facebook (6,3%), Twitter (6,3%) e *sites* (6,3%). Em relação a notícias enganosas sobre a Astrazeneca, 40% delas foram divulgadas no Instagram, 40% em *sites* e 20% no Facebook. Já no que diz respeito a Pfizer, os *sites* são líderes na disseminação das notícias (50%). O Facebook e o Instagram ocupam a segunda posição da lista (25% cada um).

Em relação aos meios digitais mais utilizados para a disse-

minação de conteúdo de desinformação sobre a COVID-19 em geral, o Whatsapp lidera o ranking (41,5%), seguido pelo Instagram (30,8%), sites (8,3%), Facebook (7,9%), Youtube (7,5%) e Twitter (4,0%).

Destarte, a partir da análise desses dados, percebe-se além do teor negacionista e anticientífico propugnado, os principais meios de difusão dessas notícias. Fica evidenciado, portanto, que o alastramento de *fake news* é uma prática que supera o uso de mecanismos informacionais, munindo-se de ferramentas pertencentes a distintos campos do saber, tais como a publicidade e a manipulação de dados.

A desinformação acaba por se aproveitar desse amplo alcance. Afinal, não se pode deixar de pontuar que as notícias são trajadas de informação verdadeira, uma vez que terá sido propositalmente viralizada. Para que o objetivo do agente que a divulga se concretize, é importante que o leitor seja convencido de que está em contato com uma notícia verídica (MOREIRA, 2020, p.24).

O debate acerca das medidas contra a COVID-19 é permeado por outras controvérsias no contexto histórico político brasileiro. Desde o início da pandemia, as declarações recorrentes do presidente Jair Bolsonaro sobre o Coronavírus tornaram-se um dos principais vetores de conteúdo enganoso. Por exemplo, por meio de seus vídeos periódicos transmitidos ao vivo nas redes sociais, bem como canais oficiais do governo, Bolsonaro promoveu informações errôneas sobre os efeitos e curas do vírus, com base em dados desconhecidos ou evidências científicas inconclusivas (RICARD; MEDEIROS, 2020).

O Presidente fez declarações como: *"90% das pessoas infecta-*

*das por COVID-19 não sentirão quaisquer sintomas,"* e *"se eu contraísse COVID-19, devido à minha formação atlética, não sentiria nada ou a maioria dos sintomas de uma gripe moderada"* (ISTO É, 2020).

Destaca-se ainda, o anúncio de que existiria um medicamento específico para o tratamento ou prevenção do Coronavírus, a hidroxicloroquina, mesmo diante da ausência de comprovação científica.

A problemática do negacionismo proposto pelo Chefe do Executivo foi intensificada com o surgimento das vacinas. Além de afirmar publicamente que algumas delas não funcionam e voltar a defender o uso de tratamento precoce, o Governo recusou onze ofertas formais de vacinas contra a Covid, postergando a amenização dos efeitos de um vírus que até o mês de setembro de 2021 matou mais de 4 milhões de pessoas no mundo (G1, 2021). O que se percebe é que os efeitos nocivos desse posicionamento encontram reflexo na abstenção de parte da população em tomar as vacinas. Em agosto, conforme o Ministério da Saúde, mais de 8,5 milhão de pessoas deixaram de tomar a segunda dose, ignorando as recomendações científicas (BRASIL, 2021).

Nessa perspectiva, além da irresponsabilidade de se utilizar da fragilidade, do medo, do pânico e da dor da população para difundir informações falsas, seus autores prejudicam a saúde coletiva quando há adesão da população à comportamentos ineficazes, deixando de lado outras medidas importantes e simples no combate à COVID-19, como as orientações de órgãos científicos.

## 4 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTADO DEMOCRÁ-

**TICO DE DIREITO**

A promulgação da Constituição Federal de 1988 apresenta como pilar a previsão de Direitos e garantias fundamentais, refletindo a sua característica cidadã e democrática. Estes, contudo, não surgiram simultaneamente na história, mas aos poucos, em consonância com o contexto social de cada período. Por esse motivo, costuma-se dividi-los em gerações ou dimensões, conforme sua intervenção nas constituições.

Desse modo, os direitos de primeira dimensão referem-se às liberdades clássicas públicas, que configuram os direitos civis e políticos. Surgiram no final do século XVIII e representavam uma resposta do Estado Liberal ao absolutista. Fruto das revoluções francesa e norte-americana, que buscavam uma limitação ao poder absoluto do Estado, podem exemplificar essa dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à participação política e à liberdade de expressão. Nesse sentido assevera Gilmar Mendes (2010, p. 300):

> Não é o Estado que deve estabelecer quais as opiniões que merecem ser tidas como válidas e aceitáveis; essa tarefa cabe, antes, ao público a que essas manifestações se dirigem. Daí a garantia do art. 220 da Constituição brasileira. Estamos, portanto, diante de um direito de índole marcadamente defensiva - direito a uma abstenção pelo Estado de uma conduta que interfira sobre a esfera de liberdade do indivíduo.

Os direitos de segunda dimensão, por sua vez, possuíram como marco a Revolução Industrial, a partir do século XIX, o que implicou a reivindicação pela defesa de direitos sociais básicos, tais

como a alimentação, saúde e educação, relacionando-se, portanto, ao princípio da igualdade material. Marcado pela Primeira Grande Guerra, o início do século XX foi o plano de fundo para a fixação desses direitos, como pode ser evidenciado pela Constituição de Weimar, de 1919 na Alemanha.

Desse modo, percebe-se que essa dimensão, em vez de reduzir a atuação do Estado, exige dele a prestação de políticas públicas: Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, da tão necessária liberdade (MARMELSTEIN, 2008, p. 56).

Os direitos de terceira dimensão consagram os princípios da solidariedade ou fraternidade e protegem interesses de titularidade coletiva ou difusa. Com origem na revolução técnico-científica, encontram-se nesse bojo o direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, e o direito de comunicação.

Hodiernamente, existe a defesa da existência dos direitos de quarta dimensão, apesar de ainda não haver consenso doutrinário acerca do conteúdo desse grupo. Enquanto Noberto Bobbio os analisa a partir dos direitos relacionados à engenharia genética, Paulo Bonavides o faz através do aspecto introduzido pela globalização política, com direitos relacionados à democracia, informação e pluralismo.

Isto posto, consoante João Martins Neto (2008, p. 25), a liberdade, em sentido jurídico, mostra-se, a princípio, como uma

permissão de um agir da forma que melhor lhe aprouver em razão da inexistência de normas que determinem uma ação ou omissão de diferentes temas, como as proibições e os mandamentos.

O manto constitucional de proteção se estende por diferentes róis de liberdade em cada Constituição, sendo a liberdade expressão um dos mais importantes e significativos dentro do debate democrático. Nesse ínterim, no ordenamento jurídico atual, a liberdade de expressão vai além da liberdade de pensar e falar, mas possui relação direta com o direito de manifestar-se quanto às decisões políticas e concepções ideológicas. É a liberdade de poder produzir instrumentos artísticos – como músicas, filmes e livros – sem ser coibido, além de ter a possibilidade de dar e partilhar opiniões. A liberdade, em seu aspecto jurídico, diz respeito à faculdade dos indivíduos de agirem de acordo com a sua própria vontade e determinação, baseando-se apenas em seu juízo de valor pessoal (GOMES, 2018, p. 22).

Destarte, mais que um direito fundamental, a liberdade de expressão é concebida como uma ferramenta de acesso ao exercício dos demais consignados na Constituição. À vista disso, evidencia-se o papel essencial desse direito como modo de propagar os demais, possibilitando o debate público e o acesso à democracia.

## 4.1 A TUTELA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Como cediço, a liberdade de expressão se caracteriza como um direito de intensa essencialidade ao ser humano, pois além de permitir a autonomia de cada indivíduo sobre suas opiniões e decisões, impacta também a ordem social, permitindo a existência de um ambiente plural nas esferas política, econômica e cultural. Não

obstante, o Brasil tornou-se signatário de tratados internacionais que trazem em seu âmago a liberdade de expressão, destacando-se dentre eles a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e o Pacto de San José da Costa Rica de 1969.

Inicialmente, a preocupação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 residiu em não só garantir a externalização de pensamentos, como também a plena liberdade na transmissão de ideias, na busca de informações e no seu acesso. Com outro enfoque, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 apresenta acréscimos a essa perspectiva, quando não só busca a garantia de liberdade de pensamento e ideias, mas procura também atender ao que decorre desse direito, como o respeito à reputação da pessoa humana, à segurança nacional, à saúde e à ordem pública:

> 1. Ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.
> 2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias (sic) de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha.
> 3. O exercício do direito previsto no parágrafo 2 do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais. Conseqüentemente (sic), poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para:
> a) assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
> b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas (ONU, 1966, p. 7).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1992, por seu turno, destacou que o exercício do direito fundamental à liberdade de expressão não pode estar sujeito a censura prévia. Visa proteger, portanto, a comunicação e a circulação de ideias e opiniões de eventuais supressões, ainda que por meios indiretos. Destarte, o art. 13 do aludido diploma legal traz a ideia de liberdade de pensamento e expressão de forma precisa, preceituando que:

> Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão
> 1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias (sic) de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
> a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
> b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
> 3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias (sic) e opiniões.
> 4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular

> o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2. 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência (BRASIL, 1969).

Neste sentido, vê-se que esta disposição abarca de forma mais ampla a regulamentação de tal liberdade, visto que proporciona garantias à medida que responsabiliza o excesso, caso ocorra abuso do direito nas hipóteses previstas legalmente. O supracitado diploma legal trouxe como garantia do ordenamento a impossibilidade de o controle sobre as divulgações ser realizado de forma indireta, prevendo apenas uma exceção, que é a censura prévia a espetáculos públicos (MARQUES; COSTA, 2020, p. 195).

Acerca do direito interno, a liberdade de expressão se encontra configurada na Constituição cidadã de 1988. Tal como o título a ela atribuído, a garantia à liberdade de exprimir o pensamento, opiniões e manifestações político-sociais denota uma resposta ao período anterior da história do Brasil. O seu advento acontece após um contexto de extrema repressão e censura, a Ditadura militar, instaurada em 1964, e marca o processo de redemocratização do país. Consoante o referencial teórico trazido pelos professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto:

> Do ponto de vista histórico, a Constituição de 1988 representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia. Apesar da forte presença de forças que deram sustentação ao regime militar na arena constituinte, foi

> possível promulgar um texto que tem como marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana (SARMENTO; SOUZA NETO, 2013, p. 71).

Infere-se, portanto, através do texto constitucional, que além de liberdade individual, ela é também um direito difuso da sociedade, tendo o inciso XIV do artigo 5º buscado sua proteção. Destacam-se ainda outros dispositivos que colocam a liberdade de expressão sob a égide da proteção constitucional, os incisos IV, VIII, IX e XIV do mesmo artigo, assim positivados:

> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; […]
> VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir- se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença política, ideológica e artística.
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988).

Outrossim, a livre manifestação de pensamento é uma variedade do direito à liberdade e também encontra respaldo no artigo

220 da CF, que a analisa de modo mais amplo, inclusive acerca da comunicação social:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. [...] (Ibidem).

Como cediço, inúmeros são os fundamentos filosóficos que a autorizam como um direito fundamental. Entre os principais, pode-se elencar um de natureza constitutiva, outros de natureza instrumental. Inicialmente, a liberdade de expressão é um direito fundamental em razão de garantir a autossatisfação humana, apresentando-se, pois, como um fim em si mesma. Entretanto, pode, ainda, se apresentar como um instrumento para a realização de algo importante. Assim, esse direito ora se apresenta como um meio para a descoberta da verdade, ora como um meio para a efetivação do processo democrático ou até mesmo para a garantia do desenvolvimento da sociedade ou da estabilidade governamental.

Apesar de todos esses argumentos a autorizarem como um direito fundamental, a justificativa democrática outorga a ela o status de direito fundamental preferencial *prima facie* quando relacionada a temas de interesse público. Nesta hipótese, em razão de esse

direito fundamental se apresentar como requisito para a formação da opinião pública livre, o aplicador do direito, ao resolver um conflito entre direitos fundamentais, deverá autorizar que a balança da ponderação confira maior peso inicial ao direito fundamental à liberdade de expressão (CHEQUER, 2010, p. 3).

Conforme Cláudio Chequer (2010, p. 3), são duas as premissas que reforçam esse raciocínio: o direito de o povo saber sobre os assuntos de interesse público e o dever de informar dos órgãos de comunicação a respeito desses temas. O povo tem esse direito, pois somente o cidadão bem-informado está preparado para participar da democracia, estando em condições de fazer, democraticamente, as melhores escolhas. Esse direito aumenta ainda sua confiança em seus governantes, sendo esse elemento apresentado como algo imprescindível à realização democrática, já que nessa sistemática governamental o cidadão precisa acreditar que seus governantes estão exercendo o poder visando atender aos interesses da população.

Por sua vez, a mídia tem o dever de informação no que diz respeito aos assuntos de interesse público porque, ao se apresentarem como representantes da sociedade, os meios de comunicação passam a ter não apenas privilégios, mas obrigações. Dentre elas, destaca-se o de informar da forma mais ampla e mais honesta possível, buscando sempre a veiculação da verdade.

Nesse sentido, percebe-se que a liberdade de expressão não pode ser considerada um direito absoluto, uma vez que poderá colidir com outros direitos fundamentais, que são também reputados como essenciais. Entretanto, conforme a tese da posição preferen-

cial, mesmo quando for necessário sopesar a incidência de um outro princípio, a liberdade de expressão deve ser analisada sob a ótica de direito garantidor e basilar de um Estado Democrático de Direito.

## 5 LIVRE EXPRESSÃO E *FAKE NEWS*

Indubitável que o debate acerca das *fake news* guarda estrita conexão com a liberdade de expressão, uma vez que gera impacto nos seus limites e na colisão entre direitos fundamentais. Dessa maneira, dada a relatividade dos direitos fundamentais e o caráter principiológico que carregam, põe-se em relevo a necessidade da ponderação dos ideais pretendidos, vez que a colisão entre direitos fundamentais é inerente ao desenvolvimento tanto das relações individuais e sociais, quanto ao próprio alcance da eficácia do ordenamento jurídico no plano concreto (MARQUES; COSTA, 2020, p. 198).

Possuindo como premissa o fato de que nenhum direito é absoluto, percebe-se que a dificuldade se encontra na linha tênue em que, por vezes, se posiciona o limite do que é a liberdade de expressão e o que é abuso, restando ao judiciário o papel de solucionar esse conflito. Com o crescimento exponencial do uso da internet na pandemia, tais questionamentos tornaram-se imperiosos, posto que a aura "libertária" que a internet contém faz a junção entre a liberdade de expressão e o anonimato, combustíveis ideais para a propagação de notícias falsas.

Sob esse prisma importa analisar até onde pode haver uma liberdade e até onde deve-se intervir para controlá-la, moderadamente, em prol de diminuir a propagação de falácias virtuais. Sobre isso, Daniel Sarmento analisa:

> É necessária redobrada cautela quando se trata de limitar a liberdade de expressão em razão do conteúdo das ideias manifestadas. É preciso evitar a todo custo que este direito fundamental tão importante para a vitalidade da democracia e para a auto-realização individual torne-se refém das doutrinas morais majoritárias e das concepções sobre o "politicamente correto", vigentes em cada momento histórico. A liberdade de opinião não existe só para proteger as opiniões que estão de acordo com os valores nutridos pela maioria, mas também aqueles que chocam e agridem. (SARMENTO, 2006, p. 209).

Nesse ínterim, limites existem frente ao exercício desse direito e possuir valor expressivo aparece como condição capital das comunicações que estão sob o manto da proteção constitucional. Seria, portanto, incongruente proteger um ato de comunicação que não assiste a nenhuma razão que alicerce a liberdade de expressão. Acerca da temática, afirma Martins Neto (2008 p. 48):

> Atos comunicativos dignos de proteção são aqueles que satisfazem o requisito do valor expressivo. Um ato comunicativo tem valor expressivo quando são aplicáveis a ele uma ou mais das razões de proteção que são os fundamentos da norma constitucional que garante a liberdade de expressão. Um ato comunicativo ao qual não corresponda qualquer razão de justificação carece de valor expressivo. As principais razões de proteção da liberdade de expressão são a promoção do funcionamento da democracia, da busca da verdade e do conhecimento, da autonomia de consciência e do ensino da tolerância. Portanto, um ato comunicativo que sirva ou se relacione a um ou mais de tais propósitos tem valor expressivo.

A partir dessa ligação, percebe-se que não há democracia sem livre expressão, vez que esta é condição estrutural para o sentido democrático, materializando-se pela parcela de poder dada ao povo, e como cediço, é o debate público de ideias e pensamentos que corrobora para a pluralidade essencial ao regime democrático. No entanto, torna-se uma via de mão dupla, tendo em vista que a proteção das prerrogativas da liberdade de expressão possibilita, também, a proteção ao debate público, que deverá ser pautado na verdade real e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, de forma a salvaguardar a sua dignidade.

Ao observar-se o fenômeno da disseminação de notícias falsas, em especial durante a pandemia do COVID-19, não se verifica adaptação aos valores expressos à Constituição. Muito pelo contrário, é evidente que elas vão de encontro ao que é disposto pela CF: não buscam a verdade, não geram conhecimento e atentam contra princípios fundamentais e democráticos.

Desse modo, exerce claro desrespeito ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana quem reduz a pessoa à condição de objeto, tornando-a um meio para satisfação de algum interesse. Alterar informações, fomentar a dúvida, o anticientificismo e instaurar um olhar negacionista sobre os órgãos de saúde, vilipendia direitos de ordem essencial à democracia, tais como o direito à informação e à verdade. Os agentes de proliferação dessas notícias, promovem a disseminação de uma nova epidemia: a cegueira, tal como proposta por Saramago.

Não se pode, portanto, expor o ser humano como uma coisa limitada apenas a satisfazer instinto primário de outrem. Quando

isso ocorrer, conforme o Ministro Gilmar Mendes (2014, p. 315), não estará sendo exercido o direito à liberdade de expressão, mas uma afronta à dignidade da pessoa humana.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Precipuamente, é imperioso mencionar que a era da desinformação é uma realidade latente à atmosfera contemporânea, sobretudo, no que tange à crise sanitária do COVID-19 no Brasil, trazendo, pois, inúmeros infortúnios à garantia da ordem constitucional brasileira.

Em seu romance Ensaio Sobre a Cegueira, José Saramago deixa evidenciada a sua preocupação com aquilo que faz com que o homem seja cego. A tônica proposta pelo autor é o perigo de perder-se em meio aos outros entes, às coisas e tudo mais que vem ao seu encontro na vida cotidiana. Na sociedade hodierna, esse olhar pode ser relacionado a outros aspectos da vivência humana.

Nesse sentido, através do avanço tecnológico, em especial no último século, o homem precisou relacionar-se com novas lentes para analisar o mundo. O advento das redes sociais e a democratização dos meios de comunicação modificaram o acesso à informação, fazendo com que dados, pesquisas e notícias invadissem com uma velocidade avassaladora o dia a dia das pessoas. Entretanto, do mesmo modo que favoreceu a disseminação do conhecimento, a facilidade da comunicação propiciou a proliferação mais frequente de notícias falsas ao redor do globo.

Não obstante, a incidência das *fake news* foi ampliada no ano de 2020, com o advento da pandemia do COVID-19. Utilizando-se

do receio populacional, os disseminadores das notícias fomentaram um momento de insegurança, a partir do descrédito às instituições científicas e movimentos contrários à imunização da população.

Ao analisar a conjuntura do país em meio à crise sanitária, inevitável é a relação entre o direito à liberdade de expressão, garantido constitucionalmente, e a veiculação de notícias falsas. Denota-se desse contexto, os limites da própria Constituição impostos à livre expressão, uma vez que não pode ser tida como direito absoluto. Assim, ao alterar informações e alastrar dados inverídicos, as fake news contaminam o debate público e ferem diretamente a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Portanto, ao reconhecer que os bem jurídicos não são estáticos, e, consequentemente, não são absolutos, entende-se que a liberdade de expressão pode ser limitada, principalmente se esta servir de esteio para proporcionar dano à dignidade do indivíduo, com a divulgação de notícias fraudulentas e ofensivas.

Desse modo, frente ao exposto, não há democracia pautada em mentiras. Neste sentido, a liberdade de expressão encontra guarida em um cenário de verdade, através da defesa de valores genuínos capazes de espantar a cegueira e instaurar a lucidez.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Felipe Molenda. **As *fake news* e os desafios da liberdade de expressão**. 2018. 95 f. TCC. Graduação. Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Tradução de: Carlos Nelson Coutinho.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organizado por Cláudio Brandão de Oliveira. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2002.

_____. Decreto nº 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 nov. 1992. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 16 dez 2022.

_____. Ministério da Saúde. ***Fake News* na Internet**. 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/fakenews>. Acesso em: 15 set 2021.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de vigilância em Saúde. Centro de Operações de Emergência em Saúde Pública. **Boletim Epidemiológico n. 02**. Infecção humana pelo novo coronavírus (2019-nCoV) [Internet]. 2020 fev 2. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/fevereiro/10/Boletim-epidemiologico-SVS10fev20-corrigido2.pdf>. Acesso em: 08 set 2021.

CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo de; KANFFER, Gustavo Guilherme Bezerra. **O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (*fake news*)**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/tratamento-juridico-noticias-falsas.pdf>. Acesso em 04

set 2021.

CHEQUER, Cláudio. **Liberdade de expressão como direito fundamental preferencial "*prima facie*".** 07/05/2010. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/artigos-de-procuradores/liberdade-de-expressao-como-direito-fundamental-preferencial-prima-facie>. Acesso em: 03 dez 2021.

CUNHA, Wéltima Teixeira. Fake news: as consequências negativas para a saúde da população. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 44, n. 1, p. 81-102jan./mar. 2020. Disponível em: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/3199/2814> Acesso em: 03 ago 2021.

ENSP, Informe**. Estudo identifica principais *fake news* relacionadas à Covid-19.** São Paulo: v. 0, n. 270, 2021. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-identifica-principais-fake-news-relacionadas-COVID-19>. Acesso em: 20 agosto 2021.

FERNANDES, Maria Lúcia Outeiro. **Narciso no labirinto de espelhos**: perspectivas pós-modernas na ficção de Roberto Drummond. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

G1. **Pós-verdade é eleita a palavra do ano pelo dicionário Oxford**. 16.11.2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/pos-verdade-e-eleita-a-palavra-do-ano-pelo-dicionario-oxford.ghtml>. Acesso em: 18 set 2021.

GAYER, Eduardo. Bolsonaro diz que algumas vacinas contra covid 'não protegem' e volta a defender tratamento precoce. **O Estado**

**de São Paulo**. São Paulo. 20.07.2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-diz-que-algumas--vacinas-contra-covid-nao-protegem-e-volta-a-defender-tratamento-precoce,70003783661>. Acesso em: 12 set 2021.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das *fake news* no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão.** 2018. 60 f. TCC (Doutorado) - Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/12855>. Acesso em: 12 ago 2021.

HABOWSKI, Adilson Cristiano; CONTE, Elaine; MILBRADT, Carla. (2020). **A pós-verdade é verdadeira ou falsa?** Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341280573_A_POS-VERDADE_E_VERDADEIRA_OU_FALSA_IS_THE_POST-TRUTH_TRUE_OR_FALSE>. Acesso em: 20 set 2021.

ISTO É. **Quase 90% não sentem nada, diz Bolsonaro em conversa sobre Covid**. Redação da revista Isto é. 20/06/2020. Disponível em: <https://istoe.com.br/quase-90-nao-sentem-nada--diz-bolsonaro-em-conversa-com-apoiadora-sobre-COVID-19/>. Acesso em: 05 ago 2021.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Altas, 2008.

MARQUES, Ana Camila Freita de Barros; COSTA, Pedro Léo Alves. O Direito e a pós-verdade: a eclosão das "*fake news*" no processo democrático à luz da ordem constitucional brasileira. **E- Civitas**. Volume III, número 2. 2020.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Fundamentos da Liberdade de Expressão**. Florianópolis: Insular. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

MOREIRA, Gil. ***Fake news*, política, religiosidade e desavenças entre parentes**. 09/04/2020. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2020/04/09/fake-news-politica-religiosidade-e-desavencas-entre-parentes-artigo-de-gilvander-moreira/>. Acesso em: 30 ago 2021.

ONU News. **OMS declara coronavírus emergência de saúde pública internacional.** 30/01/2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/01/1702492>. Acesso em: 05 set 2021.

OPAS. **OPAS/OMS apoia governos no objetivo de fortalecer e promover a saúde mental da população**. 11 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.ibes.med.br/opasoms-apoia-governos-no-objetivo-de-fortalecer-e-promover-a-saude-mental-da-populacao/>. Acesso em: 10 mar 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 217 A III, 10 de dezembro 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 16 jan 2022.

_____. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.** Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.oas.

org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Políticos.pdf>. Acesso em: 16 jan 2022.

PASSOS, Rodolfo Pereira. **Ensaio sobre a cegueira, de José Saramago, e a experiência pós-moderna da verdade.** 2013. 139 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Ciências e Letras de Araraquara, 2013.

PLATÃO. **A República**. 9ª ed. Trad.: Maria Lucia da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

RICARD, J.; MEDEIROS, J. (2020). **Usando a desinformação como arma política**: COVID-19 e Bolsonaro no Brasil. Revisão de desinformação da Harvard Kennedy School (HKS). Disponível em: <https://doi.org/10.37016/mr-2020-013>. Acesso em: 05 ago 2021.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do "*hate speech*". **Revista de Direito do Estado**, n. 4, out/dez. 2006. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/4888/material/aliberdade-de-expressao-e--o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 10 ago 2021.

SARMENTO, Souza Neto. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

SILVA, Anderson Pires da. **As impurezas do branco**: Ensaio sobre a cegueira como distopia positiva. IPOTESI, Juiz de Fora, v. 15, n. 1, jan./jun. 2011.

SILVA, Teresa Cristina Cerdeira da. **José Saramago** – Entre a história e a ficção: uma saga de portugueses. Lisboa: Dom Quixote, 1989.

TEXEIRA, Leandro Marcio. **O fenômeno das fake news** - instrumentos existentes e propostas ao direito internacional para resolução de conflitos relacionados ao abuso da liberdade de imprensa e de expressão.2018. 115 f. Monografia (Especialização) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br>. Acesso em: 12 set 2021.

# Extra Dossiê

# CONTRATO: ampliação conceitual à luz da função e do papel da vontade

*CONTRACT: conceptual expansion in view of the function and role of the will*

***Felipe Ramos Ribas Soares***[1]
***Louise Vago Matieli***[2]

**RESUMO**

O presente artigo visa investigar a tutela conferida pelo ordenamen-

1 Doutorando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Ex-Professor Substituto de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), entre 2018 e 2019. Professor de cursos de pós-graduação. Autor de artigos publicados em revistas especializadas e obras coletivas. Membro da Comissão de Direito Civil da OAB/RJ. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Advogado com experiência em resolução de controvérsias civis e empresariais, com atuação em arbitragens nacionais e internacionais.

2 Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-graduada em Direito Civil-Constitucional pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Integrante do Conselho Assessor da Revista Brasileira de Direito Civil (RBDCivil). Sócia no escritório Marlan Marinho Jr. Advogados Associados.

Artigo recebido em e aprovado para publicação em.

to jurídico brasileiro a situações que geram obrigações, mesmo sem a manifestação expressa de vontade de se vincular a um negócio jurídico por parte dos sujeitos envolvidos naquela relação jurídica, tal como ocorre com as relações contratuais de fato e as situações de comportamento social típico. Para tanto, analisou-se inicialmente o conceito de negócio jurídico, a partir das suas teorias expansivas e restritivas. Em seguida, verificando-se os possíveis problemas das teorias que tentam explicar as relações decorrentes de comportamento social típico, a partir da noção de negócio jurídico, passou-se a averiguar o enquadramento de tais situações a partir de uma releitura do conceito de contrato, desvinculando-o do conceito formal e abstrato de negócio jurídico.

**Palavras-chave:** Direito Civil. Negócio Jurídico. Teoria expansiva e restritiva. Contrato. Vontade.

## ABSTRACT

This article aims to investigate the protection granted by the brazilian legal system to situations that generate obligations, even without the express declaration of will to be bound to a legal transaction by the parties involved in that juridical relation, as it occurs with contractual relations in fact and situations of typical social behavior. To this end, the concept of legal business was initially analyzed, from its expansive and restrictive theories. Then, after verifying the possible problems of the theories that try to explain the relations resulting from typical social behavior, from the notion of legal transaction, it was proceeded to investigate the framing of such situations from a re-reading of the concept of contract, detaching it from the formal and abstract concept of legal transaction.

**Keywords:** Civil Law. Legal transaction. Expansive and restrictive theory. Contract. Will.

## 1 INTRODUÇÃO

Na década de 50, Karl Larenz já previa a possibilidade de uma relação obrigacional ser criada a partir de um comportamento social típico, isto é, independentemente de manifestação de vontade de uma das partes (2006). A tese defendida pelo autor – e inspirada na teoria anteriormente desenvolvida por Haupt – foi forjada a partir de uma situação cotidiana de qualquer cidade alemã àquela época: a utilização do serviço de transporte por bondes.

"*Um homem entra em um bonde bastante cheio*", inicia Karl Larenz, mas, apesar de usufruir do serviço a ele disponibilizado, declara veementemente, quando lhe é cobrado o valor da passagem, que não celebrou e nem pretende celebrar qualquer contrato de transporte. Ora, se não há manifestação de vontade no sentido de firmar uma relação obrigacional – e, no caso extremo do exemplo, a manifestação é, até mesmo, em sentido contrário a qualquer vinculação –, não se poderia, ao menos em linha de princípio, sustentar que entre as partes se estabeleceu um contrato.

Como, então, obrigar o homem a pagar a passagem? Afinal, sob o ponto de vista estritamente técnico, se inexistente o contrato por ausência de vontade, sequer se poderia cogitar inadimplemento.

O homem a nada se obrigou e, por tal, nada pode ter deixado de cumprir. Essa análise, contudo, não satisfaz os anseios da sociedade, em que se espera que aquele que utilize um serviço pague por ele, ainda que tal pagamento não decorra da sua mais pura e íntima vontade.

Assim o é porque todos que sobem em bondes e deles se valem para se locomover pelas cidades precisam pagar a passagem, querendo ou não. Trata-se de regra comezinha, amplamente aceita e referendada por todos e que prestigia a igualdade daqueles que usam os transportes públicos. Se a intenção for não pagar pelo serviço de transporte, a solução seria não subir no bonde – diria qualquer usuário a quem se fizesse tal pergunta.

Neste contexto, o homem do exemplo de Karl Larenz deve ser compelido a pagar a passagem, ou seja, a contraprestação pelo transporte que usufruiu. E com base em quê essa cobrança poderia ser feita? Certamente, à primeira vista, não com base em um contrato, vez que negada, de forma categórica, a vontade para a celebração do vínculo contratual pelo próprio homem, mas sim com fulcro em uma relação obrigacional que se formou a partir de um comportamento social típico, no sentido de que aqueles que usam os bondes devem pagar por isso.

Admitia-se, já àquela altura, a existência de relações obrigacionais que independem de manifestação de vontade, mas que se estabelecem e se fazem presentes porque assim impõe um determinado comportamento social típico. O papel da vontade, sempre tão

relevante como fonte criadora de obrigações, tem sua força mitigada na formação de contratos, entendidos como espécie de negócio jurídico.

Ao longo dos anos que se passaram desde a década de 50 até os dias atuais, pode-se afirmar que a vontade também sofreu outros golpes. Um deles é a ampla aceitação da teoria da aparência, sobretudo para reconhecer a validade e a eficácia de negócios jurídicos inexistentes justamente por ausência de manifestação de vontade[3].

Em julgado emblemático, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, revendo posição anterior (BRASIL, 2000), afastou a alegação de inexistência de contrato firmado em nome de pessoa jurídica, mas por quem não tinha poderes para tanto (BRASIL, 2017). Tal contrato havia sido assinado por apenas um dos dirigentes da pessoa jurídica, quando, em seu estatuto, constava previsão expressa de que o Vice-Presidente Financeiro também deveria subscrever a avença. O acórdão se fundamentou na teoria da aparência e no princípio da boa-fé objetiva, além de ressaltar que conclusão diversa afrontaria o princípio da razoabilidade.

De outra ponta, também não se pode negar a validade e a eficácia de inúmeras relações obrigacionais que se formam, todos os dias, pela Internet – através de sites, redes sociais e até mesmo aplicativos para telefones celulares –, as quais, muitas vezes, prescindem de manifestação de vontade, decorrendo, em algumas situações, da mera utilização de serviço ou produto. Ou ainda, de relações em que

3 Para mais detalhes sobre a teoria da aparência, ver BIRENBAUM, Gustavo. **Teoria da Aparência**. Porto Alegre: Fabris, 2012, passim.

a aferição acerca da própria presença e da validade da manifestação de vontade é nenhuma, inclusive por razões de ordem prática e pela fugacidade da vida contemporânea.

Se Karl Larenz já estava preocupado com as consequências da massificação das relações obrigacionais na sociedade industrial moderna, os juristas de hoje devem estar ainda mais atentos para as nuances que o desenvolvimento tecnológico agregou a esta evolução.

De fato, qualquer investigação sobre a situação atual das relações obrigacionais e de suas fontes deve passar, necessariamente, pelo estudo do papel da vontade. É esta a proposta deste trabalho, asseverando-se, desde já, que a vontade será examinada sob o ponto de vista do negócio jurídico e do contrato, verificando-se a sua importância hoje em cada um desses institutos.

Outrossim, pretende-se analisar aquelas situações – evidentemente jurídicas, e não apenas de fato – que geram obrigações, não porque as partes, para tanto, declararam a sua vontade, mas por conta de uma correlação da conduta entre diversos centros de interesses, produzindo efeitos que são aceitos a partir de uma avaliação social do ato neste sentido. O enquadramento jurídico dessas situações, tanto do ponto de vista estrutural quando funcional, também será objeto de estudo no presente trabalho.

## 2 O PAPEL DA VONTADE NOS CONCEITOS TRADICIONAIS DE NEGÓCIO JURÍDICO E DE CONTRATO

O instituto do negócio jurídico foi desenvolvido pelos civilistas alemães no século XVIII com a finalidade de ser o modelo típico de uma estrutura que acolhesse a manifestação da vontade do sujeito de direito. A ideia era criar uma categoria genérica e abstrata, que se encaixasse na parte geral do BGB, então em elaboração (GODOY, 2008, p. 393).

Como se coaduna com sua própria origem, o negócio jurídico constitui instrumento da autonomia da vontade, já que permite que a vontade do sujeito de direito produza os efeitos jurídicos por ele desejados (ABREU FILHO, 1995, p. 337). Assim, Francisco Amaral, a exemplo de diversos outros doutrinadores, conceitua o negócio jurídico como "*declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece*" (AMARAL, 2003, p. 371). A identificação entre o negócio jurídico e a vontade é tamanha que o próprio conceito daquele instituto, como se vê, se confunde com a manifestação volitiva[4].

A predominância do papel da vontade no âmbito do negócio jurídico sempre foi defendida pela teoria voluntarista ou subjetiva. Segundo esta teoria, a vontade seria o elemento básico e fundamental do negócio jurídico, restando em segundo plano a sua declaração e subsequente conformação com o ordenamento jurídico. A vontade, por si só, isto é, sem atentar para requisitos e exigências legais, já seria capaz de gerar efeitos jurídicos, "*como se a vontade fosse va-*

4 Caio Mário da Silva Pereira faz a seguinte observação: "E tão relevante é o papel da vontade na etiologia do negócio jurídico, que se procura identificar a sua própria ideia conceitual com a declaração de vontade, constituindo-se desta forma a sua definição". (2004, p. 477).

*lorada juridicamente sem que como e enquanto declarada*" (GODOY, p. 391).

Neste contexto, em hipótese de conflito entre a vontade e a sua declaração, a primeira sempre prevaleceria. Por conseguinte, seria necessário perquirir a vontade interna do agente – ou a sua vontade real, conforme afirmado por Caio Mário da Silva Pereira ao citar Savigny e Windscheid (2004, p. 481) –, a qual, quando de sua manifestação ao exterior, teria se corrompido ou perdido a sua motivação inicial. No retorno à origem, garantir-se-ia que o negócio jurídico seria firmado em estrita observância à real intenção das partes.

Muito embora privilegie a vontade original que motivou as partes a celebrar o negócio jurídico, a teoria voluntarista acaba por abrir grandes espaços para o subjetivismo na relação jurídica negocial. Averiguar, no íntimo de cada parte, a sua real intenção ao celebrar o negócio jurídico certamente traz insegurança ao avençado, além de inviabilizar o tráfego jurídico[5], principalmente na contemporaneidade.

Crítico voraz da teoria voluntarista, Emilio Betti sustenta que a vontade, "*como fato psicológico meramente interno, é qualquer coisa em si mesma incompreensível e incontrolável, e pertence, unica-*

5 De acordo com o Vicente Ráo, ao expor as críticas feitas à teoria voluntarista: "Tal é, em síntese, o conteúdo substancial da teoria subjetiva, contra a qual, precedentemente, se disse e vem dizendo que, levada até às conseqüências extremas, faria depender, sempre, o valor dos atos jurídicos do elemento interno constituído pela volição do agente, com sacrifício do accipiens, da declaração e da segurança do comércio jurídico, motivo pelo qual os autores, mesmo os que seguem esta noção subjetiva, procuram atenuar-lhe a rigidez". (1997, p. 164).

*mente, ao foro íntimo da consciência individual*" (2003, p. 80). Para o referido autor, a vontade até pode ser a origem do negócio jurídico, mas apenas lhe seria possível atribuir efeitos jurídicos na medida em que fosse reconhecida socialmente e respaldada pelo ordenamento jurídico. Essa verificação de adequação à lei, feita a posteriori, dependeria, portanto, da declaração, pois se dá fora do âmago do agente[6].

Vale dizer, uma vez declarada, a vontade perderia o seu papel central, a ser assumido pelo vínculo estabelecido entre as partes a partir das declarações emitidas e da confiança gerada por aquelas manifestações de vontade, referendadas pelo ordenamento.

Estas são as bases para a teoria preceptiva ou objetiva, que se contrapõe à voluntarista. O negócio jurídico é visto como um preceito da autonomia privada (GOMES, 1980, p. 81), cuja eficácia decorre do ordenamento jurídico a partir das declarações manifestadas, independentes da intenção original dos seus agentes.

Assim, para os partidários da teoria preceptiva, a vontade deixa de ser o foco do negócio jurídico, atribuindo-se tal papel à declaração, que prevalecerá em casos de conflito. Para corroborar o

6 Confira-se a lição de Orlando Gomes, ao tratar da teoria objetiva do negócio jurídico: "Pouco importa, segundo essa teoria, que a declaração corresponda exatamente ao querer interno, que lhe traduza fielmente o conteúdo. Não é, portanto, a vontade que constitui a essência do negócio jurídico, sua força criadora. (…) A vontade interna não chega a ser sequer um ele-mento componente do negócio jurídico, porque não passa de fase passageira na sua gênese, sendo apenas uma causa e não um de seus elementos constitu-tivos. Assim, na interpretação dos negócios jurídicos, não importa a intenção propriamente dia, mas, sim, o sentido normal da declaração." (1980, p. 12).

seu argumento, os declaracionistas, assim chamados por José Abreu Filho, se fundamentam na confiança que a declaração de vontade gera em seu destinatário (ABREU FILHO, p. 59), confiança esta que merece tutela do ordenamento jurídico.

As posições defendidas de maneira radical pelas teorias voluntarista e preceptiva podem ser conciliadas. Roberto de Ruggiero sustenta que pouco importa verificar se os efeitos jurídicos decorrem da vontade pura e simples ou da lei, uma vez manifestada a vontade ao mundo externo (Apud ABREU FILHO, 1995, p. 35):

> O momento central e prevalente é a vontade. Se eu quero satisfazer um interesse e conseguir um fim e o ordenamento dá eficácia a essa minha vontade, obtendo o fim desejado, reconhecendo nascida a nova relação ou, extinta ou modificada, uma relação já existente. Se é a própria vontade ou a lei que produz esse efeito, é uma questão em meu entender ociosa, visto que nem só a vontade o podia produzir sem a tutela do ordenamento, nem este o podia fazer sem que do indivíduo tivesse partido uma iniciativa.

Caio Mário da Silva Pereira defende posição semelhante e reconhece que a vontade e a lei se completam reciprocamente para a criação do negócio jurídico (2004, p. 480).

Sem adentrar no mérito de qual teoria se revela mais adequada, fato é que a teoria preceptiva ou objetiva desempenhou importante função ao mitigar a relevância do papel da vontade na seara

dos negócios jurídicos. Até então soberana, motivadora da própria criação da categoria do negócio jurídico, a vontade passou a ser questionada e até mesmo relegada a segundo plano[7].

Com este avanço, foi possível cogitar de outras fontes para a criação de relações obrigacionais, que, assim como ocorre com a vontade, repercutissem no ordenamento de forma a gerar os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. Basta considerar a teoria do comportamento concludente, cujo desenvolvimento no Direito Português, por exemplo, foi impulsionado pelo artigo 234 do Código Civil daquele país[8].

Apesar de não detalhar essa questão, o próprio Emilio Betti reconhece a importância dos comportamentos, ao afirmar que "*só na medida em que se torna reconhecível no ambiente social, quer por declarações, quer por comportamentos, ela [a vontade] passa a ser um fato social, susceptível de interpretação e de valoração*" (2003, p. 80).

Daí se extrai o segundo contributo relevante da teoria preceptiva: é o que Emilio Betti (2003, p. 79) denomina de "*exigência*

7 Emilio Betti não deixa dúvidas acerca do papel que entende ocupar a vontade: "O teor de um negócio qualquer mostra bem que nele ocupa o primeiro plano o regulamento de interesses disposto para o futuro, ao passo que a vontade apenas está em segundo plano, como dirigida à função prática daquele: ela pertence, efetivamente, à gênese, mas não ao conteúdo do ato de autonomia como fato social" (2003, p. 84).

8 Artigo 234 do Código Civil Português – Quando a proposta, a própria natureza ou circunstâncias do negócio, ou os usos tornem dispensável a declaração de aceitação, tem-se o contrato por concluído logo que a conduta da outra parte mostre a intenção de aceitar a proposta. Sobre o tema na doutrina portuguesa, ver, por todos, PINTO, Paulo Mota. Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico. Coimbra: Almedina, 1995, passim.

*de recognoscibilidade*", a ser imposta a todo fato social, inclusive ao negócio jurídico. Nota-se, então, que o negócio jurídico é tutelado enquanto tal pelo ordenamento porque é um fato reconhecido e aceito socialmente.

Indubitavelmente, aqui se tem uma aproximação com a teoria do comportamento social típico de Karl Larenz: o comportamento social só se torna típico e fonte de obrigações em razão de uma avaliação social do ato neste sentido. A vontade e sua manifestação são prescindíveis. Deste modo, o homem que se utiliza do serviço de transporte público deve pagar a passagem do bonde porque esta é a convicção jurídica da sociedade sobre tal questão, ainda que o homem tenha declarado a sua vontade em sentido contrário.

Antônio Junqueira de Azevedo também incorpora o enfoque social ao negócio jurídico e registra que tal instituto não é definido apenas pela sua gênese (a vontade, conforme defendido pela teoria voluntarista) e nem só pela sua função (teoria preceptiva) (GODOY, 2008, 392). O aludido autor reconhece que o negócio jurídico é preceito, é autorregramento da vontade, mas acentua que "*o negócio não é o que o agente quer, mas sim o que a sociedade vê como a declaração de vontade do agente*" (AZEVEDO, 2002, p. 21). E mais. O negócio jurídico seria "*manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias que fazem com que socialmente essa manifestação seja vista como dirigi-da à produção de efeitos jurídicos*" (AZEVEDO, 2002, p. 20).

Diante do exposto, é possível perceber que a vontade, muito embora ainda exerça papel relevante no âmbito dos negócios jurí-

dicos, é cada vez mais debatida e vem perdendo espaço como fonte única das relações obrigacionais. Se a vontade ainda pode ser considerada a gênese do negócio jurídico em seu conceito tradicional, não se discute, por outro lado, que tal vontade deve se compatibilizar com o ordenamento jurídico e ser referendada do ponto de vista social. A atribuição de efeitos jurídicos àquela declaração de vontade – já externa, portanto – depende do reconhecimento social enquanto ato gerador de eficácia.

Essa nova percepção da vontade também atinge o instituto do contrato, pois, de acordo com o seu conceito tradicional, o contrato nada mais é do que "*acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos*" (PEREIRA, 2005, p. 07). Trata-se de conceito forjado, inegavelmente, a partir da noção de negócio jurídico. Diante disso, indaga-se se ainda subsiste hoje a plena identificação entre o conceito de negócio jurídico e de contrato.

Com efeito, como será desenvolvido neste trabalho, o negócio jurídico e o contrato são institutos jurídicos diversos, que não se sobrepõem, e merecem uma releitura a partir da importância atribuída hoje à vontade, enquanto fonte de obrigações, bem como atentando à função desenvolvida no trânsito jurídico pelos contratos. De um conceito tradicional em que a vontade está sempre presente – até mesmo como elemento fundamental –, pretende-se ir além, para um conceito revisto, em que se admita no escopo contratual relações que independam da volição.

## 3. EXTENSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO E AS SITUAÇÕES LIMÍTROFES: relações contratuais de fato; comportamentos sociais típicos e atividade

A demarcação dos limites do negócio jurídico – e, consequentemente, a existência de situações limítrofes – depende da percepção que se faz do conteúdo da vontade e de sua declaração[9]. Conceitos mais ou menos amplos de manifestação de vontade poderão levar – ou não – ao reconhecimento de determinado fato social como negócio jurídico.

Nesse contexto, delineiam-se duas teorias quanto à extensão do conceito de negócio jurídico, no que diz respeito à importância da vontade em sua delimitação, quais sejam: teoria extensiva e teoria restritiva.

Para a teoria extensiva, há que se levar em consideração as legítimas expectativas dos envolvidos e a confiança estabelecida entre as partes para a formação de vínculos negociais, mesmo que não haja uma orientação volitiva inequívoca para o estabelecimento daquela relação negocial (ALMEIDA, 1992, p. 99). Assim, ainda que não exista a efetiva declaração expressa das partes para a conclusão do negócio jurídico, é possível que se fale em declaração de vontade como consciência da declaração, dispensando o direcionamento voluntário da conduta (*id.*, 1992, p. 54).

9 Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida: "Para a delimitação do território próprio do negócio jurídico, renascem as querelas sobre o valor da vontade e da declaração (ou da confiança), sobre a génese e o fundamento dos efeitos negociais e, em geral, sobre a posição relativa do negócio jurídico no conjunto das fontes criadoras de efeitos jurídicos". (ALMEIDA, 1992, p. 26).

Sobre as teorias extensivas, destaca Juliana Pedreira da Silva que a força motriz é a declaração da vontade, cujo parâmetro é objetivo e normativo, razão pela qual a declaração de vontade poderia advir de qualquer expressão ou conduta humana (SILVA, 2011, p. 24). A interpretação é ampliativa. Nessa hipótese, poder-se-ia pensar nas situações limítrofes (relações contratuais de fato, comportamento social típico e atividade) como abarcadas por esta linha conceitual de negócio jurídico, já que qualquer comportamento ou coordenação de atos com finalidade comum poderia ser incluído no amplo conceito de declaração de vontade.

Todavia, há equívocos na utilização das teorias extensivas: deixa-se à margem de investigação a finalidade pretendida pelas partes, vez que, mesmo em harmonia com o ordenamento, nem todas as condutas terão potencial para a produção de negócios jurídicos. Além disso, passa-se a desconsiderar que o encontro de interesses, somente se regulados e orientados pelos protagonistas da relação, pode se traduzir em negócio jurídico (*id.*, 2011, p. 25). Arremata-se, por fim, que a adoção da teoria extensiva afasta a vontade psicológica como critério do negócio jurídico, o que não justifica atenuar o papel volitivo na formação da declaração para a vinculação a um negócio jurídico (*id.*, 2011, p. 28).

Por seu turno, as teorias restritivas exigem, para a configuração do vínculo negocial, a manifestação de uma vontade dirigida especialmente para a produção de determinados efeitos jurídicos (ALMEIDA, 1992, p. 40), isto é, se faz necessária uma manifestação de vontade qualificada negocialmente.

Com efeito, verifica-se que a diferença entre ambas as teorias reside no fato de que, para a teoria extensiva, o comportamento humano pode ser compreendido como declaração de vontade, independentemente de informações mínimas e razoáveis no exercício volitivo. Por outro lado, as teorias restritivas somente encaram o comportamento como declaração de vontade se o contexto e as informações permitam a formação da vontade e sua posterior declaração (*id.*, 1992, p. 30).

Se a distinção pode parecer um tanto quanto teórica à primeira vista, a sua relevância prática consiste em assumir que determinados fatos sociais criam relações obrigacionais e geram efeitos jurídicos independentemente de serem enquadráveis no conceito tradicional de negócio jurídico ou mesmo de contrato. O apego à estrutura, condenado por Pietro Perlingieri[10], não pode servir de justificativa para se negar tutela jurídica a situações cada vez mais

10 Segundo o autor, "Todo fato juridicamente relevante e, em particular, todo fato humano voluntário, todo ato de iniciativa privada tem uma função, a qual ou é predeterminada pelo ordenamento nos esquemas típicos, ou é modelada pela iniciativa dos sujeitos. A função, portanto, é a síntese causal do fato, a sua profunda e complexa razão justificadora: ela refere-se não somente à vontade dos sujeitos que o realizam, mas ao fato em si, enquanto social e juridicamente relevante". (PERLINGIERI, 2002, p. 96). Na doutrina nacional, ver: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Usucapião Imobiliária Urbana Independente de Metragem Mínima: Uma Concretização da Função Social da Propriedade. *In*: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (Coord.). **Direito das Relações Patrimoniais:** Estrutura e Função na Contemporaneidade. Curitiba: Juruá, 2014. p. 17: "Nesse panorama, o intérprete que se vê diante de uma situação jurídica qualquer, deve perquirir, para além de seus elementos constitutivos (o que ela é), a sua razão teleologicamente justificadora: para que serve? Ou seja, os institutos jurídicos, partes integrantes da vida de relação, passam a ser estudados não apenas em seus perfis estruturais (sua constituição e seus elementos essenciais), como também – e principalmente – em seus perfis funcionais (sua finalidade, seus objetivos)."

presentes no cotidiano da vida contemporânea.

A artificialidade com que as teorias extensivas tratam o escopo do negócio jurídico é confirmada pelo estudo das situações limítrofes, isto é, daquelas hipóteses que não se adequam perfeitamente ao conceito adotado de forma tradicional pela doutrina, muito embora gerem efeitos amplamente reconhecidos socialmente. As relações contratuais de fato, os comportamentos sociais típicos e a atividade até podem ser, afinal, entendidos como negócio jurídico, mas apenas mediante um exercício de – permita-se repetir – artificial alargamento do conceito de tal instituto, mediante extensão desmedida da vontade, presumindo-a quase que de forma ilimitada.

Como será exposto ainda neste trabalho, não parece ser essa a solução mais adequada. Para que se chegue a esta conclusão, todavia, mister que se debruce, ainda que brevemente, sobre as situações limítrofes acima indicadas.

## 3.1 RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO E COMPORTAMENTOS SOCIAIS TÍPICOS

A doutrina das relações contratuais de fato foi desenvolvida por Günther Haupt, como "*possibilidade de constituição de relações jurídicas de tipo contratual, através de meros comportamentos materiais, independentemente de declarações negociais e sem correspondência nos deveres legais tradicionais*" (MENEZES CORDEIRO, 2011, p.

555). Para Haupt, seriam três as hipóteses de relações contratuais de fato: (i) aquelas que surgem a partir de contatos sociais; (ii) aquelas travadas em virtude de coletividades fáticas; e (iii) aquelas criadas em razão de uma obrigação de prestar social.

No primeiro grupo das relações contratuais de fato, estariam inseridos, entre outros, os deveres de cuidado e consideração que surgem entre partes que estão em vias de ou têm a intenção de estabelecer uma relação obrigacional. É o que Juliana Pedreira da Silva identifica como "*contato social que antecede a eventualidade da celebração de um contrato*" (SILVA, 2011, p. 31), e é comumente estudado pela doutrina como responsabilidade civil pré-contratual ou pré-negocial.

Exemplos deste tipo de relação de fato não são incomuns, haja vista que a celebração de um negócio jurídico ou de um contrato pressupõe, via de regra, uma aproximação entre as partes. Aliás, eis uma dicotomia da vida contemporânea: ao mesmo tempo em que o tráfego comercial intenso e tecnológico gera situações em que relações obrigacionais são firmadas sem que tenha havido sequer manifestação de vontade[11], existe, em contrapartida, espaço cada vez maior para contratações de natureza complexa, que envolvem até mesmo redes contratuais[12] e exigem uma série de acertos prévios

11 Conforme ressaltado por Menezes Cordeiro, Haupt já sublinhava que "no tráfego moderno de massas, chega-se, muitas vezes, a situações obrigacionais sem que tenha havido a troca prévia da proposta e aceitação contratuais". (2011, p. 555).

12 Para aprofundamento sobre a matéria, ver, por todos, KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

entre as partes para a consecução do objetivo final.

Não por outro motivo, é difundido o entendimento de que os contratos se formam progressivamente, em etapas, mediante obrigações assumidas de maneira paulatina. Clóvis Couto e Silva já afirmava, na década de 60, que a relação obrigacional deve ser compreendida como um processo, porquanto várias fases se sucedem até que se atinja o objetivo final daquela relação com a satisfação dos interesses das partes (SILVA, 2006).

É possível, neste contexto, que determinada relação nascida em uma das fases pré-negociais ou pré-contratuais ganhe autonomia e seja capaz de vincular as partes com efeitos obrigacionais por si só[13], sem que se mostre necessário, inclusive, que o negócio jurídico que inicialmente se intentava estabelecer venha a se concretizar.

Basta imaginar, por exemplo, que duas partes pretendem firmar contrato de engenharia para fixação de estacas em determinado terreno, cuja complexidade exige, antes da própria formalização do instrumento contratual, uma série de estudos de solo e viabilidade técnica. Neste ínterim, contudo, a parte que pretende ser contratada inicia a limpeza do terreno, até então ocupado por entulho de outras obras.

13 A propósito, eis a lição de Juliana Pedreira da Silva: "Todavia, a fase pré-negocial pode se revelar ainda mais complexa, uma vez que determinados comportamentos humanos, observados nessa fase, embora não configurem verdadeiras declarações de vontade, a ponto de concluírem um negócio jurídico, podem ser considerados típicos e correspondentes, no sentido de que, conforme as condições gerais do tráfego, tais comportamentos estarão ligados a uma consequência obrigacional". (2011, p. 35).

Por razões de ordem técnica, o contrato de engenharia não evolui. Ainda assim, pode-se afirmar que entre as partes se estabeleceu uma relação contratual de fato quanto à limpeza do terreno, que não só deve ser finalizada como devidamente remunerada pela parte que se beneficiou do serviço. Apesar de não ter havido específica manifestação de vontade de parte a parte, é indiscutível que seus comportamentos materiais – oriundos do contato – criaram um vínculo com eficácia obrigacional, o qual encontra respaldo na convicção social geral de que os serviços devem ser corretamente prestados e remunerados.

O segundo grupo de relações contratuais de fato indicado por Haupt diz respeito às coletividades fáticas. Conforme esclarecido por Menezes Cordeiro, tais relações exigiriam que o indivíduo se incluísse em uma "*situação comunitária*", da qual seriam exemplos a sociedade comercial e o trabalho (2011, p. 556). Na primeira hipótese, tem-se a eficácia dos negócios jurídicos firmados por sociedade em comum, irregular, isto é, aquela não devidamente registrada junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, porquanto a sua conduta, ao atuar em seu nicho empresarial, seria socialmente típica.

Já a segunda hipótese impede que se deixe de remunerar o trabalhador pelos serviços prestados, mesmo em caso de se constatar a invalidade do contrato de trabalho. Tanto o primeiro quanto o segundo exemplos se balizam em fundamentos de justiça e de vedação ao enriquecimento sem causa (MENEZES CORDEIRO, 2011, p. 556.), além de ressaltar a necessidade do reconhecimento social daquele fato como verdadeiramente capaz de gerar efeitos jurídicos.

Poder-se-ia cogitar, inclusive, de uma visão embrionária da teoria da aparência.

O último grupo das relações contratuais de fato de Haupt decorre da obrigação de um prestar social. O principal exemplo é aquele já referido na introdução do presente estudo: o serviço público de transporte, posto à disposição de qualquer indivíduo. Em casos tais, consoante se viu, a relação contratual se estabelece antes mesmo – ou até contrariamente – à manifestação de vontade do usuário.

A teoria de Günther Haupt foi criticada por Karl Larenz por conta de dois aspectos principais. Em primeiro lugar, afirmou Larenz que Haupt reuniu, sob o conceito único de relações contratuais de fato, hipóteses bem diversas, falha que não teria sido superada pela classificação proposta pelo autor. Em segundo lugar, a própria expressão "*relação contratual de fato*" foi alvo de críticas por parte de Larenz, ao fundamento de que levaria à "*equivocada conclusão de que se trata de processo extrajurídico*" (SILVA, 2011, p. 35/36).

Karl Larenz desenvolve, então, a teoria do comportamento social típico, já apresentada na introdução ao presente trabalho. Tal teoria deve ser examinada com a ressalva de que o próprio Larenz reviu sua posição na terceira edição de sua obra sobre Direito das Obrigações. A partir de então, passou a acompanhar a doutrina alemã majoritária e a explicar o comportamento social típico como

expressão da vontade presumida[14,15].

Não obstante, o estudo da teoria do comportamento social típico se mantém pertinente, na medida em que vislumbra uma fonte de obrigação independente da vontade. Trata-se, portanto, de reconhecer que a vontade não detém o monopólio sobre a constituição das relações obrigacionais, o que se revela um inegável avanço.

Ao se admitir que um comportamento social típico gera efeitos obrigacionais por assim ser reconhecido pela convicção jurídica geral, o regramento sobre a capacidade e os vícios de consentimento

14 A posição que passa a ser adotada por Karl Larenz não é infensa a críticas. O próprio exemplo por ele explorado em seu artigo sobre comportamento social típico (2006), isto é, o do homem que faz uso do serviço de bonde, já é suficiente para afastar a aplicação do conceito de vontade presumida in casu. Afinal, não se pode admitir a presunção de vontade em situações em que a conclusão do negócio jurídico ou do contrato é expressamente recusada. Segundo o próprio Karl Larenz, "Mas então é necessário, segundo a interpretação geral, algum ato no qual seja possível reconhecer a vontade de concluir o contrato. (...) Como reconhecê-la se a pessoa declara logo ao embarcar que deseja andar no bonde, mas não quer concluir nenhum contrato de transporte?" (2006, p. 56).

15 Para ilustrar a dificuldade de se enquadrar as relações contratuais de fato ou comportamentos sociais típicos no conceito de vontade presumida, vale mencionar famoso julgado na Alemanha, citado por Larenz e Massimo Bianca. A Prefeitura de Hamburgo destinou parte de uma área pública para funcionar como um estacionamento pago. Diariamente, determinado indivíduo estacionava seu veículo na área e declarava ao vigilante do local, expressamente, que recusava a vigilância e que não iria pagar a taxa de estacionamento. O seu argumento é de que a área era de uso comum. A questão foi judicializada e a Corte Alemã deu razão à sociedade empresária privada que operava o estacionamento, ao fundamento de que a relação obrigacional se estabelecia pela simples colocação de fato do veículo no estacionamento. Vê-se, portanto, que o comportamento prevaleceu sobre a declaração de vontade do indivíduo, justamente por ser um comportamento valorado socialmente como relevante. (BIANCA, 1987, p. 40/43).

se torna despiciendo[16]. No entanto, Karl Larenz remarca que, muito embora a capacidade de fato seja irrelevante para a caracterização do comportamento social típico, é essencial que o agente seja capaz de reconhecer "*o significado social típico de seu ato*", isto é, de reconhecer a avaliação social que é atribuída ao seu ato (2006, p. 61). Esta exigência diferencia o comportamento social típico, por exemplo, do ato-fato, para cuja prática não é necessário que o agente tenha consciência[17].

O mais interessante acerca da teoria desenvolvida por Karl Larenz, contudo, é a proposição de um conceito mais amplo de contrato. Dessa maneira, Larenz foge da crítica feita à Haupt no sentido de que a relação contratual de fato mais pareceria uma categoria extrajurídica. Para Larenz, pensando-se em um conceito amplo, seria viável abarcar dentro da estrutura contratual tanto os "*verdadeiros contratos*" (2006, p. 62), ou seja, os negócios jurídicos bilaterais, quanto os comportamentos sociais típicos. Em comum, o papel de fonte geradora de relações obrigacionais e, mais pontualmente, contratuais, o que representaria a visão funcional do instituto.

16 Trata-se de ponto sensível na teoria do comportamento social típico, eis que, ao desconsiderar as regras de capacidade para fins de verificação de validade da manifestação de vontade, por exemplo, reconhece-se uma relação obrigacional que pode ser prejudicial aos incapazes. Afinal, não se pode olvidar que o regramento das incapacidades tem um viés protetivo.

17 "Os atos-fatos têm como pressuposto necessário uma atuação lícita de alguém, mas não se exige que o agente tenha consciência do que está fazendo. Os seus efeitos são independentes da circunstância de haverem sido praticados com consciência da ação, por isso não se exige neles capacidade jurídica do agente, nem lhes são aplicáveis os preceitos gerais sobre vícios de vontade e do consentimento". (NORONHA, 2013, p. 405).

Aí reside a principal distinção entre os posicionamentos de Haupt[18] e Larenz, conforme sintetizado por Carlos Ferreira Almeida (1992, p. 28/29):

> Enquanto que para Haupt e os seus seguidores as relações que chama ainda de contratuais podem ter dois fundamentos (o contrato propriamente dito, negócio jurídico bilateral formado por proposta e aceitação, e situações meramente fácticas, que não são contratos), para Larenz e para a doutrina que seguiu os seus passos trata-se principalmente de enquadrar diferentes modelos para a conclusão do contrato (o processo normal mediante declarações de vontade e a relevância, como aceitação, de comportamentos sociais típicos).

Apesar de posteriormente descartada, a teoria do comportamento social típico na forma como moldada por Karl Larenz, dentro do escopo contratual, é de extrema valia para que se defenda uma ampliação das fontes geradoras das relações contratuais, em total consonância com a realidade atual.

18 Antônio Junqueira de Azevedo se aproxima de Haupt ao analisar uma relação contratual de fato em parecer referente a estacionamento gratuito de supermercado. A hipótese sub examine é de responsabilidade civil por assalto, seguido de morte, em que o meliante abordara a vítima no estacionamento privado do supermercado. O aludido autor critica, contudo, a expressão relação contratual de fato, por entender que o contrato sempre pressupõe declaração de vontade. Exatamente por isso, ao analisar a relação estabelecida entre o supermercado e a pessoa que estaciona veículo em seu pátio, Antônio Junqueira de Azevedo vislumbra ali uma "relação sinalagmática em tudo semelhante à contratual", mas não verdadeiro contrato (AZEVEDO,1997, p. 124).

Promover uma releitura do contrato neste sentido, o que será examinado ainda neste trabalho, também traz o benefício de se afastar a artificialidade das teorias que buscam aumentar o campo de incidência da vontade e, por conseguinte, o espectro dos negócios jurídicos.

## 3.2 ATIVIDADE

Outra situação limítrofe que merece destaque no presente trabalho é a chamada atividade. Trata-se de noção desenvolvida primeiramente no Direito italiano, por Tullio Ascarelli, e que se traduz em uma série de atos coordenados entre si e dirigidos a uma finalidade comum. A coordenação dos atos é essencial para a caracterização da atividade, pois é justamente nesta conjugação que a atividade se distancia de cada ato praticado de forma singular (NORONHA, 2013, p. 422).

Desta forma, a atividade atrai qualificação jurídica própria, apurável a partir da função que desempenha no ordenamento jurídico. De se notar que a valoração da atividade se dá, então, a partir de sua finalidade, deixando em segundo plano o aspecto volitivo tanto dos atos praticados singularmente quanto da coordenação. Para Tullio Ascarelli, a atividade constitui em si mesma um fato, para cuja relevância jurídica a vontade do sujeito é indiferente, não só quanto às consequências que legalmente dele derivem, mas quanto à sua própria subsistência[19].

19 No original: "La actividad efetivamente desarollada constituye, como

Está-se diante, mais uma vez, de uma fonte de obrigações que independe da manifestação da vontade, a exemplo do que se demonstrou acerca das relações contratuais de fato e dos comportamentos sociais típicos. Se a atividade existe a partir da coordenação de atos jurídicos e é qualificada pela função que desempenha no ordenamento, poderá muito bem assumir a função de gerar uma relação obrigacional.

Aliás, os exemplos indicados por Tullio Ascarelli revelam esta conotação, a saber, as atividades empresarial e laborativa. Mesmo que inexista a declaração de vontade em consonância com a atividade – coordenação de atos com finalidade comum –, esta existirá e produzirá os seus efeitos no ramo empresarial ou trabalhista. E é certo que, para que surta seus efeitos, a função da atividade deverá ser juridicamente relevante, como esclarece Fernando Noronha (2013, p. 422).

Aquilo que Fernando Noronha identifica como "juridicamente relevante" é reconhecido por Juliana Pedreira da Silva como valoração social, apta a referendar a função exercida por determinada atividade. Segundo a autora, "*a coordenação dos atos será objetivamente valorada de acordo com as exigências do tráfego jurídico, o que configurará também uma relação jurídica ou uma atividade*" (2011,

ha sido puesto de relieve, un 'hecho', y un hecho para cuya relevancia jurídica la voluntad del sujeto es indiferente no sólo respecto de las consecuencias que legalmente derivan de él, sino respecto de los actos que integram la actividad (y, veremos, por cuanto concierne la actividad calificada empresarial, respecto del propósito de dichos actos; a su vez deberá ser valorada objetivamente a dichos efectos, independientemente de la voluntad del sujeto, la existência de la organización)." (ASCARELLI, TULLIO, 1964, p. 147).

p. 15).

Tem-se aqui mais um ponto de aproximação entre as noções de atividade e comportamento social típico, uma vez que ambos dependerão de uma valoração social para que sejam reconhecidos como fontes geradoras de relações obrigacionais, independentemente da vontade.

O caráter limítrofe da noção de atividade é inegável, pois, da maneira como cogitadas as figuras do negócio jurídico e do contrato, não haveria espaço para que se tutelasse tal coordenação de atos que desempenham função juridicamente relevante. A rigidez de uma análise meramente estrutural acabaria por impedir que situações cada vez mais comuns fossem reguladas pelo ordenamento, o que não se pode admitir, sobretudo porque o Direito deve acompanhar os anseios da sociedade.

O conceito de atividade é tão fluido e atual que Juliana Pedreira da Silva propõe que se parta dele para uma releitura do contrato, de forma a desvincular este tradicional instituto jurídico do papel da vontade e extremá-lo da noção de negócio jurídico.

## 4 NEGÓCIO JURÍDICO VS. CONTRATO: pressuposto e ampliação do contrato

Diante das teorias extensivas e restritivas sobre o conceito do negócio jurídico, de acordo com a extensão do que é compreendido por

vontade, além das situações limítrofes expostas no tópico anterior, necessário se faz a qualificação das relações decorrentes da atividade ou do comportamento social típico para sua correlata tutela por parte do ordenamento.

Assim, o que se proporá nesse tópico é seu enquadramento como relação contratual, com base no descolamento entre os conceitos de negócio jurídico e contrato, muito embora, de forma maciça, tenha-se em consideração o contrato como espécie do gênero negócio jurídico (SIRENA, 2013, p. 96)[20].

Importante esclarecer que não se pretende demonstrar a inexistência de total identificação entre contrato e negócio jurídico, mas, sim, conferir uma análise funcional ao contrato, relendo-o a partir do atual contexto social em que se insere – especialmente de volubilidade e massividade das relações sociais – com o viés de ampliar sua delimitação, abarcando, com isso, as relações contratuais de fato, os comportamentos sociais típicos e a atividade.

Conforme já explicado, a "lacuna" deixada pelas teorias restritivas torna evidente a existência de situações limítrofes – destacadas no tópico anterior – e que dão ensejo à repaginação do conceito de contrato, ampliando-o para além da identificação do conceito de negócio jurídico.

---

20 Para demonstrar a identificação do contrato para com o negócio jurídico, em que o contrato é considerado como espécie do negócio jurídico, essencial o posicionamento de Orlando Gomes: "Contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos, de duas partes. Contrato é, portanto, negócio jurídico bilateral, ou plurilateral" (1995, p. 04).

Desse modo, o negócio jurídico trataria das relações em que há manifestação de vontade para a produção daquele negócio jurídico propriamente dito, enquanto o contrato abarcaria não só situações em que há negócio jurídico fundante, mas iria além, cuidando de relações fáticas socialmente típicas merecedoras da devida tutela pelo ordenamento jurídico.

E assim se justifica em razão da modificação do contexto em que se forjou o contrato na era moderna – a era dos códigos – para o atual contexto social[21]. Isso porque, verifica-se que o contrato, na era moderna, plasmou-se efetivamente sobre o dogma da vontade, influenciado pela matriz do pensamento kantiano segundo a qual somente a vontade individual seria fonte de todas as obrigações jurídicas, como forma de afirmação do ideal de liberdade e igualdade de cada homem frente aos demais (NALIN, 2008, p. 108).

Portanto, o contrato acabava por traduzir o interesse individual, manifestado através da expressão da vontade. Com efeito, sua pactuação era fruto da escolha livre dos próprios interessados, da manifestação de suas vontades, tomada por iniciativa autônoma. Por esse motivo, tinha cabimento a perfeita identificação entre os conceitos de contrato e negócio jurídico (SIRENA, 1995, p. 44).

Ocorre que as sociedades ocidentais, como já apontado, sofreram transformações profundas de ordem econômica, social e po-

21 Nas palavras de Paulo Nalin: "Toma-se como premissa fundamental, a superação do conceito moderno de contrato, baseado na vontade individual dos contratantes o que não mais se encontra exata ressonância na realidade fática" (2008, p. 25.).

lítica, modificando a caracterização e configuração do contrato, vez que os institutos são historicamente modificáveis, tendo sempre que se fazer a sua adequação à realidade em que se inserem[22].

A produção em grande escala decorrente do processo de industrialização e a consequente necessidade de escoamento da larga produção acabaram por gerar a massificação e volatilidade das relações sociais. Nesse contexto, o panorama de negociação de contratos em que as partes se encontravam em patamar de igualdade (ainda que meramente formal) e chegavam a conclusões de vínculos formados com a expressa manifestação da vontade acabaram por ruir. A própria padronização contratual observada, por exemplo, nos contratos de adesão, acaba por enfraquecer a ideia de manifestação de vontade, sobre a qual se fundamentaria o contrato.[23]

22 Sobre a variação do conceito e da função desenvolvida pelos institutos no decorrer da história, destaca Pietro Perlingieri: "As categorias (direito subjetivo, direito potestativo, interesse legítimo, negócio bilateral, procedimento, fattispecie) devem contribuir para o conhecimento, e não representar rígidos paradigmas nos quais a realidade é deformada.(...) Com o transcorrer das experiências históricas, institutos, conceitos, instrumentos, técnicas jurídicas, embora permaneçam nominalmente idênticos, mudam de função, de forma que, por vezes, acabam por servir a objetivos diametralmente opostos àqueles originais." (2008, p. 139/141).

23 Sobre o tema, vide, Enzo Roppo, que evidencia o processo de crise do contrato em seu contexto clássico: "Mas uma tal teoria e disciplina jurídica das transferências de riqueza se resulta adequada a um sistema económico indivi-dualista e pouco dinâmico, no qual as trocas eram, no geral, bem ponderadas e conservervam um certo caráter <pessoal> - não podia satisfazer as exigências da moderna economia de massa, caracterizada pelo extraordinário incremento do vo-lume das trocas (sobretudo entre as empresas e os consumidores de seus produtos e os utentes dos seus serviços) e sua crescente standartização e <impessoalidade>. Num sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de facto, o de garantir a celeridade das contratações, a segu-rança e a estabilidade das relações; mas estes objetivos requerem, justamente, que

De igual forma, as relações de fato estabelecidas pelo contato social dos viventes também manifestam o descompasso entre o contexto clássico em que foi forjado o contrato ligado à ideia de negócio jurídico e a realidade das coisas. A realidade aponta para a aceitação social de determinado comportamento, à revelia da efetiva manifestação da vontade expressa para este fim, isto é, ao revés da exigência específica da manifestação da vontade qualificada para a formação do vínculo. E é exatamente este o caso do exemplo exposto na introdução, trazido por Larenz, e que narra a pessoa que entra no bonde, se locomove, mas que manifesta vontade contrária à contratação do serviço de transporte.

Por esse motivo, visa-se à revisão do conceito de contrato, alcançando, assim, ao invés da "morte do contrato"[24], sua readequação. Apega-se não ao formalismo pelo qual se caracteriza o contrato em sua modulação clássica, mas à manutenção de sua função de garantir o trânsito jurídico nas relações sociais.

---

as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objetctividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de relevância decisiva à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade" (ROPPO, 2009, p. 298). Também sobre o tema, v. Paulo Nalin: "Eis que o modelo clássico de contrato, emoldurado em um sistema jurídico que não mais reflete a realidade fática, por força da abrupta mudança na maneira de contratar.". E, em seguida, remata o autor: "A projeção desse novo modo de pensar não se limita a aspectos meramente sociopolíticos (...) e a ideia de acaso atinge o contrato, enquanto momento do sistema codificado. A crise e até a 'morte do contrato' (Grant Gilmore) estão inseridos nesse contexto, em que a desconstrução dos dogmas se apresenta como inevitável" (NALIN, 2008, p. 113/114).

24 Vide: GILMORE, Grant. **La morte del contratto**. Tradução de Cosimo Marco Mazzoni e Vincenzo Varano. Milano: Giuffrè, 1988.

Essa necessidade de preservar a função econômica desenvolvida pelo contrato é esclarecida por Enzo Roppo (2009, p. 310):

> O contrato, portanto, transforma-se, para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização económica em cada época prevalecente. Mas, justamente, transformando-se e adequando-se do modo que se disse, o contrato pode continuar a desempenhar aquele que é – e continua a ser – a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado: isto é, a função de instrumento da liberdade de iniciativa económica.

A adaptação ou modificação de determinados conceitos jurídicos não é novidade, vez que, conforme ressaltado, o direito é dotado de historicidade e consequente relatividade de seus conceitos. Apenas a título de exemplo de modificação da tutela conferida pelo direito, pode-se citar o que ocorre com a própria proteção da família, cujo elemento fundador era o casamento (instrumento formal constituidor das relações familiares).

A tutela da família, portanto, baseava-se na formalidade de sua constituição, presa à sua estrutura. Com o desprendimento da estrutura e análise da função dos institutos, iluminados pelos valores constitucionais, conferiu-se novo viés à família, não mais em razão do casamento, com os efeitos produzidos pelas relações familiares. Nesse contexto, passou-se a tutelar as famílias, desde que desenvolvessem o seu papel de possibilitar a promoção da personalidade, pri-

vilegiando, assim, a dignidade da pessoa humana. Tornou-se possível, então, sem perder de vista o conceito de família e a importância do casamento, desenvolver a tutela de relações familiares monoparentais, multiparentais, homossexuais e relações de poliamor[25].

Propor a ampliação do conceito de contrato, a fim de que alcance, com isso, a tutela jurídica das situações de fato não significa e nem implica a "morte do contrato". Ao contrário, verificar a dualidade conceitual, pela sua aplicação para além dos limites do negócio jurídico, importa em lhe garantir função relevante no desenvolvimento das relações sociais e na afirmação como instituto que possibilita o trânsito das relações patrimoniais e econômicas na sociedade moderna.

Logo, não é que se perca a importância da noção de contrato como encontro entre duas declarações de vontade aptas a produzir efeitos jurídicos, cujo elemento fundador seria exatamente a vontade negocial. Mas, ao lado dessa caracterização de contrato, observa-se o contrato decorrente do contato social, em que a potencialidade de formação do vínculo, analisada pelo comportamento socialmente tutelado, é aceita, consubstanciando o contrato em ações conscientes sobre determinada atividade, sem a necessidade de expressar a vontade negocial (SILVA, 2011, p. 80).

A bem da verdade, como esclarece Hugo Sirena, não é que

25 Sobre o tema, vide: BODIN DE MORAES, Maria Celina. A nova família de novo – estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar**, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai/ago, 2013. Disponível em: http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/download/2705/pdf. Acesso em 17 de abril de 2015.

haja completa desvinculação da vontade, vez que todo ato praticado pressupõe a vontade de praticar tal ato; o que se afasta é a necessidade da caracterização de uma vontade negocialmente dirigida para a determinada concretização de um negócio jurídico (2012, p. 224). Noutros termos, o aspecto volitivo é analisado no momento da concatenação dos atos praticados pelos contratantes (SIRENA, 2013, p. 95).

Assim (SIRENA, 2012, p. 219),

> [r]econhecer a juridicidade dos contratos fáticos, portanto, nada mais é do que promover um elastecimento das fontes das relações contratuais, não sendo reconhecer sua configuração para além da mera vinculação derivada da vontade. Assim, os contratos passariam a ter origem em dois fundamentos basilares: i) os negócios jurídicos bilaterais, embasados na expressão da vontade e na máxima da autonomia privada; e ii) as condutas socialmente típicas, deflagradas por dois ou mais centros de interesse.

Em suma, o que se propõe é a caracterização de um contrato decorrente de condutas socialmente típicas, importando em expressão de livre iniciativa econômica das partes, sem a exigência de efetiva manifestação de vontade para sua caracterização. Sua exigibilidade e sua caracterização residem, assim, no conjunto de características do tráfego social (SIRENA, 2013, p. 94/95).

Logo, "*o contrato, como baluarte das relações jurídicas patri-*

*moniais, deve ser entendido como atividade, isto é, como coordenação objetiva de atos ou comportamentos deflagrados por centros de interesses*" (SILVA, 2011, p. 15).

Surgem, diante da conceituação ampla de contrato os seguintes questionamentos: como identificar quais as atividades seriam tuteladas como contratos? Quais seriam seus elementos constitutivos?

Segundo Juliana Pedreira da Silva, ao invés de se identificar o contrato a partir dos elementos típicos do negócio jurídico – manifestação de vontade, objeto e forma – deveria ocorrer a verificação dos seguintes elementos:

> (a) de dois ou mais centros de interesse; (b) da coordenação entre condutas entre os centros de interesse que deflagra a mínima unidade de efeitos, ou seja, a causa; e (c) do cumprimento da função social da atividade desenvolvida, sem o que não há legitimidade no comportamento capaz de tipificá-lo socialmente. (SILVA, 2011, p. 84).

Desta forma, o conceito de contrato seria capaz de, ao lado de regular as relações contratuais fundadas em negócio jurídico, oferecer tutela jurídica às relações nascidas diretamente das situações limítrofes, isto é, das atividades, dos comportamentos socialmente típicos e das relações contratuais de fato.

A título de exemplo, poder-se-ia citar o caso de termos e condições de uso e política de privacidade de sites cuja vinculação do usuário se dá a partir da mera utilização do site[26]. Assim, a aplicação da sua política de privacidade e das regras atinentes à sua utilização independeriam de expressa manifestação de vontade por parte do usuário – independeria, inclusive, do efetivo conhecimento pelo usuário –, decorrendo da própria e da mera utilização do site.

Que tutela jurídica é dada a tais instrumentos? Seria possível enquadra-los no conceito de contrato, baseando-se na função de regulação da relação estabelecida entre usuário e provedor de conteúdo?

Ora, se baseado no conceito tradicional de contrato vinculado à ideia de negócio jurídico, dependente da manifestação válida de vontade, não seria possível conferir tutela jurídica a tal prática, re-

26 Tais tipos de licenças são denominados em doutrina por licenças tipo browse-wrap. Sobre o tema, vide: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap)**: um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. 673f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Há inclusive dificuldade de se enfrentar o enquadramento de tal tipo de documento a qualificação do mesmo como contrato, como se observa do próprio título que separa os termos de uso dos contratos de adesão eletrônico, bem como da seguinte passagem: "No entanto, a sociedade de informação pós-moderna busca, constantemente, a aceleração do tempo. Em outras palavras, na rede mundial de computadores, tudo deve acontecer muito rápido, sob pena de espantar os interessados. Nesse contexto, insere-se uma nova prática contratual, em que o adquirente acessa a página na internet do fornecedor, vinculando-se aos termos e condições de uso fixadas discretamente em um hiperlink no canto inferior do site ("browse-wrap"). Diferentemente das figuras anteriores, esta técnica caiu em descrença, pois o fornecedor nem ao menos da aconhecimento da existência dos termos de forma clara e de fácil constatação, o que inviabiliza a real convergência das declarações de vontade ("meeting of the minds")."(*Ibidem*, p. 4).

manescendo sua regulação, sua validade e o controle de merecimento de tutela a um limbo jurídico. A mera negação da qualificação de tais documentos do site Youtube.com como contratos não afasta a efetiva e reiterada relação entre milhares de usuários e os fornecedores de conteúdo existentes na rede.

Ao revés, partindo da noção de contrato como atividade, poder-se-ia conferir tutela contratual a tais documentos, ante a identificação de centros de interesse (usuário e provedor de conteúdo), com estabelecimento de uma relação fática em que se observa coordenação de condutas entre esses centros de interesse dotada de causa (utilização de um serviço prestado a partir da utilização do site, com remuneração indireta através da veiculação de publicidade direcionada), cumprindo uma função social (comportamento socialmente aceito, haja vista o reconhecimento cada vez maior da importância das redes de computadores para o desenvolvimento de relações jurídicas e sociais).

O reconhecimento de contrato estabelecido por estas relações cotidianamente reiteradas pela quase totalidade da população é essencial para atrair a tutela contratual, inclusive com a garantia de aplicação de instrumentos típicos do direito dos contratos, como o cumprimento específico da obrigação. De igual forma, pode-se argumentar sobre a aplicação protetiva do Código de Defesa do Consumidor como meio de proteger o usuário de possíveis abusividades eventualmente previstas pelos termos e condições de uso e política de privacidade, pela aplicação do art. 51 da Lei 8.078/90.

Verifica-se, então, a relevância da aplicação do conceito de contrato sem negócio jurídico, e mais do que isso, a viabilidade da convivência harmônica do conceito de contrato vinculado à noção de negócio jurídico, ao lado do contrato entendido como atividade fática, cuja produção de efeitos práticos merece tutela jurídica.

## 5 CONCLUSÃO

A partir das ideias lançadas no presente trabalho, pode-se concluir que, ante a alteração no contexto social em que se forjaram as figuras do contrato e do negócio jurídico, toda a teoria que fundamentou tais institutos já não é mais suficiente para os fatos sociais ocorridos na atualidade, em especial no que diz respeito à função da vontade na formação de tais vínculos, tal qual a situação do homem no bonde narrada por Karl Larenz e trazida à introdução.

Demonstrou-se que contrato e negócio jurídico se fundaram eminentemente na vontade expressa e direcionada à formação do vínculo, como reflexo do contexto negocial em que as partes se encontravam em plena igualdade para manifestação de seus interesses. Todavia, o processo de industrialização, com a massificação e volatilidade das relações sociais, fez com que o papel da vontade fosse cada vez mais questionado, de modo que sua exigência acabou por representar obstáculo à proteção de situações subjetivas merecedoras de tutela.

Por esse motivo, apresentou-se uma proposta de revisão do

conceito de contrato atenta não mais apenas à sua estrutura, aos seus dogmas, mas à sua função, qual seja: possibilitar o trânsito patrimonial, inclusive de atividades que, muito embora reconhecidas socialmente, não contavam com a efetiva manifestação de vontade negocial.

Para tanto, se desvinculou o conceito de contrato do conceito de negócio jurídico, tendo por premissa a necessidade constante de revisitação dos conceitos e institutos do direito civil, advinda da constatação da historicidade e da relatividade deles. Isso porque o Direito, vez que inserido em uma determinada sociedade em período específico, tem institutos que, com a alteração do contexto geográfico e/ou temporal, passa a exercer funções completamente distintas, a despeito de manterem o mesmo nome.

Assim, buscou-se evidenciar que, melhor do que meramente assistir ao declínio do contrato, seria atentar à sua função para abarcar situações que não se enquadram no conceito de contrato baseado exclusivamente no negócio jurídico, que, por sua vez, dependem da manifestação de vontade.

Como exemplo dessas situações, demonstrou-se o desenvolvimento das chamadas relações contratuais de fato, do comportamento social típico e da atividade, situações cuja ocorrência e reconhecimento pelo meio social tornam necessária sua tutela por parte do direito.

Com essas premissas, atentando para as relações fáticas, cuja coordenação de condutas entre centros de interesse desenvolve-se

por meio de efeitos essenciais decorrentes da própria atividade das partes, socialmente reconhecida pelo meio inserido, buscou-se entender o contrato, para além dos seus limites tradicionais: o contrato passa a ser visto como uma atividade.

O contrato entendido como atividade não decorre mais da vontade negocial, ou seja, manifestação expressa – e essencial – na formação de um negócio jurídico. O elemento volitivo na formação do contrato sem negócio jurídico é verificado pela própria atividade, quer dizer, vontade quando da prática de determinados atos coordenados entre centros de interesse.

Concluiu-se, outrossim, que os elementos identificadores dos contratos que não decorrem de negócios jurídicos são: (i) coordenação de condutas entre centros de interesses (ii) dotado de uma causa (síntese de efeitos essenciais), (iii) preenchendo uma função social.

Diante do exposto, vislumbrou-se a qualificação de comportamentos sociais típicos, relações contratuais de fato e atividade como efetivas relações contratuais. Por esse motivo, aplicam-se também ao contrato como atividade os remédios típicos cabíveis às relações contratuais, em especial a possibilidade de se exigir tutela específica, ao invés de solucionar desequilíbrios patrimoniais porventura advindos da relação com instrumentos como a responsabilidade civil aquiliana.

## REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico**. Volume 1. Coimbra: Almedina, 1992.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASCARELLI, TULLIO. **Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil**. Barcelona: Publicaciones del Real Colegio de España em Bolonia, 1964.

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

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Responsabilidade Civil – Assalto em estacionamento de supermercado – Estacionamento gratuito como caso de "relação contratual de fato" – Admissão da prova de não-culpa – Estupro tentado fora do estacionamento, seguido de morte – Falta de relação de causalidade adequada**. Revista dos Tribunais, volume 735. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./1997.

BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. Tomo I. Campinas: LZN, 2003.

BIANCA, Massimo. **Diritto Civile**. Volume 3. Milão: Giuffrè Editore, 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 115.966/SP**. Recorrente: Espólio de Oswaldo Magalhães Recorrido: Antônio de Toro. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, DF, 17 de fev. de 2000. Diário de Justiça, Brasília – DF, 24 de abr. de 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 681.856/RS**. Recorrente: Grêmio Foot-Ball Porto Alegrense. Recorrido: Sport Club Corinthians Paulista. Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, 12 de jun. de 2007. Diário de Justiça da União, 06 de ago. de 2007, p. 497.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Dos Fatos e do Negócio Jurídico. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito as Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico (1956). ***Revista de Direito GV 3,*** volume 2, nº 1. São Paulo: FGV, jan./jun. 2006.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap):** um estudo comparado entre Brasil e Canadá. 2009. 673f. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2008.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume I. 20ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERINLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem Negócio Jurídico: crítica das relações contratuais de fato**. São Paulo: Atlas, 2011.

SIRENA, Hugo Cremonez. **Direito dos contratos: relações contratuais de fato e princípio da boa-fé**. In: Revista jurídica da Pro-

curadoria Geral do Estado do Paraná, n. 5, pp. 193/239, 2012.

SIRENA, Hugo Cremonez. **Do contrato ao contato: um estudo sobre as relações contratuais de fato**. 172f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná. 2013.

# A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E AS NOVAS DINÂMICAS ENTRE PODERES

## *THE CRISIS OF REPRESENTATION AND THE NEW DYNAMICS BETWEEN POWERS*

***Lucas de Araujo Fecha***[1]

**RESUMO**

A representação política é peça chave para Democracia e sua análise é fundamental para uma compreensão holística da realidade de um país. O presente artigo busca demonstrar, a partir do Sistema Eleitoral Brasileiro e do caso da ADI 4650, como a crise do Estado de Bem-Estar Social originou uma Crise de Representatividade, que repercute até os dias de hoje na democracia brasileira. Por fim, cabe observar com maior atenção como o Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, passa a se portar frente a essa nova dinâmica. Tal debate revela-se de extrema importância na situação atual do país, marcada cada vez mais por polarização e intolerância.

**Palavras-chave:** Sistema Eleitoral. Crise de Representatividade. Judiciário.

**ABSTRACT**

1 Graduando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Artigo recebido em 21/07/2021 e aprovado para publicação em 07/11/2021.

Political representation is a key part of democracy and its analysis is fundamental for a holistic understanding of a country's reality. This article seeks to demonstrate, based on the Brazilian Electoral System and the case of ADI 4650, how the crisis of the Social Welfare State originated a Crisis of Representation, which reverberates to the present days in Brazilian democracy. Finally, it is worth observing with greater attention how the Judiciary, especially the Federal Supreme Court, starts to behave in the face of this new dynamic. Such a de-bate proves to be of extreme relevance in the current situation of the country, marked more and more by polarization and intolerance.

**Keywords:** Electoral System. Crisis of Representation. Judiciary.

## 1 INTRODUÇÃO

A separação de poderes é imprescindível para evitar abusos e preservar direitos, uma vez que, quando o poder está muito concentrado, tende a incorrer em excessos. Essa perspectiva pode ser empiricamente comprovada, além de ter sido percebida ao longo da história por diversos pensadores. Já na Grécia nota-se a existência de instrumentos que buscavam a divisão do poder[2] e Aristóteles, em sua obra "Política", reconhece que a melhor maneira de impedir a degeneração de um regime é a adoção de formas mistas de governo. É, contudo, somente com Montesquieu (1748) que surgirá a sepa-ração de poderes como entendemos hoje, baseada na tripartição e no mecanismo de freios e contrapesos.

2 Na antiguidade clássica, vigorava na polis grega a Politeia. Trata-se de um conjunto de leis não escritas e fundamentais que atua como sistema de organização e controle da sociedade. A Politeia, por sua vez, dividia o poder entre as classes socialmente estabelecidas, atuando de maneira análoga às Constituições (mistas) contemporâneas.

Nessa perspectiva, a Crise do Estado de Bem-Estar Social desencadeou uma série de mudanças na sociedade moderna, das quais se destacam duas consequências político-jurídicas principais: a *construção de um Estado Informal* e a *transferência de competências do Sistema Político para o Sistema Jurídico*. Conforme veremos, a primeira força o Judiciário a atuar em situações que seriam tipicamente de incumbência do Legislativo para proteger direitos constitucionalmente garantidos, enquanto a segunda confere aos magistrados amplo poder decisório, permitindo que autoridades não eleitas influam diretamente em temáticas que caberiam à deliberação democrática.

Em um momento de tensão institucional, tal qual esse vivenciado nos dias de hoje, é possível ver como essas dinâmicas impactaram as instituições democráticas do país. O protagonismo assumido pelo Judiciário frente a essa nova realidade retrata como as tradicionais e já consolidadas bases de divisão de poderes não são mais suficientes para se pensar o Brasil atual, sendo fundamental criar novos mecanismos que viabilizem o diálogo entre poderes. Antes, no entanto, de adentrar especificamente nesses fenômenos e em seus desdobramentos na política nacional, é necessário traçar um panorama histórico a fim de melhor compreendê-los.

## 2 PERSPECTIVA HISTÓRICA

No pós-guerra, dá-se início a um novo ciclo de acumulação do Capital baseado no modelo de produção fordista e no *welfare state* keynesiano (*WSK*). A estratégia posta em prática buscava elevar o trabalhador à condição de consumidor: a fragmentação e especialização do processo produtivo permitiram o pleno emprego e

o incremento dos salários. Assim, o aumento da produtividade foi acompanhado por um aumento do consumo, garantindo o sucesso do fordismo (OFFE, 1984, p. 372-374).

O sistema descrito era sustentado por um pacto de classes, estabelecido entre empresariado, trabalhadores e Estado, esse último, agindo de maneira amplamente interventora, cumpria uma dupla função: viabilizar os investimentos do Capital (por meio de infraestrutura e concessão de crédito) e fomentar políticas públicas em prol dos trabalhadores (função legitimadora). Esse tripé se manteve estável ao longo dos anos 50 e 60, dando origem ao chamado Ciclo Virtuoso do Keynesianismo, marcado por um franco crescimento econômico e redução das desigualdades.

Simultaneamente, foi necessário criar uma estrutura técnica capaz de viabilizar essa dinâmica. O chamado Estado Social Burocrático de Direito — diferentemente do Estado Liberal Clássico, que tinha como objetivo apenas garantir segurança e direitos de propriedade — pauta-se em uma racionalidade material (promover bens, valores, interesses…) e no Princípio da Instrumentalidade, ou seja, estabelece políticas econômicas de longo prazo, visando à concessão de direitos. Nesse sentido, surgem ainda as Constituições Dirigentes, as quais disciplinam os atores privados em prol do plano macroeconômico traçado pelos governos.

Contudo, a saturação do mercado interno[3] seguida de um

3 Até esse momento, o consumo de massa garantia que os vastos estoques formados fossem realizados, no entanto isso só era possível devido a ampla inserção de novos indivíduos no mercado de trabalho. A partir do momento em que a mão de obra é completamente inserida e o mercado consumidor não é capaz de renovar os estoques, que continuam a crescer em função da lógica fordista,

surto inflacionário em paralelo aos Choques do Petróleo geraram o colapso das bases do Estado de Bem-Estar Social. Em função da crise, a capacidade de arrecadação do Estado (tributos) é severamente prejudicada, sendo forçado a tomar decisões orçamentárias. A fim de não onerar o Capital, a solução encontrada foi o corte de gastos sociais, os quais representavam para o governo despesas improdutivas (O'CONNOR, 1973, p. 236-237). Esse fato não só socializou os prejuízos da crise, como também rompeu a relação keynesiana de direito e política: não há mais correspondência entre a demanda dos trabalhadores por direitos e a oferta desses por parte do Estado. Logo, nos anos 70, surge o problema da eficácia das políticas sociais em função da crise de arrecadação, o que originou a *Crise de Representatividade do Sistema Político* vivenciada até hoje.

A representação política se baseia no vínculo eleito-eleitor. O sufrágio universal — uma conquista justamente desse período de maior concessão de direitos — permite ao cidadão eleger alguém para defender seus interesses. Porém, a crise fiscal não possibilita mais ao sistema político satisfazer tais demandas, de modo que a população, desassistida, assume uma postura crítica e de rejeição para com seus mandatários, que reagirão a essa situação de duas formas: a construção de um Estado Informal e a transferência das competências do Sistema Político para o Sistema Jurídico.

---

dá-se início a uma crise de superprodução. O Capital, vendo o lucro diminuir e precisando arcar com os altos impostos, aumenta o preço dos produtos, de modo que, para estabilizar a economia, o Estado tem como única opção a impressão de papel-moeda, desencadeando um surto inflacionário. Tudo isso se choca diretamente com a rigidez do Estado fordista, que se baseava em grandes investimentos de longo prazo.

## 3 O ESTADO INFORMAL E OS FINANCIAMENTOS DE CAMPANHA

Essa estratégia surge a partir da incapacidade de o Estado Keynesiano assegurar as promessas do pacto social, opondo-se diretamente à lógica fordista de funcionamento do Estado, quando vigoravam estruturas racionais e legais. Mecanismos informais passam a interferir nas decisões devido à situação de escassez, de modo que os direitos, quando regulamentados, ficam sujeitos agora a uma aplicação seletiva. Cria-se uma realidade paralela ao debate político, marcada pelo lobismo, pela troca de favores e até mesmo pela corrupção. O Poder Público volta-se para aqueles que têm maior poder de negociação, isso em detrimento de uma parcela significativa da população que fica cada vez mais excluída do debate e vê cada vez menos suas demandas atendidas.

Nesse contexto, levanta-se a questão dos financiamentos de campanha. Em um cenário onde o acesso a direitos está ligado à influência no campo político, a não imposição de limites às doações tende a transformar a política em um balcão de negócios. Isso é ainda mais grave em um país como o Brasil, onde a desigualdade material revela-se de maneira tão evidente. A ideia de representação política, portanto, é desvirtuada, sendo não mais a relação entre eleito e eleitor, mas sim a relação entre candidato e financiador, tendo como maior prejudicada a população de maneira geral.

### 3.1 PANORAMA PRÉ ADI 4650

Apesar de ser muito detalhada em certos aspectos, a Constituição de 1988 não traça regras específicas para o financiamento de campanha. Antes do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o sistema era regulado basicamente pelas leis 9.504/97 (Lei das Eleições) e 9.096/96 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos); um modelo misto, no qual era permitido tanto recursos públicos quanto privados (patrimônio dos próprios candidatos, assim como doações de pessoas físicas e jurídicas).

Deve-se observar com especial atenção a participação do capital privado nessa questão. O artigo 17 da Lei 9.504/97 prevê a edição de uma lei que delimite um teto de gastos e, caso essa lei não seja promulgada, cabe aos partidos estipular o limite. O artigo 23, §1º, II da mesma lei, ao tratar da utilização de patrimônio dos próprios candidatos nas campanhas, submete esses gastos ao limite demarcado pelo partido. Como é de se esperar, a lei não era editada, de modo que o valor dos gastos de campanha e, consequentemente, dos aportes feitos por candidatos ficava a cargo dos partidos, ou seja, eram potencialmente ilimitados.

Doações de pessoas físicas ou jurídicas, por sua vez, correspondiam aos rendimentos dos mesmos, segundo o artigo 82, §1º da Lei das Eleições. Esse fato tornava as eleições excessivamente caras, além de facilitar a influência dos interesses econômicos na política do país, já que a chance de um indivíduo se eleger é diretamente proporcional ao valor investido em sua campanha. A adoção desse critério aumenta ainda mais o abismo entre a capacidade contributiva das classes, pois enquanto há indivíduos que podem doar apenas o mínimo, há outros cujas doações correspondem a quantias exorbi-

tantes, sendo justamente esses os privilegiados pelo sistema político.

Vale ressaltar que a esmagadora maioria das doações vem de pessoas jurídicas, as quais nem se aplicam os direitos políticos por se tratarem de entidades com fins econômicos. As empresas encontravam nesse modelo de financiamento um investimento, cujo retorno seria assegurado pelos candidatos patrocinados. Assim, era evidente a existência de um sistema político dominado e regido segundo as vontades de uma pequena elite econômica.

## 3.2 ADI 4650 E A TENTATIVA DE REESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA

Compreendendo que a permissividade das doações de campanha é fator da Crise de Representatividade, a ADI 4650 propunha a adoção de um limite *per capto* uniforme para contribuições de pessoas físicas, um teto para utilização de recursos próprios pelos candidatos e o fim das contribuições de pessoas jurídicas. A ação direta de inconstitucionalidade se amparava no princípio da igualdade política e no princípio republicano, ambos fundados na noção de democracia (SARMENTO; OSORIO, 2014, p. 4).

O princípio da igualdade política está legitimado na Constituição Federal no caput do artigo 5º e no artigo 14, traduzindo a ideia de que todos devem ter igual participação na formação do governo. A ampla invasão das eleições pelo Capital faz com que políticos privilegiem os interesses de uma pequena casta econômica — seus patrocinadores — em detrimento do resto da população, violando a igualdade entre os eleitores. Já o princípio republicano se

faz presente na Constituição de 1988 em seu artigo 1º, afirmando que o espaço público pertence, por definição, a todos e sua administração deve ser feita em benefício do coletivo. Como foi dito, o Estado Informal que surgiu adota uma postura seletiva, contrariando o valor republicano e implicando problemas já conhecidos, como o patrimonialismo e o clientelismo.

Consequentemente, o cidadão comum se via excluído do debate democrático, que passava a ser monopolizado pelo Capital e por uma restrita elite política; a desigualdade material transforma-se também em desigualdade política. Foi justamente visando amenizar esse cenário que o STF decidiu por maioria a inconstitucionalidade das contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, medida que passou a valer a partir de 2016. Para além do debate referente à legitimidade do tribunal de tomar essa decisão, que será abordada posteriormente, acredito que, embora constitua um passo impor-tante, a resolução da Ação Direta de Inconstitucionalidade não foi capaz de solucionar o cerne do problema.

Os reflexos da Crise de Representatividade persistem de maneira sistêmica, dando origem a diversos outros impasses que tencionam a democracia. Exemplo mais recente foi a aprovação do aumento de repasse ao Fundo Especial de Financiamento de Cam-panha: mesmo em meio à pandemia, o valor do Fundo Eleitoral su-biu de dois para 5,3 bilhões de reais, deixando de lado as verdadeiras necessidades da população. Além disso, como destacou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto na ADI 4650, nada impede que corpo-rações continuem doando por meio de pessoas físicas, dificultando ainda mais a fiscalização dos recursos. Destarte, o Estado Informal

que se estabeleceu continua a existir, perpetuando, de diferentes formas, uma estrutura baseada em privilégios.

## 4 TRANSFERÊNCIA DE COMPETÊNCIAS E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Essa delegação de atribuições tem início após a Crise de Representatividade, quando a classe política, na tentativa de se blindar das críticas de seus eleitores, irá intensificar a produção de leis, inaugurando um período marcado por uma verdadeira inflação legislativa. No auge do Keynesianismo, reivindicações se convertiam em direitos fundamentais presentes nas Constituições Dirigentes, os quais eram garantidos pela franca arrecadação tributária dos Estados. Já nesse novo momento, a crise financeira e o consequente corte de políticas públicas implicaram uma crise na efetividade das normas jurídicas, o que ficou marcado como a Era da Ineficácia das Leis.

Basta observar os reflexos disso no Direito Constitucional. Surgem aqui as chamadas normas constitucionais programáticas (não podem ser aplicadas no presente; metas para o futuro), bem como a tese dos limites de aplicabilidade das normas constitucionais (para aplicar uma norma, são necessárias condições sociais que não existem no momento). Exemplos dessas estruturas não faltam na Constituição de 1988, como é o caso do artigo 3º e do artigo 6º: apesar de educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia serem direitos assegurados, é certo que nem toda a população tem acesso a tais bens.

Uma vez que as demandas eram positivadas, ou seja, transformadas em lei, tornava-se possível exigir esses direitos nos tribu-

nais, porém as lides não eram resolvidas em função da incapacidade fática de arcar com as despesas. Com isso, há o aumento não só da insatisfação social, como também dos problemas sociais em si. O Legislativo, em resposta ao descontentamento do eleitor, produz mais leis, as quais serão igualmente ineficazes e encontraram destino em disputas nos tribunais. Esse ciclo tem como resultado a judicialização das políticas sociais, cujas consequências são descritas por José Eduardo Faria:

> Se, no âmbito da economia, a inflação líquida com a reciprocidade de expectativas inerentes às bases contratuais e demais alicerces do mercado, no universo do direito positivo ela implode os marcos normativos fundamentais da vida social; impede a certeza jurídica; e ainda acaba contribuindo para reduzir a pó direitos conquistados de modo legítimo (FARIA, 1999, p. 129).

Há de se levar em consideração, porém, mais uma consequência trabalhada pelo autor, que, por sua vez, é a que mais nos interessa aqui. A técnica legislativa, para não ter de lidar diretamente com o problema, passa a produzir leis que abarcam o maior número de conflitos possíveis, apelando para princípios amplos e expressões pouco específicas. Uma quantidade exacerbada de leis em paralelo a normas abstratas implicará um expressivo aumento da discricionariedade do magistrado, que passa a escolher e interpretar a norma que lhe convier:

> Isto porque, como não oferece aos operadores do direito as condições para que possam extrair de suas

> múltiplas normas critérios constantes e precisos de leitura e interpretação, esse ordenamento acaba exigindo um trabalho interpretativo contínuo, uma vez que essas normas só podem ter seu sentido definido, basicamente, no exato momento de sua aplicação (*Ibid*., p. 130).

Esse caráter político da magistratura que entra em evidência — acompanhado por antinomias e jurisprudências conflitantes — acarreta uma insegurança jurídica sistêmica no Brasil. Esse fenômeno, é certo, se estende por todas as instâncias do Poder Judiciário e é sob essa perspectiva de *politização do direito* que iremos abordar a participação do STF na contemporaneidade, buscando observar como essas novas relações afetam a tripartição de poderes.

## 4.1 O STF E A ADI 4650

Como tribunal constitucional do Brasil, cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar ações diretas de inconstitucionalidade, declarando a invalidade de normas que se mostrem contrárias à Constituição Federal. No caso do financiamento de campanha, a responsabilidade de tomar uma decisão recaía sabre o Congresso, uma vez que não havia determinação constitucional específica sobre o tema. Entretanto, por se tratar de temática que beneficiava diretamente os membros das casas legislativas, esses mantiveram-se inertes. Além disso, como já explicado, o modelo em vigor na época acabava por conferir pesos distintos ao voto dos cidadãos e permitir ingerências do poder econômico no espaço público, ferindo gravemente os princípios da igualdade política e da República presentes na Constitui-

ção.

Essas questões, portanto, serviram para justificar a atuação do Supremo Tribunal Federal, protetor das diretrizes constitucionais, configurando ainda exemplo da função representativa dos Tribunais Superiores, como veremos mais à frente. Contudo, ainda que o reconhecimento da ADI 4650 e a declaração de inconstitucionalidade dos devidos dispositivos legais tenha ido ao encontro da Constituição Federal de 1988 e das aspirações da sociedade civil, o caso suscita outra temática relevante: até que ponto o Supremo Tribunal e seus onze ministros — não eleitos — estão aptos a captar os anseios populares e tomarem decisões de cunho eminentemente político?

Episódios como esse da Ação Direta de Inconstitucionalidade têm se tornado cada vez mais frequentes na vida política do país, abrangendo as mais diversas matérias. Casos mais subjetivos tendem a levantar debates sobre a legitimidade de atuação do Judiciário, uma vez que uma postura expansiva desse Poder necessariamente restringe a capacidade de atuação dos outros dois, contribuindo de forma determinante para os embates institucionais que ocorrem na atualidade. Desse modo, compreender o papel dos tribunais constitucionais hoje é fundamental para evitar um desequilíbrio nas instituições representativas.

## 4.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A ideia de um tribunal constitucional vem acompanhada de

um processo de constitucionalização do Direito. Percebendo que o formalismo jurídico e a mera noção de validade por meio da au-toridade não eram mais suficientes para conferir legitimidade às normas, a técnica jurídica incorporou às Constituições Modernas valores morais substantivos que fossem capazes de criar consenso entre os cidadãos (justiça, igualdade…). Além disso, estabeleceu-se a superioridade hierárquica da Constituição em relação as demais leis e a ideia de Constituições Rígidas, as quais dependem de um procedimento mais complexo para serem alteradas, visando a proteção de seus conteúdos.

Isso permitiu o surgimento do controle de constitucionalidade, a partir do qual seria possível submeter as leis infraconstitucionais a um critério axiológico: os valores morais positivados nas Constituições. Esse controle, feito pelos tribunais constitucionais confere ainda mais influência ao Judiciário, que já gozava de ampla liberdade decisória. Com isso, "*No neoconstitucionalismo, a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais*." (SARMENTO, 2009, p. 4).

Ativismo judicial, por sua vez, significa uma atuação mais vigorosa do Judiciário para implementar a tábua valorativa da Constituição, mesmo que isso signifique invadir o espaço de atuação dos outros poderes. Apesar dessa expressão ter sido estigmatizada como algo negativo, é fato que há exemplos positivos dessa atuação: pautas polêmicas que o legislador não vota para não comprometer seu capital político ou temáticas com as quais está diretamente envolvido,

como foi o caso da ADI 4650. Logo, revelam-se as duas faces do ativismo judicial: uma que busca fazer valer a Constituição da melhor forma possível, permitindo a ressonância de seus princípios por todo o ordenamento jurídico, e outra de cunho ideológico, quando o magistrado lança mão de sua liberdade para concretizar sua própria visão.

O problema que busco aqui ressaltar vem justamente da segunda face. Ao observar a realidade, seria inocente acreditar que decisões judiciais, muitas vezes, não carregam consigo um viés político. Mesmo que com a melhor das intenções, situações em que as sentenças dependam de um mínimo de subjetividade (expressões vagas, antinomias, temas polêmicos…) pressupõem automaticamente o juízo moral daquele que decide. Destarte, é tácito que essa nova função do Judiciário — que vai além da ideia tradicional de simples aplicação do Direito — deve ser cautelosamente exercida para que não seja distorcida de seu real objetivo.

## 4.3 OS LIMITES DA ATUAÇÃO

O Ministro Luís Roberto Barroso (2018) apresenta o que para ele seriam os três papeis dos tribunais constitucionais: *contramajoritário*, *representativo* e *iluminista*.

A primeira função parte da ideia de que a interpretação dos princípios constitucionais feita pelas cortes competentes, apesar de seus integrantes não serem eleitos, prevalece quando em confronto com as decisões dos órgãos representativos, os quais são entendidos como majoritários, já que a escolha de seus membros é fruto do pro-

cesso democrático. Essa preponderância se fundamenta no ideal de proteção dos valores constitucionais — os quais devem conformar a vontade da maioria e não serem violados por ela — e das próprias bases da democracia. Trata-se, portanto, de garantir à continuidade do Estado de Direito, assegurando a inviolabilidade dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição e impedindo que a democracia (e seus valores) se transforme em demagogia, ou seja, o governo das massas, em que grupos minoritários encontram-se desamparados e à mercê da vontade da maioria.

A segunda atribuição, por sua vez, sustenta-se na noção de democracia deliberativa: entende-se que o processo democrático não se restringe ao simples ato de votar, sendo marcado pelo constante debate de ideias e pela participação de diversos atores sociais. Assim, os tribunais superiores seriam responsáveis por interpretar as demandas sociais e efetivá-las quando há falha ou omissão do Legislativo. A ADI 4650 se deu nesse sentido: é fato que a população, em virtude do que o modelo de financiamento anterior representava, carecia das alterações que foram feitas pelo STF após ter sido motivado pelo devido processo legal, evidenciando-se o papel representativo.

O terceiro encargo, por fim, diz respeito à capacidade dessas cortes de promoverem avanços, invocando para isso princípios fundamentais e humanistas. Em nome da dignidade humana, os tribunais superiores poderiam atuar divergindo da legislação e até mesmo do anseio popular. Fenômenos como esse devem necessariamente ser acompanhados de uma argumentação coerente típica da democracia. No Brasil, pode-se citar como caso notório nesse sentido o reconhecimento da união homoafetiva, que passou a ser entendida

como entidade familiar — tema esse que ainda hoje sofre resistência de grupos sociais.

Por mais que essas características delimitem a atuação legítima das cortes é importante notar que existem situações em que esses papéis são desvirtuados de sua finalidade original, principalmente se tratando dos dois últimos. Como ressalta o próprio Ministro, essas dimensões e suas prerrogativas devem ser utilizadas com extrema cautela (BARROSO, 2018, p. 2187).

A função representativa, vale ressaltar, é fruto do idealis-mo habermasiano que passa a pautar o direito a partir, justamente, da crise do fordismo e do *WSK*. O direito, buscando uma solução para a crise que surgia como resultado do desmonte do Estado de Bem-Estar Social, apresenta-se como ferramenta emancipadora, que se concretizaria por meio do Agir Comunicativo (GONÇALVES, 2014, p. 321-325). Com a Crise de Representatividade essa dimen-são toma ainda mais força, pois as diversas frustrações da população com o processo político levam as pessoas a buscarem representativi-dade no Judiciário. Contudo, o debate político — com todos os seus problemas — cabe ao Legislativo, não sendo possível transferir in-tegralmente essa competência tão fundamental para um órgão cujos membros não são democraticamente eleitos.

Deve-se levar em consideração até que ponto vai a legitimidade de um tribunal para captar o sentimento popular, considerando sua multiplicidade de fontes e a intrínseca subjetividade dessa ideia. Risco maior ainda pode ser percebido no compromisso iluminista, cujo exercício de maneira descuidada pode culminar em crises institucionais. Intuitivamente, surge a questão do (des)equilí-

brio de poderes, além de que incumbir tamanha responsabilidade a um órgão significa imputar a ele decisões cujos reflexos repercutem no futuro de toda uma sociedade.

## 4.4 REPERCUSSÕES NO PLANO NACIONAL

O Supremo Tribunal Federal, como se sabe, é o tribunal superior do Brasil, porém, além de decidir matérias em última instância, cabe a ele julgar o foro judicial especializado e também cumprir o papel de tribunal constitucional[4], acumulando assim uma série de atribuições. Entretanto, ao passo que o modelo concentrado tinha como uma de suas pretensões originais impedir que indivíduos não eleitos pudessem invalidar atos das instituições representativas (CAPPELLETTI, 1984, p. 86-87), no Brasil, esse modelo foi adaptado de tal forma que o tribunal constitucional se tornou também o tribunal superior.

Vale ressaltar que o Brasil conta com uma Constituição analítica, ou seja, ela aprofunda e especifica diversas temáticas que ordinariamente caberiam ao legislador. Esse fato permite que o STF, enquanto tribunal constitucional, faça mais do que simplesmente anular medidas dos outros poderes com base na Constituição. Interpretar conteúdos constitucionais; aplicar ele mesmo normas da Constituição; suplementar eventuais omissões legislativas ou execu-

4 No Brasil, o controle de constitucionalidade recebeu influência norte-americana (difuso e incidental) e austríaca (concentrado e abstrato), ou seja, tanto pode ser realizado nas diversas instancias do judiciário conforme seja relevante ao caso concreto, como pode ser feito por ação ajuizada ao STF para tratar da constitucionalidade das normas.

tivas quando necessário para a eficácia do texto constitucional (inconstitucionalidade por omissão). Tudo isso são exemplos do alcance dos poderes conferidos ao Supremo.

Sob essa perspectiva, Oscar Vilhena Vieira (2008) cunhou o termo Supremocracia. A ideia por trás do conceito é que o Supremo Tribunal Federal, valendo-se da prerrogativa de jurisdição constitucional, impõe-se não só sobre o Judiciário, mas também invade o âmbito dos outros poderes. O autor aponta ainda a questão de o STF ter se tornado um espaço de reavaliação de deliberações das casas legislativas. Para compreender esse fenômeno, deve-se perceber que desde a Constituição de 1988 uma multiplicidade de agentes políticos tem legitimidade para ajuizar ações no STF, dentre eles partidos que ocupam lugar no Congresso Nacional. Assim, quando derrotados, esses recorrem ao Supremo em uma tentativa de alterar o resultado do processo, fazendo com que o debate político — originalmente restrito aos órgãos representativos — seja judicializado.

Existem ainda casos em que o STF chega a ultrapassar as suas próprias competências. Exemplo marcante disso foi a equiparação da homofobia ao crime de racismo: em uma tentativa de proteger um grupo e permitir que os valores constitucionais chegassem a esses indivíduos, a corte cria um novo tipo penal por analogia. Essa medida, não só invade o domínio do Legislativo, como também abre um precedente que pode ser explorado em novas ocorrências no futuro. Apesar da pretensão, a forma como se deu a ação expõe o ordenamento jurídico à insegurança e instabilidade.

Além disso, deve-se levar em consideração a atuação individual dos Ministros enquanto membros da corte. Segundo a interpre-

tação analítica de Arguelhes e Ribeiro (2018), ao tratar da chamada Ministrocracia, os Ministros do STF agem muitas vezes de maneira descentralizada, criando conflitos políticos e comprometendo a legitimidade do tribunal na visão da sociedade. Desse modo, a atuação monocrática em detrimento de decisões coletivas, assim como um expressivo número de liminares descaracterizam o sentido de um tribunal colegiado.

Ademais, os Ministros têm a capacidade de definir agenda e sinalizar pautas. A primeira alçada está diretamente ligada ao poder de pedir vista de um processo. Após o presidente do STF determinar quais temas serão julgados e o relator apresentar seu voto, qualquer um dos outros Ministros pode frear o andamento do processo por meio do pedido de vista. O abuso dessa prerrogativa é prática frequente, principalmente quando se trata de matérias polêmicas, não havendo sequer um prazo limite. Logo, uma série de decisões são adiadas a tal ponto que o próprio julgamento da matéria se esvazia.

Já a sinalização de pautas vincula-se à visibilidade dos Ministros na mídia. Essa dimensão característica da modernidade permite aos Ministros apontarem na imprensa a sua disposição para julgar determinados tópicos. Esse fato é evidenciado pelo caso da PEC 33/2011[5], em que as manifestações públicas dos Ministros já apontavam para um eventual conflito entre os poderes. Com isso, a ameaça de tensões institucionais transforma-se em mecanismo de

5 A Proposta de Emenda Constitucional pretendia alterar a quantidade de votos necessários para declaração de inconstitucionalidade, submeter as súmulas vinculantes do STF à aprovação do Legislativo e tornar a decisão de inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais atribuição do Congresso Nacional, limitando assim os poderes do STF.

barganha política.

Por fim, destaca-se a polêmica recente sobre o "inquérito das *fake news*" (INQ 4781). Frente a ameaças contra os Ministros e seus familiares, além de incitações a favor do fechamento da corte, o STF julgou improcedente a ADPF 572, que ia de encontro ao inquérito, permitindo assim a investigação dessas declarações e de notícias fraudulentas. A pergunta que surge é: qual o limite entre tal medida e a liberdade de expressão? O Ministro Celso de Mello ressaltou que ofensas e ameaças não estão protegidas pela liberdade de expressão, sendo papel do Supremo proteger o Estado Democrático, e o Ministro Dias Toffoli, no mesmo sentido, afirmou que o objetivo não é censurar posicionamentos contrários nem críticas legítimas ao STF, mas sim combater práticas criminosas. No entanto, episódios como os que envolveram a revista 'Crusoé' e o site 'O Antagonista'[6] geram receio contra a medida e fazem os cidadãos questionarem até onde se estende a atuação do Supremo Tribunal Federal.

## 5 CONCLUSÃO

A análise proposta buscou demonstrar justamente como o desmantelamento de políticas sociais e a perda da eficácia de direitos impactaram as relações entre poderes previstas originalmente em "*De l'esprit des lois*". Esse processo, por sua vez, descredibilizou as instituições representativas, promovendo também um aumento considerável do papel do Judiciário nessa nova sociedade. Assim, as

6 Um dos Ministros determinou que fossem retiradas do ar matérias que citavam o presidente do STF, definindo multa e exigindo que a Polícia Federal ouvisse os responsáveis. Tamanha foi a repercussão, inclusive entre os próprios Ministros, que a decisão foi revogada.

dinâmicas em vigência hoje devem ser entendidas sob um viés dúplice: se por um lado permitem uma atuação mais direta por meio da aplicação dos princípios constitucionais, por outro expõe o Judiciário a pressões antes restritas ao campo político, na medida em que esse não consegue dar vazão às múltiplas demandas que surgem.

No Brasil, a tão escancarada Crise de Representatividade em paralelo ao cenário político atual faz com que o Judiciário (e princi-palmente o STF), no exercício de seus novos papéis, torne-se alvo de intensas críticas, as quais buscam por em cheque sua legitimidade. Não há aqui intenção de defender qualquer espécie de conformismo por parte da população. Apesar do importantíssimo papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, este não é imune a críticas, as quais devem ser feitas visando melhorar o sistema e nunca como forma de depreciar instituições democráticas.

A instabilidade institucional vivenciada hoje é, em boa me-dida, fruto da inexistência de limites claros para a atuação de cada um dos poderes. No entanto, como mostra o processo histórico, essa indeterminação é uma tendência da contemporaneidade, sendo necessário aprender a lidar com ela. Com isso, não se deve buscar mais limites fixos, mas sim tentar estabelecer um equilíbrio dinâmi-co entre os poderes.

Conquanto omissões e excessos de um Poder repercutam inevitavelmente sobre os demais, cabendo a todos os três elaborar novas estratégias de colaboração e convivência, acredito que o primeiro passo rumo a uma solução deva ser dado pelo Judiciário, já que ele, no âmbito de suas novas competências, é quem possui a mais ampla capacidade de atuação, interpretando e fiscalizando a lei. A fim de

combater a imprevisibilidade e a consequente insegurança jurídica, surge como possibilidade a adoção, já em curso, de um modelo que privilegie jurisprudências, que, no entanto, ainda se dá de maneira muito tímida no país. Já no que se refere aos dilemas enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, uma série de ações objetivas podem ser tomadas, indo desde uma postura de autocontenção por parte dos Ministros, privilegiando decisões colegiadas, até a revisão do pedido de vista por meio da demarcação de um prazo razoável.

Finalmente, buscando atenuar a sobrecarga de competências que hoje recai sobre o STF, revela-se de extrema relevância pensar, à luz da realidade brasileira, a criação de um tribunal constitucional separado da última instância do Judiciário. Sem adentrarmos muito nessa temática, é possível identificar uma multiplicidade de formas de exercer o controle de constitucionalidade, algumas das quais não são nem mesmo judiciais, como é o caso do *Conseil Constitutionnel* francês, um órgão político composto por ex-presidentes e outros nove membros. O sistema em vigência hoje não se mostra mais capaz de lidar com as relações entre poderes, que é uma característica central do próprio controle de constitucionalidade.

Logo, deve-se buscar a harmonia institucional — antítese da Crise de Representatividade —, a qual se revela peça chave para retomada do ideal democrático no atual cenário nacional.

## REFERÊCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **MINISTROCRACIA**: O Supremo Tribunal indivi-

dual e o processo democrático brasileiro. Novos estud. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 23 abr. 2021. https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, SP: Martin Claret, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajorit**á**rio, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas / Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary de-mocracies. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 9, n. 4, p. 2171-2228, dez. 2018. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publi-cacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>. Acesso em: 15 abr. 2021.

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: 08 abr. 2021.

_____. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconsti-**

**tucionalidade 4277/DF**. Relator: Min. AYRES BRITTO. DJ: 14/10/2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4650/DF**. Relator: Min. LUIZ FUX. DJ: 30/10/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Relator: Min. CELSO DE MELLO. DJ: 13/06/2019. Disponível em: < https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 23 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 572/DF**. Relator: Min. EDSON FACHIN. DJ: 18/06/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito 4781/DF**. Relator: Min. ALEXANDRE DE MORAES. DJ: 17/02/2021. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/mandado27maio.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição 33/2011**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionali-**

**dade das Leis no Direito Comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

FARIA, José Eduardo. As mudanças do Direito entre duas eras econômicas. In: FARIA, José Eduardo. **O Direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Marx est**á** de volta! Um chamado pela virada materialista no campo do direito / Marx is back! A call for a turn towards materialism on the field of law. **Revista Direito e Práxis**, [S.l.], v. 5, n. 2, p. 301-341, dez. 2014. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/13871>. Acesso em: 16 jul. 2021. doi: https://doi.org/10.12957/dep.2014.13871.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: A ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 09-52, jul./set. 2016. p. 27. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso. com.br/wp-content/uploads/2016/11/Barroso-Campos-Mello--Ascensao-dos-Precedentes.pdf>.

MONTESQUIEU, C. S. **O Espírito das Leis**. 3.ed. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

O'CONNOR, James. **The Fiscal Crisis of the State**. New York: St. Martin's Press, 1973.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos

e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869. Acesso em: 12 jul. 2013.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. **Uma mistura tóxica**: política, dinheiro e o financiamento das eleições. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf. Acesso em 10 abr. 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**. São Paulo: jul-dez/2008, p.441-464.

# A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL: peculiaridades à luz do Recurso Especial nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0)

*THE JUDICIAL REORGANIZATION OF INDIVIDUAL RURAL ENTREPRENEURS: peculiarities in the light of special appeal no. 1.811.953 – mt (2019/0129908-0)*

***Artur Vinícius de Lima Fernandes***[1]
***Lucas Gabriel Duarte Neris***[2]

**RESUMO**

O presente trabalho dispõe-se a analisar uma controvérsia do Direito Empresarial que impacta não somente a doutrina, como também a prática comercial de inúmeros empreendedores rurais: a possibilidade de o empresário individual rural que possua menos de dois anos inscrito na Junta Comercial de se utilizar ou não do instituto da recuperação judicial com base em período de atividade empresarial anterior ao seu efetivo registro. Objetivou-se, portanto, por meio

1 Discente do Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido

2 Discente do Bacharelado em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Artigo recebido em 21/08/2021 e aprovado para publicação em 29/12/2021.

de um levantamento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria, identificar qual é a posição majoritária vigente no Brasil e, ainda, compreender como o acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0) pretende disciplinar e uniformizar a aplicação do instituto da recuperação judicial ao empresário individual rural. Dessa forma, a partir da exposição das arguições presentes nos votos vencedor e vencido, buscou-se aprofundar o escopo da discussão, esclarecendo e trazendo ao debate várias minúcias que orbitam a questão do empresário individual rural, em especial no que concerne ao seu tratamento diferenciado.

**Palavras-chave:** Empresário individual rural. Recuperação Judicial. Registro na Junta Comercial. Jurisprudência do STJ.

## ABSTRACT

The present work sets out to analyze a controversy in Business Law that impacts not only the doctrine, but also the commercial practice of numerous rural entrepreneurs: the possibility of the individual rural entrepreneur who has less than two years registered with the Board of Trade to use or not the institute of judicial reorganization based on a period of business activity prior to its effective registration. The goal of this paper is, therefore, through a doctrinal and jurisprudential survey on the matter, to identify what is the majority position in Brazil and also to understand how the decision issued by the Superior Court of Justice in Special Appeal No. 1,811,953 - MT (2019/0129908-0) intends to discipline and standardize the application of the judicial recovery institute to individual rural entrepreneurs. Thus, based on the presentation of the arguments present in the winning and losing votes, this work purpose was to deepen the

scope of the discussion, clarifying and bringing to the debate several details that orbit the issue of individual rural entrepreneurs, especially with regard to their differentiated treatment.

**Keywords:** Individual rural entrepreneur. Judicial recovery. Registration with the Commercial Registry. Jurisprudence of the STJ.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho almeja expandir a discussão acerca de um conflito argumentativo levado deveras à tribuna e às páginas dos manuais: a questão da aplicação do instituto da recuperação judicial para o empresário individual rural com menos de dois anos inscrito na Junta Comercial. Busca-se explorar esse assunto a partir das considerações trazidas no acórdão do Recurso Especial (REsp) Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0), emitido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos 06 dias do mês de outubro do ano de 2020.

No referido acórdão, os Ministros deliberaram sobre a possibilidade de se garantir a recuperação judicial para o empresário individual rural que não tenha completado o período mínimo exigido pela lei quanto à sua inscrição na Junta Comercial. Eles analisaram a matéria em face do tratamento diferenciado despendido a essa espécie de empresário e, ainda, sabendo-se que houve importante dissidência durante o julgamento, é importante que também seja compreendida a tese vencida.

Este trabalho busca, por conseguinte, duas finalidades: em primeiro lugar, elucidar o interesse doutrinário e jurisprudencial na matéria – isto é, apresentar o que já foi escrito e falado sobre o tema; e, em segundo, destrinchar o acórdão que se propôs a uniformizar a matéria, de modo a entender como se constroem os votos vencedor e vencido. Busca-se, portanto, traçar um rol de considerações não apenas descritivo, mas, principalmente, crítico.

## 2 O EMPRESÁRIO RURAL E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Código Civil de 2002, especificamente o *caput* do seu art. 966[3], identifica a figura do empresário como aquele que exerce, de forma profissional, atividade de cunho econômico organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Assim, depreende-se que a atividade empresarial efetivamente exercida constitui um fato jurídico, tendo em vista que o exercício dessa atividade econômica se sujeita ao regime jurídico da atividade de empresa (ASCARELLI, 1998; FRANÇA, 2009; RIBEIRO, 2009). Logo, cabe ao empresário, anteriormente ao exercício empresarial, inscrever-se na Junta Comercial, sob pena de ser tido como empresário irregular (BRASIL, 2002; CRUZ, 2020).

Todavia, no que se refere à atividade econômica do empresário rural, foi previsto um tratamento diferenciado pelo legislador

3 *"Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"* (BRASIL, 2002).

pátrio. Conforme dispõe o art. 971[4] do Código Civil de 2002, é facultativo o registro na Junta Comercial para aqueles que exercem atividade empresarial na condição de produtor rurícola.

Conforme Cruz (2020), caso o empresário rural não se registre na Junta Comercial, este não será considerado empresário para efeitos jurídicos e submeter-se-á às normas do Direito Civil; de outra mão, caso o produtor rural opte por se inscrever na Junta, será considerado empresário para todos os efeitos jurídicos e submeter-se-á às normas do Direito Comercial.

Segundo preleciona Coelho (2020, p. 25), atividade econômica rural é aquela

> [...] explorada normalmente fora da cidade. Certas atividades produtivas não são costumeiramente exploradas em meio urbano, por razões de diversas ordens (materiais, culturais, econômicas ou jurídicas). São rurais, por exemplo, as atividades econômicas de plantação de vegetais destinadas a alimentos, fonte energética ou matéria-prima (agricultura, reflorestamento), a criação de animais para abate, reprodução, competição ou lazer (pecuária, suinocultura, granja, equinocultura) e o extrativismo vegetal (corte de árvores), animal (caça e pesca) e mineral (mineradoras, garimpo).

4 *"Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro"* (BRASIL, 2002).

Neste sentido, inicialmente, a Quarta Turma do STJ, em sede de Recurso Especial nº 474.107/MG, cuja relatoria fora incumbida ao Ministro Luis Felipe Salomão, adotou o entendimento no qual pecuaristas que vivem da compra e venda de gado no meio rural, com estrutura simples, não se enquadram no conceito legal de empresário. Logo, estão sujeitos às regras do estatuto civil comum e não do Direito Empresarial, o que lhes impedem de se valerem, por exemplo, da falência, da concordata ou da recuperação judicial, restando-lhes apenas a permissão para o pedido de autoinsolvência (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido, o Código Civil (Idem, 2002) dispõe, em seu art. 984, que:

> A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária.

Em 2019, contudo, a Quarta Turma do STJ, em sede do Recurso Especial nº 1.800.032/MT, cuja relatoria fora incumbida ao Ministro Raul Araújo, reconheceu que *"O produtor rural, por não ser empresário sujeito a registro, está em situação regular, mesmo ao exercer atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta para ele*

*facultativa"*.

Assim, a Quarta Turma do STJ passou a entender que:

> [...] os efeitos decorrentes da inscrição são distintos para as duas espécies de empresário: o sujeito a registro e o não sujeito a registro. Para o empreendedor rural, o registro, por ser facultativo, apenas o transfere do regime do Código Civil para o regime empresarial, com o efeito constitutivo de "equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro", sendo tal efeito constitutivo apto a retroagir (ex tunc), pois a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro. Já para o empresário comum, o registro, por ser obrigatório, somente pode operar efeitos prospectivos, ex nunc, pois apenas com o registro é que ingressa na regularidade e se constitui efetivamente, validamente, empresário (BRASIL, 2019, p. 7).

Para a Quarta Turma, esse entendimento possibilita a efetivação do requerimento da recuperação judicial, mesmo que entre o registro na Junta Comercial não possua ainda dois anos completos. Segundo a Quarta Turma (Ibidem, p. 59),

> o registro permite apenas que as atividades do produtor rural incidam as normas previstas pelo direito empresarial. Todavia, antes do registro, e mesmo sem, o produtor rural que exerce atividade profissional organizada para a produção é empresário.

Logo, em que pese a necessidade do prévio registro na Junta Comercial como empresário rural para a efetivação da proposição da recuperação judicial – que, diga-se de passagem, trata-se de instituto próprio do regime empresarial[5] –, não há impedimento ao cômputo do período anterior ao registro, somado ao período sucessor, para cumprir o total de mais de dois anos de exercício da atividade empresarial rural (BRASIL, 2019).

Em sentido similar, a Terceira Turma do STJ, em sede do Recurso Especial 1.193.115/MT, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, adotou a seguinte tese:

> o deferimento da recuperação judicial pressupõe a comprovação documental da qualidade de empresário, mediante a juntada com a petição inicial [...] de inscrição na Junta Comercial, realizada antes do

5 *"Recuperação da empresa – faculdade aberta pela lei exclusivamente aos devedores que se enquadram no conceito de empresário ou sociedade empresária, a recuperação judicial possibilita a reorganização das empresas exploradas pelo devedor, com maior ou menor sacrifício dos credores, de acordo com plano aprovado ou homologado judicialmente. Por meio do plano de recuperação da empresa, o devedor pode postergar o vencimento de obrigações, reduzir seu valor ou beneficiar-se de outros meios aptos a impedir a instauração da execução concursal. O devedor civil não tem nenhuma medida com esta extensão. Na melhor das hipóteses, a lei prevê a possibilidade de suspensão da execução concursal se o devedor obtiver a anuência de todos os credores"* (COELHO, 2020, p. 170); "*A princípio, é preciso considerar que a recuperação judicial é um benefício cabível apenas as empresas e aos empresários merecedores que possam usufruir, apresentando um sólido compromisso com o plano de recuperação, bem como a sua importância da sua atividade"* (PORÉM; DIAS, 2019, p. 15); *"De acordo com o art. 1.º da LRE, [...] suas normas só se aplicam àqueles que exercem atividade empresarial, não se referindo a devedores civis. Portanto, somente empresários (empresários individuais, EIRELI e sociedades empresárias) podem requerer recuperação judicial"* (CRUZ, p. 1320).

> ingresso do pedido em Juízo, [...] inadmissível a inscrição posterior ao ajuizamento (BRASIL, 2013, p. 1).

Já sob a perspectiva de decisões de tribunais estaduais, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso (2009), por exemplo, tem orientação similar àquela firmada pelo STJ:

> Recurso de Agravo de Instrumento - Recuperação Judicial - Decisão que defere o processamento da recuperação judicial em favor das empresas jurídicas de direito privado e dos sócios produtores rurais pessoas físicas - Preliminares de não cabimento do recurso - intempestividade e ausência de certidão de intimação - Todas suscitada pelos agravados - Rejeição - Alegação de impossibilidade de deferimento do pedido em favor dos produtores rurais face à não comprovação do registro público de empresa mercantil (artigo 971 do CC) quando do ajuizamento do pedido - Constatação - Inscrições realizadas no registro público de empresas mercantis (JUCEMAT) por parte dos produtores rurais somente após o ajuizamento da ação - Impossibilidade de se beneficiarem do instituto da recuperação judicial por não preencherem as exigências do artigo 48 e 51 da lei nº 11.101/2005 - Recurso provido para excluir os produtores rurais pessoas físicas do polo ativo do pedido de recuperação judicial. (TJMT – AG. 70644/2009 – Primeira Câmara Cível – Rel. Des. Marielsen Andrade Addario – DJ 21-09-2009).

Na mesma esteira, o Tribunal de Justiça de São Paulo (2019) negou pedido de concessão de recuperação judicial ao empresário rural que não obteve o registro antes da solicitação:

> Recuperação judicial. Empresário Rural. Cabimento, desde que comprovado o desenvolvimento da atividade por mais de dois anos, inscrevendo-se perante o Registro Mercantil em data anterior ao pedido. Requisitos cumulativos não cumpridos pelos três produtores rurais acionantes, que, apesar de demonstrar o exercício da atividade rurícola por mais de dois anos, não providenciaram o registro na Junta Comercial antes da distribuição da recuperação. Registro mercantil de Vilber que, apesar de providenciado muito antes da distribuição da recuperação, também foi cancelado antes desse termo, nos idos do ano de 1988. Processamento da recuperação judicial revogada no tocante aos produtores rurais. Recurso provido para esse fim, negado o pedido de retirada de pauta. (TJSP; Agravo de Instrumento 2047813-62.2018.8.26.0000; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Guaíra - 1ª Vara; Data do Julgamento: 25/03/2019; Data de Registro: 26/03/2019).

Nota-se que a Quarta Turma do STJ enfrentou tal questão no julgamento do já citado Recurso Especial 1.800.032/MT. Destarte, em que pese a decisão não ter sido unânime, os Ministros adotaram a tese na qual o empresário rural pode se valer do instituto da recuperação judicial desde que tenha se registrado no Registro Público de Empresas Mercantis anteriormente ao ajuizamento do requerimento (BRASIL, 2019).

Frise-se que o entendimento da Quarta Turma segue na mes-

ma linha do Enunciado 97[6], da III Jornada de Direito Comercial, no qual se entendeu que a inscrição na Junta Comercial não precisa ter sido realizada há dois anos ou mais, necessitando apenas que se prove o exercício da atividade econômica rural há mais de dois anos. Na mesma esteira, decidiu-se também de acordo com o Enunciado 96[7], da III Jornada de Direito Comercial, posto que se adotou o entendimento de que todos os créditos estariam sujeitos à recuperação, inclusive os créditos anteriores ao registro (BRASIL, 2019).

Portanto, depreende-se que a faculdade concedida ao produtor rural de se registrar ou não pela Junta Comercial é uma particularidade regularmente prevista pelo Direito Empresarial. Logo, o direito pátrio assegura que o produtor rural simplesmente não se inscreva no Registro Público de Empresas Mercantis; de outra mão, caso deseje, deverá atentar-se ao art. 968[8] do Código Civil, equi-

6 Disponível em: <https://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/III-Jornada-de-Direito-Comercial.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2021.

7 Disponível em: <https://www.dpd.ufv.br/wp-content/uploads/III-Jornada-de-Direito-Comercial.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2021.

8 *"Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha: I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens; II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafa que poderá ser substituída pela assinatura autenticada com certificação digital ou meio equivalente que comprove a sua autenticidade, ressalvado o disposto no inciso I do § 1 o do art. 4 o da Lei Complementar n o 123, de 14 de dezembro de 2006 ; III - o capital; IV - o objeto e a sede da empresa. § 1º Com as indicações estabelecidas neste artigo, a inscrição será tomada por termo no livro próprio do Registro Público de Empresas Mercantis, e obedecerá a número de ordem contínuo para todos os empresários inscritos. § 2º À margem da inscrição, e com as mesmas formalidades, serão averbadas quaisquer modificações nela ocorrentes. § 3º Caso venha a admitir sócios, o empresário individual poderá solicitar ao Registro Público de Empresas Mercantis a transformação de seu registro de empresário para registro de sociedade empresária, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código. § 4º O processo de abertura, registro, alteração e baixa*

parando-se à figura do empresário sujeito ao registro (MAMEDE, 2021).

Especificamente quanto ao instituto da recuperação judicial, deve-se dizer que essa figura surgiu no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei Federal nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, substituindo o instituto da concordata (SALOMÃO; SANTOS, 2012; VERÇOSA, 2005). Neste sentido, Cruz (2020, p. 1317) assevera que *"vários pontos relevantes do direito falimentar brasileiro foram alterados pela Lei 11.101/2005, dentre os quais se destaca a substituição da obsoleta figura da concordata pelo instituto da recuperação judicial"*.

O instituto da recuperação judicial é, portanto, uma faculdade legal exclusiva aos empresários que cumpram os requisitos legais, que se comprometam com o plano de recuperação e com a importância da atividade econômico empresarial da empresa objeto da recuperação judicial (PORÉM; DIAS, 2018; COELHO, 2020; SALOMÃO; SANTOS, 2012).

A Lei nº 11.101/2005, em seu art. 2º[9], dispõe que o ins-

---

*do microempreendedor individual de que trata o art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 , bem como qualquer exigência para o início de seu funcionamento deverão ter trâmite especial e simplificado, preferentemente eletrônico, opcional para o empreendedor, na forma a ser disciplinada pelo Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, de que trata o inciso III do art. 2º da mesma Lei. § 5º Para fins do disposto no § 4º, poderão ser dispensados o uso da firma, com a respectiva assinatura autógrafa, o capital, requerimentos, demais assinaturas, informações relativas à nacionalidade, estado civil e regime de bens, bem como remessa de documentos, na forma estabelecida pelo CGSIM"* (BRASIL, 2002).

9 *"Art. 2º Esta Lei não se aplica a: I – empresa pública e sociedade de economia mista; II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito,*

tituto da recuperação judicial não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista, instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de planos de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, além de outras entidades legalmente equiparadas. Como bem asseveram Gomes Júnior e Soares (2019, p. 5), *"não há qualquer vedação expressa, portanto, aos empresários e sociedades empresárias que exerçam atividade empresária rural"*.

Além disso, o *caput* do art. 48 do mesmo diploma legal dispõe que o empresário, para requerer a recuperação judicial, exerça suas atividades de forma regular há mais de dois anos. De outra mão, o § 2º[10] do mesmo artigo faculta ao empresário rural que este comprove o prazo estabelecido no *caput* por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF que tenha sido entregue tempestivamente (BRASIL, 2005; VERÇOSA, 2005).

Ademais, importa destacar também o inciso V, do art. 51, da Lei Federal nº 11.101/2005, o qual dispõe que: *"A petição de recupe-*

*consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores*" (BRASIL, 2005).

10 "*Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: [...] § 2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no caput deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente*" (*Ibidem*).

*ração judicial será instruída com: [...] certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas, o ato constitutivo atualizado e as atas de nomeação dos atuais administradores"* (BRASIL, 2005). Assim, o inciso elenca como um dos documentos necessários à instrução do requerimento de recuperação judicial a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas (GOMES JÚNIOR; SOARES, 2019).

Dessa forma, há três exigências que precisam ser observadas para que seja requerida a recuperação judicial, quais sejam: a natureza jurídica do devedor precisa ser, necessariamente, empresário ou sociedade empresária; ele precisa estar inscrito na Junta Comercial, uma vez que precisa emitir a certidão de regularidade do devedor no Registro Público de Empresas[11]; e, por fim, necessitará comprovar o exercício de atividade econômica há mais de dois anos (GOMES JÚNIOR; SOARES, 2019).

Nessa esteira, deve-se mencionar as lições de Gomes Júnior e Soares (2019, p. 124):

> Em que pese a exigência do art. 51, inc. V, da Lei nº 11.101/2005, registre-se, aqui, que, na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.193.115/

11 Acerca da necessidade de inscrição na Junta Comercial, assevera-se a existência de precedentes de alguns tribunais, como o TJRJ, admitindo a recuperação judicial de empresários não registrados na Junta Comercial, reconhecendo o exercício de empresa na prática, a exemplo dos casos da Casa de Saúde de Portugal (registrada no RCPJ), UNIMED Petrópolis e a Universidade Cândido Mendes (registrada no RCPJ). O entendimento adotado pondera que o registro, por si só, não é prova da condição de exercício de atividade empresarial.

MT pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Ministra Nancy Andrighi, ora na relatoria, votou pelo seu provimento, defendendo a possibilidade de produtores rurais, não registrados no Registro Público de Empresas Mercantis à data do pedido de recuperação judicial, ajuizarem e terem deferida a recuperação judicial. Na ocasião, em que o seu voto foi vencido por todos os outros Ministros da Terceira Turma, a Ministra Nancy Andrighi fundamentou sua posição no Enunciado nº 198, aprovado na III Jornada de Direito Civil realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no argumento de que o produtor rural prescinde de inscrição para ser qualificado como empresário e na defesa da natureza declaratória do registro.

Quanto ao julgamento do Recurso Especial nº 1.193.115/MT, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça não havia adentrado na discussão sobre a necessidade de a inscrição na Junta Comercial ter sido registrada há mais de dois anos pelo empresário rural, firmando apenas o entendimento de que o produtor rural deve estar registrado quando no instante do requerimento do pedido (BRASIL, 2013; GOMES JÚNIOR; SOARES, 2019).

Portanto, o requerimento da recuperação judicial pelo empresário rural é condicionado aos seguintes requisitos: exercício de atividade econômica há mais de dois anos; ausência de condenação por crime falimentar, não ser falido; e não ter a seu favor concessão de recuperação judicial há menos de cinco anos, nos termos da redação do art. 48, III, da Lei nº 11.101/2005, alterada pela Lei Complementar nº 147/2014 (SIQUEIRA; GONÇALVES, 2015;

VERÇOSA, 2005).

Diante do exposto, percebe-se que a problemática jurisprudencial versa sobre a regularidade da atividade econômica do empresário rural inscrito na Junta Comercial há mais de dois anos para fins de requerimento da recuperação judicial. Em que pese a existência de exigência legal, há posicionamentos jurisprudenciais que entendem pela desnecessidade de a inscrição na Junta Comercial ter sido feita há mais de dois anos, bastando apenas que se comprove o exercício de atividade rural há mais de dois anos.

A regularidade da atividade econômica há mais de dois anos do empresário rural inscrito na Junta Comercial para fins de requerimento da recuperação judicial é ponto controvertido nos Tribunais do país, e isto se percebe, por exemplo, nos votos divergentes analisados nesta pesquisa – o que será fruto de análise adiante.

## 3 SOBRE O RECURSO ESPECIAL Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0)

Expostos os conhecimentos relevantes à questão, importa destrinchar o julgado que serve de base argumentativa para este trabalho. A partir do que fora discutido na seção anterior, será possível correlacionar os argumentos trazidos não apenas pelo voto vencedor, como pelo voto vencido. De início, no entanto, é mister que sejam conhecidos os fatos trazidos no relatório do acórdão.

## 3.1 O RELATÓRIO

Relata o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze que, no ano de 2019, os empresários individuais rurais Alessandro Nicoli e Alessandra Campos de Abreu Nicoli, integrantes do Grupo Nicoli, requereram à 2ª Vara Cível de Sinop/MT um pedido de recuperação judicial. Como justificava para o pedido, os autores alegaram que o fato de enfrentarem uma crise econômico-financeira acabava por lhes impedir de manter a produção, o fluxo de trabalho e os empregos que ofertavam à comunidade de Sinop e redondezas.

No intuito de preservar sua empresa, garantindo satisfação de sua função social, bem como estímulo da atividade econômica, solicitaram a recuperação, que foi deferida pelo Juízo de primeiro grau. Insatisfeita com a decisão, a empresa Louis Dreyfus Company Brasil S.A. interpôs agravo de instrumento, defendendo que não seria possível, para os produtores em questão, solicitar a recuperação judicial, visto que eles não cumpriam o crivo temporal descrito no art. 48 da Lei nº 11.101/2005.

Em sua argumentação, Louis Dreyfus Company Brasil S.A. defendeu que o casal de irmãos Alessandro e Alessandra Nicoli não cumpriam o requisito mínimo de mais de dois anos de exercício da atividade empresarial, visto que os empresários teriam registrado suas empresas individuais em novembro de 2018 na Junta Comercial (poucos meses antes do pedido). Como esse ato teria natureza constitutiva da condição de empresário, os irmãos estariam impossi-

bilitados de se submeterem à recuperação judicial.

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso deferiu o recurso protocolado por Louis Dreyfus S.A., revisando a decisão que conferia a Alessandro e Alessandra Nicoli a recuperação judicial. Inconformados, o casal de irmãos recorreu da decisão, levando a lide ao Superior Tribunal de Justiça. Como base argumentativa, os irmãos Nicoli defenderam, em suma, que o cadastro na Junta Comercial teria apenas natureza declaratória, não constitutiva. Portanto, segundo a defesa dos irmãos Nicoli, eles já exerciam suas atividades empresariais de modo regular há mais de dois anos.

Trouxeram à questão os documentos probatórios anexados no processo em primeira instância, em especial uma perícia realizada por empresa imparcial em face de pedido judicial, que comprovou o exercício da atividade laboral empresarial regular desde o ano de 2009. Arguiram a partir da doutrina e jurisprudência pátria, trazendo à Terceira Turma do STJ um tema que, até o momento, continuava refletindo discordâncias entre os juristas.

Considerada a profundidade do tema, a importância do empresário individual rural e a relevância do discutido para o Direito Empresarial, é essencial, agora, entender como se posicionaram os ministros daquela excelsa Corte, a começar pelo voto vencedor.

## 3.2 O VOTO DO MINISTRO RELATOR

Marco Aurélio Bellizze é o autor do voto vencedor do Re-

curso Especial Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0), arguição essa seguida por todos os demais Ministros da Terceira Turma do STJ, com exceção do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. O voto se apresenta por meio de uma extensa e minuciosa análise da matéria, servindo como base para construir a tese favorável à aplicação da recuperação judicial aos empresários individuais rurais com menos de dois anos de registro na Junta Comercial.

O Ministro Relator iniciou suas considerações trazendo uma jurisprudência prévia da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na qual fora discutido caso similar àquele trazido por Alessandro e Alessandra Nicoli. Afirmou que essa decisão específica não pode subsidiar uma discussão jurídica maior, na medida em que a Terceira Turma não haveria firmado um posicionamento concreto acerca do crivo temporal, reservando-se a apenas decidir se a recuperação judicial poderia ser aplicada ao produtor rural não inscrito na Junta Comercial (BRASIL, 2020, p. 8).

Sobre a exigibilidade da inscrição na Junta Comercial, Marco Bellizze defendeu que

> Essa comprovação documental [da condição de comerciante] é essencial, para o caso específico da recuperação judicial, à caracterização legal do estado de comerciante. É certo que o exercício da atividade empresarial pode realizar-se sem a inscrição do empresário na Junta Comercial [...], mas da generalidade dessa qualificação como empresário não se extrai a qualificação especial para o pleito de recuperação judicial, ante a expressa disposição legal constante

da Lei (BRASIL, 2020, p. 8-9).

O Ministro Relator argumentou que, sabendo-se que no REsp 1.193.115/MT a Terceira Turma não apreciou a questão do crivo temporal, limitando-se a afirmar apenas a necessidade de existência de inscrição do empresário rural na Junta Comercial, então ainda existiria espaço para um importante debate, sobretudo por impactar o setor agrícola, que é indubitavelmente essencial para a economia do país.

Durante sua exposição, o Ministro Bellizze reafirmou que a inscrição do empresário individual rural na Junta Comercial deve ser obrigatória para a requisição da recuperação judicial. Contudo, em relação ao período de mais de dois anos, ele não deve ser relativo ao período decorrido após a sua inscrição, bastando que o empresário pudesse provar, de outra maneira, o desempenho das atividades empresariais por, pelo menos, dois anos seguidos (BRASIL, 2020, p. 11). Esse posicionamento estaria fundado na própria natureza da inscrição exigida.

Nota-se que o Ministro Relator sustenta a sua posição com base na noção de que *"a qualificação jurídica de empresário decorre do efetivo exercício profissional de sua atividade econômica, o que, por si, é suficiente para constituí-lo e caracterizá-lo como tal"* (Ibidem, p. 12-13). Em outras palavras, não seria necessário um documento de reconhecimento da qualidade de empresário, sendo suficiente apenas a realização de suas atividades. Logo, para preencher o elemento

da regularidade no exercício de atividade econômica bastaria que ele comprovasse a sua efetiva realização pelo mínimo de dois anos.

A fim de ampliar sua fundamentação, Marco Bellizze traz dois enunciados aprovados na III Jornada de Direito Civil, de números 198[12] e 199[13], que descrevem, de forma resumida, seu posicionamento. Após, o Ministro relembra que o Código Civil, atento às particularidades do segmento econômico rural, optou por conferir a tal um tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, de acordo com a redação do art. 970. Nesse sentido, André Cruz (2020, p. 172) enuncia que

> O Código Civil também se preocupou em dar um tratamento especial ao exercício de atividade econômica rural, excluindo aqueles que se dedicam à tal atividade da obrigatoriedade de registro na Junta Comercial, prevista no art. 967 do Código. [...] Para aqueles que exercem atividade econômica rural, todavia, o Código Civil concedeu a **faculdade de se**

12 *"Enunciado n. 198. A inscrição do empresário na Junta Comercial não é requisito para a sua caracterização, admitindo-se o exercício da empresa sem tal providência. O empresário irregular reúne os requisitos do art. 966, sujeitando-se às normas do Código Civil e da legislação comercial, salvo naquilo em que forem incompatíveis com a sua condição ou diante de expressa disposição em contrário."* Disponível em: < https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2021.

13 *"Enunciado n. 199. A inscrição do empresário ou sociedade empresária é requisito delineador de sua regularidade, e não de sua caracterização."* Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf. Acesso em: 27 dez. 2021.

> **registrar** ou não perante a Junta Comercial da sua unidade federativa (grifo do autor).

Essa faculdade de se registrar está sumarizada na escolha da palavra "pode" no art. 971, este que se encontra abaixo, *ipsis litteris*:

> Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, **pode**, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, **requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis** da respectiva sede, caso em que, **depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário** sujeito a registro (BRASIL, 2002, grifos nossos).

Em resumo, *"no caso do empresário rural, a inscrição assume natureza meramente declaratória, a autorizar, tecnicamente, a produção de efeitos retroativos (ex tunc)"* (*Idem*, 2020, p. 15). Isso é evidente, para o Ministro, pela escolha do texto utilizado durante a escrita do artigo. Ao utilizar "empresário" ao início, antes mesmo de assumir uma inscrição, o legislador estaria declarando uma existência natural que precederia a obrigatoriedade de registro.

Ademais, deve-se esclarecer que, embora a conclusão do Ministro Marco Aurélio Bellize reflita o avanço da jurisprudência sobre o tema e, ainda, faça sentido quando interpretado à luz da legislação empresarial, fato é que esse posicionamento encontra resistência por parte de alguns doutrinadores brasileiros. Nas palavras

de André Santa Cruz (2020, p. 172), *"se aquele que exerce atividade econômica rural não se registrar na Junta Comercial, não será considerado empresário, para os efeitos legais [...] Em contrapartida, se ele optar por se registrar, será considerado empresário para todos os efeitos legais."* Logo, para o doutrinador, o registro na Junta Comercial teria natureza constitutiva.

Na extensão de toda a sua argumentação, o Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze é resoluto em defender que o registro possui natureza meramente declaratória, isto é, possuiria a força de reconhecer a existência de situação de direito prévia, mas não de constituí-la, pois o elemento constitutivo estaria aplicado ao exercício da atividade devidamente provado. Frise-se que essa concepção também encontra eco em parte da doutrina brasileira, tal como é o caso de Gladston Mamede (2021, p. 157), que diz:

> O empresário rural é empresário mesmo antes do registro na Junta Comercial. A qualidade de empresário rural também se verificará, nos termos da teoria da empresa, a partir da comprovação do exercício profissional da atividade econômica rural organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo igualmente irrelevante, para tanto, a efetivação da inscrição na Junta Comercial, ato formal condicionante de outros procedimentos.

Por fim, para além da natureza declaratória do registro, o Ministro defendeu igualmente que o crivo temporal disposto no art. 48 da Lei de Recuperação Judicial deve ser exigido como um modo

de garantir que a atividade realizada profissionalmente angarie relevância social, o que seria preciso para amparar o processo recuperacional (BRASIL, 2020). Para o empresário individual urbano, esse requisito seria facilmente atestado pelo tempo de fato em que se encontra inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis. Todavia, para o empresário rural, que já estaria exercendo uma atividade regular bem antes de seu registro, o tempo deveria ser atestado a partir do momento em que iniciou sua atividade econômica em absoluta conformidade com a lei (apenas formalizada pela sua inscrição na Junta Comercial).

Para melhor estruturar seu ponto, o Ministro traz a doutrina de Manoel Justino Bezerra Filho, quando este fala que o *"melhor entendimento é aquele que aceita a soma dos anos anteriores à inscrição, durante os quais houve comprovadamente a atividade rural"* (BEZERRA FILHO apud BRASIL, 2020, p. 18). Além disso, Bellizze traz o texto Enunciado nº 97, da III Jornada de Direito Comercial, para dar força aos seus argumentos.

Ante o exposto, é perceptível que esse voto trabalha bastante na figura do empresário individual rural como um empresário de fato graças à natureza da atividade que desempenha, bem como do registro na Junta Comercial de natureza meramente declaratória, não constitutiva. Esses dois pontos agradaram aos demais ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com exceção do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que representou a dissidência.

## 3.3 O VOTO DISSIDENTE

Nas discussões suscitadas no REsp Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0), o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva foi o único magistrado a apresentar um contraponto às arguições do Ministro Relator. Em seu voto, o Ministro Cueva questionou, sumariamente, os dois pontos que serviam de base para a tese de Bellizze, quais sejam: (I) que o empresário individual rural realiza atividade empresarial regular desde o instante em que começa a exercer a profissão; e (II) que, por esse motivo, o crivo temporal descrito no art. 48 da Lei de Recuperação Judicial poderia ser aplicado àqueles empresários rurais com menos de dois anos de inscrição na Junta Comercial.

Nesse sentido, o Ministro Cueva se aproveita da redação do art. 966 do Código Civil para defender que a definição de empresário para o ordenamento jurídico demanda alguém que *"exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços"* e, ainda, que esteja devidamente inscrito *"no Registro Público de Empresas Mercantis antes do início de sua atividade para que essa seja considerada regular."* (BRASIL, 2020, p. 37).

O Ministro Cueva reconhece que a lei outorga ao empresário rural um tratamento diferenciado, permitindo que ele escolha ter sua atividade regida pelo regime civilista ou pelo empresarial. Caso opte por esse último, necessita solicitar sua inscrição na Junta Comercial, o que lhe equipara, para todos os efeitos, ao empresário urbano registrado. Assim, neste ponto, o Ministro Cueva explica

que o ponto nodal da sua discordância do Ministro Relator acaba por remontar necessariamente à questão do crivo temporal de dois anos de atividade empresarial. Em suas palavras,

> A questão que se põe a debate, então, é definir se o produtor rural que optou por sua inscrição na Junta Comercial e, portanto, escolheu se submeter ao regime empresarial, precisa comprovar, para obtenção dos benefícios da recuperação judicial, o exercício regular da sua atividade por 2 (dois) anos a contar da data do registro ou pode utilizar período pretérito, no qual já exercia a atividade rural regularmente (Ibidem, p. 37).

Discutir essa questão, antes de mais nada, seria discutir a natureza da inscrição na Junta Comercial, de acordo com o magistrado. Para ele, o bojo da discussão pode levar a duas linhas de interpretação. Na primeira linha argumentativa,

> O registro do produtor rural tem natureza declaratória - isso significa que, uma vez realizado o registro, ele apenas declara uma situação preexistente (efeito ex tunc). Assim, o tempo de atividade rural anterior ao registro pode ser aproveitado para todos os fins, inclusive o pedido de recuperação judicial. Acrescente-se, ainda, que a atividade do produtor rural, diversamente do que ocorre com os demais empresários, é considerada regular independentemente do registro (Ibidem, p. 38).

Já na segunda linha argumentativa,

> O registro do produtor rural tem natureza constitutiva - isso significa que somente com o registro o produtor rural passa a ser considerado empresário, isto é, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário registrado (efeito ex nunc). Assim, como o art. 48 da Lei nº 11.101/2005 fala em mais de 2 (dois) anos de atividade regular do devedor empresário, somente pode ser considerado o tempo a partir do registro (Ibidem, p. 38).

O Ministro Ricardo Cueva defende que, ainda que a primeira linha de pensamento esteja de acordo com a argumentação trazida pelo Ministro Bellizze, ele próprio considera a segunda mais correta. Segundo ele, apenas a noção de que o registro na Junta Comercial carrega natureza constitutiva atenderia aos princípios da segurança jurídica e da proteção ao crédito (BRASIL, 2020).

O referido Ministro aponta que, como a lei permite ao empresário individual rural optar pelo regime sob o qual se assentarão suas atividades, o empresário necessita decidir imediatamente sobre o tema. Defende isso porque, ao se optar por desenvolver a atividade econômica sob determinado regime, seu labor passa a ser regulado por normas tributárias, previdenciárias e trabalhistas específicas, tendo acesso a linhas de crédito próprias ao regime que escolheu. Caso deseje alterar, no meio de sua atividade econômica, o regime sob o qual se submete, pode acabar ferindo a segurança das relações jurídicas contraídas durante o período prévio (Ibidem).

Nas palavras do Ministro Ricardo Cueva:

> A pretensão de contrair a dívida como pessoa física e pagar como pessoa jurídica em recuperação judicial põe em risco toda a estrutura de relações travadas entre os elos interdependentes da cadeia produtiva do agronegócio, pois retira a segurança que subsidia essas relações. Prejudica, ainda, todos os demais produtores que não optaram pelo regime empresarial, especialmente aqueles que não têm acesso ao crédito subsidiado e passarão a ser avaliados como pessoas jurídicas para o fim de concessão de empréstimos (Ibidem, p. 39).

Logo, por mais que desejasse trocar o regime sob o qual suas atividades se submetem, não seria possível, em face da segurança jurídica, aceitar que tal decisão gerasse efeitos *ex tunc*, ditos, retroativos (BRASIL, 2020). Fragilizadas ficariam as garantias prestadas ao produtor rural, o financiamento privado despendido ao agronegócio, o investimento público reduzido às relações em pequena escala, dentre outros.

Igualmente, o Ministro Ricardo Cueva argumenta contrariamente à formulação de que o registro na Junta Comercial possuiria natureza apenas declaratória, sendo, de fato, desnecessário para se atestar a natureza de empresário, assim como a regularidade de suas atividades. De acordo com ele, o *"fato de o exercício da atividade rural ser regular mesmo antes do registro não significa que houve o exercício de atividade empresarial regular, isto porque o exercício regular da*

*atividade empresarial depende da inscrição"* (Ibidem, p. 42), a partir de quando será exigida a satisfação de diversas condições e deveres instrumentais.

Ademais, outro ponto salientado pelo magistrado é sobre o próprio Registro Público de Empresas Mercantis, posto que, segundo ele, a sua função primordial seria a de assegurar que terceiro algum será afetado por atos que não foram formalizados em registro (BRASIL, 2020). A inscrição na Junta Comercial seria, essencialmente, isso: um ato com finalidade de atestar garantia, publicidade e segurança às relações instauradas pelas empresas mercantis – e isso inclui as individuais rurais.

A partir disso, o Ministro Ricardo Cueva cunha duas conclusões. A primeira delas atesta que *"a condição de empresário somente poderá ser oposta a quem com ele contrata se, no momento do ajuste, já havia sido realizado o registro."* (Ibidem, p. 47). A segunda delas defende que *"apesar de o empresário individual rural continuar respondendo com o seu patrimônio pessoal pelas dívidas contraídas, esse patrimônio não é imutável e, na condição de empresário, nasce o dever de informar terceiros acerca de suas oscilações"* (Ibidem, p. 47).

Desse modo, se, na data de celebração do contrato ou formalização da relação jurídica que propiciou a recuperação, o empresário individual rural não estiver registrado na Junta Comercial, ele não poderia agir na condição de empresário. Se ele não pode agir na condição de empresário, então não poderia ser agraciado pelo instituto da recuperação judicial, uma vez que esse não abarca os créditos

contratados por uma pessoa física (Ibidem).

Ricardo Villas Bôas Cueva encerra seu voto, então, optando por indeferir a solicitação de Alessandro e Alessandra Nicoli, instituindo a tese de que é necessário, para que o empresário individual rural solicite a recuperação judicial, o prazo mínimo de dois anos de inscrito na Junta Comercial. Seus principais fundamentos estão na segurança jurídica e na proteção do crédito.

## 4 A DISSIDÊNCIA SOB CRITICIDADE

O Recurso Especial Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0), julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, apresenta um embate argumentativo que apenas engradece as dis-cussões no campo do Direito Empresarial. Quanto à aplicabilidade da recuperação judicial para os empresários individuais rurais com menos de dois anos de registro na Junta Comercial, foi-se possível dissecar dois importantes votos sobre o tema. A despeito da vitória da tese capitaneada pelo Ministro Relator Marco Aurélio Bellizze, os contrapontos trazidos pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva merecem notório destaque, pois suscitam uma ótica que não é, de imediato, ignorável.

Contudo, se é preciso exercitar um juízo crítico acerca do referido julgado, é importante reconhecer qual posição que melhor se adequa ao plano fático (não apenas à situação dos Nicoli, como de diversos outros empresários individuais rurais em situação se-melhante). Desse modo, ao estudar com cautela ambos os pontos

trazidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, é inegável como o ponto construído por Bellizze se apresenta como melhor fundamentado.

O magistrado é certeiro em pontuar como o ordenamento jurídico pátrio optou por valer- se do conceito da Teoria da Empresa, de que é empresário aquele que *"exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."*(BRASIL, 2002, art. 966). Desse modo, não seria a formalização da atividade que constituiria o empresário, mas a profissão que este exerce. A Lei de Recuperação Judicial é resoluta em exigir a realização de atividade regular durante o período mínimo de dois anos para se valer daquele instituto. Essa regularização é apenas conseguida, no caso do empresário individual ordinário, através da inscrição dele no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme preleciona o art. 967 do Código Civil.

Ao interpretar a lei em sua literalidade, pode-se notar que o legislador procurou conferir certos privilégios ao empresário individual rural, de modo que não seria lógico que tais privilégios acabassem por prejudicar o mesmo. Desse modo, mostra-se absolutamente crível a tese apresentada pelo Ministro Relator Bellizze, segundo a qual o empresário individual rural se constitui em regularidade a partir da própria realização de suas atividades. Ao garantir a esse sujeito uma faculdade de se registrar ou não na da Junta Comercial, a lei define que suas atividades são efetivas desde o momento em que, através de comprovação, iniciam-se.

Portanto, partindo dessa linha de raciocínio, de fato a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis possuiria apenas natureza declaratória, reconhecendo uma relação jurídica prévia, que carregaria efeitos retroativos. O registro serviria, pois, para concretizar o elemento de formalidade reduzido ao plano fático que é exigido em lei, não constituindo nada, apenas reconhecendo. A inscrição na Junta Comercial serviria para satisfazer o critério de formalidade, colocando as atividades do empresário individual rural sob a égide do Direito Comercial.

Como foi esclarecido pelo Ministro Bellizze, isso não serviria para conferir ao empresário individual rural o título de empresário, pois este já o é a partir do instante que resolveu exercer profissionalmente uma *"atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."* (BRASIL, 2002, art. 966). O registro serviria apenas para realizar essa mudança de regime aplicado às relações jurídicas nas quais o empresário em questão se envolvesse.

Em consequência disso, por ter natureza declaratória, o registro possuiria efeitos retroativos – ou seja, formalizaria a regularidade das atividades exercidas mesmo antes de sua efetivação. Assim, o biênio mínimo exigido pela Lei Federal nº 11.101/2005 deveria ser considerado a partir do instante em que o empresário começou a realizar suas atividades profissionalmente.

São reconhecidos os contrapontos sumarizados de exímia forma pelo Ministro Ricardo Cueva, todavia é perceptível, nas discordâncias, uma quebra da própria Teoria da Empresa. Ao afirmar

que o registro na Junta Comercial carrega uma natureza constitutiva, diz-se, de fato, que o empresário individual rural não é empresário antes disso, exercendo apenas atividades de cunho puramente civilista, sob a égide de normas trabalhistas e tributárias próprias. Pode-se considerar isso como uma quebra da literalidade do texto do art. 966 do Código Civil.

Essa posição pode ser mal vista por alguns doutrinadores, como André Santa Cruz[14] (2020) e Fábio Ulhoa Coelho[15] (2020), mas é reconhecida por outros como Gladston Mamede[16] (2021).

---

14 *"Conclui-se, pois, que, para o exercente de atividade econômica rural, o registro na Junta Comercial tem natureza constitutiva, e não meramente declaratória, como de ordinário. [...] Quanto ao exercente de atividade rural, essa regra é excepcionada, sendo o registro na Junta, pois, condição indispensável para sua caracterização como empresário e consequente submissão ao regime jurídico empresarial."* (CRUZ, 2020, p. 173).

15 *"Se ele requerer sua inscrição no registro das empresas (Junta Comercial), será considerado empresário e submeter-se-á às normas de Direito Comercial. Esta deve ser a opção do agronegócio. Caso, porém, não requeira a inscrição neste registro, não se considera empresário e seu regime será o do Direito Civil. Esta última deverá ser a opção predominante entre os titulares de negócios rurais familiares"* (COELHO, 2020, p. 26).

16 *"A legislação nacional, levando em conta a importância, a relevância desse setor econômico para o País, deu um tratamento diferenciado para o empreendedor rural que pode ser um produtor rural regido pelo Código Civil ou pode ser um empresário rural regido pelo regime empresarial, mas em ambos os casos está em situação regular. Assim, reconhece-se que o empresário rural é empresário mesmo antes do registro na Junta Comercial. "A qualidade de empresário rural também se verificará, nos termos da teoria da empresa, a partir da comprovação do exercício profissional da atividade econômica rural organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, sendo igualmente irrelevante, para tanto, a efetivação da inscrição na Junta Comercial, ato formal condicionante de outros procedimentos". Para os julgadores, isso permitiria mesmo a proposição de recuperação judicial sem ato registral mercantil há dois anos ou mais: "É que, como visto, o registro permite apenas que às atividades do produtor rural incidam as normas previstas pelo direito empresarial. Todavia, desde*

Entre as discordâncias e aceitações, a tese que se sobressai como mais condizente aos desejos do legislador e aos fundamentos empresariais e civilistas é a de que o instituto da recuperação judicial pode ser aplicado àqueles empresários individuais rurais com mais de dois anos de exercício de suas atividades, mas menos de dois anos de registro na Junta Comercial.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no recente ano de 2020, o Recurso Especial Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0) serve, acima de tudo, para se debater, com a profundidade teórica que é esperada das cortes superiores, a aplicabilidade da recuperação judicial para o empresário individual rural com menos de dois anos de registro na Junta Comercial, mas que apresente dois ou mais anos comprovados de atividade empresarial. Nesse sentido, o embate entre as teses defendidas pelo Ministro Relator Bellizze e pelo Ministro Ricardo Cuevas elucidou uma variedade de minúcias intrigantes sobre o tema.

Assim, em que pese o valor do contraponto presente no voto do Ministro Ricardo Cuevas, diante de todo o exposto, sobretudo

---

*antes do registro, e mesmo sem ele, o produtor rural que exerce atividade profissional organizada para a produção de bens e serviços, já é empresário". O artigo 970 do Código Civil é norma programática, sem expressão concreta específica, no âmbito do Direito Empresarial. Todavia, não é previsão de todo inútil, sendo certo traduzir não só uma regra hermenêutica, mas também uma referência aos operadores mercantis (designadamente do Registro Mercantil), que devem tê-la em mente e praticá-la na concretização dos atos jurídicos"* (MAMEDE, 2021, p. 157-158).

por representar uma interpretação jurídica mais conforme às premissas da Teoria da Empresa e da noção de que o regime jurídico especial conferido pelo Código Civil ao empresário individual rural não pode prejudicá-lo, é possível afirmar que a tese capitaneada pelo Ministro Relator Bellizze, que garante a aplicação da recuperação judicial aos empresários individuais rurais com menos de dois anos de registro na Junta Comercial, mostra-se como a decisão mais adequada, na medida em que uniu com primazia o conceito de empresário à natureza declaratória própria do seu registro na Junta Comercial.

## REFERÊNCIAS


ASCARELLI, Tullio. O empresário. **Revista de Direito Mercantil**, n. 109, p. 183/189, jan./mar., 1998.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. **Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 fev. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Espe-**

**cial Nº 1.811.953 – MT (2019/0129908-0)**. Recurso Especial. Pedido de recuperação judicial efetuado por empresário individual rural que exerce profissionalmente a atividade agrícola organizada há mais de dois anos, encontrando-se, porém, inscrito há menos de dois anos na junta comercial. Deferimento. Inteligência do art. 48 da LRF. Recurso especial provido. Recorrente: Alessandro Nicoli; Alessandra Campos de Abreu Nicoli. Recorrido: Louis Dreyfus Company Brasil S.A. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 06 de outubro de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002411225&dt_publicacao=06/04/2021>. Acesso em: 12 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial Nº 474.107 – MG (2002/0142817-4).** Recurso Especial. Direito civil e processual civil. assistência judiciária não concedida na origem. Incidência da súmula 07/STJ. Violação ao art. 538 do CPC. Multa afastada. Incidência do enunciado sumular n. 98/STJ. Pedido de auto-insolvência formulado por pecuaristas. Possibilidade. Atividade estranha ao direito comercial. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. Recorrente: Vantuil Belizário de Andrade e outro. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 10 de março de 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201428174&dt_publicacao=27/04/2009>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1.800.032 – MT (2019/0050498-5).** Recurso especial. Civil e empresarial. Empresário rural e recuperação judicial. Regularidade do exercício da atividade rural anterior ao registro do empreendedor (Código Civil, arts. 966, 967, 968, 970 e 971). Efeitos ex tunc da inscrição do produtor rural. Pedido de recuperação judicial

(Lei 11.101/2005, art. 48). Cômputo do período de exercício da atividade rural anterior ao registro. Possibilidade. Recurso Especial provido. Recorrente: Jose Pupin Agropecuária - em Recuperação Judicial; Vera Lucia Camargo Pupin - em Recuperação Judicial. Recorrido: Brasil S.A. Relator: Min. Raul Araújo, 05 de novembro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1832496&num_registro=201900504985&data=20200210&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 17 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial Nº 1.193.115 – MT (2010/0083724-4).** Recuperação judicial. Comprovação da condição de empresário por mais de 2 anos. Necessidade de juntada de documento comprobatório de registro comercial. Documento substancial. insuficiência da invocação de exercício profissional. Insuficiência de registro realizado 55 dias após o ajuizamento. Possibilidade ou não de recuperação de empresário rural não enfrentada no julgamento. Recorrente: Orcival Gouveia Guimarães e outros. Recorrido: Adhemar José Rigo - espólio. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 20 de agosto de 2013. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000837244&dt_publicacao=07/10/2013>. Acesso em: 17 ago. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Novo manual de Direito Comercial:** direito de empresa. 31. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

CRUZ, André Luiz Santa. **Direito Empresarial:** volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. Empresa, Empresário e Estabelecimento: A Nova Disciplina das Sociedades. In: **Temas de Direito Societário, Falimentar e Teoria da Empresa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GOMES JÚNIOR, Roberto Lincoln; SOARES, Ernani. A recuperação judicial do empresário rural pessoa física: necessidade de prazo mínimo de inscrição no registro público de empresas mercantis. **R. Jur. FA7**, Fortaleza, v. 16, n. 1, p. 119-136, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/918/742>. Acesso em: 17 ago. 2021.

MAMEDE, Gladston. **Teoria da empresa e títulos de crédito**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MATO GROSSO (Estado). Tribunal de Justiça de Mato Grosso. **Agravo de Instrumento 70644/2009**. Relator: Desembargador Marielsen Andrade Addario. Julgamento em 21 de setembro de 2009. Diário da Justiça Eletrônico, Cuiabá, 21/09/2009. Disponível em: <http://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Resumo&termo=70644%2F2009&isBa sica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento>. Acesso em: 17 ago. 2021.

PORÉM, Artur de Souza Malheiros; DIAS, Eliotério Fachin. A possibilidade de recuperação judicial de produtor rural à luz da lei nº 11.101/2005 e seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro.

**Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, Dourados, v. 5, n. 7. p., nov./jan. 2018. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3308>. Acesso em: 17 ago. 2021.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Direito Comercial.** 2. ed. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2009.

SALOMÃO, Luis Felipe; SANTOS, Paulo Penalva. **Recuperação judicial, extrajudicial e falência:** teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento n. 2047813-62.2018.8.26.0000**. Relator: Desembargador Araldo Telles. Julgamento em 25 de março de 2019. Diário da Justiça Eletrônico, São Paulo, 26/03/2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em: 17 ago. 2021.

SIQUEIRA, Felipe; GONÇALVES, Oksandro. A recuperação judicial do empresário rural: uma análise de julgado do STJ segundo a teoria dos custos de transação. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 23. p. 47-69, jul./jan. 2015. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/451>. Acesso em: 17 ago. 2021.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Das pessoas sujeitas e não sujeitas aos regimes de recuperação de empresas e ao da falência. In: PAIVA, Luiz Fernando Valente de (coord.). **Direito falimentar**

**e a nova lei de falências e recuperação de empresas.** São Paulo: Quartier Latin, 2005.

# UMA INTRODUÇÃO AO PARALELO LUSO-BRASILEIRO NOS ESTUDOS DE DIREITOS AUTORAIS: evolução histórica, aspectos gerais e análise comparativa no eixo Brasil-Portugal

*AN INTRODUCTION TO THE PORTUGUESE-BRAZILIAN PARALLEL IN COPYRIGHT STUDIES: historical evolution, general aspects and comparative analysis in the Brazil-Portugal axis*

***Beatriz Rocha Rodrigues***[1]

**RESUMO**

Atualmente, mais de 500 anos após a chegada dos portugueses no atual território brasileiro, a influência entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português é de grande tamanho, além de recíproca, o que faz com que

1 Graduanda em direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Artigo recebido em 15/09/2021 e aceito para publicação em 26/11/2021.

muitos autores afirmem que os dois países são regidos pelo chamado "direito luso-brasileiro". Este artigo tem como principal objetivo introduzir os aspectos gerais acerca dos Direitos Autorais no âmbito dos dois países, levando em consideração suas origens, os diplomas internacionais que os orientam e suas normas internas. Para isso, é feita uma análise expositiva e comparativa das principais normas que regem o Brasil e Portugal. Por fim, o artigo traz uma reflexão sobre a real efetividade da tutela desses direitos.

**Palavras-chave:** Direitos Autorais. Direito Comparado. Direito Luso-Brasileiro.

## ABSTRACT

Nowadays, over 500 years after the arrival of the Portuguese in the current Brazilian territory, the influence between the Brazilian and Portuguese legal systems is huge, as well as mutual, which makes many authors claim that both countries are governed by the so-called "Portuguese-Brazilian law". The main objective of this article is to introduce the general aspects of copyright within the two countries, taking into account their origins, the international diplomas that guide them and their domestic rules. For this, an exhibition and comparative analysis of the main rules governing Brazil and Portugal is made. Finally, the article brings a reflection on the real effectiveness of the protection of these

rights.

**Keywords:** Copyright. Comparative Law. Portuguese-Brazilian law.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde que os portugueses chegaram à Terra de Vera Cruz, o direito português foi introduzido no Brasil. Hoje, mais de 500 anos após esse acontecimento, a influência entre os direitos português e brasileiro é de grande tamanho, além de recíproca, o que faz com que muitos afirmem que os dois países são regidos pelo chamado "direito luso-brasileiro" (JUSTO, 2008).

Também no âmbito dos Direitos Autorais essa influência recíproca está presente,[2] de modo que ambos os países guardam imensas semelhanças nas suas disposições. Por exemplo, Brasil e Portugal adotam a teoria dualista de Direitos Autorais, que reconhece a existência de um direito de natureza patrimonial e outro de natureza moral. Também adotam o princípio da autoria para definir quem é o titular desses direitos, que se baseia no autor enquanto pessoa humana (PEREIRA,

2 A ligação entre os ordenamentos nesse tema é grande, ao ponto de os países realizarem a Jornada Luso-Brasileira de Direito Autoral, que já contou com sua 3ª edição, realizada em 25 de novembro de 2020.

2007; SOLA, 2002).

No entanto, também apresentam diferenças significativas, muitas vezes por conta das diferentes realidades em que estão inseridos, uma vez que Portugal é Estado-membro da União Europeia, sujeitando-se a outros tipos de normas e à jurisdição do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Não só isso, mas por mais que os dois países, no geral, sigam as mesmas correntes, os mesmos princípios, cada um conta com uma infraestrutura socioeconômica, com circunstâncias políticas diferentes, o que faz com que a efetividade da tutela desses direitos também seja diferente (PEREIRA, 2019).

Desta forma, este artigo destina-se a introduzir o leitor no tema dos Direitos Autorais no Brasil e em Portugal, expondo as principais normas, internacionais e nacionais, que os regem, de forma que seja possível comparar ambos os ordenamentos.

## 2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No século XIX, surgiu a necessidade de uniformizar e atribuir reciprocidade ao direito autoral dos Esta-

dos (SANTOS, 2008). Nesse sentido, em 1883 nasceu a Convenção de Paris para a proteção da propriedade industrial, sendo seguida, em 1886, pela Convenção de Berna, administrada pela OMPI (*WIPO*) – Organização Mundial da Propriedade Intelectual, organismo da ONU, que definiu padrões internacionais mínimos de proteção dos direitos sobre obras literárias, artísticas e científicas (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).[3]

O Brasil aderiu à Convenção de Berna em 1922, que passou a fazer parte do direito brasileiro com a promulgação do Decreto nº 23.270/1933. O Decreto nº 75.699/1975 ratificou a revisão da Convenção ocorrida em 1971, em Paris, enquanto Portugal aderiu em 1911, no atual regime republicano, aprovando a adesão ao *Acto de Paris* pelo Decreto nº 73/78, com início de vigência em 12/01/1979.

Seguindo uma ordem cronológica, em 1889, Brasil e Portugal assinaram um acordo que resultou no Decreto brasileiro nº 13.353/1889, que visou conceder tratamento nacional aos autores do outro país (SANTOS, 2008).

Juntamente com as duas primeiras Convenções,

3 Ela contém normas de direito material e institui normas reguladoras de conflitos e, apesar das diversas adaptações que sofreu, segue sendo matriz para a elaboração de leis nacionais, como as brasileiras e portuguesas.

outro importante instrumento internacional é a Convenção Internacional para a Proteção dos Artistas Intérpretes ou Executantes, dos Produtores de Fonogramas e dos Organismos de Radiofusão - Convenção de Roma. Portugal se tornou Estado-Parte da Convenção em 2002, enquanto o Brasil, em 1965.

Além disso, com o Acordo Relativo aos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio – ADPIC (*TRIPS*), que englobou as Convenções de Paris, de Berna e de Roma, [4] norteado pelos interesses do comércio mundial, os Estados-Parte obrigaram-se a respeitar certos padrões quanto aos direitos de propriedade industrial, entendidos em sentido amplo, a ponto de se falar em sua "mundialização" (PEREIRA, 2007). Brasil ratificou o Acordo em 1994, enquanto Portugal, em 1996.

No continente americano, logo após a Convenção de Berna, se iniciou um esforço em favor dos direitos autorais, inaugurado pelo Congresso de Direito Internacional Privado de Montevidéu, no ano de 1889. No entanto, o Brasil não ratificou essa Convenção. Ocorre-

4 Apesar de ter englobado as Convenções, nele as obras são consideradas mercadorias de comércio, enquanto os direitos de autor são privilégios comerciais, sem levar em consideração sua proteção como direito humano e sua dimensão moral, como prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos (SANTOS, 2008).

ram outras convenções no continente americano, inclusive no Brasil, no ano de 1906, no Rio de Janeiro, onde foi realizada a III Conferência Internacional Americana, ratificada pelo Decreto nº 9.190/1911 (SANTOS, op. cit.).

## 2.1 ÂMBITO PORTUGUÊS

Os direitos de autor surgem no ordenamento português enquanto direitos exclusivos de exploração econômica por força das Revoluções Liberais, sucessores dos privilégios de impressão e da venda de livros no Antigo Regime.[5]

As Cartas Constitucionais de 1826 e de 1838 se referiram, respectivamente, aos direitos de propriedade dos inventores e dos escritores, mas é somente em 1851 que surge a primeira lei portuguesa que trata da propriedade literária (PEREIRA, 2007), que foi revogada e substituída pelo Código de Seabra, o Código Civil Português de 1867, o qual continha no "*Titulo V – Do trabalho*", um capítulo intitulado "*Do trabalho litterario e artístico*". Em 1927, o Decreto nº 13.725 é ado-

5 Conforme aula ministrada na cadeira de Direitos de Autor da Universidade de Coimbra, Portugal, no dia 12/10/2020, pelo Professor Doutor Alexandre Dias Pereira.

tado, tratando sobre propriedade literária, científica e artística, e é apenas em 1966 que o primeiro Código do Direito de Autor é aprovado (*Ibidem*).

Atualmente está em vigor a Constituição de 1976 que, em seu art. 42,[6] considera a proteção legal dos direitos de autor como um instrumento necessário e adequado para a liberdade de criação intelectual, artística e científica (*Ibidem*).

Em 1985 foi aprovado um novo Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC) já alterado diversas vezes, sobretudo por conta de diretivas da União Europeia. Em torno desse último Código, pairam outros diversos diplomas avulsos, em razão também da transposição de diretivas que tentam adequar esse instituto às novas tecnologias, bem como alargam e aprofundam a proteção dos direitos de autor (Ibidem).

O CDADC define em seu art. 1º que são protegidas as obras intelectuais literárias, científicas e artísticas, exteriorizadas por qualquer modo, não sendo necessária a divulgação, publicação, utilização ou exploração. [7] No mesmo artigo, define o que não será

6 "Art. 42 (Liberdade de criação cultural)
1. É livre a criação intelectual, artística e científica.
2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação da obra científica, literária ou artística, incluindo a protecção legal dos direitos de autor" (PORTUGAL, 1976).

7 É preciso que a obra tenha sido exteriorizada, não sendo de grande

protegido pelos direitos de autor.[8] Segundo a doutrina, tanto o CDADC quanto a lei brasileira apresentam um elenco meramente exemplificativo, à semelhança da Convenção de Berna (*Ibidem*, p. 285; PARANAGUÁ; BRANCO, 2009, p. 24).

Com relação ao Código Civil português, o art. 1303[9] define que a natureza dos direitos de propriedade intelectual é especial, de modo que o Código deve ser aplicado subsidiariamente, desde que se harmonize com a natureza daqueles direitos e não contrarie o regime especial estabelecido para eles. Isso é de grande importância prática, visto que o Código Civil é responsável pela regulação de diversos contratos dessa matéria (PEREIRA, 2007).

importância em qual meio isso ocorreu, importando apenas para fins de produzir prova de sua criação ou de sua anterioridade. Ou seja, as abstrações não são passíveis de proteção (PEREIRA, 2007).

8 "Artigo 1º (Definição) 1 - Consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores. 2 - As ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidos nos termos deste Código. 3 - Para os efeitos do disposto neste Código, a obra é independente da sua divulgação, publicação, utilização ou exploração" (PORTUGAL, 1985).

9 "Art. 1.303 (Propriedade Intelectual) 1. Os direitos de autor e a propriedade industrial estão sujeitos a legislação especial. 2. São, todavia, subsidiàriamente aplicáveis aos direitos de autor e à propriedade industrial as disposições deste código, quando se harmonizem com a natureza daqueles direitos e não contrariem o regime para eles especialmente estabelecido" (*Idem*, 1966).

Ademais, os frutos patrimoniais dos direitos de autor são colhidos principalmente no âmbito comercial, mediante as chamadas "indústrias culturais", que exploram obras literárias e artísticas, fazendo, por exemplo, espetáculos públicos e editando, publicando e vendendo obras literárias, artísticas e científicas (PEREIRA, 2007). Por esse motivo, o Código Comercial português trata expressamente disso no art. 230, §§ 4 e 5.[10]

Quanto à duração da proteção, o ordenamento português pretende proteger o autor, mas também seus sucessores (*Idem*, 2019). Por isso, o art. 31[11] do CDADC define que o prazo de proteção dos direitos autorais é a vida do autor e mais os 70 anos subsequentes à sua morte.

No âmbito da União Europeia, as exceções e limitações ao direito de autor e direitos conexos estão harmonizados, com o direito comunitário orientando-se pelo princípio do elevado nível de proteção relativamente aos direitos de autor, assegurado pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e pelas

10 "Art. 230 (Empresas Comerciais) Haver-se-ão por comerciais as empresas, singulares ou colectivas, que se propuserem: (...) 4.º Explorar quaisquer espectáculos públicos; 5.º Editar, publicar ou vender obras científicas, literárias ou artísticas; (...)" (PORTUGAL, 1888).

11 "Art. 31 O direito de autor caduca, na falta de disposição especial, 70 anos após a morte do criador intelectual, mesmo que a obra só tenha sido publicada ou divulgada postumamente" (PORTUGAL, 1985).

Diretivas 2004/48, 2001/29 (Ibidem) e a 2019/790 – Diretiva DSM.

A recente Diretiva DSM, relativa aos Direitos de Autor e direitos conexos no mercado único digital, regula, entre alguns temas, o uso de obras autorais em ambiente digital. Ela foi aprovada pela União Europeia em 17 de abril de 2019, sendo aplicável desde junho do mesmo ano, mas ainda não foi transposta para o ordenamento interno português, o que deveria ter ocorrido até 07 de junho de 2021. Por conta disso, no dia 26 de julho de 2021, foi aberto um procedimento de infração contra Portugal pela Comissão Europeia. Assim, em 23 de setembro do atual ano o Conselho de Ministros português aprovou proposta de lei a fim de autorizar o Governo a legislar em matéria de Direitos de Autor e direitos conexos, com o objetivo de transpor a referida Diretiva para a ordem jurídica interna (AGÊNCIA LUSA, 2021).

## 2.2 ÂMBITO BRASILEIRO

Outrossim, no Brasil, a primeira lei a tratar do assunto foi a Lei de 11 de agosto de 1827, uma lei imperial, que criou os cursos de Direito nas cidades

de Olinda e São Paulo. Em seu artigo 7º, garantiu aos *lentes*[12] um privilégio de 10 anos sobre todas as obras textuais que produzissem (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).

No entanto, a primeira lei a tratar especificamente de proteção autoral foi a Lei nº 496/1898, vulgo Lei Medeiros e Albuquerque, nome de seu autor, apesar do Código Criminal de 1830 ter previsto anteriormente o crime de violação de direitos autorais. Com o advento do Código Civil de 1916, a Lei Medeiros e Albuquerque foi revogada, e é somente em 1973 que surge o primeiro estatuto único regulando o direito de autor, o qual vigorou até aprovação da Lei nº 9610/1998, a atual Lei de Direitos Autorais (LDA) (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).

A LDA refletiu conceitos existentes em legislações de outros países, observando a linha constitucional e recepcionando os princípios legais presentes nas Convenções de Berna e de Roma (SANTOS, 2008).[13]

A lei apresenta um rol das obras protegidas em seu art. 7º,[14] determinando que são protegidas as obras

12 Atualmente, os chamados professores catedráticos, em Portugal, e professores titulares, no Brasil.

13 O Brasil possui, à parte da LDA, a Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD) e a Lei nº 9.609/98, sobre propriedade intelectual de programa computacionais.

14 "Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expres-

intelectuais criadas pelo espírito humano, expressas através de qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou não, conhecido ou que venha a ser inventado no futuro. No art. 8º,[15] apresenta um rol do

sas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial" (BRASIL, 1998).

15 "Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I - as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III - os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV - os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V - as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI - os nomes e títulos isolados; VII - o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras" (Ibidem).

que não será considerado objeto para fins de proteção como direitos autorais.

Além disso, seus dispositivos se aplicam ao meio virtual, ao definir no art. 7º que as obras intelectuais a serem protegidas podem ser fixadas em qualquer suporte, seja ele tangível ou não. A redação definiu como objeto de proteção "*os textos de obras literárias, artísticas e científicas*", não mais se referindo a livros, como na lei anterior, se adequando ao mundo virtual. Ou seja, protege qualquer produção escrita, e não necessariamente um livro impresso (SANTOS, 2008).

Assim como o ordenamento português, a LDA também busca proteger o autor, definindo o mesmo prazo de proteção do CDADC em seu art. 41,[16] qual seja, a vida do autor e os 70 anos subsequentes à sua morte.

Atualmente, está tramitando o Projeto de Lei 2.370/2019, apresentado pela deputada Jandira Feghali (PCdoB-RJ), o qual, se aprovado, promoverá a maior alteração já realizada na LDA, modificando 47 artigos e acrescentando 30 novos. O objetivo da reforma proposta é atualizar a lei, aprimorando dispositivos que geram polêmicas e sanando lacunas (JÚNIOR, 2019).[17]

16 "Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subseqüente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil" (PORTUGAL, 1985).

17 O Projeto contém dispositivos que se afastam do sistema trazido pela

O Código Civil atual, de 2002, não faz referência aos direitos autorais, e as disposições do Código Penal serão vistas mais adiante.

No âmbito constitucional, a primeira Constituição a garantir os direitos autorais foi a de 1891, promulgada no início da República. A partir daí, todas as Constituições seguintes os garantiram, com exceção da Constituição de 1937, editada durante o Estado Novo.

A Constituição atual, de 1988, concede ampla proteção e serve de base de interpretação para a LDA (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009). A tutela está prevista no título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no art. 5º, incisos XXVII[18] e XXVIII[19], elevando o instituto à categoria de garantia institucional. Assim, por possuir *status* de direito fundamental, as ofensas a esses direitos se tornam um "*descumprimento de um preceito*

Diretiva DSM, da União Europeia.

18 "Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar" (BRASIL, 1988).

19 "São assegurados, nos termos da lei: (a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; (b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas" (Ibidem). Na alínea a do inciso XXVIII, encontra-se a preocupação do constituinte com as novas expressões do direito autoral, bem como, na alínea b do mesmo inciso, há a preocupação com a efetividade da tutela do direito autoral, ampliando o rol das categorias sociais e se referindo a intérpretes e representações sindicais e associativas.

*maior*" (SANTOS, op. cit., p. 58), que atingem todo o ordenamento jurídico, ofendendo tanto a sociedade como o estado democrático de direito, o que eleva o infrator autoral a um transgressor qualificado. (Ibidem).

Além disso, o constituinte incluiu como prerrogativa a exclusividade na publicação da obra. Consequentemente, garantiu a faculdade de oferecê-la ou não publicamente, o que seria um verdadeiro reconhecimento constitucional da vertente moral dos direitos de autor, também reconhecida por Portugal.[20] Assim, seja quanto à utilização, publicação das obras ou sua reprodução, essa constitucionalização da proteção das prerrogativas dos autores representou uma inovação no Brasil, baseando-se no entendimento de que à proteção à obra intelectual reflete o respeito ao autor, o que foi uma conquista social (SANTOS, 2008).

Destaca-se, ainda, que foi utilizado o termo genérico "obras" para definir o objeto da proteção, e não a expressão "*obras literárias, artísticas e científicas*", utilizada pela LDA. Isso porque, internacionalmente, já há a tendência de reconhecer programas de computador e

20 Brasil e Portugal adotam a teoria dualista de direitos de autor, defendendo que existem dois interesses a serem protegidos: um de natureza patrimonial (direitos econômicos) e outro de natureza moral (direitos morais). Ou seja, há direitos do autor, e não só um. (SOLA, 2002) Nesse sentido, o art. 6-BIS da Convenção de Berna reconhece a natureza moral dos direitos de autor, que foi também consagrado nos artigos 9º e 56º do CDADC e no art. 22 da LDA, que possui um Capítulo que trata especialmente desse tema.

bases de dados como obras intelectuais também protegidas, assim como fez a LDA (*Ibidem*).

Ademais, por se tratar de espécie de propriedade intelectual, os direitos autorais devem atender à função social, de acordo com os artigos 5º, XXIII[21] e 170, III,[22] ambos da Constituição (COELHO, 2020). Consequentemente, o monopólio dado ao autor para explorar economicamente sua obra deve atender também interesses públicos, como o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico (BRANCO, 2011).

## 3 O AUTOR

No que se refere a quem é o autor dos Direitos Autorais, ambos os países se encontram unidos pelo Princípio da Autoria, que se baseia no autor enquanto pessoa humana, que cria obras e exerce sua liberdade de criação cultural. Esse princípio é compatível com uma legislação que também protege os interesses de produtores, financiadores e organizadores, matéria essa que será regulada no âmbito dos direitos conexos (PEREI-

21 "Art. 5º (...) XXIII - A propriedade atenderá a sua função social" (BRASIL, 1988).

22 "Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) III – função social da propriedade;" (*Ibidem*).

RA, 2007).

Em Portugal, o art. 27[23] do CDADC assente a regra da unidade entre autoria e titularidade de direitos, de modo que o criador intelectual possui o direito de autor. No entanto, o Código prevê exceções a essa regra. O termo "autor" pode também designar os titulares de direitos, englobando os transmissores, sucessores e os herdeiros, havendo possibilidade de o criador não ser considerado o autor, fazendo com que autoria e criação sejam realidades normativas distintas, se aproximando mais do *copyright*. Portanto, o criador intelectual é considerado autor da obra, o adquirente originário do direito de autor (PEREIRA, 2007).

É possível, entretanto, que se disponha expressamente ao contrário desse princípio, sendo essa disposição restrita aos direitos patrimoniais, uma vez que os morais são indisponíveis[24], operando por meio de aquisição derivada, podendo resultar de acordo entre as partes[25] ou por força de lei[26] (*Ibidem*).

---

23 "Artigo 27 (Paternidade da Obra) 1 - Salvo disposição em contrário, autor é o criador intelectual da obra. 2 - Presume-se autor aquele cujo nome tiver sido indicado como tal na obra, conforme o uso consagrado, ou anunciado em qualquer forma de utilização ou comunicação ao público. 3 - Salvo disposição em contrário, a referência ao autor abrange o sucessor e o transmissário dos respectivos direitos" (PORTUGAL, 1985).

24 Vide artigos 9º, 2, 40º-b e 56º,1 do CDADC.

25 Vide artigos 14º, 1; 13º; e 48º, 1 do CDADC.

26 Vide art. 14º, 3 do CDADC.

Segundo o direito comunitário, há uma presunção de autoria ou da posse, segundo a qual, não havendo prova em contrário, é considerado autor da obra, para efeitos de legitimidade processual ativa, a pessoa que apareça na obra de modo individual[27]. Essa regra é prevista também na Convenção de Berna[28], uma vez que o direito de autor existe a partir do momento da criação da obra, já que, em regra, não é exigido registro formal (*Ibidem*).

No Brasil, da mesma forma que ocorre em Portugal, o Princípio do Criador é legalmente previsto pelo art. 11[29] da LDA. Em seu *caput*, determina que o autor é a pessoa física criadora da obra, uma vez que somente o ser humano é capaz do ato de criar. Porém, a titularidade dos direitos também pode ser transferida para terceiros quaisquer, de forma que, por mais que a pessoa física seja sempre a autora, o legitimado a exercer os direitos sobre a obra pode ser uma pessoa distinta dessa. Assim, a LDA, por mais que se chame Lei de Direitos Autorais, protege principalmente o titular desses direitos, que não necessariamente será o autor (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).

---

27 Vide art. 5º-a da Diretiva 2004/48.

28 Vide art. 15º da Convenção de Berna.

29 "Art. 11. Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica. Parágrafo único. A proteção concedida ao autor poderá aplicar-se às pessoas jurídicas nos casos previstos nesta Lei" (BRASIL, 1998).

Para ser identificado como autor, segundo o art. 13 da LDA,[30] basta que ele se apresente como tal, em não havendo prova em contrário. Também é considerado titular dos direitos autorais aquele que adapta, traduz, arranja ou orquestra obra que já se encontra em domínio público, não podendo se opor a outra adaptação, salvo quando cópia sua[31] (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).

## 3.1 PESSOAS JURÍDICAS COMO AUTORAS

O direito de autor se baseia na pessoa humana, na sua capacidade intelectual, enquanto uma pessoa jurídica não possui essa capacidade. Por isso, podem ser titulares de direito, mas não autoras, em sentido próprio. A doutrina quanto a isso não é unânime, havendo autores, como o Professor Menezes Leitão, em Portugal, que defendem que as empresas têm direitos econômicos e morais, sendo compatível com a tutela da personalidade jurídica das pessoas jurídicas, solução que se aproxima do *copyright*. No entanto, muitos autores rejeitam essa

30 "Art. 13. Considera-se autor da obra intelectual, não havendo prova em contrário, aquele que, por uma das modalidades de identificação referidas no artigo anterior, tiver, em conformidade com o uso, indicada ou anunciada essa qualidade na sua utilização" (*Ibidem*).

31 Vide art. 14 da LDA.

abertura feita por ele.[32]

Como o Princípio da Autoria/Titularidade pode ser excepcionado expressamente, seja por meio da aquisição derivada resultante de acordo entre as partes, seja por força da lei, em uma obra feita por encomenda ou por conta de outrem, em cumprimento de dever funcional ou no âmbito do contrato de trabalho, valerá o que for convencionado. Em não havendo convenção, a obra pertence ao seu criador intelectual, ocupe ele função pública ou privada. Se houver disposição em favor do empregador, é disposição sobre obra futura. Caso o nome do criador não venha mencionado nela ou em outro local destinado para tal, presume-se que o direito de autor pertence à entidade por conta de quem a obra é feita. Nesses casos, mesmo com a titularidade do conteúdo patrimonial pertencendo àquele a quem a obra é feita, o criador intelectual pode exigir uma remuneração extra, para além da remuneração acordada, quando a obra exceder o seu desempenho, para além da função ou tarefa que lhe estava confiada, ou quando dela vierem fazer utilizações ou retirar vantagem não incluídas ou previstas no valor ajustado.[33-34]

32 Conforme aula ministrada na cadeira de Direitos de Autor da Universidade de Coimbra, Portugal, no dia 02/11/2020, pelo Professor Doutor Alexandre Dias Pereira.

33 Vide art. 14 do CDADC, que trata de todas essas hipóteses.

34 Conforme aula ministrada na cadeira de Direitos de Autor da Universidade de Coimbra, Portugal, no dia 02/11/2020, pelo Professor Doutor Alexandre

Por sua vez, em se tratando da obra coletiva,[35] determina que o direito de autor será atribuído à entidade singular ou coletiva que tiver organizado a obra ou dirigido sua criação e em nome de quem tiver sido divulgada ou publicada. Além disso, os jornais e outras publicações periódicas presumem-se obras coletivas. Assim, parece que institui a autoria a uma entidade coletiva, mas o Professor Doutor Alexandre Dias Pereira sustenta que se trata, na realidade, de uma aquisição derivada por força de lei, para exploração econômica exclusiva. A obra coletiva já existe e goza de proteção antes de ser divulgada ou publicada.[36] No entanto, por mais que seja organizada e dirigida por uma entidade singular ou coletiva, a quem a lei atribui direitos, ela foi criada por pessoas humanas, no gozo de sua liberdade intelectual. Assim, não podem as pessoas coletivas originarem obras ou adquirir direitos primários sobre elas (PEREIRA, 2007, p. 341).

Também há a figura da obra de autor anônimo.[37] Aquele que publica ou divulga obra sob nome que não revele a identidade do autor ou anonimamente, com o seu consentimento, é considerado representante do autor (mandato legal). Porém, o autor pode a qualquer

Dias Pereira.

35 Vide artigos 19º e 16º, 1-b do CDADC.

36 Vide art. 1º, 3 do CDADC.

37 Vide art. 30 do CDADC.

momento revelar sua identidade e a autoria da obra, pondo fim aos poderes de representação. Frisa-se que essa disposição é válida apenas com o consentimento do criador da obra.

Apesar dessa questão ter sido tratada pelas diretivas comunitárias, elas não procuraram uma solução singular para a definição de autor e de titular originário de direitos.[38]

Em relação ao Brasil, a regra de que o autor é uma pessoa física traz uma exceção. A LDA permite que a proteção concedida ao autor possa se aplicar também às pessoas jurídicas, nos casos previstos na lei[39]. Assim, por mais que apenas o ser humano possa criar, segundo o princípio da autoria e a LDA, as pessoas jurídicas podem ser titulares dos direitos autorais (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009). Nesse sentido, o organizador de uma obra coletiva, seja ele uma pessoa física ou jurídica, exerce a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto[40] (*Ibidem*).

---

38 Por exemplo, nas diretivas sobre programas de computador (nº 91/250 - revogada) e sobre bases de dados (nº 96/9), as duas alternativas foram consagradas, prevendo a possibilidade de o autor ser também uma pessoa jurídica. Já nas diretivas sobre direitos de aluguel e comodato (nº 92/100 - revogada) e sobre satélite e cabo (nº 93/83), o conceito de autor não foi definido, deixando para a interpretação contextual o fato de que os direitos do autor devem ser tomados tendo como referência a autoria no sentido europeu continental (PEREIRA, 2007).

39 Vide parágrafo único do art. 11 da LDA.

40 Vide art. 17, §2º da LDA.

No caso das obras anônimas, caberá a quem a publicou o exercício dos direitos patrimoniais do autor. Tornando-se conhecido o autor, ele assume o exercício desses direitos, ressalvados os direitos adquiridos por terceiros.[41] Nesse caso, o prazo de proteção será diferente: 70 anos, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação.[42] Se, antes do fim desse prazo, o autor se tornar conhecido, aplica-se o prazo normal (*Ibidem*).

Quanto aos direitos de utilização econômica dos escritos publicados pela imprensa, diária ou periódica, pertencem ao editor, salvo acordo em contrário, com exceção dos assinados ou que apresentem sinal de reserva.[43]

## 3.2 AUTOR DA OBRA FEITA NO ÂMBITO DO CONTRATO DE TRABALHO

Não obstante serem considerados obras coletivas, os trabalhos jornalísticos que são publicados no jornal não se confundem com elas. O CDADC determi-

41 Vide art. 40 da LDA.

42 Vide art. 43 da LDA.

43 Vide art. 36 da LDA.

na que o direito de autor sobre o trabalho jornalístico que tenha sido produzido no decorrer de um contrato de trabalho, se identificado, pertence ao autor; se não identificado, à empresa, já possuidora dos direitos relativos ao jornal. O jornalista tem, inclusive, direito à remuneração autônoma por utilização de suas obras. Ainda assim, mesmo no caso de o autor ser o titular dos direitos, há restrições para que publique seu trabalho em separado sem autorização da empresa (PEREIRA, 2007).[44]

Ademais, qualquer um dos autores pode exercer individualmente seus direitos quanto a sua contribuição pessoal, desde que esta possa ser discriminada e que não prejudique a exploração normal dela.[45] O mesmo critério se aplica às obras feitas sob encomenda ou por conta de outrem (Ibidem).[46]

Diferentemente da lei portuguesa, a LDA não determinou a quem pertencem os direitos autorais no caso de obras produzidas no âmbito de um contrato de trabalho ou de prestação de serviços. Assim, devem as partes esclarecer essa questão no contrato (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).[47] A Consolidação das Leis Trabalhis-

44 Vide art. 174º do CDADC.

45 Vide artigos 19º, 2 e 18º, 2 do CDADC

46 Vide art. 15º, 3.

47 O Projeto de Lei nº 2.370/2019 traz disposições acerca desse tema para corrigir essa omissão. Segundo a proposta, as obras criadas durante o vínculo em-

tas - CLT também não traz uma resposta, tratando apenas das invenções criadas na vigência de um contrato de trabalho. Portanto, cabe à jurisprudência decidir a questão, o que gera grande imprevisibilidade jurídica.

## 4 A EXCEÇÃO DA CÓPIA PRIVADA

A cópia privada é um instituto de suma importância nos dias de hoje, uma vez que é largamente utilizada, representando uma fonte expressiva de riqueza para os autores e para a própria indústria (PIMENTA, 2007).

A exceção da cópia privada na norma brasileira é bem mais restrita do que a portuguesa, não seguindo a tendência já estabelecida internacionalmente pelos "*grandes centros irradiadores de bens culturais*", como os países da União Europeia (FRAGOSO, 2009, p. 312). Apesar disso, os autores brasileiros, há muito tempo, se beneficiam da remuneração cobrada em outros países, através dos contratos de representação intersocietários firmados entre as organizações brasileiras e as organizações estrangeiras (PIMENTA, 2007).

---

pregatício seriam de titularidade do empregador, que teria direito de usá-las por um período de 10 anos, contados da primeira publicação. Após 2 anos da primeira utilização pelo empregador, o empregado poderia incluir a obra na sua relação de obras completas.

## 4.1 ÂMBITO PORTUGUÊS

Segundo os padrões internacionais, a reprodução para uso privado é uma das exceções válidas aos direitos de autor enquanto direitos de exclusividade. A chamada "exceção da cópia privada" é admitida ao abrigo do teste dos três passos, consagrado primeiramente na Convenção de Berna.[48] Os três passos são separados, porém cumulativos, sendo a compensação equitativa pela cópia privada uma condição essencial para a validade da exceção (PEREIRA, 2019).

Ela foi prevista no CDADC,[49] que não estabeleceu uma relação direta entre esse instituto e a reprodução para uso privado.[50] O CDADC já previa outras circunstâncias de uso livre em que estava presente a remuneração equitativa.[51] Questiona-se, consequentemente, se a compensação pela reprodução privada abrange também essas outras utilizações livres sujeitas também a uma remuneração equitativa (Ibidem). Para o Professor Doutor Alexandre Dias Pereira, essa diferença termino-

48 Vide art. 9/2 da Convenção de Berna.

49 Vide art. 82 do CDADC.

50 Vide art. 81-b do CDADC.

51 Como, por exemplo, no caso do art. 76 do CDADC.

lógica entre os artigos, ao se referirem à compensação e remuneração, não afasta a aplicação da compensação pela reprodução aos demais casos de utilização livre (*Ibidem*, p. 193).

Outra discussão é se a compensação equitativa tem natureza remuneratória ou indenizatória. O Tribunal Constitucional português rejeitou a ideia de que a compensação seria um instrumento indenizatório de danos sofridos pelo autor, considerando que não necessariamente a compra de aparelhos ou materiais que permitam a reprodução de obras protegidas implica ou pressupõe forçosamente a sua utilização para tal fim.[52] Também afasta a natureza privada da compensação, uma vez que uma parte da receita é afetada às finalidades públicas que transcendem os titulares dos direitos de autor, ultrapassando uma eventual compensação a eles, sendo figura de natureza fiscal ou parafiscal.[53] Por sua vez, o TJUE, seguindo a linha adotada na Diretiva 2001/29, adotou a perspectiva da natureza indenizatória, servindo a compensação para ressarcir os titulares

52 Vide Acórdão nº 616/2003 do Tribunal Constitucional.

53 O Tribunal Constitucional considerou que a compensação é um tributo, ficando sujeita aos requisitos constitucionais em sede de impostos, sendo imperioso que o seu montante seja definido por vias legais. Por sua vez, a isenção prevista na lei foi considerada pelo Tribunal Constitucional como um benefício fiscal, mas sem existir margem para discricionariedade regulamentar ou administrativa na definição dos elementos necessários para obter a isenção (PEREIRA, 2019).

do direito de reprodução pelos danos sofridos por conta da cópia privada, não se tratando de uma remuneração justa ou de um pagamento pela utilização da obra (PEREIRA, 2019).

A Lei da Cópia Privada portuguesa (Lei 62/98), em sua versão original, teve pouca ou nenhuma eficácia. Algumas de suas disposições, inclusive, foram consideradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional (*Ibidem*).[54] Posteriormente, a lei foi alterada pela Diretiva 2001/29,[55] que harmonizou certos aspectos dos direitos de autor e dos direitos conexos na sociedade de informação, com o CDADC também tendo sido alterado com esse objetivo. Por fim, a última alteração realizada foi através da Lei 49/2015, que não levou em conta em sua elaboração boa parte da jurisprudência do TJUE, porém o fez em relação ao *leading case Padawan*, que definiu a doutrina de base, além de ter seguido as exigências da Diretiva (*Ibidem*).

A Diretiva fornece uma espécie de "manual de instruções" quanto ao instituto da compensação equitativa. Condicionou a liberdade de reprodução para uso particular à compensação, parecendo atribuí-la ao instituto em geral, não limitando a compensação apenas

54 Vide Acórdão nº 616/2003 do Tribunal Constitucional.

55 A Diretiva 2001/29 foi alterada pela Diretiva 2019/790 – Diretiva DSM.

à cópia privada. Portanto, os Estados-Membros podem estendê-la a outras modalidades de utilização livre, mesmo que a Diretiva não as condicione à compensação, mas esta compensação equitativa facultativa deve ser norteada pelos mesmos princípios da outra, especialmente quanto à sua natureza[56] (*Ibidem*).

Atualmente, a compensação pela reprodução tem como beneficiários os autores, os artistas intérpretes ou executantes, os editores e produtores fonográficos e videográficos, se caracterizando por ser uma quantia incluída no valor de venda ou disponibilização "*de todos e quaisquer aparelhos que permitam a fixação de obras"* e "*dos suportes materiais virgens digitais ou analógicos, com exceção do papel, previstos no n.º 4 do artigo 3.º, bem como das fixações e reproduções que por qualquer desses meios possam obter-se*" (PORTUGAL, 1998), nos termos do art. 2º da Lei 62/98.

Para ser equitativa é preciso que a compensação corresponda à remuneração que o autor poderia auferir via negociação na ausência de uma autorização legal (PEREIRA, 2019). Assim, a ela foi atribuída natureza e é normativamente ligada a uma função indenizatória, uma vez que compensa os titulares de direitos pelos danos patrimoniais sofridos com a cópia privada.[57] Esses

56 Vide cons. nº 35 e 36 da Diretiva 2001/29.

57 Vide art. 3/1 da Lei 62/98.

prejuízos são presumidos e não são individuais, são para a coletividade, ou seja, é uma socialização dos prejuízos, parecendo ser uma responsabilização objetiva por danos presumidamente causados (presume-se que quem faz a cópia privada não compra o original) por um fato lícito, restando prejudicada a teoria do Tribunal Constitucional, que lhe atribuía natureza tributária[58] (PEREIRA, 2019). O valor compensatório é incluído no Preço de Venda ao Público (PVP) antes da aplicação do Imposto sobre o Valor Agregado (IVA), de acordo com a tabela anexa à lei (*Ibidem*).[59]

O sistema de cobrança é o seguinte:[60] a compensação é devida pelo consumidor (primeiro adquirente), mas é economicamente suportada, em regra, pelos comerciantes, fabricantes e importadores, que deverão cobrar o montante e entregá-lo à Associação para a Gestão da Cópia Privada (AGECOP),[61] devendo comunicar

58 A lei previa no art. 5º-A que uma parcela do valor cobrado no âmbito da compensação seria destinada ao desenvolvimento da atividade cultural, estabelecendo que as receitas superiores a 15 milhões de euros deveriam ser revertidas para o Fundo de Fomento Cultural (PEREIRA, 2019). No entanto, esse artigo foi revogado pela Lei nº 2/2020, de 31.03.2020.

59 Vide art. 3/2-3-4 da Lei 62/98.

60 Vide art. 5º da Lei 62/98.

61 Trata-se de pessoa coletiva, sem fins lucrativos, de natureza associativa, constituída pelas entidades de gestão coletiva que em Portugal representam os beneficiários da compensação equitativa. Tem o dever de cobrar, gerir e distribuir a compensação equitativa, possuindo um monopólio ou exclusivo de gestão, sujeita às determinações do art. 6º da Lei 62/98. A forma pela qual a AGECOP deve proceder com a afetação das compensações equitativas está prevista no art. 7º da

à Inspeção-Geral das Atividades Culturais (IGAC) as quantidades abrangidas pelos dispositivos e suportes, os seus preços de venda e o valor total da compensação cobrada (*Ibidem*).[62]

É possível que se requisitem isenções, sejam elas automáticas/sem requerimento[63], ou com requerimento[64] (*Ibidem*). Quem compra os equipamentos para outros fins, como para uso profissional, não deve ter que pagar a compensação, por exemplo. Na perspectiva do TJUE, a compensação está ligada à utilização privada, que ocorre no ambiente familiar, doméstico, devendo ser financiada apenas pelos utilizadores privados. Deve haver, portanto, uma distinção na aplicação da taxa em razão da natureza do utilizador (*Ibidem*). O TJUE possui 2 mecanismos para tal: pode ocorrer a isenção *ex ante* ou *ex post*. Para a isenção *a priori*, deverá requerer uma declaração da AGECOP antes de realizar a compra dizendo que não faz uso privado dos equipamentos e por isso está isento. Na compra, deve apresentar essa declaração ou um comprovante de entrega do requerimento, caso não haja resposta dentro do prazo de 15

mesma Lei (Ibidem).

62 Economicamente, funciona como um imposto sobre o consumo de equipamentos, suportes e serviços de reprodução, revertido principalmente para o fomento cultural e para as entidades de gestão coletiva (Ibidem).

63 Vide art. 5/4-5 da Lei 62/98.

64 Vide art. 5/1-3 da Lei 62/98.

dias (PEREIRA, 2019). Se for posterior, pede-se reembolso do valor pago.[65]

Cumpre ressaltar que a compensação não abrange os prejuízos decorrentes da pirataria, uma vez que é uma fonte ilícita. A licitude da fonte é requisito para aferir a licitude da cópia privada, não sendo o uso privado justificativa suficiente para tal. [66] Também não podem os beneficiários da compensação abdicarem dela, tendo em vista que o valor é de titularidade da classe, é receita coletiva (*Ibidem*).

## 4.2 ÂMBITO BRASILEIRO

Já no Brasil, a LDA apresenta um rol taxativo das exceções aos direitos autorais.[67] É permitida a utilização de obra protegida, desde que essa utilização se limite a pequenos trechos, salvo nos casos de artes plásticas, e desde que a reprodução em si não seja objeto principal da nova obra e não prejudique o uso comercial da obra reproduzida. Portanto, não se veda a comercialização

65 Conforme aula ministrada na cadeira de Direitos de Autor da Universidade de Coimbra, Portugal, no dia 23/11/2020, pelo Professor Doutor Alexandre Dias Pereira.

66 Vide Acórdão *ACI Adam* do TJUE.

67 Vide art. 46 da LDA.

da nova obra, mas apenas que a obra citada tenha sua exploração comercial prejudicada por conta da mais recente (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).

Além disso, é permitida a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos, para uso particular do copista, desde que realizada sem o intuito de lucro. Essa disposição acarreta diversos problemas (Ibidem).[68]

O primeiro, de ordem prática, é que se pode dizer que é quase impossível fiscalizar o cumprimento dessa norma. Assim, esse mandamento legal é descumprido diariamente, tornando as ações policiais imprevisíveis, como a realizada em 2010, dentro do *campi* da Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde foram apreendidas máquinas copiadoras e pastas com cópias de textos deixados pelos professores para os alunos e a detenção do proprietário da loja (Ibidem).

Outra questão é que a LDA não definiu objetivamente o que seriam "pequenos trechos". Em algumas universidades brasileiras, criou-se a ideia de que o máximo permitido a ser copiado seria 10% ou 20% de uma obra.[69] No entanto, não há nenhuma previsão legal

68 Na lei anterior, a Lei nº 5.988/73, era possível reproduzir a obra na íntegra.

69 Na USP, por exemplo, a questão foi tratada na Resolução nº 5.213, de 2005, onde se decidiu que é permitida a cópia de pequenos trechos, como capítulos de livros e artigos de periódicos ou revistas científicas, mediante solicitação individual, sem finalidade de lucro e para uso próprio do solicitante (PARANA-

sobre isso. Há quem defenda que, autorizada ou não, a autorização para reprodução deveria ser relacionada ao uso que se dará à cópia, e não a sua extensão (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009). Essa questão também chegou ao Judiciário e é decidida casuisticamente. Em um acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro[70] foi decidido que não era cabível o pagamento de danos morais por conta do uso não autorizado de uma música religiosa em um programa humorístico de televisão, tendo em vista que o fragmento da música do autor durou apenas 10 segundos e não prejudicou a exploração normal da obra reproduzida, se encaixando perfeitamente na exceção legal.

Cumpre ressaltar, também, que até a produção de cópias de bens adquiridos legalmente pelos próprios consumidores é proibida, não importando se a fonte é lícita ou ilícita, como ocorre no ordenamento europeu (Ibidem). Além disso, por não ser permitida a cópia integral de uma obra, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê o pagamento da compensação equitativa,[71] o

GUÁ e BRANCO, 2009).

70 Vide: TJ-RJ - APL: 03212944720118190001 RJ 0321294-47.2011.8.19.0001, Relator: DES. RICARDO RODRIGUES CARDOZO, Data de Julgamento: 26/11/2013. DÉCIMA QUINTA CAMARA CIVEL, Data de Publicação: 17/12/2013.

71 Conforme aula ministrada na cadeira de Direitos de Autor da Universidade de Coimbra, Portugal, no dia 23/11/2020, pelo Professor Doutor Alexandre Dias Pereira.

que é um ponto positivo da legislação brasileira.

Por conta dessas e outras disposições da lei, em 2011, a *Consumers International*[72] considerou a LDA como a quarta pior do mundo quanto ao acesso ao conhecimento, carecendo de uma sistematização das possibilidades de uso justo dos bens culturais que ainda não estão em domínio público (BEZERRA, 2013).

As condutas consideradas ilegais, no entanto, são admitidas quando interpretadas sob a ótica da função social da propriedade e do direito autoral, interpretação essa que aparentemente é contrária à LDA, porém de acordo com os preceitos protegidos pela Constituição Federal (PARANAGUÁ; BRANCO, 2009).

O STJ, inclusive, entende que essas limitações e exceções legais são apenas exemplificativas, havendo outras possibilidades que não estão previstas na legislação, desde que os parâmetros internacionais, especialmente a Convenção de Berna e o ADPIC, sejam respeitados (VALENTE; FREITAS, 2017).

Atualmente, há pelo menos dois Projetos de Lei que visam modificar o rol do art. 46 da LDA. O Projeto de Lei nº 2.370/2019, já referido, traz grandes modi-

72 Trata-se de uma federação que concentra variadas organizações nacionais de defesa do consumidor. Ela é responsável por realizar estudos comparando legislações autorais de diversos Estados.

ficações ao artigo, prevendo novos casos de limitações legais que são compatíveis com as novas tecnologias e com as necessidades da sociedade de acesso à educação, à informação e ao conhecimento, levando em conta os direitos constitucionais e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.[73] Já o Projeto de Lei nº 4.007/2002, de autoria do senador Chico Rodrigues (DEM/RR), propõe que o art. 46 seja alterado para prever a não ofensa aos direitos autorais do uso de imagens de obras por museus, utilizando a pandemia do Covid-19 como justificativa para essa alteração (CAMPOS; SOUZA, 2020).

## 5 TUTELA EFETIVA DOS DIREITOS AUTORAIS

O presente tópico demonstrará de que forma ambos os países buscam garantir a tutela efetiva dos Direitos Autorais, através dos remédios previstos pelos ordenamentos e da atuação do Judiciário.

No âmbito internacional, tanto a Convenção de Paris quanto as Convenções de Berna e de Roma possuem poucas disposições sobre remédios de proteção. Por sua vez, o acordo ADPIC/*TRIPS* contém uma parte com meios de tutela efetiva (*enforcement),* assim como

73 O Projeto mantém a não instituição do pagamento da compensação equitativa.

os Tratados da OMPI, que também estabelecem algumas normas.

Os meios de proteção foram previstos na parte III do ADPIC que, em termos gerais, previu remédios com objetivo de prevenir e dissuadir infrações posteriores (PEREIRA, 2019).[74] Não exige um sistema judicial especial para a propriedade intelectual e nem a obrigação de se direcionar recursos específicos para a tutela dos direitos em geral. Deve, entretanto, ser assegurada a existência de procedimentos equitativos e justos, que não sejam demasiado complicados ou dispendiosos, nem contenham prazos irrazoáveis ou atrasos injustificados. Dá preferência às decisões fundamentadas e escritas quanto ao fundo da causa, que deverão basear-se em provas que observem o contraditório. Consagra o direito de recurso judicial quanto às decisões administrativas finais, bem como a fundamentação jurídica das decisões judiciais relativamente ao mérito da causa, salvo quanto às absolvições em processos criminais (Ibidem).

Quanto à tutela penal, no domínio dos direitos de autor, ela é reservada praticamente às infrações de escala comercial, uma vez que o bem jurídico a ser tutelado, a dignidade da propriedade intelectual, não é a mesma da propriedade comum sobre bens corpóreos. O acordo ADPIC obriga os membros a preverem proce-

74 Vide art. 41 do ADPIC.

dimentos e sanções penais pelo menos para os casos de contrafação voluntária de marcas com registro e pirataria de direito de autor em escala comercial. No entanto, isso não afasta a possibilidade de serem estabelecidos para outros casos de infração aos direitos de propriedade intelectual, especialmente quando forem cometidas deliberadamente e em escala comercial. Essas sanções devem incluir prisão e/ou multas com força dissuasora, compatíveis com o nível de sanções aplicadas a crimes de mesma gravidade. Nos casos apropriados, pode ocorrer a apreensão, o arresto e a destruição de mercadorias objeto da infração ou quaisquer materiais principalmente na prática do delito (PEREIRA, 2019).[75]

## 5.1 ÂMBITO PORTUGUÊS

Já no âmbito da União Europeia, levando em conta as diferenças entre as legislações dos Estados-Membros e o fato dos instrumentos internacionais não terem efeito direto, foi adotada a Diretiva 2004/48, que integra o acordo ADPIC em um instrumento direto da União (Ibidem). Tal como no acordo, estabelece o princípio geral de que os procedimentos devem ser justos e equitativos,[76] não podendo ser desnecessariamente

75 Essas previsões se encontram no art. 61 do ADPIC.

76 Vide art. 3/1 da Diretiva 2004/48.

complexos ou onerosos, morosos injustificadamente, nem usados de forma abusiva (*Ibidem*). Harmonizou meios de proteção em diversas matérias, tais quais as medidas provisórias utilizadas para preservar os elementos probatórios, o cálculo das indenizações por perdas e danos, bem como as "ações inibitórias" (injunções).

Introduziu também meios de proteção inéditos em alguns Estados-Membros, como o direito de informação e a retirada, às custas do infrator, de mercadorias litigiosas colocadas no mercado (*Ibidem*).[77] O seu âmbito de aplicação foi definido da forma mais ampla possível, abrangendo toda e qualquer propriedade intelectual[78] e qualquer violação a elas, tanto ao nível comunitário, como no interno. [79]Além disso, ressalva outras disposições legais já existentes[80] e os consumidores finais de boa-fé dos meios reforçados de proteção, os protegendo, em princípio, frente aos atos praticados em escala comercial[81] (*Ibidem*).

Uma medida alternativa (*statutory damages*), *TRIPS-plus*, por não estar prevista no acordo ADPIC,

77 Vide cons. 7-8 da Diretiva 2004/48.
78 Vide art. 1 da Diretiva 2004/48.
79 Vide cons. 13 e art. 2/1 da Diretiva 2004/48.
80 Vide art. 2/3 da Diretiva 2004/48.
81 Vide cons. 14 da Diretiva 2004/48.

mas sim na Diretiva 2004/48[82] e no CDADC[83], é a possibilidade de, não sendo possível definir efetivamente o montante do prejuízo sofrido e não se opondo o lesado, ser arbitrada uma quantia fixa, pensada equitativamente, com base no mínimo das remunerações que teriam sido auferidas, caso a utilização dos direitos não tivesse sido ilícita, mais os encargos suportados pelo lesado com a proteção do seu direito e com a investigação e cessação da conduta lesiva.

Esse posicionamento está de acordo com o art. 566/3 do Código Civil português.[84] Caso se trate de prática reiterada ou que seja especialmente gravosa para a parte lesada, poderá ser determinado que a indenização seja a cumulação de todos ou alguns critérios presentes no CDADC.[85] Ressalta-se que essa medida é aplicável apenas às infrações cometidas a nível comercial (PEREIRA, 2019).

Levando em consideração a competência limitada da União Europeia, a Diretiva 2004/48 veio para harmonizar os remédios da propriedade intelectual, mas não estabeleceu uma tutela penal para a propriedade intelectual, abordando medidas especiais de natureza

82 Vide art. 13/1-b da Diretiva 2004/48.

83 Vide art. 211/5 do CDADC.

84 Vide art. 566/3 do Código Civil Português.

85 Vide art. 11 do CDADC.

administrativa e cível. No entanto, considera as sanções penais também como um meio de garantir respeito pelos direitos de propriedade intelectual,[86] bem como determina que a Diretiva não prejudica obrigações decorrentes de convenções internacionais, incluindo as relacionadas com processos e sanções penais (Ibidem).[87]

A competência da União Europeia no domínio penal foi alargada com o Tratado de Lisboa, porém a Diretiva é anterior a ele, quando a competência era praticamente inexistente. Contudo, os meios da União para intervir em sede penal são escassos (Ibidem).

Por mais que não preveja medidas penais, a Diretiva acima referida foi transposta para o direito interno português pela Lei 16/2008 e, ao contrário da proposta inicial, não se limita às infrações comerciais (Ibidem).

O CDADC, por sua vez, prevê a tutela penal no Título IV,[88] contendo tipos penais não especialmente graves. Com exceção do crime de violação do direito moral, são crimes públicos, não dependendo da queixa do ofendido para o procedimento criminal. Prevê como medida acessória a apreensão e perda dos objetos relacionados ao crime, bem como a condenação à cessa-

86 Vide cons. 28 da Diretiva 2004/48.

87 Vide art. 2/3-b da Diretiva 2004/48.

88 Vide artigos 195 a 203 do CDADC.

ção da atividade ilícita conjuntamente com uma sanção pecuniária compulsória para garantir a respectiva execução, além de prever medidas como o encerramento definitivo ou temporário do estabelecimento (Ibidem).

No âmbito judicial comunitário, o TJUE, na prática, faz um equilíbrio justo e equitativo de direitos concorrentes para aplicar os remédios, seguindo o princípio da proporcionalidade, o que faz com que ele venha assumindo um papel de relevância na determinação do sentido e dos limites dos direitos, semelhantemente ao que ocorre em sede da definição material de direitos de autor (PEREIRA, 2019).

Já na ordem judiciária portuguesa, há o Tribunal de Propriedade Intelectual (TPI). Segundo a nova Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ), Lei nº 62/2013, esse tribunal especializado possui competência territorial alargada. Em suma, trata-se de um tribunal de competência especializada que conhece ações que abranjam, *lato sensu*, questões de propriedade intelectual, independentemente da forma processual aplicável.[89] Cabe também ao Tribunal ordenar a obtenção e preservação de provas, bem como a prestação de informações, além dos seus apensos e incidentes correspondentes e a execução das decisões (Ibidem).[90]

89 Vide artigos 83º/2 e 111 da LOSJ.

90 A publicidade das decisões é tida como medida dissuasora de infra-

Podem ser aplicadas sanções acessórias, como as medidas corretivas. A pedido do lesado e sob custo do infrator, pode ser determinada a destruição do material objeto do litígio, sua retirada ou exclusão definitiva do comércio, sem qualquer compensação ao infrator. Alternativamente, tendo em conta a natureza e a qualidade dos bens declarados perdidos a favor do Estado, com o consentimento expresso do lesado, o TPI pode destiná-los a entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos.[91] Se decidir por esse caminho, o Tribunal analisará a necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas em relação à gravidade da infração, considerando também os interesses de terceiros, como os consumidores. Nesse sentido, os atos dos consumidores dotados de boa-fé são excluídos da noção de infração à escala comercial,[92] de modo que poderá ver reconhecido seu direito de propriedade sobre o bem objeto da infração (Ibidem).

Também pode ser imposta uma medida para que o infrator ou intermediários, cujos serviços sejam utilizados por terceiros para violar direitos,[93] sejam inibidos

ções futuras e de sensibilização do público em geral (vide cons. 27 da Diretiva 2004/48). Essa publicitação pode ser ordenada a pedido do lesado e sob custo do infrator, através de qualquer meio de comunicação que se pense adequado (vide art. 15 da Diretiva 2004/48 c/c art. 211-A do CDADC).

91 Vide artigos 210-I/1-3 e 5 do CDADC.

92 Vide art. 210-L/2, CDADC.

93 Vide artigos 210-J/4 e 227 do CDADC.

de continuar com a infração, como, por exemplo, a interdição temporária do exercício de determinadas atividades ou profissões (proibição de participar em feiras ou mercados, encerramento do estabelecimento, entre outros)[94] (Ibidem).

Ainda, a obrigação de indenizar o lesado está prevista tanto no CDADC, em seu art. 211/1[95], como no princípio da responsabilidade civil[96], sendo afastada a existência de responsabilidade objetiva e/ou fato lícito, o que foi deixado em aberto pela Diretiva 2004/48 (PEREIRA, 2019).

Para determinar o valor da indenização, que pode abranger tanto os danos patrimoniais como os não patrimoniais, o TPI deve levar em consideração o lucro obtido pelo infrator, os lucros cessantes e os danos emergentes sofridos pela parte lesada, bem como aos encargos gastos com a proteção do direito, contando com a investigação e cessação da conduta lesiva do seu direito.[97] Quanto aos danos não patrimoniais, só devem ser atendidos aqueles que, por conta de sua gravidade, mereçam tutela do direito.[98] Portanto, é necessário que

94 Vide art. 210-J/3 do CDADC.

95 Vide art. 211/1 do CDADC.

96 Vide art. 483 do Código Civil português.

97 Vide art. 211/2 do CDADC.

98 Vide art. 496/1 do Código Civil português.

eles sejam graves. Entre eles, estão a ofensa a direitos de personalidade, como direito ao nome, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada[99] (Ibidem). O uso ilegítimo do nome literário ou artístico, bem como qualquer outra forma de identificação do autor, confere ao lesado o direito de pedir indenização por perdas e danos, além da cessação de uso.[100] Ainda, além dos danos não patrimoniais, o TPI deve atender também às circunstâncias da infração, à gravidade da lesão sofrida e ao grau de difusão ilícita da obra ou prestação (Ibidem).[101][102]

## 5.2 ÂMBITO BRASILEIRO

Por sua vez, no Brasil, na seara administrativa, a depender do sistema legislativo em que o direito de autor está inserido, o registro da obra, a menção de

99 Vide artigos 72 e seguintes do Código Civil português.

100 Vide art. 210 do CDADC.

101 Vide art. 211/4 do CDADC.

102 Para o Professor Doutor Alexandre Dias Pereira (2019, p. 133), essa disposição não afasta o disposto no art. 494 do CC. "Art. 494º (Limitação da indemnização no caso de mera culpa) Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indemnização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem" (PORTUGAL, 1966).

reserva e o depósito de exemplares são as providências assecuratórias mais usuais, por mais que os dois primeiros sejam medidas de cunho facultativo, que visam atribuir mais segurança quanto à titularidade da obra (SOLA, 2002).

Na esfera civil há muitas medidas passíveis de aplicação, como as medidas de prevenção, de preservação, de garantia e de reparação. O titular dos direitos usufrui desde medidas acautelatórias, nominadas ou inominadas, até medidas reparatórias, que visam tanto resguardá-lo de um possível dano iminente, como reparar o dano sofrido, cada ação sendo regida pelo seu estatuto processual próprio, podendo haver cumulação de pedidos, desde que compatíveis (SOLA, 2002).

A LDA prevê sanções civis.[103] Entre elas, estão a possibilidade de se requerer a apreensão ou destruição dos materiais fraudulentos, bem como a suspensão de sua divulgação e pedido de indenização, além da aplicação de multas (Ibidem). De forma diferente da lei portuguesa, a lei brasileira prevê que, não sendo possível definir o preço que deverá ser pago como indenização, o fraudador deverá pagar o valor de três mil exemplares, além dos exemplares que houverem sido apreendidos. Portanto, a lei estabelece um critério para quando não

103 Vide artigos 101 a 110 da LDA.

for possível auferir objetivamente o valor a ser pago.[104]

Diferentemente dos demais países, em que a imposição de normas penais ocorreu recentemente, a primeira regulação dos Direitos de Autor no Brasil foi feita pela legislação penal,[105] e não pela civil (Ibidem). A LDA, responsável por disciplinar o direito autoral, não definiu crimes ou um procedimento penal (BADARÓ, 2016). Essa tutela penal é feita pelo Código Penal, que contém um capítulo próprio destinado aos "*Crimes Contra a Propriedade Intelectual*", previstos nos artigos 184 e 186. Em suma, ocorrem quando há falta de consentimento do titular para utilização da obra ou quando os limites da concessão não são respeitados, podendo ocorrer a violação da personalidade do autor, como no caso do plágio, não sendo necessário prejuízo patrimonial para que o delito se configure (SOLA, op. cit.). São atribuídas penas severas, como a detenção e reclusão do infrator, sem prejuízo das sanções reparatórias civis (*Ibidem*).[106]

Os procedimentos para os crimes contra a propriedade imaterial são especiais. Atualmente, há dois procedimentos especiais: o aplicável aos crimes perse-

104 Vide art. 103, parágrafo único da LDA.

105 O Código Criminal de 1830, em seu art. 261, previu o delito de contrafação, punido com a perda dos exemplares. Criou também, indiretamente, o direito autoral de reprodução ao incriminar várias modalidades de reprodução.

106 Vide art. 101 da LDA e art. 207 da Lei nº 9.279/96

guidos por ação penal de iniciativa privada[107] e o aplicável aos crimes perseguidos mediante ação penal pública, condicionada ou incondicionada[108] (BADARÓ, 2016).

Em relação à tutela jurisdicional, uma vez que os Direitos Autorais são considerados bem móveis,[109] o Código de Processo Civil determina que *"a ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu"* (BRASIL, 2015, art. 46).[110]

Em regra, a ação será julgada no âmbito da Justiça Estadual, sejam as partes pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, como o ECAD.[111] No entanto, a Lei nº 9.469/97 determina que, nos processos cuja decisão possa ter reflexos econômicos, mesmo que de forma indireta, as pessoas jurídicas de direito público podem intervir, sem necessidade de demonstrar interes-

---

107 Vide artigos 524 a 530 do Código de Processo Penal. O crime perseguido por ação penal de iniciativa privada seria o previsto no *caput* do art. 184 do Código Penal.

108 Vide artigos 530-B a 530-H do Código de Processo Penal. Os crimes a que esse procedimento se aplica estão previstos nos §§ 1º a 3º do art. 184 do Código Penal.

109 Vide art. 3º da LDA.

110 Vide art. 46 do Código de Processo Civil. As exceções estão previstas em seus parágrafos.

111 O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD é uma associação civil de natureza privada, sem finalidade econômica e sem fins lucrativos, composta por associações de titulares de direitos de autor e conexos, facilitando o processo de pagamento e distribuição dos direitos autorais.

se jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito.[112] Possuem, inclusive, legitimidade recursal, quando serão consideradas partes, para verificação e eventual deslocamento de competência. Dessa forma, havendo intervenção de entes de direito público ou da União, a competência será deslocada para a Justiça Federal (CARDOSO, 2008).

Além dessas disposições, a Lei nº 9.279/96, que trata da Propriedade Industrial, definiu que o Poder Judiciário pode criar juízos especiais para dirimir questões relativas à propriedade intelectual[113] (Ibidem).

Via de regra, no âmbito penal, também cabe à Justiça Estadual julgar os crimes cometidos contra a propriedade intelectual, uma vez que, conforme o preâmbulo do acordo ADPIC, os direitos de propriedade intelectual são privados, ao se entender que, em princípio, não há qualquer tipo de lesão à União (Ibidem). Todavia, a Justiça Federal tem competência para processar e julgar as violações de direitos autorais quando elas lesarem a União, como nas situações previstas na Constituição Federal.[114] Também terá competência quando houver conexão ou continência com crime contra a ordem tributária, relacionado a tributos federais,

112 Vide art. 5º da Lei nº 9.469/97.

113 Vide art. 241 da Lei nº 9.279/96.

114 Vide art. 109, incisos IV, V e IX da Constituição Federal.

ou outro que também seja de competência da Justiça Federal[115] (Ibidem).

Além disso, algumas vezes, somadas às cláusulas contratuais de direito comum, há normas de direito trabalhista (SOLA, 2002). Portanto, cumpre analisar, também, de quem seria a competência para julgar conflitos inerentes às questões de direitos de autor oriundos em uma relação trabalhista. Segundo a Constituição Federal, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas das relações de trabalho, abrangendo os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.[116] Portanto, é de competência da Justiça do Trabalho julgar os litígios que tenham ocorrido na vigência de um contrato de trabalho e que versem sobre direitos autorais.[117]

## 6 CONCLUSÃO

115 Vide art. 12, § 3º, II da Lei n. 9.609/98; art. 78, IV do CPP; e Súmula nº 52 do TFR.

116 Vide art. 114, I da Constituição Federal.

117 O Tribunal Superior do Trabalho teve o mesmo entendimento no julgado TST-RR: 16183320105090008, Relator: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, julgado em 18/02/2020, publicado em 21/02/2020.

O presente artigo procurou trazer noções introdutórias dos Direitos Autorais no Brasil e em Portugal, de forma que o leitor pudesse ter uma visão geral de como o tema é tratado pelos dois países.

Foi possível perceber que esses direitos são profundamente regulados e tutelados. No entanto, apesar da grande quantidade de diplomas internacionais e nacionais que regem o tema, o surgimento cada vez mais acelerado de novas tecnologias faz com que os Direitos de Autor tenham cada vez mais desafios pela frente, ao tentar se enquadrarem à realidade. Por conta do não acompanhamento legislativo, seja em nível interno, seja em nível internacional, tanto nos Acordos e Convenções, como na legislação da União Europeia, os tribunais e a doutrina vêm tentando resolver as questões da melhor maneira possível.

Assim, com o fim de tutelar esses direitos, novos meios de proteção da propriedade intelectual foram desenvolvidos, o que, por um lado, é positivo. Por outro, esse alargamento pode se dar às custas do pluralismo cultural, da inovação tecnológica e da concorrência. A edição da polêmica Diretiva DSM, por exemplo, fez com que surgissem muitos debates sobre suas disposições. Por ser recente, Portugal e outros 22 países da União Europeia não a transpuseram para o seu ordenamento interno até o momento, ou o fizeram apenas par-

cialmente (AGÊNCIA LUSA, 2021). Com isso, ainda observaremos seus efeitos no Brasil. O que se espera é que sua implementação no mercado afete não só os direitos humanos, a inovação na internet e a liberdade de expressão no âmbito europeu, mas também na América Latina (AL SUR, 2019).

Cumpre frisar que, por mais que os meios tenham se desenvolvido, a possibilidade de tutela efetiva depende da infraestrutura socioeconômica e das circunstâncias políticas de cada país e do mundo (PEREIRA, 2019). Por isso, por mais que os ordenamentos apresentem muitas semelhanças nas suas disposições, sua efetividade nunca será a mesma.

Por fim, ao que parece, ainda que no Brasil os Direitos Autorais possuam *status* de direito fundamental, quando comparada com a realidade portuguesa, a efetividade das normas brasileiras está longe de ser a ideal, o que gera um cenário de incertezas e insegurança jurídica. O que se espera é que, com as influências advindas da nova regulamentação europeia e com a possível aprovação dos projetos de lei atualizadores da LDA, esse quadro mude.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA LUSA. Governo aprova propostas para fazer transposição de diretivas dos direitos de autor e conexos. **Observador**, 23 de setembro de 2021. Disponível em: https://observador.pt/2021/09/23/governo-aprova-propostas-para-fazer-transposicao-de-diretivas-dos-direitos-de-autor-e-conexos/. Acesso em: 06 nov. 2021.

AL SUR. A Diretiva da União Europeia sobre Direito de Autor e seu impacto sobre os usuários na América Latina e no Caribe. **Creative Commons**, 09 de agosto de 2019. Disponível em: <https://br.creativecommons.net/2019/08/09/a-diretiva-da-uniao-europeia-sobre-direito-de-autor-e-seu-impacto-sobre-os-usuarios-na-america-latina-e-no-caribe/>. Acesso em: 12 set. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Súmula 574 do STJ traz incertezas sobre crime contra direito autoral. **Consultor Jurídico**, 05 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-05/gustavo-badaro-sumula-574-stj-traz-incertezas-crime-direito-autoral>. Acesso em: 12 set. 2021.

BEZERRA, Arthur Coelho**. Direitos Autorais e Cultura da Cópia na Era Digital**. Rio de Janeiro: Logos: Comunicação & Universidade, n. 39, vol. 20, nº 02, p. 06-18, 2013.

BRANCO, Sergio. **O Domínio Público no Direito Autoral Brasileiro – Uma obra em domínio público.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/01/O-Dominio-Publico-no-Direito-Autoral-Brasileiro.pdf. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.** Promulga a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Promulga a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937.** Promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto nº 9.190, de 6 de dezembro de**

**1911.** Promulga a Convenção concluída no Rio de Janeiro, a 23 de agosto de 1906, pela Terceira Conferência Internacional Americana, relativa a Patentes de invenção, desenhos e modelos industriais, marcas de fábrica e comércio e propriedade literária e artística. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d9190.html. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto nº 23.270, de 24 de outubro de 1933.** Promulga a Convenção de Berna para a proteção das obras literárias e artísticas, revista em Roma, a 2 de junho de 1928. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-23270-24-outubro-1933-549636-publicacaooriginal-65125-pe.html. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto nº 75.699, de 6 de maio de 1975.** Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d75699.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Promulga o Código Penal de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Promulga o Código de Processo Penal de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.

_____. **Lei de 11 de agosto de 1827.** Cria os Cursos de Ciências Jurídicas e Sociais, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM.-11-08-1827.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.** Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília [DF], 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 27 dez. 2021.

_____. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.370/2019, de 16 de abril de 2019.** Altera os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 15,16, 17, 19, 20, 24, 25, 28, 29, 30, 36, 37, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 53, 68, 77, 78, 79, 81, 86, 90, 95, 96, 97, 100-B, 101, 102, 103, 107, 108 e 109 e acrescenta os arts. 30-A, 52-A, 52-B, 52-C, 52-D, 52-E, 61-A, 67-A, 85-A, 88-A, 88-B, 88-C, 99-C, 99-D, 110-A, 110-B, 110-C, 110-D, 110-E, 110-F, 110-G, 110-H, 110-I, 110-J, 110-K, 110-L, 111-A, 111-B, 113-A e 113-B na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01dw6lu35bwqj2aewa5fhahm0i16000640.node0?codteor=1734276&filename=PL+2370/2019>. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 4.007/2020, de 30 de julho de 2020.** Altera a Lei nº 9.610, de 19de fevereiro de 1998, para prever a não ofensa aos direitos autorais do uso de imagens de obras por museus. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/104490?sequencia=388>. Acesso em: 08 nov. 2021.

_____. **Resolução nº 5213, de 02 de junho de 2005.** Regula a extração de cópias reprográficas de livros, revistas científicas ou periódicos no âmbito da Universidade de São Paulo. Diário Oficial Eletrônico de 03 de junho de 2005, São Paulo. Disponível em: <http://www.leginf.usp.br/?resolucao=resolucao-no-5213-de-02-de-junho-de-2005>. Acesso em: 02 out. 2021.

CAMPOS, Pedro de Abreu Monteiro; SOUZA, Leonardo Penha de. Projeto de Lei cria nova exceção aos direitos autorais. **Jota**, em 11 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/projeto-de-lei-cria-nova-excecao-aos-direitos-autorais-11082020#_ftn2>. Acesso em: 08 nov. 2021.

CARDOSO, Oscar Valento. **A Competência da Justiça Federal na Tutela dos Direitos Da Propriedade Intelectual.** Brasília: Revista CEJ, n. 43, pp. 51-56, 2008. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/tablas/R22944.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 4.

ECAD. **O ECAD**. Disponível em: <https://www3.ecad.

org.br/o-ecad/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 12 set. 2021.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: da antiguidade à internet.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

ITALIA. **Convenção de Roma de 1961.** Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores de Fonogramas e aos Organismos de Radiodifusão. Roma: Diário Oficial da União nº 207, de 28 de outubro de 1965. Disponível em: <https://www.amar.art.br/wp-content/uploads/2019/01/CONVENCAO-DE-ROMA.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

JÚNIOR, Janary. Projeto Regulamenta publicação de obras na internet sem autorização do autor. **Câmara dos Deputados.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/559958-projeto-regulamenta-publicacao-de-obras-na-internet-sem-autorizacao-do-autor/>. Acesso em: 08 nov. 2021.

JUSTO, António Santos. **A Influência do Direito Português na Formação do Direito Brasileiro**. Fortaleza: Revista Jurídica da FA7, p. 197-242, 2008. Disponível em: <periodicos.uni7.edu.br›index.php› article › download>. Acesso em: 12 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (ADPIC).** Dispõe sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio. Marraquexe, Marrocos, 15 de abril de 1994. Disponível em: <https://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2021/01/Acordo-trips__acordo_sobre_aspectos_dos_direitos_de_propriedade_intelectual_relacionados_ao_comercio.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convenção de Berna para Protecção das Obras Literárias e Artísticas.** Reconhece os Direitos de Autor. Berna, Suíça, 09 de setembro de 1886. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-berna-para-a-proteccao-das-obras-literarias-e-artisticas.html>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____.

**Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial.** Constitui União de países para a proteção da propriedade industrial. Paris, França, 20 de março de 1883. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/WIPO-World-Intellectual-Property-Organization-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-de-Propriedade-Intelectual/convencao-de-paris-para-a-proteccao-da-propriedade-industrial.html>. Acesso

em: 29 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**. Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Estabelece a proteção universal dos direitos humanos. Paris, França, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos. Acesso em: 12 set. 2021.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio . **Direitos Autorais** (1ª ed.). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

PEREIRA, Alexandre Dias. **Direito da Propriedade Intelectual & Novas Tecnologias - Vol. 1**, Coimbra: Editora Gestlegal, 1ª ed, 2019.

_____. **Direitos de Autor e Liberdade de Informação.** Coimbra, Dissertação de Doutoramento em Direito (Doutoramento em Ciências Jurídicos-Empresariais, Universidade de Coimbra, 2007.

PIMENTA, Eduardo Salles (Coord.). **Direitos Autorais: estudo em homenagem a Otávio Afonso dos Santos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PORTUGAL. **Carta Constitucional de 29 de abril de 1826.** Promulga a Constituição de 1826. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021

_____. **Codigo Civil Portuguez aprovado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867.** Aprova o Código Civil. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. **Código Comercial, de 28 de junho de 1888.** Aprova o Código Comercial. Disponível em: https://www.igf.gov.pt/leggeraldocs/CODIGO_COMERCIAL_LIVRO_1.htm. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de março de 1985**. Aprova o Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/123928121/202101111157/73761670/diplomaExpandido/indice. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Constituição da República Portuguesa, de 10 de abril de 1976.** Aprova a Constituição da República Portuguesa. Disponível em:

https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/337/202101111528/127954/diplomaExpandido/indice. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Constituição de 1838, de 24 de abril de 1838.** Aprova a Constituição de 1838. Disponível em: https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1058.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Decreto nº 13.725, de 27 de maio de 1927.** Trata da propriedade literária, científica e artística.

_____. **Decreto-Lei nº 47344, de 27 de abril de 1966.** Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/487338/details/maximized. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei nº 2/2020, de 31 de março de 2020.** Orçamento do Estado para 2020. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/130893436/details/maximized. Acesso em: 02 out. 2021.

_____. **Lei n.º 16/2008, de 01 de abril de 2008.** Transpõe para a ordem jurídica interna a Direti-

va n.º 2004/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual, procedendo à terceira alteração ao Código da Propriedade Industrial, à sétima alteração ao Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos e à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 332/97, de 27 de Novembro. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/246532/details/maximized. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei n.º 49/2015, de 05 de junho de 2015.** Segunda alteração à Lei n.º 62/98, de 1 de setembro, que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, sobre a compensação equitativa relativa à cópia privada. Disponível em: https://data.dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/67409481/details/maximize. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei n.º 62/98, de 01 de setembro de 1998.** Regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. Disponível em: https://dre.pt/home/-/dre/566628/details/maximized. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Lei nº 62/2013, de 26 de agosto de 2013.** Lei da Organização do Sistema Judiciário. Disponível em: https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/124568276/202102011743/73760918/di-

plomaExpandido/indice. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 616/2003. Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do artigo 3.º, n.º 1 e 2, da Lei n.º 62/98, de 1 de setembro (diploma que regula o disposto no artigo 82.º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos), limitando os efeitos da inconstitucionalidade. **Diário da República:** n.º 62/2004, Série I-A, Lisboa, de 13 de março de 2004. Disponível em: https://dre.pt/pesquisa/-/search/532271/details/maximized. Acesso em: 01 out. 2021.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito autoral na era digital: impactos, controvérsias e possíveis soluções**. São Paulo, Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

SOLA, José Eduardo Martins. **A Proteção dos Direitos Autorais a Partir da Realidade Internet: a perspectiva brasileira.** Marília, Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação), Programa de Pós-graduação em Ciência da Informação da Universidade Estadual Paulista – UNES, 2002.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 07 de dezembro de 2000.**

Proclama os Direitos Fundamentos da União Europeia. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Directiva 91/250/CEE, de 14 de maio de 1991.** Relativa à proteção jurídica dos programas de computador. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31991L0250**.** Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Directiva 92/100/CEE, de 19 de novembro de 1992.** Relativa ao direito de aluguer, ao direito de comodato e a certos direitos conexos aos direitos de autor em matéria de propriedade intelectual. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0100. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Directiva 93/83/CEE, de 27 de setembro de 1993**. Relativa à coordenação de determinadas disposições em matéria de direito de autor e direitos conexos aplicáveis à radiodifusão por satélite e à retransmissão por cabo. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A31993L0083**.** Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Directiva 96/9/CE, de 11 de março de 1996.** Relativa à proteção jurídica das ba-

ses de dados. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31996L0009. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Directiva 2001/29/CE, de 22 de maio de 2001.** Relativa à harmonização de certos aspectos do direito de autor e dos direitos conexos na sociedade da informação. Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004.** Relativa ao respeito dos direitos de propriedade intelectual. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004L0048R(01)&from=EN. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. **Diretiva 2019/790, de 17 de abril de 2019.** Relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital e que altera as Diretivas 96/9/CE e 2001/29/CE. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L0790&from=SL. Acesso em: 12 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-435/12, ACI Adam BV e o. contra Stichting de Thuiskopie e Stichting Onderhandelingen Thuiskopie vergoeding. Quarta Secção, Advogado-Ge-

ral: Pedro Cruz Villalón. **Jornal Oficial:** C 399, de 22 de dezembro de 2012. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-435/12&language=PT. Acesso em: 29 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-467/08 – Padawan. Terceira Secção, Advogado-Geral: Verica Trstenjak. **Jornal Oficial:** C 19, de 24 de janeiro de 2009. Disponível em: https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pt&num=C-467/08. Acesso em: 03 out. 2021.

VALENTE, Mariana Giorgetti; FREITAS, Bruna Castanheira. **Manual de direito autoral para museus, arquivos e bibliotecas.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio Editora, 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19038/Manual%20de%20direito%20autoral%20para%20museus%2c%20arquivos%20e%20bibliotecas.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 08 nov. 2021.

# DEMOCRACIAS FRÁGEIS E CORTES CONSTITUCIONAIS: O que é a coisa certa a fazer? Por Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta

*FRAGILE DEMOCRACIES AND CONSTITUTIONAL COURTS: What is the right thing to do? By Lenio Luiz Streck and Francisco José Borges Motta*

***Júlia Costa de Oliveira***[1]
***Luanna Victória Silva Dourado***[2]
***Dennis Gomes Teixeira Santos***[3]
***Lucas Gabriel Ladeia Cirne***[4]

**RESUMO**

O presente trabalho tem o intuito de discorrer sobre as novas democracias presentes na atualidade e suas especificidades. A resenha é baseada na obra do Mestre e Doutor em Direito pela Universida-

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa.
2 Graduanda em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Membro da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa.
3 Graduando em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Membro da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa.
4 Mestre em Direito pelo Centro Universitário UniFG. Professor na Faculdade Independente do Nordeste. Professor orientador da Liga Acadêmica de Direito Constitucional Ruy Barbosa.

Artigo recebido em 18/09/2021 e aprovado para publicação em 02/02/2022.

de Federal de Santa Catarina e Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa, Luiz Lenio Streck e do Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Francisco José Borges Motta, "Democracias frágeis e cortes constitucionais: o que é a coisa certa a fazer?". Em primeiro plano, o trabalho apresenta o conceito de democracias frágeis desenvolvido pelos autores, que abordam, ainda, no decorrer do texto, o exercício do controle de constitucionalidade nessas democracias jovens e a importância da Constituição em seu desenvolvimento político e social.

**Palavras-Chave:** Democracias frágeis. Controle de Constitucionalidade. Constituição.

## ABSTRACT

The present review aims to discuss the modern new democracies and their specificities. This paper is based on the article jointly writen by Luiz Lenio Streck, LL.M and Ph.D. by the Federal University of Santa Catarina and Post-Doctor at the University of Lisbon, and Francisco José Borges Motta, Prosecutor of Rio Grande do Sul State, LL.M. and Ph.D. in Public Law by the University of Vale do Rio dos Sinos, "Fragile democracies and constitutional courts: what is the right thing to do?". In the first place, will be introduced the concept of fragile democracies developed by the authors, who also address, along their paper, the exercise of judicial review in these young democracies and the importance of the Constitution in their political and social development.

**Keywords:** Fragile Democracies. Constitutional review. Constitution.

## 1 INTRODUÇÃO

O artigo de Lenio Luiz Streck e Francisco José Borges Motta apresenta a partir da obra *Fragile Democracies: Contested Power in the Era of Constitutional Courts*, de Samuel Issacharoff, uma visão crítica acerca de três tópicos basilares: as democracias frágeis e como o conceito pode ser aplicado no ordenamento brasileiro, o questionamento se o direito consegue ou não proteger a democracia e a ideia já trabalhada pelos autores em obras anteriores de que *"... (i) não há uma relação de oposição entre constitucionalismo e democracia, e de que (ii) decisões judiciais devem ser geradas por princípios e não por argumentos de políticas"* (STRECK; MOTTA, 2020, p. 2).

O artigo é dividido em quatro partes, juntamente com a introdução e as considerações finais, todas envolvendo a ideia de instabilidade das democracias recém-constituídas após períodos autoritários e como as cortes constitucionais, ao adotarem o papel de sistemas de controle do poder político majoritário, se relacionam com as novas democracias e o papel do Direito em manter esse regime político. No conjunto das partes do texto, os autores trazem de forma simples, coesa e didática a concepção das democracias frágeis e a forma como as cortes constitucionais, sendo instituições de controle da constitucionalidade do poder regente na sociedade, beneficiam a consolidação da própria democracia, pois o controle de

constitucionalidade feito nas cortes judiciárias (por isso conhecido como *judicial review*) tem a finalidade de, além de impor limites aos governantes, garantir por meio desses limites um estado democrático de direito que assegura de forma justa e moral o respeito a todos que se encontram sob o seu julgamento.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Em primeiro plano é discutido o conceito das democracias frágeis, isto é, democracias relativamente jovens que tiveram seu regime político consolidado após longos períodos de regimes ditatoriais. O artigo, ao abordar o tema da transição de ditadura para regime democrático, se torna extremamente pertinente já na parte introdutória, pois, é importante citar que muitas das atuais democracias se classificam como frágeis, sendo que o Brasil e diversos outros países da América Latina são exemplos dessa classificação. As democracias frágeis enfrentam, de forma evidente, dois sérios problemas, sendo eles a problemática da garantia do poder às maiorias e ao mesmo tempo a limitação desse poder, pois, a validação do poder a todos não significa sinônimo de estabilidade política e social a uma democracia recém-inaugurada (ISSACHAROFF, 2015).

A ideia de democracia frágeis trazidas no artigo se assemelha, em alguns pontos, com a política populista, devido ao fato de ser um estágio intermediário entre a ditadura e a democracia liberal adotada nos países de democracia já consolidada. É similar, também, ao trazer um discurso político de soberania do povo, ao mesmo tempo em

que visa limitar o poder popular, através da crítica das instituições democráticas.

> *... populism is conceptualized in this study as a rhetoric about legitimate authority and where power should rightfully lie. At minimum, what qualifies rhetoric as specifically 'populist' are twin claims, namely that: (i) the only legitimate authority flows directly from the 'people', and by contrast (ii) the enemy of the people are the 'establishment' who are corrupt, out of touch, and self-serving, false, betraying the public trust, and thwarting the popular will* (NORRIS, 2020, p. 2).[5]

É sob a perspectiva dos problemas enfrentados pelas democracias frágeis que surge a ideia da instauração das cortes constitucionais, órgãos capazes de restringir o poder governamental, na medida em que exerceriam o controle das decisões políticas, de forma a limitar a tomada de decisões administrativas estatais por parte da maioria governante.

> ... para fazê-lo, as últimas ondas de democratização têm adotado a estratégia bastante familiar de restringir os poderes da maioria por meio de limitações

5 [...] populismo é conceituado neste estudo como uma retórica sobre a autoridade legítima e onde o poder deveria estar legitimamente. No mínimo, o que qualifica a retórica como especificamente 'populista' são reivindicações gêmeas, a saber (i) a única autoridade legítima flui diretamente do 'povo', e por contraste (ii) o inimigo do povo é o 'sistema' que são corruptos, fora de alcance e egoístas, falsos, traindo a confiança pública e frustrando a vontade popular (tradução livre).

> constitucionais. Em outras palavras, o modelo de democracias constitucionais é o que tem sito adotado como regra, na formação das jovens democracias (STRECK; MOTTA, 2020, p. 3).

O controle de constitucionalidade presente nas cortes constitucionais afirma a superioridade da Constituição, de modo a repreender atos positivos ou negativos que representem ameaça direta aos princípios constitucionais estabelecidos, porque as constituições *"(...) servem como uma limitação à ação de grupos antidemocráticos e de governantes com propensão à autocracia, por meio da imposição de amarras institucionais cuja observância dever poder ser obtida perante as cortes*" (STRECK; MOTTA, 2020, p. 3).

É a partir das cortes constitucionais que podemos citar a importância que os autores conferem à Constituição nas hodiernas democracias. No mesmo sentido, boa parte da doutrina, afirma a necessidade da Constituição no desenvolver da sociedade, pois, é a Carta Magna do regime estatal em questão que rege o comportamento social e a resolução de antagonismos dentre os grupos sociais, isto é:

> Constituições fazem mais do que fixar procedimentos para o funcionamento de rotinas democráticas. Elas impõem uma visão normativa a respeito de direitos e de arranjos estruturais que resistem à intrusão das preferências políticas comuns. Ainda que de modo aspiracional, elas determinam que o poder político seja exercido em conformidade com uma série de padrões elevados de obrigações para com a

sociedade (STRECK; MOTTA, 2020, p. 3).

Sob a perspectiva das cortes constitucionais, tema esse de extrema relevância no contexto do Direito Constitucional, os autores salientam a sua intrínseca relação com democracias, a partir do entendimento de que as sociedades que não possuem sua democracia estabilizada se apresentam como insuficientes para exercer seu papel fundamental de solucionar conflitos e reger harmoniosamente os indivíduos inseridos em seu território de atuação. As cortes são apresentadas, portanto, como um benevolente artifício para gerenciar os problemas das democracias frágeis, pois, elas têm, de forma ampla, função de impor limites ao poder político governamental e viabilizar de forma estável a transição de Estado ditador para Estado democrático nas novas democracias.

> A medida do sucesso de uma democracia política, para Issacharoff, é relativamente modesta, embora nada trivial: trata-se da capacidade de os perdedores de hoje emergirem como os vencedores de amanhã, ou seja, da possibilidade de substituição pacífica daqueles encarregados do governo, em conformidade com eleições que reflitam a vontade da população (STRECK; MOTTA, 2020, p. 4).

Com efeito, a renovação desse contrato social que se exterioriza por meio da promulgação de uma Constituição fixa os direitos e garantias, além de facilitar a tomada de decisões no que tangem o destino dos indivíduos.

> Visualizar constituições como documentos que facilitam a tomada de decisões democráticas reversíveis, e não como matrizes fixas de direitos, permite mais flexibilidade no desenho constitucional. (...) Essas limitações ao majoritarianismo (ou à democracia) são, precisamente, os qualificativos do constitucionalismo (STRECK; MOTTA, 2020, p. 4).

Dentre os temas abordados inicialmente, uma temática de bastante pertinência é a reflexão dos autores sobre a contribuição de Ronald Dworkin na definição das democracias constitucionais. A ideia de democracia na concepção de Dworkin, de modo geral, se baseia no princípio da igualdade e equidade, pois, em um governo em que o poder é projetado para garantir que a vontade da maioria prevaleça e que as decisões sejam benéficas a coletividade, o Estado deve ser garantidor de direitos e promovedor da igualdade política e social entre todos (VERBICARO; FADEI, 2018). Na medida em que conceitua a democracia, Dworkin apresenta uma visão dualista da matéria: por um lado a define como um regime em que prevalece a decisão majoritária, isto é, aquela tomada pela maioria – não necessariamente justa, ou benéfica a todos. Essa visão majoritária é rechaçada pelo próprio autor ao afirmar que não existe direito que legitime a supressão dos direitos individuais das minorias.

Por outro lado, existe a democracia comunitária ou cooperativa, que é a ideia que conceitua de fato a democracia constitucional. Essa concepção define uma forma de governo que permite o governo da maioria, mas em que as vontades das minorias são de

igual importância, de tal modo que o seu status democrático depende dessa inclusão. A visão comunitária da democracia se preocupa com a igualdade e respeito nas decisões políticas, dando importância aos direitos fundamentais de ambos os grupos sociais e incluindo os interesses das minorias no processo de tomada de decisões políticas por parte da maioria, tornando o cenário político e social substancialmente democrático (JUNIOR; ARRUDA, 2017).

É relevante essa segunda visão de democracia, pois, a ideia adotada no ordenamento jurídico brasileiro é esta, de um governo da maioria, mas que adere ao ponto de vista das minorias nos aspectos mais relevantes da convivência social, entretanto, sabemos que a realidade difere drasticamente da teoria, uma vez que para garantir a efetividade democrática em uma sociedade, é essencial que haja a representação política e social, obtida através da atuação eleitoral do povo, algo que atualmente tem se provado árduo de acontecer. Essa mudança pode ser atribuída, principalmente, à politização contemporânea do exercício jurisdicional e o comportamento dos partidos políticos brasileiros, o que acarreta à depreciação da real função judiciária e da importância da atuação popular no que diz respeito ao exercício dos direitos políticos e no âmbito eleitoral.

A abordagem constitucional desenvolvida no texto também traz a ótica das discussões procedimentalistas e substancialistas acerca da Carta Magna. Há a predominância da fala susbtancialista com a valorização do conteúdo material da Constituição, isto é, a legitimação e o incentivo à adoção de decisões substantivas, de modo a intensificar o papel do Judiciário nos conflitos democráticos. O

substancialismo é a corrente adotada pelos autores no decorrer do artigo, devido ao fato de que essa corrente doutrinária sustenta a legitimidade das ações e decisões valorativas pela Constituição principalmente no que tange aos direitos fundamentais (NETO; SARMENTO, 2012).

Todavia, apesar de prevalecer esse discurso, é necessário apresentar também a interpretação procedimentalistas das normas constitucionais, pois ela apresenta uma ótica mais cautelosa sobre a matéria, já que a fundamentação e legitimidade das normas jurídicas são resultado exclusivo do processo democrático com a participação e aprovação dos cidadãos. Por ter uma visão mais moderada sobre a legitimidade das normas constitucionais, as ideias procedimentalistas acabam por moderar também a atuação jurisdicional, não aceitando, portanto, que o Estado-juiz dê valoração ao conteúdo normativo (BOLZAN, 2015). Em outro ângulo, o procedimentalismo defende que as decisões morais, econômicas e políticas não devem ser incluídas na Constituição, pois, em respeito ao princípio democrático, as decisões referentes ao povo devem ser deliberadas e tomadas pelo próprio povo (NETO; SARMENTO, 2012).

O debate entre procedimentalistas e substancialistas não se restringe ao conteúdo das Constituições, ele abrange, também, ao que diz respeito ao espaço correto de atuação jurisdicional na democracia. Segundo os substancialistas, a atuação do Poder Judiciário é válida em instâncias extremamente problemáticas, mesmo se o caso não envolver um pressuposto democrático, enquanto os procedimentalistas sustentam posição contrária a esta, defendendo uma

posição mais modesta da atuação jurisdicional, defendendo que sua atuação sobre os temas constitucionais deve acontecer apenas em resguardo aos pressupostos de funcionamento da democracia em si (NETO; SARMENTO, 2012).

Ademais, os autores apresentam relevante questão sobre o Judiciário e a nocividade que o ativismo judicial, que não é tema recente, tem causado no nosso ordenamento jurídico. O ativismo judicial, que surge no período pós Segunda Guerra e ganha destaque no Brasil com a promulgação da Constituição de 88, amplifica o país como uma democracia frágil, na medida em que possui como principal característica a politização das decisões judiciais,-que acaba por politizar a justiça. Dentro desse viés, os autores fazem referência em especial ao Supremo Tribunal Federal, ao concluir que o ativismo judicial presente no STF descredibiliza as decisões tomadas e, por consequência, aumenta a propagação de discursos antidemocráticos pela população. Sob uma perspectiva mais aprofundada, a consequência mais danosa da prática do ativismo judicial é a descredibilização que essa atitude gera. A partir do momento que o Estado-juiz insere sua visão política particular no exercício das decisões judiciais, ela não só prejudica a decisão do caso concreto em questão, mas gera precedente para que a própria população desacredite da inviolabilidade da imparcialidade jurisdicional.

> Defendemos a legitimidade de uma jurisdição constitucional no Brasil, especialmente de caráter substancialista, mas propondo condições democráticas

> adicionais, com uma comunidade jurídica articulada em: um ensino jurídico crítico, uma doutrina atuante e um debate público vigoroso (STRECK; MOTTA, 2020, p. 11).

Posteriormente, nos é apresentado o conceito do controle de constitucionalidade judicial na visão de Ronald Dworkin, sendo argumentado ao longo do texto que a *judicial review* não é algo prejudicial à sociedade desde que ela seja exercida da forma correta, isto é, para que a sua prática seja efetiva e legítima num regime democrático, o controle de constitucionalidade judicial deve ser baseado em princípios que todo o corpo judiciário siga, sem inserir questões de moralidade pessoal como fundamento para as decisões, de forma a afastar o tão polêmico ativismo judicial (quando a intervenção judiciária parte das escolhas pessoais do juiz, sem que haja imparcialidade na tomada de decisões), pois "*decidir por princípio é respeitar a autonomia do direito e favorecer a conquista da autoridade necessária a legitimar a atuação das cortes no contexto de sociedades fraturadas*" (STRECK; MOTTA, 2020, p. 11).

Os autores utilizam das ideias de Dworkin para defender o controle de constitucionalidade, pois, este aborda a temática de forma radicalmente positiva ao estabelecer que o controle de constitucionalidade além de não ser prejudicial à democracia, funciona como um instrumento essencial para garantir o espírito democrático nos governos. Dworkin enfatiza que a revisão judicial fortalece a democracia de forma substancial, pois funciona como defensor

dos direitos fundamentais das minorias. Ele afirma que a defesa dos direitos é eficaz quando feita pelo Judiciário porque os magistrados se encontram em uma posição semelhante ao do legislador no quesito de poder, e porque os juízes não se encontram sob a influência e pressão dos grupos majoritários (JUNIOR; ARRUDA, 2017). A defesa de Dworkin sobre a legitimidade do *judicial review* parte da premissa de que todas as decisões são fundamentadas a partir de princípios e regras, assegurando os direitos das minorias e preservando os ideais basilares da democracia constitucional.

É na perspectiva dos parâmetros a serem utilizados para o controle correto da revisão judicial que os princípios se mostram de marcante relevância, pois, ao se estabelecer princípios constitucionais gerais que regem toda a estrutura do processo jurisdicional o ordenamento jurídico garante a todos que recorrem ao Estado-juiz o auxílio necessário de maneira justa e abrangente. Isso porque a fixação de princípios impede que ocorram parcialidades na atividade jurisdicional.

> ... ao Poder Judiciário cabe tomar decisões de princípio, decisões sobre quais direitos as pessoas têm sob determinado sistema constitucional, e não decisões sobre como se promove o bem-estar geral, porque tanto a democracia quanto o Estado de Direito estariam enraizados num ideal fundamental, o de que qualquer governo aceitável deve tratar as pessoas como iguais, e um Estado assim constituído encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com outros cidadãos e com o próprio governo são questões de justiça (os cidadãos integrariam, nessa formulação, uma comunidade de princípios); e é para isso que se aposta num fórum independente,

> um fórum do princípio (DWORKIN, 2019, p. 38-39 *apud* STRECK; MOTTA, 2020, p. 7).

Embora a visão positiva trazida pelos autores sobre as cortes constitucionais seja de certa predominância no texto, o artigo não apresenta somente essa concepção, haja vista que ao tratar das democracias frágeis e cortes constitucionais sob o aspecto brasileiro, salienta as críticas de Jeremy Waldron sobre o exercício do *judicial review* - ainda que, ao fim, conteste a conclusão de Waldron. Com efeito, Waldron defende que a instauração do *judicial review* em sociedades com características específicas teorizadas por ele, acaba por danificar a sociedade, pois, fere o autogoverno dessa democracia, ainda que, em casos excepcionais como o do Brasil seja propícia.

Ainda que o artigo se contraponha às concepções de Waldron sobre o controle de constitucionalidade na democracia, é relevante desenvolver de forma detalhada sobre suas ideias, uma vez que sua justificativa para a posição contraditória a de Dworkin sobre o tema seja mais aprofundada. Seu principal argumento para defender a ilegitimidade do *judicial review* nas democracias diz respeito à dignidade da legislação, dado que a defesa do controle judicial de constitucionalidade mitiga o Poder Legislativo, já que, em um Estado Democrático, somente ele é quem tem a soberania para efetivar e modificar os ideais constitucionais, pois encontra sua licitude através da participação popular nos procedimentos de criação e controle das decisões normativas e políticas, isto é, sua atuação satisfaz a vontade do povo (WALDRON, 2003).

É nesse viés problemático que o jurista e filósofo positivista Herbert Hart traz o *judicial review* em duas abordagens, *the Nightmare* e *the Noble Dream*, tendo o foco desse texto a primeira abordagem. O jurista, ao analisar a democracia norte-americana sobre o ponto de vista inglês, deduz que apesar de a imagem do Estado-juiz não se confundir com a imagem do legislador, o pesadelo que é o controle de constitucionalidade demonstra que essa distinção entre funções nada mais é do que uma ilusão, de modo a afirmar que a atuação das Cortes norte-americanas, adotando o *judicial review*, burla a divisão entre as funções dos Poderes Legislativo e Judiciário e torna o tribunal, que é primordialmente um local imparcial e apolítico, não apenas um órgão responsável por solucionar os conflitos que lhe é apresentado, mas um local de apreciação política através do exercício jurisdicional.

> *...the Nightmare view of things (...) suggests to an Englishman (...) that political questions in the United States sooner or later become judicial questions. "Perhaps they do so," the Englishman may say, "but the fact that they are decided in American law courts by judges does not mean that they are not there decided politically. So, if your Constitution has made law of what elsewhere would be politics, it has done so at the risk of politicising your courts* (HART, 1977, p. 927)[6].

6 ... a visão das coisas do Pesadelo [...] sugere a um inglês [...] que as questões políticas nos Estados Unidos mais cedo ou mais tarde se transformam em questões judiciais. "Talvez eles o façam", pode dizer o inglês, "mas o fato de serem decididos nos tribunais americanos por juízes não significa que eles não sejam decididos politicamente. Portanto, se a sua Constituição tornou a lei o que em outro lugar seria política, corre o risco de politizar os seus tribunais (tradução livre).

Outro fator contribuinte à visão perniciosa do *judicial review* é a questão da banalização que a prática dá às alterações legislativas, isto é, o que em outros governos necessita de um extenso processo legislativo, discussões parlamentares e acentuada análise material das propostas de reformas legislativas, o controle de constitucionalidade, atrelado ao ativismo judicial, faz as modificações hodiernamente, tornando a atividade legislativa das alterações normativas, e em especial as constitucionais, um ato frívolo (HART, 1977).

Além de Waldron e Herbert Hart, também é necessário citar as contribuições de John Hart Ely ao debate das cortes constitucionais e os malefícios que a implementação desse modelo de revisão judicial baseado em valores substantivos e individuais gera a democracia. Para Hart Ely, a ideia das cortes constitucionais leva a crer que a própria Constituição é um documento passível a novas descobertas interpretativas e que o Estado-juiz é o órgão com legitimidade para desvendar o significado (KAUFMAN, 1981). Além disso, o jurista ainda determina que, em um estado democrático, as decisões substanciais devem ser tomadas em sociedade, logo, excluindo o Judiciário dessa narrativa, pois sua atuação deveria ser limitada ao conjunto procedimental das decisões.

É relevante também aludir como fator contribuinte à posição negativa sobre o controle judicial a sua legitimidade democrática. Se tomarmos como base o constitucionalismo, que tem como ideal principal a limitação do poder popular, então é certo afirmar que há

a legitimidade por parte do Poder Judiciário de exercer o controle judicial. Porém, se analisarmos por um viés puramente democrático, que em seu âmago incentiva a soberania social, então a atuação restritiva exercida pelo Estado-juiz seria incompatível com o modelo político adotado. O intuito dessa análise é estabelecer não a diminuição do poder do Judiciário, mas estabelecer que suas decisões tenham peso de acrescentar às demais interpretações da Constituição, invés de ser uma interpretação única, pois, essa singularidade interpretativa modera a competências dos representantes do povo e, consequentemente, exclui a população da sua atuação política essencial à democracia (GODOY, 2015).

## 3 CONCLUSÃO

O artigo é de leitura indispensável, pois discute pautas importantes como a reafirmação da superioridade da Constituição para se alcançar uma democracia de Direito eficiente, como também apresenta a visão positiva da aplicação do controle de constitucionalidade judicial como forma de manter a democracia, desde que esse o seja feito baseados em princípios constitucionais, a fim de evitar o ativismo judicial que agoniza no cenário jurídico brasileiro. Uma interpretação marcante que é extraída do texto é sobre o papel do Direito como garantidor e protetor da democracia, pois, a eficácia das sociedades democráticas atuais, e em especial as instituídas em um cenário pós-ditatorial, dependem dos instrumentos de harmonia social, sendo o principal deles o conjunto de normas e garantias

codificadas na Constituição e nos demais dispositivos infraconstitucionais presentes no ordenamento jurídico. Pode-se concluir, com base na análise crítica que o artigo apresenta sobre a democracia em si e os seus instrumentos de autorregulação, que o Direito recebe o encargo fundamental de proteger a democracia e que, quando exercitado de maneira correta, cumpre sua função de forma eficaz.

O texto traz uma abordagem de fácil compreensão sobre a questão das democracias insurgentes e os aspectos positivos do controle de constitucionalidade para a garantia da democracia liberal. Ainda que aponte mais os pontos positivos desse tipo de controle judicial, faz falta apresentar as correntes negativas a respeito da temática, uma vez que a criticidade é obtida pela análise de todas as vertentes possíveis, sejam elas positivas ou negativas.

Toda a estrutura formal e material do artigo contribui para não só introduzir os novatos à área jurídica nos temas essenciais que envolvem o Direito Constitucional, como também facilita a compreensão e a aprendizagem dos temas propostos para aqueles que já possuem conhecimento prévio da área. A inserção das temáticas está interligada entre si de forma didática e agradável de ler, pois, apresenta ao leitor uma compreensão mais crítica e abrangente do conteúdo que rege os estudos jurídicos.

Ainda que o artigo seja bem construído e com temáticas de importante repercussão na área jurídica, é necessário citar a falta de visões contrárias e complementares, que são de igual valor para a construção da dissertação, sobre certos aspectos do texto, como

por exemplo, a inserção de fatores que contribuem para o desenvolvimento das democracias frágeis para além da justificativa de "democracias emergentes num período pós-ditatorial". Um dos fatores que poderia ter sido citado no artigo, que justifica a falha a inserção da democracia em países de menor capital, é justamente a ausência do poder econômico, pois, para que uma democracia seja autossustentável, é necessário que o país em que ela está inserida tenha altos padrões patrimoniais e educacionais, para que assim estabilize a neutralidade das instituições políticas e, em especial, o Judiciário (MOUNK, 2018).

Um ponto importante a ser considerado é a relação entre o conceito de democracia de Dworkin e a situação atual do governo brasileiro. O jurista, ao considerar a democracia constitucional como a inclusão das necessidades das minorias dentro de um governo da maioria, insere dentro desse conceito a necessidade de igualdade política entre os grupos sociais que compõe o estado democrático em questão, julgando-a imprescindível para a eficácia democrática. Todavia, ao incorporar esse conceito à realidade brasileira, é possível concluir que a imagem de democracia pintada por Dworkin em suas obras não condiz com o panorama nacional, visto que não há igualdade política entre os grupos sociais, isto é, o Estado não trata todos igualmente, em específico no que tange à atribuição de oportunidades, e aqueles que detêm o poder governam para uma elite minoritária.

Ao inserir as ideias trazidas pelos autores, juntamente com as correntes ideológicas apresentadas nessa resenha, é possível analisar

e comparar os conceitos trabalhados com os acontecimentos hodiernos do nosso país. Partindo da premissa de que o Brasil se insere na categoria de democracia frágil, observa-se a influência das cortes constitucionais no cenário brasileiro; apesar de instituídas com a finalidade de fortalecer a democracia ao garantir que as necessidades das minorias sejam atendidas, como conceitua Dworkin, a inserção da moralidade pessoal, dos valores subjetivos e partidarização política deturpa a função primordial das cortes, tornando-a mais semelhante ao Pesadelo conceituado por Herbert Hart.

Os autores discutem conceitos pautados na visão de dois grandes intelectuais, Samuel Issacharoff e Ronald Dworkin, apresentando a esfera jurídica constitucional de forma simples, com uma argumentação linear e precisa, além de fornecer ao leitor todas as referências necessárias para a compreensão clara e eficaz do tema e da ideia proposta pelos autores baseada nas obras utilizadas. É, de forma abrangente, uma leitura indispensável para os profissionais e discentes da área do Direito.

**REFERÊNCIAS:**

BOLZAN, Lucas. A justiça constitucional em John Hart Ely. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4271, 12 mar. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31812>. Acesso em: 16 jan. 2022

DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** principles for a

new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006a.

_____. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição Norte Americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006b.

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a Constituição ao povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos interinstitucionais. 2015. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/39908/R%20-%20T%20-%20MIGUEL%20GUALANO%20DE%20GODOY.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 15 jan. 2022.

HART, H. L. A. **American Jurisprudence Through English Eyes**: The Nightmare and the Noble Dream (1977). Sibley Lecture Series. 33. Disponível em: <https://digitalcommons.law.uga.edu/lectures_pre_arch_lectures_sibley/33>. Acesso em: 11 nov. 2021.

ISSACHAROFF, Samuel. **Fragile democracies**: contested power in the era of Constitutional Courts. New York: Cambridge University Press, 2015.

JÚNIOR, Luiz Carlos Ormay; ARRUDA, Rejane Alves de. A revisão judicial das leis em Ronald Dworkin e o Controle de Cons-

titucionalidade brasileiro. **Interfaces Científicas - Direito**, *[S. l.]*, v. 5, n. 3, p. 9–20, 2017. DOI: https://doi.org/10.17564/2316-381X.2017v5n3p9-20. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/direito/article/view/4165>. Acesso em: 28 jan. 2022.

KAUFMAN, Andrew L. **Democracy and Distrust. By John Hart Ely**. *Hofstra Law Review*: Vol. 9: Iss. 3, Article 6. 1981. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol9/iss3/6/?utm_source=scholarlycommons.law.hofstra.edu%2Fhlr%2Fvol9%2Fiss3%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>. Acesso em: 28 jan. 2022.

MOUNK, Yascha. **The people vc. Democracy**: why our freedom is in danger and how to save it. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho. 1º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E-book.

NORRIS, Pippa. **Measuring Populism Worldwide** (working paper). In: HKS Faculty Research Working Paper Series RWP20-002, February 2020. Disponível em: <https://www.hks.harvard.edu/publications/measuring-populism-worldwide>. Acesso em: 15 nov. 2021.

STRECK, Lenio Luiz e MOTTA, Francisco José Borges. **Demo-**

**cracias frágeis e cortes constitucionais:** o que é a coisa certa a fazer? In: Revista Pensar, v. 25, n. 4, Fortaleza, 2020.

VERBICARO, Loiane Prado e FADEI, Anna Laura Maneschy. **O modelo de democracia à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Revista Jurídica, vol. 03, nº. 52, Curitiba, 2018, pp. 248-274. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.52.13.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

WALDRON, Jeremy. **Political political theory**: essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Martins Fontes - selo Martins; 1ª edição, 2003.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS NO GOLPE DA FALSA PORTABILIDADE

## CIVIL LIABILITY OF BANKS IN SCAMS WITH FALSE LOAN PORTABILITY

***Juan Gerolis dos Santos***[1]

**RESUMO**

O presente artigo busca esclarecer a existência da responsabilidade civil dos bancos em decorrência do golpe da falsa portabilidade, assim como seus limites. Para tanto, analisa-se o modelo de responsabilidade adotado pelo direito do consumidor brasileiro, qual seja, o da responsabilidade objetiva mitigada, mas também as suas excludentes. Como será visto, estas devem ser interpretadas sob a óptica da teoria do risco-proveito, a fim de saber quais riscos seriam decorrentes da atividade bancária, constituindo fortuito interno, e quais estariam fora de sua margem de atuação, configurando fortuito externo. Assim sendo, a partir de análise doutrinária e jurisprudencial, tornam-se claros os principais deveres das instituições bancárias em decorrência de sua atividade e, principalmente, quais poderiam estar sendo violados no caso em tela, ensejando a responsabilidade civil dos bancos.

1 Graduando em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Artigo recebido em 19/09/2021 e aprovado para a publicação em 29/11/2021.

**Palavras-chave:** Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Teoria do risco-proveito. Fortuito interno e externo. Instituições bancárias.

**ABSTRACT**

This article intends to clarify the existence of civil liability of banks in cases of false loan portability scams, as well as its limits. For this purpose, the liability model adopted by the Brazilian consumer law, which is the mitigated objective liability, is analysed, but also its exclusionary aspects. As will be observed, these should be interpreted from the perspective of the enterprise risk theory, to know which risks would arise from the banking activity, constituting internal fortuity, and which would be outside its scope of operation, constituting external fortuity. Therefore, from the doctrinaire and jurisprudential analysis, the main duties of the banking institutions because of their activity and, mainly, which ones could be violated in the current case, become clear, giving rise to the civil liability of banks.

**Keywords:** Consumer law. Civil liability. Theory of enterprise risk. Internal and external fortuitous. Banking institutions.

## 1 INTRODUÇÃO

A atividade bancária, caracterizada pela liquidez de recursos financeiros, constitui grande atrativo para os que buscam obter vantagens de maneira ilícita. Nesse sentido, variadas são as fraudes e golpes criados com a intenção de enganar vítimas e explorar bre-

chas operacionais dos bancos. A exemplo disso, nos últimos meses, tornaram-se recorrentes, e até noticiados[2], golpes envolvendo a obtenção de empréstimo consignado por servidor público, contra sua vontade.

Ora, a existência de golpe nessas circunstâncias não é novidade, mas o *modus operandi* merece destaque. Em breve síntese: (i) o funcionário público contrai empréstimo consignado e passa a receber os descontos em sua folha de pagamento; (ii) após certo tempo, os estelionatários se aproximam, na condição de representantes de certa empresa, oferecendo a portabilidade do empréstimo para outro banco; (iii) ludibriado pela possibilidade de, dentre outros benefícios, haver redução no valor das parcelas descontadas em seu contracheque, o servidor aceita a proposta; e (iv) por fim, os estelionatários utilizam os dados e documentos fornecidos pelo servidor para contraírem novo empréstimo, cujo valor lhes é inocentemente transferido pela vítima (ou, em alguns casos, diretamente pelo banco), que passa a contar com descontos de dois empréstimos, muito embora não tenha ficado com a verba recebida.

Destarte, com o que se chamará adiante "golpe da falsa portabilidade", surge para a vítima um dano e, para o Direito, o questionamento de quem tem o dever de repará-lo. Seria o banco que concedeu o segundo empréstimo responsável pelos prejuízos? Visan-

2 "*Esquema oferecia falsa portabilidade de dívidas com empréstimos e ficava com dinheiro das vítimas, segundo investigação. Operação 'Shark' também cumpriu 20 mandados de busca e apreensão*" (LOREDO, 2021).

do a responder essa indagação, no presente trabalho, será realizada análise do instituto da responsabilidade civil no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo no Código de Defesa do Consumidor (CDC), perpassando pela conceituação de fortuito interno e externo, bem como pela teoria do risco-proveito. Para tanto, utiliza-se o procedimento bibliográfico, examinando a visão de renomados autores quanto à temática em geral, mas também a respeito das especificidades das relações bancárias, inclusive no que tange a outras situações comuns. Ademais, destaca-se a posição de alguns tribunais sobre questões relevantes, após a realização de pesquisa jurisprudencial, a fim de exemplificar a aplicação prática de determinados posicionamentos.

## 2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS BANCOS PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Primeiramente, vale ressaltar que, embora os bancos estejam expressamente previstos como fornecedores no artigo 3º, *caput*, e §2º do CDC[3] (BRASIL, 1990), isto já suscitou controvérsias, que culminaram na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.591/DF. Nesta, proposta pela Confederação Nacional do Siste-

3 Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...) § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*. (BRASIL, 1990).

ma Financeiro (CONSIF), em 2001, resumidamente, "*foi arguida a inconstitucionalidade da expressão 'inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*'" (SCHONBLUM, 2009, p. 55) contida no supramencionado dispositivo. Após longa tramitação, a ação foi julgada improcedente em 2006, pacificando-se o entendimento de que as instituições financeiras estão submetidas ao CDC, como passou a constar na súmula nº 297 do STJ[4].

Superadas as dúvidas quanto à incidência do referido diploma na hipótese em análise, a responsabilidade de tais instituições nas relações com o consumidor não deve ser avaliada nos termos do Código Civil – eixo central do direito privado nacional – mas sim pela própria legislação consumerista, que possui certa autonomia. Isto porque, conforme preceitua José Tadeu Neves Xavier (2018, p. 207), o código consumerista configura verdadeiro microssistema normativo, *"dotado de um conjunto de princípios próprios que lhe servem de fundamento, com figuras e nomenclaturas específicas, o que se reflete de forma evidente no modelo de responsabilidade civil que veio a adotar*".

A diferença, em razão da disparidade existente nas relações de consumo, é a imposição da responsabilidade civil objetiva, na qual o fornecedor é responsabilizado independentemente da existência de culpa, bastando apenas a conduta, o dano e o nexo causal. É o que dispõe a redação do artigo 14 do CDC[5] para "*danos causa-*

4 "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*" (BRASIL, 2004).

5 "*Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos*

*dos aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos*" (BRASIL, 1990), ou seja, para os fatos do serviço[6].

Ocorre que o mesmo dispositivo legal, em seu parágrafo terceiro[7], trata de hipóteses excludentes da responsabilidade do fornecedor por rompimento do nexo causal, de modo a evidenciar a adoção, pela legislação consumerista, da responsabilidade objetiva mitigada. A primeira das hipóteses se dá quando, tendo realizado o serviço, o fornecedor demonstra a inexistência do defeito, enquanto a segunda opera-se com a demonstração de que houve fato exclusivo de consumidor ou de terceiro. Para além destas, parte da doutrina entende ser possível identificar outras hipóteses que, apesar de não tipificadas no CDC, são com ele compatíveis. É o que defende Paulo de Tarso Sanseverino:

> o microssistema normativo do consumidor, instituído pela Lei n. 8.078/90, deve ser analisado em sua totalidade e inserido sob os moldes de um sistema mais abrangente de responsabilidade civil, permitindo a identificação de outras eximentes que se mostrem com ele compatíveis (2002, p. 287).

---

*à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."* (BRASIL, 1990).

6 O raciocínio é o mesmo para os fatos e vícios do produto, todavia, para fins deste estudo, interessa a responsabilidade do fornecedor – banco – pelos fatos e vícios do serviço.

7 *"§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."* (BRASIL, 1990).

Dentre as causas acrescentadas pela doutrina, possuem grande relevância ao presente estudo o caso fortuito e a força maior, enquanto excludentes da responsabilidade civil, como se verá a seguir. Antes, contudo, vale elaborar o questionamento previamente realizado: no caso em análise, seria o banco que concedeu o segundo empréstimo responsável, ainda que terceiro tenha causado os prejuízos? É precisamente isso que se busca responder.

Parte dos doutrinadores defende haver distinção entre o caso fortuito e a força maior, sustentando que "*para os romanos, o caso fortuito era caracterizado pela impossibilidade de ser previsto – nullum humanum consilium praevidere potest – e a força maior pela impossibilidade de ser vencida – vis cui resisti non potest*" (MENDONÇA, 1956, p. 29-30). Outros alegam que a força maior resulta "*de eventos físicos ou naturais, de índole ininteligente, como o granizo, o raio e a inundação*" (MONTEIRO, 1979, p. 340), enquanto o caso fortuito decorre "*de fato alheio, gerador de obstáculo que a boa vontade do devedor não logra superar, como a greve, o motim e a guerra*" (Ibidem, p. 340).

Todavia, conforme observa Miguel Maria de Serpa Lopes (2000, p. 377) e, mais modernamente, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber (2008, p. 354), em obra coordenada por Álvaro Villaça Azevedo, tal distinção "*já havia sido repelida pelo Código Civil de 1916, e foi novamente rejeitada pelo Código Civil de 2002, que trata do caso fortuito e da força maior como sinônimos perfeitos*". Nesse sentido, é preferível, ainda que se considere haver "*um critério distintivo abstrato, admitir que na prática os dois termos correspondem a um só*

*conceito (Colmo), unitariamente considerado no seu significado negativo da imputabilidade"* (PEREIRA, 2010, p. 341).

Portanto, o caso fortuito e a força maior são excludentes da responsabilidade civil subjetiva, de acordo com o artigo 393 do Código Civil[8] (BRASIL, 2002) que, em seu parágrafo único, conceitua-os como o "*fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*". Muito embora a redação do referido dispositivo esteja limitada à responsabilidade contratual e subjetiva, é expressivo o entendimento de que a regra se estende às demais hipóteses de responsabilidade. Nesse sentido, preleciona Ana Frazão (2016, p. 3-4):

> Como se pode observar do arcabouço normativo brasileiro, a exemplo do que ocorre em vários outros países, não há distinção legislativa entre a força maior e o caso fortuito, sendo ambas hipóteses associadas a fatos cujos efeitos são necessários e inevitáveis. A generalidade da previsão possibilita que a regra incida sobre todas as hipóteses de responsabilidade: contratual ou extracontratual, subjetiva ou objetiva.

Fundamentada está, portanto, a aplicação do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil também nas relações de consumo. Todavia, conforme explica José Tadeu Neves Xavier (2018), deve-se atentar às especificidades da respon-

8 "*Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*" (BRASIL, 2002).

sabilidade objetiva, principalmente à desnecessidade da culpa para sua ocorrência. Nesse prisma, a inevitabilidade do evento danoso deve ser absoluta, ou seja, sem levar em consideração aspectos da culpa, para que esteja configurado o caso fortuito ou a força maior. Em verdade, é adotada a teoria do risco-proveito, segundo a qual, nas palavras de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (2012, p. 116), "*aquele que expõe aos riscos outras pessoas, determinadas ou não, por dele tirar um benefício, direto ou não, deve arcar com as consequências da situação de agravamento*".

A justificativa de tal teoria associa-se ao brocardo latino "*ubi emolumentum, ibi ônus*", ou seja, aquele que oferece risco no exercício de sua atividade econômica deve arcar com as consequências. Destarte, para além de averiguar a existência de fato imprevisível ou inevitável, deve-se verificar sua relação com o fornecimento do produto ou a prestação do serviço, a fim de saber se ocorre, ou não, responsabilização civil. Nesse sentido, veja-se relevante divisão destacada por Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves (op cit., p. 178):

> Na opinião do presente autor, a conclusão deve levar em conta a relação que o fato tido como imprevisível ou inevitável tem com o fornecimento do produto ou a prestação de serviço, ou seja, com o chamado risco do empreendimento, tão caro aos italianos. O debate traz à tona aquela antiga diferenciação entre fortuito interno e fortuito externo, bem desenvolvida entre os clássicos, por Agostinho Alvim. O primeiro – fortuito interno – é aquele que tem relação com o negócio desenvolvido, não ex-

> cluindo a responsabilização civil. O segundo – fortuito externo – é totalmente estranho ou alheio ao negócio, excluindo o dever de indenizar.

Portanto, de acordo com a teoria do risco-proveito, o caso fortuito ou a força maior só serão excludentes da responsabilidade civil se externos, ou seja, dissociados da atividade econômica exercida pelo produtor ou, como mais nos interessa, pelo fornecedor. Ora, de igual modo deve ser interpretada a excludente do artigo 14, §3º, II, do CDC, qual seja a "*culpa exclusiva de consumidor ou de terceiro*", conforme pontua Bruno Miragem (2012, p. 424-425):

> Em relação a este último caso, contudo, a responsabilidade pelo fato de outrem desenvolve-se, a partir do direito civil, sobre modelos que reconhecem deveres específicos àquele a quem se imputa responsável. Responderá, assim, invariavelmente, ou porque tinha o dever de supervisionar a atuação do outro, ou porque o dano causado pelo outro associa-se a sua atividade.

Em verdade, a responsabilidade por fato de outrem "*é responsabilidade por fato próprio omissivo, porquanto as pessoas que respondem a esse título terão sempre concorrido para o dano por falta de cuidado ou vigilância*" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 236). Assim, para distinguir os fatores externos e internos à determinada atividade econômica, deve-se levar em conta sua previsibilidade e calculabilidade, essenciais para a existência de risco. Isto pois este, inerente

à atividade empresarial, é voluntariamente assumido pelo empreendedor para auferir seus lucros. É o que esclarece Ana Frazão (2016, p. 12-13), ao diferenciar risco de incerteza:

> Por mais que as fronteiras entre o risco e a incerteza nem sempre sejam claras, é inequívoco que, quanto mais um dano for previsível, suscetível de cálculo e controle pelo empresário (alocação, transferência, gerenciamento), mais fácil é sustentar que se trata de algo inerente à empresa. De forma contrária, quanto menos o dano for previsível ou suscetível de cálculo ou gerenciamento, mais fácil é sustentar que ele não corresponde ao risco da empresa, podendo ser atribuído a um fortuito externo.

Nesse sentido, percebe-se que cada atividade estará associada a determinados riscos, a ela característicos, pois estes não devem ser avaliados "*apenas pela gravidade do dano, mas também pela sua frequência*" (Ibidem, p. 13). Com isso, busca-se encontrar uma justa-medida, em que o empresário seja responsabilizado apenas pelos riscos criados e assumidos, evitando-se o desestímulo à atividade empresarial. Para este fim, um dos critérios utilizados é a possibilidade de prevenção do dano e os respectivos custos, conforme entendimento da supramencionada autora:

> A partir daí, a análise econômica do direito vem propondo que as regras de responsabilidade procurem assegurar níveis eficientes de prevenção dos danos. Consequentemente, o indivíduo que poderia evitar

> um acidente pelo menor custo possível – o *cheapest cost avoider* – deve ser considerado responsável pelo dano dele decorrente, ainda que tenha tomado os devidos cuidados (FRAZÃO, 2016, p.14).

Todavia, apesar de evitar-se a criação de uma responsabilidade descolada do risco, insta ressaltar que o ônus de comprovar a inexistência de fortuito interno é do fornecedor[9], como dispõe o próprio artigo 14 do CDC, em seu §3º, ao estabelecer que "*só não será responsabilizado quando provar*". Tal previsão, por muitos considerada uma inversão do ônus da prova *ope legis*, ou seja, por força da Lei, pode ser vista "*simplesmente como atribuição de uma presunção relativa, da qual se restringem as hipóteses de exoneração"* (MIRAGEM, 2012, p. 425).

De todo modo, sendo as instituições financeiras fornecedoras, de acordo com o CDC, estão sujeitas aos regramentos acima tratados. Contudo, assim como as demais atividades econômicas, a atividade bancária possui suas especificidades, as quais determinam o enquadramento de eventuais fatos danosos como fortuito interno ou externo. Adiante, será este o tópico tratado, analisando-se a responsabilidade dos bancos em geral, mas também no caso em tela, qual seja, o golpe da falsa portabilidade.

## 3 FORTUITO INTERNO E EXTERNO SOB A ÓPTICA DOS

9 O mesmo para o fabricante, o construtor, o produtor ou importador, nos termos do artigo 12, §3º, do CDC.

## DEVERES DOS BANCOS

A responsabilidade civil do fornecedor, no CDC, não é dividida de acordo com a origem do dever violado – contratual ou extracontratual –, mas sim quanto aos tipos de garantia[10]. São dois: (i) "*a garantia de legal adequação do produto ou do serviço*" (MARQUES, 2016, p. 1.405), a qual será concretizada por meio das normas sobre vício, previstas do artigo 18 ao 25 do CDC; e (ii) "*a garantia de segurança razoável do produto, imposta pelo CDC nos arts. 8º a 17*" (Ibidem, p. 1.405), nas normas sobre fato do produto ou serviço, visando à incolumidade do consumidor e daqueles a ele equiparados.

Para os objetivos do presente artigo, mais interessa a última, pois as fraudes bancárias enquadram-se na definição de defeito grave de Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 573), sendo este o que "*compromete a segurança do produto ou do serviço e causa dano ao consumidor*". O vício, que aqui não será aprofundado, constitui "*defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que apenas causa seu mau funcionamento* (Ibidem, p. 573).

Nesse sentido, a garantia de segurança apresenta-se como reflexo do princípio de proteção da confiança existente no CDC, razão pela qual é limitada ao que legitimamente se espera e não uma garantia de segurança absoluta, consoante artigo 14, parágrafo pri-

10 Cláudia Lima Marques ensina que no sistema tradicional, "*a doutrina acostumou-se a denominar garantia a responsabilidade contratual e reservar o termo responsabilidade para a responsabilidade aquiliana*" (2016, p. 1.405).

meiro, do CDC[11]. Portanto, as principais questões surgem ao tentar estabelecer qual seria a segurança esperada nas relações com os bancos, seja da integridade psicofísica ou patrimonial do consumidor. Tendo em vista que lidam com movimentações de capital e, justamente por esta razão, são alvo de assaltos e furtos, mas também de golpes e fraudes, a recorrência de tais práticas torna os eventos danosos previsíveis e calculáveis, ou seja, espera-se que os bancos consigam mitigá-los. Assim, tal como ocorre em outras áreas, certos fatos são considerados riscos decorrentes da atividade bancária e, portanto, fortuito interno.

Nessa perspectiva, muito embora assaltos e furtos dentro de agências bancárias sejam provocados por terceiros, muitas vezes são previsíveis e podem ser evitados ou, ao menos, terem seus efeitos minorados pelos bancos, por exemplo, com a contratação de segurança privada. Não por outro motivo, diversos doutrinadores entendem tratar-se de fortuito interno, como é o caso de Rui Stoco (2011, p. 750):

> O assalto a uma agência bancária ou caixa eletrônico que cause danos a terceiros no interior da agência emprenha responsabilidade da instituição, não podendo esta alegar causa excludente, como o caso fortuito ou força maior ou que a obrigação de incolumidade foi transferida a uma empresa especializada

11 *"§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido."* (BRASIL, 1990).

em segurança bancária.

Não é outra a posição de Paulo Maximilian W. M. Schonblum (2009, p. 364-365) e Sérgio Cavalieri Filho, os quais igualmente entendem que a contratação de empresas conceituadas não desonera o banco de seu dever, pois a segurança oferecida pela empresa contratada corre por conta e risco da instituição financeira. Concluem, ainda, que o assalto, "*em si, evidencia a falta do serviço, devendo o banco responder perante a vítima. No máximo, poderá denunciar a lide à empresa de segurança que contratou*" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 492).

No entanto, se o roubo ou furto ocorre no exterior da agência, como é o caso da "saidinha de banco"[12], há divergência quanto à existência de risco decorrente da atividade. Quanto ao tema, Bruno Miragem (2013, p. 72-73) distingue duas situações: (i) aquelas em que o criminoso possui informações específicas decorrentes de falha imputável ao banco, como dados sigilosos fornecidos por funcionário; e (ii) aquelas em que o criminoso atua sem qualquer relação com o banco. Com efeito, ao contrário do primeiro caso, no segundo não há vínculo específico entre dano e a falha na prestação do serviço, pelo que, concordando com o supracitado autor, entende-se haver dificuldade em imputar o dever de indenizar ao banco.

Outra conduta decorrente do dever de segurança dos bancos é a de averiguar a regularidade de documentos e assinaturas para

12 Jargão popular para o furto ou roubo realizado logo após a vítima sacar determinada quantia no banco ou caixa eletrônico.

efetivar a contratação de seus serviços. Isto pois, não raro, indivíduos tentam usar documentos falsificados, furtados, roubados ou obtidos por qualquer ardil, para auferir benefício às custas de outrem. Em tais casos, muito embora terceiro cause o prejuízo, este poderia ser evitado com maior diligência dos bancos na análise documental. A respeito disso, veja-se o que restou decidido em recente apelação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2021):

> [...] Espécie de "exceção ao dever de segurança na prestação de seus serviços", fundada em eventual falha de terceira pessoa, que não poderia ter sido contraposta à parte autora, sobremodo porque a conferência de documentos e assinatura - que, a propósito, é bem distinta daquela firmada no documento pessoal do autor e na procuração por ele outorgada a suas patronas -, bem como a diligência na apuração da regularidade para a efetivação da contratação, é dever da instituição financeira. Fato de terceiro. Risco do empreendimento. Responsabilidade do fornecedor dos serviços - art. 14 do CDC. Enunciados 94 do TJRJ e 479 do STJ [...]

Nesse sentido, leciona Cláudia Lima Marques (2016, p. 1.412), estabelecendo que a responsabilidade das entidades bancárias, "*quanto aos deveres básicos contratuais de cuidado e segurança, é pacífica, em especial a segurança nas retiradas, nas assinaturas falsificadas e nos cofres*". Ademais, no que tange à ausência de verificação da identidade do consumidor e regularidade de seus documentos, como na "*abertura de conta-fantasma com o CPF da 'vítima-consu-*

*midor' e inscrição no Serasa (dano moral), usou-se a responsabilidade objetiva da relação de consumo*" (Ibidem, p. 1.142), por aplicação do artigo 17 do CDC[13], equiparando o terceiro a consumidor para responsabilizar o banco por todos os danos.

Note-se que, na hipótese tratada acima, não há que se falar em fato exclusivo de terceiro, na medida em que o banco deixou de cumprir seu dever, contribuindo para a ocorrência do dano. Não bastasse, o STJ formulou a súmula nº 479 (BRASIL, 2012), firmando o entendimento segundo o qual "*as instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias*". Com isso, conclui inteligentemente José Tadeu Neves Xavier (2018, p. 239) que, nas situações acima elencadas, "*o vínculo de causa e efeito não é linear e sim circular, pois o desempenho de atividade de risco cria um raio em torno da atuação do fornecedor dentro do qual este assumirá a responsabilidade, quer por ato próprio ou alheio*".

Também merece destaque, nesse âmbito, o dever de fidúcia, que possui como base os deveres de informação e esclarecimento ao consumidor, assim como a conduta de boa-fé. Decorre este do artigo 6º, III, do CDC[14], sendo posteriormente detalhado nos artigos 30 e 31 do mesmo diploma[15]. Tem-se por realizado quando a comu-

13 Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento (BRASIL, 1990).

14 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...] (BRASIL, 1990).

15 Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, vei-

nicação é efetiva e adequadamente compreendida, o que, segundo Bruno Miragem (2013, p. 82), impediria que se dissesse "*cumprido o dever de informar pelo mero repasse da informação. Ou o repasse de grande quantidade de informação em pouco tempo. Ou de modo a não destacar informações relevantes das irrelevantes para determinado fim negocial*".

Portanto, o dever de informar "*passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro 'ônus' pró-ativo atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor*", nas palavras de Cláudia Lima Marques (2016, p. 874). Isto pois, segundo a renomada autora:

> Nas relações entre leigos e *experts*, consumidores e fornecedores, um dos agentes econômicos detém a informação, sabe algo, e pode comunicar este algo para o outro ou omitir, pode fazê-lo de boa-fé e lealmente, informando de forma completa, suficiente e adequada, informando sobre os riscos, os perigos, os efeitos, as chances e tudo mais que for essencial para exercitar seu direito de escolha; ou não informar, não compartilhar a informação que detém (op. cit, p.875).

culada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (*Ibidem*).Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (Ibidem).

Pois bem. Para o caso em análise, qual seja o do golpe da falsa portabilidade, uma série de fatores pode ensejar a responsabilidade do banco. Permita-se relembrar algumas especificidades: (i) trata-se de golpe realizado por terceiro; (ii) utilizam-se documentos e dados da vítima, muitas vezes com falsificações de assinatura e/ou obtidos de maneira ilícita; e (iii) a vítima não recebe a informação, de fato, do negócio que está sendo firmado em seu nome.

Primeiramente, no que tange à realização do golpe por terceiro, ratifica-se a inaplicabilidade da excludente de responsabilidade do artigo 14, §3º, II, do CDC, uma vez que a fato não é unicamente de terceiro. Em verdade, conforme preceitua Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 563), "*a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, a rigor, nos remete à inexistência de defeito do produto ou serviço*", o que não é o caso.

Inclusive, a excludente também não é aplicada caso funcionário da instituição tenha ajudado os agentes, posto que, em primeiro lugar, a prática de fraudes e golpes é risco decorrente da atividade bancária e, por consequência, fortuito interno. Nesse contexto, conforme preceitua José Tadeu Neves Xavier (2018, p. 240), somente excluirá a responsabilidade do banco o fato de terceiro que seja "*integralmente estranho à atividade desenvolvida pelo fornecedor, com um fato social e que extrapola a margem de segurança que deve ser proporcionada na oferta de produtos e serviços no mercado de consumo*". Para mais, também não é aplicada a referida excludente em atenção ao artigo 34 do CDC, o qual dispõe que o "*fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou*

*representantes autônomos*" (BRASIL, 1990).

Quanto à diligência na conferência de documentos e assinaturas, conforme explicado, tendo em vista o elevado número de fraudes tentadas e efetivadas no âmbito das operações bancárias, está inserida na margem de segurança esperada dos serviços dos bancos. Deste modo, o golpe da falsa portabilidade, via de regra, possui parcela de contribuição dos bancos, que poderiam prevenir a situação sem incorrer em grandes custos, bastando, para tanto, um processo mais minucioso de análise documental. Quanto a isso, veja-se o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul[16] (MATO GROSSO DO SUL, 2020):

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO E DE SEGURO - FRAUDE PRATICADA POR TERCEIRO (FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA DA CONSUMIDORA NO CONTRATO) - FALHA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM R$ 10.000,00 - RECURSO PROVIDO. 1. A responsabilidade

16 No mesmo sentido, já entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ): "[...] desta forma, evidentemente, o banco-apelado não comprovou a contratação do empréstimo cobrado do apelante-autor, de modo que ficou clara a fraude realizada. Falta de cautela na contratação, que demonstra falha no dever de segurança quando da disponibilização dos serviços aos consumidores. Fato de o apelado ter sido vitimado por ação fraudulenta de terceiros, que não o isenta do dever de indenizar, por se tratar de fortuito interno, inerente ao risco da atividade desenvolvida. Inteligência das súmulas nº 94 desta Corte Estadual e 479 do Superior Tribunal de Justiça [...]" (RIO DE JANEIRO, 2020).

da instituição financeira pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços é objetiva, consubstanciada no risco da atividade, nos termos do art. 14, da Lei 8.078/90, de forma que o seu afastamento está condicionado à demonstração da culpa exclusiva do consumidor, nos termos do art. 373, II, do CPC c/c art. 14, § 3º, II, do CDC. 2. *A segurança das operações bancárias é dever indeclinável da instituição financeira, sendo que a fraude, de ordinário, não a exime de indenizar o consumidor pelos respectivos danos.* Sobre o tema, ressalta-se o entendimento sumulado no verbete nº 479, do Colendo Superior Tribunal de Justiça que assim dispõe: As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. 3. Restando inequivocamente demonstrada a responsabilidade objetiva da instituição bancária apelante com relação aos contratos questionados pela consumidora (fortuito interno relativo a fraudes praticadas por terceiros no âmbito das operações bancárias), o réu deve responder pelos danos gerados à autora, não havendo que se falar, portanto, em regularidade na sua contratação. *4. Aquele que oferece serviços bancários deve adotar medidas suficientes e eficazes no momento em que realiza suas operações.* Trata-se, assim, do denominado risco da atividade. 5. O abalo moral é evidente em razão da fraude perpetrada, porquanto implicou o aviltamento da dignidade e da honra do consumidor, atributos da personalidade. 6. Recurso conhecido e provido (g. n.)

Neste ponto, cabe distinguir duas situações possíveis, cujos efeitos e princípios aplicáveis serão igualmente distintos: (i) o banco, após receber as informações e documentos da vítima, deposita o

valor do empréstimo na conta dos estelionatários; ou (ii) o banco, após as referidas etapas, deposita o valor do empréstimo na conta da vítima, a qual é persuadida a transferir a quantia para conta vinculada aos golpistas, supostamente como parte do processo para portabilidade do crédito. Em ambas as hipóteses é possível haver responsabilização do banco, como será explicado.

Na primeira delas, tem-se que a falsificação foi perpetrada contra a instituição financeira e não contra o consumidor, pois o dinheiro indevidamente entregue ao estelionatário é do banco, sendo sua a responsabilidade pelo prejuízo. É o que ensina Sergio Cavalieri Filho (2014, p. 479), destacando a indiferença de ser ou não grosseira a falsificação, importando apenas saber quem sofreu o dano, pelo que conclui que o "*dinheiro subtraído, repita-se, ou entregue por engano, é do banco, e res perit domino*". Destaca, ainda, que o fato pode ser exclusivo do consumidor, excluindo a responsabilidade do banco, no caso de falsificação por preposto daquele.

Já na segunda hipótese, tem-se que o dinheiro foi depositado na conta do consumidor e, após, repassado aos estelionatários, que contrataram serviço diverso do pretendido pela vítima, não sendo mais de propriedade do banco. Todavia, conforme sustentado, fraudes e golpes são recorrentes no âmbito das operações bancárias, razão pela qual inserem-se "*na categoria doutrinária de fortuito interno, porquanto fazem parte do próprio risco do empreendimento, atraindo, portanto, a responsabilidade objetiva do estabelecimento bancário*" (Ibidem., p. 480). Para mais, entende-se ser possível, tal como defendido pelos já citados Paulo Maximilian W. M. Shonblum (2009,

p. 364-365) e Sérgio Cavalieri Filho (2014, p. 492) em relação ao dever de segurança da integridade física dos clientes no interior das agências bancárias, sustentar que a ocorrência de fraude ou golpe, por si, evidencia a falta do serviço.

Insta destacar, também, que os bancos utilizam processos tecnológicos para facilitar a contratação de serviços, dentre os quais o empréstimo, que pode ser solicitado *online* ou via aplicativo. Em tais casos, de fato, o consumidor sequer precisa comparecer a alguma agência, enviando os documentos necessários, de onde estiver, para conferência da instituição financeira. No entanto, se o uso da tecnologia, por um lado, facilita e agiliza as contratações, por outro, pode abrir espaço para novas condutas fraudulentas, gerando risco pelo qual o banco é responsável. Quanto a isso, veja-se o que esclarece Cláudia Lima Marques, ao tratar dos cartões de crédito e de débito (2016, p. 1.412):

> Parece-me, porém, que deveria evoluir no sentido de considerar estas inovações tecnológicas como práticas comerciais de risco opcional do fornecedor para vender mais, assumindo risco típico desse tipo de negócio com cartões à distância (daí valer a máxima *cujus commodum, eijus periculum*).

Por fim, para além da violação ao dever de segurança, observa-se o descumprimento dos deveres de informação e esclarecimento, na medida em que o banco realiza o empréstimo sem certificar-se de que é o desejado pelo contratante, bem como sem "*conter as*

*advertências necessárias para alertar o consumidor a respeito dos riscos que, eventualmente, podem frustrar a utilização do serviço contratado*." (Ibidem., p. 1.405). Ora, mesmo que a vítima tenha sido ludibriada pelos estelionatários, bastaria ao banco estabelecer contato telefônico, por exemplo, para assegurar que o consumidor está ciente da operação a ser realizada e suas respectivas condições.

Em verdade, este dever é ainda mais relevante quando o empréstimo envolve quantia elevada, sobretudo quando intermediado por terceiros, afinal, isto não seria necessário para mera realização de novo empréstimo. Nesse sentido, aponta o entendimento do e. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), em caso de golpe da falsa portabilidade (RIO DE JANEIRO, 2020):

> Apelação Cível. Direito do Consumidor. Contratos Bancários. Empréstimo Consignado. Seguro. Ação Declaratória c/c Indenizatória por Danos Materiais e Morais. Autor alega vícios na contratação do empréstimo financeiro junto à empresa SABEMI, intermediado pela LA TEIXEIRA PROMOTORA DE VENDAS. *Sustenta que recebeu proposta de crédito para quitação da dívida existente com a Caixa Econômica Federal, referente a empréstimo consignado, e, diferente das informações prestadas no ato da contratação, as empresas rés teriam providenciado a liberação de novo empréstimo, com desconto das parcelas no seu contracheque.* Alega que não requereu, tampouco anuiu, com o seguro ofertado pela ré, cujas parcelas vêm sendo descontadas dos seus rendimentos. Sentença de improcedência do pleito autoral. Recurso interposto pelo autor, postulando a reforma do julgado. 1. Autor que alega que a proposta de liberação

> de crédito (empréstimo), pela ré, seria a de compra de dívida existente junto à Caixa Econômica Federal, o que não corresponde ao que consta no contrato apresentado pela empresa (novo empréstimo consignado). Sustenta que assinou as páginas sem que o cabeçalho, com todas as condições inerentes à transação, tivesse sido preenchido, e que não recebeu a sua via do contrato. (...) *5. Contratação de empresa intermediária da negociação que não se justificaria caso o intuito do autor fosse tão somente obter um empréstimo consignado.* 6. Indícios que indicam não ter o autor concordado com a liberação de novo empréstimo, e, consequentemente, com a assunção de nova parcela de desconto nos seus rendimentos. 7. Falha na prestação do serviço evidenciada. 8. Responsabilidade solidária das rés, tendo a segunda demanda atuado como intermediadora da negociação, inclusive recebendo comissão pela concretização do negócio. (...) 13. RECURSO PROVIDO (g.n.).

Não bastasse, com a ausência de prestação, ao consumidor, de correta informação quanto ao teor do contrato firmado em seu nome, viola-se o dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato, atraindo a incidência do artigo 46 do CDC. Deste modo, a sanção "*será ver desconsiderada a manifestação de vontade do consumidor, a aceitação, mesmo que o contrato já esteja assinado e o consenso formalizado*" (MARQUES, 2016, p. 893), ou seja, o contrato é tido como inexistente, deixando de vincular o consumidor, mas o fornecedor continua a ser obrigado pela oferta, nos termos do artigo 30 do CDC.

Portanto, não faltam razões para que os bancos sejam res-

ponsabilizados pelos danos decorrentes do golpe da falsa portabilidade, em razão dos riscos de sua atividade econômica, bem como dos deveres de segurança e informação deles esperado. Destarte, respondem solidariamente ao terceiro que provocou o dano, seja pelo dever de supervisionar sua atuação, seja porque o dano causado pelo outro associa-se a sua atividade, pois o artigo 14 do CDC menciona apenas fornecedor, incluindo todos os partícipes da cadeia produtiva. "*Logo, tratando-se de dano causado por defeito do serviço (fato do serviço), respondem solidariamente todos os participantes de sua produção*" (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 556).

Em sendo assim, além de poder pleitear a declaração de inexistência do contrato de mútuo por violação ao dever de oportunizar a informação sobre o conteúdo do contrato (art. 46 do CDC), o consumidor pode requerer, tanto do banco, quanto do estelionatário, indenização pelos danos materiais ou repetição do indébito[17], em decorrência dos descontos indevidos por conta do novo empréstimo contratado. Tem o direito de exigir, também, reparação pelos danos morais, caso, de alguma forma, o fato do serviço tenha violado direito da personalidade.

Por fim, em se tratando de crédito consignado, os descontos são efetuados no contracheque, ou seja, no salário do funcionário

17 Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à *repetição do indébito*, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável (BRASIL, 1990).

público, verba de caráter alimentar nos termos do artigo 833, IV, do CPC[18]. Tal fato permite sustentar o *periculum em mora* ("*perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*"), bastando ao consumidor comprovar a probabilidade de seu direito, a fim de preencher os requisitos estabelecidos no artigo 300 do CPC[19] para concessão de antecipação de tutela. Por meio desta, poderá pleitear, por exemplo, que cessem os descontos em sua folha de pagamento antes do julgamento do mérito, o que tem sido deferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (RIO DE JANEIRO, 2021):

> Agravo de Instrumento. Decisão que indeferiu a antecipação da tutela, para o fim de determinar a suspensão dos descontos relativos a empréstimo consignado que o autor contratou com o segundo réu e refinanciou com a primeira demandada. Inconformismo do demandante. *Fumus boni juris* caracterizado. Na espécie, restou incontroverso que a primeira recorrida parou de efetuar os depósitos necessários ao pagamento da dívida contraída pelo recorrente, cujas parcelas continuam a ser debitadas dos vencimentos dele, conforme consta da contestação e dos contracheques acostados aos autos do processo originário. Ademais, os extratos bancários do agravante denotam que o mesmo não dispõe de

18 Art. 833. São impenhoráveis: [...] IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; [...] (BRASIL, 2015).

19 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015).

> recursos suficientes para fazer frente a todas as suas despesas mensais, de modo que o sobrestamento das cobranças revela-se em harmonia com os princípios do mínimo existencial e da dignidade humana. *Periculum in mora que se afigura evidente, tendo em vista que, a se esperar pelo trânsito em julgado de eventual sentença de procedência do pedido, há o risco de lesão irreparável à subsistência do autor, em virtude da redução dos seus rendimentos, que têm natureza alimentar.* Reforma do decisum, na forma da Súmula 59 deste Colendo Tribunal. Recurso a que se dá provimento, para o fim determinar que o segundo recorrido *suspenda os descontos referentes ao empréstimo consignado nos contracheques do recorrente*, através da expedição de ofício ao órgão pagador, na forma da Súmula 144 desta Corte (g.n.).

No mesmo sentido, encaminham-se as decisões de outros tribunais do país, como o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP)[20]. Para tanto, os autores têm demonstrado a probabilidade de seu di-

20 Para exemplificar, veja-se recente julgado do TJSP: "AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação anulatória de contrato de empréstimo consignado – Decisão agravada que deferiu o pedido de antecipação de tutela para determinar que o réu suspenda os descontos atinentes ao empréstimo impugnado – Recurso do Banco – TUTELA DE URGÊNCIA – O art. 300 do CPC/2015 exige, para a concessão de tutela de urgência, elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo – Requisitos preenchidos – Demandante suscita ausência de contratação do empréstimo impugnado, não sendo cabível lhe impor, neste juízo de cognição sumária, a produção de prova negativa da contratação – Ausente qualquer risco de irreversibilidade – Instituto da tutela provisória que se presta a distribuir o ônus do tempo do processo entre as partes - Minoração do valor das "astreintes" – Valor fixado (R$1.000,00) que não se mostra insuportável frente a capacidade econômica do agravante – Penalidade, contudo, que deve se submeter ao limite de R$10.000,00, de modo que não haja enriquecimento sem causa da parte agravada – Decisão reformada – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO" (SÃO PAULO, 2021).

reito de variados modos. À título de exemplo, podem evidenciar a reiterada condenação do terceiro pela prática de golpes, a recorrente responsabilização de determinada instituição financeira por violação ao dever de segurança e/ou de informação, podem juntar eventual Registro de Ocorrência realizado, ou mesmo o comprovante de rendimentos com descontos de dois empréstimos.

## CONCLUSÃO

Em sendo assim, com o presente estudo acerca da possibilidade de responsabilização dos bancos no caso do golpe da falsa portabilidade, restou clara a aplicação do CDC às instituições financeiras, atraindo a incidência da responsabilidade civil objetiva. Esta, adotada na modalidade mitigada, abre margem à exclusão da responsabilidade quando inexiste defeito, quando o dano decorre de fato exclusivo do consumidor ou de terceiro e, ainda, segundo forte entendimento doutrinário, quando há caso fortuito ou força maior.

Todavia, tais excludentes devem ser interpretadas sob a óptica da teoria do risco-proveito, segundo a qual, aquele que oferece risco no exercício de sua atividade econômica deve arcar com as consequências. Nesse sentido, muito embora o golpe seja fato de terceiro, é previsível, calculável e, muitas vezes, evitável, de modo a constituir risco decorrente da atividade bancária.

Para chegar a tal conclusão, foram abordados os deveres das instituições financeiras, enquanto fornecedoras, baseando-se no que

é esperado de seu serviço. Deste modo, restou patente a exigência do dever de segurança nas relações bancárias, seja ela do consumidor ou de seu patrimônio, bem como do dever de fidúcia e, consequentemente, informação e esclarecimento, que se deve ter com o consumidor. Elucidando a violação de tais deveres na hipótese em tela, a partir da análise de outras situações recorrentes, concluiu-se que o golpe da falsa portabilidade constitui fortuito interno, razão pela qual não exclui a responsabilidade dos bancos, que é solidária à dos estelionatários.

## REFERÊNCIAS


BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasi**l, Brasília, DF, 11 de jan. de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 02 de set. de 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. D**iário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 de mar. de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 de nov. de 2021.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasi**l, Brasília, DF, 12 de set. de

1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 02 de set. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 297. Brasília, DF, 12 de mai. de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília-DF, 08 de set. de 2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf>. Acesso em: 02 de set. de 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 479. Brasília, DF, 27 de jun. de 2012. **Diário da Justiça**, Brasília-DF, 01º de ago. de 2012. Disponível em: <http://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2409/Sumulas_e_enunciados>. Acesso em: 02 de set. de 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e caso fortuito externo. In: **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <https://civilistica.com/risco-da-empresa-e-caso-fortuito-externo/>. Acesso em: 01º de set. de 2021.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: obrigações em geral. vol. 2. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

LOREDO, Sthefanny. Polícia prende grupo que movimentou R$ 90 milhões em golpes contra servidores no DF e RJ. **G1**, Distrito Federal, 05 de ago. de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2021/08/05/policia-prende-estelionatarios-que-movimentaram-r-90-milhoes-em-golpes-contra-servidores-no-df-e-rj.ghtml>. Acesso em: 30 de ago. de 2021.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação n° 0827155-68.2019.8.12.0001. Apelante: Maria Regina de Miranda Nascimento. Apelado: Banco Santander (Brasil) S/A. Relator: Des. Amaury da Silva Kuklinski. Mato Grosso do Sul, MS, 21 de jul. de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, Mato Grosso do Sul-MS, 23 de jul. de 2020, p. 134.

MENDONÇA, M. I. Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações**. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade objetiva dos bancos por danos aos consumidores causados por fraude ou crime de terceiros. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 81, p. 405-436, jan.--mar., 2012.

MIRAGEM, Bruno. Tendências da responsabilidade das instituições financeiras por danos ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 87, p. 51-91, mai./jun., 2013.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1979.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. São Paulo: MÉTODO, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. vol. 2. 23ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n°0061725-87.2020.8.19.0000. Agravante: Julio Cesar Thuler de Medeiros. Agravados: EBC Cred Promotora de Vendas EIRELI e Banco Olé Consignado S.A. Relatora: Des. Geórgia de Carvalho Lima. Rio de Janeiro, RJ, 22 de abr. de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro-RJ, 27 de abr. de 2021, p. 328.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apela-

ção nº 0063263-37.2019.8.19-0001. Apelante: Bv Financeira S.A Crédito Financiamento e Investimento. Apelado: Thiago de Lima Cardoso. Relator: Des. Maurício Caldas Lopes. Rio de Janeiro, RJ, 22 de mar. de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro-RJ, 24 de mar. de 2021, p. 271-272.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0000876-29.2013.8.19.0087. Apelante: Paulo Henrique Correa dos Santos. Apelado: Banco BMG S.A. Relator: Des. Alcides da Fonseca Neto. Rio de Janeiro, RJ, 11 de mar. de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro-RJ, 13 de mar. de 2020, p. 717.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0003470-67.2015.8.19.0209. Apelante: Mario Braga dos Santos Oliva. Apelados: Sabemi Seguradora S.A e LA Teixeira Promotora de Vendas. Relator: Des. Jds. Maria Celeste Pinto de Castro Jatahy. Rio de Janeiro, RJ, 19 de fev. de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro-RJ, 20 de fev. de 2020, p. 670.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2125444-77.2021.8.26.0000. Agravante: Banco Ficsa S/A. Agravada: Cleuza Paes Bezerra. Relator: Des. Jonize Sacchi de Oliveira. São Paulo, SP, 16 de ago. de 2021. **Diário da Justiça Ele-**

**trônico**, São Paulo-SP, 18 de ago. de 2020, p. 1.998.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm. **Contratos bancários**. 3ª ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2009.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. **Código civil comentado**: direito das obrigações: artigos 233 a 420. vol. 4. São Paulo: Atlas, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 8ª ed. ver., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

XAVIER, José Tadeu Neves. A problemática do fortuito interno e externo no âmbito da responsabilidade consumerista. In: **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115, p. 205 -246, jan.-fev., 2018.

# ENCARCERAMENTO EM MASSA, POR JULIANA BORGES

*MASS INCARCERATION, BY JULIANA BORGES*

***Ana Luiza Gois de Deus***[1]
***Alice Caires Lima da Silva***[2]
***Monique Rodrigues Lemos***[3]

**RESUMO**

A presente resenha tem como objetivo discutir de que forma o sistema prisional é compreendido na atualidade a partir da análise de todo contexto histórico da punição, assim como apresentado pela obra de Juliana Borges. A obra da autora é dividida em três partes: a primeira compreende um breve histórico acerca da punição e aprisionamento, traz o questionamento sobre qual ideologia; a segunda aborda o cenário brasileiro nos temas ideologia racista e sistema de justiça criminal; a terceira discorre sobre gênero, raça e guerra às drogas sob a perspectiva da estrutura de manutenção das desigualdades. Por esse viés, este trabalho acadêmico compreende os pontos ora elencados com alusão a teorias do Direito Penal, filósofos que

1 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais. Membro do Núcleo de Estudos em Prisões, Violência e Direitos Humanos.

2 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais.

3 Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro da Liga Acadêmica de Ciências Criminais.

Artigo recebido em 20/09/2021 e aprovado para publicação em 31/01/2022.

abordaram o tema e obras complementares.

**Palavras chave:** Seletividade penal. Racismo. Gênero.

**ABSTRACT**

This review aims to discuss how the prison system is currently understood from the analysis of the entire historical context of punishment. The scenario is developed from the perspective of the bibliographical work of Juliana Borges. The study seeks to present and analyze the way in which racist ideology is structured in the criminal system by discussing the modes of exercise of the ius puniendi and the configuration of penal selectivity, which is related to cultural, gender and racial issues. Also, the featured work proposes to present questions and criticisms about the war on drugs, as well as the way in which public policies seek to be implemented and how the themes addressed are put into practice in Brazilian society.

**Keywords:** Criminal selectivity. Racism. War on drugs. Gender.

## 1 INTRODUÇÃO

Borges (2020) é mestre em Filosofia, consultora do Núcleo de Enfrentamento, Monitoramento e Memória de Combate à Violência da OAB-SP e conselheira da Iniciativa Negra por uma Nova Política sobre Drogas e escreveu o livro *Encarceramento em Massa*, uma obra não ficcional que aborda as Ciências Sociais, fruto de uma pesquisa de campo para a série Feminismos Plurais, oriundo de uma

organização literária acerca de grupos historicamente marginalizados.

Ela elenca como pauta principal o Direito Penal sob uma perspectiva da segregação étnico-racial e de gênero, que visa criminalizar as condutas não com base na lesão ao bem jurídico, mas a partir da ideia de manter à margem da sociedade as minorias. Para tanto, a autora apresenta a visão, acerca do tema, de demais escritores como Michel Foucault, Djamila Ribeiro e Angela Davis, com o intuito de ratificar a ideologia racista como estruturante do sistema criminal, além de traçar paralelos históricos para explicar como se constituiu essa divisão racial.

## 2 DESENVOLVIMENTO

Na primeira parte da obra a autora visa estabelecer um breve histórico acerca da punição e do aprisionamento, e para isso realiza o seguinte questionamento: qual ideologia? Nesse sentido, por meio de dados, fatos históricos e atuais acerca da temática, Borges (2020) vincula a configuração do presente sistema prisional brasileiro ao racismo, este visto por ela como estrutural. Nesse cenário, conceitos como o de *micro-poder* de Michel Foucault, são importantes para compreender os processos disciplinadores de um poder que se estabelece diretamente no corpo, segundo a autora. A partir de então, a escritora cita a filósofa Sueli Carneiro, que denomina *dispositivo racial* para análise do racismo estrutural e, portanto, ideológico, na sociedade brasileira.

Pela concepção da autora, assim como as práticas racistas se apresentam de forma sutil e são, a todo o momento, naturalizadas, a própria noção de prisões também o é. No que se refere à primeira afirmativa, a autora traz dados no prefácio que a comprovam, como a pesquisa que retrata a crença de 92% dos brasileiros no racismo existente em território nacional e apenas 1,3% ter se assumido racista, segundo pesquisa do Instituto Data Popular de 2014 (POMPEU; MEDEIROS, 2014). Ademais, referida pesquisa retrata que, dos brasileiros adultos, 68,4% já presenciaram um branco chamando um negro de "macaco" e apenas 12% fizeram algo em relação ao fato que testemunharam (BORGES, 2020).

Dessa maneira, para Borges (2020), é perceptível como o racismo se configura em diversas formas e é invisibilizado à medida que ninguém assume sua parcela de contribuição; "todos" admitem haver o racismo ao contrapasso que "ninguém" se considera racista. Em relação à segunda afirmativa, sobre a naturalização das prisões, para além da obra da autora, é possível perceber que a punição é muitas vezes vista no imaginário social como desejável e/ou inevitável e resta evidente a assertiva anterior quando ativistas que questionam o punitivismo ou propõem o abolicionismo – como é o caso da autora – são vistos como utópicos e defensores de teorias impossíveis.

No decorrer da primeira parte da obra, a autora disserta também sobre o histórico das penas, faz alusão ao filósofo Michel Foucault, que estabelece o processo da punição, que vai do suplício (o castigo visado pelo corpo) até o aprisionamento da alma e da consciência pela privação da liberdade. Nesse contexto, a escritora faz

uma comparação com a forma que se transcorriam os processos nos séculos XVI e XVII com a contemporaneidade e critica a ausência de participação do réu no processo em que este é o maior interessado. Séculos atrás, acusação, provas e depoimentos ocorriam sem que o acusado pudesse acompanhá-los e paralelamente, na atualidade, a linguagem rebuscada, o tecnicismo e as expressões em latim fazem com que, ainda que não privado por lei, o réu tenha privado o seu acesso à plena compreensão do processo.

É concebida, nesse bojo, a percepção da escritora de que apesar de abolida a escravidão como prática legalizada de hierarquização racial e social, outros sistemas se constituem e se organizam com o mesmo fim, a exemplo da instituição criminal. Tal constatação pode ser ratificada por dados trazidos pela autora no prefácio, quais sejam os de que 64% da população prisional é negra, ao passo que esse grupo compõe 53% da população brasileira, de acordo com o InfoPen de 2014 (BRASIL, 2014). Além disso, por meio da visão da autora, constata-se que a punição ora concebida pelo corpo, se estrutura, posteriormente, sob a liberdade do indivíduo e não demanda apenas o crime, como também o criminoso, que passa a ser figura central. Nesse cenário, Borges preceitua: "*A Justiça passa a avaliar não apenas o crime, mas a vida e todo o contexto do acusado, inclusive posteriormente, como se estivesse sob poder da Justiça alguma condição de previsibilidade*." (BORGES, 2020, p.43).

Para além dos limites da obra, é possível estabelecer uma conexão entre a crítica da escritora concernente à Justiça adentrar o aspecto do indivíduo que praticou um ato delituoso e a teoria

do Direito Penal do Autor, que aparece pela primeira vez com o médico italiano Cesare Lombroso. Tal teoria leva em conta como foco de atenção, não o fato, o crime em si, mas sim o autor que o praticou, atribuindo especial centralidade às condições de cunho pessoal, como estilo de vida do agente, antecedentes e modo de ser. Este ponto de vista não é mais aceito no plano teórico por Estados que se constituem como Democráticos de Direito, por seu cunho discriminatório e patológico, clássico de regimes totalitários e, por isso, atenta contra princípios constitucionais basilares, como o da dignidade da pessoa humana. Todavia, no contexto fático e pela crítica da autora, constata-se que é evidente que tal teoria não se encontra plenamente afastada em território nacional, uma vez que ainda prevalece na mentalidade do corpo social e na aplicação das leis.

Por todos os argumentos apresentados pela autora e pelos dados históricos e contemporâneos, evidencia-se que o racismo no Brasil é reforçado e perpetuado por diversos sistemas. Ademais, visualiza-se que, mais do que perpassado pelo racismo, o sistema criminal é historicamente ressignificado tendo a hierarquia racial como um dos seus pilares de sustentação.

É fato que em grande parte da história do Brasil a escravidão não só esteve presente, como também foi um pilar para a formação da nação brasileira. Mesmo sendo abolida há mais de cem anos, a população negra é vítima dessa ideologia enraizada em todas as esferas da sociedade, inclusive na organização do país. Assim, a fundamentação desenvolvida por Borges baseia-se nesse viés para defender

seu ponto de vista.

A autora traz a ideia do *emaranhado de sutilezas* que o racismo é ao explicar que esse é um fenômeno que está não só nas relações entre indivíduos, mas também faz parte da subjetividade de cada indivíduo. Essa teoria defende que *"ser negro é uma atividade atribuída por quem nos dominou"* (BORGES, 2020, p 40.), segundo a psicanalista e ativista Neusa Souza Santos, o que nos leva a aprofundar muito mais sobre o assunto, porque mostra que ser negro pode ser tratado como um fardo pelo próprio sujeito em função da carga histórica que isso carrega.

É proposta uma discussão que quebra o estereótipo de brasileiro caloroso e pacífico ao apontar dados sobre a violência urbana e seus efeitos na sociedade. A autora propõe, nessa discussão, algumas reflexões acerca da contradição do que dizemos ser e do que, de fato, somos. Um país que se julga tão caloroso e receptivo é o mesmo país que exclui determinado grupo em função apenas da cor da pele. Toda essa imagem do brasileiro não é construída com base em fatos e sim com base no mito fundador, segundo Marilena Chauí, como foi explicitado por Borges (2020).

Outra questão discorrida é sobre como o racismo foi base da formação do Brasil e nunca ficou para trás. É um pensamento que sempre está presente no ideário social e sempre se adapta às novas estruturas sociais, nunca se torna obsoleto. Percebe-se que na teoria esse assunto é discutido amplamente e a ideia de praticar preconceito e discriminação em relação a alguém em razão de seu grupo social

ou étnico é muito questionada, mas na prática esses questionamentos não se aplicam e o racismo permanece institucionalizado.

É importante salientar, para além do que foi escrito pela autora, a imagem do negro no Brasil: a ideia de alguém perigoso, criminoso, agressivo, passível de punições e que não possui os mesmos direitos que um "homem de bem". Dessa forma a marginalização é corroborada e o extermínio é considerado justo. É esse poder sobre os corpos negros que deve ser revertido com urgência. Qual morte é considerada mais revoltante? A de um negro ou de um branco? Por que os negros se tornam menos significantes à sociedade? Por que em um emprego que a aparência importa raramente se encontram negros?

Parte dessa imagem vem da ideia que os escravizados não tinham alma e eram selvagens, e que o ato de escravizar era uma forma de civilizar esses seres. A situação ainda é pior para a mulher negra, altamente sexualizada e rebaixada, e como corpo que suporta mais dor. Elas eram vistas como empregadas domésticas, objetos sexuais e, com isso, atualmente, essa imagem prevalece, o que faz com que os empregos dessas mulheres sejam relacionados a esses aspectos mencionados anteriormente e não ao seu intelecto.

Esse prisma analisado por Borges acerca da diferença na forma de enxergar o sujeito em função de sua negritude, a carência da humanização é também aprofundada por Djamila Ribeiro no livro Pequeno Manual Antirracista.

> Devemos nos perguntar: quantos talentos o Brasil perde todos os dias por causa do racismo? A situação é ainda mais grave para mulheres negras, que são muitas vezes destinadas ao subemprego. Quantas físicas, biólogas, juízas, sociólogas, estamos perdendo? Políticas que obrigam as empresas a pensar e criar ações antirracistas poderiam reverter esse quadro; (RIBEIRO, 2019, p. 36).

Outra questão que merece atenção, de forma a complementar o que foi dito pela autora, é que as raças não existem, mas ainda sim são usadas como argumento para dar sustentação ao discurso do racismo e da eugenia. O uso da diferença racial apenas serve para dar a veracidade que não existe para a superioridade branca, uma herança histórica da mentalidade colonial. Essa ideia justifica parte da repressão e da punição sofrida pelos negros. Borges (2020) traça o histórico da punição com base na raça, esclarecendo as raízes da seletividade penal.

Além do que foi abordado no livro, é nítido que a seletividade penal persiste até a contemporaneidade, o negro ainda é muito mais punido que o branco com base em um discurso que os índices de criminalização são mais comuns entre os negros e por isso eles são maioria entre os detentos. O que é um argumento hegemônico que submete jovens negros a um constante medo da polícia porque se houver dúvida entre um negro e um branco sobre quem cometeu

um crime, a dúvida sempre vai pairar sobre o negro. É justo fazer com que indivíduos vivam com o medo como estilo de vida?

A criminalização sobre o negro atingiu todas as esferas possíveis, os cultos às religiões de matriz africana foram proibidos, a circulação de escravos foi vetada, o direito à propriedade foi negado aos escravos. Isso apenas certifica que, segundo Borges (2020, p. 51), *"O direito e a justiça criminal sendo constitutivos do escravismo, e, portanto, espaços de reprodução do racismo, da criminalização e do extermínio da população negra e não um mero aparato perpassado pela ideologia racista"*. Essa estrutura da casa grande e senzala se remodela ano após ano, perpetuando-se até hoje na sociedade.

A autora explica, ainda, sobre a construção do conceito de crime e criminoso, que foi construído no imaginário social de modo a criar o estereótipo do infrator e tipificar os crimes que esses indivíduos viriam a praticar; a repressão era focada nas ações que boa parte dos negros praticavam, como capoeira, samba, religiões. Posteriormente, isso passou a ser justificado por teorias eugenistas que justificavam que "raças inferiores" tinham diferença no grau de evolução, e umas eram mais propícias a praticar crimes do que outras.

Com o tempo, houve reformas penais que pararam de criminalizar esse tipo de ato, contudo, as instituições do Estado brasileiro não mudaram a sua mentalidade e por isso segue em atuação esse ideário repressivo e essa criminalização seletiva, apenas se atualizando conforme a evolução da sociedade. Dessa forma, devemos nos questionar: o sistema de justiça criminal serve para garantir as leis ou

para perpetuar um histórico de repressão que cria seu próprio alvo?

É também válido destacar o sistema prisional em sua distinção de gênero, uma vez que sob essa perspectiva, as mulheres, assim como elucidado pela autora, sofrem de dupla invisibilidade: a prisão em si e o fato de serem mulheres (principalmente aquelas de baixa renda, pois a posição social é uma condição agravante). É possível depreender que o patriarcado impera até mesmo nas prisões. Além disso, a raça é outro fator perturbador.

Em um primeiro plano, a autora discorre de maneira certeira o modo como a construção histórica reflete na característica atual sobre o encarceramento feminino. Tal abordagem é feita de modo cronológico e aponta uma triste realidade: a de que a punição era desempenhada pelos maridos, empregando uma relação de propriedade.

Ainda, ao traçar muito bem um paralelo histórico da punição, Borges (2020, p. 95) aponta que *"[...] ao passo em que homens começaram a ser penalizados em prisões, foram utilizados contra as mulheres os hospitais psiquiátricos, as instituições mentais, os conventos e os espaços religiosos"*. Dessa maneira, ao passo em que se compreende o texto, alguns questionamentos surgem: qual o motivo de tal distinção? Seria a mulher ainda vista como "louca"? Por que os delitos cometidos por mulheres eram vistos de maneira diferente?

Outro aspecto bastante discutido e que merece muita atenção é a distinção entre as mulheres brancas e as negras. Sob um olhar histórico, Borges (2020) aponta que o sexo feminino esteve

submetido à punição sexual, entretanto, de modo desigual; as mulheres pretas sofriam – e ainda sofrem como é possível perceber em expressões como *mulata da cor do pecado* – os castigos da hipersexualização dos seus torturados corpos; elas também eram brutalmente criminalizadas. Já na atualidade, essa distinção é vista quando se constata que nos presídios as mulheres brancas possuem melhores cargos devido à escolaridade, enquanto as negras são continuamente exploradas. Até quando essas características históricas perdurarão e como é possível mudá-las?

Também, a autora trata sobre a *guerra às drogas*, uma visão sobre o encarceramento muito intrigante, onde as mulheres tem uma participação grande. *"O tráfico é a primeira das tipificações para o encarceramento. Das mulheres encarceradas, 62% estão respondendo por crimes relacionados às drogas [...]".* (BORGES, 2020, p. 101). Também, a escritora (2020, p. 103), diz que *"vários são os estudos que demonstram que várias prisões de mulheres são realizadas em operações nas quais o foco eram os parceiros ou familiares dessas mulheres, que acabam sendo detidas por associação ao tráfico".* Afinal como buscar entender esses fatos? Novamente, compreendendo a forte influência patriarcal.

Contudo, nem somente as mulheres são fáceis alvos da guerra às drogas. A autora explicita didática e criticamente o modo como a luta pelo fim dos ilícitos pode gerar um efeito reverso. *"A Lei de Drogas aprovada no Brasil (Lei nº 11.343, de agosto de 2006) teve impactos diretos no hiperencarceramento do país."* (BORGES, 2020, p. 102).

Tal condição, muitas vezes sem ao menos ser idoneamente fundamentada (como, por exemplo, casos em que homens pretos carregando objetos pessoais nos bolsos são confundidos com criminosos armados), superlota o Poder Judiciário (quando há condenação) e as prisões brasileiras, sendo este um questionamento possível de ser realizado com a leitura da obra. Afinal, como proceder e acabar com os mitos relacionados a essa perspectiva, sendo estes, por exemplo, de que o objetivo da guerra às drogas é acabar com o tráfico e de que o foco está nas "drogas pesadas"?

Ademais, outro aspecto bastante interessante e que merece destaque é a abordagem feita sobre a abolição das prisões e a relação com o sexo feminino. Também sob uma visão histórica, Borges (2020) relata os abusos enfrentados pelos negros num período pós-abolicionista, onde a prisão era um instrumento para reorganizar e até manter, de certo modo, a estrutura escravocrata. A falsa abolição (ou abolição meramente teórica), de acordo com o que se é defendido pela autora, deu aos negros sentenças e multas que os caracterizavam novamente como escravos.

No Brasil, essa perspectiva ainda estabelece divergências enormes. Segundo a autora, o país está submetido a um sistema de castas no que tange ao aspecto racial, sendo cada vez mais reafirmado, pois existe um hiato entre a existência de políticas públicas e a verdadeira situação da sociedade. *"Essa lógica, como o processo de independência, não é rompida, pelo contrário, é reafirmada e reorganizada para garantir que a hierarquização racial se mantenha, agora, sob o verniz de desigualdades puramente sociais"* (BORGES, 2020 p. 111).

> A ascensão de negros e negras a bens de consumo veio casada com um aumento abrupto da violência sofrida por essa parcela da população como uma resposta sistêmica para que as desigualdades baseadas nas hierarquias raciais permaneçam. Nesse sentido, é impossível pensar em qualquer projeto de desenvolvimento nacional sem que a questão racial seja, com a questão de gênero, um pilar essencial e central. A pobreza no Brasil tem cor. (BORGES, 2020, p. 113).

É neste ponto que a questão feminina negra mostra-se determinante, afinal, assim como elucidado pela autora, o feminismo negro busca desconstruir relações de universalidade opressora, seja social, racial ou econômica. *"Neste sentido, a pauta do encarceramento sendo central para este novo modo de aprofundamento exploratório capitalista, ganha, portanto, centralidade para as mulheres negas"* (BORGES, 2020, p. 115).

Para que a luta dessa corrente seja colocada em prática, a autora aborda o conceito de *desencarceramento*, a fim de contestar as injustiças e a ineficácia do encarceramento e propor novos medidas sanitárias. Também, a ideologia punitivista ainda é bastante operante, o que condiciona cada vez mais tais práticas, sendo preciso discutir o direito penal mínimo ou até mesmo o abolicionismo penal, em conjunto com políticas sociais de gênero e raciais.

Um ponto singular na abordagem da autora sobre a presente temática é o abolicionismo penal. Nesse sentido, em uma sociedade

em que as prisões são naturalizadas e até desejáveis por muitos, a crítica de autores ao punitivismo estatal e a proposição ao abolicionismo penal soam como utópicas e, portanto, inconcebíveis. Todavia, a abordagem feita pela autora, expondo motivações e consequências, torna a ideia mais concretizável.

> Precisamos pensar que as prisões não estão distantes de nós. Elas são produto de negligência e políticas que tratam diferenças como desigualdades. Em sendo o feminismo negro e a produção teórica e ativista de mulheres negras um questionamento às desigualdades baseadas em hierarquias raciais e a busca radical por transformações, lutar contra uma guerra às drogas violenta, que encarcera e mata nossos filhos, companheiros, irmãos, tios, pais, sobrinhos, filhas, irmãs, primas e nós mesmas é uma emergência (BORGES, 2020, p. 122).

## 3 CONCLUSÃO

A obra é um pouco repetitiva por mencionar conceitos já trazidos à tona sem apresentar novos elementos. Além disso, é redigida de forma não linear, uma vez que aborda fatos de maneira não cronológica, o que pode desagradar certos leitores. Contudo, aborda uma temática de suma importância. A leitura do texto, apesar de fluida e acessível, não é superficial, tampouco desprovida de úteis informações e questionamentos. A autora abre um amplo e sólido espaço para a promoção de um consistente debate acerca do encarceramento em massa, visto que o Brasil figura como a terceira

maior população carcerária do mundo, além de abrir as portas para o estudo desse tema que para muitos era algo distante. O livro é indicado para o público em geral, pois apresenta, constantemente, dados importantes sobre o tema e contribui para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do senso crítico em relação à população carcerária, bem como todos os contornos e estrutura fundante do sistema penal brasileiro. A escritora ressalta que o objetivo da obra não é o de encerrar conclusões, porém o de ensejar reflexões acerca da temática.

## REFERÊNCIAS


BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. São Paulo: Jandaíra, 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN).** Dezembro de 2014. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen_dez14.pdf. Acesso em: 09 fev 2022.

POMPEU, Ana; MEDEIROS, Étore. Brasileiros acham que há racismo, mas somente 1,3% se considera racista. **Correio Braziliense**, 25 mar. 2014. Disponivel em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2014/03/25/interna-brasil,419288/brasileiros-acham-que-ha-racismo-mas-somente-1-3-se-consideram-racistas.shtml. Acesso em: 09 fev 2022.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019.

# JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS: a insuficiência dos mecanismos de uniformização de jurisprudência

*SPECIAL CIVIL COURTS: the lack of mechanisms to unify jurisprudence*

***Beatriz da Silva Amaro de Castro Hermes***[1]
***Letícia Fuly da Silva Costa***[2]

**RESUMO**

Nas últimas décadas tem se notado uma tendência a valorização da utilização das decisões proferida nos tribunais como parâmetro para decisões em casos que versem sobre a mesma matéria- sistema de precedentes. Tendo em vista a aproximação do Direito Brasileiro com as práticas do *Commom Law*, o presente trabalho busca discutir a efetividade dos mecanismos deuniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista os valores da celeridade processual, qualidade e isonomia da prestação jurisdicional. Nesse contexto, optou-se pela análise bibliográfica e jurisprudencial com suporte no método dedutivo. Como resultado, observou-se que os mecanismos de uniformização de jurisprudência disponíves nos juízados especiais cíveis são insuficientes para criar um ambiente de segurança jurídica e isonomia.

---

1 Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2 Graduanda em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Artigo recebido em 20/09/2021 e aprovado para publicação em 14/01/2022.

**Palavras-chave**: Juizado Especial Cível. Jurispridência. Instrumentos de uniformização. Celeridade prossual. Prestação Jurisdicional.

**ABSTRACT**

In recent decades, there has been a tendency to value the use of decisions handed down in the courts as a parameter for decisions in cases dealing with the same matter - a system of precedents. In view of the approximation of Brazilian Legal System to the practices of Common Law, this paper aims to discuss the effectiveness of mechanisms to unify jurisprudence in the Special Civil Courts, in view of the values of speedy trial, quality and equality of jurisdictional provision. In this context, it was applied the bibliographic and jurisprudential analysis supported by the deductive method. As a result, it was observed that the mechanisms to unify the jurisprudence available in special civil courts are insufficient to create an environment of legal security and equality.

**Key-words:** Special civil court. Jurisprudence. Standardization instruments. Speedy trial. Adjudication.

## 1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o sistema jurídico adotado no Brasil é o Romano-Germânico (*Civil Law*). Esse sistema tem como principal característica o estabelecimento das leis e normas escritas como fonte precípua do direito. Entretanto, ao contrário do que se consigna no senso comum, o Civil Law também admite a utilização dos costumes e dos precedentes judiciários como fonte subsidiária do direito, conforme consignado no art. 4º da Lei de Introdução as normas do Direito Brasileiro (BRASIL, 1942): "*Quando a lei for*

*omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."*

Em contrapartida, o sistema do *Common Law*, adotado principalmente nos países de origem e colonização Anglo-Saxã, estabelece um sistema jurídico baseado em costumes e precedentes. Assim, na análise de um litígio, o julgador utilizará como base para sua decisão, o disposto no julgamento de outros casos que versaram sobre a mesma matéria.

Ainda sobre o *Common Law*, importa destacar que embora os costumes e os precedentes sejam considerados as fontes primárias do direito, não há óbice para que os países que adotam esse sistema tenham normas legais escritas.

Como se vê, os sistemas de *Common Law* e *Civil Law* apresentam pontos de interseção. Aliás, nos últimos anos tem se notado uma tendência de aproximação entre os sistemas, já que a complexidade das relações humanas demanda soluções que nem sempre serão encontrados com base apenas no texto legal. Ademais, depois da 2ª Guerra Mundial, observou-se no mundo jurídico a tendência a desvalorização das ideias estritamente legalistas e o atrelamento da busca de uma interpretação dos institutos legais a luz dos valores da dignidade humana.

No entanto, a utilização dos precedentes judiciais e do conjunto de decisões exaradas em todo o território nacional, pode criar um sistema de instabilidade jurídica, se não houverem mecanismos de uniformização das decisões prolatadas. Isso porque, as divergências entre os entendimentos dos diversos tribunais do país podem ferir o princípio constitucional da isonomia e da segurança jurídica.

Dessa forma, objetivando a coerência dentro do sistema jurídico brasileiro, a Emenda Constitucional nº 45/2004 implementou no ordenamento jurídico brasileiro as súmulas vinculantes e a previsão de repercussão geral nos recursos extraordinários.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 também trouxe dispositivos importantes em matéria de uniformização, determinando no *caput* do artigo 926 que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, além de mantê-la estável e coerente. Outrossim, no que concerne ao artigo 927 da mesma lei, determina-se que os juízes e os tribunais devem observar algumas decisões e precedentes determinados por tribunais superiores, como por exemplo, o Supremo Tribunal Federal e o Supremo Tribunal de Justiça.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVIEIS

A priori, é necessário destacar que os Juizados Especiais Cíveis (JECs) foramcriados com o intuito de ampliar o acesso a justiça, promover a celeridade processual e tornar os procedimentos mais simples para os jurisdicionados. Sendo assim, ao disciplinar o funcionamento deste órgão do Poder Judiciário, a lei 9.099/95, em seu artigo 3º, definiu que os Juizados seriam responsáveis pela conciliação, processo e julgamentos das causas civis de menor complexidade.

Entretanto, devido a presunção de menor complexidade das causas ajuizadas nos JECs, o legislador optou por reduzir as possibilidades de recurso e contestação das decisões proferidas no curso do processo. Embora, por um lado, a escolha do legislador seja funda-

mental para que sejam alcançados os fins de celeridade processual, economia processuale simplicidade das formas (vide art. 2º da Lei 9.099/95), em contrapartida, a redução pode representar um cerceamento da ampla defesa e do contraditório, especialmente no que tange a uniformização de decisões que divergem da jurisprudência usualmente aplicável.

Considerando este cenário, não é incomum que dentro de um mesmo estado os juízos dos diferentes Juizados adotem entendimentos divergentes sobre a mesma matéria, criando, portanto, um ambiente de instabilidade e incoerência dentro do sistema processual.

A princípio, verifica-se que a ausência de emenda constitucional para inserir as causas julgadas nas turmas recursais dos JECs no rol de competências do Superior Tribunal de Justiça (STJ), previsto no artigo 105 da Constituição Federal, é o principal motivo para que os juizados adotem posicionamentos divergentes na discussão de casos que versam sobre o mesmo tema.

Todavia, é importa frisar que o problema poderia ser reparado, ou ao menos amenizado, se, a exemplo do que ocorre nos Juizados Especiais Federais, fosse instituída uma Turma Nacional de Uniformização para os Juizados Especiais Cíveis.

## 3 DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ENTRE OS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Recorrentemente avistam-se disparidades entre julgados de diferentes TurmasRecursais de um mesmo Estado, porém a situação agrava-se ainda mais quando expandimos o panorama de pesquisa

para outro Estado, onde casos de conjunturas e peculiaridades semelhantes, frequentemente, possuem a aplicação de entendimentos antagônicos.

Nesse sentido, vejamos um exemplo do imbróglio acerca do tema de "*atraso de voos e o cabimento de danos morais*", em sede de Turma recursal dos diferentes estados brasileiros.

No caso em tela, a 2ª Turma Recursal do Paraná, ao julgar recurso inominado interposto pelo passageiro da companhia aérea, entendeu que o atraso de cerca de 4 horas em um voo não configuraria dano moral ao passageiro, pois a Turma goza do entendimento de que o atraso de voo por si só não gera dano moral, devendo o passageiro ter que demonstrar os transtornos ocasionados pelos fatos ou comprovar que suportou algum dissabor desarrazoado por tal situação. A partir de tal elucidação, examinemos a seguinte ementa:

> RECURSO INOMINADO**.** TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. ATRASO NA SAÍDA DO VOO DE IDA. POSSIBILIDADE DE PERDA DA CONEXÃO. COMPANHIA AÉREA QUE REMARCA O VOO AINDA NO AEROPORTO. CHEGADA AO DESTINO FINAL COM ATRASO DE APROXIMADAMENTE 4 HORAS**.** AUSÊNCIA DE PROVA DE TRANSTORNO DESARRAZOADO AO PASSAGEIRO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, 2020) .

Em contrapartida ao parecer supra, a 1ª Turma Recursal da Bahia, ao analisar recurso inominado proposto pela passageira, concebeu que um atraso de 4 horas em um voo configuraria dano moral

ao passageiro, visto que, segundo a Turma, é instituído pelo Código de Defesa do Consumidor que a responsabilidade contratual ou extracontratual dos fornecedores incumbe um dever de qualidade dos produtos e serviços prestados.

Dessa forma, uma vez que esses deveres são descumpridos, a relação de confiança entre as partes é quebrada. E, ainda, quando há inadequação do produto ou serviço prestado, defende a Turma que, surgirá à obrigação de reparar os danos decorrentes, em nome da responsabilidade civil objetiva, não havendo a necessidade, portanto, da comprovação de maisfatos além daqueles já identificados com o descumprimento do serviço que fora outrora acordado entre as partes. Nesse passo, observemos a decisão abaixo:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO INOMINADO.TRANSPORTE AÉREO. ATRASO DE VOO POR APROXIMADAMENTE 4 HORAS. ALTERAÇÃO DO VOO ADQUIRIDO PARA OUTRO HORÁRIO. ALEGAÇÃO PELA DEFESA DE ATRASO NA SAÍDA DO VOO CAUSADA POR MAU TEMPO NA CIDADE DE SÃO PAULO. AUSÊNCIA DECONSULTA AO SISTEMA VRA DA ANAC. ALTERAÇÃO DO VOO ADQUIRIDO PARA OUTRO HORÁRIO. VÍCIO DO SERVIÇO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS NO IMPORTE DE R$ 4.000,00. CARÁTER DIDÁTICO-PREVENTIVO E COMPENSATÓRIO. 1. Depreende-se dos autos que o vôo adquirido pela parte autora, com previsão de saída de Salvador às 10h35min de 17/01/20 sofreu alteração pela companhia, alegando que a alteração foi causada por mau tempo na cidade de São Paulo, e foi previamente remarcado para sair às 14h15min, chegando no destino final às 16h25min. 2. Sabe-se que o fornecedor deve

observar os requisitos do art. 20, do CDC, sendo de sua responsabilidade a prova inequívoca da perfeita execução do serviço contratado, sob pena de se caracterizar vício do serviço, cuja responsabilidade pela reparação independe de culpa, como reza o art. 14, do CDC. 3. No caso em tela, é incontroverso que houve o atraso do voo, sem, no entanto, comprovação, por parte da acionada dos fatos alegados pela defesa, uma vez que não colacionou aos autos consulta ao sistema VRA da ANAC. Assim, não configurado fortuito externo apto a afastar a responsabilidade objetiva da empresa aérea, diante dos problemas apontados. 4. É pacífico que a fixação da verba reparatória reside no poder discricionário do Julgador, que levará em consideração os detalhes e as características do caso concreto. **[...]** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEFERIDA NO IMPORTE DE R$ 4.000,00. RELATÓRIO [...]. A sentença proferida julgou improcedente o feito. Recorreu a parte autora. Foram juntadas contrarrazões recursais. [...] O contrato, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, deve ser visto integralmente, abrangendo, inclusive, a fase pré-contratual. Tudo que é dito e anunciado por meio de oferta verbal, recibos, pré-contratos e publicidades já produz efeitos em relação ao fornecedor. Por tudo que fora exposto, não há dúvida de que a empresa acionada causou prejuízos de ordem moral ao consumidor, prevalecendo a narrativa autoral e sua presunção de boa-fé não desconstituída pela acionada (art. 4º, I, e art. 6º, VIII, daLei 8.078/90), pois verossímil o quanto trazido pela parte demandante.A fragilidade das razões da ré corrobora a veracidade dos fatos apresentados na exordial, e, em consequência, restou comprovada a má prestação de serviço por parte da recorrente, que deixou de se acautelar das medidas necessárias a evitar incômodos e transtornos à vida da parte autora. [...] Como sabido, a indenização

> por danos morais é um meio de mitigar o sofrimento, sob forma de conforto, e não o pagamento de um preço pela dor ou humilhação, não se lhe podendo atribuir a finalidade de enriquecimento, sob pena de transformar em vantagem a desventura ocorrida. [...] O próprio STJ firmou entendimento neste sentido: A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato de violação (damnum in re ipsa). [...] No presente caso arbitro o valor de R$ 4.000,00 que se mostra adequado às suas peculiaridades. Diante do exposto, VOTO PELO PROVIMENTO DO RECURSO para condenar a acionada ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), corrigidos a partir do arbitramento, bem como aplicável sobre o valor juros de 1% ao mês, incidentes desde a citação. Sem custas e honorários, eis que vencedora a recorrente (BRASIL, 2021).

## 4 PECULIARIDADES NO SISTEMA DE RECURSOS DOS JUIZADOS CÍVEIS QUE DIFICULTAM A UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Fato é que os Juizados Especiais Cíveis têm como pressuposto de funcionamento a ampliação do acesso a justiça e a celeridade processual. Desse modo, a escolha do legisladorem limitar o número de Recursos possíveis também corresponde à presunção de que as causas ajuizadas são de menor complexidade.

Assim, conforme se extrai dos art. 4º e 48 da Lei nº 9099/95, os recursos cabíveis nos JECs são (i) o Recurso Inominado e os (ii) Embargos de declaração. Alérm disso, a súmula 640 do STF e o art.

102, III da Constituição Federal também estabeleceram que será possível a interposição de Recurso Extraordinário.

No que diz respeito as decisões interlocutórias, na Lei nº 9.099/95 não há previsão de recurso, isso porque o legislador acreditava que a maioria das interposições das partes, acerca das decisões liminares, poderiam esperar até a sentença. Assim sendo, a lógica dos JECs é a de que as decisões interlocutórias não precluem até o fim do processo. Logo, as partes devem esperar até a sentença e, em caso de eventuais discordâncias, é possível, após a sentença, optar por interpor recurso inominado a fim de recorrer de todas as decisões interlocutórias prolatadas no curso do litígio.

Contudo, existem decisões interlocutórias no JEC que precisam ser recorridas imediatamente. Nesse caso, a doutrina entende que a omissão de lei específica – ou seja, a Lei nº 9.099/95 – em razão da ausência de previsão de competente instrumento processual deimpugnação, a parte poderá requerer que seja aplicado ao conflito, subsidiariamente, as leis dos juizados federais ou fazendários e o CPC/15, as quais permitem o recurso contra decisão interlocutória, sendo eles denominados pela doutrina como Recurso Inominado de Instrumento[3] ou Agravo de Instrumento. Porém, importa lem-

3 Alguns doutrinadores defendem que esse tipo de recurso se chamaria "*recurso inominado de instrumento*", porque, de fato, ele não possui previsão de nomenclatura na Lei nº 9.099/95, pois ela não prevê o nome "*agravo de instrumento*" para esse tipo de ação, mesmo que o tipo de recurso que se dará nesse tipo de situação seja o agravo de instrumento. Assim, por analogia, a outra parte de doutrinadores, contrária aqueles primeiros, utiliza-se da denominação de agravo de instrumento proposto no CPC/15. Todavia, essa discussão dá-se apenas acerca do nome do recurso, pois ambos os grupos concordam que o regime aplicado para esse recurso será o do agravo de instrumento nos termos CPC/15.

brar que, apenas os JECs de alguns estados brasileiros aceitam essa hipótese, ao passo que outros, como os JECs do Rio de Janeiro, não admitem esse pressuposto.

À vista disso, para que o indivíduo não fique sem nenhuma previsão de poder recorrer a uma decisão que lhe é prejudicial[4] e como preleciona a Juíza Viviane Isabel Daniel Speck de Souza, em seu julgado, sobre a excepcionalidade da admissão do mandado de segurança, em situações de teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder capazes de causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação:

> DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. EXCEPCIONALIDADE PERMITIDA APENAS NOS CASOS EM QUE HOUVER TERATOLOGIA, ABUSO DE PODER OU ILEGALIDADE**.** Para não ferir as regras específicas que norteiam o Juizado Especial Cível e observar a aplicação doprincípio da celeridade processual, tem-se admitido a impetração de mandado de segurança contra decisão interlocutória proferida nos feitos da Lei n. 9.099/95 apenas em casos de teratologia, flagrante ilegalidade ou abuso de poder capazes de causar à parte dano irreparável ou de difícil reparação (BRASIL, 2013).

No que concerne a decisão "*teratológica*" (*rectius*, teratogênica), em doutrina já se estabeleceu como "*a decisão que afronta ine-*

4 Como exemplo podemos citar os casos de litigância contra empresas fornecedoras de luz, em que a decisão determina que a sociedade empresária cesse o fornecimento do serviço a outra parte da ação, sendo que esta última necessita de energia para alimentar aparelhos de ventilação respiratória de um parente que mora junto consigo.

*gável e seriamente o sistema e que, paralelamente a essa afronta teórica, é capaz de gerar no campo dos fatos, no mundo empírico, prejuízo de difícil ou impossível reparabilidade*" (CÂMARA, 2014, p. 337).

Desse modo, visando não deixar os cidadãos sem nenhum meio de recorrer as decisões com esse caráter de urgência, levando em consideração a impossibilidade de outros recursos no JEC, e a inadmissibilidade de alguns tribunais a permitir a utilização do Recurso Inominado de Instrumento ou Agravo de Instrumento, criou-se um entendimento que, nessas hipóteses excepcionais, impetra-se a figura do Mandado de Segurança, como forma de remédio para sanar tais avenças.

Por conseguinte, denota-se que a regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias em sede de juizados especiais cíveis não é absoluta, de modo que se entende, hoje, pela excepcionalidade em face do agravo de instrumento e, consequentemente, do mandado de segurança, consoante entendimento da Súmula 727 do STF:

*"Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais"* (BRASIL, 2003).

No mesmo trilhar, consigna o Enunciado 15 do FONAJE: *"Nos Juizados Especiais não é cabível o recurso de agravo, exceto nas hipóteses dos artigos 544 e 557 do CPC (nova redação – XXI Encontro – Vitória/ ES)"* (BRASIL, 2007).

Sem embargo, como acima fora suscitado, ainda há tribunais que defendem ser incabível o Agravo de Instrumento nos juizados

especiais cíveis, mas que, ao menos, admitem o mandado de segurança contra ato judicial praticado por juiz singular do juizado, a depender do entendimento adotado pelo JEC.

Ademais, diferentemente do que ocorre nos Juizados Especiais Federais, não há Turma Nacional ou Regional de Uniformização, o que amplia ainda mais as dificuldades de interposição de recurso e aumenta as chances de que a jurisprudência formada nas Turmas Recursais estejam em desacordo com a jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça.

Nesse sentido, na análise dos Embargos de Declaração no RE 571.572, a Ministra Ellen Gracie proferiu voto salientando que a sistemática recursal dos Juizados Especiais Cíveis acaba por tornar as prestações jurisdicionais incompletas, uma vez que os meios para uniformização de jurisprudência se mostravam ineficazes para criar um sistema coeso e seguro. Senão, vejamos um trecho do voto:

> Todavia, enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislaçãoinfraconstitucional federal. Tal situação, além de provocar insegurança jurídica, acaba provocando uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la (BRASIL, 2009).[5]

5 O caso infra tratava sobre a discriminação de pulsos telefônicos além da franquia. O Superior Tribunal deJustiça já tinha jurisprudência sobre a matéria, mas a turma recursal decidiu em sentido contrário ao da Jurisprudência da Corte Superior. Desse modo, no julgamento dos Embargos, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser incompatível com as competências de a corte julgar matéria

## 5 NÃO APRECIAÇÃO DE RECURSOS ESPECIAIS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como se vê, não há nenhuma previsão para que os acórdãos proferidos pela Turma Recursal possam ser objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça. A própria corte, interpretando o art. 105, III da Constituição Federal – o qual, quando trata da matéria de recurso ao STJ, denota que somente caberia recurso a Corte Superior os que provierem de um Tribunal de Justiça ou algum Tribunal Regional Federal – editou súmula informando que não seria possível a interposição de recurso contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais. Senão, vejamos o que diz a Súmula nº 203 do STJ*: "Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão desegundo grau dos Juizados Especiais."* (BRASIL, 1998).

Assim, considerando que uma das principais atribuições do STJ é uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil, a ausência de Recurso Especial acaba por dificultar a possibilidade de uniformização de jurisprudência e, consequentemente, a coerência entre os precedentes.

Outrossim, vale frisar que mesmo que o legislador tenha optado por desestimular os recursos nos JECs, em nome da celeridade

de legislação infraconstitucional. Assim, pretendendo manter a coerência das decisões judicias, a corte fixou entendimento no sentido de permitir que seja ajuizada reclamação nos casos em que se prova a divergência entre a jurisprudência firmada no STJ e o entendimento adotado pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, até que seja estabelecido órgão de uniformização de jurisprudência (BRASIL, 2009).

processual, em alguma medida, esta escolha pode cercear o direito de contestar decisões injustas, tendo em vista que o modelo atual de recursos dos JECs impossibilita que as partes tenham acesso ao órgão designado – qual seja, o Superior Tribunal de Justiça – pela constituição para uniformizar a jurisprudência dos casos cíveis que não envolvem matéria constitucional.

## 6 INSTRUMENTOS DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Com efeito, faz-se necessária a análise do arcabouço de instrumentos de uniformização de jurisprudência que foram experimentados no ordenamento brasileiro na tentativa de garantir maior eficência ao sistema de precentes dentro dos juizados especiais cíveis. Confira-se:

### 6.1 RECLAMAÇÃO

Considerando a ausência de mecanismos eficazes para uniformização dejurisprudência nos Juizados Especiais Cíveis, o Supremo Tribunal Federal criou entendimento no sentido de que quando o assunto discutido nos autos não envolver matéria constitucional, será possível, dada a impossibilidade de Recurso Especial, o ajuizamento de reclamação, nos termos do art. 105, I, f, da Constituição Federal.

O entendimento foi adotado após o julgamento dos Embargos de Declaração no RE 571572/BA. Em seu voto, a Ministra

Relatora explicita que o cabimento da reclamação será possível até que seja criado um órgão capaz de fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ nos casos julgados pelas turmas recursais dos JECs. Neste perspectiva, observemos uma parte do voto:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamen-

> to da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional (BRASIL, 2009).

Não obstante, Fredie Didier Jr. salienta que, o STJ é responsável por regulamentar a jurisprudência nacional nos assuntos legislativos federais, sendo esta uma de suas atribuições conferidas pela Constituição Federal. Dessa forma, caso os órgãos dos tribunais estaduais deixem de seguir sistematicamente as orientações do STJ, a reclamação constitucional se tornaria cabível, para garantir a integridade das funções principais do Tribunal Superior.

Nesse diapasão, Didier preceitua que foi precisamente isso o que o STF entendeu ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572-8/BA, acima aludido, pois em circunstâncias como essa, em que a reclamação é feita ao STJ com base no art. 105, I, f, da CRFB/88, considerando ainda a inexistência de outro mecanismo de correção das divergências jurisprudenciais, o recurso deve ser acolhido, para que se possa afastar a dissonância

jurisprudencial dos juizados especiais com as da Corte Superior.

Desse modo, em seu editorial nº 76, anota Didier Jr. e Cunha (2009):

> Ao STJ compete uniformizar a jurisprudência nacional em matéria delegislação federal. Essa é uma de suas atribuições constitucionais. Se os órgãos dos Juizados Estaduais estão a deixar, sistematicamente, de seguir a orientação ministrada pelo STJ, cabe a reclamação constitucional, a fim de garantir a incolumidade da principal função daquela Corte Superior. E, pela teoria dos poderes implícitos, deve-se conferir ao STJ a atribuição de fazer impor sua autoridade de órgão jurisdicional destinado a uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional. Foi exatamente isso que entendeu o STF, ao julgar os Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário n. 571.572-8/BA. Em situaçõescomo essa, cabe ao STJ acolher a reclamação, ajuizada com fundamento no art. 105, I, f, da Constituição Federal, afastando a divergência com sua jurisprudência. A reclamação, nesse caso, somente é cabível, por não haver outro mecanismo apto a corrigir o grave problema de descumprimento sistemático da orientação firmada pelo STJ. Se coubesse recurso especial, não seria caso de reclamação. Diante da inexistência de outro órgão que possa fazê-lo, compete ao STJ eliminar a divergência havida entre decisões proferidas por Juizados Estaduais e seus precedentes que formam jurisprudência dominante sobre determinado assunto que envolve causas repetitivas.

### 6.1.1 Resolução nº 12, de 14 de Dezembro de 2009

Diante da decisão do STF em permitir o ajuizamento de

reclamações para dirimir conflitos entre os acórdãos das turmas recursais e a jurisprudência do STJ, foi necessário a edição de regulamentação do procedimento a ser adotado na Resolução nº 12, de 14 de dezembro de 2009. Assim, observemos a discriminação dos propósitos da resolução:

*"Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte."* (BRASIL, 2009).

Apesar da resolução apenas regulamentar o determinado no acórdão do STF, questionou-se a constitucionalidade das normas previstas, devido a suposta violação do Art. 22, I, da Constituição Federal que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

Destarte, prevaleceu o entendimento de que a resolução, de fato, era constitucional. Todavia, a grande demanda de reclamações ajuizadas, de 2009 em diante, revelaram que as Turmas Recursais e Juizados interpretavam a lei federal em sentido divergente ao estabelecido pelo STJ, revelando a fragilidade do sistema na utilização de precedentes.

### 6.1.2 Resolução nº 03/2016 do STJ

A Resolução nº 12/2009 do Superior Tribunal de Justiça disciplinou o processamento de reclamações contra decisões de turmas

recursais dos juizados especiais estaduais quando estas contrariavam a jurisprudência da Corte Superior.

Contudo, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, tal ato normativo foi revogado pela Emenda Regimental nº 22/2016 e em seu lugar o STJ editou a Resolução nº 03/2016, alegando que, a partir de então, as reclamações da turma recursal do JEC já não mais lhe seriam cabíveis.

Sendo assim, segundo essa resolução, as câmaras reunidas ou as seções especializadas dos Tribunais de Justiça passariam a ter competência para processar e julgar reclamações destinadas a dirimir a divergência entre acórdãos proferidos pelas Turma Recursais Estaduais ou do DF e a jurisprudência do STJ. Ocorre que este método de uniformização de jurisprudência só seria aplicável quando o entendimento estivesse consolidado em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das súmulas do STJ.

Porém, o disposto na supracitada resolução não se aplica às reclamações já distribuídas e pendentes de análise no STJ.

Outrossim, é importante ressaltar que a mudança da competência do julgamento das reclamações para os tribunais de justiça de cada estado acaba por gerar instabilidade na jurisprudência, pois cada estado opta por criar precedentes diferentes sobre o mesmo assunto e, no fim, o problema da falta de uniformização da jurisprudência dos juizados especiais estaduais perfaz-se novamente.

Sob tal perspectiva, alguns tribunais e juristas entendem que essa resolução é inconstitucional, alegando que há certa incongruên-

cia no fato da resolução atribuir competência processual a tribunais estaduais por ato infra legal, visto que, reclamações, conforme determina o art. 988, § 1º, do CPC, são julgadas pelo próprio tribunal cuja competência se quer resguardar. Assim, a Resolução nº 03/2016 aparenta ser simultaneamente inconstitucional e ilegal (CHINI, ROCHA, 2018).

Isto posto, desde então, ainda não há consenso sobre o assunto, estando ele ainda indefinido, havendo posicionamentos que defendem a invalidade da resolução supra, por desrespeito à decisão do STF nos Embargos de Declaração no RE nº 571.572 e a consequente manutenção da competência do STJ para julgar reclamações, ao passo que há tribunais que aceitaram e vem cumprindo a determinação da Corte Superior. Esse é o caso do TJPE (Tribunal de Justiça de Pernambuco), o qual editou a resolução nº 394/2017 em que concedeu à Turma Estadual de Uniformização a competência para julgar reclamações por divergência contra jurisprudência do STJ (ROCHA, 2020).

## 6.2 PROJETO DE LEI 5741/13

A decisão do STF, que fixou entendimento no sentido de possibilitar que o STJ fosse competente para dirimir as divergências jurisprudenciais criadas pelas turmas dos Juizados Especiais Cíveis, pretendia evitar a instabilidade do sistema jurisdicional, enquanto não fossem criados órgãos de uniformização de jurisprudência para o âmbito dos Juizados Especiais Cíveis.

Dessa forma, foi apresentado o projeto de lei nº 5741/2013, de autoria do STJ, pretendendo a alteração da redação de dispositivos da Lei nº 12.153 de 2009, para acrescentar o art. 20-A, de forma a criar a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal, seguindo o modelo da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.[6]

## 7 CONCLUSÃO

Conclui-se, por conseguinte que, o tema situa-se em um âmbito jurídico nublado, tendo ainda, manifesta divergência nos julgados e teorias – assim como alude os arestos e correntes doutrinárias trazidos à colação acima.

Todavia, frise-se que antes da viabilização da ação de reclamação na seara dos juizados especiais estatuais, tendo em vista não haver a possibilidade de recurso ao STJ, apenas ao STF – mas exclusivamente em casos específicos que versassem sobre matéria constitucional e que houvesse uma maior relevância social – os JECs acabavam sem ter uma jurisprudência una, isto é, uniformizada, uma vez que a sua última instância seriam as Turmas Recursais, assim,

6 O projeto foi retirado da pauta para discussão em plenário em 05/02/2015 e permanece sem movimentação atéa presente data, apesar de ser classificado em regime de tramitação de urgência. Informações disponíveis em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?id Proposicao=580322>. Acesso em: 11 set 2021.

cada estado brasileiro acabava fixando uma tese diferente.

No entanto, quando o STF determinou que o STJ passaria a admitir reclamações contra decisões das turmas recusais do JEC sempre que elas fossem contrárias a entendimento já consolidado pela Corte, o STJ passou a julgar essas reclamações com o objetivo de fazer com que as turmas recusais se adequassem as suas teses já fixadas. A partir de então, as decisões no JEC passaram a precisar observar os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, mesmo com a edição da Resolução nº 03/2016 que passou a impossibilitar a ação reclamação para o STJ e "*delegou*" aos Tribunais de Justiça a competência para analisar se a decisão da Turma Recursal afrontou ou não a jurisprudência do STJ, previu-se que os acórdãos proferidos pelos JECs deveriam observar os precedentes da Corte Superior.

Apesar disso, assim como outrora mencionado nesta explanação, a resolução supra retornou com o problema da falta de uniformização da jurisprudência dos juizados especiais, visto que, novamente, os JECs teriam tribunais de competência estadual para solucionarem essas divergências.

Não obstante, insta salientar que o STJ publicou a Resolução nº 03/2016 como forma de reduzir a quantidade de reclamações que chegavam para a sua apreciação. Os atores jurídicos, em geral, não receberam bem a inovação dessa resolução, porque a alteração de competência por meio de resolução trata-se de ato inconstitucional, pois viola o art. 988, § 1º, do CPC/2015[17], tendo em vista que a reclamação trata-se de um instituto utilizado para que o tribunal possa reprimir as decisões que violem a sua competência, ou seja, do

próprio tribunal em que se propõe a ação de reclamação.

Todavia, a Resolução nº 03/2016 do STJ cria uma espécie de "*reclamação*" em que o Tribunal que julgará essa ação não será aquele que teve a sua decisão afrontada, mas sim outro, visto que o que essa resolução prevê é que o TJ julgue as reclamações por violação de decisões do STJ, retirando, portanto, a essência da ação de reclamação.

Além disso, tal resolução também infringe o princípio da legalidade e da autonomia dos Estados-membros ao atribuir aos Tribunais de Justiça uma nova competência, sem que haja previsão em lei ou na Constituição Federal para tal, fato este que fere diretamente o art. 125, da § 1º, da CRFB/88. Senão, vejamos:

> Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
> **§1º -** A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça (BRASIL, 1988).

Neste sentido, os Drs. HOUAISS e NETTO (2018, p. 88) argumentam que:

> Ao deslocar a competência do STJ [...], relegando-a aos tribunais estaduais. Essa manobra da Resolução exorbita sua competência regulamentadora e usurpa a competência legislativa exclusiva da União relativa ao direito processual fixada no art. 22, I, da CRFB. Ademais, ao transferir a obrigação para os tribunais estaduais, ampliou-lhes a competência por meio de ato normativo infraconstitucional, situação considerada inconstitucional pelo STF, o fendendo o art. 125, §1º, da CRFB.

Sem embargo, tendo em vista o contexto caótico em que as jurisprudências dos juizados especiais estaduais foram deixadas após a revogação da Resolução nº 12/2009 pela Resolução 03/2016, criou-se o projeto de Lei nº 5.741/2013, outrora tratado nesta explanação, propondo a criação de uma Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência para preencher a lacuna relativa à inexistência de previsão legal de órgão uniformizador das decisões dos JECs em âmbito nacional.

O aludido projeto possui proposta que beneficia não só aos juizados especiais estaduais como também ao Superior Tribunal de Justiça, pois tal lei busca evitar a perpetuação de decisões divergentes na jurisprudência e, consequentemente, a propagação da insegurança jurídica.

Entretanto, alguns juristas defendem que a criação de uma Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Estaduais violaria o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva dos assistidos e confrontaria o objetivo central dos juizados especiais que é o de oferecer um julgamento mais célere.

Nesse diapasão, MANSO (2013, p. 17) denota que:

> Se de um lado a criação da Turma Nacional preenche a lacuna dos Juizados Estaduais relativa à inexistência de previsão legal de órgão uniformizador da interpretação da legislação federal, de outro ela representa a criação de mais um degrau de natureza recursal nesse microssistema, o que, além de se contrapor à lógica e à finalidade dessa justiça especializada, viola o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, porquanto possibilita um indesejável

> alongamento do processo no tempo, sonegando ao cidadão o direito à resposta jurisdicional tempestiva, adequada e eficaz.

Nesta mesma ótica, MANSO (2013, p. 17-18) alega ainda que, a proposta de Lei consiste em uma tentativa camuflada de inserir o recurso especial no microssistema dos Juizados Especiais, uma vez que caberia "*pedido de manifestação do STJ*" nas decisões dessa Turma Nacional:

> Considerando que o instrumento 'pedido de manifestação do STJ' consiste numa espécie de recurso especial camuflado, cuja hipótese não foi contemplada pela Constituição Federal, é manifesta a inconstitucionalidade material da proposição legislativa em exame (MANSO, 2013, p. 17-18).

À guisa de remate, como a Constituição Federal de 1988 não conferiu ao STJ a atribuição de rever as decisões provenientes das Turmas Recursais e que o projeto de Lei nº 5.741/2013 prevê, demaneira velada, um recurso especial, ao anotar em seu art. 20-A a possibilidade do "*pedido demanifestação do STJ*", depreende-se que essa PL possui inconstitucionalidade material.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.

htm>. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5741 de 2013**. Altera a alteração da redação de dispositivos da Lei nº 12.153 de 2009, para acrescentar o art. 20-A, de forma a criar a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2013. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=580322. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 de set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasi**l, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 de jul. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. **Diário Ofi-**

**cial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 de dez. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12153.htm. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 dez 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução N. 3**, de 7 de abril de 2016. Dispõe sobre a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual ou do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ministro FRANCISCO FALCÃO. DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO, Edição nº 1945 - Brasília, DF. Disponivel em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/99321/Res%20_3_2016_PRE.pdf>. Acesso em: 21 dez 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução N. 12**, de 14 de Dezembro de 2009. Dispõe sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Leis%20e%20normas/Res%20_12_2009_PRE.pdf. Acesso em: 01 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 203**. Corte Especial, em 23.05.2002, DJ 03.06.2002, p. 269. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE: 571572 BA**. Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 26/08/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2577209. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 727**. Sessão Plenária de 26/11/2003. DJ de 09/12/2003, p. 1; DJ de 10/12/2003, p. 2; DJ de 11/12/2003, p. 2. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula727/false. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. 1ª Turma Recursal**. Recurso Inominado nº 00251844220208050001**. Relator: Nicia Olga Andrade de Souza Dantas. Bahia, 01/03/2021. Disponível em: https://tj-ba.jus_____.com.br/jurisprudencia/1173622631/recurso-inominado-ri-251844220208050001. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Mandado de Segurança nº 036.12.007021-4**. Quinta turma de Recursos de Joinville, DJ 03/10/2013. Relatora: Juíza Viviane Isabel Daniel Speck de Souza. Disponível em: https://marinhofigueiredo.jus_____.com.br/artigos/265681580/o-cabimento-do-mandado-de-seguranca-contra-decisao-interlocutoria-em-sede-de-juizados-especiais-civeis. Acesso em: 10 set 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso Inominado nº 0047079-29.2019.8.16.0182**. Apelante: Rafael Henrique Reyes Ferreira. Relator: Juiz Alvaro Rodrigues Junior.Paraná, 04 de dez de 2020. Publicação em 07/12/2020. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/pesquisa.do;jsessionid=8443a28c4badc79235e93cb0aa05?actionType=pesquisar. Acesso em: 10

set 2021.

_____. **XXI Fórum Nacional dos Juizados Especiais** – FONAJE. Vitória, 30/05/2007 a 02/06/2007. Disponível em: <http://fonaje.amb.com.br/enunciados/. Acesso em: 10 de set 2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CHINI, Alexandre; ROCHA, Felippe Borring. **A competência para julgamento da reclamação nos juizados especiais cíveis**. Justiça & Cidadania, Ed. 209, Rio de Janeiro, janeiro, 2018.

COLLI, Maciel; LOPES JUNIOR, Aury. Bloqueio do WhatsApp não resolve nenhum problema da investigação. **Revista Consultor Jurídico**, 22 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-22/limite-penal-bloqueio-whatsapp-nao-resolve-nenhum-problema-investigacao>. Acesso em: 16 maio 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. (s.d.). **Frediedidier.com.br**, Editorial 76. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-76/. Acesso em: 16 maio 2021.

HOUAISS, Lívia Pitelli Zamarian; NETTO, Fernando Gama de Miranda. **Reclamação e juizados especiais cíveis**: da consolidação normativa à alteração de competência pela Resolução n. 3/2016 do STJ. Biblioteca Digital do Senado Federal. Brasília, jul./set. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/219/ril_v55_n219_p75.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

MACHADO, Murilo Bansi. **Por dentro dos anonymous brasil**: Poder e resistência na sociedade de controle. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas e Sociais) – Universidade Fede-

ral Do ABC. Disponível em: http://www.biblioteca.ufabc.edu.br/index.php?codigo_sophia=47818&midiaext=43135. Acesso em: 16 maio 2021.

MANSO, Vanessa Rossi Rosa Galli. **A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos juizados especiais estaduais sob a perspectiva do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.** 2013. Artigo Científico (Núcleo de Estudos Aprofundados e Pesquisa Jurídica do curso de Direito da Faculdade Processus). Disponível em: http://www.institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2014/05/1-Revista-de-Gesta%CC%83o-11-Vanessa-Rossi-revisado.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

REIS, Gilberto Alberge. O cabimento de reclamação sobre acórdão das turmas recursais. **Migalhas**, sexta-feira, 24 de julho de 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/331115/o-cabimento-de-reclamacao-sobre-acordao-das-turmas-recursais. Acesso em: 01 maio 2021.

ROCHA, Felippe Borring. **Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais** - Teoria e Prática (Locais do Kindle 8491). Atlas. Edição do Kindle.

SHIRKY, Clay. **A cultura da participação**: Criatividade e generosidade no mundo conectado. Tradução de Celina Portocarrero. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O poder sem limites dos juizados e das turmas recursais. **Revista Consultor Jurídico**, 29 de novembro de 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/senso-incomum-poder-limites-juizados-turmas-recursais. Acesso em: 01 maio 2021.

SYDOW, Spencer Toth**. Crimes informáticos e suas vítimas**. Coordenação de Alice BIANCHINI, Luiz Flávio GOMES. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 30, p. 89-108, 2005.

# PLANEJAMENTO FAMILIAR: uma análise sobre a vedação do procedimento de esterilização voluntária sem anuência do cônjuge

*PLANIFICACIÓN FAMILIAR: análisis del proedimiento de prohibición de esterilización voluntaria sin el consentimento del cónyuge*

***Alice Raquel Neves Ortiz***[1]

**RESUMO**

O artigo 226 da Constituição Federal estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Nesse passo, os parágrafos 7º e 8º deste dispositivo determinam que o planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo assegurada a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram. No entanto, o § 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, que versa sobre Planejamento Familiar, dispõe que, na vigência da sociedade conjugal, a esterilização voluntária depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges. Diante disto, a presente pesquisa pretende analisar se esta vedação vai de encontro ao ordenamento jurídico pátrio, contrariando princípios constitucionais e tolhendo direitos reprodutivos dos indivíduos que integram as famílias. A metodologia científica

1 Discente do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.
Artigo recebido em 20/09/2021 e aprovado para publicação em 05/12/2021.

empregada consiste na utilização de método dedutivo guiado pela pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Buscando tratar sobre a proteção conferida às famílias na Constituição Federal, a eventual aplicabilidade da restrição à esterilização voluntária às uniões estáveis e casamentos homoafetivos, a inserção da vedação no texto da Lei nº 9.263/96, bem como o entendimento jurisprudencial adotado pelos tribunais acerca da temática e as propostas de alteração da referida norma.

**Palavras-chave:** Planejamento familiar. Esterilização voluntária. Consentimento do cônjuge.

## RESUMEN

El artículo 226 de la Constitución Federal estabelece que la familia, base de la sociedade, tiene protección especial por parte del Estado. De ese modo, los párrafos 7 y 8 de esta disposición determinan que la planificación familiar es uma decisión libre de la pareja, asegurando la assistência a la família em la persona de cada membro. Sin embargo, el § 5º del artículo 10 de la Ley nº 9.263/96, que trata de Planificación Familiar, establece que, en la sociedad conyugal, la esterilización voluntaria depende del consentimiento expreso de ambos cónyuges. Ante esto, la presente indagación pretende analizar si esta prohibición atenta contra el ordenamiento jurídico nacional, contradice principios constitucionales y atenta contra los derechos reproductivos de las personas que forman parte de las familias. La metodología científica empleada consiste en utilizar un método deductivo guiado por investigaciones bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales. Buscando abordar la protección concedida a las familias en la Constitución Federal, la posible aplicabilidad de la restricción a la esterilización voluntaria a las uniones estables y ma-

trimonios homoafectivos, la inserción de la prohibición en el texto de la Ley No. 9.263 / 96, así como el entendimiento jurisprudencial adoptado por los tribunales sobre la temática y las propuestas de modificación de la referida norma.

**Palabras clave**: Planificación familiar. Esterilización voluntaria. Consentimento del cónyuge.

## 1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, a família constituída pelo casamento sempre gozou de especial proteção do Estado. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve mudanças significativas na previsão desta proteção dada à entidade familiar. Anteriormente, a família que fruía da tutela estatal era apenas a formada através do casamento, excluindo-se as demais famílias não constituídas por esse meio.

O artigo 226 da Constituição Federal vigente dispõe que a família, enquanto base da sociedade, tem especial proteção do Estado. O parágrafo sétimo desse dispositivo versa sobre o planejamento familiar, estabelecendo que se trata de livre decisão do casal, e atribuindo ao Estado o dever de assegurar os recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. O parágrafo seguinte, oitavo, prevê a garantia e responsabilidade do Estado quanto à assistência à família na pessoa de cada um dos que

a integram, atribuindo-lhe a responsabilidade de criar meios que visem coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regula o § 7º do artigo 226 da Carta Magna, versando sobre planejamento familiar, conceituado em seu artigo 2º como *"conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal"* (BRASIL, 1996).Nesse sentido, o artigo 10 da supracitada Lei elenca um rol taxativo de situações em que se é permitida a esterilização voluntária[2], dispondo em seu § 5º que *"na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges"* (Ibidem).

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 107/2018, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), busca alterar o texto da Lei nº 9.263/96, visando facilitar o acesso a procedimentos de laqueaduras e vasectomias, através da revogação da obrigatoriedade de consentimento do cônjuge para realização de tais intervenções. Para além da revogação do § 5º do artigo 10 da referida lei, o pro-

---

2 *"Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)*
*I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;*
*II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos. [...]"* (BRASIL, 1996).

jeto também modifica o § 2º do mesmo artigo, tornando possível a cirurgia de laqueadura no período pós-parto imediato, durante a mesma internação, segundo a decisão da mulher pronunciada no prazo estabelecido no inciso I. Ademais, inclui o § 2º - A, segundo o qual, no caso de pós-aborto, admite-se a realização da esterilização cirúrgica, na mesma internação, nos casos de cesarianas sucessivas anteriores ou em outras situações previstas em regulamento, observado o prazo previsto no inciso I.

Cumpre destacar que o dispositivo em análise já foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade frente ao Supremo Tribunal Federal, a saber: ADI 5911 e ADI 5097, as quais serão esmiuçadas nesta pesquisa.

Dessa forma, o presente trabalho visa indagar se a vedação contida no § 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96 é compatível com as premissas constitucionais de proteção a cada indivíduo que compõe a família, dos princípios da autonomia privada, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, bem como do atual contexto social no que tange aos direitos reprodutivos.

A metodologia científica empregada consiste na utilização de método dedutivo guiado pela pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. A pesquisa busca, inicialmente, esmiuçar a proteção conferida à família no texto constitucional de 1988. Posteriormente, cumpre analisar a inaplicabilidade da vedação às relações de união estável e a aplicabilidade em casamentos homoafetivos. Em seguida, com propósito de promover a reflexão sobre o dispositivo

em comento, convém abordar sua inserção na Lei nº 9.263/96 e as implicações da vedação à esterilização voluntária pelos cônjuges. Por fim, os últimos tópicos buscam verificar o entendimento dos tribunais nos casos concretos judicializados e as propostas de alteração da supracitada norma intentadas por projetos de lei e ações diretas de inconstitucionalidade.

## 2 A PROTEÇÃO CONFERIDA À FAMÍLIA NO TEXTO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República de 1988, promulgada em 5 de outubro do citado ano, possui especial caráter democrático e de proteção e garantia a direitos individuais e coletivos. No texto constitucional, a dignidade da pessoa humana é elencada como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil[3].

Exercendo importante papel no ordenamento jurídico pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana sustenta-se na valorização da pessoa e comprometimento com a garantia de direitos

3 *"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; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)*
*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"* (BRASIL, 1988).

básicos contra formas de injustiça e opressão (SARMENTO, 2016, p. 15). Enquanto conceito jurídico, a dignidade da pessoa humana suporta pouca uniformidade no que tange ao seu conteúdo, dado que *"sua grande vagueza tem feito com que ela funcione em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções"* (BARROSO, 2018, p. 152). Em linhas gerais, pode-se compreender que a dignidade da pessoa humana *"envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração"* (SARMENTO, op cit., p. 28).

Nesse diapasão, o artigo 226 é o principal dispositivo a tratar da proteção que o Estado confere à família, no geral, sem especificar que tipos de família seriam tuteladas a partir do dispositivo. *"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado."*. Essa abertura do texto é de extrema importância para a sociedade quando comparada ao tratamento dado a família nas Constituições anteriores, que zelavam apenas pela família formada a partir do casamento. Afastando-se, assim, o Estado do dever de proteger famílias que não foram construídas pelo casamento. Como bem leciona Maria Berenice Dias (2017, p. 45):

> Procedeu o legislador constituinte ao alargamento do conceito de família ao emprestar juridicidade ao relacionamento fora do casamento. Afastou da ideia de família o pressuposto do casamento, identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. **A família a margem do casamento passou a merecer tutela constitucio-**

> **nal porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessárias ao desempenho das funções reconhecidamente familiares.** (grifo nosso)

A Constituição garante essa proteção à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando meios de coibir a violência no âmbito de suas relações, conforme preceitua o § 8º do referido artigo. Acerca disso, trata Fabíola Albuquerque Lobo (2019, p. 08):

> A família não é mais protegida como instituição, titular de interesse transpessoal, superior aos interesses de seus membros; passou a ser tutelada como instrumento de estruturação e desenvolvimento da personalidade dos sujeitos que a integram. Esta funcionalização adquirida conduz a uma axiologia dotada de critérios flexíveis, a fim de capturar as singularidades de cada caso concreto.

Parte daí a importância de ser analisada a vedação contida no § 5º, do artigo 10, da Lei 9.263/96, dado que, se a norma constitucional assegura a assistência individual dos que integram a família, por quais motivos a regulamentação dessa mesma norma impede que as pessoas gozem da liberdade sobre o próprio corpo, impondo condições frente a uma espécie de escolha tão particular de cada indivíduo.

## 3 INAPLICABILIDADE À UNIÃO ESTÁVEL E APLICABILIDADE A CASAMENTO HOMOAFETIVO

Dada a premissa estabelecida no texto normativo contido no § 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, cumpre analisar se esta também deve ser aplicada aos casais que vivem em união estável ou aos casais homoafetivos.

O § 3º do artigo 226 da CF/88 dispõe que *"para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."* Dessa forma, no texto constitucional, a união estável é tida como entidade familiar, e não como sociedade conjugal – locução pertinente apenas ao casamento. O vinculo matrimonial do casamento é um instituto maior do que a sociedade conjugal, Rogério Tadeu Romano (2016, p. 01) explica que:

> A sociedade conjugal e o vínculo matrimonial são inconfundíveis, pois a sociedade conjugal, de forma simples, significa o convívio, os deveres entre os cônjuges, já o vínculo matrimonial seria o casamento válido propriamente dito, sendo o vínculo matrimonial um instituto maior que a sociedade conjugal.

Já o professor Flávio Tartuce (2017, p. 1342) conceitua sociedade conjugal como *"um ente despersonalizado formado pelo casamento e relacionado com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e com o regime de bens."*

O Código Civil, em seu artigo 1.571, estabelece que a so-

ciedade conjugal termina pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio. O § 1º deste artigo diz que o casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. Assim, antes era possível pôr fim à sociedade conjugal sem necessariamente romper o vínculo matrimonial através da separação judicial, instituto que caiu em desuso no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional 66/2010[4].

Superada a tentativa conceitual de sociedade conjugal, calha refletir se é possível aplicar, ao menos por analogia, a vedação estabelecida na Lei nº 9.263/96 para a realização de cirurgia de esterilização também aos companheiros que formam entidade familiar através da união estável. No Código Civil, o § 2º do artigo 1.565

4 Diante da ausência de revogação expressa do instituto da separação judicial pela EC 66/2010, persiste divergência doutrinária quanto ao fim da separação judicial. A Emenda Constitucional nº 66 deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que passou a vigorar com a seguinte redação: *"§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."* (BRASIL, 1988).

Parcela da doutrina compreende que as alterações promovidas pela citada Emenda permitem a conclusão de que a norma constitucional suprimiu o instituto da separação judicial, ao permitir o divórcio direto, sem necessidade de prévio período de separação judicial para dissolução da sociedade conjugal. No entanto, no ano de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que a separação judicial ainda é uma opção à disposição dos cônjuges, entendendo que a EC 66/2010 não aboliu a figura da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro, tendo apenas facilitado aos cônjuges o exercício pleno de sua autonomia privada, vide <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-22_08-43_Quarta-Turma-define-que-separacao-judicial-ainda-e-opcao-a-disposicao-dos-conjuges.aspx>. Acesso em: 04 nov. 2021. Na presente pesquisa, adota-se o entendimento de que o instituto da separação judicial foi tornado sem efeito pelas alterações promovidas pela EC 66/2010, sendo, portanto, revogado.

ecoa o texto constitucional ao dispor que o planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas; devendo esse dispositivo ser aplicado às pessoas que vivem em união estável, segundo Enunciado nº 99 do CJF/STF, da I Jornada de Direito Civil.

No entanto, o dispositivo em análise nesta pesquisa é claro ao estabelecer que na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do expresso consentimento de ambos os cônjuges. Como já visto anteriormente, o instituto da sociedade conjugal é um instituto menor dentro do vínculo do casamento. Não cabendo, dessa forma, às pessoas que compõem entidade familiar através da união estável o impedimento contido na Lei nº 9.263/96.

Por outro lado, é possível a aplicação da abordada vedação em casamentos homoafetivos. No ano de 2011, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -ADPF 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de união estável homoafetiva. Dois anos depois, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução nº 175, que dispõe sobre a habilitação e celebração de casamento civil, ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

De tal maneira, tendo em vista a efetiva existência jurídica de casamento homoafetivo no Brasil, é possibilitada a aplicação do óbice previsto no § 5º do artigo 10 nestas relações.

## 4 PLANEJAMENTO FAMILIAR E A VEDAÇÃO À ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA

A Lei nº 9.263/96, como já dito, regulamenta o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, estabelecendo que o planejamento familiar é direito de todo cidadão. A supracitada norma conceitua planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

O artigo 10 da referida lei trata de estabelecer as situações em que é permitida a esterilização voluntária, quais sejam:

> Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional - Mensagem nº 928, de 19.8.1997)
>
> I - em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de vinte e cinco anos de idade ou, pelo menos, com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico, período no qual será propiciado à pessoa interessada acesso a serviço de regulação da fecundidade, incluindo aconselhamento por equipe multidisciplinar, visando desencorajar a esterilização precoce;
>
> II - risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro concepto, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos (BRASIL, 19961).

Ocorre que este dispositivo também determina, em seu quinto parágrafo, que para a realização da esterilização se faz ne-

cessário o expresso consentimento de ambos os cônjuges durante a vigência de sociedade conjugal. Como analisado em tópico anterior, esta obrigação não se faz presente nas relações de união estável. Essa diferenciação de tratamento aos indivíduos fere, de maneira injustificada, o princípio da igualdade, pelo qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, Constituição Federal). Ora, é de se questionar por que pessoas casadas são impossibilitadas de proceder com cirurgias de esterilização voluntária sem concordância do cônjuge enquanto pessoas em união estável gozam de tal liberdade sobre seus próprios corpos.

Maria Berenice Dias (2017, p. 412) sustenta a crítica nos termos:

> De forma injustificável, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges (10 § 6.º) exigência que não existe na união estável. Além da disparidade de tratamento, fere o princípio da autonomia da vontade fazer com que um do par precise da concordância do outro.

Outro ponto a ser examinado é a possibilidade de não haver mais o instituto da sociedade conjugal, com o fim da separação judicial pela Emenda Constitucional 66/2010. A separação de direito tinha como finalidade anterior a de pôr termo à sociedade conjugal, como figurava no, agora revogado, artigo 1576[5]. Como sumiu o

5 *"Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens."* (BRASIL, 2002).

instituto que possibilitava a dissolução da sociedade entre os cônjuges sem a dissolução do casamento, resta saber se ainda é necessário o conceito jurídico de sociedade conjugal. Sobre o assunto posiciona-se Paulo Lôbo (2010, p. 01):

> Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu o sentido o caput do artigo 1.571 [...]. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal.

Em contraponto, o professor Flávio Tartuce (2017, p. 1344) discorda do posicionamento e sustenta a permanência do conceito de sociedade conjugal pois se demonstra pertinente sua verificação nas situações relativas ao regime de bens.

Desse modo, sendo considerável o desacordo da doutrina e da jurisprudência pátrias sobre a persistência do instituto da sociedade conjugal no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional 66/2010, afigura-se oportuno ponderar se a vedação de esterilização voluntária para pessoas casadas que desejem realizar o procedimento sem anuência do cônjuge está ou não em consonância com premissas constitucionais em voga.

De início, analisa-se que a norma vai de encontro a uma série de princípios constitucionais, como o da igualdade, por dar tratamento mais gravoso a pessoas casadas, prejudicadas com a proibição de realização de tais procedimentos sem anuência do cônjuge, do que o conferido a pessoas que convivam em união estável, que não se sujeitam a esse pré-requisito. O princípio da liberdade também é afetado por esta norma, dado que cada um tem o direito de se orientar segundo a própria vontade, desde que não aja contra a lei - no caso em tela, uma lei dissonante com o ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana também é ferido com tal exigência. Mesmo não conceituado, é possível percebê-lo no § 7º do artigo 226 da Constituição, que assim preceitua:

> § 7º fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

A vedação da esterilização voluntária na própria norma configura forma coercitiva de imposição do Estado sobre a vida privada das pessoas, ofendendo sua autonomia. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2018, p. 154):

> A autonomia é, no plano filosófico, o elemento

> ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas. **A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas.** Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade. (grifo nosso)

Além disso, pode-se, ainda, refletir sobre a eventualidade de o § 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96 tolher a previsão constitucional de assistência pelo Estado na pessoa de cada um dos que compõem a família.

De igual modo, cabe observar que o dispositivo em análise configura, ainda, uma das formas de violência doméstica e familiar previstas no art. 7º da Lei nº 11.340, de 2006, Lei Maria da Penha. O inciso III do referido artigo versa sobre a violência sexual, conceituando-a:

> Art. 7º [...] III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo **ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, su-**

> **borno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos.** (grifo nosso)

Ora, submeter a vontade da pessoa que quer realizar procedimento de esterilização voluntária à anuência do cônjuge consubstancia uma clara limitação e mesmo uma anulação ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos, configurando-se, assim, a falta de harmonia desse dispositivo com o texto constitucional e ao atual contexto jurídico de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos reprodutivos dos indivíduos.

## 5 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

Perpassado o debate acerca do obstáculo à esterilização voluntária presente no § 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96, cabe verificar, agora, como os tribunais têm analisado, ao longo dos anos, casos concretos da questão em tela.

Em Apelação interposta do ano de 2015, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais acordou em dar provimento ao recurso que possibilitaria à apelante a realização do procedimento cirúrgico de laqueadura de trompas logo após o parto de seu quinto filho. Interessa a análise da ementa:

> Apelação cível – obrigação de fazer – esterilização voluntária – laqueadura de trompas – requisitos da lei 9.263, de 1996 – direito da mulher – consentimento do cônjuge – retrocesso social – direitos

> individuais – dignidade da pessoa humana – planejamento familiar – direito de liberdade – interesse familiar e social – art. 1º, inciso III, art. 5º caput e incisos I, X, da Constituição da República – art. 1.567 e parágrafo único do Código Civil de 2002 – ponderação de princípios – apelação à qual se dá provimento. 1. A esterilização voluntária regulamentada pela lei 9.263, de 1996 é um direito social conquistado pela mulher e que deve ser garantido pelo Estado como corolário do planejamento familiar. 2**. A exigência do consentimento do cônjuge para a esterilização voluntária constitui ofensa à dignidade da pessoa humana, da liberdade individual, bem como do planejamento familiar, revelando-se retrocesso social da proteção conferida pela Constituição da República.** (TJ - MG – AC: 10647130082793002 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 23/06/2015, Câmaras Cíveis / 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 29/06/2015). (grifo nosso)

Depreende-se do caso em apreço que, em determinadas situações, tribunais já levantam o debate sobre a ofensa à princípios constitucionais presente na exigência do consentimento do cônjuge para a realização de procedimentos de esterilização. No entanto, decisões nesse sentido ainda são a exceção à regra, haja vista que vão de encontro à texto normativo vigente, ainda que possivelmente inconstitucional à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

Em parcela de decisões de tribunais, cita-se o requisito de consentimento do cônjuge tão somente como pressuposto atendido na condição do requerente, razão pela qual não deveria o hospital ou o médico negar-se a realizar o procedimento cirúrgico, a exemplo do recente caso de reexame necessário à sentença denegatória de

Mandado de Segurança, em que a autora, solteira, impetrou contra equipe técnica que se recusou a realizar cirurgia de laqueadura, conforme observa-se na ementa:

> REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PLANEJAMENTO FAMILIAR – LIBERDADE DE OPÇÃO – SOLICITAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE ANTICONCEPÇÃO CIRÚRGICA VOLUNTÁRIA – NEGATIVA ILEGAL – LEI Nº 9.263/1996 – PORTARIA Nº 48/1999 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – IDADE MÍNIMA E NÚMERO DE FILHOS VIVOS CONSTITUEM CONDIÇÕES ALTERNATIVAS E NÃO NECESSARIAMENTE CUMULATIVAS – PREENCHIMENTO DE TODOS OS REQUISITOS PARA A LIBERAÇÃO DA LAQUEADURA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. A promoção de condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar é considerada um dever do Estado. Para o exercício do direito ao planejamento devem ser ofertados métodos e técnicas de concepção e contracepção aceitos pela ciência e que não apresentem risco à vida e à saúde das pessoas, sendo imprescindível a garantia da liberdade de opção. **Um dos requisitos para a realização do procedimento de laqueadura em mulheres com capacidade civil plena é atingir de 25 (vinte e cinco) anos de idade ou ter pelo menos dois filhos vivos. Também se exige a observância de um prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação expressa, por escrito, de vontade e o ato cirúrgico, além do consentimento expresso do cônjuge na vigência da sociedade conjugal**. (TJ-PR – REEX: 00037748320208160109 Mandaguari 0003774-83.2020.8.16.0109 (Acórdão), Relator: Regina Helena Afonso de Oliveira Pontes,

Data de Julgamento: 10/08/2021, 4ª Câmara Cível,
Data de Publicação: 16/08/2021). (grifo nosso)

No caso supracitado, a impetrante era solteira à época da solicitação de realização do procedimento de laqueadura, atendendo a outros requisitos exigidos para a esterilização voluntária, quais sejam: capacidade civil plena com idade superior a 25 anos e manifestação de vontade expressa e documentada por escrito no prazo mínimo de sessenta dias (art. 10, inciso I, da lei 9.263/96). No entanto, mesmo em situação que permite a realização do procedimento de esterilização, a impetrante foi impedida de realizar a cirurgia por servidores do município que não autorizaram a execução do ato cirúrgico.

Dessa forma, vê-se que, apesar dos avanços normativos na legislação pátria, bem como do atual contexto social de respeito aos direitos reprodutivos, pessoas que desejem realizar procedimentos de esterilização voluntária ainda encontram óbices nos hospitais e nos tribunais, tudo alicerçado pelo que preconiza uma lei que não atende mais aos anseios da sociedade em geral, nem está em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

## 6 PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO DA LEI Nº 9.263/1996

Diante da controvérsia entre os dispositivos da Lei nº 9.263/96, em especial às limitações impostas pela norma em seu artigo 10, Inciso I, e § 5º, acumulam-se impugnações judiciais de sua constitucionalidade - Ações Diretas de Inconstitucionalidade

5.911/2018 e 5.097/2014 – bem como propostas legislativas visando a sua alteração - os Projetos de Lei 107/2018 e 390/2021, examinados a seguir.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.097/2014 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Defensores Públicos – ANADEP, objetivando questionar a constitucionalidade do 5º parágrafo do artigo 10 da Lei 9.263/96, alegando que a necessidade de permissão do cônjuge para a realização dos procedimentos de esterilização viola princípios e garantias fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a autonomia privada.

Já a ADI 5.911/2018 foi protocolada pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, objetivando a declaração da inconstitucionalidade parcial do inciso I do artigo 10, bem como da inconstitucionalidade total do § 5º do citado artigo. Imperioso rememorar que o inciso I trata sobre as hipóteses em que se permite a esterilização voluntária, qual seja, em homens e mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos, ou que tenham pelo menos 2 filhos vivos, observando-se prazo mínimo de sessenta dias entre a manifestação da vontade e o procedimento cirúrgico.

O Projeto de Lei nº 390/2021, de autoria do Deputado Federal Carlos Bezerra, MDB/MT, propõe a alteração da Lei nº 9.263/96, visando permitir a esterilização voluntária a partir de vinte e um anos de idade.

Por fim, vale destacar, ainda, o Projeto de Lei nº 107/2018, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP), que obje-

tiva a alteração do texto da Lei nº 9.263/96, com fins de facilitar o acesso a procedimentos de laqueaduras e vasectomias, através da revogação da obrigatoriedade de consentimento do cônjuge para realização de tais intervenções. Além da revogação do § 5º do artigo 10 da supracitada lei, o projeto também modifica o § 2º do mesmo artigo, tornando possível a cirurgia de laqueadura no período pós-parto imediato, durante a mesma internação, segundo a decisão da mulher pronunciada no prazo estabelecido no inciso I. Ademais, inclui o § 2º - A segundo o qual no caso de pós-aborto, admite-se a realização da esterilização cirúrgica, na mesma internação, nos casos de cesarianas sucessivas anteriores ou em outras situações previstas em regulamento, observado o prazo previsto no inciso I.

Desse modo, depreende-se que já se cumulam propostas de alteração desta lei em análise, mais de 25 anos após sua promulgação, pretendendo modificação do texto da norma, seja pela declaração de inconstitucionalidade de dispositivos ou pela alteração dos limites impostos para procedimentos de esterilização voluntária.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme verificado ao longo desta pesquisa, o óbice previsto pela legislação para realização de cirurgias de laqueadura ou vasectomia, exigindo que pessoas casadas só possam proceder com a esterilização voluntária mediante concordância expressa do cônjuge, fere premissa constitucional de proteção ao indivíduo que compõe a família, bem como princípios da autonomia privada, da liberda-

de e da dignidade da pessoa humana, além de ser evidentemente dissonante ao atual contexto jurídico social no que tange à direitos reprodutivos. Para além disto, deve ser declarada sua inconstitucionalidade e revogado o § 5º do artigo 10 da Lei nº 9.263/96.

Analisou-se, ainda, duas ementas de posição jurisprudencial, uma em que a necessidade de consentimento do cônjuge é afastada na situação fática de apelante prestes a dar luz ao quinto filho e que teve negado seu direito à laqueadura posterior ao parto; e outra em que se demonstra raciocínio majoritário dos tribunais, em que o requisito de consentimento do cônjuge é citado somente como um dos pressupostos para a realização do procedimento.

Ademais, demonstrou-se que o debate acerca da inconstitucionalidade do referido § 5º se estende ao longo dos anos, havendo em tramitação pelo menos duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade a tratar do assunto, quais sejam: ADI nº 5.911/2018 e ADI nº 5.097/2014.

Nesse passo, é de se sensibilizar que a norma que regulamenta dispositivo constitucional tão importante como o § 7º do artigo 226 aja contra a própria Constituição.

A presente pesquisa não pretende estabelecer que o planejamento familiar não caiba ao casal, mas que as pessoas têm direitos sobre os próprios corpos, e esses direitos se estendem para além do casamento. O próprio ordenamento jurídico brasileiro já reconhece outras formas de família que se determinam não mais pelo casamento, mas pelo vínculo afetivo.

Decisões sobre direitos reprodutivos, conceptivos ou contraceptivos, são de caráter personalíssimo, não cabendo a ninguém além do próprio indivíduo sua determinação e suas escolhas.

Daí a importância de acolher iniciativas, como o Projeto de Lei do Senado nº 107/2018, para a reparação desse erro, revogando dispositivo inconstitucional, injusto e desarrazoado. Deve-se permitir às pessoas que decidam livremente a respeito de seus direitos sexuais e reprodutivos, estejam elas em um casamento ou em uma união estável, sem disparidades. O livre acordo de vontades entre os cônjuges deve se manter na esfera jurídica destes, sem que um deles possa impor ao outro a sua vontade. E o Estado tem um único papel nesse tema: respeitar a vontade do indivíduo.

## REFERÊNCIAS


BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva Educação SA, 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 390,** de 2021. Altera a Lei 9263, de 12 de janeiro de 1996, que "regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências" para permitir a esterilização voluntária a partir de vinte e um anos de idade. Brasília, DF. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2269995. Acesso em 18 set 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Senado Federal. **Emenda Constitucional nº 66**, de 13 de julho de 2010. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm. Acesso em 20 set 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 02 set 2021.

_____. **Lei nº 9.263**, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em 02 set 2021.

_____. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 02 set 2021.

_____. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir,

Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 17 set 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 107,** de 2018. Altera a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trata do planejamento familiar, com o objetivo de facilitar o acesso a procedimentos laqueaduras e vasectomias. Brasília, DF. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9028457&ts=1635275818469&disposition=inline. Acesso em 05 nov 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.277**, de 2011. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635. Acesso em 05 nov 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.097, de 2014**. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, DF. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4542708. Acesso em 20 set 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 5.911**, de 2018. Relator: Ministro Nunes Marques. Brasília, DF. Disponível em:

https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5368307. Acesso em 20 set 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 132**, de 2011. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 05 nov 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 99**. I Jornada de Direito Civil. Brasília, DF. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/730. Acesso em 20 set 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754. Acesso em 05 nov 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

LOBO, Fabíola Albuquerque. As Transformações do direito de família brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988. **Civilistica.com**., v. 8, n. 3, p. 1-21, 15 dez. 2019. Disponível em: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/455/368. Acesso em: 18 set. 2021.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Divórcio:** Alteração constitucional e suas consequências. São Paulo. 2010. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/artigos/629/Div%C3%B3rcio%3A+Altera%C3%A7%C3%A3o+constitucional+e+suas+consequ%C3%AAncias. Acesso em: 11 set 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdão nº 10647130082793002. Relator: Marcelo Rodrigues. **Diário do Judiciário Eletrônico**. Minas Gerais, 29 jun. 2015. Disponível em: https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/203362883/apelacao-civel-ac-10647130082793002-mg. Acesso em: 17 set. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão nº 0003774-83.2020.8.16.0109. Relator: Regina Helena Afonso de Oliveira Pontes. Mandaguari, PR, 10 de agosto de 2021. **Diário da Justiça**. Mandaguari, 16 ago. 2021. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1264574944/reexame-necessario-reex-37748320208160109-mandaguari-0003774-8320208160109-acordao. Acesso em: 17 set. 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. A dissolução da sociedade conjugal e a dissolução do vínculo matrimonial. Consequências. **JUS.com.br**, 08/2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/51293/a-dissolucao-da-sociedade-conjugal-e-a-dissolucao-do-vinculo-matrimonial-consequencias. Acesso em: 11 set 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana:** conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

TARTUCE, Flávio**. Manual de Direito Civil:** volume único. 7. ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

# O IMPACTO DE DECISÕES EMBLEMÁTICAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

## *THE IMPACT OF EMBLEMATIC SUPREME FEDERAL COURT'S DECISIONS IN THE BRAZILIAN DEMOCRACY*

***Isabela Andrade Flintz***[1]

**RESUMO**

A Democracia não pode ser compreendida sem as lentes das instituições que tradicionalmente compõem um Estado Democrático de Direito - Executivo, Legislativo e Judiciário. É comum perceber a Democracia e suas crises, tensões e impactos através de um olhar dos poderes Executivo e Legislativo. É menos intuitivo, porém, reconhecer o enorme impacto que decisões do Judiciário possuem para a vida política e democrática de um país. Esse artigo busca, portanto, analisar a jovem democ[2]racia brasileira através da atuação do Supremo Tribunal Federal por meio de decisões emblemáticas que influenciaram politicamente os rumos de nossa democracia. Será feita, em paralelo às decisões do Supremo, para fins de melhor compreensão, uma breve análise histórica e política da Democracia Brasileira, para que as ações do Judiciário possam ser compreendidas dentro de

---

1 Graduanda de direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Artigo recebido em 20/09/2021 e aprovado para publicação em 03/01/2022.

seu contexto histórico.

**Palavras-chave**: Crise da Democracia. Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Constituição. Instituições.

**ABSTRACT**

Democracy cannot be understood without the lens of the institutions that traditionally make up a Democratic State of Law - Executive, Legislative and Judiciary. It is common to perceive Democracy and its crisis, tensions and impacts through the eyes of the Executive and Legislative branches. It is less intuitive, however, to recognize the enormous impact that precedents from the Supreme Court have on the political and democratic life of a country. This article therefore seeks to analyze the young brazilian democracy through the activity of the Supreme by force of emblamatic court judgements that have politically influenced the course of our democracy. A brief historical and political analysis of Brazilian democracy will be made in parallel to the Supreme Court's decisions, for better understanding, so that the actions of the Judiciary can be understood within its historical context.

**Keywords:** Democracy Crisis. Judiciary. Supreme Court. Constitution. Institutions.

## 1 INTRODUÇÃO

A Democracia Constitucional Liberal somente se consolidou no Brasil a partir do Texto Constitucional publicado em 1988. Suas seis antecessoras, apesar de conterem ideais democráticos - nem todas - e principiológicos, os tinham por escrito como uma mera formalidade, somente, não sendo eles postos em prática na vida constitucional do país. A diferença crucial entre as Cartas Constitu-

cionais anteriores e a de 1988 consiste no empenho atual para que os princípios sejam efetivos na vida prática do direito, uma vez que a Constituição não se apresenta mais como um instrumento político, descolado da realidade, mas sim como uma ferramenta normativa, que é a base de sustentação de todo o ordenamento jurídico.

O novo modelo de constitucionalismo desenvolvido a partir de 88 - o Neoconstitucionalismo - é diferente de seus antecessores. Agora, a observância dos princípios constitucionais é mandatória na vida jurídica do país. Foi estabelecido um regime constitucional Federativo, com uma rígida separação dos poderes e mecanismos de freios e contrapesos a fim de possibilitar uma fiscalização recíproca entre Executivo, Legislativo e Judiciário. A carta constitucional também foi taxativa em demonstrar o compromisso democrático com a garantia dos Direitos Fundamentais através da proteção destes por meio de cláusula pétrea. Diante de um documento analítico, que buscou uma ruptura política com o regime ditatorial anterior, as bases da nova e jovem Democracia Brasileira foram instituídas.

Desse modo, a democracia brasileira nasce forte, e permanece desse mesmo modo - com eventuais estorvos - até 2013. A partir do que se iniciou nas Jornadas de Junho, as instituições democráticas - Executivo, Legislativo e Judiciário - sofreram consecutivos abalos, tensões entre si e mudanças de postura umas diante das outras.

Nesse sentido, percebe-se que, via de regra, o Judiciário não é um termômetro tão imediato quanto o Legislativo para se aferir tensões institucionais. Larry Diamond, em seu artigo intitulado "Facing Up to the Democratic Recession" (2015), comenta que na atualidade as rupturas democráticas são mais sutis e se dão através

do rompimento da *"Rule of Law and Transparency"*, o que significa um deslocamento do prisma institucional Executivo-Legislativo para uma aferição mais ligada ao Poder das Leis, ou seja, mais ligada ao Judiciário.

No Brasil atual, é possível observar uma crescente na atuação do judiciário, em especial, na ação e repercussão dos julgados do STF, que vem se tornando um importante fator para se entender a dinâmica democrática recente. Este artigo busca, portanto, através de um percurso que vai, através do entendimento do funcionamento da democracia brasileira em seus primeiros 30 anos, a fim de discorrer sobre como o STF - o guardião constitucional - saiu de um papel de deferência a ações que interferem com a política e se tornou uma estrutura forte, que pode e, evidentemente, interfere nos rumos políticos e democráticos do país.

## 2 **DEMOCRACIA BRASILEIRA: seus 30 primeiros anos**

Para se pensar em uma análise sucinta, porém completa da democracia brasileira, certos conceitos devem ser apresentados para um melhor entendimento do que se passa. O Primeiro é a ideia da "terceira onda da redemocratização", cunhada por HUNTINGTON (1991), a qual busca demonstrar o processo de efusão democrática que se deu após a eclosão da Revolução dos Cravos, em 25 de abril de 1974, em Portugal. Segundo o autor, esse primeiro processo de ruptura com um governo autoritário, a fim de instaurar uma democracia reverberou por um mundo acometido por diversos regimes não democráticos, que seguiram a tendência da redemocratização. Dentre os países que sofreram essa terceira onda da democratização,

se encontra o Brasil, junto a seus vizinhos latino-americanos, que se redemocratizaram após o fim de governos militares instaurados ao longo das décadas de 60, 70 e 80 (HUNTINGTON,1991).

Sabendo que o Brasil se insere no processo de uma onda de redemocratização, resta compreender o que se entende como democracia e, por fim, em que consiste o conceito atual de crise da democracia para que o cenário brasileiro possa ser analisado. Discussões sobre democracias são de longa data, se encontram presentes desde os primórdios do pensamento Clássico e perpassam por todos os demais períodos históricos.

A fim de se ter um maior pragmatismo, utilizaremos aqui a noção de Democracia Constitucional Liberal de GINSBURG E HUQ (2018) que delineiam a democracia através de três pilares principais: a existência de eleições livres e democráticas, que pressupõem alternância no poder; a presença de liberdade de expressão e associação; e instituições jurídicas dotadas de previsibilidade, estabilidade e integridade - o que se encontra englobado no conceito de *"Rule of law"* de Lon Fuller[3]. Essa tríade em que consiste a Democracia Constitucional Liberal não deve necessariamente andar junta, uma vez que são conceitos distintos, mas a tendência é que, em democracias fortalecidas, eles se complementem na vida prática (Ibidem).De antemão, é mister evidenciar que não existe uma fórmula com critérios universais para analisar a presença - ou não

3 Lon Fuller, em seu livro *"The Morality of Law"* defende que o que se entende como *Rule of Law* representa uma série de procedimentos e requisitos - como coerência, generalidade, publicidade, clareza e outros - necessários para estabelecimento de legislações efetivas. Logo, um estado de *Rule of Law* seria aquele onde se tem leis que seguem o devido procedimento (FULLER, 1969).

- de uma crise da democracia. Importante é reconhecer que essa avaliação acerca da estabilidade de um regime político é casuística, ou seja, é necessário analisar determinado país dentro de sua própria particularidade a partir de certos critérios que facilitam esse processo (PRZEWORSKI, 2020). Levando em consideração o conceito de Democracia apresentado por Ginsburg e Huq, Przeworski afirma:

> Se aceitarmos essa tríade como definidora, temos um checklist já pronto do que devemos procurar para identificar crises da democracia: eleições que não sejam competitivas, violações de direitos, rupturas do Estado de direito. Mas se achamos que a democracia talvez não sobreviva a determinada situação, podemos temer que ela venha a enfrentar uma crise mesmo que essas violações não aconteçam. Podemos continuar com o checklist, mas agora dispomos também de um conjunto de hipóteses que condicionam a sobrevivência da democracia a ameaças potenciais, e somos levados por essas hipóteses a examinar as ameaças particulares. Se essas hipóteses forem válidas, se a sobrevivência do regime depender de alguns aspectos do seu desempenho e ele não gerar os efeitos exigidos, ocorre uma crise — a democracia está em crise (PRZEWORSKI, 2020, p. 12).

Assim, temos que uma das possibilidades de análise - a mais intuitiva - acerca da existência de uma crise da democracia é um olhar direto sobre os pontos que a caracterizam - eleições livres, direitos fundamentais e um Estado de Direito. Duas outras hipóteses relacionadas à ameaça da Democracia Constitucional Liberal existem, são a Reversão Autoritária - ruptura bruta e rápida com a democracia, geralmente são golpes, deposições de governos - e a

Regressão Constitucional - uma degradação lenta e progressiva das bases democráticas. A última, é a que melhor se encaixa no presente artigo, e no próprio cenário internacional, haja vista que as Crises atuais da democracia não se dão de uma maneira clara ao observador (GINSBURG; HUQ, 2018) . Segundo PRZEWORSKI (2020, p. 14), *"Crises, portanto, são situações em que a condição sob as instituições vigentes é uma espécie de desastre: nenhuma mudança ocorre, mas poderia acontecer."*. Portanto, percebe-se que crises são cenários de conflitos e tensões, que deixam a democracia em uma iminência de ruptura – ela pode ou não ocorrer, mas há um risco, daí a nomeação de crise.

## 2.1 PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E INÍCIO DO PROCESSO DE REDEMOCRATIZAÇÃO

A redemocratização brasileira exigiu um esforço cooperativo muito grande entre diferentes atores políticos, econômicos e sociais, para que um pacto constitucional compromissório pudesse ser firmado em 1988 (GINSBURG; HUQ, 2018). A democracia que foi arquitetada em 88 se mostrou forte[4]. O governo Collor foi o primeiro sob a vigência da Constituição recém-aprovada em 5 de outubro de 1988. A existência de Planos Econômicos, em face da crise hiperinflacionária, que alteraram toda a estrutura monetária, implicaram uma fiscalização e observância maior por parte do órgão

4 Na visão de Luís Roberto Barroso, *"A Constituição de 1988 é o símbolo maior de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e muitas vezes violento para um Estado democrático de direito."* (BARROSO, 2018, p. 261. E-book).

regulador – o STF.[5] Eleito com uma campanha ousada, que se utilizou de um discurso anticorrupção e moralista recorrente na história do país, e governando por meio de Medidas Provisórias, sem negociar com o Congresso, Collor teve uma queda tão rápida quanto sua ascensão. O fracasso que se provara ser o Plano Collor, se somou à constantes trocas Ministeriais e escândalos políticos, resultando em um perceptível desgaste institucional. Diante disso, instaurou-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito[6] (CPI) a fim de melhor

5 Nesse sentido, vale pontuar sobre a mudança de posição do Supremo em face dos planos econômicos após o Plano Collor, com esse comentário de Osca Vilhena: "**A experiência do Plano Collor, em que as ações do governo foram extensamente contestadas pela magistratura de primeiro grau, deixou claro ao governo e ao próprio Supremo que era necessário criar mecanismos que reforçassem sua jurisdição. Isso foi feito por intermédio da emenda constitucional nº 3, que, entre outras medidas, criou a ação direta de constitucionalidade**, conferindo força vinculante à decisão do STF que declarasse constitucional um ato normativo. Dessa forma, o Supremo ampliou a capacidade de impor sua jurisprudência sobre as demais esferas da Justiça, reduzindo o risco de que viesse a ocorrer uma nova rebelião do baixo clero judicial, como havia acontecido por ocasião do Plano Collor, quando os juízes e tribunais inferiores ousaram discordar da decisão do Supremo, que não havia orginalmente declarado inconstitucional o bloqueio dos cruzados." (VIEIRA, 2018, p. 186, grifo meu).

6 Definida nos termos do art. 58 §3° da CRFB/88 *"As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores."*. Jose Afonso da Silva a define como: *"(...) organismos que desempenharam e desempenham papel de grande relevância na fiscalização e controle, da Administração, mas que tiveram sua organização e suas tarefas consideravelmente tolhidas no regime da Constituição revogada. Era esta uma de suas marcas autoritárias. Foram bastante prestigiadas pela Constituição vigente, a ponto de receber poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas. Não há limitação à sua criação."* (SILVA, 2014, p. 519).

esclarecer as acusações feitas por Pedro Collor à seu irmão acerca de um esquema de corrupção que envolvia PC Farias, tesoureiro da campanha de Collor. O descontentamento popular estava em crescente, e todos os sinais indicavam que o *impeachment* era inevitável. E assim o foi: de 22 a 29 de setembro de 1992 se deram os procedimentos para o afastamento de Fernando Collor da presidência. Ele foi condenado, e perdeu seus direitos políticos por 8 anos, ainda que formalmente tenha saído do cargo por meio de uma renúncia. Essa foi a primeira crise na democracia brasileira após a redemocratização (PRZEWORSKI, 2020).[7]

Assume Itamar Franco, e Fernando Henrique Cardoso, seu novo Ministro da Fazenda executa o Plano Real, a fim de buscar sanar os efeitos de uma grave crise inflacionária, que já se estendia desde o início da década de 80. Menos de 2 anos se passaram, e FHC ganhou a corrida presidencial de 1994, sendo empossado em 1° de janeiro 1995; e permanece no governo do país até o dia 1° de janeiro de 2003, quando passa a faixa presidencial para Luiz Inácio Lula da Silva. Os dois governos de FHC permeados por diversas emendas à constituição, frutos de um projeto neoliberal de governo. Reformas não só de cunho econômico, como também relacionadas à Previ-

---

7 E o autor desenvolve mais seu ponto, provando que, ainda que tenha ocorrido este abalo, ele ocorreu respeitando as regras e não significou um abalo decisivo, já que os governos que o sucederam foram democráticos, independentemente do impeachment: *"A primeira crise da democracia pós-militar — o impeachment do presidente Fernando Collor de Mello em 1992 — obedeceu fielmente aos dispositivos constitucionais; a passagem do cargo do presidente Fernando Henrique Cardoso para o presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2003 provou que as instituições brasileiras eram capazes de absorver um choque político de magnitude impensável em muitas democracias, como os Estados Unidos."* (PRZEWORSKI, 2020, p. 5).

dência (BRASIL, 1998) e à Administração Pública (Idem, 2003a).

Os dois governos Lula foram relativamente estáveis, permeados pela criação de diversos programas – como o ProUni e Bolsa Família – e pela realização de algumas reformas, dentre ela tem-se em destaque a EC 45/04, a qual formalizou a Reforma do Judiciário[8], discutida desde o governo FHC, a qual criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão regulador do poder judiciário. Mesmo com o escândalo do Mensalão em 2005, o governo e as instituições democráticas se mantiveram, de um modo geral, bastante estáveis e de acordo com o bom curso democrático. Importante ressaltar que, desde o início do governo FHC, houve uma crescente na interpretação e aplicação de direitos fundamentais, como falaremos mais adiante, no ponto que abordará o Judiciário.

Utilizando-se da tríade democrática de Ginzburg e Huq, somada ao sistema de freios e contrapesos[9] existentes no Brasil, é possível perceber que (i) as eleições, de fato, foram livres, houve oposição, e, mais importante, trocas de governança; (ii) os direitos de expressão e associação foram amplos, bem como houve um incre-

8 Para uma perspectiva geral sobre a reforma, ver: ROSAS, Roberto. Pontos e Contrapontos da Reforma do Judiciário. **Revista dos Tribunais**, vol. 840/2005, p. 79-83, outubro, 2005.

9 Nessa esteira, afirma Mauro Cappeletti: *"A Constituição brasileira de 1988 introduziu um sistema extremamente elaborado dos controles jurisdicionais, que vão das ações de inconstitucionalidade, ao incidente de inconstitucionalidade (com desaplicação da norma no caso concreto), o mandado de segurança individual e coletivo, habeas corpus e habeas data etc. A leitura e o estudo da vossa Constituição tem sido para mim fascinante; e é lícito esperar que a "hipertrofia" tradicional do poder executivo torne impossível no futuro; também o que não devemos mais esquecer é que as leis, e mesmo as constituições, tem pouco valor sem aquilo que os romanos já chamavam de 'constans voluntas' – os esforços, os sacrifícios, a coragem daqueles que devem aplicá-la."* (CAPELLETI, 1990, p. 929-940).

mento no que se entende como "direitos e garantias fundamentais", através da criação de programas sociais e o reconhecimento por parte do Judiciário, que buscou aplicar na vida prática do país o rol extenso de garantias da CF/88; e o judiciário apresentou previsibilidade e transparência no referido período – como veremos no tópico 3; (iii) dessarte, é evidente que houve uma estabilidade em nossa jovem democracia, analisando-a a partir desses critérios.

O primeiro governo Dilma, ex-Chefe da Casa Civil de Lula, seguiu na mesma linha que o governo de seu antecessor, e não apresentou nenhum tipo de grande abalo democrático nos dois primeiros anos. Em 2013, entretanto, o país iniciou um processo de profundas mudanças nas estruturas políticas, sociais e econômicas, sobre as quais falaremos a seguir.

## 1.2 ESTRUTURAS SE ABALAM: a erosão democrática de 2013 até a eleição de Jair Bolsonaro

Entre março e junho de 2013, o status de aprovação do governo Dilma como "bom ou ótimo" caiu de 63% para 31%.[10] Em junho, manifestações contra o aumento da passagem de ônibus feito pela prefeitura de São Paulo não imaginavam que iriam impactar o cenário político brasileiro, desencadeando as chamadas "Jornadas de Junho"[11]. A partir de então, o país estaria acometido por tensões

10 Ver em notícia do G1: Aprovação do governo Dilma cai de 55% para 31%, aponta Ibope. **G1**, Brasília, 25/07/2013. Disponível em: http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/aprovacao-do-governo-dilma-cai-de-55-para-31-aponta-ibope.html. Acesso em: 12 dez 2021.

11 O que se chamou "Jornadas de Junho" consistiu em uma série de

sociais como não haviam sido vistas desde a redemocratização. O movimento insurgente não era nem de cunho político, muito menos homogêneo (SOUZA NETO, 2020, p. 48). Era, pode-se dizer, um cenário de insatisfação popular amplo, por diversos motivos, como: oposição à sediação da Copa de 2014 e Olimpíada de 2016, devido aos enormes custos de infraestrutura dos eventos; contra a corrupção; a favor de melhorias na saúde e educação.[12][13]

Em uma disputa entre Dilma e Aécio marcada por uma extrema polarização de discursos – a qual se fará muito presente na vida política do país – Aécio perde, e Dilma se reelege. Até então, nada fora das conformidades de eleições democráticas, uma Aécio

manifestações que foram motivadas pelo aumento da passagem de ônibus, e organizadas por meio das Redes Sociais. Não havia uma ideologia única, era uma reunião de diversas reivindicações sociais. Ver mais sobre 2013 em SOUZA NETO, 2020, pp. 47-54.

12 André Singer fala sobre a composição social dos movimentos das jornadas de junho: Houve dois pontos de vista sobre a composição social dos acontecimentos de junho. O primeiro identificou neles uma extração predominante de classe média, enquanto o segundo tendeu a enxergar uma forte presença do precariado: *"a massa formada por trabalhadores des qualificados e semiqualificados que entram e saem rapidamente do mercado de trabalho"*. Analisando as pesquisas disponíveis, gostaria de sugerir uma terceira hipótese: a de que elas possam ter sido simultaneamente as duas coisas, a saber, tanto expressão de uma classe média tradicional inconformada com diferentes aspectos da realidade nacional quanto um reflexo daquilo que prefiro denominar de novo proletariado, mas cujas características se aproximam, no caso, daquelas atribuídas ao precariado pelos autores que preferem tal denominação: tratase dos trabalhadores, em geral jovens, que conseguiram emprego com carteira assinada na década lulista (20032013), mas que padecem com baixa remuneração, alta rotatividade e más condições de trabalho (SINGER, 2013, p. 27)

13 Conferir também: ANTUNES, Ricardo. As Rebeliões de junho de 2013. **Observatorio Social de América Latina,** Vol. 34, pp.37-50, Buenos Aires, Argentina, 2013.

reconheceu a derrota[14] e o segundo mandato da Presidente teve seu curso. Todavia, a cordialidade por parte dos tucanos logo teve seu fim, já no mesmo ano, meses após, Aécio manifesta uma posição diametralmente oposta[15] àquela esperada de um candidato democrático, uma vez que não só demonstra insatisfação com o resultado eleitoral, como também impetrou uma Ação Investigativa de Mandato Eletivo (AIME nº 761) a fim de requerer o empossamento do segundo candidato do pleito eleitoral, uma vez que *"sustentava que a campanha do PT havia sido financiada com recursos oriundos da corrupção, e requeria que se desse posse ao segundo colocado."* (SOUZA NETO, 2020, p. 55).

A ação não foi para a frente, mas o impacto que isso teve nas eleições foi grande, afinal, pela primeira vez, desde que se tornou possível o voto direto para a presidência, um candidato tentou impedir o curso normal do processo eleitoral.[16] A partir de então, en-

14 Em SOUZA NETO (2020, p. 54-55), nos é apresentada a noção de que um dos elementos mais básicos é que *"o reconhecimento, também por parte dos derrotados, de que os eleitos devem governar"*, pois o resultado de um processo democrático deve vigorar para que haja legitimação do próprio processo.

15 Na visão de PRZEWORSKI (2020), a atitude de Aécio constituiu grande violação das normas democráticas.

16 Nessa esteira, SANTOS compara a ação dos tucanos após o pleito eleitoral à tradição golpista existente na história do país, como se observa em: *"Conduzidos, desde o dia seguinte à apuração dos votos, pelo candidato presidencial derrotado Aécio Neves, eles percorreram o trajeto histórico dos antigos golpistas: primeiro acusaram os vitoriosos de fraude eleitoral, depois, de corrupção. Reprise da eleição de 1950, de Vargas, e da de JK em 1955. E bandeira gêmea do anticomunismo de 1964. Aécio Neves propôs a flâmula do impedimento, aceita de imediato pelo Partido Popular Socialista (PPS) de Roberto Freire e, gradativamente, pelos demais membros do PSDB e Democratas (DEM), terminando por contaminar todas as frações inconformadas das demais bancadas da Câmara dos Deputados. Quando a esquerda despertou, diante da adoção da derrotada agenda direitista, era*

traves entre o curso do governo e a oposição se tornaram frequentes. Dilma estava em um governo sem condições de governabilidade. A crise que iniciou-se no último ano do primeiro mandato de Dilma, se agravou nos dois primeiros meses de 2015 (SANTOS, 2017) e, como se sabe, atingiu seu ponto máximo de saturação com o *impeachment*.

Antes de adentrar no que propriamente consistiu o impeachment de Dilma, é necessário falar sobre dois outros eventos definidores desse período – o lavajatismo e o movimento anti política; e a crise econômica. A crise econômica foi fruto do fracasso que o programa econômico de Dilma teve. Em face da estagnação econômica, uma série de tentativas de ajuste fiscal foram feitas (DWEK; TEIXEIRA, 2017, p. 2). No fim, o que se teve foi uma alta na inflação e uma política forte de austeridade – o que aumentou a oposição à Dilma por parte de seu eleitorado, haja vista que a premissa de continuidade com o plano econômico não se provou verdadeira (SOUZA NETO, 2020).

Com a rápida desestabilização de seu governo e a eleição de Eduardo Cunha, da oposição, para a presidência da Câmara, o governo perdia ainda mais condições de governabilidade – o que houve foi um esforço não colaborativo por parte da oposição e alas moderadas. Segundo SOUZA NETO (2020, p. 69), *"Em uma democracia, os governantes podem até cometer erros, até mesmo erros graves; mas, se a estabilidade democrática e a governabilidade são preservadas, os rumos podem ser corrigidos."* E era evidente que a democracia não

*tarde."* (SANTOS, 2017, p. 38, E-book).

estava mais forte, nem estável, a fim de permitir que o governo Dilma errasse sem que fosse destituído do poder.

O que impulsionou e muito essa quebra rápida da solidez institucional e democrática foi o advento da Lava-Jato e o grande apoio que a investigação teve por parte da sociedade.[17] A operação começou em 2013, com a investigação de doleiros, conduzida pelo MPF e julgada pela 13ª Vara de Curitiba, cujo juiz era Sérgio Moro. Moro era um Juiz conhecido por ter conhecimento sobre casos relacionados à crimes que envolviam desvio de dinheiro e doleiros, cenários que eram similares, em princípio, com o objeto de investigação do MPF.

Concomitante à Lava-Jato, que evidentemente não seria apenas uma investigação por parte do Judiciário, foram os movimentos sociais de cunho "anti-política" como o Movimento Brasil Livre – MBL e o Vem pra Rua. Esses movimentos atuavam principalmente por meio de manifestações, discursos anticorrupção e antissistema; e foram, desse modo, um fator fundamental para moldar os ânimos sociais, e consequentemente políticos do país. A verdade é que a operação não soube administrar dos inúmeros recursos e poderes a ela disponíveis, fato que não só desgastou o processo democrático – uma vez que o poderia ter sido uma ação correta por parte do

17 Mesmo em 2016, AVRITZER (2016, p. 151) já previa os rumos que a Lava Jato tomaria no cenário político do país: *"Mas é possível pensar em outro cenário mais preocupante que pode eventualmente transformar os impasses da democracia em uma crise. Trata-se de um cenário no qual a corrupção deixa de ser uma questão de aprimoramento institucional e passa a ser uma pauta seletiva utilizada contra o governo e alguns partidos, ao mesmo tempo que outras suspeitas são amplamente ignoradas. Não tenho nenhuma dúvida que a Operação Lava Jato tem caminhado nesta direção."*.

Judiciário, a qual produziria efeitos no combate à corrupção, e não precisaria ter tomado o viés persecutório e exibicionista que teve[18].

Assim, o lavajatismo e seus abusos de poder, vazamentos e delações influenciaram nos rumos democráticos que levaram a um processo de *impeachment* sem a ocorrência de um verdadeiro crime de responsabilidade. No Brasil, por ser o Presidente o chefe de estado e de governo, bem como por ter sido eleito pela população, só pode perder seu mandato se houver cometido algum crime de responsabilidade[19] - que, como consta na nomenclatura de "crime", é similar às demais tipificações penais. Eduardo Cunha, presidente da Câmara, aceita o pedido de *impeachment* com a justificativa de que a presidente teria realizado "pedaladas fiscais" e dá prosseguimento ao que foi um voto de desconfiança[20] à até então Presidente, aconte-

18 SOUZA NETO (2020, p. 86) aponta para o fato de que *"Para que tal resultado fosse alcançado, bastava que se aplicasse a lei de modo equilibrado e se respeitassem as garantias constitucionais. Mas o caminho eleito foi o do espetáculo público, do abuso de poder e da seletividade."*. O que poderia ter sido feito, com base em toda a legislação que se alterou na época, em especial com as Leis: LC 135/2010 (Lei da Ficha Limpa); 12.527/2011
(Lei da Transparência); 12.846/2013 (Lei Anticorrupção); 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas). As 4 inovações permitiriam uma nova maneira de lidar com a problemática da corrupção, se usadas com seriedade, o que não foi feito.

19 Os crimes de responsabilidade constam no art. 85, CF/88 e são: "*Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I – a existência da União; II – o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; IV – a segurança interna do País; V – a probidade na administração; VI – a lei orçamentária; VII – o cumprimento das leis e das decisões judiciais. Parágrafo único. Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.*". A Lei especial a qual o Parágrafo Único se refere é a Lei 1.079/50 (Lei do Impeachment).

20 Voto de desconfiança é um instrumento do Parlamentarismo, o qual

cimento extremamente problemático, pois transformaram um instrumento de controle constitucional, um procedimento para lidar com um problema constitucional – o cometimento de um crime de responsabilidade por parte do Presidente – como se fosse um instrumento para evidenciar a insatisfação política da oposição com o governo corrente – que foi como se deu o *impeachment* de Dilma. Esse acontecimento tornou evidente a postura da classe política de priorização de seus pequenos interesses em detrimento da integridade das instituições (PRZEWORSKI, 2020).

Ela tenta recorrer à uma última estratégia para criar algum tipo de base de apoio no Congresso, através da nomeação de Lula para Chefe da Casa Civil, nomeação essa que caiu em pouquíssimo tempo, com uma decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes após o vazamento de gravações entre Lula e Dilma em relação ao cargo. Esse foi o ponto propulsor para um *impeachment* sem maiores impedimentos, o que ocorreu. Tendo perdido seu mandato em 31 de agosto de 2016, uma das questões que põem luz ao uso do impeachment como voto de desconfiança foi o julgamento em separado sobre a perda ou não dos direitos políticos de Dilma – que resultou na não perda dos mesmos.

Temer foi empossado em um cenário de desgaste constitucional. Além da crescente polarização política da sociedade – que já vinha preparando o terreno para as eleições de 2018 e para a ascensão de uma extrema direita ao poder -, Temer buscava sustentar seu Governo com a alegação de que era preciso tirar o Brasil da crise.

---

permite que o Legislativo (o Parlamento) afaste o Chefe de Governo – pelo Parlamento escolhido – caso ele perca a confiança do Parlamento para governar.

Diante disso, Temer buscou tentar estabilizar o país economicamente, através de uma dura política de austeridade fiscal, ao passo que havia um crescente desequilíbrio político em curso. Marcado por PEC's de cortes de gastos e propostas de Reformas Trabalhista e Previdenciária, Temer instaurou um neoliberalismo autoritário (SOUZA NETO, 2020).

A corrida eleitoral de 2018 tomou rumos inesperados, com Lula preso, Fernando Haddad encabeçou a chapa do partido e era um nome forte – porém não tão expressivo – para o pleito eleitoral. Quem teve destaque foi Jair Bolsonaro, um político reacionário carioca de longa data, que mexeu com os rumos democráticos do país através de uma campanha eleitoral extremamente populista, com um uso inovador e excessivo da internet, e com o advento das *fake news*, se colocou na liderança da disputa presidencial. Um candidato antissistema, contra a "velha política" que era Bolsonaro, era tudo que o movimento insurgente em 2013, de indivíduos contra a corrupção, contra a política tradicional poderia desejar. Suas propostas eram um atentado a todos, muniu-se de um discurso oportunista contra um inimigo nacional, o antipetismo.[21]

De certo modo, quem ganhou a eleição não foi propriamente o que chamamos de bolsonarismo, mas sim um antipetismo sistêmico, que estava sendo alimentado desde as eleições de 2013 (Ibidem, p. 146). Acreditava-se que os problemas do país concentra-

21 Conferir o ensaio de Angela Alonso "A comunidade moral bolsonarista" no livro de ensaios de vários autores sobre o estado da Democracia Brasileira após a eleição de Jair Bolsonaro, em 2018: ABRANCHES, Sérgio et al. **Democracia em Risco**: 22 ensaios sobre a democracia hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, *e-book*.

vam-se em um único partido que, excluído da vida política, ou seja, sem conseguir triunfar eleitoralmente, solucionaria a problemática da corrupção. O resultado eleitoral, além de dar voz à uma nova ala política brasileira, a extrema direita[22] (FAUSTO; BORIS, 2018) que se concentrava na figura do PSL, representou uma queda do fisiologismo tradicional brasileiro, que conseguiu um número de assentos muito inferior ao esperado e trouxe à tona a versão abrasileirada da extrema direita.[23]

## 2 O SUPREMO E A DEMOCRACIA: proteção ou abalo?

O Judiciário, em uma democracia constitucional liberal, tem um papel central na solução de conflitos, especialmente se lhe é atribuída a função de realizar o controle de constitucionalidade das leis. Por ser a Constituição de 88 um texto analítico e compromissó-

---

22 Para o historiador: *"Sabemos que a vitória de Bolsonaro não é um fato isolado, pois participa da onda de direita, ou de extrema direita, que se espraia pelo mundo ocidental. A veneração que o presidente e seus filhos demonstram com relação a Donald Trump afina-se com parceiros menos relevantes, empenhados na corrosão da democracia. Nítido exemplo é o presidente da Hungria, Victor Orbán, com quem o novo mandatário brasileiro tem estreitas afinidades."* (FAUSTO; BORIS, 2018, p. 112*).*

23 Vale pontuar a mudança brusca no cenário eleitoral costumeiro, apontado por Sérgio Abranches: *"As eleições legislativas revelaram ampla rejeição aos partidos tradicionais. O PT conquistou a maior bancada na Câmara, mas perdeu catorze cadeiras, confirmando um declínio iniciado em 2006. O PMDB perdeu 32 representantes e caiu da segunda maior bancada para a quarta, igualando-se ao PSB. Com 29 deputados cada, o Democratas (DEM) e o PSDB (que perdeu 25 cadeiras) deixaram o grupo dos cinco maiores partidos da Câmara. Em paralelo a isso, o Partido Social Liberal (PSL), de Bolsonaro, que havia elegido apenas um deputado em 2014, passou a ser a segunda maior representação, com 52 deputados."* (ABRANCHES, 2018, pp. 9-10).

rio[24], que apresenta um alto teor valorativo em suas normas, a ordem jurídica é constitucionalizada na medida em que cabe ao judiciário resolver os chamados "casos difíceis", os quais envolvem uma forte carga valorativa e principiológica, o que acaba abrindo espaço para um ativismo judicial, como veremos a seguir. Diante disso, há a presença do neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009) após 1988 na vida jurídica e política do país. No neoconstitucionalismo:

> [...] a leitura clássica do princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais. No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas,36 que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiqüidade da sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência (SARMENTO, 2009, p. 4).

Assim sendo, o Judiciário encontra sua expressão mais forte na figura do Supremo Tribunal Constitucional, detentor da guarda

---

24 Afirma BARCELLOS (2020, p. 20) *"Por outro lado, as Constituições serão inevitavelmente compromissórias quando elaboradas no âmbito de sociedades plurais nas quais haja liberdade de expressão e o órgão que as elabora reflita essa diversidade. Com efeito, em sociedades democráticas em que há pluralidade e nas quais esses diferentes grupos estão representados na assembleia nacional constituinte que vai elaborar essa Constituição, é inevitável que o texto seja resultado de múltiplos compromissos. É o caso da Constituição de 1988 e de tantas outras pelo mundo afora."*.

e zelo constitucional[25]. Relacionadas com a guarda constitucional, foram atribuídas um extenso rol de competências ao Supremo[26], que lhe colocam em um papel central na vida política do país – o que não havia acontecido até então. Esse fenômeno foi chamado de Supremocracia por Oscar Vilhena e consiste em:

> Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. Sua arquitetura está baseada na concentração de três funções jurisdicionais nas mãos de uma única corte, assim como na criação de canais de acesso direto aos atores políticos para provocar a jurisdição do Tribunal (VIEIRA, 2018, p. 162).

As funções aglomeradas na figuras do STF incluem a figura de um tribunal constitucional, responsável por apreciar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e, como há uma constitucionalização do ordenamento jurídico nacional, o poder de discricionariedade do Supremo acaba por ser muito extenso; incluem também a função de ser o STF, também, a última instância recursal

25 Vide Art. 102, CRFB/88, caput *"Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]"*.

26 *"A Constituição de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle da omissão inconstitucional."* (MENDES, 2018, p. 1608, E-book).

da justiça; e a função de julgar aqueles processos cujos réus possuem foro privilegiado em primeira e segunda instância (VIEIRA, 2018). A concentração de tantas funções em um Tribunal só lhe concede poderes muito amplos sobre as demais Instituições, e sobrecarrega a própria eficácia da corte. Afinal, 11 Ministros são encarregados de julgar uma quantidade muito grande de matérias todos os anos. Em 2017, por exemplo, o Supremo recebeu um total de 96.235 novos processos a serem apreciados (Ibidem), sem contar os processos que ainda aguardam julgamento.

Diante da Supremocracia constitucional vigente no país desde 2018, o cenário evoluiu de tal modo, que é possível observar uma ramificação da Supremocracia, no que é chamado de Ministrocracia por Diego Werneck e Leandro Ribeiro, na qual o poder do STF se traduz pelas ações individuais, expressas em decisões monocráticas pelos Ministros. A ministrocracia por vezes afeta diretamente a vida política do país, quando são julgados por um ministro processos que usualmente seriam de apreciação do plenário (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

Nesse sentido, para analisar a postura do Supremo ao longo dos anos e seu reflexo na democracia brasileira, é preciso dividir a postura do Tribunal em duas: a deferência e a responsividade. Na primeira, há o respeito do judiciário em relação às escolhas do legislador, uma postura de respeito ao procedimento democrático, onde o legislador eleito tem uma decisão que *a priori* deve ser válida – e ela é menos presente em regimes constitucionais dotados de rigidez.[27] Na segunda, característica de regimes neoconstitucionais, se

27 Explica Oscar Vilhena (2018, p. 174): *"Por deferência, em sentido mais*

tem uma postura ativa do Judiciário em garantir a observância dos preceitos constitucionais, bem como a produção de julgados responsivos aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição.[28] Essas duas posturas, entretanto, possuem suas degenerações, a omissão e a usurpação, respectivamente, as quais apresentam um risco democrático ao país, se utilizadas em excesso. A postura de fato dos Tribunais deve ser condizente com o texto constitucional que lhes rege; no caso brasileiro, a postura esperada do STF é a responsiva. Como veremos a seguir, o STF precisou se adaptar às novas exigências constitucionais, fazendo com que a Corte saísse de um papel omissivo/deferente para uma responsividade que é, por vezes, usurpada.

## 1.1 O PERÍODO DE DEFERÊNCIA

O governo Collor foi marcado por três acontecimentos centrais que moldaram a atuação do Supremo: a necessidade de se familiarizar com os novos poderes atribuídos ao Tribunal; a apreciação da constitucionalidade das medidas econômicas do Plano Collor; e

*estrito, entende-se a postura institucional pela qual os tribunais demonstram um alto grau de respeito pela decisão do legislador que definiu o conteúdo de um direito ou regulamentou o seu exercício ao complementar ou regular a constituição. trata-se de uma postura institucional fundada numa concepção doutrinária robusta de democracia majoritária, em que impera uma rígida separação de poderes, na qual cumpre ao Judiciário demonstrar o maior acatamento possível às decisões dos órgãos representativos."*

28 *"A responsividade, por sua vez, está associada à ideia de que o Judiciário deve estar ativamente envolvido em prover respostas para que a constituição e os direitos fundamentais, em especial, sejam efetivados na maior extensão possível. A proposição de que o Judiciário deva ter uma postura institucional mais responsiva deriva do desenho da constituição, em associação com a existência de doutrinas jurídicas que legitimem essa posição."* (VIEIRA, 2018, p. 175).

a consequente condução do processo de impeachment do Presidente. De um modo geral, a postura do STF foi de omissão, como se percebe no julgamento de constitucionalidade da medida provisória n°151, convertida na lei n° 8029/90 responsável pelo congelamento de ativos financeiros, parte central do Plano Collor.

Nesse caso, por um placar de 8 a 3, o tribunal se manteve omisso em relação à questão, justificando que *"uma eventual invalidação do plano poderia resultar em enormes transtornos financeiros e no retorno da hiperinflação."* (VIEIRA, 2018, p. 181). Embora atuações representativas tenham acontecido pontualmente, na declaração de inconstitucionalidade da reedição de medidas provisórias (ADI 239-7); e no julgamento da ADI 223-6, que questionava a constitucionalidade da MP 173, a qual vedava a concessão de liminar a quaisquer ações que tivessem por objeto as medidas provisórias editadas pelo governo, a postura que o Tribunal teve começou a dar indícios de uma maior responsividade.

No primeiro caso a responsividade foi clara, através do indeferimento da medida, e no segundo caso foi uma parcial responsividade, dado que o Supremo permitiu que as liminares fossem concedidas por juízes de primeira instância.[29] No que tange ao processo

29 Em relação ao tema da MP 173, Gilmar Mendes comenta a mudança de entendimento do STF: *"Ao discutir a constitucionalidade da Lei n. 7.969, de 1989, que estendia para as medidas cautelares as restrições existentes para a liminar em mandado de segurança, anotou o redator para o Acórdão, Ministro Sepúlveda Pertence, que referida lei consistiu em uma 'resposta à manifestação daquele entusiasmado e bem intencionado abuso da cautelar inominada (...) que vinha provocando um fenômeno inusitado na prática brasileira, a fuga do mandado de segurança para a ação cautelar inominada, porque, em relação a esta, não vigoravam as vedações e limitações antecedentes do mandado de segurança, nem mesmo a suspensão de liminar ou da sentença pelo Presidente do Tribunal competente para o recurso' . A discussão*

de impeachment, a atitude do tribunal foi de respeito à atribuição recebida pelo Congresso[30] de lidar com esse processo de afastamento do Presidente, que somente atuou como garantidor do devido processo legal e ampla defesa em todo o procedimento, que deveria ocorrer nos termos da nova Constituição.

## 1.2 O INÍCIO DA RESPONSIVIDADE DO SUPREMO

Com o afastamento de Collor, assume Itamar. O Supremo assume, agora, não mais um papel omissivo que por vezes beira a responsividade ou deferência, mas sim um papel de adequação aos poderes de controle atribuídos pela constituição, por meio de uma crescente responsividade. O governo foi marcado pela implementação do Plano Real, o último dos diversos planos econômicos feitos a fim de pôr termo à crise hiperinflacionária do país. Vale destacar aqui a ADI 926, a qual declarava a inconstitucionalidade da criação do IPMF, à luz do princípio da anterioridade tributária.[31] Após essa

*assumiu contornos diferenciados quando se apreciou pedido liminar contra a Medida Provisória n. 173, de 18 de março de 1990, que vedava a concessão de provimentos liminares ou cautelares contra as medidas provisórias constantes do Plano Collor (MPs n. 151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167 e 168). Após enfatizar o choque suscitado pela generalidade e a abstração da MP n. 173, entendeu o Ministro Sepúlveda Pertence que essas características dificultavam um juízo seguro em sede de cautelar na ação direta de inconstitucionalidade."* (MENDES, 2018, pp. 628-629, E-book).

30 Sobre o processo de *impeachment* de Collor, *"Para o ministro Paulo Brossard, o STF não deveria nem ao menos conhecer o mandado de segurança interposto pelo presidente da República, ou seja, o Tribunal sequer deveria se dispor a discutir a questão do impeachment. Para ele, a responsabilidade de resolver o impeachment havia sido conferida exclusivamente ao Congresso Nacional, não havendo qualquer papel a ser cumprido pelo Supremo Tribunal Federal."* (VIEIRA, 2018, p. 184).

31 Sobre a anterioridade tributária: *"As alíneas b e c do art. 150, III, trazem*

medida, se tornou claro o esforço que o Supremo poderia – e de fato fez – para observar e adequar Ecs aos ditames constitucionais, especialmente no que tange aos direitos fundamentais.

Os dois governos FHC seguiram com uma suave responsividade do Supremo, principalmente em matéria de direitos fundamentais, paralelamente à deferência em relação ao conjunto de emendas constitucionais aprovadas de papel basilar para a implementação do projeto neoliberal de governo. Um acontecimento marcante foi o julgamento do AgRg/RE 271.286-8 RS, referente à distribuição de coquetel anti-HIV como um direito fundamental impassível de ser evitado, ainda que por questões orçamentárias (VIEIRA, 2018, p. 189). Portanto, percebe-se que desde o impeachment de Collor, o Supremo buscou familiarizar-se com os dispositivos constitucionais a fim de consolidar sua ação responsiva. Em paralelo à democracia, que se mantinha estável, o Supremo também o foi, apresentando uma estabilidade em suas decisões, bem como uma postura mais democrática de proteção dos princípios constitucionais, em especial os direitos fundamentais.

## 1.3 RESPONSIVIDADE E ATIVISMO JUDICIAL

*uma garantia adicional sob a perspectiva da segurança, da não surpresa. Além de não retroativa, a lei que institui ou aumenta tributo apenas poderá produzir efeitos a partir do exercício financeiro seguinte, de forma simples, do ano civil seguinte, que no Brasil inicia em 1o de janeiro e se encerra em 31 de dezembro: isso é o que assegura a alínea b do art. 150, III. Trata-se da anterioridade tributária no modelo da anualidade: tributos são instituídos e aumentados em um ano para serem cobrados no ano seguinte, assegurando aos contribuintes um mínimo de previsibilidade e planejamento em relação às novas cobranças."* (BARCELLOS, 2020, pp. 511-512).

A eleição de Lula em 2002 não representou apenas uma mudança política, mas também uma renovação política no Supremo, que recebeu 7 novos Ministros em sua composição. Estes juristas mais familiarizados com a Constituição de 88 e seus dispositivos – em especial as questões relacionadas aos direitos fundamentais – influenciaram a mudança de postura da corte. Dessarte, a agenda do Supremo foi caracterizada pela judicialização de inúmeras matérias[32], e um compromisso com uma agenda de direitos fundamentais. Nesse sentido, temos a ADPF 54 referente ao uso de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa; a ADI 3137, apensada à ADI 3112, por identidade de objeto, sobre o controle do porte de armas pós estatuto do desarmamento; as ADI 4815, ADI 1969-4 e HC 82.424 referentes aos limites da liberdade de expressão; e a PET 3388 que demarcou as terras indígenas da Raposa-Serra do Sol como exemplos de casos em que o supremo não agiu de modo contramajoritário, pois não discordou de atos dos demais poderes, tampouco foi deferente em relação às matérias, uma vez que se analisou a substancialidade dos argumentos apresentados nos casos. Ao passo que havia a responsividade crescente, estava surgindo uma postura de interferência do STF nos demais poderes, em especial no Legislativo.

O papel de destaque que o Supremo passou a ter envolvendo o meio eleitoral foi decorrente do indeferimento da inconstitucio-

32 Barroso (2018, pp. 232-233, E-book) conceitua Judicialização como sendo: *"Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo."*

nalidade da lei 9096/95 por FHC, a qual limitava o acesso à fundos partidários aos partidos que não tivessem obtido um percentual mínimo nas eleições. Como a lei foi sancionada para ter validade em 10 anos, foi durante o governo Lula em que se deu essa decisão. A controvérsia se encontra no efeito dessa lei, que pode ser um possível obstáculo à expressão política de partidos minoritários. Esse pressuposto, entretanto, é falso, dado que a norma busca apenas ordenar o sistema eleitoral brasileiro – foi esse o entendimento do Supremo – e permitir um melhor funcionamento do presidencialismo de coalizão. Outra interferência eleitoral foi a mudança do entendimento do Supremo em relação à troca de legenda partidária pelos políticos, dificultando a troca de legenda naqueles cargos eleitos pelo sistema proporcional, com risco de ocorrer a infidelidade partidária. Esses novos impedimentos à troca de partidos impulsionou o surgimento de novas legendas, como uma solução para escapar da cláusula de barreira (VIEIRA, 2018, p. 194).

No primeiro governo Dilma, a postura responsiva continua. Foram julgadas matérias com grande expressividade como a liberdade de manifestação – no caso da Marcha da Maconha -, ADPF 187 e, talvez o caso com maior repercussão no que tange aos direitos fundamentais, que foi o reconhecimento da união civil homoafetiva (ADPF 132). Determinadas matérias julgadas pelo Supremo receberam diversas críticas por parte da população, como s duas decisoes acima. Relacionados ao cenário político, destacam-se dois julgados, a proibição de candidatura daqueles condenados por crimes contra a administração pública e a vedação de doações eleitorais de empresas privadas, decisão que repercutiu diretamente no resultado da corrida

eleitoral de 2018 (BRASIL, 2015a). Isto posto, as decisões do Supremo no período em que compreendeu os dois mandatos de Lula e o primeiro Governo Dilma também refletem o status da democracia até então, a qual se mostrava estável e compromissada com os valores da Carta de 88.

## 1.4 ABALOS CONSTITUCIONAIS: o Brasil pós 2013

O ponto de virada na boa convivência entre a democracia, a Constituição e o Supremo se deu precisamente em 2013, pelos motivos apontados no item 2.2. O STF passa, à luz de conturbações políticas, econômicas e sociais, a usurpar a sua função constitucional através de uma Ministrocracia exacerbada e decisões controversas que afetam diretamente a vida política do país. Diretamente relacionadas à figura da Lava Jato, decisões polêmicas do STF refletem um pouco do cenário democrático que estava sendo erodido. Cabe aqui mencionar a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes (BRASIL, 2016) que impediu a nomeação de Lula à Chefia da Casa Civil do Governo Dilma, alegando que Dilma não tinha por finalidade a atribuição do cargo a Lula, mas sim o desejo de atrapalhar as investigações em torno do ex-presidente, alvo da Lava Jato de Sérgio Moro.[33]

33 Destaca-se do Trecho do Min. Relator: *"No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF. Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva– Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido*

É curioso notar a incoerência – ou rápida mudança de entendimento do Tribunal – em relação à nomeação de Moreira Franco por Temer (BRASIL, 2017), pois ambos os casos aconteceram em situações similares. Uma foi indeferida, e a outra não. Ambas decisões, tanto a de Gilmar quanto a de Celso de Mello, se sustentam na falta de moralidade e impessoalidade que tinha a escolha presidencial; no entanto, consideradas as circunstâncias, o entendimento dos Ministros relatores se deu de modo distinto, evidenciando uma dissonância interna entre os Ministros. Além disso, a atuação do STF nos processos referentes à prisão preventiva de Lula também influenciaram politicamente o país, afinal retiraram da corrida presidencial um de seus candidatos mais fortes. A Lava Jato consolidou a espetacularização dos julgamentos do Supremo, processo iniciado com o Mensalão, e que foi característico do período de crise do governo Dilma e do auge da operação. Com a crise do governo, o Supremo passou a usar com maior assiduidade a ferramenta das decisões monocráticas.

O ponto crítico desse período foi o início do processo de impeachment, cuja atuação do Supremo se deu apenas a fim de garantir o prosseguimento da medida em conformidade com o devido processo legal. Diante disso, as casas legislativas prosseguiram com as votações, e Dilma foi afastada. Logo de início, assumida a presidência por Temer, Cunha, o até então presidente da Câmara responsável por guiar o processo de impeachment, foi afastado por

*de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop. É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E "autoevidente" que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais."* (BRASIL, 2016, p. 20)

estar usando a prerrogativa de foro como obstáculo à investigação penal que sofria.[34] Na mesma onda do afastamento de Cunha, foram proferidas decisões monocráticas[35] para afastar Aécio Neves e Renan Calheiros, essas, entretanto, receberam oposição por parte do próprio legislativo. Calheiros confrontou diretamente a decisão do Supremo, forçando o STF a passar a adotar o entendimento de que não se pode afastar parlamentar sem consulta prévia à casa legislativa a qual ele compõe. Mais uma ação crítica do Supremo foi a mudança do entendimento sobre a possibilidade de execução provisória da pena por determinação de segunda instância. Essa nova interpretação se ajustou perfeitamente com a Lava Jato, e seu impacto político se expressou na prisão de Lula, com a negação do habeas corpus ao ex-presidente.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, percebe-se que o acirramento das tensões democráticas pós-2013 tem uma relação direta com a mudança da postura das Instituições, inclusive na do próprio Judiciário. O Supremo, guarda da constituição, embora deva transpassar estabilidade e responsividade em cenários de crises, buscando enfraquecer as tensões

34 Sobre o afastamento de Cunha: CANÁRIO, Pedro. **Ministro Teori Zavascki afasta deputado Eduardo Cunha de funções na Câmara**. Conjur. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mai-05/teori-zavascki-afasta-cunha-mandato-deputado-federal, Acesso em: 05 mai. 2016.

35 **Aqui vale pontuar que, após o afastamento de Dilma, o Supremo abraçou a Supremocracia extremada, exercendo a Ministrocracia para proferir decisões de alto impacto político, como o afastamento de parlamentares por envolvimento destes em investigações criminais, as quais estariam sendo prejudicadas pela posição que ocupavam no governo.**

crescentes, se envolveu diretamente no estabelecimento de novas tensões e controvérsias, ao mesmo tempo em que não deixa de exercer seu papel garantidor.

Diante disso, é possível compreender uma duplicidade na atuação do STF, uma primeira atuação mais sóbria, que segue na linha de ser responsivo em matérias de direitos e garantias fundamentais.E uma outra postura, em que o Supremo se coloca em meio ao cenário político como um agente forte, com a capacidade de abalar os acontecimentos políticos através de decisões monocráticas controversas, posicionamentos de ministros fora do ambiente da corte[36] e mudanças frequentes de entendimentos jurisprudencial que, até então, pareciam ser sólidos – como a questão da prisão preventiva. Tais discordâncias internas da Corte tornaram cada vez mais evidente o quão influente uma decisão proferida monocraticamente poderia ter na vida democrática. Elas passam a ocorrer tanto por meio posicionamentos dos próprios ministros, quanto pelos entendimentos – a título de exemplo temos a comparação entre o julgamento dos mandados de segurança relacionados à nomeação de Lula e de Moreira Franco para ocupar cargo ministerial no governo. Esse conjunto de fatores, somados a questões procedimentais altamente influentes, como a elaboração de agendas, pedidos de vista processual, representam um abalo democrático que se centra na figura do Tribunal Constitucional do país. A *Rule of Law*, também entendida

36 Um dos aspectos da Ministrocracia, segundo Arguelhes e Ribeiro (2018) são as manifestações informais realizadas pelos Ministros por meio de entrevistas ou veículos jornalísticos, que possuem um peso muito grande de influenciar não só as próprias decisões do Tribunal, como também os processos legislativos.

como Estado de Direito, é seriamente afetada por isso, uma vez que não há mais transparência, nem previsibilidade de maneira sólida na ação do Supremo Tribunal.

O problema central se dá pelo desenho institucional feito em 88, responsável por concentrar muitas funções na figura de somente um Tribunal com 11 Ministros, responsáveis por controlar a constitucionalidade, ser a suprema corte do país e o tribunal que julga o foro especializado. Tal sobreposição de funções criou a Supremocracia, que atingiu seu ápice na forma da Ministrocracia, a qual dificulta ainda mais a unidade do Tribunal, que fica mais suscetível à tensões internas.

A suscetibilidade a discordâncias internas e a liberdade de ação individual dos Ministros representam um risco à democracia, uma vez que fragmentam a unidade e estabilidade de um órgão que foi posto em um papel central na vida constitucional brasileira. Como demonstrado acima, a incerteza e conflitos no Judiciário representam a erosão democrática sofrida pelo país, que outrora, havia conseguido se portar de modo sólido, mesmo diante de potenciais crises, como o julgamento do Mensalão. Assim sendo, por menos intuitivo que pareça, as ações do Supremo Tribunal Federal representam, em especial nos últimos seis anos, um abalo Democrático mais sutil com o desgaste e alteração de procedimentos e expectativas jurídicas, que outrora estavam presentes em sua atuação.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio et al. **Democracia em Risco:** 22 ensaios sobre a democracia hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2018,

e-book.

ANTUNES, Ricardo. As Rebeliões de junho de 2013. **Observatório Social de América Latina**, Vol. 34, pp.37-50, Buenos Aires, Argentina, 2013

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. **MINISTROCRACIA**: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. Novos estudos. CEBRAP, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 13-32, Apr. 2018. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002018000100013&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 maio 2021.

AVRITZER. Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. E-book. [Paginação Irregular]

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2020, 3. ed.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, 7. ed. E-book (E-pub). [Paginação Irregular]

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência

social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 24 jan. 2022.

_____. [Constituição (1988)]. **Emenda constitucional nº 43, de 19 de dezembro de 2003(a)**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em 24 jan. 2022.

_____. **Lei nº 9.096, de 19 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Brasília, DF: Pesidência da República [1995]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 30 jan. 2022.

_____. **Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990(a)**. Dispõe sobre a não concessão de medida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de medidas provisórias, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/1990-1995/173.htm. Acesso em: 29 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 293-7/600**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 06 de junho de 1990(b). Publicado em 16 de abril de 1993.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 926-5**. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 01 de setembro de 1993. Publicado em 06 de maio de 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3137**. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 15 de junho de 2020. Publicado em 12 de fevereiro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3112**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 02 de maio de 2007. Publicado em 26 de outubro de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650**. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 17 de setembro de 2015(a). Publicado em 24 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815**. Relator: Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 10 de junho 2015(b). Publicado em 01 de fevereiro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta Inconstitucionalidade nº 223-6**. Relalor: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 05 de abril de 1990. Publicado em 29 de junho de 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12 de setembro de 2000. Publicado em 24 de novembro de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. Publicado em 30 de abril de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília: 15 de junho de 2011. Publicado em 29 de maio de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília: 05 de maio de 2011. Publicado em 14 de outubro de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 17 de setembro de 2003(b). Publicado em 19 de março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34609/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 14 de fevereiro de 2017. Publicado em 16 de fevereiro 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1969-4**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 24 de março de 1999. Publicado em 05 de março de 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34070/DF**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 18 de março de 2016. Publicado em 28 de março de 2016.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Ação de Impugnação De Mandato Eletivo N° 7-61.2015.6.00.0000**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Relator designado: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 06 de outubro de 2015(c). Publicado em 04 de dezembro de 2015.

CAPELLETI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do poder judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, vol. 60/1990, p. 929-940, out-dez, 1990.

CANÁRIO, Pedro. Ministro Teori Zavascki afasta deputado Eduardo Cunha de funções na Câmara. **Conjur**, 05 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-05/teori-zavascki-afasta-cunha-mandato-deputado-federal>. Acesso em

30 jan 2010.

DIAMOND, Larry. Facing Up to the Democratic Recession**. Journal of Democracy**, vol. 26, no. 1, 2015, pp. 141–155.

DWECK, Esther; TEIXEIRA, Rodrigo Alves. A **política fiscal do governo Dilma e a crise econômica**. Campinas: IE Unicamp (Texto para discussão 303), Junho de 2017, ISSN: 0103-9466.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. 2. Ed. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

GINSBURG, Tom; HUQ Aziz. **How to Lose a Constitutional Democracy**. 65 UCLA Law Review 78, 2018.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave**: Democratization in the Late Twentieth Century. Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, Mariana; PASSARINHO, Nathalia. Aprovação do governo Dilma cai de 55% para 31%, aponta Ibope. **G1**. Brasília, 25 de julho de 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/aprovacao-do-governo-dilma-cai-de-55-para-

-31-aponta-ibope.html>. Acesso em 12 dez 2021.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Tradução Berilo Vargas. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020. E-book (E-pub). [Paginação Irregular]

ROSAS, Roberto. Pontos e Contrapontos da Reforma do Judiciário. **Revista dos Tribunais**, vol. 840/2005, p. 79-83, outubro, 2005.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A democracia impedida:** o Brasil no século XXI. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. E-book. [Paginação Irregular do e-pub]

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, pp. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em: 23 maio 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014, 37. ed.

SINGER, André. **Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas**. Novos Estudos CEABRAP, no. 97, nov. 2013, pp. 23-40

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Democracia em crise no**

**brasil:** valores constitucionais, antagonismo político e dinâmica institucional. Rio de Janeiro e São Paulo: Eduerj e Contracorrente, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

_____. Supremocracia. In: **Revista Direito FGV**. São Paulo: jul-dez/2008, pp.441-464.